

REVISTA DA
Escola Superior da Procuradoria
Geral do Estado de São Paulo

Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School

Volume 3 – Número 1

Jan / Dez 2012

ISSN 2179-8532



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

GERALDO ALCKMIN
GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador-Geral do Estado

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
Chefe do Centro de Estudos



ESPGE
ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DE SÃO PAULO**

*JOURNAL OF SÃO PAULO STATE'S
ATTORNEY GENERALSHIP SCHOOL*

v. 3 • n. 1 • janeiro / dezembro 2012
ISSN 2179-8532



ESPGE
ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

©2012

A Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP) é uma publicação anual da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. É permitida a reprodução de trechos dos artigos, desde que mencionada a fonte original de publicação.

Tiragem 2.400 exemplares

Editora Científica / Scientific Editor

Patrícia Ulson Pizarro Werner

Conselho Editorial / Editorial Board

Alvaro Bereijo, Universidad Autonoma de Madrid, Madrid, Espanha

Carlos Ari Vieira Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil

Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Humberto Theodoro Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil

Giselda Hiroshida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Reinaldo de Lima Lopes, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Juan Zornoza Péres, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Espanha

Leo Pepe, Università di Roma Tre, Roma, Itália

Luiz Alberto David Araújo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Margarita de Hegedus, Universidad de Montevideo, Montevideu, Uruguai

Margerete Gresse, University of Washington, Seattle, EUA

Maria Garcia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Maria Helena Diniz, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Nina Beatriz Stocco Ranieri, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Paulo Affonso Leme Machado, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba/SP, Brasil
Sueli Dallari, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Vasco Pereira da Silva – Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Corpo Editorial/ Publishers

Arlindo Philippi Junior, Universidade de São Paulo/SP, Brasil
Eduardo Carlos Bianca Bittar, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Érika Bechara, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Fernando Dias Menezes de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Guilherme Assis de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, Brasil
José de Melo Alexandrino, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal
José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
José Mauricio Conti, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Luciana de Toledo Temer Castelo Branco, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Márcio Pugliesi, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Maria Paula Dallari Bucci, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Pietro de Jesús Lora Alarcón, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Vidal Serrano Nunes Júnior, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pareceristas / Reviewers

A *RESPGE-SP* conta com um grupo permanente de pareceristas, formado pelos integrantes do Conselho e do Corpo Editoriais da publicação, bem como por professores e pesquisadores da ESPGE. Além disso, a *RESPGE-SP* pode convidar especialistas *ad hoc* para análise dos manuscritos.

Secretaria Executiva

Carlos Roberto Trindade Borgonovi

Rosana Santoro Henriques

E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Revisão de Texto

Sárvio Nogueira Holanda

Projeto Gráfico

Fátima Consales

Editoração

Fernanda Buccelli

CTP, Impressão e Acabamento

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Correspondência

Pedidos de permuta devem ser endereçados à ESPGE.

Exchange orders should be addressed to ESPGE.

Normas editoriais disponíveis em: www.pge.sp.gov.br/escolasuperior/revistas

Endereço / Address

Rua Pamplona, 227 - 2.º andar

Bela Vista – São Paulo/SP – Brasil

CEP 01405-902

Tel.: (55 11) 3286-7020/7032

E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Endereço eletrônico: www.pge.sp.gov.br/escolasuperior/respge

Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo = Journal of São Paulo States Attorney Generalship School. / Escola superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – v. 3, n.1(2012)-, São Paulo: A Procuradoria, Escola superior, 2010.

Anual.

Textos bilíngüe

Resumos em português e inglês.

ISSN 2179-8532

2010, v.1 (1).

2011, v.2 (1).

2012, v.3 (1).

I. Direito - Periódicos. I. São Paulo (Estado). Procuradoria Geral. Escola Superior. II. Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School.

CDD 340.05
CDU 34(051)

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EQUIPE

Diretoria

Patrícia Ulson Pizarro Werner, Procuradora do Estado, Diretora da ESPGE

Marily Diniz do Amaral Chaves, Procuradora do Estado, Vice-Diretora da ESPGE

Conselho Curador

2012

Ana Lúcia Correa Freire Pires de Oliveira Dias; Cintia Orefice; Liliane Kiomi Ito Ishikawa; Marcelo Gomes Sodré; Mariana Rosada Pantano; Mariângela Sarrubbo Fragata (Chefe do Centro de Estudos, membro nato); Mirna Cianci; Nina Beatriz Stocco Ranieri; Patricia Ulson Pizarro Werner (Diretora da ESPGE, membro nato); Ruth Helena Pimentel de Oliveira

EQUIPE DE COORDENADORES E MONITORES

Direito do Estado

Coordenadores

Dora Maria de Oliveira Ramos; Carlos José Teixeira de Toledo; Eugênia Cristina Cleto Marolla

Monitores

Cristiana Corrêa Conde Faldini; Enio Moraes da Silva; Liliane Kiomi Ito Ishikawa; Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini; Maria Clara Osuna Diaz Falavigna; René Zamlutti Júnior.

Filosofia e TGD

Coordenadores

João Carlos Pietropaolo; Haroldo Pereira; Romualdo Baptista dos Santos

Monitores

Alessandra Ferreira de Araujo Ribeiro; Ana Lucia Corrêa Freire Pires Oliveira Dias; Christiane Mina Falsarella; Julia Cara Giovannetti

Metodologia

Clarice Von Oertzen de Araújo; Márcia Walquiria Batista dos Santos

Didática

Gabriel Veiga Catellani

Direito Processual Civil

Mirna Cianci; Rita de Cássia Conte Quartieri; Fábio Victor da Fonte Monnerat

Monitores

Levi de Mello; Lúcia Cerqueira Alves Barbosa; Maria Luciana de Oliveira Facchina Podval; Thais Teizen

Direitos Humanos

Coordenação

Ana Paula Zomer; José Luiz Souza de Moraes; Margarete Gonçalves Pedroso

Monitores

Alexandre Aboud; Ana Cláudia Vergamini Luna; Anna Cândida Alves Pinto Serrano; Anna Luiza Quintella Fernandes; Ivanira Pancheri; Levi de Mello; Luciana Augusta Sanches; Messias José Lourenço; Paulo David Cordioli; Rene Zamlutti Junior; Rosely Sucena Pastore; Vera Pimentel Fonseca; Virgílio Bernardes Carbonieri

Direito Tributário e Financeiro

Coordenação

Estevão Horvath; Mara Regina Castilho Reinauer Ong; Monica de Almeida Magalhães Serrano

Monitores

Bruno Maciel dos Santos; Claudia Bocardi Allegretti; Fabrizio de Lima Pieroni; Fabrizio Lungarzo O'Connor; Lucia de Faria Freitas; Rafael de Oliveira Rodrigues; Silvia Vaz Domingus; Valéria Martinez da Gama

Direito Ambiental

Coordenação

Marcelo Gomes Sodrê; Cintia Oréfce; Daniel Smolentzov

Monitores

Adriana Ruiz Vicentin; Ana Carolina Daldegan Serraglia; Fábio André Uema Oliveira; Jean Jacques Erenberg; Marcos Narche Louzada; Mariana Rosada Pantano; Tatiana Capochin Paes Leme; Vivian Alves Carmichael

Funcionários da ESPGE

Arabi Santos Mesquita; Carlos Roberto Trindade Borgonovi; Daniel Martins Silva; Deise Aparecida Santiago; Izabel Cristina L de Freitas; Leda Regina Machado Lima; Maritza Cristine Lins de Araujo Rocha e Cabral Sacadura; Monica Achcar de Azambuja; Paulo Severo dos Santos; Rosana Santoro Henriques; Sergio Antonio Petry; Thiago Blumer

Estagiárias

Caroline Tiemi; Mariana da Costa Battani; Melissa Ibrahim

SUMÁRIO

Editorial

Direito Comparado

La composition du Conseil constitutionnel, un exotisme bien français..... 15

Fabrice Hourquebie

Tradução:

A composição do Conselho Constitucional: um exotismo bem francês 25

Fernanda Dias Menezes de Almeida

La financiación del Sistema Nacional de Salud Español 35

Juan Zornoza Pérez

Direito Constitucional – nacional

Alteração e mudança da Constituição. O caso brasileiro 65

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Reclamação Constitucional: a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STF brasileiro 81

Marcia Amino

Direito Administrativo

A arbitragem nos conflitos entre políticas públicas 107

Eridane Baptista Furlan

Direito Ambiental

Algumas considerações sobre o Direito Ambiental e o impacto das explorações de petróleo..... 135

José Fernando Cedeño de Barros

Lidiani Machado Soares dos Santos

Zoneamento ecológico-econômico como instrumento essencial da política nacional do meio ambiente a ser considerado no licenciamento ambiental..... 165

Sílvia Helena Nogueira Nascimento
Thaís Teizen

Direito Processual Civil

Moratória Judicial: interpretação da inovação do artigo 745-A do Código de Processo Civil..... 191

Cristiane Aquino Gonzaga

Execução contra a Fazenda Pública por obrigações pecuniárias decorrentes de títulos judiciais: reflexões sobre o procedimento até a expedição de ordem de pagamento 227

Regina Maria Rodrigues da Silva Jacovaz

Mandado de Segurança e Silêncio Administrativo 265

Marina de Lima Lopes

Direito Tributário

A compensação Tributária e o regime constitucional de precatórios instituídos pela Emenda Constitucional nº 62/2009..... 291

Claudia Bocardi Allegretti

Transação Tributária no Brasil: Possibilidades e limites 321

Lucilia Aparecida dos Santos

EDITORIAL

A Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (RESPGE) chega a seu terceiro volume com o fôlego da juventude que a caracteriza. A leitura da Revista desvela, no entanto, sua outra face, voltada para a criteriosa eleição dos textos que a compõem, para o cuidado rigoroso com seu conteúdo, a denotar a segurança dos mais experimentados. Os artigos jurídicos que veicula, de uma parte expressam a inquietação própria dos espíritos jovens e, de outra, a prudente sabedoria de doutrinadores consagrados. Essa diversidade de ideias é, justamente, o que confere à Revista a qualidade de publicação acadêmica, sede de debates e de convivência respeitosa de pensamentos e posições, ainda quando não convergentes. Como resultado, o leitor expande seu conhecimento, bebe nas fontes originárias, seja da doutrina nacional, seja da estrangeira, porque ambas, presentes na Revista, se expõem ao seu desfrute.

A conquista do grau de excelência da Revista, representada pela certificação pelo sistema *Qualis*, vem ao encontro dos intentos perseguidos pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPG), em todo o seu percurso. Desde sua instalação, em março de 2006, a ESPGE tem se pautado pela busca da excelência, em processo contínuo; sua criação já fora inspirada por esse ideal. O histórico da Escola bem o demonstra, do que são exemplos a inauguração das instalações próprias e perfeitamente projetadas para seu funcionamento, o incremento da oferta de cursos em áreas diversas, a diplomação de variadas turmas, tudo isso dirigido à sua razão de ser, que é a formação de especialistas, o que vem sendo satisfeito com o aumento do número de alunos a cada período letivo.

A edição da Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo é um acontecimento exitoso. Além do valor, em si, das publicações, tem ainda o mérito de difundir o nome da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado em meio à comunidade jurídica, tanto nacional, quanto internacional. A Revista projeta, ainda, por ser um veículo de privilegiada circulação, os nomes dos alunos da Escola, por meio da divulgação de trabalhos selecionados para compor o seu acervo, com o que contribui para a disseminação de novas ideias e para a afirmação de novas personalidades no mundo jurídico.

A Dra. Patricia Ulson Pizarro Werner, Procuradora do Estado, atual Diretora da Escola Superior da PGE, com sua reconhecida competência, sua dedicação ímpar e invejável pertinácia é a grande artífice da Revista e, por merecimento, sua editora científica. Na tarefa de concretizar essa obra contou com a colaboração direta da Dra. Marily Diniz do Amaral Chaves, Vice-Diretora da Escola Superior e do Dr. Carlos José Teixeira de Toledo, Chefe do Centro de Estudos da PGE e Presidente do Conselho Curador da Escola Superior, à época da publicação do primeiro volume da Revista, aos quais também deve ser consignado elevado reconhecimento.

O trabalho frutificou e hoje a Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado apresenta seu terceiro volume. Este aporta sob a chancela da Dra. Mariângela Sarrubbo Fragata, Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos da PGE, ao qual se vincula a Escola, profissional de reconhecido valor, personalidade dinâmica e alta competência na gestão pública, qualidades fundamentais no trabalho de elaboração da Revista. Esta edição surge, também, sob os auspícios do Dr. Elival da Silva Ramos, Procurador-Geral do Estado, criador da Escola Superior da PGE, cujo incentivo e confiança garantiram o sucesso desta publicação.

O terceiro volume da Revista da ESPGE trata de temas de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Processual Civil, Direito Tributário, em abordagens diversificadas, todos temas relevantes, todos abordados com rigor científico.

Estão presentes autores conceituados no cenário jurídico, como Fabrice Hourquebie, Juan Zornoza Pérez, Manuel Gonçalves Ferreira Filho, Eridane Baptista Furlan, José Fernando Cedeño de Barros, Lidiani Machado Soares dos Santos, Cristiane Aquino Gonzaga, Regina Maria Rodrigues Silva Jacovaz, Marina Lima e Lucilia Aparecida dos Santos e pratas da casa, não menos conceituadas, como Márcia Amino, Silvia Helena Nogueira Nascimento, Thais Teizen e Claudia Bocardi Allegretti.

Apresentar este volume é tarefa prazerosa, é revisitar nossa Escola e encontrá-la ainda melhor, como melhor será a cada dia sob a direção de profissionais dedicados, freqüentada por colegas empenhados em seu aprimoramento intelectual e pessoal, sob os auspícios de uma Instituição do porte da Procuradoria Geral do Estado e, como já tive oportunidade de destacar, mais de uma vez, a prosseguir sempre na busca da excelência, não como um objetivo, mas como um hábito.

Dora Maria Vendramini Barreto
Procuradora do Estado aposentada¹

¹ Foi Diretora da ESPGE em 2006

MENSAGEM AOS ALUNOS FORMANDOS DAS TURMAS 2010-2011

Caros colegas, amigos e familiares presentes,

É com imensa alegria que redigi essas poucas linhas para saudar todos os formandos aqui presentes.

Tive o prazer de ser coordenadora do curso de Direito do Estado, trabalho desafiante que envolve o projeto, elaboração do programa acadêmico, contatos e acompanhamento constante durante a realização do curso.

Trabalhando na diretoria da Escola, sou testemunha do esforço empreendido pelas equipes de coordenadores, monitores e especialistas responsáveis por cada um dos cursos oferecidos pela Escola, esforço este que exige empenho, dedicação, atualização constante, bem como relações acadêmicas preexistentes, as quais permitem o acesso aos grandes nomes contemporâneos do Direito, de modo que os professores titulados que ministram aula na ESPGE, na grande maioria são doutrinadores reconhecidos como as maiores autoridades nos temas sobre os quais são convidados a palestrar. Os seminários e provas são preparados por um grupo de procuradores e professores titulados e versam sobre questões polêmicas atuais.

A experiência acadêmica propiciada pela atividade é extremamente enriquecedora por vários fatores, entre os quais destaco a excelência do corpo docente e discente da ESPGE que, somada à criteriosa seleção dos temas de grande relevância atual que compõe o conteúdo programático, e a bibliografia básica e complementar indicada para o módulo, permitem um debate amplo visitando as diversas correntes doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais sobre temas de maior relevância para o Estado. O aprofundamento do conhecimento possibilita o delineamento mais preciso da atuação do Estado que melhor atende ao interesse público. Nesse sentido a ESPGE, ao desempenhar atividade de cunho educacional promovendo o aperfeiçoamento profissional do público-alvo, configura-se como verdadeiro instrumento de transformação e desenvolvimento social.

O trabalho realizado, ao longo do período de existência da ESPGE, pela Diretoria e Secretaria, juntamente com o Conselho Curador e o Centro de Estudos, permite a concretização e execução de um sonho que se tornou realidade, garantindo que todos os procuradores possam participar das atividades acadêmicas, ainda que por intermédio das aulas abertas para toda a carreira.

Os cursos realizados, em parceria com outras instituições nacionais e internacionais, inserem a ESPGE em um cenário mais amplo, conectando-a com diversas realidades, o que produz maiores reflexões, e conseqüentemente um

repertório maior para a construção de novos conhecimentos e enfrentamento de questões decorrentes do próprio grau de desenvolvimento da sociedade, tais como as questões referentes ao desenvolvimento sustentável, questões de ordem previdenciária, entre tantas outras.

A ESPGE, comprometida com a proposta de ser difusora do conhecimento produzido nas salas de aula, incentiva a inserção dos ex-alunos no trabalho docente, tanto como monitores como pesquisadores, estimulando a propagação do conhecimento para toda a carreira.

A grande participação dos integrantes da carreira de Procurador do Estado nos cursos de Pós-Graduação *lato sensu* promovidos pela Escola projeta a PGE como uma carreira de excelência, cujos integrantes são verdadeiramente vocacionados, eis que não obstante, sejam detentores de grande experiência decorrente dos anos de atuação na PGE e, mesmo dominando um conhecimento impossível de se adquirir por qualquer outro caminho de aprendizado, desejam continuar se aprimorando.

Não há como se esquecer que o tempo subtraído do convívio dos familiares e amigos foi investido na construção do conhecimento, tornando-os melhores profissionais e melhores pessoas, beneficiando a comunidade como um todo.

Os históricos escolares, os trabalhos de final de curso produzidos e o trabalho realizado por cada um dos atuais e ex-formandos da ESPGE são um testemunho vivo, que dispensa maiores relatos do objetivo almejado e conquistado por todos os que participaram e ou participam desse belo trabalho.

Obrigada pela cooperação e parabéns a todos!!!!!!!

Marily Diniz do Amaral Chaves
Procuradora do Estado. Vice-Diretora da ESPGE.
Mestre e Doutora em Direito.

LA COMPOSITION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, UN EXOTISME BIEN FRANÇAIS

The composition of the Constitutional Council, a very French exoticism

Fabrice Hourquebie¹

RÉSUMÉ

1. Présentation. 2. Le procès en illégitimité fait à la composition du Conseil. 2.1 Pour la nomination. 2.2 Contre les membres de droit. 3. La légitimité du procès fait à la composition du Conseil 3.1 Plus de juridictionnalisation. 3.2 Moins de politisation. 3.2.1 Supprimer les membres de droit. 3.2.2 Remplacer les membres de droit. 3.2.3 Resserrer le contrôle sur la nomination.

RESUMO

O artigo traz uma reflexão sobre a necessidade de reforma da composição do Conselho Constitucional francês. Expõe os problemas centrais na primeira parte do trabalho, ao analisar as perspectivas do modo de nomeação de seus membros, ao questionar a politização da instituição, a não exigência da qualificação jurídica de seus membros, a discricionariedade das nomeações e a questão da permanência dos antigos Presidentes da República no Conselho Constitucional como membros natos e vitalícios. Na segunda parte, faz propostas para aperfeiçoar a legitimidade do processo de representatividade como, suprimir e/ou substituir membros natos e tornar menos rigoroso o controle sobre a nomeação.

ABSTRACT

The paper presents a reflection on the need for reform of the composition of the French Constitutional Council. Exposes the central problems in the first part of the work, when analyzing the prospects of the mode of appointment of its members by questioning the politicization of the institution, not of the legal requirement of its members and the discretion of the appointments and the question of the permanence of the former Presidents of the Republic of Constitutional Council as permanent members and lifelong. In the second part, makes proposals to improve the legitimacy of the process of representation as, delete and / or replace permanent members and make less strict control over the appointment.

Palavras-chaves: Conselho Constitucional – França – Composição – alteração

Keywords: Constitutional Council - France - Composition - change

¹ Professeur de droit public. Université Montesquieu-Bordeaux IV. Directeur de l'Institut pour le Développement de l'Enseignement Supérieur Francophone (IDESUF). Directeur-adjoint du Centre d'Etudes et de Recherches sur les Constitutions, les Libertés et l'Etat (CERCLE)
Directeur du master 2 « Contentieux publics ». Expert justice auprès de l'Organisation internationale de la Francophonie.

1. PRÉSENTATION

Les tropiques ne traversent pas encore Paris; pourtant quelques fruits institutionnels tropicaux s'épanouissent de manière alanguie et à l'ombre, encore, de toute tempête constitutionnelles ; tel est le cas de la composition du Conseil constitutionnel français.

La doctrine doute régulièrement de la légitimité de la composition du Conseil. Mais tout n'est peut-être pas bon à jeter dans la manière de composer cette institution; la légitimité n'étant pas qu'une question de mode de désignation, mais bien aussi une question de qualité d'ensemble de l'institution, d'efficacité et partant, d'acceptation des décisions de cette juridiction².

Le Conseil constitutionnel est composé de neuf membres nommés pour neuf ans non renouvelables par les trois plus hautes autorités politiques de l'Etat, le Président de la République, le Président du Sénat et le Président de l'Assemblée nationale (art. 56 de la constitution du 3 octobre 1958). Les membres du Conseil sont renouvelés par tiers tous les trois ans (cf. infra). Mais siègent également au Conseil constitutionnel comme membres de droit, et donc à vie, les anciens Présidents de la République. Il nous semble que ça n'est pas tant la procédure de nomination des membres par les autorités politiques qui mette en cause la légitimité du Conseil que la présence des anciens chefs d'Etat membres de droit. En effet, la voie procédurale de la nomination par les autorités politiques est à peu près admissible si on accepte l'idée que le Conseil constitutionnel, comme toute juridiction constitutionnelle, tranche un droit un conflit entre des normes par nature politiques (la loi et la constitution). En revanche, la présence des membres de droit m'apparaît infiniment plus condamnable, les anciens chefs d'Etat n'ayant rien à faire dans une institution qui veut présenter le visage d'une authentique juridiction.

Une réforme de la composition du Conseil constitutionnel est-elle envisageable? Elle nous semble vivement souhaitable. Il en va de la légitimité de l'institution et, partant, de sa crédibilité tant aux yeux des acteurs institutionnels du contentieux constitutionnel que du peuple français.

2. LE PROCÈS EN ILLÉGITIMITÉ FAIT À LA COMPOSITION DU CONSEIL

Selon Jacques Krynen, *«La faiblesse du dispositif français ne résiderait pas tant dans la sélection politique des membres du Conseil que dans les garanties de compétences de ces membres»*³. De manière schématique, et comme on l'indiquait en

² Sur cette question v. F Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, 2004.

³ J. Krynen, *L'Etat de justice, France, XIII-XXème siècles. L'empire des juges*, Tome 2, NRF Gallimard, 2012, p. 329.

introduction, il semble que l'illégitimité soit moins une affaire de procédure de nomination (A) que de présence des membres de droit (B).

2.1 Pour la nomination

Nous avons toujours soutenu dans nos articles ou ouvrages la procédure de nomination à la française ; non que nous la trouvions la meilleure de toute ; elle est en tous cas moins pire que d'autres ! Pour autant, la procédure de nomination de l'art. 56 encourt trois critiques principales aisément discutables.

Premièrement, elle véhicule la politisation de l'institution. Nommées discrétionnairement, en théorie jusqu'à récemment (la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 encadre la procédure de nomination par une audition de chacun des candidats proposés par les hautes autorités par les commissions des lois du Sénat et de l'Assemblée nationale), par les hautes autorités politiques, les personnalités choisies se réclameraient, plus ou moins ouvertement, de la sensibilité politique de l'autorité qui les a nommées (même si les deux derniers renouvellements triennaux de février 2007 et février 2010 doivent conduire à nuancer cette observation). Le choix d'amis politiques serait donc une constante dans les nominations depuis la création de l'institution. « *Lesprit de faveur, d'amitié et de complaisance plus difficile à tuer que les malformations constitutionnelles à redresser pouvait régulièrement guider le choix des autorités de nominations* », écrivait Charles Eisenmann⁴. Et il est vrai que le compagnonnage politique a pu se manifester tant à droite avec des autorités de nomination comme le général de Gaulle, Philippe Seguin ou Jacques Chirac ; qu'au centre avec Valéry Giscard d'Estaing, René Monory ou Christian Poncelet ; ou à gauche avec François Mitterrand, Laurent Fabius, Henri Emmanuelli ou Raymond Forni. Ces choix politiques s'accompagnant bien souvent d'arrière-pensées stratégiques : ainsi Jacques Chirac nommant en 2007, à la fin de son mandat, Jean-Louis Debré certain d'avoir un allié objectif pour s'opposer à Nicolas Sarkozy, futur Président de la République⁵.

Dont acte. Mais une autre procédure de désignation serait-elle plus à même de minimiser le risque de politisation ? Nous ne le pensons pas. 1) Faire nommer les membres par le parlement ? C'est en partie le cas en Autriche où le Conseil national et le Conseil fédéral désignent trois juges [art. 147]. Une des solutions les pires : elle prive de la diversité dans les autorités de nomination et ouvre la voie aux marchandages politiques et aux pactes tacites. 2) L'élection ? En général à l'initiative des assemblées (en Allemagne – art. 94 huit membres sont élus par le Bundestag et huit par le Bundesrat ; en Espagne huit juges sur douze sont élus par les chambres, art. 159), elle est

⁴ Ch. Eisenmann, *Le Monde*, 5 mars 1959.

⁵ V. F. Hourquebie, Les nominations au Conseil constitutionnel, *L.P.A.*, n° 108, 2001, pp. 9-16.

la quintessence de la politisation (y-a-t-il acte plus politique qu'une élection ?) qui oblige à des alliances objectives et des tactiques partisans pour parvenir aux suffrages requis par les conditions de majorité renforcée⁶.

Deuxièmement, la constitution française ne prévoyant aucune clause de compétence, les personnalités nommées sont taxées d'incompétence juridique. S'il est vrai que le Conseil constitutionnel est une des très rares Cours qui n'imposent aucune qualification juridique, il n'en ressort pas moins que les personnalités nommées sont, dans la très grande majorité des cas, toutes expérimentées. Compétence consacrée par un diplôme et expérience acquise par la pratique sont bien différentes. Et on ne peut qu'observer que la plupart des personnalités désignées depuis 1959 sont des juristes de formations ou sont titulaires de diplômes qui ouvrent la voie de carrières juridiques⁷ ; Environ 80% des soixante-neuf membres nommés jusqu'à ce jour justifient d'un diplôme permettant l'accès aux magistratures, onze professeurs de droit ont siégé⁸ – même si cela reste très inférieur au chiffre des autres Cours européennes -, trois Vice présidents du Conseil d'Etat, un ancien Président de la Cour de justice de l'Union européenne, un ancien Premier président de la Cour de cassation etc... Faut-il alors figer une exigence de capacité juridique dans une clause constitutionnelle de compétence ? Nous ne le pensons pas. Car 1) comme nous l'indiquions, la quasi-totalité des membres détient déjà un diplôme de droit ou d'une grande école pas tout à fait étrangère à la formation juridique ; il n'est dès lors pas certain que graver cette exigence dans le marbre change quelque chose ; 2) Comment déterminer « la dignité juridique suffisante » pour reprendre l'expression de D. de Béchillon ?⁹ Exiger un doctorat exclurait bien souvent les magistrats des différents corps ; et exiger un master de droit exclurait souvent les élèves de grandes écoles ; et 3) L'absence de clause compétence avec niveau juridique requis permet de jouer la carte de la diversification des parcours et des expériences tellement nécessaire dans un contexte de constitutionnalisation tentaculaire des diverses branches du droit.

⁶ V. notamment L. Favoreu et W. Mastor, *Les Cours constitutionnelles*, Connaissance du droit, Dalloz, pp. 34 et s.

⁷ *Ibid.*, p. 47-48 ; v. aussi l'analyse statistique de Dominique Rousseau in *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9ème éd., 2010.

⁸ C'est à notre sens une faiblesse cruciale : la sagesse des autorités de nomination conduit rarement à choisir des professeurs de droit. Onze professeurs de droit ont été nommés jusqu'à aujourd'hui. Avec une « pointe » entre le 17 septembre 1964 et le 3 mars 1971, puisque trois d'entre eux ont siégé ensemble au Conseil (Marcel Waline, René Cassin et François Luchaire) et indéniablement pesé sur les débats (sur la nature juridictionnelle du Conseil par exemple) et sur le sens des délibérés (sur le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires notamment) v. F. Hourquebie, *le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, 2010 ; et aussi notre commentaire dans B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucrarnien, D. Rousseau et X. Philippe (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, 1958-1983, Dalloz, 2009, pp. 133 et s.

⁹ D. de Béchillon, art. cit., p. 116 : « L'aptitude à mener une discussion juridique de haut niveau ne saurait se résumer à la détention d'un titre académique ».

En découle fort logiquement la troisième critique : celle du caractère discrétionnaire de la nomination. L'encadrement substantiel (par une clause compétence) n'ayant pas été retenu, le constituant de 2008 a préféré un encadrement formel, de type procédural, puisque désormais (art. 56) les nominations sont soumises à l'avis des commissions des lois des deux assemblées pour le choix du Président de la République et de l'une ou l'autre des commissions selon que le choix est celui du Président du Sénat ou de l'Assemblée nationale. Elles rendent un avis public et disposent d'un droit de veto théorique puisqu'il ne peut être procédé à la nomination si la candidature recueille trois cinquièmes de suffrages négatifs ou plus. En réalité ce dispositif n'est guère contraignant dans la mesure où réunir trois cinquièmes de votes négatif (selon les prescriptions constitutionnelles) obligerait à des alliances entre la majorité et l'opposition, alliances que le fait majoritaire rend hautement improbable. D'où ces auditions sans surprise en 2010 – en l'absence de loi organique fixant les conditions procédurales – mais quelque peu piquantes parfois. Ainsi à l'endroit de Michel Charasse (à la demande de Manuel Valls : « *À titre personnel, osez-vous censurer un projet de loi soutenu par l'autorité qui vous a nommé ?* » ; ou de René Dosière « *Que pensez-vous du fait que les anciens Présidents de la République siègent de droit au sein du Conseil constitutionnel* ») et de réponses un peu inattendues de l'intéressé (« *La dignité humaine a forcément valeur constitutionnelle puisque tout notre droit est protecteur de la personne humaine* »)...

François Luchaire rappelait que l'alchimie parfaite pour la composition d'une juridiction constitutionnelle devait s'établir autour de trois critères : une majorité de juristes, des personnalités incontestables et un certain mélange de génération. Reste à savoir à laquelle de ces catégories appartiennent les membres de droit....

2.2 Contre les membres de droit

Que faire des anciens présidents de la République ?

Soyons clairs : la baguette magique du constituant devrait, une fois pour toute, faire disparaître les anciens présidents de la République du Conseil constitutionnel. Ils n'ont rien à faire dans cette institution. Que l'on s'entende bien : membres de droit signifie membres à vie!

Les propositions faites en ce sens devant le Comité Balladur, en charge de faire des propositions de révisions de la constitution, n'ont pas été suivies lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (les sénateurs y étaient favorables ; l'Assemblée nationale a rejeté la proposition en seconde lecture) ; et l'indigence de l'argument avancé par le Président de la République dans son discours prononcé le 1er mars 2010 au Conseil constitutionnel ne peut évidemment pas suffire à convaincre tout juriste un tant soit peu éclairé sur cette question : « [...] *Le Conseil constitutionnel ne saurait être une juridiction comme une autre. C'est la raison pour laquelle j'ai souhaité qu'il ne soit pas composé que de techniciens du droit et que les anciens*

présidents de la République y conservent leur qualité de membres de droit, parce que l'expérience d'un ancien chef de l'État, qui a fait fonctionner les institutions, peut apporter beaucoup à la qualité des décisions du Conseil, à leur équilibre, à leur réalisme »¹⁰.

On sait la raison, éminemment conjoncturelle, qui a présidé à cette anomalie constitutionnelle à savoir son adoption en gage de reconnaissance de l'action menée par René Coty et Vincent Auriol au moment de l'accession du général de Gaulle au pouvoir. Pour être tout à fait honnête, on pourrait peut-être trouver dans l'article 5 de la constitution une justification à cette disposition. La conception gaullienne de l'arbitrage devait faire du Président le gardien du respect de la constitution¹¹. Le débouché naturel peut alors être un siège au sein de l'institution qui est le gardien juridictionnel du texte fondamental, à savoir le Conseil constitutionnel. De surcroît, alors même que les membres nommés ne sont pas soumis à une obligation constitutionnelle de compétence juridique, il pourrait paraître paradoxal de vouloir se priver de l'éminente expérience de la plus autorité politique de l'Etat. Mais là encore cette explication est trop insuffisante au regard des conséquences qui découlent de la présence des membres de droit. Car avec le raccourcissement de la durée du mandat présidentiel à cinq ans, la limitation à deux mandats consécutifs, l'élection de Présidents de plus en plus jeunes et l'allongement de l'espérance de vie, à moyen terme, les anciens Présidents de la République pourraient bientôt constituer la majorité des membres du Conseil.

Ce procès en illégitimité de la composition du Conseil constitutionnel apparaît donc, à certains égards, tout à fait légitime.

3. LA LÉGITIMITÉ DU PROCÈS FAIT À LA COMPOSITION DU CONSEIL

« Le CC peut-il demeurer longtemps un acteur moyen du jeu politique si la composition et les modes de recrutement ne changent pas » ?¹² Le procès en illégitimité, s'il confine un peu au « marronnier de la conversation juridique »¹³, n'en apparaît pas moins pertinent dans la mesure où il met en question la juridictionnalisation de l'institution (A) ; juridictionnalisation qui oblige à quelques réformes de la composition pour limiter encore davantage la politisation (B).

¹⁰ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/discours-prononce-le-1er-mars-2010-par-m-nicolas-sarkozy-president-de-la-republique.52885.html>

¹¹ Article 5 : « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités.

¹² J. Krynen, *op. cit.*, p. 332.

¹³ D. de Béchillon, *art. cit.*, p. 115.

3.1 Plus de juridictionnalisation

Michel Fromont disait du Conseil constitutionnel qu'il était un « modèle atypique », ce qui veut tout dire sur sa nature juridictionnelle qui, si elle s'apprécie bien entendu à l'aune de la procédure applicable, s'évalue aussi, en amont, à la lumière du recrutement et de la compétence des juges qui forment la Cour.

Ainsi, de la particularité de la composition résulte « une récurrente question sur la nature ambivalente de cet organe lequel participe hautement du pouvoir juridictionnel mais qui, du fait de la désignation discrétionnaire de ses membres par trois autorités politiques, voit constamment peser sur lui le soupçon de politisation »¹⁴. C'est en trame de fond la lancinante question de la juridictionnalisation qui est en débat. Comment admettre que le Conseil constitutionnel devienne un membre à part entière du club des Cours constitutionnelles européennes si sa composition ne permet pas de refléter les garanties qu'un justiciable est en droit d'attendre lors d'un procès, fût-il constitutionnel. Hésitation que traduisait Maurice Duverger pour qui « *Le terme de juridiction politique exprime le caractère ambigu de l'institution. (...) Elle intervient dans des matières politiques et plus encore dans des buts politiques ; ses membres doivent avoir l'indépendance des magistrats mais leur recrutement est politique* ».

Encore une fois ce n'est pas, selon nous, les membres nommés qui font planer un doute sur la juridictionnalisation, car les garanties d'indépendance, consubstantielles à l'activité juridictionnelle, sont là. La durée des fonctions (neuf ans), leur non renouvellement et l'inamovibilité qui en découle qui sont les marqueurs objectifs de cette indépendance du juge constitutionnel¹⁵. A quoi s'ajoute, sur un plan plus subjectif, le fameux devoir d'ingratitude qui trouve à s'exercer à compter du moment où la personnalité nommée n'a plus rien à attendre de l'autorité de nomination. « *La fonction saisit l'homme quand c'est un honnête homme* », écrivait encore Georges Vedel¹⁶. C'est ainsi, et grâce au renouvellement par tiers tous les trois ans qui évite les ruptures de jurisprudence consécutives aux changements de majorités politiques, que le Conseil constitutionnel est davantage perçu comme une juridiction régulatrice des alternances politiques que comme une institution partisane. Les censures récentes en témoignent encore¹⁷.

C'est bien entendu sur les membres de droit que pèse tout le poids de la politisation et donc, partant, du défaut de juridictionnalisation. Si la juridiction constitutionnelle est nécessairement politique au vu de la spécificité du contentieux qu'elle a à connaître, il n'est pas pour autant acceptable qu'une cause soit tranchée par une institution qui à la fois, se veut être juridiction et qui comprend en son sein les personnalités les plus politiques qui soient, les Présidents de la République. Cette

¹⁴ J. Krynen, *op. cit.*, p. 328.

¹⁵ A quoi s'ajoute un régime d'inéligibilités, d'incompatibilités, d'interdictions et une obligation de réserve.

¹⁶ *Le Conseil constitutionnel à quarante ans*, Conseil constitutionnel et LGDJ, 1999, p 66.

¹⁷ F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, préc.

composition n'est pas acceptable dans le cadre du contrôle abstrait de la constitutionnalité ; elle l'est encore moins, a fortiori, dans le cadre du contrôle exercé via la nouvelle procédure de question prioritaire de constitutionnalité (art. 61-1). Et l'argument selon lequel les Présidents de la République ne prennent pas part aux audiences de question prioritaire de constitutionnalité au motif de la trop grande technicité ne suffit pas à être le soupçon du défaut de juridictionnalisation, même si cet argument plaide, *a contrario*, pour l'absence de compétence suffisante des anciens Présidents dans des contentieux juridiques techniques et, partant, pour leur exclusion du Conseil constitutionnel. Le Conseil n'est pas un club prestigieux pour les retraités de la politique ! De surcroît, et quel que soit le contentieux, une présence aléatoire, laissée à l'appréciation du membre de droit, peut être interprétée d'une part, comme une stratégie politique visant à soutenir ou à s'opposer au pouvoir en place ; et d'autre part, peut avoir pour effet de changer les équilibres en terme de partages de voix au moment d'un vote ce qui est éminemment contestable tant pour l'autorité des décisions que pour la légitimité de l'institution en tant que juridiction.

Des réformes dans la composition s'imposent assurément pour éloigner encore davantage le spectre de la politisation.

3.2 Moins de politisation

Bernard Chenot, ancien Vice-président du Conseil d'Etat affirmait : « *Je n'ai jamais pensé une seconde que le Conseil fût un organe juridictionnel ; c'est un corps politique par son recrutement et par les fonctions qu'il remplit* ».

Que faudrait-il alors pour contredire cette opinion ? Trois pistes, somme toutes simples et assez évidentes peuvent être explorées.

3.2.1 Supprimer les membres de droit

Pour autant doit-on se départir de l'expérience des anciens Présidents ? Non bien entendu ; leur parole et leur expérience est nécessaire dans un contexte libéral tourmenté. Or les faire siéger au Conseil implique de les assujettir à l'obligation de réserve des membres¹⁸, ce qui est au final préjudiciable. Pourquoi ne pas alors envisage de les nommer sénateurs à vie (au besoin sans voix délibérative) ? Ce qui serait à la fois conforme à la notion d'arbitrage constitutionnel consacré à l'art 5 de la constitution, à

¹⁸ Dans une décision électorale du 7 novembre 1984, le Conseil a été amené à se prononcer sur leur condition et a estimé que « *sous la seule réserve de la dispense de serment, ils sont soumis aux mêmes obligations que les autres membres* », Décision n° 84-983, AN, 7 novembre 1984, Puy-de-Dôme, 2ème circ, Rec., p. 117.

l'exigence de juridictionnalisation du Conseil, et à la révérence que l'on doit à un ancien chef d'Etat. L'exemple italien pourrait inspirer le constituant français¹⁹.

3.2.2 Remplacer les membres de droit

Cela permettrait un alignement sur les effectifs qui composent les Cours constitutionnelles en Europe et qui sont plus proches de douze ou quinze que de neuf. Ainsi, trois membres supplémentaires pourraient être nommés en remplacement des membres de droit qui, aujourd'hui, dans une hypothèse théorique haute pourraient précisément être trois (Jacques Chirac, Valéry Giscard d'Estaing et Nicolas Sarkozy). Deux possibilités pour la désignation de ces membres. 1) Maintenir une nomination par les trois hautes autorités politiques de sorte qu'elles devraient désormais nommer quatre membres tous les trois ans, ce qui impliquerait un renouvellement par quart tous les trois ans, mais qui soulèverait le problème de savoir quelle autorité aurait la compétence pour nommer deux membres. Soit cette compétence échoit au Président de la République au nom de la logique de la Vème République, et alors la critique de politisation excessive risque revenir. Soit une quatrième autorité de nomination intervient (et ça ne peut-être le Premier Ministre en raison de l'instabilité constitutionnelle qui le caractérise). Cette solution pose peut-être davantage de problème qu'elle n'en résout. C'est pourquoi, on peut envisager 2) que les trois membres supplémentaires soient nommés par les hautes juridictions (Cour de cassation, Conseil d'Etat et Cour des comptes) avec deux avantages de poids : donner au Conseil constitutionnel toujours l'assurance de disposer dans ses rangs de juges expérimentés, ce qui est indéniablement un gain depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité ; donner au Conseil constitutionnel des juges déconnectés des nominations dites « politiques »²⁰

3.2.3 Resserer le contrôle sur la nomination

Il faut faire en sorte que les auditions désormais prévues à l'article 56 de la constitution puissent véritablement éclairer les membres des commissions des lois sur les motivations et les convictions des personnalités pressenties. On l'a dit, le nouveau système ne contraint guère véritablement l'autorité de nomination.

Sans aller jusqu'à la transposition des redoutables procédures d'auditions de confirmation du Sénat américain (les *hearings*) au cours desquelles la carrière (ce qui est

¹⁹ Sur cette question v. aussi D. de Béchillon, Appel au calme sur la composition du Conseil, RDA, fev. 2012, p. 116.

²⁰ Proposition de D. de Béchillon, *art. cit.*, p. 116.

nécessaire) et la vie privée (ce qui est discutable) des juges pressentis à la Cour suprême est passée au crible, il conviendrait peut-être d'abaisser la condition de majorité renforcée de votes négatifs au-delà de laquelle la nomination est impossible ; ou renverser radicalement le système en estimant qu'une nomination ne peut intervenir qu'avec l'accord des trois-cinquièmes des suffrages exprimés. Obtenir la confiance en réunissant une telle condition de majorité est incontestablement plus redoutable que de parvenir à faire l'objet d'un vote de défiance dans les mêmes conditions de majorité. Dans la première hypothèse, si la nomination n'intervient pas, l'échec est imputable au manque de conviction de la personnalité présentée ; dans la seconde hypothèse l'échec de la nomination est davantage imputable au manque de sens politique de l'autorité de nomination.

Reste à savoir ce qui est le plus grave...

Dans tous les cas l'exotisme français a encore quelques beaux jours devant lui sauf si l'actuelle commission de rénovation et de modernisation de la vie politique voulue par le Président Hollande et présidée par l'ancien Premier Ministre Lionel Jospin, se saisissait de la question et formulait la proposition que tous les professeurs de droit constitutionnel attendent...

A COMPOSIÇÃO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL: UM EXOTISMO BEM FRANCÊS

(tradução Fernanda Dias Menezes de Almeida)

Fabrice Hourquebie¹

Fernanda Dias Menezes de Almeida²

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O processo sobre a ilegitimidade feita na composição do Conselho. 2.1 Pela nomeação. 2.2 Contra os membros natos. 3. A legitimidade do processo feito para a composição do Conselho. 3.1 Mais jurisdicionalização. 3.2 Menos politização. 3.2.1 Suprimir os membros natos. 3.2.2 Substituir os membros natos. 3.2.3 Tornar mais rigoroso o controle sobre a nomeação

1. INTRODUÇÃO

Os trópicos ainda não atravessam Paris; entretanto alguns frutos institucionais tropicais se espalham de maneira enfraquecida e à sombra de qualquer tempestade constitucional, este é o caso da composição do Conselho Constitucional francês.

A doutrina duvida regularmente da legitimidade da composição do Conselho. Mas talvez não seja bom jogar tudo na maneira de compor esta instituição, a legitimidade não sendo apenas uma questão sobre o modo de designação, mas também uma questão de qualidade do conjunto da instituição, de eficácia e, em consequência, de aceitação das decisões dessa jurisdição.³

O Conselho Constitucional é composto de nove membros nomeados para nove anos, não renováveis, pelas três mais altas autoridades políticas do Estado, o Presidente da República, o Presidente do Senado e o Presidente da Assembleia Nacional (art. 56 da Constituição de 3 de outubro de 1958). Os membros do Conselho são renovados por terços a cada três anos (cf. infra). Mas têm assento igualmente no Conselho Constitucional como membros natos, e portanto vitalícios, os antigos Presidentes da República. Parece-nos que não é tanto o procedimento de nomeação dos membros pelas autoridades políticas que torna questionável a legitimidade do Conselho, mas sim a presença dos antigos chefes de estado, membros natos. Com

¹ Professor de Direito Público. Universidade Montesquieu – Bordeaux IV. Diretor do Instituto para o Desenvolvimento do Ensino Superior Francofone (IDESUF). Diretor adjunto do Centro de Estudos e de Pesquisas sobre as Constituições, as Liberdades e o Estado (CERCLE). Diretor do Mestrado 2 “Contenciosos Públicos”. Expert Justice junto à Organização Internacional da Francofonia.

² Mestre e Doutora em Direito. Professora Doutora da Universidade de São Paulo.

³ 1 Sobre esta questão v. F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, 2004.

efeito, a via procedimental da nomeação pelas autoridades políticas é até admissível se aceitarmos a ideia de que o Conselho Constitucional, como toda jurisdição constitucional, resolve de direito, um conflito entre normas por natureza políticas (a lei e a Constituição). Ao contrário, a presença dos membros natos parece-nos infinitamente mais condenável, não tendo os antigos chefes de estado nada a fazer em uma instituição que quer apresentar o rosto de uma autêntica jurisdição.

Uma reforma da composição do Conselho Constitucional é de se considerar? Ela nos parece vivamente desejável. Trata-se da legitimidade da instituição e, portanto, de sua credibilidade, tanto aos olhos dos atores institucionais do contencioso constitucional, quanto do povo francês.

2. O PROCESSO SOBRE A ILEGITIMIDADE FEITA NA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO

Segundo Jacques Krynen, “a fraqueza do dispositivo francês não residiria tanto na seleção política dos membros do Conselho, e sim nas garantias de competências desses membros”⁴. De maneira esquemática, e como foi indicado na introdução, parece que a ilegitimidade seja menos um assunto de procedimento de nomeação (A) do que da presença de membros natos (B).

2.1 Pela nomeação

Temos sempre apoiado nos artigos ou obras, o procedimento de nomeação à francesa; não que a consideremos a melhor de todas; ela é, em todo caso, menos pior que outras! Entretanto, o procedimento de nomeação do art. 56 incorre em três críticas principais facilmente discutíveis.

Primeiramente, ela veicula a politização da instituição. Nomeados discricionariamente, em teoria, até recentemente (a revisão constitucional de 23 de julho de 2008 insere no procedimento de nomeação uma inquirição em audiência de cada um dos candidatos propostos pelas altas autoridades, feita pelas Comissões de Justiça do Senado e da Assembleia Nacional), pelas altas autoridades políticas, as personalidades escolhidas dependeriam, mais ou menos abertamente, da sensibilidade política da autoridade que as nomeou (mesmo se as duas últimas renovações trienais de fevereiro de 2007 e fevereiro de 2010 devam conduzir a matizar esta observação). A escolha de amigos políticos seria então uma constante nas nomeações depois da criação da instituição. “O espírito de favor, de amizade e de complacência, mais difícil de matar que as malformações constitucionais a consertar, poderia regularmente guiar a escolha pelas

⁴ J. Krynen, *L'État de justice, France, XIII-XXème siècles. L'empire des juges*, Tomo 2, NRF Gallimard, 2012, p.329.

autoridades de nomeação”, escrevia Charles Eisenmann⁵. E é verdade que o companheirismo político pôde se manifestar à direita com autoridades de nomeação como o General De Gaulle, Philippe Seguin ou Jacques Chirac; no centro com Valéry Giscard d’Estaing, René Monory ou Christian Poncelet; ou à esquerda com François Mitterrand, Laurent Fabius ou Raymond Forni. Essas escolhas políticas acompanham-se bem frequentemente de segundas intenções estratégicas: assim Jacques Chirac nomeando em 2007, no fim de seu mandato, Jean Louis Debré, certo de ter um aliado objetivo para se opor a Nicolas Sarkozy, futuro Presidente da República⁶.

Tome-se ciência. Mas um outro procedimento de designação seria mesmo capaz de minimizar o risco de politização? Não pensamos assim. 1) Fazer nomear os membros pelo Parlamento? É em parte o caso da Áustria onde o Conselho Nacional e o Conselho Federal designam três juízes (art. 147). Uma das piores soluções: ela impede a diversidade nas autoridades de nomeação e abre o caminho para negociações políticas e pactos tácitos. 2) A eleição? Em geral pela iniciativa das assembleias (na Alemanha – art.94 – oito membros são eleitos pelo Bundestag e oito pelo Bundesrat; na Espanha oito juízes entre doze são eleitos pelas câmaras – art.159), ela é a quintessência da politização (existe ato mais político que uma eleição?) que obriga a alianças objetivas e táticas partidárias para alcançar os sufrágios requeridos pelas condições de maioria qualificada⁷.

Em segundo lugar, a Constituição francesa não prevendo nenhuma cláusula de competência, as personalidades nomeadas são taxadas de incompetência jurídica. Se é verdade que o Conselho Constitucional é uma das raríssimas cortes que não impõem nenhuma qualificação jurídica, não se extrai disso que as personalidades nomeadas não sejam, na grande maioria dos casos, todas experientes. Competência consagrada por um diploma e experiência adquirida pela prática são bem diferentes. E o que se pode observar é que a maior parte das personalidades designadas depois de 1959 são juristas de formação ou são titulares de diplomas que abrem caminho de carreiras jurídicas⁸. Cerca de 80% dos sessenta e nove membros nomeados até hoje apresentam um diploma permitindo o acesso às magistraturas, onze professores de Direito tiveram assento⁹ – mesmo se isto fique bem aquém do número das outras

⁵ Ch. Eisenmann, *Le Monde*, 5 de março 1959.

⁶ V. F. Hourquebie, *Les nominations au Conseil constitutionnel*, L.P.A., n° 108, 2001, PP. 9-16.

⁷ V. principalmente L. Favoreu e W. Mastor, *Les Cours constitutionnelles, Connaissance du droit*, Dalloz, PP.34 e segs.

⁸ *Ibid.*, p.47-48; v. também a análise estatística de Dominique Rousseau in *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9ème Ed., 2010.

⁹ É em nosso sentir uma fraqueza crucial: a sabedoria das autoridades de nomeação conduz raramente a escolher professores de Direito. Onze professores de Direito nomeados até hoje. Com um “pico” entre 17 de setembro de 1964 e 3 de março de 1971, pois três entre eles tiveram assento juntos no Conselho (Marcel Waline, René Cassin e François Luchaire) e inegavelmente pesaram sobre os debates (sobre a natureza jurisdicional do Conselho, por exemplo) e sobre o sentido das deliberações (sobre o controle de constitucionalidade das leis referendárias notadamente). V. F.Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, 2010; e também nosso comentário em B.Mathieu, J.P. Machelon, F.Mélin-Soucramanien, D.Rousseau e X. Philippe (dir), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Dalloz, 2009, PP.133 e segs.

Cortes europeias –, três Vice-Presidentes do Conselho de Estado, um antigo Presidente da Corte de Justiça da União Europeia, um antigo Primeiro Presidente da Corte de Cassação, etc... É preciso então fixar uma exigência da capacidade jurídica em uma cláusula constitucional de competência? Não pensamos assim. Porque **1)** como indicamos, a quase totalidade dos membros já detém um diploma de Direito ou de uma grande escola não totalmente estranha à formação jurídica; não é, aliás, certeza que gravar esta exigência no mármore mude qualquer coisa; **2)** como determinar “a dignidade jurídica suficiente”, para tomar a expressão de D. de Béchillon¹⁰? Exigir um doutorado excluiria muito frequentemente os magistrados de diferentes Tribunais; e exigir um mestrado de Direito excluiria frequentemente os alunos de grandes escolas; e **3)** a ausência de cláusula de competência com nível jurídico requisitado permite jogar a carta da Diversificação dos percursos e das experiências, tão necessária em um contexto de constitucionalização tentacular dos diversos ramos do Direito.

Disto decorre muito logicamente a terceira crítica: aquela do caráter discricionário da nomeação. O enquadramento substancial (por uma cláusula de competência) não tendo sido mantido, o constituinte de 2008 preferiu um enquadramento formal, de tipo procedimental, pois desde então (art. 56) as nomeações são submetidas ao parecer das Comissões de Justiça das duas assembleias quando a escolha é do Presidente da República e de uma ou de outra das comissões conforme a escolha seja aquela do Presidente do Senado ou da Assembleia Nacional. Elas emitem um parecer público e dispõem de um direito de veto teórico, já que não se pode proceder à nomeação se a candidatura recolher três quintos de sufrágios negativos ou mais. Em realidade, este dispositivo não é muito embaraçoso, na medida em que reunir três quintos de votos negativos (conforme as prescrições constitucionais) obrigaria a alianças entre a maioria e a oposição, alianças que o fato majoritário torna altamente improváveis. Daí essas inquirições sem surpresa em 2010 – na ausência de lei orgânica fixando as condições procedimentais – mas um pouco picantes às vezes. Assim foi na vez de Michel Charasse (à indagação de Manuel Valls: “*A título pessoal o senhor ousaria censurar um projeto de lei sustentado pela autoridade que o nomeou?*”; ou de René Dosière “*O que o senhor pensa do fato de os antigos Presidentes da República terem assento nato no seio do Conselho Constitucional*”) e de respostas um pouco inesperadas do interessado (“*A dignidade humana tem forçosamente valor constitucional pois todo o nosso Direito é protetor da pessoa humana*”)...

François Luchaire lembrava que a alquimia perfeita para a composição de uma jurisdição constitucional devia se estabelecer ao redor de três critérios: uma maioria de juristas, de personalidades incontestáveis e uma certa mistura de gerações. Resta saber a qual dessas categorias pertencem os membros do Direito ...

¹⁰ D. de Béchillon, art. cit., p.116: “A atitude para conduzir uma discussão jurídica de alto nível não se resumiria à detenção de um título acadêmico”.

2.2 Contra os membros natos

O que fazer dos antigos presidentes da República?

Sejamos claros: a varinha mágica do constituinte deveria, de uma vez por todas, fazer desaparecer os antigos presidentes da República do Conselho Constitucional. Eles não têm nada a fazer nessa instituição. Que nos entendamos bem: membros natos significa membros vitalícios!

As propostas feitas nesse sentido diante do Comitê Balladur, encarregado de fazer propostas de revisões da Constituição, não foram seguidas quando da revisão constitucional de 23 de julho de 2008 (os senadores eram favoráveis; a Assembleia Nacional rejeitou a proposta em segunda votação); e a indignação do argumento avançado pelo Presidente da República no discurso proferido em 1º de março de 2010 no Conselho Constitucional não pode evidentemente bastar para convencer qualquer jurista esclarecido, um pouco que seja, sobre esta questão: “[...] *O Conselho Constitucional não deveria ser uma jurisdição como outra. É a razão pela qual eu desejei que ele não seja composto apenas por técnicos do Direito e que os antigos Presidentes da República ali conservem sua qualidade de membros natos, porque a experiência de um antigo Chefe de Estado que fez funcionar as instituições, pode acrescentar muito à qualidade das decisões do Conselho, a seu equilíbrio, a seu realismo*”¹¹.

Sabe-se a razão, eminentemente conjuntural, que presidiu esta anomalia constitucional, qual seja, sua adoção em penhor de reconhecimento da ação conduzida por René Coty e Vincent Auriol no momento da ascensão do General De Gaulle ao poder. Para ser bastante honesto, poder-se-ia talvez encontrar no art. 5º da Constituição uma justificação para esta disposição. A concepção gaulista da arbitragem devia fazer do presidente o guardião do respeito à Constituição¹². A saída natural pode então ser um assento no seio da instituição que é a guardiã jurisdicional do texto fundamental, a saber o Conselho Constitucional. Além disso, mesmo que os membros nomeados não sejam submetidos a uma obrigação constitucional de competência jurídica, poderia parecer paradoxal querer se privar da eminente experiência da mais alta autoridade política do Estado. Mas aí ainda esta explicação é muito insuficiente à vista das consequências que decorrem da presença dos membros natos. Porque com o encurtamento da duração do mandato presidencial para cinco anos, a limitação a dois mandatos consecutivos, a eleição de presidentes cada vez mais jovens e o alongamento da esperança de vida, a médio prazo, os antigos presidentes da República poderiam logo constituir a maioria dos membros do Conselho.

¹¹ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/français/nouveaux-cahiers-du-conseil/chier-n-29/discours-prononce-le-1er-mars-2010-par-m-nicolas-sarkozy-president-de-la-republique.52885.html>

¹² Artigo 5º: “O Presidente da República zela pelo respeito à Constituição. Ele assegura, por sua arbitragem, o funcionamento regular dos poderes públicos bem como a continuidade do Estado. Ele é o fiador da independência nacional, da integridade do território e do respeito aos tratados”.

Este processo de ilegitimidade da composição do Conselho Constitucional aparece assim, sob algumas óticas, inteiramente legítimo.

3. A LEGITIMIDADE DO PROCESSO FEITO PARA A COMPOSIÇÃO DO CONSELHO

“O CC pode permanecer por muito tempo um ator médio do jogo político se a composição e os modos de recrutamento não mudarem.”¹³ O processo de ilegitimidade, se ele se confina um pouco à “prática da conversação jurídica”¹⁴, não parece menos pertinente à medida que coloca em questão a jurisdicionalização da instituição (A); jurisdicionalização que obriga a algumas reformas da composição para limitar ainda mais a politização (B).

3.1 Mais jurisdicionalização

Michel Fromont dizia do Conselho Constitucional que ele era um “modelo atípico”, o que quer dizer tudo sobre sua natureza jurisdicional que, se apreciada, bem entendido, pela medida do procedimento aplicável, se avalia também, além disso, à luz do recrutamento e da competência dos juízes que formam a Corte.

Assim, da particularidade da composição resulta “uma questão recorrente sobre a natureza ambivalente deste órgão que participa elevadamente do poder jurisdicional, mas pelo fato da designação discricionária de seus membros por três autoridades políticas, vê constantemente pesar sobre ele a suspeita de politização”¹⁵. É, no pano de fundo, a lancinante questão da jurisdicionalização que está em debate. Como admitir que o Conselho Constitucional se torne um membro por inteiro do clube das Cortes Constitucionais europeias se sua composição não permite refletir as garantias que a parte tem direito de esperar de um processo, seja ele constitucional. Hesitação que Maurice Duverger assim traduzia: “O termo jurisdição política exprime o caráter ambíguo da instituição. (...). Ela intervém em matérias políticas e mais ainda nos fins políticos; seus membros devem ter a independência dos magistrados, mas seu recrutamento é político”.

Ainda uma vez, não são, segundo pensamos, os membros nomeados que fazem plainar uma dúvida sobre a jurisdicionalização, pois as garantias de independência, consubstanciais à atividade jurisdicional, estão lá. A duração das funções (nove anos), sua não renovação e a inamovibilidade que disso decorre, é que são os marcos objetivos desta independência do juiz constitucional¹⁶. A isto se acrescenta, em um plano mais

¹³ J. Krynen, *op.cit.*, p.332.

¹⁴ D. de Béchillon, *art.cit.*, p.115.

¹⁵ J. Krynen, *op. cit.*, p.328.

¹⁶ A que se acrescenta um regime de ineligibilidades, de incompatibilidades, de interdições e uma obrigação de reserva.

subjetivo, o famoso dever de ingratidão a ser exercido a contar do momento em que a personalidade nomeada não tem mais nada a esperar da autoridade de nomeação. “A função se apodera do homem quando o homem é honesto”, escrevia Georges Vedel¹⁷. É assim, e graças à renovação por terços a cada três anos que evita as rupturas de jurisprudência em consequência das trocas de maiorias políticas, que o Conselho Constitucional é mais percebido como uma jurisdição reguladora das alternâncias políticas, do que como uma instituição partidária. As censuras recentes ainda são disso testemunhas¹⁸.

É, bem entendido, sobre os membros natos que recai todo o peso da politização e, portanto, do defeito de jurisdicionalização. Se a jurisdição constitucional é necessariamente política, tendo em vista a especificidade do contencioso que ela deve conhecer, não é entretanto aceitável que uma causa seja submetida a uma instituição que ao mesmo tempo se quer uma jurisdição e que compreende em seu seio as personalidades mais políticas que sejam, os presidentes da República. Esta composição não é aceitável no quadro do controle abstrato de constitucionalidade; ela é menos aceitável ainda, *a fortiori*, no quadro do controle exercido conforme o novo procedimento de questão prioritária de constitucionalidade (art. 61-1). E o argumento segundo o qual os presidentes da República não tomam parte nas audiências de questão prioritária de constitucionalidade, em razão da sua enorme tecnicidade, não basta para criar a suspeita do defeito de jurisdicionalização, mesmo que este argumento deponha, *a contrario*, pela ausência de competência suficiente dos antigos presidentes nos contenciosos jurídicos técnicos e, portanto, por sua exclusão do Conselho Constitucional. O Conselho não é um clube prestigioso para os aposentados da política! Além disso, e qualquer que seja o contencioso, uma presença aleatória, deixada à apreciação do membro nato, pode ser interpretada de um lado, como uma estratégia política visando a sustentar ou a se opor ao poder instalado; e, de outro lado, pode ter como efeito mudar os equilíbrios em termo de repartição de vozes no momento de um voto, o que é eminentemente contestável, tanto pela autoridade das decisões, quanto pela legitimidade da instituição como jurisdição.

Reformas na composição se impõem seguramente para afastar ainda mais o espectro da politização.

3.2 Menos politização

Bernard Chenot, antigo Vice-Presidente do Conselho de Estado afirmava: “Eu jamais pensei por um segundo que o Conselho fosse um órgão jurisdicional; é um corpo político por seu recrutamento e pelas funções que preenche”.

¹⁷ *Le Conseil constitutionnel a quarante ans, Conseil constitutionnel et LGDJ, 1999, p.66.*

¹⁸ F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel em France, préc.*

O que seria preciso então para contradizer esta opinião? Três pistas, em resumo simples e muito evidentes podem ser exploradas.

3.2.1 Suprimir os membros natos

Para tanto devemos abdicar da experiência dos antigos presidentes? Não, bem entendido; sua palavra e sua experiência são necessárias em um contexto liberal atormentado. Ora, fazê-los sentar-se no Conselho implica submetê-los à obrigação de reserva dos membros¹⁹, o que é afinal prejudicial. Por que não considerar então a hipótese de nomeá-los senadores vitalícios (se for preciso, sem voz deliberativa)? O que estaria ao mesmo tempo de acordo com noção de arbitragem constitucional consagrada no art. 5º da Constituição, com a exigência de jurisdicionalização do Conselho, e com a reverência que se deve a um antigo chefe de Estado. O exemplo italiano poderia inspirar o constituinte francês²⁰.

3.2.2 Substituir os membros natos

Isto permitiria um alinhamento com os membros efetivos que compõem as Cortes Constitucionais na Europa e que são mais próximos de doze ou quinze do que de nove. Assim, três membros suplementares poderiam ser nomeados no lugar dos membros natos que, hoje, numa hipótese teórica elevada poderiam precisamente ser três (J. Chirac, V. Giscard d'Estaing e N. Sarkozy). Duas possibilidades para a designação desses membros: **1)** Manter uma nomeação pelas três altas autoridades políticas, de modo que elas deveriam doravante nomear quatro membros a cada três anos, o que implicaria uma renovação por quartos a cada três anos, mas levantaria o problema de saber que autoridade teria competência para nomear dois membros. Seja essa competência atribuída ao presidente da República em nome da lógica da Quinta República, e então a crítica da politização excessiva corre o risco de voltar. Seja uma quarta autoridade de nomeação a intervir (e não pode ser o primeiro ministro em razão da instabilidade constitucional que o caracteriza). Esta solução coloca talvez mais problemas do que os resolve. É por isso que se pode encarar **2)** que os três membros suplementares sejam nomeados pelas altas jurisdições (Corte de Cassação, Conselho de Estado e Corte de Contas) com duas vantagens de peso: dar ao Conselho Constitucional sempre a segurança de dispor em suas fileiras de juízes experientes, o que inegavelmente é um

¹⁹ Em uma decisão eleitoral de 7 de novembro de 1984, o Conselho foi levado a se pronunciar sobre a condição deles e estimou que “*sob a única reserva de dispensa de juramento, eles são submetidos às mesmas obrigações dos outros membros*”, *Decisão nº 84-983, NA, 7 de novembro de 1984, Puy-de-Dôme, 2ème circ, Rec., p.117.*

²⁰ Sobre esta questão v. também D. de Béchillon, *art. cit., p.116.*

ganho depois da entrada em vigor da questão prioritária de constitucionalidade; dar ao Conselho Constitucional juízes desconectados de nomeações ditas “políticas”²¹.

3.2.3 Tornar mais rigoroso o controle sobre a nomeação

É preciso esforçar-se para que as audiências agora previstas no art.56 da Constituição possam verdadeiramente esclarecer os membros das Comissões de Justiça sobre as motivações e as convicções das personalidades indicadas. Já dissemos, o novo sistema quase não constrange verdadeiramente a autoridade de nomeação.

Sem chegar até a transposição dos temíveis procedimentos de audiências de confirmação do Senado americano (as *hearings*), no curso das quais a carreira (o que é necessário) e a vida privada (o que é discutível) dos juízes indicados para a Corte Suprema passam pelo crivo, conviria talvez diminuir a condição de maioria qualificada de votos negativos além da qual a nomeação é impossível; ou renovar radicalmente o sistema prevendo que uma nomeação não pode ocorrer senão com a concordância de três quintos dos sufrágios manifestados. Obter a confiança reunindo tal condição de maioria é incontestavelmente mais temível do que chegar a ser objeto de um voto de desconfiança nas mesmas condições de maioria. Na primeira hipótese, se a nomeação não acontece, o fracasso é imputável à falta de convicção da personalidade apresentada; na segunda hipótese o fracasso da nomeação é mais imputável à falta de senso político da autoridade de nomeação. Resta saber o que é mais grave...

Em qualquer dos casos o exotismo francês tem ainda belos dias diante de si, salvo se a atual comissão de renovação e de modernização da vida política desejada pelo Presidente Hollande e presidida pelo antigo Primeiro Ministro Lionel Jospin, levasse em conta a questão e formulasse a proposta que todos os professores de Direito Constitucional esperam...

²¹ Proposição de D. de Béchillon, *art. cit.*, p.116.

LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD ESPAÑOL

The financing of the Spanish National Health System

Juan Zornoza Pérez¹

RESUMEN

1. Introducción. 2. Los distintos modelos de financiación de los servicios sanitarios. 3. La financiación de la sanidad en el marco de la financiación de las Comunidades Autónomas. 4. La incidencia en la financiación de la asistencia sanitaria de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema nacional de Salud. 5. Una valoración final: a modo de conclusiones.

RESUMO

O estudo analisa vários modelos de financiamento do sistema de serviço de saúde espanhol, com ênfase na transferência de competências de gestão para as comunidades autónomas. Aprofunda questões sobre as modulações que o sistema exige para atender às peculiaridades da área da saúde, como a garantia constitucional da autonomia regional, integração e unificação da gestão dos serviços de saúde, aumento do custo, melhoria da qualidade exigida na prestação dos serviços, vinculação do aumento de receita ao crescimento de recursos tributários no território de cada comunidade e, por fim, critica a tendência a construir regras estabelecidas pelo princípio da afetação para garantir o sistema de igualdade e coesão do sistema sanitário, o qual colide com o princípio da autonomia financeira e a jurisprudência constitucional. Conclui pela necessidade de estabelecer um novo modelo que viabilize a coordenação pela Administração Geral do Estado de modo que evite a prevalência de interesses locais financeiros em prejuízo da igualdade e da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

ABSTRACT

The study will analyze a range of frames examines various models of financing system health in Spanish, with emphasis on the transfer of management skills to the Autonomous Communities. Deeper questions about the modulations that the system requires to meet the peculiarities of health, such as the constitutional guarantee of regional autonomy, integration and unification of the management of health services, increased cost, improving the quality required in the provision of services, linking increasing revenue growth of tax revenues in each of the communities and ultimately criticizes the tendency to build rules established by the principle of allocation system to ensure equality and cohesion of the health system, which collides with the principle of autonomy financial and constitutional jurisprudence. It concludes with the need to establish a new model that allows for coordination by the General Administration of the State to prevent the prevalence of local financial interests to the detriment equality and guarantee the fundamental

Palavras-chaves: Sistemas. Financiamento. Saúde Pública. Comunidades Autónomas. Espanha.

Keywords: Systems. Financing. Public Health. Autonomous Communities. Spain.

1. INTRODUCCIÓN²

Una de las notas más destacadas del modelo de financiación de las Comunidades Autónomas (CCAA en lo sucesivo) surgido de los Acuerdos del Consejo de Política Fiscal

¹ Universidad Carlos III de Madrid

² Este trabajo se enmarca en la línea de investigación financiada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Ref. BJU2002-01764) sobre la financiación de las Comunidades Autónomas y los Entes Locales.

y Financiera de las Comunidades Autónomas (CPFF en lo sucesivo) de 27 de julio de 2001 (luego revisados a 30 de noviembre de 2001) es su carácter integrador. En efecto, el nuevo modelo se ha propuesto integrar y unificar los tres cauces empleados con anterioridad para dotar a las CCAA de los recursos necesarios para la financiación de sus competencias, superando la disparidad de criterios que se empleaban para la distribución de la financiación, según se destinara a las competencias comunes, a la gestión de los servicios de asistencia sanitaria o, por fin, a la gestión de los servicios sociales.

Como cabía prever, la consecución de ese propósito ha condicionado seriamente la propia construcción del modelo, para empezar en lo que se refiere al volumen y tipo de recursos que han de atribuirse a las CCAA, dada la importancia cuantitativa del gasto sanitario –que, sin embargo, se mantiene constante en relación al PIB³ – dentro de los presupuestos autonómicos. Y no sólo en ese aspecto, sino también en otros de alcance más cualitativo, como los relacionados con la elección de los criterios para la distribución de tales recursos, en que había de superarse la heterogeneidad de los que se venían empleando para la asignación a estos entes territoriales de los distintos fondos hasta entonces existentes, según cuál fuera su finalidad, sin incurrir en una excesiva uniformidad, dada la conveniencia de atender a criterios específicos respecto de algunos de los servicios a financiar.

Quizás por ello, también se ha producido un efecto reflejo, pues al reconducirse la financiación de la sanidad al modelo general de financiación, ha sido necesario introducir en este algunas modulaciones, para atender a las peculiares características de los servicios sanitarios. Así, por ejemplo, para garantizar una cierta continuidad en su funcionamiento tras su transferencia a las CCAA, dado que en esta materia está en juego la efectividad de derechos constitucionales, como son los de los arts. 41 y 43 de la Constitución, se ha procedido a introducir algunas medidas que no sólo pueden resultar problemáticas desde la perspectiva del respeto a la autonomía, al imponer a las CCAA la obligación de destinar a la gestión de la asistencia sanitaria un determinado volumen de sus recursos, sino que resultan en cierto modo contradictorias con el propósito de ampliar “las potestades de decisión de las Comunidades Autónomas en materia fiscal, tanto en lo que respecta a la forma de obtención de sus recursos, como a las condiciones de prestación de sus servicios”, que inspira el nuevo modelo de financiación de las CCAA, según la Exposición de Motivos de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre.

³ Aunque pueda resultar paradójico, porque en el mismo lugar se encuentran datos de análisis económico referidos al año 2004, las últimas estadísticas de gasto sanitario accesibles en la página en Internet del Ministerio de Sanidad y Consumo (http://www.msc.es/Diseno/informacionProfesional/profesional_sistemas_informacion.htm) se refieren al ejercicio de 2001. En ese ejercicio, el gasto sanitario continuaba estabilizado en el 7,5 % del PIB (lo que supone una reducción del 0,1 % desde 1995) y, dentro de él, el gasto público suponía un 5,4 % del PIB (con idéntica reducción de una décima respecto a 1995); vid. los datos de CABASES HIT A, J. M. 1999, págs. 321 y ss.

Conviene por ello detenerse en el examen de ese nuevo modelo de financiación de carácter integrador, “en tanto que abarca la financiación de todos los servicios susceptibles de traspaso a las Comunidades Autónomas”, como dice la citada Exposición de Motivos, para analizarlo ahora desde la perspectiva de la financiación de los servicios sanitarios; no sin antes hacer una breve referencia a las características de los distintos modelos financieros que se han empleado a lo largo del proceso de descentralización del gasto sanitario, en cuanto pueda resultar útil para comprender las repercusiones que puede producir su tratamiento en la Ley 21/2001.

2. LOS DISTINTOS MODELOS DE FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS

En la descripción de los distintos modelos de financiación de los servicios sanitarios anteriores al hoy vigente es habitual hacer referencia a tres períodos diferenciados, que son los que distingue el Acuerdo del CPFF de 30 de noviembre de 2001, para señalar sus características esenciales.

El **primero de dichos períodos** se abriría con el inicio mismo del proceso descentralizador de las competencias sanitarias, a partir del traspaso a la Generalidad de Cataluña de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, que venía prestando el INSALUD, formalizado en el Real Decreto 1571/1981, de 8 de julio, reflejo del acuerdo de la Comisión Mixta de transferencias adoptado en 1980. Inicialmente, la financiación de los servicios traspasados a dicha Comunidad se articularía a través de la transferencia de los créditos presupuestarios a ellos asociados, hasta que con motivo de la liquidación del ejercicio de 1984 se acordó acudir como criterio transitorio de asignación de recursos al coste efectivo de los servicios transferidos (TAMAYO LORENZO 2001, págs. 66-67).

Pese a que el criterio del “coste efectivo del servicio en el territorio de la Comunidad en el momento de la transferencia” había sido consagrado como criterio general para la financiación de los servicios transferidos, en la Disposición Transitoria primera.¹ de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA en lo sucesivo), existe un general acuerdo en considerar que la principal característica de este período es la gran heterogeneidad de criterios empleados al efecto. En este sentido, si prescindimos de las transferencias efectuadas a favor de las Comunidades del País Vasco y Navarra que, al financiarse mediante los regímenes de Concierto y Convenio económico⁴, carecen de interés a nuestros efectos, observaremos que cada CCAA negoció el criterio de asignación de

⁴ Lo que dio lugar al cálculo de su financiación mediante el empleo del índice de imputación a utilizar en cada ejercicio, de acuerdo con la Ley 12/1981, para el cálculo del Cupo a satisfacer por cada Comunidad Autónoma al Estado, en términos que llevan a afirmar que se trata de un modelo de financiación específico (TAMAYO LORENZO 2001, pág. 76).

recursos para la financiación de la sanidad de acuerdo con sus peculiaridades; lo que, en ausencia de un marco estable de referencia, necesariamente había de conducir a resultados dispersos, produciendo diferencias apreciables en los recursos asignados a las distintas CCAA (GAMAZO/ALBILLOS/GONZALEZ 2000, pág.165) que tempranamente dieron lugar a la denuncia de agravios comparativos y de pretendidas situaciones de privilegio (CABASÉS HITA, J. M. 1999, pág. 334).

Así, por referirnos a los traspasos realizados en esta primera etapa, el Real Decreto 400/1984, de 22 de noviembre, por el que se transfirieron los servicios del INSALUD a la Comunidad de Andalucía reflejaba un doble criterio de financiación transitorio para los distintos tipos de gastos, pues mientras los gastos corrientes se financiarían según el coste efectivo, las inversiones y servicios nuevos se valorarían de acuerdo con la población de derecho, determinada según el censo del INE de 1981, estableciéndose un período de ajuste que –una vez se dispusiera de datos sobre población protegida– había de conducir a la implantación de este último criterio. Por su parte, el Real Decreto 1612/1987, de 27 de noviembre, de transferencia de servicios sanitarios a la Comunidad Valenciana, acudiría al criterio de la población protegida, aún admitiendo transitoriamente el empleo del criterio del coste efectivo de los servicios, en tanto no se dispusiera de datos satisfactorios que permitieran determinar aquella. De forma similar operaría el Real Decreto 1679/1990, de traspaso de servicios a la Comunidad de Galicia, que se compromete a la financiación de los servicios sanitarios por su coste efectivo, aún con el compromiso de alcanzar, a través de aproximaciones sucesivas en un plazo de diez años, una financiación conforme al criterio de población protegida, determinada minorando la población de derecho en la cifra de los colectivos protegidos por entidades mutualistas (MUFACE, ISFAS, MUGEJU, etc.); y el mismo esquema financiero puede encontrarse en el Real Decreto 446/1994, de 11 de marzo, que formalizó el traspaso de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a la Comunidad de Canarias.

Junto a ello, constituye un lugar común la afirmación de que el modelo empleado para la financiación de los servicios sanitarios en esta primera etapa, dadas sus características, no podía garantizar la suficiencia financiera de las CCAA, que padecían desfases presupuestarios y tensiones financieras que, en la línea de tendencia del INSALUD no transferido, daban lugar a modificaciones presupuestarias reiteradas en sucesivos ejercicios, síntoma de una insuficiencia financiera crónica sólo corregida mediante planes de saneamiento financiero a través de los que la Administración central asumía las consecuencias derivadas de las constantes desviaciones presupuestarias (GAMAZO/GAYUBO/SAÑUDO 2001, pág. 105 y RUIZ HUERTA/GRANADOS 2003, pág. 12).

En todo caso, sería en esta primera etapa cuando se produciría la nítida separación entre la financiación general de las CCAA y la correspondiente a las competencias sanitarias que ha operado hasta la aprobación del vigente modelo de financiación, dado que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS en

adelante), al establecer las bases para la reordenación del sistema sanitario público vino a sentar como criterio para la financiación de las competencias sanitarias de las CCAA –en su art.82– el de la población protegida, que no estaba previsto en la LOFCA, ni para el período transitorio ni para la determinación de la participación en los ingresos del Estado (PIE en adelante), en los sucesivos modelos que habrían de sucederse. Es cierto que el art. 13.1.e) de la LOFCA, a efectos de la negociación de la PIE correspondiente a las CCAA, permite acudir a cualesquiera criterios que “se estimen procedentes”; pero ni siquiera así parece posible salvar la adecuación al bloque de la constitucionalidad –del que forma parte la LOFCA, como expresamente ha dicho la STC 150/1990– de la LGS, que en lo relativo a los aspectos financieros realiza un desarrollo independiente, al margen del sistema constitucional de financiación autonómica, que sólo puede justificarse por razones pragmáticas, pero no desde la perspectiva técnico-jurídica.

Esa regulación particular de la financiación sanitaria, cuyas razones se han querido encontrar “tanto en la pervivencia estructural de la Seguridad Social como nexo de los traspasos, como en una interpretación específica de los artículos constitucionales de atribución de competencias” (TAMAYO LORENZO 2001, pág. 50), obedece fundamentalmente a razones pragmáticas, relacionadas tanto con el empleo de las cotizaciones sociales como fuente de financiación sanitaria, como con la existencia de un gran número de CCAA que no tenían asumidas las competencias sanitarias (CABASÉS HITA 1998, pág. 69). Por ello, aún reconociendo que tales circunstancias planteaban sus propias exigencias, en términos jurídico-constitucionales no puede dejar de señalarse la anomalía que ha supuesto que la financiación sanitaria se desarrollara por fuera del sistema general de financiación o, mejor dicho, como un sistema paralelo (RAMALLO MASSANET 2001, págs. 445-446), que se sirve de los mismos procedimientos que el sistema general, aunque sea para aplicar distintos criterios en la distribución de la financiación entre las CCAA, todo ello sin amparo normativo suficiente. En efecto, la financiación de las competencias sanitarias transferidas a las CCAA se produciría en este primer período de forma paralela a la del resto de las competencias transferidas, sobre la base de negociaciones políticas cuyos resultados se justificarían luego, de forma más o menos forzada, en la aplicación de los criterios legal o reglamentariamente establecidos, que son objeto de negociación tanto en el seno del CPFF, que asumirá también en esta materia un protagonismo que se compadece mal con su configuración legal como órgano consultivo y deliberación (RAMALLO MASSANET/ZORNOZA PÉREZ 1997, págs. 102), como en las Comisiones Mixtas en que se pactarían los costes efectivos que las CCAA percibirían tras la asunción de los servicios de que se trata.

El tránsito al segundo modelo de financiación de las CCAA, que se aprobaría mediante el acuerdo del CPFF de 20 de enero de 1992, no determinó ninguna variación en cuanto a la financiación de la asistencia sanitaria, a pesar de la creación de un grupo de trabajo específico para el examen del sistema de presupuestación y

liquidación del gasto en esta materia. Por ello, sólo en un momento posterior, como consecuencia de los acuerdos del CPPF de 21 de septiembre de 1994, se produciría una reforma de la financiación sanitaria, mediante la aprobación de un nuevo modelo para el **período 1994-1997** que, pese a todo, no supondría la introducción de novedades de excesiva trascendencia. En efecto, además de incrementar notablemente –al partir del gasto efectivo del INSALUD en 1993– la dotación inicial para el gasto sanitario, con el propósito de paliar la insuficiencia financiera crónica que se venía padeciendo, los acuerdos se limitarían a intentar una cierta homogeneización de los criterios de reparto, al establecimiento de la variación en el PIB nominal como índice de evolución de los recursos destinados a la asistencia sanitaria, y al establecimiento de algunas reglas tendentes a la garantía de una mayor disciplina fiscal (GAMAZO/GAYUBO/SAÑUDO 2001, págs. 105-106 y TAMAYO LORENZO 2001, págs. 92 y ss.).

Se intentó, de ese modo, corregir los defectos más visibles ocasionados por el anterior modelo, para empezar, determinando escenarios financieros estables y saneando la deuda existente en el sistema INSALUD para hacer posible una mejora en términos de suficiencia; de una suficiencia que debía hacer posible la adopción de medidas de disciplina fiscal, tendentes al control de unas partidas de gasto siempre crecientes. A tal efecto, para romper la denominada “cultura del crédito ampliable” (GIMÉNEZ MONTERO 1997, pág. 71), cuyos efectos en el incremento del gasto sanitario eran evidentes, los créditos presupuestarios destinados a estas atenciones pasaron a tener carácter limitativo, con la consecuencia de que las posibles insuficiencias presupuestarias requerirían para su cobertura la tramitación de los correspondientes suplementos de crédito o créditos extraordinarios, lo que implicaba además traspasar a las CCAA un cierto grado de responsabilidad sobre las desviaciones presupuestarias que pudieran producirse. Si a ello unimos el intento de superar la heterogeneidad en cuanto a los criterios determinantes de la financiación, haciendo posible la implantación del de población protegida, sancionado por la LGS, mediante un proceso de adaptación progresivo y el establecimiento de la tasa de variación del PIB nominal como índice de evolución, se comprobará que el acuerdo del CPPF de 21 de septiembre de 1994 tuvo, sin duda, la virtualidad de resolver algunos de los problemas generados en un desordenado proceso de traspasos, aunque no pudo alumbrar un modelo estable de financiación, al no abordar los problemas derivados de los flujos interterritoriales de pacientes –ya que el Estado continuó asumiendo el coste de la asistencia a desplazados–, ni ser capaz de establecer criterios que reflejaran las diferencias en términos de necesidad relativa existentes entre las distintas CCAA (TAMAYO LORENZO 2001, pág. 105).

En paralelo a los trabajos que habían de conducir a la elaboración del nuevo modelo de financiación general de las CCAA, recogido en los acuerdos del CPPF de 23 de septiembre de 1996, el Congreso de los Diputados acordó la creación de una Subcomisión para el estudio de las reformas necesarias para la modernización del sistema sanitario que rindió un Informe final en que, prescindiendo de otros aspectos,

se instaba al CPFF para que en durante la vigencia del modelo que había de aprobarse para el **período 1998-2001** abordase la incorporación de la financiación sanitaria a la financiación general de las CCAA, sobre la base de criterios de incorporación progresiva y corresponsabilidad fiscal. Quizás desde esa perspectiva, como medidas destinadas a preparar la anunciada convergencia entre ambos modelos de financiación, dado que su expiración había de producirse en el mismo ejercicio de 2001, los acuerdos del CPFF de 27 de noviembre de 1997, introdujeron algunas reformas en la financiación de la sanidad que merece la pena comentar brevemente, en cuanto pueden contribuir a la mejor comprensión de la situación hoy existente.

Así, en garantía de la suficiencia estática del modelo, se determina un volumen inicial de recursos a partir del gasto presupuestado para el ejercicio de 1998, al que se agregan distintas partidas adicionales, para constituir una masa de financiación que se distribuirá en tres fondos, cuya sola existencia constituye ya una novedad relevante. El primero de ellos, el denominado Fondo general, al que se asigna el 98,2 por 100 de los recursos globales correspondientes al primer ejercicio, se destina a la cobertura de las prestaciones generales y se distribuye entre las CCAA de acuerdo con el criterio de población protegida, calculada a partir del padrón de 1996 y actualizando los datos de las personas acogidas a entidades de mutualismo administrativo. Junto a el se sitúan dos fondos adicionales, de carácter finalista, para atenciones específicas, cuya distribución obedecerá a criterios distintos del de población protegida, único sancionado en la LGS. Así ocurre con el Fondo de modulación financiera, destinado a compensar las potenciales pérdidas de financiación que pudieran sufrir las CCAA cuya población hubiera disminuido respecto al censo de 1991, dado que la población protegida había evolucionado de forma distinta en cada territorio y cuyo funcionamiento resulta sorprendente pues, como ha observado GIMÉNEZ MONTERO (1997, pág. 74), asigna más fondos a las CCAA que menos han crecido; lo que sólo puede entenderse –como afirma el citado autor– si se considera que la lógica “oculta” de este fondo no es otra que la de ofrecer a las CCAA una garantía de mínimos, paralela a la que opera en el ámbito de la financiación general, de modo que ninguna Comunidad reciba por el nuevo modelo un volumen de recursos inferior al que le proporcionaba el anterior. Por su parte, el que se conoce como Fondo de asistencia hospitalaria se vincula a la cobertura de las necesidades financieras originadas por la docencia y asistencia hospitalaria a no residentes; circunstancias que, indudablemente, condicionan el nivel de gasto sanitario, pero que permiten, como en el fondo anterior, introducir criterios de distribución no explícitos⁵ de cuya aplicación resultan “diferencias

⁵ No obstante, GAMAZO/ALBILLOS/GONZÁLEZ 2000, pág. 170 mencionan como criterios para su distribución territorial el “saldo de pacientes atendidos por cada C.A. (diferencia entre pacientes “importados” y pacientes “exportados”), número de médicos internos residentes (MIR) etc.”.

paradójicas en la relación entre pérdidas relativas de población y recursos asignados” (TAMAYO LORENZO 2001, pág. 123).

Y este dato debe destacarse como merece, pues pone de manifiesto que también en el ámbito de la financiación del gasto sanitario se ha operado al margen del derecho, prescindiendo de los criterios legalmente establecidos para la distribución de la financiación, con el fin de alcanzar los resultados considerados razonables o deseables, que luego se justifican mediante técnicas de ajuste necesariamente discutibles, que no pueden justificarse ni por razones de suficiencia ni de equidad, e implican que “se abandona, ..., un criterio transparente de reparto y la financiación sanitaria queda más vulnerable a posibles presiones políticas que puedan ejercer las distintas CCAA” (GAMAZO/GAYUBO/SAÑUDO 2001, págs. 113). En efecto, existe una amplia coincidencia en cuanto a la escasa claridad de los criterios de distribución empleados respecto a los dos Fondos especiales, por lo que no es extraño que su destino haya sido “excesivamente dependiente de la negociación política” (GAMAZO/ALBILLOS/GONZÁLEZ 2000, pág. 173; y TAMAYO LORENZO 2001, págs. 128-129), con la inevitable consecuencia de que el modelo en su conjunto se torna inestable, al quedar al arbitrio y a la libre disposición de las fuerzas políticas, en ausencia de criterios legalmente preestablecidos que pudieran condicionar jurídicamente los resultados a alcanzar.

Por fin, para poner término a este apretado recorrido histórico, conviene señalar que también para el período 1998-2001, en cumplimiento del principio de suficiencia dinámica, se previó la evolución de la financiación sanitaria de las CCAA según el índice de incremento del PIB nominal; índice que se ha mostrado insuficiente para garantizar una adecuada cobertura de las necesidades de gasto en esta materia, pues la realidad ha mostrado como el gasto sanitario público ha crecido en un porcentaje mayor que el PIB nominal (GAMAZO/ALBILLOS/GONZÁLEZ 2000, pág. 171). De ahí la insistencia en la obtención de ahorros en esta materia, que se han querido inducir en los propios modelos de financiación, como ocurrió en el correspondiente al período que nos ocupa, al preverse que los ahorros alcanzados como consecuencia de la adaptación del consumo farmacéutico a las necesidades reales de la población y por el control del gasto por incapacidad laboral transitoria revirtieran en el mismo sistema sanitario, en lugar de destinarse a la reducción del déficit público, como ocurría con anterioridad (ALBILLO/GAMAZO/GONZÁLEZ/SAÑUDO 2002, pág. 88).

No es fácil establecer los elementos comunes a los modelos de financiación que han quedado descritos, que ciertamente han hecho posible que la financiación sanitaria discurriera por sus propias vías, al margen de la financiación general de las restantes competencias y servicios de las CCAA, aunque operando de manera paralela en ambos ámbitos. Precisamente por ello, si quisiéramos señalar su rasgo más característico éste sería la inexistencia de un marco normativo que haya servido de referencia para el cálculo de la financiación a recibir por las CCAA, pues si inicialmente se acudió a la financiación del coste efectivo de los servicios transferidos no fue según la Disposición

Transitoria primera de la LOFCA y, desde luego, poco tiene que ver la población protegida a que acudió la LGS con los criterios del art. 13 de aquella Ley Orgánica.

De ahí que, como se ha señalado por la generalidad de los autores, la determinación de las cantidades a percibir por cada Comunidad haya sido el resultado de complejas negociaciones, desarrolladas ora en el CPFF, ora en las Comisiones Mixtas de transferencias; resultado que luego se ha querido revestir mediante el recurso a criterios pretendidamente objetivos, pues los responsables políticos son muy aficionados a suplir con una supuesta objetivación técnica su falta de capacidad para el compromiso político (LÓPEZ-CASASNOVAS, G. 2001, pág. 3). Y conviene destacarlo, porque esta es una de las principales causas de inestabilidad de la financiación autonómica, general y de la asistencia sanitaria; de una inestabilidad que es, ante todo, inestabilidad normativa y, por tanto, no depende de la mayor o menor duración del modelo de que se trate, sino de la existencia de reglas vinculantes para el propio legislador –integradas, por tanto, en el bloque de la constitucionalidad– que concreten los criterios para el reparto de los recursos financieros disponibles, asegurando la previsibilidad y planificación financieras de los Entes territoriales. Porque, como advirtiera el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia de 11 de noviembre de 1999 (BVerfGE 101, 158), las normas de la Constitución financiera excluyen que la financiación de los entes territoriales pueda articularse a partir de acuerdos sobre cifras concretas, luego revestidos sobre la base de pretendidos criterios técnicos; y, antes al contrario, reclaman el establecimiento de criterios legales precisos, dotados de una vigencia temporal razonable, que desarrollen de manera adecuada los principios y normas constitucionales, de manera que “los criterios acerca del reparto de los ingresos tributarios y los mecanismos de solidaridad se encuentren configurados antes de que sean conocidos sus efectos posteriores”⁶.

3. LA FINANCIACIÓN DE LA SANIDAD EN EL MARCO DE LA FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Como se había avanzado por la generalidad de los autores, una vez producida la separación de las fuentes de financiación del sistema de la Seguridad Social, de modo que la asistencia sanitaria pasara a cubrirse con cargo a los recursos presupuestarios ordinarios, desvinculándose de las cotizaciones sociales, la pervivencia de un modelo propio de financiación de esta concreta competencia autonómica perdería buena parte de su sentido, lo que auguraba su incorporación al modelo de financiación general resultante de la LOFCA, máxime una vez que la totalidad de las CCAA

⁶ Sobre dicha jurisprudencia, con mayores referencias, vid. ORTIZ CALLE, E. 2000, págs. 14 y ss.

habían asumido competencias en materia de asistencia sanitaria y sólo quedaba pendiente la concreción del proceso de traspasos⁷.

Pues bien, aunque dichos traspasos fueron efectivamente acordados en paralelo a la discusión del nuevo modelo de financiación de las CCAA, resultante de los acuerdos del CPPF de 27 de julio de 2001⁸, parcialmente modificados a 30 de noviembre del mismo año, desde un primer momento se pretendió que dicho modelo integrara los hasta entonces existentes para la financiación de las competencias comunes, de las competencias sanitarias y de las competencias en materia de servicios sociales. No obstante, por lo que ahora interesa, esa integración no afecta a la totalidad de las instituciones y servicios de asistencia sanitaria, sino sólo a los que eran de la titularidad de la Seguridad Social; de manera que en los Presupuestos Generales del Estado continuarán existiendo partidas de gasto sanitario gestionadas por instituciones ajenas al sistema de seguridad Social⁹, como las correspondientes a las entidades de mutualismo administrativo, mutuas patronales, asistencia sanitaria en instituciones penitenciarias, etc. lo que supone una dispersión de recursos que puede perjudicar la eficiencia del Sistema Nacional de Salud (RUIZ HUERTA/GRANADO MARTÍNEZ 2004, pág. 53).

Sea como fuere, la integración de la financiación sanitaria en el modelo general de financiación de las CCAA había de incidir, necesariamente, en la articulación de ese modelo general, necesitado de nuevos y mayores recursos, dada la importancia del gasto sanitario público y, también, de nuevos criterios para la distribución de fondos entre las CCAA, dada la peculiaridad de los nuevos servicios transferidos y su inmediata conexión con la satisfacción de necesidades fundamentales, cuya atención debe producirse en condiciones básicas de igualdad en todo el territorio español.

En cuanto a lo primero, prescindiendo incluso del propósito de incrementar la corresponsabilidad fiscal de las CCAA, que en sí mismo hubiera justificado la asignación de nuevos recursos tributarios a su financiación, lo cierto es que los acuerdos del CPPF establecen una inmediata conexión entre su asignación y la asunción de las competencias sanitarias, hasta el punto de que entre sus líneas básicas se indica que “para poder asumir la cesión del IVA y los Impuestos Especiales de fabricación, así como la cesión del Impuesto sobre la Electricidad y del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte y del Impuesto sobre Ventas Minoristas de

⁷ Coincidentes en ese sentido CABASÉS, J.M. 1998, pág. 69; GAMAZO/ALBILLOS/GONZÁLEZ 2000, pág. 176; MONTERO GRANADOS y otros 2000, pág. 1; GAMAZO/GAYUBO/SAÑUDO 2001, pág. 118; y LÓPEZ-CASASNOVAS 2001, pág. 7.

⁸ Los traspasos se formalizaron efectivamente en los Reales Decretos 1471 a 1480/2001, todos ellos de 27 de diciembre, con valoraciones de los traspasos que ofrece el MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO 2004, pág. 19, cuadro 2.

⁹ Según los datos del MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO 2004, pág. 21, cuadro 3, el gasto público sanitario gestionado por la Administración General del Estado ascendió en 2002, tras la finalización de los traspasos, al 8,5 por 100 del gasto total.

Determinados Hidrocarburos, será condición necesaria tener traspasados los servicios de gestión de asistencia sanitaria de la Seguridad Social”. Resulta pues evidente que los nuevos recursos que se ponen a disposición de las CCAA lo son para la financiación de sus competencias sanitarias y de servicios sociales, áreas que parecen considerarse especialmente sensibles desde la perspectiva de la igualdad, por lo que frente a las exigencias de la autonomía financiera, que hubieran reclamado la integración de los recursos destinados a la sanidad en el bloque de la financiación incondicionada (CABASÉS HITA 1998, pág. 70), con el fin de que las CCAA pudieran establecer sus propias políticas en la materia¹⁰, los acuerdos del CPFF han optado por establecer un elevado grado de condicionalidad, afectando a la gestión de la asistencia sanitaria un importante volumen de recursos de las CCAA, como forma –según los acuerdos del CPFF– de hacer posible la transferencia de la gestión de la asistencia sanitaria, manteniendo al tiempo las condiciones necesarias para el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado sobre el régimen económico de la seguridad social (art. 149.1 17ª CE).

En cuanto a lo segundo, la aproximación de la financiación general a un criterio poblacional facilitaba, sin duda, el empleo de criterios unitarios para la distribución de una financiación autonómica integral (LÓPEZ-CASASNOVAS 2001, pág. 7). Sin embargo, la aparente unidad del nuevo modelo de financiación no ha impedido la consagración de criterios diferenciados para la distribución de los distintos fondos en que se divide la financiación a percibir por las CCAA, lo que dificulta el logro de la deseable transparencia y, de nuevo, hace pensar que se ha operado con la tradicional metodología de acuerdos previos –sobre los resultados financieros– que, en un momento posterior, se revisten de criterios pretendidamente técnicos que, por ello, deben ser necesariamente múltiples y heterogéneos.

3.1. Sobre todo ello volveremos en un momento posterior, pues antes de emitir un juicio sobre el modelo de financiación, conviene describir su estructura y funcionamiento, a partir no sólo de los acuerdos citados del CPFF, sino de los instrumentos normativos a través de los cuales se ha implantado el nuevo modelo de financiación. Porque la primera novedad en la implantación del nuevo modelo de financiación se refiere a la técnica legislativa empleada, ya que frente al confuso juego de relaciones y remisiones entre los acuerdos del CPFF y las leyes que determinaban sus efectos en términos presupuestarios, que hemos criticado en otro lugar (RAMALLO MASSANET/ZORNOZA PÉREZ 1995, págs. 30 ss. y, en términos más precisos, 1997, págs. 111 ss.), se ha optado en esta ocasión por incorporar el contenido de los citados acuerdos a la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que regula las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de

¹⁰ Dado que, como dijo la STC 63/1986, de 21 de mayo, una de las facetas menos controvertidas de la autonomía financiera de las CCAA es, precisamente, “la capacidad de las Comunidades para definir sus gastos en los correspondientes presupuestos”.

régimen común y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía (LFCA en lo sucesivo), según aclara su Exposición de Motivos, “dada su vocación de permanencia”.

En todo caso, la introducción del nuevo modelo de financiación integrado ha requerido también una reforma de la LOFCA, que ha llevado a efecto la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre; una reforma que, en apariencia, sólo ha tenido en cuenta la integración en el modelo de financiación de los servicios sanitarios a efectos de considerarlos como servicios públicos fundamentales, cuyo nivel mínimo debe ser garantizado por el Estado a través de las asignaciones de nivelación a que se refiere el texto modificado del art. 15 de la LOFCA. No obstante, como luego veremos, también existen otras medidas directamente conectadas con la incorporación al modelo de financiación de la asistencia sanitaria, aunque no sea de forma explícita. Porque, tanto el incremento de la financiación autonómica mediante la cesión de nuevos tributos, como la constitución de un Fondo de suficiencia, a través del cual se realizará la participación de las CCAA en los ingresos del Estado, que son los elementos centrales del nuevo modelo, están relacionados con la integración en el mismo de la financiación de la sanidad, aunque la conexión con ésta resulta en ocasiones más visible, como veremos que ocurre en relación al nuevo Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos (IVMH), cuya cesión sólo puede asumirse –como dicen los acuerdos del CPPF– si se tienen traspasados los servicios de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

La incorporación directa de los acuerdos del CPPF a la ley, que ha requerido una previa reforma de la LOFCA, supone una cierta mejora en cuanto a la técnica legislativa tradicionalmente empleada en materia de financiación autonómica. Sin embargo, no se han conseguido de ese modo los objetivos de estabilidad pretendidos, pues los criterios para el reparto de la financiación autonómica siguen previstos en una ley ordinaria –la LFCA– que para nada vincula al legislador posterior que, en consecuencia, en las posteriores leyes de presupuestos, podría modificarlos o ignorarlos –en una suerte de derogación tácita– sin que desde el punto de vista de la teoría de las fuentes se hubiera incurrido en ningún tipo de vicio constitucional. Por ello, hubiera resultado preferible que dichos criterios quedaran establecidos en la LOFCA, de modo que dicha norma –integrada en el bloque de la constitucionalidad– concretara y completara, mediante criterios generales y practicables, vinculantes para el legislador, los conceptos jurídicos indeterminados que sobre la financiación de las CCAA y la solidaridad entre las mismas establece la Constitución¹¹; porque de ese modo hubiera quedado legalmente garantizada la necesaria estabilidad del nuevo modelo de financiación que, como es obvio, no depende de su mayor o menor duración temporal, sino de su configuración normativa.

3.2. Es, en todo caso, la LFCA la disposición que –al elevar a rango legal los acuerdos del CPPF– establece y regula los elementos que integran el nuevo modelo de

¹¹ A ello apuntan los argumentos de ORTIZ CALLE 2000, págs. 20 ss. y AJA FERNÁNDEZ 2001, págs. 388 ss.

financiación; un modelo que, en lo que ahora nos interesa, desde la perspectiva de la financiación de la asistencia sanitaria, presenta algunas singularidades que conviene destacar.

Así, en primer lugar, pese a que el modelo pretende integrar la financiación correspondiente a la totalidad de competencias y servicios transferidos a las CCAA, se distingue entre diversos bloques competenciales a efectos de dicha financiación, con el objetivo de establecer de manera separada las necesidades de gasto que genera su gestión. Esas **necesidades de financiación**, cuya percepción garantiza a las CCAA la suficiencia estática, equivalen al gasto efectuado en el ejercicio de 1999, que se toma como referencia o base a efectos de cálculo (art. 2.1 LFCA); de un cálculo que se efectúa de manera diferenciada según bloques competenciales, para separar las competencias comunes, la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y la de los servicios sociales (art. 3 LFCA).

Centrándonos en lo que ahora interesa, al coincidir la aprobación del nuevo modelo de financiación con el traspaso de las competencias sanitarias, son dos los bloques que integran la masa de financiación correspondiente a tales competencias pues, por un lado, ha de tomarse en consideración la financiación resultante de la liquidación definitiva del año base de 1999, para las CCAA con competencias asumidas mientras que, por otro, debe computarse “el importe de la financiación resultante” para las restantes CCAA integradas en el bloque “INSALUD gestión directa” (art. 3 LFCA). Así determinada la masa homogénea de financiación correspondiente a las competencias sanitarias, por referencia a un ejercicio cuya elección no parece que pueda considerarse casual, su distribución entre las distintas CCAA se realiza a través de un Fondo general y varios Fondos específicos, cuya lógica es diversa y enlaza con la de los fondos ya existentes en el modelo de financiación de la asistencia sanitaria resultante de los acuerdos del CPFF de 27 de noviembre de 1997.

Por lo que se refiere al denominado **Fondo general**, interesa destacar que su regulación incorpora la tradicional garantía de mínimos, tendente a facilitar la aceptación del nuevo modelo por parte de Comunidades que pudieran ver reducida su financiación, al asegurar los acuerdos del CPFF que “la financiación asignada a cada Comunidad Autónoma por el Fondo General... sea al menos igual a la que cada una de ellas tiene asignada...”. Una garantía que se concreta en la Disposición Transitoria segunda.1 de la LFCA, en cuya virtud “(E)l Estado garantiza a las Comunidades Autónomas que tengan asumida la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, que la financiación de dichos servicios en el año 2002 será como mínimo, la obtenida en el último año del sistema vigente”; y que adquiere particular importancia porque, frente al empleo exclusivo del criterio de la población protegida que consagró la LGS, el nuevo modelo establece tres criterios distintos para la distribución del Fondo general, cuyo juego podría alterar la posición relativa de las distintas CCAA. Y es que la población protegida, calculada por referencia al valor de la misma para 1999, según las estadísticas elaboradas por el Ministerio de Sanidad y Consumo, pondera exclusivamente un 75 por 100, correspondiendo un 24,5 por

100 al criterio de población mayor de sesenta y cinco años¹², mientras que el 0'5 por 100 restante se distribuirá según la variable de insularidad¹³ (art. 4.B.a LFCA), lo que ha producido “la reordenación de la financiación *per cápita* entre CCAA, las antiguas con las nuevas gestoras, sin que se adivine ningún patrón redistributivo claro” (LÓPEZ CASASNOVAS 2003, pág. 6).

Es cierto que los nuevos criterios se encuentran relacionados con factores generalmente considerados como determinantes de la factura sanitaria (GAMAZO/GAYUBO/SAÑUDO 2001, pags. 116-117), pero no lo es menos que la falta de estudios previos sobre los efectos resultantes de la aplicación de dichos criterios, permite mantener que “la utilización y la ponderación de estas variables de reparto no pueden justificarse con criterios técnicos aceptables ni como consecuencia de un proceso de aproximación a los componentes del gasto sanitario en función de la edad, sino simplemente por razones de resultado” (RUIZ HUERTA/GRANADO MARTÍNEZ 2003, pág. 20); de un resultado que pretendía garantizar la aceptación unánime del nuevo modelo y que, por ello, no sólo supuso un importante coste adicional¹⁴, sino que resulta difícil de justificar, pues los resultados en términos de financiación *per cápita* obtenida por las distintas CCAA no se atienen a ningún patrón de distribución claro¹⁵. Pese a que esa forma de operar resulta injustificable y produce efectos perversos sobre el modelo de financiación, lo cierto es que puede comprenderse, si se tiene en cuenta que la integración de la financiación sanitaria en el modelo general de financiación se ha producido en paralelo al proceso de traspaso de las competencias sanitarias a varias Comunidades. Porque en los tradicionales procesos de traspaso de competencias, la negociación entre el Estado y cada Comunidad se centraba en la determinación del coste efectivo de los servicios transferidos, que posteriormente se integraba en el modelo de financiación; mientras que en el caso de la transferencia de los servicios de asistencia sanitaria, al incorporarse directamente su financiación al nuevo modelo, en el momento de calcular las necesidades homogéneas de financiación, la discusión

¹² Según la población mayor de sesenta y cinco del Padrón elaborado por el INE para cada Comunidad a 1 de enero de 1999.

¹³ Cuya asignación se efectúa proporcionalmente a la distancia en kilómetros, ponderada por tramos, entre las costas de la península y las capitales insulares, según la información del Centro Nacional de Información Geográfica del Ministerio de Fomento.

¹⁴ LÓPEZ CASASNOVAS 2003, pág. 2 lo cifra en torno a los dos mil millones de euros.

¹⁵ Los datos del MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO 2004, págs. 43 y ss, cuadro 12, sobre presupuesto inicial por persona protegida y año, en 2003, arrojan una media de 923 €, pero existe una importante dispersión, pues el presupuesto *per cápita* oscila entre los 1.121 € de La Rioja, los 1.111 de la Comunidad Navarra, o los 1.107 € de Cantabria, y los 807 € de las Islas Baleares o los 815€ de la Comunidad Valenciana, sin que sean claras las razones que pueden explicar la brecha existente entre dichas CCAA, pese a que si es evidente, como expresamente se dice (pág. 46), que las que presupuestan mayor gasto son precisamente las de menor población. La información relativa al ejercicio de 2004, accesible en la página de Internet del Ministerio aumentan la distancia existente entre la Comunidad con mayor presupuesto *per cápita*, que sería La Rioja, con 1227,5 € y la de menor presupuesto, que sería la Comunidad de las Islas Baleares, con 786,6 €, que experimenta un descenso del 2,6 por 100 respecto al año anterior.

sobre el coste efectivo carecía de relevancia y se terminaba convirtiéndose en una discusión sobre el resultado financiero del modelo, primero en lo relativo a la financiación de la asistencia sanitaria y, en su caso, valorado en su conjunto.

Junto al citado Fondo general, el art. 4.B).c) de la LFCA establece dos **Fondos específicos** que atienden, por un lado, a financiar los programas y medidas dirigidas al control del gasto relativo a la incapacidad temporal, así como a la mejora de la gestión de los servicios de asistencia sanitaria para esta contingencia y, por otro, a la garantía de la igualdad en las condiciones de acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio español y la atención a ciudadanos desplazados de la Unión Europea o de países con los que exista convenio de asistencia sanitaria recíproca.

El primero de ellos, **Fondo “Programa de ahorro en incapacidad temporal”** se encuentra vinculado –como su nombre indica– al desarrollo de actuaciones tendentes al control del fraude existente respecto a las situaciones de incapacidad temporal, por lo que emparenta directamente con las medidas previstas en los acuerdos del CPFF de 27 de noviembre de 1997, que ya contemplaban medidas de ahorro relacionadas con este tipo de actuaciones, que revertirían en la financiación sanitaria, según se establece ahora en el art. 4.B).c) de la LFCA, que expresamente prevé que el importe de este Fondo –cuya dotación coincidía inicialmente con la de este programa en ejercicios precedentes– “está integrado en las necesidades de financiación para cada Comunidad Autónoma”.

Por su parte, el denominado **Fondo de cohesión sanitaria** se diseña en el citado precepto de la LFCA con la ambiciosa finalidad de “garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria en todo el territorio español y la atención a ciudadanos desplazados procedentes de países de la Unión Europea o de países con los que España tenga suscritos convenios de asistencia sanitaria recíproca”. Se trata de un Fondo llamado a asumir las funciones del antiguo fondo de “desplazados”, contemplado en los acuerdos del CPFF de 27 de noviembre de 1997, pero cuya importancia se ha querido realzar en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, al atribuirle –ni más ni menos– la financiación de las políticas que aseguren la cohesión sanitaria y la corrección de desigualdades; finalidades hartamente ambiciosas para una dotación variable y que ha evolucionado a la baja¹⁶ (RUIZ HUERTA/GRANADO MARTÍNEZ 2003, pág. 21), sin que sus criterios de distribución se encuentren legalmente predeterminados, ya que la LFCA los difiere –como los del otro Fondo específico mencionado– a una futura “regulación específica” que, mucho nos tememos, salvo en lo relativo a la gestión de desplazados, que ha sido ya objeto de regulación¹⁷, continuará constituyendo la válvula de ajuste o último remedio para aten-

¹⁶ Los datos del MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO 2004, pág. 37 son esclarecedores, pues de una dotación inicial de 60,10 millones de euros en el presupuesto de 2002, se distribuyeron sólo 55,09 millones y, siguiendo esa senda descendente, en 2003 se presupuestaron sólo 54,09 millones de euros.

¹⁷ Por el Real Decreto 1247/2002, de 3 de diciembre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria, que se limita a distribuir la compensación del Fondo por asistencia a desplazados,

der a las demandas de financiación de las Comunidades que, sintiéndose perjudicadas por el nuevo modelo, dispongan de suficiente capacidad de presión política.

En todo caso, conviene resaltar que la gestión de ambos Fondos específicos continúa centralizada, en el primero de ellos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que al tener encomendada la pura “gestión financiera” limitará sus funciones al libramiento de los créditos correspondientes a los programas incluidos en el mismo y, en el segundo de ellos, en el Ministerio de Sanidad y Consumo, que asume funciones que van mucho más allá de la simple gestión financiera, al tratarse de un Fondo cuyas finalidades requieren la intervención del Estado como garante de la igualdad básica de los ciudadanos en el acceso a los servicios sanitarios, dada su conexión –cuando menos– con los derechos deducibles de los arts. 41 y 43 de la Constitución. Y no puede dejar de señalarse, a este respecto, lo anómalo que resulta ese protagonismo gestor del Estado una vez finalizado el proceso de transferencias, pues encomendada a las CCAA la gestión de la asistencia sanitaria, al Estado le incumbe en este ámbito, fundamentalmente, una función estratégica que puede desempeñar mediante el recurso a las competencias legislativas y de coordinación que la Constitución le atribuye (VAQUER CABALLERÍA 2003, pág. 2), pero no asumiendo directamente una gestión que no le corresponde, ni siquiera bajo la cobertura del título “gestión económica de la Seguridad Social”, que parece seguirse empleando a estos efectos por su mayor intensidad relativa que los que el Estado ostenta directamente sobre la materia sanidad.

Así se comprueba en los acuerdos del CPFF, que esgrimen dicho título para justificar el denominado “principio de afectación”, conforme al cuál las CCAA quedarán obligadas a “destinar a la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social un determinado volumen de sus recursos”; lo que, a su vez, obliga a que “esa financiación aparezca diferenciada y condicionada a la finalidad perseguida”, para que las CCAA destinen en todo caso a la asistencia sanitaria de la seguridad social un mínimo equivalente al resultado de aplicar el índice ITE nacional (ITEn en adelante)¹⁸ a las necesidades de financiación de las competencias sanitarias determinadas para el año base de 1999. E impuesta tal obligación, que se formaliza en el art. 7.3 de la LFCA, para facilitar su cumplimiento incluso en el caso de que la evolución de los recursos de las CCAA no fuera satisfactoria, generando tensiones financieras, los acuerdos del CPFF garantizan a las CCAA, durante los tres primeros años de vigencia del modelo, que los ingresos afectados a la financiación de estas competencias experimentarán un

residentes en España o a cargo de las instituciones de otro Estado.

¹⁸ Índice ITEn, definido en los acuerdos del CPFF como indicador nacional de los ingresos tributarios del Estado y, con toda precisión, en el art. 15.3 de la LFCA como “la recaudación estatal, excluida la susceptible de cesión a las Comunidades Autónomas por IRPF, IVA y los Impuestos Especiales de fabricación sobre la Cerveza, sobre el Vino y Bebidas fermentadas, sobre Productos Intermedios, sobre Alcohol y Bebidas Derivadas, sobre Hidrocarburos y sobre Labores del Tabaco”.

crecimiento al menos igual a la “evolución del PIN nominal a precios de mercado”, garantizando así la suficiencia dinámica del modelo.

3.3. Determinadas las necesidades financieras de las CCAA para la atención a sus distintos bloques competenciales, tanto los acuerdos del CPFF como el art. 6 de la LFCA establecen que “se financiarán con todos los recursos del sistema, en su valores del año 1999”, que se relacionan sin asignación específica a dichos bloques competenciales.

Además de los tributos cedidos tradicionales y de la tarifa autonómica del IRPF, las nuevas y mayores necesidades de financiación determinadas por la generalización del traspaso de las competencias sanitarias, han dado lugar a que se produzcan novedades relevantes en cuanto a los **recursos financieros** empleados en el nuevo modelo. En este sentido, a la cesión total de la recaudación de los tributos cedidos tradicionales (Impuesto sobre el Patrimonio, Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y Tributos sobre el juego), se ha unido la del Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte y la del nuevo Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, una figura novedosa, cuya compatibilidad con la Directiva 92/12/CEE de Impuestos Especiales, sólo es posible en la medida en que se le asignen finalidades específicas, de modo que no tenga objetivos principalmente presupuestarios y sea exigible únicamente en la puesta al consumo¹⁹. Del mismo modo, a la cesión parcial (33 por 100) del IRPF, plasmada en la regulación de su tarifa autonómica, se ha venido a agregar la cesión, también parcial, de la recaudación líquida en el territorio de cada Comunidad por el IVA (35 por 100) y por los tradicionales Impuestos Especiales de Fabricación (40 por 100 de la recaudación líquida por los Impuestos sobre la Cerveza, sobre el Vino y Bebidas Fermentadas, sobre Productos Intermedios, sobre Alcohol y Bebidas Derivadas, sobre Hidrocarburos y sobre Labores del Tabaco), además de la del 100 por 100 del Impuesto sobre la Electricidad. Y, por fin, cubriendo la función residual, de cobertura de las necesidades de gasto no atendidas mediante los recursos tributarios que han quedado enumerados²⁰, se sitúa el denominado Fondo de suficiencia, que no es más que el instrumento a través del cual las CCAA y Ciudades con Estatuto de Autonomía participarán en los ingresos del Estado.

Aunque por razones obvias, en cuanto nos apartaría de la línea argumental que venimos desarrollando, no es este el momento de analizar desde la perspectiva estrictamente financiera la oportunidad del empleo de estos recursos y las reglas a

¹⁹ Precisamente por ello, el art. 9.uno.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que estableció el Impuesto, señala que sus rendimientos “quedarán afectados en su totalidad a la financiación de gastos de naturaleza sanitaria orientados por criterios objetivos fijados en el ámbito nacional”, aunque la parte de recursos derivada del tipo de gravamen autonómico podrá emplearse para financiar actuaciones medioambientales.

²⁰ Capacidad fiscal, en los términos del art. 13 de la LOFCA, en redacción dada por la Ley orgánica 7/2001, de 27 de diciembre.

que se sujeta su utilización, debe dejarse constancia de que la ampliación de la cesión de tributos más allá de la imposición sobre la renta y el patrimonio de las personas físicas es un hecho positivo, que contribuye a superar las deficiencias que desde esta perspectiva ofrecía el anterior modelo de financiación, al ceder fundamentalmente figuras apoyadas en el gravamen de capacidades fiscales directas, cuya distribución territorial es desigual (ZORNOZA PÉREZ 1997, pág. 4005). No obstante, ello no supone que su articulación quede exenta de críticas, pues el hecho de que la cesión de los impuestos sobre el consumo no incluya, por razones fáciles de entender²¹, la atribución de competencias normativas a las CCAA, determina un cierto sesgo del modelo, dado que éstas no podrán incidir en la carga tributaria soportada por sus ciudadanos a través de dicha imposición, salvo en materia de hidrocarburos; y, de otro lado, hace dudar de que la consideración del IVA y los Impuestos Especiales como tributos cedidos resulte adecuada, dada su similitud con las participaciones en la recaudación territorializada de determinados impuestos.

En todo caso, desde la perspectiva de los recursos financieros a emplear en la financiación de la sanidad, el nuevo modelo ofrece algunas particularidades que conviene resaltar. Porque al vincularse de forma explícita con la financiación de la asistencia sanitaria, la cesión del IVA, de los Impuestos Especiales de fabricación, del Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte, del Impuesto sobre la Electricidad y del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos se condiciona en los acuerdos del CPFF no sólo a que las CCAA hayan aceptado el nuevo modelo de financiación, del que tales recursos forman parte, sino también a que “tengan asumida la competencia en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social”. Ese condicionamiento, cuya constitucionalidad resulta discutible en un sistema de organización territorial como el español, basado en el principio dispositivo, ha encontrado traducción normativa en la Disposición Final segunda.2 de la LFCA, de acuerdo con la cual “el nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común..., así como el nuevo régimen general de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas, la participación de éstas en la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las asignaciones de nivelación de los servicios públicos fundamentales, sólo serán de aplicación a las Comunidades Autónomas que hayan recibido la transferencia de los servicios que se financiarán mediante el nuevo sistema y, en Comisión Mixta, acepten este último”.

Tal previsión no carece de lógica, pues es posible que los recursos que el nuevo modelo de financiación proporciona resultaran excesivos para una Comunidad que no hubiera asumido las competencias de asistencia sanitaria; al margen de que en el caso

²¹ Relacionadas con su carácter de impuestos armonizados a nivel europeo comunitario, a ellas me referí, por referencia a los Impuestos Especiales, en ZORNOZA PÉREZ 1997, págs. 38 y ss.; recientemente RUIZ ALMENDRAL 2004, págs. 173 ss.

del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos resultaba obligada para salvar su compatibilidad con la Directiva de Impuestos Especiales. Sin embargo, no se alcanza a ver la utilidad de su consagración general y expresa en la LFCA, pues si la financiación autonómica, más allá de las previsiones legales que la enmarcan, se define en sus elementos esenciales a través de los acuerdos de las Comisiones Mixtas, cuya intervención es insuprimible (RAMALLO MASSANET/ZORNOZA PÉREZ 1997, págs. 98-99, 101 y 105) para concretar el alcance y condiciones de la cesión de tributos²², la representación estatal podría haber rechazado la cesión de los nuevos tributos a las CCAA que no hubieran asumido las competencias sanitarias. Y, lo que es peor, además de inútil, la norma de que se trata es seguramente inconstitucional, pues al condicionar las posibilidades de actuación de las Comisiones Mixtas incurre en una infracción del principio dispositivo, fundamental en la articulación del modelo de organización territorial del Estado, también desde la perspectiva financiera, pues como dijo la STC 76/1983, de 5 de agosto, los acuerdos de las Comisiones Mixtas tienen su origen último en el art. 147.2 de la Constitución y, por ello, “no cabe admitir que una ley estatal pueda incidir en el ámbito competencial de las Comisiones Mixtas e imponerse a sus acuerdos” (FJ. 28°).

Si la asunción de las competencias sanitarias se quiere convertir en requisito *sine qua non* para la atribución a las CCAA de los nuevos tributos cedidos, el empleo de estos se encuentra también condicionado, en términos que no pueden pasar sin comentario. En efecto, como hemos dicho, los acuerdos del CPFF consagran un “principio de afectación” conforme al cual las CCAA deben destinar, en todo caso, a la asistencia sanitaria de la seguridad social, excluida la parte correspondiente al Fondo Programa de Ahorro en Incapacidad Temporal, un mínimo equivalente al resultado de aplicar el índice ITEn a las necesidades de financiación de las competencias sanitarias determinadas para el año base de 1999 (art. 7.3 LFCA). Y, por si ello no fuera suficiente, el principio de afectación de los nuevos tributos cedidos a la financiación de la asistencia sanitaria se refuerza en los ejercicios de 2002 y 2003, en virtud de las Disposiciones Transitorias sexta y séptima²³ de la LFCA, que establecen que el rendimiento correspondiente a la cesión del 35 por 100 del IVA, del 40 por 100 de los Impuestos Especiales de fabricación, del Impuesto sobre la Electricidad, del Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte y del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, se considerará como importe que proporciona el nuevo modelo para la financiación de los servicios de asistencia sanitaria, mínimo que las

²² Así resulta de la STC 181/1988, de 13 de octubre, cuando al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley de Cesión de Tributos a la Generalidad de Cataluña, afirmó que “si no otras razones, cuando menos el mismo principio de lealtad constitucional con que engarza el apartado 3 de la Disposición adicional sexta del Estatuto..., obligaba al Gobierno a elaborar el correspondiente Proyecto de Ley..., sobre la base de un Acuerdo adoptado por la Comisión Mixta paritaria” (FJ. 7°).

²³ Introducida ésta por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, para extender la afectación al ejercicio de 2003, puesto que la Disposición Transitoria sexta de la LFCA la refería sólo al ejercicio de 2002.

CCAA deben destinar a su financiación, además de la parte del Fondo de Suficiencia que corresponda a la financiación de dichos servicios sanitarios.

Aún comprendiendo que tales disposiciones –sin duda bien intencionadas– han querido garantizar la continuidad en los niveles de prestación de los servicios sanitarios transferidos o, como también se ha dicho impedir que la mayor autonomía presupuestaria de las Comunidades “derive en una diferencia en la prestación de los servicios básicos”²⁴, lo cierto es que la inexistencia de medidas adecuadas y eficaces para hacer frente a un eventual incumplimiento de sus obligaciones por las CCAA, lleva a pensar que la afectación establecida en la LFCA “tiene un valor más simbólico que real y no se garantiza, con ella, en la práctica, el nivel de gasto sanitario necesario” (RUIZ-HUERTA/GRANADO MARTÍNEZ 2004 pág. 29). Y, desde la perspectiva jurídico-financiera, no parece menos cierto que las disposiciones de que se trata, fruto de una evidente desconfianza en la gestión autonómica del gasto sanitario, pueden resultar contrarias a la autonomía financiera de las CCAA, que se proyecta de forma especialmente intensa en la ordenación del gasto que realizan, al margen de que resultan inadecuadas para la implantación de una auténtica corresponsabilidad fiscal.

En cuanto a lo primero, bastará ahora con recordar, con palabras de la STC 13/1992, de 6 de febrero, que “la autonomía presupuestaria de las Comunidades Autónomas, esto es, su capacidad para disponer libremente de sus recursos financieros, asignándoles a los fines mediante programas de gasto elaborados según sus propias prioridades -...- adquiere un papel capital en la realización efectiva de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas reconocida por la Constitución”; y que “las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera (de gasto) en la medida en que puedan elegir y realizar sus propios objetivos políticos, administrativos, sociales o económicos con independencia de cuáles hayan sido las fuentes de los ingresos que nutren sus presupuestos” (FJ. 7º). Porque siendo ello así, incluso reconociendo que la autonomía financiera ha de ejercerse con arreglo a los principios de coordinación y de solidaridad, no parece constitucionalmente justificado el establecimiento de una medida que se encamina de forma directa a condicionar el destino de una parte sustancial de los ingresos autonómicos para determinadas atenciones o finalidades, por muy importante que estas sean desde la perspectiva del legislador estatal, e incluso desde la propia perspectiva constitucional, por afectar a la realización de derechos fundamentales.

En cuanto a lo segundo, si al condicionar el empleo de sus recursos se priva a las CCAA de una parte de su margen para diseñar políticas sanitarias propias, resultará mucho más difícil responsabilizarlas en la obtención de los ingresos necesarios para su financiación. En efecto, por decirlo claramente, el ejercicio adecuado de la propia responsabilidad fiscal es el precio que las CCAA deben pagar para estar en

²⁴ Empleando los términos de MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO 2004, pág. 34.

condiciones de financiar políticas propias en los ámbitos de su competencia y, precisamente por ello, reducir el margen de autonomía en el diseño de tales políticas, por ejemplo, estableciendo niveles mínimos de gasto sanitario, desincentiva la adopción de responsabilidades fiscales, que siempre podrán endosarse al legislador estatal, que ha decidido los niveles de gasto mínimo en que debe incurrirse y al que, en consecuencia, se demandará que se ocupe de su financiación.

Por fin, un último comentario parece imprescindible en relación a los recursos afectados a la financiación de la asistencia sanitaria, para señalar que su evolución es objeto de una garantía transitoria, pues durante los tres primeros años de vigencia del nuevo modelo, “el Estado garantiza a las Comunidades Autónomas que tengan asumida la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, que el índice de evolución de la financiación asignada a los mismos tendrá un índice de evolución del PIB nominal a precios de mercado” (Disposición Transitoria segunda.2 LFCA). Como es obvio, se reconoce de ese modo la existencia de un bloque de recursos afectados o asignados a la financiación sanitaria, cuyo crecimiento real se producirá según el índice de ingresos tributarios del Estado en cada Comunidad (ITeR), pero que se quiere que evolucionen, durante ese período transitorio, al ritmo del PIB nominal. Y dicha disposición no tiene excesivo sentido si se piensa que, en su virtud, los ingresos de las CCAA para la financiación sanitaria crecerán al ritmo del PIB nominal, mientras que el gasto asignado a dicha competencia, obligatoriamente, por virtud del art. 7.3 de la LFCA, crecerá anualmente al ritmo del ITeR. Porque lo más razonable hubiera sido que el crecimiento de los ingresos se produjera por referencia al mismo índice que debe marcar el crecimiento del gasto en que necesariamente deben incurrir las CCAA, ya que el empleo de índices dispares necesariamente generará superávits o déficits en la financiación de las competencias sanitarias, según que el PIB nominal evolucione por encima, o no, del ITeR, lo cual no tiene sentido (RUIZ HUERTA/GRANADO MARTÍNEZ 2003, págs. 28 y ss.).

De todas formas, como la garantía de crecimiento de los recursos afectos a la financiación de la asistencia sanitaria sólo opera en los tres primeros ejercicios de vigencia del nuevo modelo, mientras que el gasto en dicha competencia tiene que crecer anualmente en el importe que resulte de la aplicación del índice ITeR, por imperativo del art. 7.3 de la LFCA, no parece que el nuevo modelo de financiación haya resuelto los problemas ocasionados por el crecimiento estructural del gasto sanitario (RUIZ HUERTA/GRANADO MARTÍNEZ 2003, pág. 31). Sin embargo, es posible que el mandato del citado art. 7.3, que constituye el germen de una futura insuficiencia en la financiación sanitaria, no llegue a plantear problemas, pues una vez desaparecida la garantía de crecimiento de los recursos de las CCAA, estas podrán –y deberán– hacer frente al mayor gasto sanitario, bien detrayendo recursos de otras atenciones, bien mediante el ejercicio de la corresponsabilidad fiscal, haciendo uso de su poder normativo para incrementar la recaudación procedente de los tributos cedidos, bien

mediante la creación de tributos propios vinculados a la financiación de la sanidad, pues la corresponsabilidad fiscal es el precio de la aspiración a la suficiencia (LÓPEZ CASASNOVAS 2001, pág. 7).

3.4. Para finalizar con el sucinto repaso del nuevo modelo de financiación que venimos realizando, debe destacarse como merece la regulación de que han sido objeto **las asignaciones de nivelación del art. 15 de la LOFCA**, previstas para la garantía en todo el territorio español de un nivel mínimo de prestación de los servicios públicos fundamentales de la competencia del Estado. La configuración de estas asignaciones en la LOFCA planteaba notables dificultades para su desarrollo, entre ellas la propia definición de lo que fueran servicios públicos fundamentales, o la determinación de cuál sea el nivel mínimo de prestaciones que el Estado ha de garantizar; por lo que han sido mayoritariamente consideradas como un recurso excepcional, un mecanismo *ad hoc*, establecido para el supuesto de que, a causa de un deficiente funcionamiento del modelo de financiación vigente, ni siquiera utilizando los recursos financieros ordinarios –esto es, tributos cedidos y Fondo de suficiencia–, se pueda alcanzar un nivel mínimo en la prestación de los servicios fundamentales. Pues bien, en la línea propuesta por los expertos en la materia, la reforma del art. 15 de la LOFCA llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2001 ha optado por definir como servicios públicos fundamentales la educación y la sanidad; aclarando al tiempo que se considerará que no se alcanza a cubrir el nivel mínimo de prestación “cuando su cobertura se desvíe, en la cuantía que disponga la ley del nivel medio de los mismos en el territorio nacional”.

Esta forma de definir el nivel mínimo de prestación de los servicios, por referencia al nivel medio en el territorio nacional, había merecido ya críticas justificadas, pues implica que las decisiones adoptadas por cada Comunidad respecto del nivel de prestación de servicios en su territorio repercute sobre las demás y sobre el Estado, al que incumbe la garantía de nivelación de que se trata (GRUPO DE ESTUDIO 1995, PÁG. 90). Seguramente por ello, el art. 67 de la LFCA, al proceder a su desarrollo, ha alterado radicalmente el significado de tal definición, al entender que el nivel de prestación del servicio se ve afectado por el crecimiento excesivo de las necesidades de gasto respecto a la media nacional, medido en términos absolutamente objetivos. En efecto, el citado precepto dispone que el nivel mínimo de prestación de los servicios sanitarios se entenderá afectado “cuando el incremento de la población protegida, debidamente ponderada en función de la edad, en la Comunidad Autónoma entre un año y el siguiente, expresado en términos porcentuales, sea superior, en más de 3 puntos, al incremento porcentual que experimente en ese período la media nacional”²⁵; lo que es tanto como reconocer que un crecimiento de las necesidades de

²⁵ O, como dice el mismo art. 67.3 de la LFCA, en más de 1 punto cuando la superficie de la Comunidad de que se trate sea superior a 90.000 kilómetros cuadrados.

gasto, derivado del aumento excesivo de la población protegida y de su edad, genera en sí mismo una desviación del nivel medio de prestación de los servicios bastante para poner en marcha el procedimiento previo a la aplicación de las asignaciones de nivelación. Porque para que las asignaciones de nivelación se concedan no basta con que las necesidades de gasto hayan crecido por encima de la media nacional, en los términos que han quedado descritos, sino que es necesario, además, que dichas necesidades no puedan ser cubiertas por los recursos financieros ordinarios de la Comunidad de que se trate, lo que deberá ser objeto de análisis y valoración por la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma, para determinar las causas y posibles soluciones de la situación planteada, una vez examinada en su conjunto la financiación de la Comunidad (art. 67.2 LFCA)²⁶.

4. LA INCIDENCIA EN LA FINANCIACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA LEY 16/2003, DE 28 DE MAYO, DE COHESIÓN Y CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

Sobre el modelo de financiación de la asistencia sanitaria que ha quedado descrito, ha venido a incidir la Ley 16/2003, de 28 de mayo (LCCSNS en adelante), cuya Disposición Final primera.2.a) invoca expresamente la competencia exclusiva del Estado en materia de “Hacienda general” (art. 149.1.14^a CE), para legitimar constitucionalmente el contenido de sus arts. 10, 22.3 y el último párrafo del art. 28.2. Sea cual sea el contenido de dicho título competencial, que la jurisprudencia constitucional ha empleado a efectos bien diversos²⁷, es generalmente aceptado que, cuando menos, ampara la adopción de medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y los distintos niveles de Haciendas territoriales (SSTC 179/1985 y 233/1999), que es el sentido en que parece invocarlo la LCCSNS que, sin embargo, lo utiliza en un sentido algo impropio.

Porque, en efecto, si se repasan las disposiciones del citado texto legal dictadas al amparo del título competencial “Hacienda general”, parece que en todas ellas late una cierta voluntad de coordinación, pero no siempre es claro si se trata de la adopción de medidas de coordinación financiera, que quedarían amparadas por dicho título competencial; o, como en ocasiones parece, de la adopción de medidas de carácter financiero que, sin embargo, no podrían legitimarse esgrimiendo el título “Hacienda general”, pues no pretenden coordinar el ejercicio de las competencias

²⁶ Teniendo en cuenta que, como dice la Disposición Adicional primera de la LFCA, este procedimiento de actuación sólo será aplicable para las desviaciones que se produzcan en el marco del nuevo modelo de financiación y, por ello, a partir del 1 de enero de 2002.

²⁷ Como puede verse en el reciente análisis de RUIZ ALMENDARL 2004, págs. 242 y ss., donde expresamente se apunta –con razón– que, por su excesiva indeterminación, este título competencial se ha utilizado, en ocasiones, a modo de “comodín” para justificar todo tipo de competencias estatales.

de las distintas Haciendas públicas, sino de trasladar a ese ámbito el resultado de la coordinación de las políticas sanitarias de las CCAA, cuando no de superponer la coordinación financiera a las medidas de coordinación de esa concreta política pública que ha previsto la LCCSNS.

4.1. En este sentido, el art. 10.1 de la LCCSNS parece afirmar algo obvio, cuando indica que la responsabilidad de financiar las prestaciones sanitarias corresponde a las CCAA, “de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica”, cuya suficiencia se proclama en términos puramente retóricos en su apartado 2. Sin embargo, el citado precepto va algo más allá, pues lo que pretende es concretar el alcance de dicha responsabilidad financiera de las CCAA, para que alcance a “las prestaciones que establece esta ley” y a sus “sistemas de garantías”. En definitiva, más allá de las reiteraciones en que dicho precepto incurre, su función consiste en concretar la responsabilidad financiera de las CCAA, que la LFCA refería genéricamente a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, estableciendo que alcanza al catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud (art. 7 LCCSNS) y a los sistemas que garantizan el acceso de todos los usuarios a las prestaciones sanitarias (art. 23 LCCSNS), con independencia del lugar del territorio nacional en que se encuentren (art. 24 LCCSNS) y en un tiempo máximo (art. 24 LCCSNS), disponiendo de información suficiente sobre sus derechos y deberes (art. 26 LCCSNS), de seguridad en cuanto a las técnicas, tecnologías y procedimientos empleados (art. 27 LCCSNS) y, en definitiva, de garantías en cuanto a la calidad de dichas prestaciones (art. 28 LCCSNS).

De este modo, el resultado de la coordinación de las políticas sanitarias, expresado en el acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que define el catálogo de prestaciones sanitarias (art. 8 LCCSNS) que se incorporarán a la cartera de servicios aprobada por Real Decreto (art. 20 LCCSNS), repercute directamente en el ámbito financiero, por cuanto con los recursos que les asigna el nuevo modelo de financiación, las CCAA quedan obligadas a financiar un conjunto de prestaciones y servicios sanitarios definidos en un momento posterior. Y ello no carece de significado, sobre todo en términos de suficiencia financiera, pues conviene recordar que para el cálculo de las necesidades de financiación de las competencias sanitarias la LFCA ha utilizado datos del año base de 1999, en que ni las prestaciones sanitarias, ni las técnicas, tecnologías y procedimientos que las hacen posibles, eran las mismas que las correspondientes al momento en que se dicta la LCCSNS²⁸. Seguramente por ello, el art. 10.2 de la LCCSNS se refiere a la garantía de la suficiencia para la financiación de las prestaciones sanitarias que suponen los recursos asignados a las CCAA por

²⁸ En este sentido, VIDA FERNÁNDEZ 2003, pág. 43, sostiene que la LCCSNS agrava los problemas de financiación, “en cuanto redimensiona el contenido y alcance de las prestaciones sanitarias, lo que deja obsoleto el sistema fijado con anterioridad a la misma”

la LFCA, “de acuerdo con el principio de lealtad constitucional”, en los términos del art. 2.1.e) de la LOFCA. Porque dicho principio reclama, según la dicción del citado precepto, que en el seno del CPFF se valore anualmente “el impacto, positivo o negativo, que puedan suponer las actuaciones del Estado legislador en materia tributaria o la adopción de medidas de interés general, que eventualmente puedan hacer recaer sobre las Comunidades Autónomas obligaciones de gasto no previstas a la fecha de aprobación del sistema de financiación vigente”. De ahí que, en último extremo, la coordinación de las políticas sanitarias se vea mediatizada por una restricción financiera, pues las CCAA difícilmente acordarán en el Conejo Interterritorial medidas de política sanitaria cuya financiación no esté garantizada, o que no vayan a dar lugar a una valoración del CPFF que determine un incremento de financiación correlativo. Y es que si puede considerarse lógico –y razonable– que el Estado, en ejercicio de sus competencias en la materia, e incluso haciendo empleo de sus potestades de coordinación, pueda aprobar la incorporación de una prestación a la cartera de servicios (VAQUER CABALLERÍA, 2003, pág. 10); también lo es que, en ese caso, en ausencia de recursos suficientes para su financiación o, si se prefiere, cuando los recursos que se le han asignado por el modelo vigente no resulten suficientes al efecto, haya de proceder a incorporar los, previo acuerdo del CPFF, lógicamente mediante el incremento de la dotación correspondiente al Fondo de suficiencia.

Es más, esa restricción financiera da lugar a una superposición de los mecanismos de coordinación sanitaria y financiera cuando se trata de la incorporación de nuevas prestaciones al correspondiente catálogo del Sistema nacional de Salud; porque en ese caso, debe elaborarse una memoria económica que contenga la valoración del impacto positivo o negativo que pueda suponer, para su elevación al CPFF, que deberá analizar si genera para las CCAA obligaciones de gasto no previstas en el modelo de financiación vigente (art. 10.3 LCCSNS). De ese modo, al tiempo que se produce la discusión en el Consejo Interterritorial, con carácter previo a la incorporación al catálogo de prestaciones, tendrá lugar una valoración paralela de los efectos financieros derivados de la misma, esta vez en el CPFF; sin que pueda ignorarse que ambos procesos, formalmente independientes, van a condicionarse mutuamente, ya que difícilmente se aceptará por las CCAA la incorporación de nuevas prestaciones cuya financiación no se encuentre garantizada²⁹.

4.2. Junto a ello, resulta un tanto sorprendente que la LCCSNS, apenas se refiera al Fondo de cohesión, salvo como mecanismo de financiación del uso tutelado de determinadas técnicas, tecnologías o procedimientos, antes de decidir sobre la conveniencia o necesidad de su inclusión en la cartera de servicios del Sistema

²⁹ Así parece demostrarlo la experiencia reciente, como resulta de la noticia publicada en el diario ABC del jueves 4 de diciembre de 2003, pág. 40, según la cual ocho CCAA rechazaron los planes de salud de Sanidad por falta de financiación y en la que se atribuye a la Ministra de Sanidad unas manifestaciones sobre la intervención del CPFF para que, de no existir financiación “decida si ofrece más aportaciones”.

Nacional de Salud (art. 22.3), y para atender al gasto generado por la atención de pacientes en centros que dispongan de servicios de referencia acreditados (art. 28.2 *in fine*). En efecto, salvo error por nuestra parte, no existen otras menciones al citado Fondo en la LCCSNS, salvo la efectuada en su Disposición Adicional quinta, que carece de contenido normativo preciso, ya que se limita a proclamar –en términos un tanto ampulosos– la finalidad que se le atribuye, como medio para “garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria pública en todo el territorio español y la atención a ciudadanos desplazados” y su carácter de instrumento a través del cual el Ministerio de Sanidad y Consumo “realizará políticas que aseguren la cohesión sanitaria y la corrección de desigualdades”.

Pues bien, de acuerdo con la regulación del Fondo de cohesión, tanto en el art. 4 de la Ley 21/2001, como en el Real Decreto 1247/2002, puede considerarse coherente financiar con cargo al mismo la asistencia en servicios de referencia, en cuanto resulta necesaria para la garantía de la igualdad de acceso y, además, con frecuencia se referirá a pacientes desplazados. Por contra, no creemos que este Fondo sea un instrumento adecuado para la financiación del denominado “uso tutelado”, relacionado con la experimentación de nuevas técnicas, tecnologías y procedimientos, con arreglo a un diseño de investigación y que, ni parece tener relación alguna con la igualdad en las condiciones de acceso, ni tampoco con la asistencia a desplazados, a la que se agrega ahora una nueva función en virtud del art. 22.3 de la LCCSNS. Una nueva función mucho más concreta que la de realizar esas políticas de cohesión e igualdad que pomposamente le atribuye la Disposición Adicional quinta del citado texto legal y que, dicho sea de paso, no parece fácil financiar con las escasas dotaciones que hasta la fecha se le han asignado, sobre todo si además, como resulta con claridad del Real Decreto que regula su gestión, su objetivo fundamental es atender a la compensación de los gastos incurridos por las CCA que realizan la asistencia a desplazados, residentes en España o con cargo a instituciones de otros estados.

4.3. En todo caso, lo que debe quedar claro es que el denominado Fondo de cohesión no es un instrumento para la coordinación de las políticas sanitarias de las CCAA; de modo que, en el desarrollo de sus funciones de garantía de la cohesión y corrección de desigualdades, la Administración General del Estado deberá utilizar las técnicas constitucional y legalmente previstas (RUIZ HUERTA/GRANADO MARTÍNEZ 2003, pág. 42), sin que le sea dado acudir a este instrumento financiero para, a su través, interferir en el ejercicio de las competencias sanitarias de las CCAA.

Y es que, como ya hemos advertido, la LCCSNS confunde en ocasiones la coordinación financiera y la de las competencias sanitarias de las CCAA, empleando la una al servicio de la otra o disponiendo mecanismos que operan en paralelo, como muestra el art. 71.1.n) y ñ) de dicho texto legal, que atribuye al Consejo Interterritorial competencias concurrentes con las del CPFF, o que debe ejercer, según dice el último precepto citado “sin perjuicio de las competencias del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas”. Algo parecido ocurre

en relación a otros órganos, como los de Alta Inspección, a los que el art. 76.2.c) y d) de la LCCSNS atribuye competencias concurrentes con las de la Intervención General de la Administración del Estado, seguramente como signo de la especial proximidad que existe entre los aspectos financieros y los aspectos substantivos en el ámbito de las competencias sanitarias. Una proximidad que parece requerir un especial contacto entre los responsables de ambas clases de actuaciones, lo que explica que la Disposición Final segunda de la LCCSNS comprometa al Gobierno a dictar las disposiciones necesarias para la creación de un órgano colegiado e interministerial que, con carácter preceptivo, deberá informar los asuntos que tengan trascendencia presupuestaria para el equilibrio financiero del Sistema nacional de Salud o implicaciones económicas significativas; aunque sea solo para que el informe se ponga en conocimiento del Consejo Interterritorial y, de otro lado, el Ministerio de Hacienda lo traslade al CPFF, de modo que este órgano esté en condiciones de proponer, “en su caso, las medidas necesarias para garantizar el equilibrio financiero del Sistema Nacional de Salud”.

5. UNA VALORACIÓN FINAL: A MODO DE CONCLUSIONES

A diferencia de lo ocurrido respecto a las restantes competencias autonómicas, en que su traspaso no generaba otro problema financiero que la determinación del coste efectivo, que se integraba luego en la financiación general resultante del modelo vigente en cada momento, la transferencia de competencias de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social ha tenido importantes consecuencias en la configuración del mismo modelo de financiación de las CCAA. A lo largo de un dilatado período temporal, porque el traspaso de las competencias sanitarias fue acompañado del establecimiento de un modelo propio y específico para su financiación, distinto y separado del que, con carácter general, proporcionaba los recursos para la financiación de las restantes competencias autonómicas. Y, en tiempos recientes, cuando la asistencia sanitaria de la Seguridad Social se transfirió a la totalidad de las CCAA, porque fue preciso modificar profundamente el propio modelo de financiación, para integrar en él la correspondiente a las competencias sanitarias, tanto en términos cuantitativos como cualitativos.

Desde la primera perspectiva, el carácter integrador del nuevo modelo de financiación ha obligado a incrementar notablemente el volumen de los recursos que lo integran, debido a la importancia del gasto sanitario. Y, sobre todo, desde la perspectiva cualitativa, el nuevo modelo general de financiación, al comprender también la financiación sanitaria, ha debido incorporar toda una serie de elementos novedosos que, en algún caso, resultan harto discutibles.

En este sentido, el propio proceso de implantación del nuevo modelo ha sido discutido, al vincularse la aplicación del mismo a la aceptación del traspaso de las

competencias sanitarias, lo que no sólo era innecesario, dada la lógica del funcionamiento del Estado de las autonomías, sino que seguramente es también contrario a la Constitución, por resultar incompatible con las exigencias del principio dispositivo y la lógica de la intervención en la financiación autonómica de las Comisiones Mixtas.

Junto a ello, en segundo lugar, el nuevo modelo incorpora elementos muy positivos desde la perspectiva de los recursos que pone a disposición de las CCAA, por ejemplo en cuanto a la incorporación a la lista de tributos cedidos de los grandes impuestos sobre el consumo. Sin embargo, no es seguro que alcance a garantizar la suficiencia financiera en el ámbito sanitario, por un lado, al haber calculado las necesidades de gasto sobre los datos del año 1999, actualizados conforme a índices que no reflejan el crecimiento real del gasto sanitario; por otro, en cuanto el cálculo de tales necesidades de gasto no ha tomado en cuenta el catálogo de prestaciones hoy incorporadas a la cartera de servicios que prevé la LCCSNS, que tampoco establece mecanismos idóneos para asegurar la incorporación de las nuevas necesidades de financiación; y, por fin, porque se establece un incremento anual del gasto sanitario de acuerdo con un índice de crecimiento nacional, que no es seguro coincida con el de crecimiento de los recursos tributarios en el territorio de cada Comunidad.

En tercer lugar, una cierta desconfianza hacia la gestión autonómica de los recursos sanitarios, unida a un discutible empleo de la financiación como instrumento de garantía de la igualdad y cohesión del sistema sanitario, ha llevado al legislador a establecer un principio de afectación que, si bien es de limitado alcance, al no existir mecanismos que garanticen su cumplimiento, resulta difícilmente compatible con el entendimiento de la autonomía financiera de las CCAA en la jurisprudencia constitucional, que la STC 13/1992, de 6 de febrero, cifra precisamente en “su capacidad para disponer libremente de sus recursos financieros, asignándoles a los fines mediante programas de gasto elaborados según sus propias prioridades” (FJ. 7º). Ello, dejando al margen los perniciosos efectos que este tipo de disposiciones producen en términos de corresponsabilidad financiera, dado que un ente territorial cuyo gasto es predeterminado por la legislación estatal se sentirá siempre legitimado para reclamar al Estado mayores recursos, en lugar de responsabilizarse de su obtención mediante el ejercicio del poder tributario que se le confiere al efecto.

De ahí que no sea sencillo predecir los resultados que cabe esperar de un modelo cuya radical novedad invita a mantener una cierta prudencia en su valoración, a la espera de que los datos disponibles permitan evaluar si ha sido capaz de garantizar la suficiencia financiera a las CCA para la gestión de unos servicios particularmente sensibles, en cuanto afectan a derechos fundamentales de los ciudadanos. Unos servicios respecto de cuya prestación no puede desentenderse la Administración General del Estado, a la que incumben tareas de coordinación sustantiva y financiera que, aunque pueda parecer redundante, convendría ejercer de manera coordinada, con el fin de evitar que los intereses presentes en una de dichas áreas puedan llevar

a desconocer los implicados en la otra; porque, siendo pragmáticos, ello terminaría traduciéndose, de forma casi inevitable, en la prevalencia de los intereses financieros sobre los de la adecuada provisión de los servicios sanitarios.

BIBLIOGRAFÍA

- AJA FERNÁNDEZ, E. Principios, normas y procedimientos constitucionales de la financiación autonómica, en GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. (ed.) Bases para un sistema estable de financiación autonómica, Madrid 2001.
- ALBILLOS FERNÁNDEZ, M.L./ GAMAZO CHILLÓN, J.C./GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J.M./SAÑUDO GARCÍA, S. *Presupuestación pública y financiación sanitaria. Análisis presupuestario del modelo de financiación de la asistencia sanitaria para el periodo 1998-2001*, Revista Valenciana de Economía y Hacienda nº 4, I/2002.
- CABASÉS HITTA, J.M. *La financiación sanitaria autonómica*. Bases para una propuesta, en Papeles de Economía Española nº 76, 1998.
- CABASÉS HITTA, J.M. *La financiación de la sanidad en España*, en AAVV Informe SESPAS 1998, Madrid 1999.
- CABASÉS HITTA, J.M./MARTÍN MARTÍN, J.J. *La financiación de la sanidad en España*, El Médico, Anuario 2000.
- GAMAZO CHILLÓN, J.C./ALBILLOS FERNÁNDEZ, M.L./GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J.M. *Financiación territorial de la sanidad en España. Estudio de su evolución en las últimas décadas (1981-2001)*, Revista de Administración Sanitaria vol. IV nº 16, 2000.
- GAMAZO CHILLÓN, J.C./GAYUBO PÉREZ, P./SAÑUDO GARCÍA, S. *Estudio de la financiación autonómica del gasto sanitario*, Revista Valenciana de Economía y Hacienda nº 1, I/2001.
- GIMÉNEZ MONTERO, A. *La financiación autonómica de la sanidad*, Cuadernos de Información Económica 128-129, 1997.
- GRUPO DE ESTUDIO CONSTITUIDO A PROPUESTA DEL CONSEJO DE POLÍTICA FISCAL Y FINANCIERA *Informe sobre el actual sistema de financiación autonómica y sus problemas*, Madrid 1995.
- LOPEZ CASASNOVAS, G. *La financiación autonómica de la sanidad*, en AAVV La organización de los servicios públicos sanitarios, Madrid 2001.
- LOPEZ CASASNOVAS, G. *La financiación autonómica y la financiación de la sanidad: algunas claves*, Centre de recerca en economia i salut, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 2001.
- LOPEZ CASASNOVAS, G. *Reflexiones acerca de la nueva financiación autonómica de la sanidad*, mimeo, Barcelona 2003.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO *Recursos económicos del Sistema Nacional de Salud. Datos y Cifras 2003*, Madrid 2004.
- MONTERO GRANADOS, R./MARTÍN MARTÍN, J. J./JIMENEZ AGUILERA, J. D./SÁNCHEZ CAMPILLO/ JIMÉNEZ RUBIO, D./LÓPEZ DEL AMO, M. P. *Financiación autonómica de la sanidad: escenarios dinámicos básicos*, mimeo, Granada 2000.

- ORTIZ CALLE, E. *Procesos negociadores e inestabilidad del sistema de financiación autonómica: una perspectiva de derecho comparado*, en *Impuestos* n° 24, diciembre de 2000.
- RAMALLO MASSANET, J. y ZORNOZA PÉREZ, J. *El Consejo de Política Fiscal y Financiera y las Comisiones Mixtas en la financiación de las Comunidades Autónomas*, Cuadernos de Derecho Público n° 2, 1997.
- RAMALLO MASSANET, J. *Elementos jurídicos de la financiación autonómica*, en GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. (ed.) *Bases para un sistema estable de financiación autonómica*, Madrid 2001.
- RUIZ ALMENDRAL, V. *Impuestos cedidos y corresponsabilidad fiscal*, Valencia 2004.
- RUIZ HUERTA CARBONELL, J. y GRANADOS MARTÍNEZ, O. *La sanidad en el nuevo modelo de financiación autonómica*, Documento de trabajo 31/2003, Fundación Alternativas, Madrid 2003.
- TAMAYO LORENZO, P.A. *Descentralización y financiación de la asistencia sanitaria pública en España*, Madrid 2001.
- TORRES COBO, F. *Análisis de la financiación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (INSALUD)*, en AAVV *El funcionamiento del Estado Autonómico*, Madrid 1999.
- UTRILLA DE LA HOZ, A. *La suficiencia financiera en el nuevo sistema autonómico de financiación: un ejercicio de simulación dinámica*, VI Encuentro de Economía Aplicada, Granada 2003.
- VAQUER CABALLERÍA, M. *La función de coordinación interterritorial del sistema de las Administraciones. Su organización en relaciones de coordinación y cooperación; trabajo presentado a las II Jornadas sobre la organización de los servicios públicos sanitarios*, Universidad Carlos III de Madrid, mimeo, 2003, que se publica en este mismo volumen.
- VIDA FERNÁNDEZ, J. *Las prestaciones del SNS: carteras de servicios y prestaciones farmacéuticas; trabajo presentado a las II Jornadas sobre la organización de los servicios públicos sanitarios*, Universidad Carlos III de Madrid, mimeo, 2003, que se publica en este mismo volumen.
- ZORNOZA PÉREZ, J. *Corresponsabilidad fiscal y financiación de las Comunidades Autónomas: el modelo para el quinquenio 1997-2001*, en JIMENEZ BLANCO, A. (ed.) *El Estado de las Autonomías. Los sectores productivos y la organización territorial del estado*, Madrid 1997.
- ZORNOZA PÉREZ, J. *Los Impuestos Especiales en el marco del Sistema tributario español: impuestos estatales o impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas*, en AAVV *Los Impuestos Especiales hoy en España y en la unión Europea*, VII Jornadas de Estudios Aduaneros, Madrid 1997.

ALTERAÇÃO E MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO. O CASO BRASILEIRO.¹

Amendments and Mutation of Constitution. The Brazilian case.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²

SUMÁRIO

Introdução. 1. A mudança na Constituição. 2. O Supremo Tribunal Federal e as principais mudanças informais na Constituição de 1988. 3. Implicações e questionamentos.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é compreender o impacto na Democracia brasileira promovido pelas alterações formais da Constituição, ocorridas desde 1988, analisando se a legitimidade da democracia encontra-se assegurada através do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, na valoração das emendas durante a revisão judicial, assegurando sua eficiência no processo de controle da constitucionalidade.

ABSTRACT

The objective of this study is understand the impact on Brazilian's Democracy promoted by constitution amendments, since 1988, analysing if the democratic legitimacy is ensured by the role undertaken by the Supreme Court during the judicial review, valuating amendments and assuring its efficacy in the constitutional control process.

Palavras-chaves: Constituição Federal – Emendas – Efetividade – Valor – Mutação Constitucional – Controle de Constitucionalidade – Democracia.

Keywords: Constitution – Amendments – Effectiveness – Value - Mutation Constitutional control of constitutionality – Democracy.

INTRODUÇÃO

1. É fato notório que a Constituição brasileira – desde a sua promulgação, em 5 de outubro de 1988 – até hoje – setembro de 2012 – foi modificada por 76 Emendas (6 de revisão mais 70 ordinárias). Obviamente, portanto, teve ela o seu teor alterado em numerosos pontos importantes. O Poder Judiciário, por exemplo, sofreu mesmo uma reforma, por meio de uma emenda, exatamente conhecida por Reforma do Judiciário (Emenda nº 45/2004).

¹ É esta a terceira versão deste trabalho, em razão da correção de enganos e o acréscimo de novos aspectos. Certamente ainda virão outras pelas mesmas razões. Peço escusas por publicar um trabalho imperfeito, mas o faço para atender a interessados que, tendo-me ouvido sobre o assunto, querem ter nas mãos um texto mais preciso.

² Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP. Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

Ela, sem dúvida, por isso mudou. Contudo, não terá ela mudado sem que o fosse por alteração formal de seu texto?

Com efeito, de há muito os juristas já se aperceberam que as Constituições mudam, mesmo sem alteração do texto. A alteração formal produz mudanças que podem ser ditas mudanças formais, entretanto, a experiência aponta para o fato de que as Constituições também mudam – e quanto – informalmente, quer dizer sem alteração da sua letra. Sim, porque a mudança da Constituição – mudança de sentido – não provém apenas de alterações de sua redação.³

2. O presente estudo visa a examinar se a Constituição de 1988 mudou informalmente em aspectos significativos, e quanto. A questão não é despicinda, pois, no Supremo Tribunal Federal, já se chegou a sustentar que ela não somente mudou, mas sofreu mutação.

A resposta a essa questão envolve perquirições de, pelo menos, duas ordens – isto, não se deixando o estrito campo jurídico, pois, se se descesse ao da política, da sociologia, da história, muitas outras se imporiam.

A primeira delas é a análise do fenômeno da mudança constitucional, enfatizando a questão das mudanças não formais da Constituição. A última, o exame de algumas implicações doutrinárias e praticamente importantes. Entre elas se insinua outra, qual seja, a das mudanças operadas informalmente na Constituição brasileira no período 1988--2012 pelo Supremo Tribunal Federal, ou com a “sanção” deste, cujo papel primordial nessa ocorrência adiante se analisa.

1. A MUDANÇA NA CONSTITUIÇÃO⁴

3. Como é elementar, as Constituições escritas (documentais), somente podem ser alteradas por emendas, adotadas por um procedimento formal que a própria Constituição estabelece. Está nisto a chamada rigidez da Constituição que é generalizada nas Constituições escritas, sendo excepcional que admita estas alterações por força de leis adotadas pelo procedimento ordinário de legiferação. Obviamente, essas alterações formais levam (quando efetivas), a mudanças na Constituição, mudanças que, em decorrência de sua fonte, são chamadas de mudanças formais.

³ Da distinção apontada torna-se claro que, neste trabalho, alteração e mudança não são sinônimos. Alteração é modificação no texto, mudança é modificação no sentido, significação, ou alcance. Para percebê-lo não é preciso recorrer às sutilezas da semiótica.

⁴ Exponho neste texto ideias que hauri em muitas obras, entre as quais destaco as de Kenneth C. Wheare, *Modern Constitutions*, A.V. Dicey – *Law of the Constitution*, as dos colaboradores da obra coletiva *Les règles et principes non écrits en droit public*, coordenada por Pierre Avril e Michel Verpeaux, também Pierre Avril – *Les conventions de la Constitution* e entre os brasileiros Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição*, entre muitos outros. A estes autores é que devem ser creditados os méritos da contribuição, não pretendendo este trabalho senão divulgá-la, aplicando-a à experiência brasileira.

Entretanto – como já se assinalou na introdução – juristas mais sutis de há muito se aperceberam de que as Constituições mudam, efetivamente, no seu conteúdo normativo, sem que isso seja determinado por alterações formais. Ou seja, sofrem mudanças informais. O texto não é alterado, mas o seu sentido muda.

4. A mudança informal deriva de diversos motivos, alguns deles enumerados a seguir, não em caráter taxativo e sim exemplificativo.

Um primeiro a considerar é a **nova compreensão dos valores** que a inspiram.

Disto é exemplo, na jurisprudência brasileira, a extensão dada à “dignidade da pessoa humana”, inscrita como princípio fundamental da República, no Art. 1º, III. São incontáveis as decisões que, fundadas em interpretações não raro subjetivistas, reconhecem direitos com base nela, ainda os vendo como direitos absolutos e ilimitados. É o caso do direito à saúde.

Outro é a **reação em face de problemas insuspeitados** pelo constituinte. Aqui se põe – sempre como exemplo brasileiro – o caso das renúncias a mandato para evitar sanções. Isto, que se tornou frequente no plano parlamentar, eclodiu de modo estrondoso, quando, no *impeachment* do Pres. Collor, este renunciou para evitar a imposição da pena acessória de suspensão dos direitos políticos. Tal pena lhe foi assim mesmo aplicada, contrariando o posicionamento tradicional de que, não podendo ser imposta a pena principal – no caso a perda do mandato – não poderia ser aplicada a pena acessória – a suspensão. Certamente a percepção da fraude ditou esta solução.

Um terceiro pode ser visto na **aceitação de práticas** que geram convenções (na lição de Dicey⁵) ou até verdadeiros costumes. Assim ocorreu no Brasil, antes da Emenda nº 32/2001, com a reedição de medidas provisórias não aprovadas nem rejeitadas no prazo constitucional de trinta dias. Estas práticas podem, ademais, ser encaradas como a identificação de normas não escritas da Constituição, uma outra hipótese de mudança da Constituição.

Quarta hipótese é exatamente a referida **descoberta de normas não escritas, mas implícitas** na Constituição. Isto transparece do entendimento hoje adotado de que a renúncia de mandato parlamentar antes de instaurado procedimento punitivo não gera inelegibilidade. Ou, o reverso, de que pode o parlamentar perder o mandato por deixar o partido pelo qual se elegeu.

Enfim, não se pode ignorar que o Estado contemporâneo sofre uma grande influência de instituições internacionais e por intermédio destas do direito internacional, especialmente em matéria de direitos fundamentais, o que se reflete não somente em alterações que trazem mudanças formais, contudo também em entendimentos novos que se assimilam a mudanças informais.⁶

⁵ Na sua obra clássica – *Introduction to the study of the Law of the constitution* – ele aponta a existência das “convenções da constituição”.

⁶ Reflexo disto está na Constituição brasileira, no disposto no art. 5º, § 3º, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e no novo entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal acerca da relação

5. É certo que, na maior parte das vezes, essas mudanças aparecem na jurisprudência e são justificadas como interpretação do texto. Há, sem dúvida, uma “zona cinzenta” a separar a interpretação e a criação – há toda uma escola que insiste em que toda interpretação envolve uma criação. Entretanto, a meu ver há criação toda vez que a pretendida interpretação extravasa o entendimento do texto, apontando normas tão distantes da redação escrita, que seria hipocrisia pretender serem deduzidas do texto escrito. Assim, por exemplo, quando se estende ao controle concreto de constitucionalidade o que é admitido para o controle abstrato, e vice-versa, como várias vezes o faz o Supremo Tribunal Federal. Ou quando é arrogado um poder que não está na esfera de competência deste.

Por outro lado, lembre-se que, nos Estados Unidos da América, forte e importante corrente entende que a Constituição de 1787 deve ser interpretada com o sentido básico que deflui da vontade dos *founding fathers*.⁷

Tal posicionamento, se radicalizado, petrifica a Constituição e supervaloriza a vontade do legislador – a *voluntas legislatoris* – que não se confunde necessariamente com a *voluntas legis*, como de há muito se admite entre nós. Esta última admite, respeitados certos parâmetros, como a finalidade da norma, a sua atualização a novos tempos. Esta, indubitavelmente, abre o campo para “interpretações criativas” – uso de expressão consagrada pelo Prof. Elival da Silva Ramos – que sempre se devem distinguir das criações travestidas de interpretações.

6. Deve-se observar, outrossim, que a identificação de normas não escritas “aumenta” ou “alarga” a Constituição. O melhor exemplo disto vem do direito constitucional francês.

Como se sabe, a Constituição de 1958 não contém nem declaração de direitos nem disposições sobre a ordem econômica e social. Apenas, seu Preâmbulo remete ao Preâmbulo da Constituição de 1946 que confirma a adesão aos princípios da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como aos que, em matéria econômico-social, nele são enunciados. Tais princípios vieram a ser aplicados pelo Conselho Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade e assim se desenvolveu na doutrina a tese do “*Bloc de constitutionnalité*”. Em termos simplificados, a concepção de que a Constituição francesa não se limita ao texto promulgado em 1958, mas inclui entre seus princípios e regras o que decorre dos referidos Preâmbulos. Assim sendo, como deflui da jurisprudência do referido Conselho, a fiscalização de constitucionalidade toma como parâmetro, em matéria de direitos fundamentais, a Declaração de 1789 que, portanto, é norma vigente.⁸

entre o direito internacional advindo de tratados e o direito interno – mesmo constitucional. Está aqui um ponto não abordado nesta versão deste trabalho, que forçosamente o será e uma outra for estabelecida.

⁷ V. sobre o assunto, por exemplo, Cass Sunstein, *A Constituição parcial*, *passim*.

⁸ Tal noção de que a Constituição é mais que o texto assim denominado, foi incorporada pelo pensamento jurídico espanhol. V. Louis Favoreu e Francisco Rubio Llorente - *El bloque de constitucionalidad*.

Por isto, na conhecida lição de Wheare “*Constitutions are not made, they grow*”.⁹ “As Constituições não são feitas, elas crescem”.

7. Essa mudança informal tem como ator destacado, contudo não único, o Judiciário, principalmente a Corte constitucional. Entretanto, nem sempre é ele o autor da mudança, mas simplesmente quem chancela essas mudanças, reconhecendo-lhes valor de normas jurídicas efetivas e eficazes. No Brasil, todavia, o seu papel de agente se vem acentuando, conforme se analisará mais adiante.

Todos os Poderes, com efeito, mudam a Constituição quando desenvolvem práticas de relacionamento, especialmente o Executivo e o Legislativo. Assim, nos Estados Unidos, o Presidente da República não recebe do texto de 1787 a iniciativa legislativa, mas nem por isso deixa ele de ser autor de numerosíssimos projetos, formalizados sem a sua assinatura.

Outrossim, o Legislativo especialmente afeiçoa o processo legislativo. É o que, no Brasil, faz ele tornando letra morta o “juízo prévio sobre o atendimento (dos) pressupostos constitucionais” das medidas provisórias (Art. 62, § 5º da Constituição, com a redação da Emenda nº 32/2001).¹⁰ Igualmente, aplicando normas regentes da elaboração da lei ao processo de adoção de Emendas constitucionais. Por exemplo, “esquecendo” as duas votações sobre todo o texto, conforme prevê a Constituição para as Emendas (Art. 60, § 2º), para fazê-lo apenas quanto ao que foi alterado na Casa “revisora”, o que se admite em relação aos projetos de lei (Art. 65, parágrafo único).

Igualmente, o Legislativo muda a Constituição quando adota leis interpretativas ou regulamentadoras que dão novo alcance a normas constitucionais. Bom exemplo disto é a Lei nº 9.868/99 que, ao regulamentar as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, inovou em vários pontos. Além disto, admitiu claramente, contra uma longa tradição corroborada pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que nem sempre o ato inconstitucional é nulo e irritado, devendo ter os seus efeitos desconstituídos *ex tunc*. De fato, o Art. 27 dessa Lei permitiu a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade, tanto no tempo, quanto na substância – a chamada “modulação” dos efeitos.

8. A mudança informal pode ir tão longe que configura, segundo aponta a doutrina, uma mutação constitucional¹¹. Ou seja, o novo sentido está tão longe do original considerado em bloco que pode ser tido como exprimindo uma nova Constituição.

Indica-se como exemplo deste fenômeno o chamado Estatuto Albertino, de 1848. Este foi promulgado como Constituição do reino da Sardenha. Com a unificação italiana, tornou-se a Constituição da Itália e vigorou formalmente até 31 de

⁹ Como se vê, este jurista já antecipou uma das ideias magnas da moderna teoria da autopoiese jurídica.

¹⁰ Isto deu lugar há pouco (7 de março de 2012) a uma rumorosa declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4029, rel. Ministro Luiz Fux).

¹¹ O tema foi abordado em profundidade no Supremo Tribunal Federal pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, como se examinará mais adiante.

dezembro de 1947, quando cedeu lugar à vigente Constituição da República da Itália. Nesse longo século, tal Carta presidiu uma monarquia limitada, depois uma democracia representativa de regime parlamentarista, mais tarde um Estado fascista e foi invocada expressamente, em 1943, quando da destituição de Mussolini. Entretanto, deve-se ter em mente, por um lado, que se tratava, embora escrita, de uma Constituição flexível, portanto, alterável e alterada pela lei ordinária.

Sob sua égide, aliás, vieram à luz normas não escritas que Biscaretti di Ruffia denominou “*norme di correttezza costituzionale*”¹², que serviram para muitas adaptações a uma realidade política – esta sim – incontestavelmente mutante.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS PRINCIPAIS MUDANÇAS INFORMAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

9. Na vigência da Lei Magna de 1988, sobretudo nos últimos dez anos, o Supremo Tribunal Federal vem tomando decisões que muito se afastam da letra da Constituição, seja no âmbito do controle abstrato, seja no âmbito do controle concreto, quer nas ações de controle de constitucionalidade, estritamente falando, quer nas ações que também o instrumentalizam, como o mandado de injunção. Assim, pode-se dizer que ele tem **mudado** a Carta fundamental. Tem ido muito além de negar validade a leis e atos inconstitucionais, vem ousando construir uma ordem constitucional, que reflete o seu entendimento acerca dos valores e princípios da Lei suprema. Nisto, evidentemente, assume um papel político (no sentido nobre do termo), porque contribui para a governança do Estado brasileiro.¹³

É o que se vai mostrar, indicando e analisando (sumarissimamente) algumas de tais decisões.

10. As primeiras decisões que mereceriam exame seriam as – já aludidas – em que o Supremo Tribunal Federal declarou possível a reedição de medidas provisórias não transformadas em lei pelo Congresso Nacional, sem que este expressamente as tivesse rejeitado. Elas, com efeito, foram das primeiras a mudar a Constituição. A questão, porém, perdeu importância com a promulgação da Emenda nº 32/2001 que a redefiniu e regulou. Entretanto, cabe lembrar que a redação primitiva do Art. 62 da Constituição não previa a reedição e dava a entender (claramente) a impossibilidade. De fato, o parágrafo único do Art. 62 dispunha sem obscuridade:

¹² Paolo Biscaretti di Ruffia, *Le norme della correttezza costituzionale*

¹³ Na verdade, pode-se dizer que o Judiciário brasileiro, como um todo, vem assumindo um papel ativo na governança, não hesitando, por exemplo, em promover a concretização de políticas públicas ou a efetivação de direitos fundamentais. A análise deste fenômeno escapa à temática deste trabalho, mas trato dele em vários estudos, como “*O papel político do Judiciário na ordem constitucional*”, publicado na *Revista dos Advogados*, da AASP, número dedicado aos 20 anos da Constituição (ano XXVIII, setembro de 2008).

“As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes” (sublinhei).¹⁴

A mudança feita pelo Supremo foi a adjunção de uma exceção – o reconhecimento de uma norma não escrita que diria – “exceto se não tiver havido deliberação sobre elas” (conquanto a não conversão já pudesse indicar a negativa...)

Ora, o impacto dessa exceção foi grave. Com efeito, transformou o Executivo em legislador de fato, pois lhe permitiu editar normas que, sem aprovação do Legislativo, se perpetuavam pelas reedições – às vezes por dezenas de vezes. Isto se obtinha em vista da obstrução da bancada governista e do acúmulo de medidas a votar pelo Congresso. Além disto, criou um fator de insegurança jurídica, visto que as normas editadas eram “provisórias” – em tese –, já que poderiam não ser convertidas em lei, perdendo eficácia *ex tunc* – nem se falando que, nas reedições não raro o Executivo alterava algumas das disposições do ato renovado...

11. Outra decisão do Supremo Tribunal Federal tomada esta sem qualquer fundamento constitucional, mas justificada pela necessidade e pela urgência foi o caso da fixação do número de vereadores.

A Constituição de 1988 atribui aos Municípios o poder de auto-organização, respeitadas os princípios e normas que ela própria edita a respeito deles, bem como os que, na sua esfera de competência forem postos pelos Estados em que se integram (Art. 29).

Ora, a Constituição, na redação que perdurou até a Emenda Constitucional nº 58/2009, dispunha no inciso IV que:

O número de vereadores [seria] proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

[...]

IV - número de vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos municípios de mais de cinco milhões de habitantes.

¹⁴ Nem se fale do desinteresse do Supremo Tribunal Federal pela aferição da condição de urgência, posta pelo art. 62, *caput*, exigida como condição para a edição da medida provisória.

Considerando o seu poder de auto-organização e o fato de que a norma constitucional federal se referia a “limites”, muitos municípios fixaram no máximo permitido para cada nível populacional o número de vereadores a integrar sua Câmara legislativa.¹⁵ Não levaram em conta em rigor matemático a proporcionalidade mencionada na disposição.

Tal fixação foi objeto de questionamento judicial, no controle concreto, e chegou por meio de recurso extraordinário¹⁶ à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Este, num *leading case*,¹⁷ julgou, em 2004, inconstitucional essa fixação, entendendo ser imperativa a proporcionalidade de rigor matemático entre a população e o número de vereadores em cada um dos níveis estabelecidos pela Constituição.¹⁸

Entretanto, nesse mesmo ano, iria ocorrer a renovação dos mandatos e não haveria tempo para que os municípios corrigissem a anomalia. Isto levou o Supremo Tribunal Federal a fazer com que o Tribunal Superior Eleitoral fixasse para as eleições o número de vereadores de cada município, o que este fez por meio de uma resolução¹⁹, baixada com apoio em norma do Código Eleitoral, que lhe permitia regulamentar o processo eleitoral. Nessa resolução, o critério foi o da estrita proporcionalidade, calculada matematicamente em cada caso.

Sem discutir a interpretação dada ao preceito constitucional – que, se menciona proporcionalidade, permite uma fixação entre “limites”, máximo e mínimo – não é excessivo apontar que nessa decisão foi habilitado o Tribunal Superior Eleitoral a substituir o poder municipal – no campo de autonomia deste na fixação do número de vereadores. Não se conhece qual a norma constitucional escrita que o justifique, embora razões de necessidade e urgência dessem cobertura à solução.

Incontestavelmente, porém, o Supremo Tribunal Federal concedeu a si próprio uma competência constitucional “extraordinária”, em caso de urgência.²⁰ Ou seja, a de se substituir a um ente político autônomo, ou, o que vem a dar praticamente no mesmo, a de designar um órgão que o substitua, no exercício de uma competência privativa expressamente conferida pela Constituição a outro órgão. E tal competência é a de auto-organização de um dos entes constitutivos da República brasileira – o Município.²¹

¹⁵ Isto provocou na opinião pública, incitada pelos meios de comunicação de massa, uma forte onda de indignação pelo abuso e pelo acréscimo de despesa que acarretava.

¹⁶ Na realidade, foram muitos os casos e os recursos extraordinários que concerniam ao mesmo tema.

¹⁷ RE 197.917-8/SP, relator Min. Maurício Corrêa, referente ao município de Mira Estrela, julgado em 24 de março de 2004.

¹⁸ Aponte-se que modulou o efeito da decisão, para que somente operasse ao renovarem-se as Câmaras, com o término do mandato dos vereadores em exercício.

¹⁹ Resolução nº 21.802/2004.

²⁰ Se o Executivo o tivesse feito, certamente o Supremo Tribunal Federal teria decretado a inconstitucionalidade.

²¹ Lembre-se o art. 1º, *caput*, da Constituição.

12. Mais. Numa temática política delicada – a da vinculação do eleito ao partido por que se elegera – o Supremo Tribunal Federal deu apoio ao Tribunal Superior Eleitoral, instituindo (ou reinstituindo, se o plano é histórico) a chamada fidelidade partidária.

Com efeito, em 2007, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu a duas consultas indagando sobre a existência de vínculo entre o eleito e o partido pelo qual ele teria sido eleito, de tal modo que, deixando aquele esta agremiação, perderia o mandato. A primeira concernia aos eleitos em eleição proporcional – sistema adotado para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas dos Estados (ou do Distrito Federal), Câmaras Municipais.²² Foi ela respondida afirmativamente, entendendo o Tribunal que o abandono do partido sem motivo legítimo importaria em tal perda. A segunda, aos eleitos em eleição majoritária – sistema previsto para o Senado Federal e a chefia dos Executivos, federal, estadual (e distrital) e municipal²³. A resposta foi dada no mesmo sentido.

A primeira foi contestada no Supremo Tribunal Federal por meio de vários mandados de segurança, que, todavia, deram apoio à orientação do Tribunal Superior Eleitoral²⁴. Ora, como sem tais decisões do Supremo a manifestação do Tribunal eleitoral não subsistiria, ao Supremo se há de imputar a responsabilidade pela instauração da fidelidade partidária sob a Constituição vigente.

Desdobramento disto foi o Tribunal Superior Eleitoral editar uma resolução que regula tal perda e o procedimento que a determinará.²⁵ (O que pode ser visto como exercício do poder de legislar, também sob a tutela do Supremo Tribunal Federal).

Para avaliar o alcance deste entendimento, é preciso levar em conta alguns pontos. O primeiro, que a Constituição não enuncia o abandono do partido como causa de perda do mandato. E, quanto aos parlamentares federais, ela trata da perda do mandato de modo minudente no Art. 55. Outro – que alimenta o critério interpretativo histórico – é que, sob o regime militar, se previu a perda do mandato por “infidelidade partidária”²⁶ – exclusivamente para os membros do Legislativo, nunca para os chefes do Executivo – e isto fora intensamente criticado na elaboração da Constituição em vigor. Indiscutivelmente, a intenção do legislador constitucional foi a de proscrever essa causa de perda de mandato. O terceiro ponto está no texto do Art. 17, § 1º da Lei Magna, o único que se refere a “disciplina e fidelidade partidária”. Este dispositivo, todavia, expressa a “autonomia” dos partidos “para definir sua estru-

²² Consulta 1.398/2007, rel. Min. Asfor Rocha.

²³ Consulta 1.407/2007, rel. Min. Carlos Britto (integrante do Supremo Tribunal Federal).

²⁴ Mandados de segurança MS 26.602, Rel.: Min. Eros Grau; MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; MS 26.604, Min. Cármen Lúcia.

²⁵ Resolução 22.610, de 25 de outubro de 2007. Republicada no D.O.U. de 11.03.2008.

²⁶ Constituição de 1967, com a redação da Emenda nº 1/69, Art. 152, § 5º, que subsistiu até a Emenda nº 25/1985.

tura interna, organização e funcionamento”, etc., “devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”. Assim, entendia-se que disciplina e fidelidade partidárias seriam questões *interna corporis*.

As respostas às Consultas, bem como os votos nas decisões do Supremo Tribunal Federal, são eruditas e eloquentes em matéria de doutrina política, exprimindo convictamente a ideia de que a democracia se faz pelos partidos e que, portanto, para fortalecer aquela, se deve fortalecê-los. Já a argumentação jurídica tem menos desenvolvimento, contentando-se em esgrimir pontos, como o monopólio partidário das candidaturas estabelecido pela Carta Magna, ou a índole do sistema de representação proporcional, dos quais não deriva, de modo inexorável, a perda do mandato dos infiéis ao partido por que se elegeram.

Trata-se, como se vê, de decisões que alteram a estrutura da democracia representativa adotada pela Constituição, tomadas com base, sobretudo, em argumentação doutrinária.

13. Outra manifestação da assunção pelo Supremo Tribunal Federal do papel de legislador constituinte ocorreu a propósito do reconhecimento de relacionamentos homossexuais como “uniões estáveis”.²⁷ Em causa estava a interpretação do Art. 226, § 3º da Constituição que reconhece como entidade familiar “a união estável entre o homem e a mulher”, o que também faz o Código Civil no Art. 1.723.

Sem dúvida alguma, numa interpretação histórica, se pode demonstrar que a intenção do constituinte, ao inscrever no texto a menção a união estável entre **homem e mulher**, era exatamente a de impedir que uniões entre homossexuais alcançassem o *status* de “entidade familiar”. É o que resulta claríssimo dos Anais da Constituinte, ou seja, a referência a homem e mulher foi inscrita com o objetivo declarado de vedar o reconhecimento como entidade familiar das uniões homossexuais²⁸.

Decidiu, todavia, o Supremo Tribunal Federal que o texto constitucional não excluía o reconhecimento de outra união estável, a de homossexuais, como entidade familiar. Tal posição tem tudo para ser entendida como uma mudança na Constituição, ao menos com significado a que ela se dava em 1988.

14. Outra mudança constitucional operada pelo Supremo Tribunal Federal está em haver ele se investido da competência para colmatar a omissão legislativa.

A preocupação com esta manifesta-se no texto constitucional, cujo Art. 103, § 2º prevê uma ação de inconstitucionalidade por omissão a ser julgada por essa Corte. Entretanto, esse texto especifica que, verificada a omissão “*de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias*”. Bem claro fica aí que quem colmataria a lacuna seria o Poder

²⁷ Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 132/RJ, em conjunto com a ADPF do mesmo número, sendo relator o Min. Ayres Britto, e por votação unânime.

²⁸ Neste sentido, v. Ives Gandra da Silva Martins, “A Constituição ‘conforme’ o STF”, em *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 23 de maio de 2011, p. 3.

competente – obviamente na hipótese de omissão legislativa o Poder Legislativo, não o Judiciário. A experiência mostrou que essa ação era inócua.

Noutra disposição, todavia, a Constituição também dispôs sobre a omissão. É o que está no Art. 5º, LXXI, no qual se prevê um mandado de injunção, “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Considerando esta norma auto executável, o Supremo, desde o início da vigência da Constituição, expediu tais mandados. Entretanto, à falta de regulamentação do instituto, nos primeiros tempos se restringiu à comunicação da omissão ao Poder competente. Aos poucos, porém, veio a dispensar para o exercício de direitos individuais a norma regulamentadora exigida pelo texto.

Mais recentemente, porém, assumiu de modo ostensivo a competência de suprir a omissão do legislador, fixando ele próprio o direito aplicável à matéria discutida. O caso em que isso se tornou flagrante é o da regulamentação do direito de greve do servidor público.

A Constituição de 1988 concedeu ao servidor público o direito de greve (Art. 37, VII), determinando, todavia, que seria “exercido nos termos e nos limites definidos em lei especial”. Entretanto, este dispositivo não fora regulado em 2007 – não o foi até hoje – pelo legislador. Disto, resultaram problemas, tanto para os que pretenderam usar desse direito – o que descambou para greves “selvagens” – como para a Administração Pública que não tinha orientação quanto a ele – e seus eventuais abusos.

Ora, entidades de servidores públicos que consideravam cerceado o direito de greve por falta de regulamentação impetraram mandado de injunção em face do Supremo Tribunal Federal. Este, ao julgá-lo, determinou fosse aplicada à greve de servidores públicos, o que está previsto na legislação sobre a greve no setor privado, acrescentando alguns parâmetros concernentes à especificidade dos serviços públicos.²⁹ Fê-lo, ademais, determinando tal aplicação não apenas relativamente aos impetrantes, mas a toda a categoria. Assim, assumiu o papel de legislador, inclusive fazendo *tabula rasa* da exigência constitucional de que uma lei “especial” dispusesse sobre a greve no setor público.

15. Esta postura de legislador, porém, já foi além, pois veio a dispensar até a omissão do legislador. Com efeito, merece registro a edição pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concreto, de normas de direcionamento geral. Foi o que se verifica, por exemplo, da decisão tomada no tormentoso caso da terra indígena, Raposa, Serra do Sol.³⁰

²⁹ Cf. MI 712-8/PA, rel. Min. Eros Grau, MI 670-9/ES, Rel. Min. Maurício Correa, MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgados em 25 de outubro de 2007.

³⁰ Petição 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, julgada em 19 de março de 2009.

A delimitação desta área foi contestada perante essa Corte que a rejeitou a pretensão, mantendo o que fora estabelecido administrativamente. Contudo, a decisão teve o cuidado de explicitar **dezenove pontos** que deveriam pautar, não aquela demarcação que já estava feita, mas quaisquer demarcações outras.

Sem dúvida, editou com isto “lei”, no sentido material e formal do termo, fixando normas gerais, aplicáveis a todos os casos da espécie. Nenhuma necessidade jurídica o conclamava a fazê-lo, nem urgência havia que justificasse substituir-se a Corte judiciária ao Poder Legislativo.

16. Complete-se o quadro com as normas editadas como súmulas vinculantes. Estas, segundo prevê o texto do Art. 103-A da Constituição, se destinam a exprimir de modo consolidado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional. Têm ademais efeito vinculante. Assim, são verdadeiras leis constitucionais, inclusive porque vão servir para a aferição dos atos dos demais Poderes da República. Ora, o Supremo tem delas usado para estabelecer normas circunstanciadas, cujo fundamento é nitidamente apreciação de conveniência – juízo político. Disto, são exemplos claros a Súmula nº 11 – sobre o emprego de algemas – e a Súmula nº 13 –, sobre o nepotismo.

17. Vale referir-se à posição do Supremo Tribunal Federal no tocante à modulação dos efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade. Esta modulação, conforme já se indicou, não está em qualquer das disposições da Constituição brasileira. Ela, assim, já é por si só uma complementação desta, feita por lei ordinária, mas pacificamente aceita como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal³¹. A sua aplicação, por outro lado, configura – rigorosamente falando – uma mudança da Constituição, na medida em que afasta, ainda que pontualmente, uma norma da Lei Magna, para fazer subsistir um ato a ela contrário. Assinale-se, porém, que a Lei nº 9.868/99 que a prevê, não o faz senão relativamente a decisões no controle abstrato.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal vem operando a modulação também no controle concreto. Citem-se alguns casos significativos. Um é o da declaração de inconstitucionalidade nas questões – já mencionadas – relativas ao número de Vereadores. Nelas, pelo voto do Min. Gilmar Mendes, que invoca o princípio da segurança jurídica e as graves implicações para o sistema legislativo municipal, se restringiu o seu alcance no tempo, dando-lhes efeitos exclusivamente *pro futuro*.

Outro é o da fidelidade partidária – também já examinado – em que nos mandados de segurança que, no Supremo Tribunal Federal, coonestaram o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, foi fixado como termo a data da resposta à Consulta nº 1.398/2007.

³¹ Antes da Lei nº 9.868/99, e mesmo sob a Constituição anterior, houve casos de modulação, como relata José Levi Mello do Amaral Júnior, no trabalho “*Da admissibilidade da restrição temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controle concreto*”, lido em Encontro Luso-brasileiro de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em abril de 2010. Sirvo-me deste trabalho em todo este item do presente estudo. A ele, pois, o mérito da pesquisa.

Mais um veio no julgamento de um habeas corpus³², no qual foi reconhecida a inconstitucionalidade da norma que excluía a progressão no cumprimento de pena imposta com base na chamada *Lei dos Crimes Hediondos*, por violar a garantia constitucional da individualização da pena (Constituição Art. 5º, LXVI). Neste julgamento, foi explicitado que tal declaração não teria consequências jurídicas relativamente a penas já extintas na sua data, nem excluiria a apreciação pelo magistrado competente dos requisitos que presidem a progressão no cumprimento das penas.

18. Foi este último caso que suscitou o debate acerca de uma mutação na Constituição de 1988.

Isto se deu porque, no Acre, estimulados pela mencionada decisão, presidiários que cumpriam pena por crime hediondo reclamaram do juízo competente a progressão. Este a recusou, alegando que decisões no controle concreto têm efeitos exclusivamente *inter partes*, sendo expressa a Constituição de que a suspensão da execução de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle concreto depende de ato da competência privativa do Senado Federal (Constituição, art. 52, X), que inexistia no caso.

Dirigiram eles uma Reclamação ao Supremo Tribunal Federal.³³ No ensejo de seu julgamento, o relator, Min. Gilmar Mendes sustentou a procedência do pedido, alegando que à regra constitucional deveria ser dado novo entendimento, por força de uma mutação constitucional. Ou seja, teria havido “uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto”. Foi ele seguido nesta posição pelo Min. Eros Grau, também alegando tal mutação. Desta, resultaria que a norma constitucional deveria ser lida: “Compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal”. Entretanto, não chegou o Tribunal a tomar decisão, em razão de pedido de vista.

Depois, a questão foi superada pela edição da Súmula vinculante nº 26 que consolidou o entendimento de que se aplica ao cumprimento da pena, em caso de crime hediondo, a progressividade.

3. IMPLICAÇÕES E QUESTIONAMENTOS

19. A análise sumariamente feita nas páginas anteriores demonstra uma ponderável mudança da Constituição brasileira se comparada ao que significava ao ser promulgada³⁴. Certamente, essa mudança – na opinião do autor – não chega a uma mutação, mas atingiu pontos importantes. Assim, a readoção da fidelidade

³² Habeas Corpus nº 82.959-7/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, julgado em 23 de fevereiro de 2006.

³³ Reclamação nº 4.335/5.

³⁴ Claro está que para a generalidade dos que então a comentaram e não foram poucos.

partidária, a assunção da colmatação das omissões legislativas, a legiferação por súmulas, a extensão do entendimento sobre a união estável são bons exemplos disto.

Todos estes pontos são obra do Supremo Tribunal Federal, perto dos quais as mudanças originadas do Legislativo e do Executivo são “inocentes”. Reflete-se aí o papel político que esta Corte vem conscientemente assumindo, como, aliás, todo o Judiciário, hoje manifestamente “ativista”. A discussão sobre esse papel político e suas implicações e consequências ou riscos não é, todavia, o objeto deste trabalho³⁵.

20. No tocante, entretanto, ao constituinte, há observações relevantes merecedoras de atenção e meditação.

A doutrina corrente, derivada de Sieyès, ensina que a Constituição é obra de um poder extraordinário – o poder constituinte – que emana diretamente do povo – o soberano – e somente pode ser modificada de acordo com a Constituição. Ou seja, por um poder (constituinte) derivado desta, de acordo com normas procedimentais definidas na Carta e limitadas ao que esta consente seja mudado. Decorre logicamente disto que toda mudança da Constituição teria de advir de alteração formal desta. Jamais por obra dos poderes constituídos – Legislativo, Executivo e Judiciário. Tudo isto, sob pena de ser inconstitucional a mudança e, portanto, nula e írrita.

É certo que tal doutrina suporta que a Constituição seja completada ou desdobrada pela lei, mas as mudanças disto decorrentes jamais alcançam o *status* constitucional e, destarte, não têm supremacia sobre as normas ordinárias, não podem servir para que estas sejam fulminadas por inconstitucionais.

Ora, essa doutrina é ao menos relativizada pela ocorrência de mudanças informais.

21. Em primeiro lugar, essas mudanças tornam claro que normas de valor constitucional no plano da efetividade muitas vezes provêm de poderes constituídos, aos quais o poder constituinte não outorgou competência para tanto. Há, pois, normas reconhecidas como constitucionais que não se vinculam diretamente ao poder constituinte, nem se justificam por uma derivação por ele admitida. É clara, portanto, a relativização da doutrina do poder constituinte que, no Brasil, é divinizada por muitos.

22. Em segundo lugar, as mudanças destacam uma faceta do controle de constitucionalidade que não foi prevista pelos seus articuladores originais, nem é muitas vezes devidamente enfatizada pelos juristas. Ou seja, o controle de constitucionalidade, concebido para guardar a Constituição, pode mudar e muda a Constituição.

Há mais de um século, já se disse que “a Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que ela é”.³⁶ No contexto, esta observação não significava mais do que

³⁵ Já o fiz noutros trabalhos. Por exemplo, no já referido artigo “*O papel político do Judiciário na ordem constitucional*”, publicado na *Revista dos Advogados*, da AASP, número dedicado aos 20 anos da Constituição (ano XXVIII, setembro de 2008).

³⁶ Teria sido Oliver Wendell Holmes, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos.

dizer que o sentido e o alcance das normas constitucionais formais seria definido pela interpretação da Corte. Hoje, no Brasil, teria de ser entendido um pouco diferentemente. “A Constituição é aquilo que a Corte constitucional **estabelece** como tal”, não o sentido das normas formais que estão enunciadas no texto constitucional.

Não é exagero salientar que, na atualidade, mormente brasileira, a Corte constitucional assumiu um papel de super poder constituinte. Ela muda a Constituição, como entende que ela deva esta ser. Pode identificar normas constitucionais não escritas e aplicá-las sem contestação possível. Pode aceitar ou rejeitar emendas constitucionais se, na sua compreensão, desobedecerem às prescrições formais e materiais, a aí estão as cláusulas pétreas a serviço disto. Pode aceitar ou rejeitar as práticas do Legislativo ou do Executivo que, efetivamente, precisam de sua “sanção” para vingar. Nisto se repete o exemplo criado pela ação declaratória de constitucionalidade, que põe o Supremo Tribunal Federal como uma terceira casa legislativa, pois reclama o seu concurso para estabelecer a legitimidade da norma legal e dar ao seu comando a imperatividade da força vinculante...

23. Enfim, esse poder constituinte anômalo dispensa a legitimidade democrática. Com efeito, mudanças constitucionais não decorrentes de alterações formais da Constituição não podem, nem indiretamente, invocar a soberania popular. O povo não é assim o autor, mesmo indireto, da mudança constitucional. Ele pode ser visto como autor indireto do que estabelecem pelo procedimento específico e dentro dos limites especificados na Constituição os seus representantes, não o que é obra dos juízes. É o que se tem de deduzir do parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira, exprimindo a soberania democrática: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*” (sublinhei).

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: A PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA E GARANTIA DA AUTORIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

CONSTITUTIONAL COMPLAINT: to preserve the jurisdiction and ensure the authority of the Brazilian Supreme Court decisions

Marcia Amino¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Cabimento da reclamação no Supremo Tribunal Federal. 2.1. Preservação da competência. 2.2. Garantia da autoridade das decisões do STF. 2.2.1. O cabimento da reclamação no controle abstrato ou objetivo de constitucionalidade. 2.2.2. A reclamação e a eficácia vinculante nas cautelares em ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) e em ação declaratória de constitucionalidade (ADC). 2.2.3. Reclamação e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 2.2.4. Reclamação e o cumprimento do decidido em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). 2.2.5. Reclamação contra ato que desrespeitou enunciado da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e a Lei nº 11. 417/2006. 2.2.6. Outras hipóteses de cabimento de reclamação. 2.2.7. A reclamação para garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e os processos subjetivos. 3. Conclusões. 4. Bibliografia

RESUMO

O objeto do presente trabalho é o estudo da reclamação constitucional prevista na Constituição brasileira de 1988 para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Em que pese o aumento observado na sua interposição, às hipóteses de cabimento da Reclamação Constitucional ainda estão em construção.

ABSTRACT

This article intends to analyze the Constitutional Complaint provided in the Constitution of 1988 to preserve the competence (jurisdiction) of the Federal Supreme Court and ensure the authority of its decisions over all other courts. Despite the observed increase in its use, the appropriateness hypothesis of Constitutional Complaint is still under construction.

Palavras-Chaves: Reclamação Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Cabimento

Keywords: Constitutional Complaint. Supreme Court. Pertinence.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a reclamação constitucional, prevista nos artigos 102, inciso I, alínea “1” c.c. 103-A, § 3.º, da Constituição Federal de 1988, a

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

ação foi criada para garantir a preservação da competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF)².

A reclamação constitucional é fruto da construção do próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro³, com base na teoria dos poderes implícitos, originária no direito norte americano, segundo a qual, desde que um fim é reconhecido e necessário, os meios são permitidos; todas as vezes que for atribuída uma competência geral para fazer alguma coisa, nela estão compreendidos todos os particulares poderes necessários para realizá-la.⁴ Assim, justificada nos primórdios a admissibilidade da medida, por ausência de previsão normativa a respeito, posteriormente, veio ela a ser instituída no Regimento Interno do STF em 1957 e, em 1988, na Carta Maior.

Como criação jurisprudencial, o instituto tem seu âmbito de utilização variado, de acordo com a posição da composição da Suprema Corte sobre o controle de constitucionalidade. A transformação do instituto do controle de constitucionalidade, com a introdução da previsão de mais mecanismos para o exercício do controle *in abstracto* e, a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes, aumentou as hipóteses de cabimento da reclamação no STF.

Além dos dispositivos originais da Constituição Federal de 1988 sobre as hipóteses de cabimento da ação, durante uma década, a legislação infraconstitucional que a regulamenta consistiu nas disposições da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1.990, de caráter procedimental, muito similar, aliás, à ação do mandado de segurança. A inovação veio com a publicação de duas novas leis, a Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, a qual, em seu artigo 13, ao regular o processo e julgamento de ação de descumprimento de preceito fundamental, previu a utilização da reclamação na hipótese de descumprimento da decisão proferida pelo STF, na forma de seu Regimento Interno, e a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, veio a explicitar as hipóteses de cabimento da reclamação com fundamento em inobservância de súmula vinculante no STF, bem como as consequências de seu julgamento (artigo 7º).

Diante da variedade de situações passíveis de configurar a usurpação de competência do STF ou o descumprimento de suas decisões, ficou a critério da jurisprudência desenvolver as hipóteses de cabimento da reclamação, bem como a legitimidade para propositura, que difere caso se trate de controle objetivo ou subjetivo. Por esse motivo, o presente trabalho analisa as decisões que colaboraram

² Embora o texto constitucional institua competir também ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) processar e julgar originariamente essa mesma ação, dados os limites do trabalho, somente discorreremos sobre a evolução e desenvolvimento das hipóteses de cabimento da ação quando de competência do STF.

³ No sentido de que não encontra o instituto paralelo no direito comparado o estudo detalhado de DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 385 a 429 e GOES, Gisele Santos Fernandes. *Reclamação Constitucional*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 5ª edição. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 636.

⁴ Conforme PACHECO, José da Silva. *Da Reclamação*. In: *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.535.

para esse desenvolvimento e julgados indicativos de novos paradigmas na utilização da reclamação no STF.

A análise da distribuição demonstra a crescente quantidade de reclamações processadas na Corte⁵, a tal ponto, que já se fala que a dimensão da crise numérica, tradicionalmente atribuída ao grande volume de recursos extraordinários em trâmite no STF, será substituída pela escalada das reclamações, donde a importância do tema.

2. CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A posição predominante na doutrina é que a reclamação é uma ação⁶. Ao prever a reclamação no rol de processos de competência originária do STF, o constituinte erigiu-a em ação de natureza constitucional, ao lado do *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção: garantia constitucional que serve ao aprimoramento da jurisdição, mecanismo para que a Corte exerça a função de guardiã da Constituição Federal.

A Lei nº 8.038/90, por sua feita, regulou o procedimento da reclamação no título dos *Processos de competência originária*, juntamente a outras ações, como a rescisória, o *habeas corpus* e o mandado de segurança, distinguindo-a dos recursos, tratados em outro título.⁷

Reforça a natureza de ação da reclamação a previsão do legislador constitucional – na hipótese de *procedência* da reclamação pela não observância da súmula vinculante por autoridade administrativa – de ocorrer a *cassação de decisão judicial* ou *anulação do ato administrativo*, efeitos característicos de uma ação.

⁵ Em 1990, ano que marca o início da contagem divulgada pelo STF, foram distribuídas 20 reclamações. Nos anos seguintes, o número duplicou, chegando a 44 em 1992. Em 1998 pela primeira vez chegou-se à casa das duas centenas, 275 reclamações distribuídas. No primeiro decênio seguinte a quantidade passou a casa dos milhares no ano de 2008, quando foram protocoladas 1.649 reclamações e atingiu o recorde em 2009, com 2.266 reclamações autuadas. No último ano da contagem, 2011, foram autuadas 1.848 reclamações enquanto os dados de 2012, atualizados até 31 de julho, registram 1.062 autuações. Os dados foram extraídos do sítio do STF, em 13 de agosto de 2012, no campo estatística e pesquisa por classes.

⁶ PACHECO, 2008, p. 554; DANTAS, 2000, p. 460; CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 9ª edição revista, e atualizada. São Paulo: Dialética, 2011, p. 631, entre outros. Confira-se em GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação: revisão criminal, habeas corpus, mandado de segurança contra ato jurisdicional penal: reclamação aos tribunais*. 4ª edição atualizada com a reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, o entendimento que fundamenta o voto vencedor da relatora Min. Ellen Gracie, na ADI 2212, Tribunal Pleno, DJ 14-11-2003, para quem a reclamação configura exercício do direito de petição.

⁷ Mas a qualificação como recurso, incidente processual ou ação nunca foi consensual, nem na doutrina, nem na jurisprudência. Confira-se o inventário procedido pelo Min. Celso de Mello, relator da Rcl 336, julgado 19/12/1900, DJ 15/03/1991, ilustrativo da ausência de consenso quanto à definição da natureza jurídica da reclamação.

A reclamação é uma demanda típica, de fundamentação vinculada. Significa dizer que somente pode ser utilizada nas hipóteses determinadas pelo legislador: a) para preservação da competência e b) para garantir a autoridade da decisão do STF, aqui compreendido o cabimento contra o ato que desrespeitou enunciado de súmula vinculante, nos termos fixados pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

Seu procedimento é bastante simples, previsto na Lei nº 8038/90, artigos 13 a 18, deverá ser dirigida ao Presidente do Tribunal, devidamente instruída com prova documental e ser autuada e distribuída ao relator da causa principal sempre que possível. O relator requisitará informações para a autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, no prazo de dez dias, e ordenará, se necessário para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante, atuando na condição de assistente (artigos 50 a 55 do Código de Processo Civil). Decorrido o prazo para prestação das informações, o processo é encaminhado ao Ministério Público, que terá vista por cinco dias nos casos em que não tenha proposto a reclamação. Ao julgar procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência, lavrando-se o acórdão posteriormente.

Não cabe reclamação para promover a execução da decisão. O descumprimento pela parte deve ser objeto de comunicação ao juízo ordinário, por petição, e não de reclamação. Em regra, o próprio Tribunal ter competência para executar seus acórdãos quando proferidos em causa de sua competência originária e o juiz de primeira instância quando proferidos em grau de recurso. Assim, se os autos estão em fase de execução, todos os requerimentos hão de ser dirigidos ao juízo ordinário, que cumpre o acórdão. Ele é quem tem de executar, ou desfazer, em cumprimento do julgado posterior, o que executou.⁸

A divisão interna do Tribunal não enseja a interposição de reclamação contra decisão dos órgãos fracionários. Na hipótese de decisão monocrática cabe somente a utilização de recursos, questões de ordem ou outras medidas (por exemplo, a ação rescisória, se transitada em julgado a decisão). O STF entende não caber “reclamação contra atos decisórios dos ministros ou das Turmas que integram esta Corte Suprema, dado que tais decisões são juridicamente imputadas à autoria do próprio Tribunal em sua inteireza”⁹, assim como, “a reclamação não pode constituir via adequada a cassar decisão do próprio tribunal. Também não é a reclamação instrumento que possa corresponder a pedido de reconsideração de decisum da Corte”.¹⁰

⁸ SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. Da Reclamação. In: *Revista dos Tribunais*. Volume 92, número 808, p.121-166, janeiro/fevereiro 2003, p.132.

⁹ Rcl 3.916, rel. Min. Carlos Britto, julgado 12/06/2006, DJ 25/08/2006, entre outras.

¹⁰ Rcl 647, rel. Néri da Silva, julgado 19/06/1997, DJ 10/08/2001.

Iniciado o julgamento pelo colegiado da reclamação não se admite o pedido de desistência.¹¹ Tal entendimento é consequência do princípio da unicidade: o julgamento pelo colegiado é uno.

Não subsiste a reclamação se julgado sem exame do mérito o processo no qual se praticou ato contra o qual foi ajuizada reclamação constitucional: esta se considera prejudicada, sem subsistência de interesse em recurso nela interposto¹².

Nem a Constituição, nem a Lei nº 8.038/90, estabelecem prazo para a propositura da reclamação. Há, contudo, entendimento sumulado no STF no sentido de que não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial impugnado: “*Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal*” (Súmula nº 731). Assim: “*não cabe a reclamação como meio de desfazer, reformar, cassar, modificar decisão transitada em julgado, pois, nesse caso, estaria fazendo as vezes (sic) de uma ação rescisória*”.¹³

A despeito de esse entendimento estar sumulado, há autores críticos ao estabelecimento de prazo para propositura da reclamação, com fundamento na finalidade do instituto e na própria natureza absoluta da nulidade da decisão¹⁴. Porém, se ajuizada a tempo a reclamação, o superveniente trânsito em julgado da decisão impugnada não a torna incabível, não incidindo, neste caso, o Enunciado nº 734 da Súmula do STF.¹⁵

Na Lei nº 11.417/06, que disciplina a súmula vinculante, o cabimento da reclamação contra ato da Administração ficou condicionado ao prévio esgotamento da via administrativa (artigo 7º, §1º).

A previsão desses critérios, prazo para a propositura da reclamação, a necessidade de não ocorrer o trânsito em julgado da decisão impugnada e o esgotamento da via administrativa relacionam-se com a autonomia da reclamação com relação aos demais meios de impugnação e com a natureza jurídica do instituto. Adotada a premissa de se tratar de ação, a rigor não haveria que se falar em prazo para sua propositura, tampouco no condicionamento à prévia propositura do recurso ou do esgotamento da via administrativa. No entanto, a preocupação em não transformar a reclamação em “*um instrumento que permita que casos corriqueiros cheguem diretamente ao STF*”, em função da existência de decisões vinculantes, “*quando seria mais lógica, menos onerosa e igualmente eficaz a utilização dos mecanismos*

¹¹ Rcl 1.503-QO e Rcl 1.519-QO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado 26/03/2009, DJe 05/06/2009. O propósito da interpretação é também afastar a possibilidade de manipulação de resultados, se a parte, por exemplo, desistir após perceber determinada tendência nos votos já exarados.

¹² Rcl 5.017-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado 27/11/2008, DJe 06/02/2009, dentre outros.

¹³ CUNHA, 2011, p. 638.

¹⁴ Mesmo a existência de meios autônomos de impugnação não impediria a utilização da reclamação para SANTOS, 2003, p. 136, por exemplo.

¹⁵ Rcl 5.821-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado 14/10/2009, DJe 26/03/2010.

processuais à disposição dos interessados nas instâncias ordinárias da justiça”, justifica o entendimento.¹⁶

Nesse sentido é que se fala no caráter subsidiário ou supletivo da reclamação.

Feitas essas observações preliminares, a seguir desenvolveremos as hipóteses de cabimento da reclamação previstas na CF/88 para preservação de competência e garantia da autoridade de julgados.

2.1 Preservação da competência

A Constituição estabelece no artigo 102 a competência do STF, que se desdobra em três grupos: competência originária (inciso I), para julgar recursos ordinários (inciso II) e para julgar recurso extraordinário (inciso III). Além da competência atribuída diretamente pela Constituição, o STF é responsável pelo julgamento de recursos previstos na legislação infraconstitucional, como o agravo de instrumento contra decisão que inadmite recurso extraordinário e especial, embargos de divergência, embargos de declaração, agravo regimental, suspensão de segurança, entre outros.

A reclamação é cabível para preservar tanto a competência prevista na Constituição Federal como a prevista na legislação ordinária, ambas de natureza absoluta. Não serve como meio de eliminar conflito de competência entre tribunais ou juízos de primeira instância, nem de resguardar a competência destes, estabelecida pela prevenção ou burlada por indevida distribuição por dependência.¹⁷ Serve para preservar a competência do próprio STF, e não do órgão inferior.

A competência originária do STF não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados pelo rol exaustivo inscrito no Art. 102, I, da Constituição.¹⁸

Quando a matéria objeto da decisão reclamada tem natureza infraconstitucional não há usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.¹⁹

Não há dúvida de que o ato judicial pode ser objeto de reclamação para preservação de competência pela natural inserção do Supremo no ápice da estrutura judiciária. Quanto ao ato da administração há hipótese de usurpação que pode ocorrer da atuação fiscalizadora do Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público ao exercer controle de constitucionalidade, concluindo que

¹⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 272. No mesmo sentido, DANTAS, 2000, p. 484.

¹⁷ A advertência consta de CUNHA, 2011, p. 639.

¹⁸ Rcl 5.411-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado 25/06/2008, DJe 15/08/2008. No mesmo sentido: Rcl 6.579-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado 13/11/2008, DJe 04/12/2009.

¹⁹ Rcl 6.175-AgR, Rel. Min. Presidente Cezar Peluso, julgado 12/08/2010, DJe 27/08/2010.

determinada lei contraria a Constituição, a pretexto de análise de atividade administrativa do Poder Judiciário e do Ministério Público.²⁰

Outra hipótese de reclamação por usurpação de competência envolve demandas entre Estados-Membros ou entre estes e a União e respectivos órgãos da administração direta ou indireta e a caracterização de conflito federativo.²¹ Em casos envolvendo tal tema foi reconhecida a usurpação de competência do STF, por exemplo, quando i) um Estado-Membro propôs ação civil pública em face de órgão ambiental da União, cujo acolhimento traria repercussão direta em projeto de grande vulto de interesse federal; ii) um Estado moveu ação contra órgão da administração indireta de outro Estado; iii) em processos de demarcação de terras indígenas, uma ação civil pública fora proposta com o objetivo de discutir a validade de portaria do Ministério da Justiça²².

Nas demandas que têm por objeto o controle abstrato de constitucionalidade nos Estados entende-se que não há usurpação de competência quando tenham como parâmetro de controle norma da Constituição Estadual que reproduz a Carta Federal.²³ Por outro lado, o controle abstrato de constitucionalidade nos Estados tendo como parâmetro norma constante da Constituição Federal caracteriza usurpação de competência.²⁴

A utilização de ação popular ou ação civil pública com o objetivo de obter declaração de inconstitucionalidade de lei ou como sucedâneo de ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão também caracteriza usurpação de competência, diferentemente da hipótese em que naquelas a questão constitucional é veiculada como questão prejudicial do pedido principal,²⁵ e o exame é realizado de forma difusa ou incidental.

Há usurpação de competência originária do STF corrigível por meio de reclamação quando são interessados na causa todos ou a maior parte dos membros do tribunal de origem (artigo 102, I, da Constituição Federal).²⁶

A propositura de ação rescisória perante o Tribunal de Justiça, quando o STF embora não tenha conhecido, apreciou a matéria em sede de recurso extraordinário caracteriza usurpação de competência.²⁷

²⁰ O exemplo foi extraído de LEONEL, 2011, p. 188.

²¹ Compete ao STF processar e julgar originariamente as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (conforme artigo 102, I, f da CF); nessas hipóteses a fixação da competência do STF “é destinada a manter o equilíbrio indispensável ao pacto federativo e o próprio Estado democrático de Direito, evitando-se, conseqüentemente, o risco de crise constitucional”, conforme ensina LEONEL, 2011, p. 185.

²² Rcl 3074, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 30/09/2005, Rcl 1061, Rel. Octavio Gallotti, DJ 20/02/2004 e Rcl 2.833, Rel. Carlos Britto, DJ 14/04/2005, respectivamente.

²³ Sobre a evolução do entendimento do STF no tema confira-se MENDES, 2009, p. 711.

²⁴ Rcl 595, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 23/05/2003.

²⁵ Conforme LEONEL, 2011, p. 184 e MENDES, op. cit., p. 715.

²⁶ Rcl 1.725, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11/05/2007..

²⁷ Rcl 377, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado 29/04/1992, DJ 30/04/93.

A usurpação de competência pode ocorrer antes²⁸ ou, depois da instauração de um processo e mesmo antes de haver decisão, por comissão ou omissão.

Não há usurpação de competência do Supremo quando a origem aplica prescrição, pois esta “*age na ação, enquanto a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade age no próprio direito*”.²⁹

A usurpação da competência não exige necessariamente a prática de ato. Pode ocorrer, por exemplo, quando o tribunal de origem não aprecia o recurso especial ou extraordinário. Não se nega sua competência para apreciar a admissibilidade de tais recursos nos termos do artigo 541 e 542 do Código de Processo Civil, mas a usurpação estaria presente na medida em que a omissão dessa instância impediria o exercício da competência do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à apreciação de agravo de despacho denegatório, há entendimento sumulado (verbete 727) no sentido de que: “Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente à causa instaurada no âmbito dos juizados especiais”.³⁰

Por outro lado, se a Presidência do Tribunal de origem, após admitir o recurso extraordinário ou especial, aprecia cautelar e lhe confere efeito suspensivo, usurpa competência das cortes superiores. Nesse sentido, a interpretação do verbete 636 da Súmula do STF: “*Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade*”.

Esses dois verbetes da súmula do Supremo Tribunal Federal citados devem ser interpretados com temperamento no caso de recursos extraordinários interpostos no regime da repercussão geral (artigo 102, § 3º da CF/88), pois, recentemente, o STF decidiu que não tem competência para apreciar cautelar que busca concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário sobrestado na origem em virtude do reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional nele decidida.³¹

Houve significativa mudança no regime dos recursos extraordinários com a instituição da repercussão geral pela Emenda Constitucional nº 45/2004, segundo o qual o recorrente deverá demonstrar a “*repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros*”.

²⁸ LEONEL, 2011, p. 187 exemplifica com processos de natureza criminal em que há prerrogativa de foro e a tramitação de inquéritos policiais deve ocorrer no STF.

²⁹ Rcl 3.704-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado 25/06/2008, DJe 08/08/2008.

³⁰ No âmbito dos juizados especiais, cabível a reclamação contra ato dos Juizados Especiais que nega seguimento a recurso extraordinário quanto à matéria constitucional debatida pelos órgãos recursais (Rcl 1.025, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/2/2003, Rcl 2.132, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/2/2003).

³¹ AC-MC-QO 2177, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado 12/11/2008, DJ 20/02/2009.

A Lei nº 11.418/06, ao acrescentar ao Código de Processo Civil os artigos 543-A e 543-B, conferiu ao Supremo Tribunal Federal mecanismo para dar efeito geral a decisões que, ordinariamente, teriam eficácia meramente *inter partes*. Esse efeito *erga omnes* permitiria a utilização da reclamação por terceiros que não tenham sido parte no caso paradigma, para o caso de não cumprimento de decisão em recurso extraordinário com repercussão geral.

De fato, o § 4.º do Art. 543-B do CPC dispõe que o STF poderá, nos termos de seu Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada no precedente de repercussão geral.

Não obstante essa previsão legal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem no AI 760.358, rel. Ministro Gilmar Mendes³², o Tribunal entendeu inadmissível agravo de instrumento ou *reclamação* da decisão que aplica entendimento do STF aos processos múltiplos. Na mesma sessão a Corte julgou a Reclamação 7.569, relatora a Ministra Ellen Gracie³³, assentando idêntico posicionamento. Veja-se que com esse paradigmático julgado, o STF, fundado em receio do aumento da distribuição de reclamações, interpretou o sistema da repercussão geral de modo a reconhecer sua competência somente nos casos em que, julgada a repercussão geral, o Tribunal de origem recusar-se a se retratar de posicionamento contrário, ao entender que não tendo havido juízo de admissibilidade, não é cabível a interposição de agravo de instrumento nos termos do art. 544 do Código de Processo Civil, motivo pelo que afastou a ofensa à Súmula 727.

O entendimento, contudo, é objeto de nova reflexão na Reclamação 11.408, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em que, após o voto vista da Ministra Ellen Gracie, acompanhando o voto do relator no que negou provimento ao agravo regimental, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes, na sessão de julgamentos do dia 29/06/2011. A preocupação manifestada durante os debates pelo Ministro Marco Aurélio foi de que a solução dada pelo STF estaria a transformar os tribunais do país em última instância, “*não admitindo que sua decisão pudesse ser contestada*”. O Ministro Presidente Cezar Peluso concordou com a tese de que “*quando o tribunal de origem se equivocar deve caber recurso ao STF, pois, do contrário, se deixaria a outro tribunal a última palavra*”. O Ministro Gilmar Mendes observou a complexidade do assunto, que o Tribunal ainda está construindo o sistema de aplicação do instituto da repercussão geral e “*pretende refletir sobre a matéria para propor uma síntese e solução de compromisso sobre a questão*.”³⁴

³² QO AI 760.358, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado 9/11/2009, DJe-027 11/02/2010.

³³ Rcl 7569, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe-232 10/12/2009, entendimento repetido na Rcl 7547 da mesma relatora, DJ-e 10/12/2009. A leitura do voto condutor é bastante esclarecedora quanto aos motivos que levaram a esse entendimento, que tem sido aplicado em milhares de feitos, e as suas consequências no sistema recursal, especialmente quanto a passar a caber agravo interno no Tribunal de origem contra o ato que aplica repercussão geral erroneamente.

³⁴ Conforme notícia veiculada no portal do STF localizável em [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=185825uinta-feira, 04 de agosto de 2011: ministros voltam a debater via processual para contestar Repercussão Geral](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=185825uinta-feira,04%20de%20agosto%20de%202011:ministros%20voltam%20a%20debater%20via%20processual%20para%20contestar%20Repercuss%C3%A3o%20Geral).

Como se expôs, as hipóteses de cabimento da reclamação por usurpação de competência são tão diversas quanto é o rol de feitos cujo julgamento é atribuído ao Supremo Tribunal Federal, fazendo ressaltar a importância do instituto na garantia do direito fundamental ao julgamento pela Corte Maior.

2.2 Garantia da autoridade das decisões do STF

Nas últimas duas Décadas, as transformações ocorridas sobre o controle de constitucionalidade foram acompanhadas pelo desenvolvimento da reclamação, como instrumento de garantia da autoridade das decisões proferidas, seja em sede de controle concentrado, seja do controle difuso.

2.2.1. O cabimento da reclamação no controle abstrato ou objetivo de constitucionalidade

Embora hoje seja assente o cabimento da reclamação para garantia da autoridade de julgado em sede de controle abstrato nem sempre foi assim o entendimento do Supremo Tribunal Federal. A Corte considerava inadmissível, por exemplo, a reclamação se o reclamante não tivesse sido parte no processo em que foi proferida a decisão cuja autoridade tivesse sido desrespeitada.³⁵

A decisão proferida em sede de representação de inconstitucionalidade na vigência da Constituição anterior gozando dos efeitos *erga omnes*, atingia aqueles que nem sequer figuravam na relação processual, mas não se admitia a reclamação para preservação de sua autoridade, com fundamento em que a natureza objetiva do processo de controle de constitucionalidade, sem partes no sentido próprio do termo, impedia a utilização do instituto por terceiros. A limitada utilização da reclamação espelhava o próprio sistema de controle de constitucionalidade, calcado então no controle incidental.³⁶

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988 e o aperfeiçoamento dos instrumentos de controle de constitucionalidade, o posicionamento embora inicialmente mantido, foi sofrendo temperamentos. A partir da constatação de que as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade nem sempre eram

³⁵ Os julgados paradigmáticos da não aceitação da reclamação para cumprir decisões com caráter normativo desde 1950 estão citados em DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otavio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.1177.

³⁶ Relatando a Rcl 202, o Min. Moreira Alves assentou a orientação em vigor na década de 1980. Confira-se a ementa em DANTAS, 2000, p. 260.

obedecidas pelas Cortes ordinárias, o Supremo passou a admitir a reclamação para garantia da autoridade de decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade desde que ajuizada por legitimado para a propositura da própria ação direta e que tivesse o mesmo objeto, no julgamento da Reclamação 397, relator Ministro Celso de Mello.³⁷

O reconhecimento da legitimidade de terceiros para propor reclamação por descumprimento de decisão em sede de controle concentrado prenuncia a importância atual da medida para dotar o sistema de controle de constitucionalidade de maior eficácia.

Importante evolução foi possibilitada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993 que ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade (alterando o artigo 102, I, alínea “a” da Constituição) previu que as decisões definitivas de mérito nela proferidas “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (parágrafo 2º do artigo 102). Ao julgar a questão de ordem na ADC-1, na qual se declarou a constitucionalidade da Emenda 3/93, o relator Ministro Moreira Alves renunciou o uso da reclamação em virtude da força vinculante das decisões doravante proferidas em sede de ADC, extraindo do efeito vinculante que lhe é próprio que:

se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o STF, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão.³⁸

Caso a controvérsia sobre o cabimento da reclamação no controle abstrato de normas restou superada quanto à ação declaratória de constitucionalidade, com relação à ação direta de inconstitucionalidade o STF manteve num primeiro momento o entendimento no sentido do não cabimento, convertendo reclamação em ação direta de inconstitucionalidade, para preservar decisão proferida em ação anterior.³⁹

Em seguida veio reverter a orientação para admitir a reclamação “quando o mesmo órgão de que emanara a norma declarada inconstitucional persiste na prática de atos concretos que pressupõem a validade”.⁴⁰

³⁷ Rcl 397 MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25/11/1992, DJ 21/05/1993. O mesmo relator havia manifestado entendimento pelo não cabimento anteriormente, na Rcl 354/4, DJ 28/06/1991

³⁸ ADC-QO 1, Rel. Min. Moreira Alves, j. 27/10/1993, DJ 16/06/1995. Nesse sentido MENDES, 2009, 722.

³⁹ Rcl 380, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 29/06/1992, DJ 02/10/1992. Já vigente a EC3/93, na ADIMC 907/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 08/10/1993, DJ 03/12/1993 o Pleno volta a repetir a orientação também exarada na ADIMC 864/RJ, relator Min. Moreira Alves, julgado em 23/06/1993, DJ 17/09/1993. MENDES, 2009, p. 723, anota, contudo, a existência do entendimento minoritário capitaneado por Sepúlveda Pertence, na Rcl 167 sustentando “quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade”.

⁴⁰ Rcl 399/PE, rel.Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24/03/1995.

Ao julgar constitucional a disposição constante do parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99 – que estendeu à decisão de declaração de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal – o STF assentou a legitimidade para propositura de reclamação para garantia de autoridade de decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade a todos os que comprovem prejuízo decorrente do não cumprimento da decisão⁴¹.

O constituinte reformador de 2004 estabeleceu que as decisões definitivas de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão 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, alterando o artigo 102, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988 e assentou em definitivo o cabimento da reclamação no controle pela via da ação direta.

Esse entendimento é aplicável também às decisões em arguição de cumprimento de preceito fundamental.⁴²

2.2.2 A reclamação e a eficácia vinculante nas cautelares em ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) e em ação declaratória de constitucionalidade (ADC)

O cabimento de reclamação para preservar a autoridade de cautelar concedida em ação declaratória de constitucionalidade foi também uma construção jurisprudencial. A orientação foi firmada por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 4/DF,⁴³ em que o STF julgou constitucional o Art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que veda a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses em que, no mandado de segurança e na ação cautelar, não possa ser concedida a liminar. Nesse julgamento o Pleno, por maioria, deferiu em parte o pedido de medida cautelar para suspender *ex nunc*, e **com efeito vinculante** (até então previsto somente para o julgamento de mérito, nos termos do artigo 102, § 2.º da Constituição Federal na redação da reforma de 2004), até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.494/97, sustentando igualmente *ex nunc*, os efeitos futuros das decisões já proferidas nesse sentido.

⁴¹ Rcl 1880 AgR, Rel. Min. Maurício Correa, julgado em 07/11/2002, DJ 19/03/2004.

⁴² Conforme MENDES, 2009, p. 729 et seq., LEONEL, 2011, p. 196.

⁴³ ADC 4 MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado 11/02/1998, DJ 21/05/1999.

O voto do relator Ministro Sydney Sanches consigna expressa menção ao cabimento da reclamação na hipótese de não cumprimento do decidido:⁴⁴

Cabe advertir, por necessário, que o eventual descumprimento, por juízes ou Tribunais, da decisão plenária do STF, especialmente quando proferida com efeito vinculante (CF, Art. 102, parágrafo 2º), justificará a utilização de instrumento constitucional da reclamação, mesmo tratando-se de julgamento referente a pedido de medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade. É que o Plenário do STF, ao deferir o pedido de medida cautelar na ADC-4/DF, expressamente atribuiu, à sua decisão, eficácia vinculante e subordinante, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes, inclusive aquelas de natureza processual, concernentes ao emprego do instituto da reclamação.

Não se pode ignorar, neste ponto, que uma das funções processuais da reclamação consiste, precisamente, em garantir a autoridade das decisões proferidas pelo STF, consoante tem sido enfatizado pela jurisprudência desta Corte (Rcl 644/PI, rel. Min. Celso de Mello). Esse instrumento formal de tutela, “que nasceu de uma construção pretoriana” (RTJ 112/504), busca, em essência, fazer prevalecer, no plano da hierarquia judiciária, o efeito respeito aos pronunciamentos jurisdicionais emanados desta Suprema Corte, resguardando, desse modo, a integridade e a eficácia subordinante dos comandos que dele emergem (RTJ 149/354-355), rel. Min. Celso de Mello). (...) Vê-se, portanto, que o interesse público – mesmo reconhecida a prejudicialidade deste pedido – não ficará comprometido, nem se exporá a qualquer situação de risco, precisamente em virtude da possibilidade de imediata utilização, pela entidade estatal, quando for o caso, do instrumento constitucional da reclamação.

Do efeito vinculante decorre a possibilidade de propositura de reclamação (conforme ADC 1/QO, relator Ministro Moreira Alves). A Lei nº 9.868 de 1999 ao permitir a imposição de efeito vinculante além das hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal ⁴⁵ consagrou a interpretação do Supremo na ADC-4 no sentido de

⁴⁴ O paradigmático julgamento iniciou, no entender de DANTAS (2008, p. 1182), maior frequência na utilização da reclamação como via de efetivação do controle de constitucionalidade.

⁴⁵ Sobre a cautelar em sede de controle abstrato de constitucionalidade e seus efeitos, para fins de propositura de reclamação, vide MENDES, 2009, p. 725.

que o poder de acautelar está contido no poder de julgar⁴⁶ e afastou o óbice que mesmo no STF se opunha ao entendimento adotado por ocasião desse julgamento.⁴⁷

A mesma *ratio decidendi* que fundou o julgamento da Reclamação 1.880 no sentido de que há “*similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade*” funda o entendimento no sentido de que também as cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade gozam de efeitos vinculantes.

Assim: o descumprimento, por quaisquer juízes ou tribunais, de decisões concessivas de medidas cautelares – outorgadas, com efeito vinculante, pelo Plenário do STF, em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade – autoriza o emprego da reclamação, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. *Doutrina. Precedentes. (...) A procedência da reclamação, quando promovida com o objetivo de fazer prevalecer o imperium inerente aos julgados proferidos pelo STF, importará em desconstituição do ato que houver desrespeitado a autoridade da decisão emanada da Suprema Corte.*⁴⁸

Reputa-se ofensivo à autoridade de sentença de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade, com efeito *ex tunc*, o acórdão que, julgando improcedente ação rescisória, adotou entendimento contrário, ainda que na vigência e nos termos de liminar concedida na mesma ação direta de inconstitucionalidade.⁴⁹

Por outro lado “*(...) somente as decisões concessivas das liminares em ADIs e ADCs é que se dotam de efeito vinculante. Não as denegatórias. Ante a natureza subjetiva do processo, as decisões proferidas em reclamação não têm eficácia erga omnes*”.⁵⁰

A obrigatoriedade de observância da decisão de liminar, em controle abstrato realizado pelo Supremo Tribunal Federal, impõe-se com a publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça. O ajuizamento de reclamação independe tanto da publicação do acórdão cuja autoridade se quer garantir como de sua juntada.⁵¹

2.2.3 Reclamação e ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A omissão quanto ao cumprimento de preceito constitucional tanto pode ter origem nos órgãos administrativos como nos legislativos. Quanto ao Poder Legislativo,

⁴⁶ Nesse sentido, DANTAS, 2008, p. 1.182.

⁴⁷ Por exemplo, o voto do Min. Marco Aurélio para indeferir monocraticamente liminar na Medida Cautelar na Rcl 981, julgado em 24/11/1998, DJ 16/12/1998. A reclamação foi julgada procedente pelo colegiado, contra o voto do relator (Rel. para o acórdão Min. Ellen Gracie, julgado em 19/04/2001, DJ 14/12/2001).

⁴⁸ Rcl 1.756, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 28/04/2003, DJe 06/08/2010.

⁴⁹ Rcl 2.600-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado 14/09/2006, DJ de 03/08/2007.

⁵⁰ Rcl 3.424-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgado 11/10/2007, DJe 1º/08/2008. No mesmo sentido: Rcl 2.658-AgR, Rcl 2.811-AgR e Rcl 2.821-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado 16/09/2009, DJe de 16/10/2009.

⁵¹ Rcl 1.190-AgR e Rcl 1.197-AgR, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/02/2006, dentre outras.

a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional dará “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (artigo 103, § 2º da Constituição Federal) não enseja a propositura de reclamação conforme o decidido na Reclamação 1.947, relator Ministro Ilmar Galvão.⁵²

Dada a natureza mandamental da decisão, sua execução deve ser feita pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, submetida ao Plenário a decisão a ser proferida na execução ou outro incidente:⁵³ a decisão em ação direta de inconstitucionalidade por omissão não dá ensejo à propositura de reclamação, “pois faltaria ao reclamante interesse de agir em obter outra decisão da mesma natureza e com os mesmos efeitos da decisão a ser assegurada.”⁵⁴

2.2.4 Reclamação e o cumprimento do decidido em Ação de descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

É cabível a reclamação para assegurar a autoridade da decisão proferida em sede de ADPF, *ex vi* do disposto no artigo 13 da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento dessa ação: “Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno”, bem como com relação à decisão proferida em sede de cautelar, por força do disposto no §3.º do artigo 5º da mesma lei.

Questão que se coloca com relação à ADPF – que permite inclusive o controle de constitucionalidade de direito municipal – é se haveria vinculação do legislador ao decidido pelo STF, em virtude do disposto no artigo 10, § 3.º da Lei 9.882/99, que não discrimina que o efeito vinculante fica adstrito ao Poder Judiciário e à Administração.

A não aplicação do efeito vinculante ao legislador em virtude do consequente engessamento da ordem jurídica objetiva tradicionalmente demandaria resposta negativa a essa questão. Lei com o mesmo teor daquela declarada inconstitucional então só poderia ser atacada por ação autônoma.

O Ministro Gilmar Mendes sustenta a possibilidade de utilização da reclamação para declaração incidental da inconstitucionalidade da norma que repete aquela declarada inconstitucional⁵⁵.

É possível, porém, que essa controvérsia tenha perfil, hoje, acentuadamente acadêmico. Ainda que não se empreste eficácia transcendente (efeito vinculante dos motivos determinantes) à decisão, o tribunal, em sede de reclamação contra aplicação

⁵² Rcl 1.947 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado 29/11/2001, DJ 01/02/2002.

⁵³ Artigo 340 e 343 do RISTF.

⁵⁴ Conforme SANTOS, 2003, p.140.

⁵⁵ MENDES, 2009, p. 731.

de lei idêntica àquela declarada inconstitucional, poderá declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei ainda não atingida pelo juízo de inconstitucionalidade.

O precedente de tal entendimento é o decidido na Reclamação nº 595, quando a Corte declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado do Sergipe, com fundamento em precedente envolvendo outro Estado da Federação.⁵⁶

O Ministro Gilmar Mendes sustenta que mesmo que se entenda incabível a reclamação, seria viável a declaração incidental de inconstitucionalidade. Essa declaração, em sede de reclamação afastaria a necessidade de propositura de outra ação direta de inconstitucionalidade e configura verdadeira mutação na finalidade do instituto:

De fato, não faria muito sentido se o tribunal tergiversasse, não conhecendo de reclamação por questões meramente formais, e exigisse do interessado a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental para atestar a inconstitucionalidade de lei municipal ou estadual de teor idêntico à outra que já teve a legitimidade constitucional reconhecida pela própria Corte.

Nessa perspectiva, parece bastante lógica a possibilidade de que, em sede de reclamação, o tribunal analise a constitucionalidade de leis cujo teor é idêntico, ou mesmo semelhante, ao de outras leis que já foram objeto do controle concentrado de constitucionalidade perante o STF.

A reclamação constitucional – sua própria evolução o demonstra – não mais se destina apenas a assegurar a competência e a autoridade de decisões específicas, mas também se constitui como ação voltada à proteção da ordem constitucional.⁵⁷

2.2.5. Reclamação contra ato que desrespeitou enunciado da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e a Lei nº 11.417/2006

A grande inovação no tema em estudo promovida nos últimos anos por mudança legislativa foi a possibilidade de utilizar reclamação para observância de súmula vinculante. A novidade veio introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004, ao inserir o artigo 103-A e §§ na Constituição Federal.

A rigor, o cabimento da reclamação para observância de decisão judicial com efeito vinculante já era assente, decorrendo da disposição geral constante do artigo 102, I, I da CF/88. A expressa previsão da possibilidade de ser proposta contra ato da administração configura a verdadeira inovação, além de, como acima se expôs, reforçar a natureza de ação do instituto, afirmando a possibilidade de instauração sem processo prévio, em face de autoridade administrativa e de forma autônoma.

⁵⁶ Rcl 585, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado 28/08/2002, DJ 23/05/2003.

⁵⁷ MENDES, 2009, p. 733.

Veja-se que a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006 regulamentou o artigo 103-A da Constituição Federal e disciplinou no artigo 7º o cabimento de reclamação atribuindo-lhe os efeitos próprios de ação judicial (julgamento de procedência, anulação de ato administrativo, cassação de decisão judicial, podendo ser proposta contra decisão administrativa):

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da Administração Pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Uma vez aprovada por maioria de dois terços dos membros do STF, e devidamente publicada na imprensa oficial, a súmula a que se refere o artigo 103-A da Constituição passa a ter, nos termos deste dispositivo, efeito vinculante em relação aos demais membros do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Ao prever o esgotamento das vias administrativas para utilização da reclamação no caso de ato ou omissão da Administração Pública o § 1º do artigo 7º da Lei nº 11.417/06 atende à preocupação com a grande quantidade de feitos em que é parte o Poder Público e atenta para a necessidade de esgotamento das vias administrativas para propositura da reclamação.

Comentando o novo permissivo constitucional Gilmar Mendes *ressalta* “*situar-se na seara da Administração Pública o grande desafio na implantação da súmula vinculante em toda a sua amplitude*”, para afirmar a necessidade de esgotamento da via administrativa para propositura da reclamação com a crise numérica do STF:

a adoção da súmula vinculante para a Administração Pública vai exigir a promulgação de normas de organização e procedimento que permitam assegurar a observância, por parte desta, dos ditames contidos na súmula sem que se verifique uma nova e adicional sobrecarga de processos – agora, de reclamações – para o STF.

Daí, provavelmente, a necessidade de que a lei preveja procedimento administrativo adequado de modo a permitir, tanto quanto possível, que as questões eventualmente suscitadas possam ser resolvidas na seara da própria administração. Parece abusivo, nesse contexto, que se admita a reclamação sem que se envidem esforços para a solução da

controvérsia no âmbito administrativo. Aqui reside um dos pontos mais delicados e mais relevantes do novo sistema inaugurado pela EC nº 45/2004. É que não se pode substituir a crise numérica, ocasionada pelo recurso extraordinário, pela multiplicação de reclamações formuladas diretamente contra a administração perante o STF.⁵⁸

As decisões do Supremo vêm balizando a utilização da reclamação para a hipótese de desrespeito à súmula vinculante, estabelecendo, por exemplo, que “*ine-* *xiste ofensa à autoridade de Súmula Vinculante quando o ato de que se reclama é anterior à decisão emanada da Corte Suprema*”,⁵⁹ restringindo sua utilização ao não admitir “*quando, ao se alegar descumprimento da Súmula Vinculante 3, o ato reclamado não é proveniente do TCU*”,⁶⁰ “*contra demora na cognição de recurso que invoque ofensa à súmula vinculante*”⁶¹ ou por não ter caráter preventivo, de “*impedir que sejam proferidas decisões judiciais ou administrativas*”.⁶²

Na doutrina as posições variam.

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas entende que como a reclamação representa o exercício do direito de ação, não restringido pela Constituição, não poderia o legislador condicionar seu exercício, incidindo em inconstitucionalidade ao fazê-lo. Argumenta que mesmo que se tratasse de direito de petição, não se justificaria permitir à Administração descumprir decisão do Supremo enquanto durarem os recursos e instâncias administrativas.⁶³

Já Leonardo Carneiro da Cunha entende que a restrição é *em princípio razoável*, para evitar que o Tribunal se transforme em órgão de primeira instância para temas que devem ser resolvidos no âmbito administrativo ou nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Lembra o autor que a reclamação deve ser ajuizada sem prejuízo dos demais meios de impugnação, como o mandado de segurança, por exemplo, o que mantém íntegro o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Anota, contudo que a constitucionalidade em tese do dispositivo não impede que eventualmente sua aplicação no caso concreto enseje situação inconstitucional. Caberia ao reclamante “*expor o motivo pelo qual não se foi possível esperar a decisão administrativa, demonstrando a utilidade e a necessidade da imediata intervenção do STF para corrigir o ato administrativo que contrariou o enunciado da súmula*

⁵⁸ MENDES, 2009, p. 234.

⁵⁹ Rcl 6.449-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgado 25/11/2009, DJe de 11/12/2009, entre outras. O artigo 2º, caput, da Lei nº 11.417/06 prevê que o enunciado da súmula terá efeitos a partir de sua publicação na imprensa oficial. É por isso que decidido na Rcl no 3.284-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 28/08/2009 que não cabe reclamação constitucional para questionar violação a súmula do STF destituída de efeito vinculante.

⁶⁰ Rcl nº 10.546-AgR, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado 24/02/2011, DJe 13/04/2011.

⁶¹ Rcl nº 6.638-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado 18/11/2008, DJe 05/12/2008.

⁶² Rcl nº 5601, Rel. Min. Carmen Lucia, julgado 23/11/2007, DJe 13/12/2007.

⁶³ DANTAS, 2008, p. 1.186.

vinculante”, para que se possa afastar o condicionamento com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Significa dizer que

não se pode afirmar que sempre haverá interesse de agir na reclamação ajuizada sem o esgotamento da instância administrativa, sob pena de se incorrer no mesmo erro de se definir *a priori* o interesse de agir, mercê do direito fundamental de acesso à justiça. Tal condição da ação pode não estar presente em certas postulações, feitas sem prévia provocação extrajudicial da Administração Pública.⁶⁴

Ricardo de Barros Leonel sustenta posição idêntica.⁶⁵

Duas preocupações permeiam o debate quanto à constitucionalidade do esgotamento da esfera administrativa para admissão da reclamação: de um lado a banalização de seu uso que sobrecarregaria o Supremo e provocaria crise semelhante à que ocorreu com o recurso extraordinário para o qual foram instituídos o sistema de repercussão geral e julgamento de casos repetitivos e de outro lado a necessidade de não esvaziar importante mecanismo de resguardo da autoridade das decisões do STF. A Corte deverá, nos julgamentos sobre o tema, equilibrar a autonomia da reclamação e sua subsidiariedade ante os outros meios de impugnação das decisões judiciais. Decisões monocráticas apontam no sentido de ser adequado o condicionamento da Lei nº 11.417/06.⁶⁶

Também a Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal foi reformada pela Lei nº 11.418/06, para prever a necessária motivação das decisões administrativas que apliquem ou deixem de aplicar súmula vinculante de modo que permita o controle judicial e ainda que as autoridades administrativas devam adequar suas futuras decisões à decisão proferida na reclamação, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.⁶⁷

⁶⁴ CUNHA, 2011, p. 648.

⁶⁵ LEONEL, 2011, p. 272.

⁶⁶ Vide Rcl nº 9.134, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJe-018 29/01/2010, Rcl 5422, Rel. nº Min. Eros Grau, julgado 16/08/2007, DJ 24/08/2007, Rcl nº 11.100 MC, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 29/04/2011, a relatora anotou, entre outros motivos, inclusive de mérito, para indeferir a liminar quanto ao descumprimento da Súmula Vinculante 4 pela Administração Pública Paulista que “a reclamante não demonstrou que houve o devido esgotamento das vias administrativas, o que possibilitaria o cabimento da presente reclamação”. Pende de julgamento agravo regimental contra a decisão, a ser relatado pela Min. Rosa Weber. No mesmo sentido, e com idêntico andamento processual a Rcl nº 10.911 MC, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado 22/02/2011, DJe 25/02/2011.

⁶⁷ Nesse sentido, a Lei nº 11.417/06 alterou a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal para acrescentar dispositivos que preveem a necessidade de explicitação por parte da autoridade administrativa das razões da aplicabilidade ou não da súmula vinculante e os efeitos da decisão de procedência da reclamação com relação a futuras decisões da Administração, de modo que coíba a reiteração de decisões contrárias ao entendimento sumulado.

Seja como for, o advento do Art. 103-A e seu § 3.º consolida tendência apontada por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas já em 2000, a do uso da reclamação como mecanismo para conferir maior eficácia ou efetividade às decisões normativas do STF:

Entre os mais promissores caminhos que o futuro aponta à reclamação está o de torná-la instrumento do controle abstrato de normas (...) principalmente, impondo a eficácia das decisões tomadas em tese.⁶⁸

Se por um lado, anota-se a necessidade de que, na elaboração da súmula, se evitem esforços para que não gerem problemas interpretativos, por outro lado sua interpretação incorreta também enseja a propositura de reclamação:

Deve-se tomar o maior cuidado no tocante à interpretação da súmula. Sim, porque a autoridade que tiver de aplicá-la deve adotar a mesma interpretação entendida pelo STF, sob pena de, sendo distorcida essa interpretação, acabar sendo violada a súmula e, com isto, ficarem abertas as portas para o ajuizamento da reclamação.⁶⁹

Daí porque José Miguel Garcia Medina, Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier, em trabalho específico sobre o tema, bem ponderaram que a súmula, passando a ter efeito vinculante, deve passar a ser elaborada com muito mais critério e de forma que não gere, na medida do possível, problemas interpretativos mais complexos do que gerados pela própria lei.⁷⁰

O julgamento de procedência da reclamação, em hipótese de desrespeito à súmula vinculante, dará ensejo à anulação do ato administrativo ou à cassação da decisão judicial que afrontaram a súmula, nos termos do disposto no parágrafo 3º do artigo 103-A da Constituição Federal. Também se previu que após a anulação do ato ou a cassação da decisão, a Suprema Corte “*determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso*”. Anota Morato que o legislador ao ter utilizado a palavra outra, parece ter se esquecido do ato administrativo, sendo de se aplicar por analogia também para este a mesma consequência. A importância do papel atribuído ao STF, verdadeiro “comandante” da súmula, com competência para decidir, quando apreciar uma reclamação, se uma determinada súmula tem ou não aplicação num dado caso concreto.⁷¹

A princípio a reclamação não deve servir como meio para cancelamento ou revisão de enunciados da súmula vinculante; dada a existência de procedimento

⁶⁸ DANTAS, 2000, p.522.

⁶⁹ MORATO, 2005, p.399.

⁷⁰ GARCIA MEDINA, José Miguel. WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante. Relevantes novidades trazidas pela EC no 45/2004. In: Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC no 45/2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 386.

⁷¹ MORATO, 2005, p. 399.

autônomo para tal objetivo, a ser instaurado no Supremo, de ofício ou mediante provocação de um dos legitimados.⁷²

Na construção do regime da reclamação para observação de súmula vinculante, algumas questões novas têm surgido e devem ser objeto de decisão pelo Plenário da Corte, por exemplo, a aplicação de súmula vinculante a execuções de decisões transitadas em julgado, referentes a prestações de trato sucessivo.⁷³

2.2.6 Outras hipóteses de cabimento de reclamação

Como é próprio de um instituto que tem origem na construção jurisprudencial e subsequente positivação, a utilização da reclamação varia conforme a amplitude que a interpretação do STF empresta ao controle de constitucionalidade, conforme composição variante.

Há corrente no STF que sustenta que a eficácia transcendente permite a reclamação por violação dos fundamentos ou motivos vinculantes da decisão.⁷⁴ Embora predomine o entendimento contrário,⁷⁵ na Reclamação 1987/DF, por exemplo, se estatuiu que basta o ato desafiar a exegese constitucional consagrada pelo STF em controle concentrado – ainda que a ofensa se dê por via oblíqua – para ensejar a possibilidade de reclamação.⁷⁶

Existe discussão quanto à possibilidade de o Tribunal analisar em sede de reclamação a constitucionalidade de lei de teor idêntico ou semelhante ao da lei que já foi objeto da fiscalização abstrata de constitucionalidade perante a corte. A discussão permeou o debate na Reclamação nº 3.014, em que o Ministro Gilmar Mendes capitaneou a corrente no sentido de que a reclamação constitucional não mais se destina apenas a assegurar a competência e a autoridade de decisões específicas e bem delimitadas do Supremo Tribunal Federal, mas constitui ação voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. No voto que acabou não prevalecendo sustentou o Ministro que se tratava do poder ínsito à própria competência do Tribunal de fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade das leis e dos atos normativos, para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos objeto daquela reclamação.⁷⁷

⁷² Conforme previsto na Lei nº 11.417/06.

⁷³ A questão foi objeto de remessa ao colegiado na Rcl nº 8548 pela Relatora Min. Ellen Gracie, mas não foi decidida em virtude da desistência do processo, homologada pela Relatora Rosa Weber, DJe 23/03/2012.

⁷⁴ MENDES, 2009, p. 744.

⁷⁵ Vide a Rcl nº 2.886-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado 24/03/2011, DJe de 11/04/2011. E ainda Rcl nº 9.591-MC-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 08/04/2010, DJe 14/05/2010.

⁷⁶ Rcl nº 1987, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado 01/10/2003, DJ 21/05/2004. Nesse sentido, a Rcl nº 2363, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/10/2003, DJ 01/04/2005.

⁷⁷ Rcl. nº 3014, Rel. Min. Ayres Britto, julgado 10/03/2010, DJe 20/05/2010. O entendimento restou vencido por maioria, mas a leitura dos debates indica possível utilização da reclamação constitucional como mecanismo de proteção da ordem constitucional, dada a ampla legitimação e o rito simples e célere que permite o pronunciamento definitivo do STF de modo que iniba a propositura de inúmeras

Na Reclamação nº 6.568, proposta para reconhecer a competência da Justiça comum para julgar greve dos policiais civis no Estado de São Paulo com fundamento na autoridade do decidido na Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.395 – que afastou o entendimento segundo o qual a Justiça do Trabalho seria competente para dirimir controvérsias relativas à relação de trabalho entre o Poder Público e seus servidores – permeou os debates que levaram à procedência do pedido a discussão quanto à conveniência de se debater sobre a própria viabilidade do direito de greve.⁷⁸ Uma finalidade que a reclamação constitucional pode ter: a garantia da autoridade das decisões em mandado de injunção. Nesse sentido, o relator, Ministro Eros Grau, iniciou o voto no colegiado indicando que “o exame do objeto desta reclamação permitirá a esta Corte esclarecer e demarcar adequadamente o sentido mais correto e a amplitude do decidido no MI 712” (assim assegurou o direito de greve aos servidores públicos).

Na Reclamação nº 6.200, a decisão monocrática da Presidência do Supremo adota como paradigma não o julgado apontado pela parte reclamante, mas outro, afirmando a possibilidade de “consideração de uma causa de pedir aberta nas reclamações”⁷⁹ e reforçando o já mencionado entendimento no sentido de que a reclamação tem o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo.

2.2.7 A reclamação para garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e os processos subjetivos

Em sede de controle de constitucionalidade exercido nos processos subjetivos, para que esteja configurada a não observância do julgado a ensejar o uso da reclamação constitucional, tradicionalmente o STF entende necessária a concorrência de diversos requisitos: a) que o ato usurpador colida frontalmente com o comando emergente da decisão descumprida⁸⁰; b) que a violação fique caracterizada por parte de quem está vinculado pela autoridade do julgado, ou seja, por quem foi parte no processo de origem⁸¹; c) não é possível utilizar a reclamação como substituto ou

ações, inclusive quanto ao Poder Judiciário e o controle de constitucionalidade de lei municipal. Resaltam os argumentos ponderados da corrente adversa, fundada na preocupação quanto ao aumento do número de reclamações que o entendimento poderia gerar, com supressão do exame da matéria pelas instâncias ordinárias e na viabilidade da discussão da questão de fundo por via de recurso extraordinário, com os efeitos da repercussão geral.

⁷⁸ Rcl nº 6568, Rel. Min. Eros Grau, julgado 21/05/2009, DJe 24/09/2009.

⁷⁹ Rcl nº 6200 MC, Rel.: Min. Presidente Gilmar Mendes, julgado 29/01/2009, DJe 05/02/2009, submetido a agravo regimental, ainda não julgado.

⁸⁰ Rcl nº 4.364-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado 14/05/2008, DJe 20/06/2008: Constando do ato atacado fundamento não versado no acórdão do Supremo, descabe assentar a adequação do pedido.

⁸¹ Assim, se o precedente tido por violado foi tomado em julgamento de alcance subjetivo, como se dá no controle difuso e incidental de constitucionalidade, somente são legitimadas ao manejo da reclamação as partes que compuseram a relação processual do aresto. (Rcl nº 6.078-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado 08/04/2010, DJe 30/04/2010, dentre outras).

sucedâneo de recurso para obter a reforma da decisão e d) não se pode utilizar a reclamação se a decisão impugnada já transitou em julgado⁸².

O fenômeno da objetivização ou abstrativização do controle difuso com a aproximação dos modelos de controle de constitucionalidade, contudo, traz mudanças com relação a esses requisitos, próprios do controle difuso.

Característica da objetivização, nas palavras de DANTAS, é a

Concessão, mesmo no âmbito de tal controle (difuso), de prestação jurisdicional que se destina não apenas a proteger, concretamente, o direito subjetivo da parte – objetivo tradicional da fiscalização difusa de constitucionalidade –, mas também a amparar, abstratamente, o direito objetivo, que diz respeito a todos, e portanto implica revestir as decisões respectivas de efeitos *erga omnes* ou até vinculantes, que sempre foram típicos apenas do controle concentrado.⁸³

Se a decisão proferida em sede de controle difuso passa a ter efeitos *erga omnes* ou vinculantes, passa a ser cabível reclamação por terceiro que não tenha sido parte no processo.⁸⁴

Nesse sentido, na Reclamação nº 4.335, por exemplo, alega-se o descumprimento do decidido no HC nº 82.959, rel. Ministro Marco Aurélio, em que o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo de lei que vedava a progressão de regime em casos de crimes hediondos. A discussão a ser travada nesses autos relaciona-se num primeiro momento, se admitida a reclamação⁸⁵, com a eficácia *erga omnes* da decisão no HC nº 82.959, o que por si só é controvertido, mas também com a interpretação quanto à expedição, pelo Senado Federal, de resolução nos termos do artigo 52, X da Constituição, posto que o juízo de base entendeu que a decisão do STF dependeria do implemento da tal resolução.⁸⁶

A reclamação manejada nesses termos terá contornos mais amplos do que aqueles originalmente previstos pelo legislador constituinte, conforme Fredie Didier Júnior:

Tudo isso nos leva a admitir a ampliação do *cabimento da reclamação constitucional*, para abranger os casos de desobediência a decisões

⁸² LEONEL, 2011, p. 191.

⁸³ DANTAS, 2008, p. 1.184.

⁸⁴ No mesmo sentido, DANTAS, 2008, p. 1.184.

⁸⁵ Confira-se o posicionamento contrário na decisão monocrática do Min. Carlos Britto na RCL nº 4.263-MT, DJ 19/04/2006, entendendo incabível a reclamação por ausência de efeito vinculante e efeitos *erga omnes* da decisão no HC referido

⁸⁶ Sobre a reclamação e suspensão da execução de lei pelo Senado Federal, confirmam-se as razões do entendimento do Ministro Gilmar Mendes sustentando a rejeitura do disposto no artigo 52, X da CF para afirmar a procedência da Rcl nº 4.665 em MENDES, 2009, p. 735-740.

tomadas pelo Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante. É certo, porém, que não há previsão expressa neste sentido (fala-se de reclamação por desrespeito à “súmula” vinculante e à decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade). Mas a nova feição que vem assumindo o *controle difuso* de constitucionalidade, quando feito pelo STF, permite que se faça essa interpretação extensiva, até mesmo como forma de evitar decisões contraditórias e acelerar o julgamento das demandas.⁸⁷

Como se vê, não são estanques as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional. Trata-se de instituto em permanente evolução.

3. CONCLUSÕES

1. A reclamação constitucional é resultado de construção do Supremo Tribunal Federal baseada na teoria dos poderes implícitos. O estudo de sua evolução pode ser dividido em diferentes fases, da ausência de previsão normativa, passando pela previsão no regimento interno do STF, sem força de lei, posteriormente com força de lei e constitucionalização em 1988. A atual fase é de expansão da utilização do instituto.

2. Prevista no texto da Constituição Federal de 1988 originalmente para preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STJ e do STF, a reclamação teve seu procedimento regulado na Lei nº8.038/90. É ação constitucional destinada à preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STJ e STF.

3. O cabimento da reclamação no STF é objeto de dinâmica construção jurisprudencial. Não podendo ser utilizada como sucedâneo de recurso ou ação rescisória, atualmente entende-se que não cabe reclamação quando já houver trânsito em julgado da decisão impugnada. O caráter supletivo ou subsidiário da reclamação é afirmado pelas decisões do STF. A competência a ser preservada pela via da reclamação compreende tanto a originária como a recursal.

4. É pacífica a possibilidade de utilização da reclamação por terceiros que não tenham sido parte no processo para garantir a autoridade de decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF também em sede de cautelar.

⁸⁷ Como exemplo da objetivação ou abstrativização do controle difuso, o Supremo confirmou a eficácia *erga omnes* do acórdão do Plenário proferido no RE 197.917 (fixação de número de vereadores por lei municipal) ao julgar improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade nº 3.345 e nº 3.365, rel. Min. Celso de Mello julgado 25/08/2005, Dje 19/08/2010. E ainda o AI 375.011, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado 05/10/2004, DJ 28/10/2004, no qual se entendeu que o julgamento de recurso extraordinário em ação direta de inconstitucionalidade de competência originária de Tribunal de Justiça Estadual tem efeitos *erga omnes*, aplicando o artigo 101 do RISTF.

5. Há entendimento, minoritário, que permite a utilização da reclamação não mais somente como remédio para garantia da autoridade de uma decisão específica ou preservação da competência do Tribunal mas também por violação dos fundamentos ou motivos vinculantes da decisão do STF, para controle incidental de constitucionalidade de norma semelhante àquela já objeto de decisão da Corte e para concretizar decisão proferida em mandado de injunção com caráter objetivo. Para essa corrente seria possível, ainda, a adoção de causa de pedir “aberta”, como no controle abstrato de constitucionalidade, em que o STF não fica vinculado aos fundamentos da petição inicial.

6. A construção jurisprudencial dessas novas hipóteses de cabimento pode atribuir um novo papel à reclamação – o de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo e não de uma decisão específica. O aumento no número de reclamações que esse entendimento pode gerar bem como a preocupação de não transformar a reclamação em via de acesso direto ao STF, suprimindo a manifestação das instâncias ordinárias permeia os debates que se desenvolvem no STF sobre o alargamento das funções do instituto. Nesse contexto ganha relevo o caráter subsidiário da reclamação, de modo a não permitir que casos corriqueiros cheguem diretamente ao STF.

7. O não cabimento da reclamação contra decisão da instância inferior que aplica entendimento do STF nos recursos múltiplos envolvendo temas com repercussão geral foi afirmado pelo Plenário da Corte. No controle difuso, em virtude do sistema de julgamento de recursos repetitivos em que as decisões proferidas nos recursos extraordinários com repercussão geral têm efeitos *erga omnes* há necessidade de revisão desse entendimento, sob pena de tornar os tribunais de segundo grau nos últimos intérpretes da decisão do STF.

8. A existência de mecanismo processual específico – como é a reclamação – para preservar a competência e para impor o cumprimento de decisão do STF revela a dificuldade do Tribunal de fazer valer suas decisões, inclusive perante os demais órgãos do Poder Judiciário. Paradoxalmente, contudo, a reclamação tem-se mostrado importante instrumento de fortalecimento do papel desse tribunal na interpretação da Constituição, seja pela ampla legitimação, seja pela celeridade e definitividade de suas decisões.

BIBLIOGRAFIA

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 9ª edição revista, e atualizada. São Paulo: Dialética, 2011.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Novidades em reclamação constitucional: seu uso para impor o cumprimento de súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otavio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões*

- judiciais – *Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.1174-1187.
- DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Volume 10. São Paulo: RT, 2006, p. 104-121.
- GARCIA MEDINA, José Miguel. WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante. Relevantes novidades trazidas pela EC n 45/2004. In: _____ (Coord.) *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.373-387.
- GOES, Gisele Santos Fernandes. Reclamação Constitucional. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 5ª edição. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 629-658.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação: revisão criminal, habeas corpus, mandado de segurança contra ato jurisdicional penal: reclamação aos tribunais*. 4ª edição atualizada com a reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 6a edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no STF. In MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32ª edição atualizada de acordo com a Lei nº 12016/2009 com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 703-744.
- MORATO, Leonardo L. *Reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.391-413.
- PACHECO, José da Silva. Da Reclamação. In: _____ *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.533-567.
- SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. Da Reclamação. In: *Revista dos Tribunais*. Volume 92, número 808, p.121-166, janeiro/fevereiro 2003.

A ARBITRAGEM NOS CONFLITOS ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS

The Arbitration in Conflicts between Public Policy

Eridane Baptista Furlan¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Políticas Públicas. 2. Funções estatais independentes e harmônicas. 3. Ativismo Judicial e Judicialização da Política. 4. Pressupostos do exercício político pelo Poder Judiciário. 5. Prestação Jurisdicional adequada. 6. A arbitragem. 6.1. A arbitragem no Poder Judiciário. 6.2. Legislações com previsão de arbitragem. 6.3. A legislação específica na arbitragem. 7. Interesses indisponíveis. 8. A arbitragem por órgãos e entidades estatais 8.1. Agência reguladora. 8.2. Câmara de conciliação e arbitragem na Administração Federal (CCAF). 8.3. A arbitragem no setor público português 9. Conclusão 10. Bibliografia

RESUMO

O presente artigo investigará o potencial de uso da arbitragem, disciplinada pela Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, na resolução de conflitos estabelecidos entre políticas públicas a partir de sua aplicação por agências reguladoras setoriais e da experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia Geral da União com vistas à melhor efetividade de direitos e garantias fundamentais constitucionalizados, à obtenção do ótimo desempenho das funções estatais, à desobstrução do Poder Judiciário e à mitigação das desigualdades sociais.

ABSTRACT

This paper investigates the potential use of arbitration, regulated by Federal Law nº 9.307 of September 23, 1996, in resolving conflicts between established public policy from its implementation by regulatory agencies and experience of the *Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia Geral da União* with a view to better effectiveness of fundamental rights and guarantees, obtaining optimal performance of state functions, unblock the Judiciary and mitigation of social inequalities.

Palavras-chaves: políticas públicas, agências reguladoras e arbitragem.

Keywords: public policy, regulatory agencies and arbitration.

INTRODUÇÃO

O modelo político-econômico adotado nas últimas décadas manteve uma repartição desigual de rendas causando dificuldades para o alcance do desenvolvimento humano potencial.²

¹ Especialização em Direito Processual Civil, Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo - ESPGE/SP; Especialização em Direito Ambiental, Faculdade de Saúde Pública do Estado de São Paulo - FSP/USP e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/USP; Master Business Administration – Infraestrutura Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP.

² “O IDH do Brasil para 2011 é 0,718. No entanto, quando é descontada a desigualdade do valor, o IDH

Nesse contexto, o legislador da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF), consagrou o Estado Democrático de Direito sob a premissa dos Direitos Humanos, ampliou garantias, criou direitos sociais e reconheceu a existência de interesses coletivos *latu sensu*.³

Mas, a sociedade brasileira ainda está longe de se apresentar totalmente livre, justa e solidária. Em grande parte, a desigualdade social explica-se pela ausência ou insuficiência de políticas públicas eficazes e eficientes, que efetivem os direitos e garantias fundamentais, sociais e coletivos constitucionalmente positivados.⁴

Transcorridos mais de vinte anos da promulgação da Carta Magna, a sociedade aguarda a formulação e a execução de novas políticas públicas, bem como a revisão e a compatibilização das políticas vigentes, que disciplinem harmonicamente os distintos e múltiplos interesses, com ênfase aos menos favorecidos.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS

Maria Paula Dallari Bucci ensina-nos que o conceito de política pública não se apresenta uníssono entre os doutrinadores pátrios e sua concepção usual apoia-se equivocadamente na ideia de plano governamental, ainda que ela sempre tenha origem na lei, mesmo quando de iniciativa do Executivo no exercício de função atípica.⁵

Os fundamentos normativos das políticas públicas são diversos. Disposições constitucionais, infraconstitucionais emanadas dos diferentes níveis político-administrativos. Também provêm de medidas provisórias com força de lei, editadas pelo Presidente da República em casos de relevância e urgência, mas sempre submetidas de imediato ao crivo do Congresso Nacional, decretos, portarias e até instrumentos jurídicos subordinados ao regime de Direito Público, como o contrato de concessão objetivando a prestação de serviços públicos.⁶

cai para 0,519, uma perda de 27,7% devido à desigualdade na distribuição dos índices de dimensão. O IDHAD, que vem complementar a leitura feita pelo IDH, mostra que o cidadão brasileiro médio teria quase 30% de risco de não conseguir alcançar o desenvolvimento humano potencial que o país tem para lhe oferecer em função dos obstáculos que as desigualdades podem lhe impor. Nesta área, o Brasil se insere em um contexto semelhante ao da América Latina, onde a desigualdade – em especial de renda – faz parte de um passivo histórico que ainda representa um grande obstáculo para o desenvolvimento humano.” <http://pressroom.ipc-undp.org/2011/brasil-avanca-no-desenvolvimento-humano-e-sobe-uma-posicao-no-ranking-do-idh-2011/?lang=pt-br>, acessado em 16/08/2012 e <http://www.onuhabitat.org/elEstadodeLasCiudadesdeAmericaLatinayelCaribe>, acessado em 21/08/2012.

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm acessado em 16/08/2012 – preâmbulo.

⁴ BAUMAN, Zigmunt- 1925- Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós- modernidade e intelectuais Zigmunt Bauman; tradução Renato Aguiar – Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo, Revista trimestral de direito público, São Paulo: Editora Malheiros, p. 134-144, 13/1996.

⁶ Constituição Federal de 1988, art. 62.

As políticas públicas, como regra, resultam de complexos processos político-jurídico-administrativos. Esses processos devem conduzir à efetivação da vontade social conhecida, compreendida contextualmente a partir da reunião de todos os saberes, dados, informações e expressões sociais-plurais, pois conforme Morin: “*O todo está na parte, que está no todo*”⁷ e sem a consideração dessa premissa não nos parece viável solucionar ou mitigar as desigualdades sociais.

Eros Grau, discorrendo sobre o aumento da quantidade e do poder da capacidade normativa de conjuntura, ressalta que as políticas públicas podem advir de atos expedidos por agências reguladoras setoriais, que atuam sob o fundamento da delegação legislativa, transferindo-se o exercício de poderes normativos ao Executivo.⁸

A esse respeito Alexandre Mazza alerta-nos sobre a existência de inconstitucionalidades nas leis de criação das agências federais e registra a sujeição dessas entidades aos princípios e normas do regime jurídico-administrativo. A agência no desenvolvimento de suas atribuições normativas subordina-se a todos os limites territoriais, temporais, pessoais e materiais a aos controles do Executivo, Legislativo e Judiciário.⁹

2. FUNÇÕES ESTATAIS INDEPENDENTES E HARMÔNICAS

O estabelecimento de políticas públicas adequadas compreende a efetivação do princípio da eficiência introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que alterou o Art. 37 da CF.

Entretanto, o exercício do poder estatal, além de independente precisa também ser harmônico para refletir a completude do espírito constitucional consubstanciado no elemento independência, este compreendido e aplicado concomitantemente com o elemento harmonia, que em si mesmo traduz-se no conceito de ordem da perfeita integração.

A segregação do exercício de cada função estatal, sem harmonizá-las entre si, implica indesejável distanciamento das realidades consubstanciadas nas diversas políticas públicas e governamentais em curso ou em elaboração.

Ainda, suprime os saberes técnicos e empíricos, desconsidera as diferentes realidades sociais, racionalidades e ações violando princípios constitucionais, especialmente o princípio da razoabilidade e da eficiência.

Essa racionalidade também é imprescindível à adequada prestação jurisdicional, considerando-se, que as desigualdades sociais originam-se, em grande parte, da ausência ou insuficiência de diversas políticas públicas muitas vezes executadas

⁷ MORIN, Edgar – Introdução ao Pensamento Complexo/Edgar Morin: Tradução de Eliane Lisboa – Porto Alegre: Sulina- 3ª. Edição 2007 – p. 75/76.

⁸ GRAU, Eros Roberto, Planejamento Econômico e Regra Jurídica, São Paulo, ed. do autor, 1977, p.69.

⁹ MAZZA, Alexandre – Agências Reguladoras, Malheiros Editores Ltda., 2005, ISBN: 85-7420-587-7, p. 205-207.

de forma desarticulada e desintegrada elevando os índices de judicialização dos mais variados conflitos, inclusive, entre as próprias políticas, seus planejamentos, programas e ações.

No nosso sentir, essa é uma das justificativas para a criação de agências reguladoras, na condição de entidades executivas independentes, dotadas de atribuições decisórias e normativas para editar normas de dimensões técnica, econômico-financeira e social esta última exercida, inclusive, no campo do detalhamento de tipos infracionais para superar situações de baixa densidade normativa.

3. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O assentamento do Estado-providência, na qualidade de agente regulamentador, que protege e defende a população e o agente disciplinador da política e economia, teve como consequência o aumento dos conflitos sociais, que inexoravelmente desembocam no Judiciário e devem ser decididas.

Tal se dá em razão do princípio constitucional da inafastabilidade do acesso à Justiça e da ordem de imediata aplicação de garantias e direitos fundamentais, no que tange aos direitos prestacionais, nos termos do Art. 5º, XXXV e § 1º, CF.

Adicionalmente, a Carta Magna ainda: recepcionou a lei da ação civil pública e da ação popular; introduziu o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo; ratificou a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal (STF) julgar ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e instituiu arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Houve a ampliação deste rol com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual instituiu a súmula vinculante com o fim de imprimir validade para a interpretação e eficácia aos dispositivos constitucionais tidos como controversos entre órgãos judiciários e Administração Pública impedindo o estabelecimento de inseguranças jurídicas e o aumento da litigiosidade sobre uma mesma matéria.

O contexto da sociedade atual exige que o Poder Judiciário em algumas situações atue além do controle da constitucionalidade das políticas públicas visando a impedir e a conter as violações à Lei Maior, no que tange à efetivação imediata de direitos prestacionais.

Nessa linha, a jurisdição passa a abranger também a avaliação dos atos de governo ou questões políticas à luz das novas finalidades constitucionalmente atribuídas ao Estado em razão da positivação de princípios e do reconhecimento dos direitos de segunda e terceira geração.¹⁰

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*: tradução Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Campus, 1992.

A efetividade da prestação jurisdicional exige muitas vezes do julgador a criação de caminhos e soluções para a lei que apresente lacunas, indeterminações, generalizações, abstrações e conceitos vagos. Superar tais circunstâncias converge para o exercício do elemento 'vontade discricionária' e denota um viés político-administrativo.

No entanto, subsistem acirradas discussões sobre essa nova forma de atuação do Poder Judiciário, fundamentadas de um lado na existência de violação ao princípio da separação dos poderes culminando no denominado ativismo judicial¹¹ e, de outro no próprio modelo de controle constitucional vigente, permitindo a judicialização da política.

Para Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial consiste na exacerbação do conteúdo de textos normativos mediante o exercício de atividade legislativa pelo Judiciário, situação diversa da interpretação criativa em que o julgador atua considerando parâmetros normativos. Cita, como exemplo, a regulamentação da fidelidade partidária, demarcação de terras indígenas, direito de greve do servidor e nepotismo pelo Supremo Tribunal Federal asseverando:

Não se pode, na interpretação de texto constitucional, chegar a um ponto em que se reescreva o seu conteúdo. O texto é um limitador objetivo, ele existe (...) Existe um equilíbrio entre a norma e interpretação, que é rompido pelo ativismo.¹²

De fato a inércia do Poder Legislativo suscita esse ativismo judicial consoante apontado por Luís Roberto Barroso, em palestra proferida durante o seminário Direito e Desenvolvimento entre o Brasil e EUA, realizado no Tribunal de Justiça fluminense pela Fundação Getúlio Vargas, salientou os benefícios e riscos da judicialização da política:

Não é por acaso que o ativismo se expandiu (...). É preciso uma reforma política urgente, pois não há democracia sem um Poder Legislativo atuante (...). Até aqui, o ativismo tem servido bem. Mas é preciso ter a compreensão do fenômeno. (...) A judicialização é um fato e não uma vontade política do Judiciário; é circunstância do modelo constitucional que nós temos. (...) O juiz dentro do contexto de judicialização, nunca age que não seja em nome de uma vontade política preexistente, que não é a dele; é a que está na Constituição ou na lei.¹³

O palestrante exemplifica o fenômeno com a reforma do Poder Judiciário e da Previdência, os limites na atuação da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), o

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹² RAMOS, Elival da Silva. <http://com.br/2009-ago-01/entrevista>, acessado em 01/03/2013.

¹³ <http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista> acessado em 13 de julho de 2011.

poder investigatório do Ministério Público avaliados judicialmente, mas alerta quanto às possibilidades de excesso.

Para Canela Júnior, o atendimento à finalidade pública justifica essa forma de intervenção pelo Judiciário:

Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (Art. 3º da CF).¹⁴

Assim, sob a ótica do exercício independente e harmônico relativamente às demais funções estatais, a prestação jurisdicional estaria constitucionalmente vinculada ao exercício político nos casos de omissão governamental ou legislativa devendo determinar, a complementação ou implementação de políticas públicas pendentes.

Esse também é o entendimento do Ministro Celso de Mello em voto parcialmente reproduzido:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes, Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever,

¹⁴ CANELA JUNIOR, Oswaldo – A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição (trabalho de qualificação de doutorado apresentado à USP sob orientação de Kazuo Watanabe), inédito, PP. 17-19.

por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei do Estado.¹⁵

No entanto, no nosso sentir, a atuação do Poder Judiciário sempre terá a lei como fundamento, caracterizando a citada *interpretação criativa* decorrente da judicialização da política permitida em nosso Direito, ao que compartilhamos o teor do voto proferido em sede de recurso especial, pelo Ministro Luiz Fux:

(...) a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.¹⁶

4. PRESSUPOSTOS DO EXERCÍCIO POLÍTICO PELO JUDICIÁRIO

Além do fundamento normativo concretizado de forma independente e harmônica relativamente às demais funções estatais há que se ponderar também sobre outras condições indispensáveis à pertinência da intervenção política no âmbito da prestação jurisdicional.

De acordo com Ricardo Lobo Torres: "*A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder a quem de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.*"¹⁷

Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é parte do princípio da dignidade humana com garantia de eficácia jurídica a ser exigida judicialmente.¹⁸

No entanto, a avaliação do mínimo existencial com o fito de corrigir ou implementar uma política pública, ante a presença de outra política pública igualmente relevante, atrela-se ao cotejo com o princípio da razoabilidade, mensurado pelo princípio da proporcionalidade consoante lição de Eurico Ferraresi:

(...) quando se discute atividade discricionária, discutem-se opções que devem ser tomadas pelo agente público, de forma equilibrada e harmoniosa. (...) evidentemente, o juiz não apenas pode como deve, verificar se a escolha feita pelo Administrador Público respeitou os ditames legais. O que não pode ocorrer é a alteração da escolha feita pelo agente público quando ela não se afigure inapropriada. No momento em que o

¹⁵ RTJ 175/1212-1213.

¹⁶ REsp. 881.323/RN Rel. Min Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 31.03.2008

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo, O mínimo existencial e os direitos fundamentais, Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, n. 42, jul/set. 1990, p. 69/70.

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 248 e 252-253.

ordenamento jurídico permite ao agente público atuar com determinado campo de independência, permite-se, discricionariamente, a revisão judicial apenas nos casos em que a escolha feita seja desarrazoada¹⁹

A disponibilidade financeira pública também não pode ser desprezada na implementação de políticas públicas sociais pelo Judiciário, consoante se extrai da decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715- SP, da 2ª. Turma do STF, com relatoria do Ministro Celso de Mello e publicação no DJU em 03.02.06:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à reserva do possível.²⁰

Ada Pellegrini Grinover delinea relevantes pressupostos e limites para a intervenção jurisdicional no controle de políticas públicas, cingindo-os: ao mínimo existencial, que redunde em prestações estatais positivas para assegurar a dignidade humana; a razoabilidade da pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público; – a existência de disponibilidade financeira estatal comprovada, pois se inverte o ônus probatório em desfavor do Estado²¹

5. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ADEQUADA

A ampliação dos direitos e consequentemente das temáticas conflituosas, agregada à cultura dos recursos e litigiosidade evidenciaram a necessidade de um reaparelhamento do Poder Judiciário criando meios de suportar o aumento expressivo da demanda pela prestação jurisdicional e efetivar a sua realização em tempo razoável.

¹⁹ FERRARESI, Eurico, Modelos processuais coletivos: comparação entre ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo. ISBN: 9788530937157 - Editora FOR, I – 2009.

²⁰ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>, acessado em 04/agosto/2011.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 164, p.15.

Mas, o ótimo desempenho do Judiciário não depende somente do exercício independente e harmônico do princípio constitucional da separação dos poderes.

Depende, também, do seu reaparelhamento administrativo, do aumento das atividades legislativas, da revisão do sistema jurídico para que este fomente discussões sociais e plurais, desenvolvidas num ambiente de contraditório e que comporte o alargamento do leque temático de conflitos individuais e coletivos abrangendo, inclusive aqueles estabelecidos entre as políticas públicas em curso.

Além disso, a prestação jurisdicional deve procurar refletir o anseio da sociedade em geral e o resultado extraído de suas manifestações acerca de uma dada matéria, como se observou na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a Constitucionalidade de Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior, em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS.²²

A falta de investimentos suficientes, de recursos materiais, tecnológicos e humanos, além de leis e prazos adequados, aliados à necessidade de mudanças paradigmáticas na atuação dos operadores do Direito, torna a prestação jurisdicional morosa.

A esse respeito, Gajardoni assevera que o tempo ideal para a realização da prestação jurisdicional resulta da soma dos prazos processuais dispostos no Código de Processo Civil para o cumprimento de todos os atos procedimentais e do tempo de trânsito em julgado.²³

Nesse cenário, torna-se atrativo buscar meios alternativos de resolução de conflitos, inclusive, no âmbito do setor público. Entre as alternativas positivadas no ordenamento jurídico pátrio interessa-nos avaliar o potencial uso da arbitragem pelo setor público.

6. A ARBITRAGEM

O instituto da arbitragem era conhecido já na Antiguidade²⁴ e chegou aos nossos dias como um meio de resolução extrajudicial de conflitos internacionalmente reconhecida mediante a adesão aos tratados internacionais que regulam a matéria de diversos países, inclusive, o Brasil.

A CF de 1988 no Art. 5º, § 2º consagrou que: “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios*

²² <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>, acesso em 22/julho/2011.

²³ GAJARDONI, FF, *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

²⁴ SZLAROWSKY, Leon Fredja. Uma nova visão da arbitragem. NBR 6023:2002 ABNT. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.387, 29 jul.2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5468>>. Acesso em 18/julho/2011.

por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.²⁵

Assim, o Brasil participa do Protocolo de Genebra, relativo às cláusulas de arbitragem; o Protocolo de Las Leñas de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa; o Protocolo de Brasília sobre soluções de controvérsias e Protocolo de Ouro Preto, adicional ao Tratado de Assunção sobre Estrutura Institucional do Mercosul; o Protocolo de Olivos para Soluções de Controvérsias do Mercosul e Acordo sobre a Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul - Convenção de Buenos Aires sobre arbitragem comercial do Mercosul e Lei Modelo Uncitral sobre arbitragem comercial internacional.

Em 2002, ratificou a adesão à Convenção de Nova York, que regula o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, da Convenção do Panamá sobre arbitragem comercial, da Convenção de Montevidéu sobre a eficácia extraterritorial das sentenças laudos arbitrais estrangeiros.

A CF/88, ainda no Art. 98, confere competência legislativa à União, Estados e ao Distrito Federal para a criação de juizados especiais. Estes são providos por juízes togados e leigos visando à conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e às infrações penais de menor potencial ofensivo. Trata-se de processo oral, sumarríssimo em que se faculta a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Igualmente, no parágrafo primeiro do Art. 114 admite a eleição de árbitros para solucionar negociação trabalhista coletiva que resulte frustrada, bem como nos litígios com origem em cumprimento de sentenças da Justiça do Trabalho.

6.1. A Arbitragem no Poder Judiciário

No Poder Judiciário, são recorrentes as demandas visando ao exame de legalidade e incidência da arbitragem.

Nessa toada, sobressai o emblemático Caso Lage.²⁶

A União editou Decreto-lei nº 4.618, de 02 de setembro de 1942 incorporando ao patrimônio nacional bens e direitos das Organizações Lage. Em 06 de setembro de 1944 o Decreto-lei nº 7.024 determinou a liquidação das empresas que integravam as organizações e a incorporação restrita aos bens de navegação, estaleiros

²⁵ Cf. Constituição Federal de 1988, <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

²⁶ O STF considerou válida a arbitragem solucionadora de pendência de valor decorrente de desapropriação de bens com as Organizações Lage, formada por empresas privadas e a União para atuar no setor de navegação, estaleiros e portos (STF Agravo de Instrumento nº 52.181-GB, Rel. Min. Bilac Pinto, de 14.11.1973, RTJ 88/382).

e portos com a restituição do restante mediante arbitragem como instância única, consoante disposto no Decreto nº 9.251, de 26 de julho de 1946.

Tal medida resultou num laudo unânime balizando a abertura de crédito especial para adimplemento com posterior pleito ao Senado visando à suplementação, que por sua vez resultou deferido. Todavia, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional imputou por inconstitucional a submissão da matéria indenizatória ao juízo arbitral.

Posteriormente, no Agravo de Instrumento nº 52.181– Guanabara, de relatoria do Ministro Bilac Pinto, julgado em 31 de outubro de 1973, examinou-se a abrangência da responsabilidade estatal por danos e a valoração de ativos de empresas nacionalizadas firmando-se a arbitragem como instrumento legítimo de fixação de justo valor indenizatório em favor do espólio de Henrique e de Renaud Lage em face da União.²⁷ Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou incidente de inconstitucionalidade, oriundo de pedido homologatório para uma sentença espanhola, decidindo-se pela constitucionalidade da lei de arbitragem, em processo de sentença estrangeira contestada – SEC nº 5.206, que se tornou um *leading case*.²⁸

Nesse episódio, o STF julgou inexistente qualquer violação em face do princípio da inafastabilidade do acesso do cidadão ao Poder Judiciário conforme pode extrair-se da transcrição de trecho do voto favorável proferido pelo Ministro Carlos Velloso: “O inciso XXXV representa um direito à ação não um dever.”²⁹

Ainda, analisando outra situação o Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno – em sede de sentença estrangeira contestada SEC nº 6.753-7 oriunda do Reino Unido da Grã Bretanha e da Irlanda do Norte, Acórdão de 13/06/2002, DJ de 04/10/2002, Ementário nº 2.085-2 6 assim julgou:

A convenção de arbitragem é a fonte ordinária do direito processual arbitral, espécie destinada à solução privada dos conflitos de interesses e que tem por fundamento maior autonomia da vontade das partes. Estas, espontaneamente, optam em submeter os litígios existentes ou que venham a surgir nas relações negociais à decisão de um árbitro, dispondo da jurisdição estatal comum³⁰

Nessa mesma linha segue, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que vem homologando decisões estrangeiras e impedindo recursos impertinentes

²⁷ RTJ 68/382.

²⁸ http://www.conjur.com.br/2001-dez-14/stf_declara_lei_arbitragem_constitucional. Acessado em 12 de julho de 2011.

²⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1624362> Acessado em 18 de julho de 2011.

³⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1624362> Acessado em 18 de julho de 2011.

contra as decisões arbitrais bem como reafirmando a aplicação do instituto na solução de litígios em matéria administrativa.

Como exemplo, citamos o provimento parcial proferido pela 2^a. Turma no Recurso Especial nº 612.439-RS, que apreciou contrato de compra e venda de energia elétrica entre sociedade de economia mista estadual e empresa privada e o Recurso Especial nº 606.345-RS, que concluiu pela eficácia da cláusula compromissória pactuada.

Ainda, o aresto da 1^a. Seção, proferido no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308-DF em que o STJ acolheu o instituto da arbitragem visando à contratação de arrendamento de instalações portuárias.³¹

Assim, parece-nos possível inferir um posicionamento favorável do Poder Judiciário relativamente à adoção do instituto da arbitragem no setor público para algumas situações.

6.2. Legislações com Previsão de Arbitragem

O instituto está presente de forma esparsa em diversas legislações.

No direito societário a admissão de árbitros como meio de dirimir as dúvidas era prevista no Código Comercial de 1850, Art. 302, item 5.1 como requisito essencial do instrumento de constituição da social, extinto pela Lei nº 1.350 e substituído por um juízo arbitral facultativo introduzido pela Lei nº 3.900/1867.

O Código Civil no Capítulo XX – Do Compromisso admite a solução extrajudicial de litígios entre pessoas que possam contratar e a instituição de cláusula compromissória para estabelecimento de juízo arbitral, consoante regras a legislação de regência específica. Pelo Código de Processo Civil, Art. 267, o processo extingue-se sem resolução de mérito, pela convenção de arbitragem.

Na Lei Federal nº 8.666/93, que rege as licitações e contratações públicas, o art. 54 aplicado supletivamente aos contratos administrativos e os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado autorizariam, em tese, a utilização da arbitragem.

A Lei nº 8.693/93, que disciplina a descentralização do transporte ferroviário coletivo de passageiros urbano e suburbano de todos os entes federados, no art. 8º autoriza a celebração de acordos entre a Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima – (RFFSA) e a Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU).

³¹ REsp 612.439-RS e 606.345-RS e Ag Reg MS n/ 11.308-DF, respectivamente proferidos em 25/05/2005, 17/05/2007 e 28/06/2006, acessados em 02/agosto/2011

No Art. 23, XV da Lei Federal nº 8.987/95, que regulamenta as concessões e permissões de serviços públicos há exigência de cláusula essencial definindo o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais.

Nas telecomunicações, o Art. 93 da Lei Federal nº 9.472/97 que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e disciplinou o contrato de concessão do setor determina a indicação do modo amigável para a solução extrajudicial de controvérsias.

Igualmente, a Lei Federal nº 9.478/97 de criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP) e a Lei Federal nº 10.233/2001 que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e os contratos internacionais regidos pela Lei nº 1.518/51 e Decreto-lei nº 1.312/74 determinou a inclusão do instituto na resolução de controvérsias contratuais do setor, incluindo a conciliação e arbitragem internacional.

Após as alterações produzidas pela Lei nº 10.303/2001 na Lei de Sociedade por Ações nº 6.404/76 sua aplicação ganhou mais solidez na resolução de questões entre acionistas e empresas que tenham como pressuposto a cooperação entre partes, proporcionando-lhes a melhor solução e celeridade.

Em 2002, a Lei Federal nº 10.343, que introduziu o Mercado Atacadista de Energia Elétrica adotou a arbitragem como forma de solução dos conflitos. Da mesma forma, o contrato de adesão nas permissões e autorizações de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, conforme Decreto nº 2.521/98.

É de se citar o Decreto nº 4.311/2003, que promulga a convenção sobre o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras; o Decreto nº 4.719/2003 que, promulga o acordo sobre arbitragem comercial internacional do Mercosul; o Decreto nº 1.312/74, que autoriza o Executivo a dar garantia do Tesouro Nacional a operações de créditos obtidos no exterior, e no Art. 11 autoriza a aceitação de cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais inclusive a assunção de compromisso geral e antecipado para dirimir por arbitramento as questões contratuais.

A Lei nº 10.848/2004, que criou a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) para comercialização de energia elétrica prevê que a resolução das divergências ocorrerá por arbitragem.

Por sua vez, a Lei Federal nº 11.786, de 2008, relativa ao Banco Nacional do Desenvolvimento BNDES, alterou o Art. 5º, parágrafo único da que passou a ter a seguinte redação: “As operações referidas neste art. poderão formalizar-se no exterior, quando necessário, para o que fica a empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES autorizada a constituir subsidiárias no exterior e a aceitar as cláusulas usuais em contratos internacionais, entre elas a de arbitramento.”

6.3. A Legislação Específica da Arbitragem

Mas, a arbitragem propriamente dita foi disciplinada pela Lei Federal nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 constituindo-se em um instrumento jurídico destinado à resolução extrajudicial de conflitos, que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Os motivos determinantes de sua existência, entre outros, decorrem dos princípios da celeridade, informalidade, economicidade processuais, ainda da necessidade de viabilizar a prestação jurisdicional em um tempo razoável de modo que se efetivem os direitos e garantias e descongestionem a demanda do Poder Judiciário.

A arbitragem é entendida como um negócio jurídico denominado por convenção de arbitragem, viabilizada em contrato, na forma de cláusula compromissória ou por meio de compromisso arbitral em que as partes acordam dispensar o Judiciário para dirimir determinada demanda em curso. Será institucional quando as partes elegerem uma instituição para gerir o procedimento com regras já existentes, aceitas pelas partes na estruturação da convenção arbitral.

A autonomia da vontade das partes, a boa-fé e a responsabilidade são preponderantes; as partes definem os procedimentos disciplinares do processo, estipulam o prazo final para a sua condução e indicam os árbitros que avaliarão e decidirão o conflito instaurado.

Os princípios norteadores do instituto consubstanciam: a) autonomia da vontade; b) livre eleição da lei aplicável, observados os bons costumes e a ordem pública, c) competência; d) jurisdição por equidade e princípios gerais do direito, e) devido processo legal com garantia de contraditório, ampla defesa, f) imparcialidade e independência jurídica dos árbitros, g) livre convencimento motivado pelos árbitros e h) aplicação de outros princípios constitucionais.

É possível vislumbrar a jurisdicionalidade da arbitragem ante a presença de identidade de obrigações, requisitos e efeitos, característicos às sentenças judiciais presentes também no laudo ou, melhor, na sentença arbitral, conforme nos revelam os Arts. 26, 32 e 33 todos da Lei federal nº 9.307/96. Assim, a sentença arbitral quanto aos efeitos, igualmente, constitui-se em título executivo judicial, da mesma forma que a decisão proferida pelo juízo estatal, dispensando homologação pelo Judiciário, quando proferida em âmbito nacional.

A cláusula arbitral tem efeito vinculante para as partes e a coisa julgada material da sentença arbitral constituirá título executivo judicial. A cláusula compromissória apresenta-se autônoma relativamente ao contrato, de modo que, caso este seja anulado aquela não será afetada.

A natureza jurídica da cláusula compromissória é a de um negócio jurídico apto por si só para instituir a arbitragem. Pode ser vazia ou patológica quando os requisitos forem insuficientes para iniciar a arbitragem demandando o suprimento por meio de elaboração conjunta de um compromisso arbitral ou intervenção do Poder Judiciário para que se institua a arbitragem.

Também, pode ser escalonada, o que obriga a composição amigável de regra por intermédio da negociação ou mediação e sempre previamente ao início da arbitragem, sob pena de nulidade do respectivo procedimento.

A cláusula compromissória, também pode ser “cheia”, quando possuir todos os requisitos independentemente da celebração de compromisso arbitral, ou seja, local, legislação aplicável, idioma, número de árbitros, tipo de arbitragem: ad hoc ou institucional.

Na modalidade *ad hoc*, ou avulsa, as partes devem fixar as regras do procedimento e da arbitragem e as normas, escolhendo de mútuo acordo os profissionais que participarão. É possível adotar regras novas, preexistentes ou mistas. Diferentemente, o compromisso arbitral aplica-se no caso de cláusula compromissória vazia, sendo firmado em juízo por acordo ou imposição de sentença judicial.

Os principais argumentos favoráveis à arbitragem convergem para uma maior liberdade das partes, celeridade procedimental, flexibilidade, informalidade, especialização dos árbitros, aprofundamento nas matérias em razão da menor quantidade de processos impostos ao árbitro, o sigilo, uma melhor relação custo-benefício e o julgamento por equidade.

A esse respeito Carmona nos ensina que: ‘(...) A expressão *juízo por equidade* expressa a ideia de equidade substitutiva, ou seja, autorização para deixar de lado as normas de direito posto e julgar segundo o que parecer mais justo no caso concreto.’³²

Reforça esse entendimento, o Art. 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em vigor mediante a Lei nº 12.376/10, ao prever que a aplicação da lei pelo juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, propiciando condições teóricas de aplicação da norma de acordo com o momento e o contexto social em que produzirá seus efeitos.

A equidade aplica-se somente em casos autorizados por lei consoante dispõe o Código de Processo Civil Art. 127: O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei’, como se dá com a lei de arbitragem.

Nessa esteira, a Lei de Introdução ao Código Civil arrola hierarquicamente as demais fontes formais do Direito que devem balizar o julgador, seja ele togado ou eleito pelas partes: ‘Art. 4º – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.’³³

Adicionalmente, o Código Civil de 2002 dispõe no Art. 113: ‘Que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.’³⁴

Em todas essas disposições nota-se a aderência com o princípio da hierarquia normativa inspirado em Kelsen e recepcionado constitucionalmente. Assim,

³² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

³³ http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm, acessado em 22/julho/2011.

³⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, acessado em 22/julho/2011.

consagra-se que a própria norma autorizará o julgador o uso de outras fontes do Direito.

No que concerne às desvantagens e riscos na adoção da arbitragem, consideramos relevante apenas um. Trata-se da ausência de poder de polícia, que impõe ao árbitro recorrer ao juiz togado para dar cumprimento à medida liminar deferida em sede de arbitragem ou para a execução da decisão arbitral suscitando demora na obtenção do benefício concedido.

As demais hipóteses de desvantagens, a exemplo do tráfico de influências, da emissão de laudos arbitrais sem os requisitos legais necessários à validade e da atuação insatisfatória dos árbitros também podem ocorrer na prestação jurisdicional.

A onerosidade da arbitragem institucional, na contratação de profissionais especializados para assegurar uma decisão confiável poderia ser uma desvantagem, em tese, todavia, essa situação é possível também no Judiciário. Na prestação judicial, esses profissionais atuam como assistentes do perito, nomeado pelo juiz.

Entretanto, o juiz, poderá ou não ser tecnicamente especializado sobre a matéria envolvida, tendo a prerrogativa de decidi-la sem restar adstrito à conclusão dos laudos periciais e dos assistentes contratados pelas partes. Isso não deixa de ser um risco e ônus, ao passo que, na arbitragem tal situação pode ser evitada com a contratação de árbitro especializado.

A incidência da Lei de Arbitragem demanda a presença de direito disponível, acrescentando-se, ainda, o conceito de patrimonialidade, tipificado pela percepção valorativa de cunho econômico-financeiro ao direito pleiteado, excluídos, portanto, os direitos e garantias individuais e coletivos considerados fundamentais.

As condições para a habilitação na arbitragem consistem na tipificação de litígio que objetive direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, passíveis de transação pelo seu titular a exemplo dos institutos jurídicos da renúncia, cessão e transferência.

7. INTERESSES INDISPONÍVEIS

Existem situações em que matéria de ordem pública se faz presente, sem prejuízo do uso da arbitragem, pois focalizam direitos patrimoniais disponíveis como no caso da fixação do montante relativo aos alimentos ou relativos ao patrimônio das pessoas em regime de união estável, ainda, na recuperação extrajudicial de empresas, nos contratos formalizados com pessoas de direito público, sociedades de economia mista envolvendo questões econômicas passíveis de transação e disponíveis. Os direitos que não possam ser valorados não são arbitráveis e representam exceção à regra da disponibilidade.

Nesse sentido, são considerados indisponíveis todos os direitos e garantias fundamentais, posto que referentes às condições básicas da existência humana digna. Estes, quando positivados, refletem o conjunto das prerrogativas e instituições que viabilizam a liberdade e igualdade que fundamentam a sociedade política.

Encontram-se exemplificados no Art. 5º da Constituição Federal de 1988, não excluindo outros decorrentes do regime e princípios constitucionalmente adotados, além de outros previstos nos tratados internacionais em que haja a participação da República Federativa do Brasil.

De acordo com Talamini, será arbitrável tudo aquilo que for suscetível de reconhecimento de falta de razão pela Administração Pública.³⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello focalizando a disponibilidade de interesses na órbita da atuação administrativa assim leciona:

Uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e firmado que a administração assim como as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidos aos seguintes princípios: a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado.³⁶

Ao contrário, Fábio Pedro Alem, entende que não se confundem a indisponibilidade do interesse público com a disponibilidade de direitos patrimoniais, abrindo-se margem à aplicação da arbitragem na solução sobre interesses de natureza econômica da Administração Pública.³⁷

Igualmente, Carmona conclui que: *“A arbitragem, portanto, coloca-se como opção válida para a solução de litígios, não se podendo confundir disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais com disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.”*³⁸

Nessa esteira, prossegue Alexandre Freitas Câmara, defendendo o uso do instituto, nos conflitos de interesses sobre atos negociais praticados pelo Estado em posição de igualdade com o particular, todavia, excluindo a hipótese para

³⁵ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: ___. (Coord.) Parcerias Público Privadas: Um enfoque multidisciplinar. São Paulo: RT, 2005, p. 340.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 11ª. ed. Editora Malheiros. São Paulo, 1999. P.56

³⁷ ALEM, Fábio Pedro, Col. Prática do Direito, v. 16, Ed Saraiva, 2009

³⁸ CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e processo: Um Comentário à Lei n. 9.307/96. 2ª. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 66.

contratos administrativos, posto que caracterizados pela presença de direitos públicos indisponíveis.³⁹

Por sua vez, Luiz Fernando Moura mesmo constatando que os interesses da Administração Pública são indisponíveis, por objetivarem o atendimento imediato do interesse público admite a existência de interesses disponíveis passíveis de renúncia quando relativos a direitos contratuais privados, mas conclui pela inaplicabilidade do instituto.⁴⁰

Contrariamente Eduardo Talamini leciona que:

Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em Juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial (v. a seguir) e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. (...) O interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto diretamente se reveste de aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico.⁴¹

Nessa esteira, Marçal Justen Filho complementa:

A disponibilidade para impor a arbitragem é a mesma para criar direitos e obrigações por via consensual. (...) Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa.⁴²

Caio Tácito argumenta que:

Assim, como é lícito, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação – e, por via de consequência a convenção de arbitragem será meio adequado a tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens.

³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem – Lei nº 9.307/96 - 5ª edição, revista, ampliada e atualizada. 2009, Lumen Juris.

⁴⁰ MOURA, Luiz Fernando. <http://jus.uol.com.br/revista/autor/luiz-fernando-de-moura-ramos>, acessado em 22/julho/2011.

⁴¹ Arbitragem e Parceria público Privada (PPP). In: *Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar* (coord. Eduardo Talamini e Monica Spezia Justen). São Paulo: RT2005, p.343 e 345.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.778.

Em suma, nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente, direitos indisponíveis da administração.⁴³

Entretanto, o entendimento do Tribunal de Contas da União é contrário, como refletido no acórdão TC 537/2006, da 2ª. Câmara – DOU 17/3/2006 – de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues e Acórdão 1.099/2006 – DOU 17/7/2006 – Plenário e relatoria do Ministro Augusto Nardes assentaram que a ausência de autorização legislativa impede a utilização da arbitragem em litígios envolvendo a Administração.⁴⁴

A esse respeito, Leon Frejda Szklarowsky defende a inclusão de norma à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 admitindo a arbitragem no âmbito das licitações e contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas e jurídicas, inclusive domiciliadas no estrangeiro, desde que mediante a presença de representante do Poder Público licitante ou contratante, além de previsão no edital e contrato.⁴⁵

O relator Ministro Luiz Fux, em voto exarado no Mandado de Segurança nº 11308, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, enfrenta e rechaça as teses contrárias ao uso da arbitragem com os argumentos calcados na opção constitucional para a sociedade de economia mista, e na atual doutrina administrativista, que traz a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário.

Assevera o Ministro relator, que a adoção do compromisso arbitral insere-se na opção de gerência dos interesses e poderes internos da administração, como interesse público secundário, projetando para o interesse público primário, que seria no caso, a adoção da forma menos dispendiosa para solucionar o conflito.⁴⁶

A arbitragem é aceita nas sociedades de economia mista, empresas públicas, organizações sociais, fundações privadas, organizações da sociedade civil consideradas de interesse público, para as quais sejam destinados recursos públicos e a atuação administrativa e privada são fronteiras entre si, impondo maior celeridade, autonomia e independência nas decisões.

O instituto, muitas vezes, poderá proporcionar um melhor desempenho das funções na consecução dos interesses públicos, especialmente quando estes versarem sobre questões de alta complexidade técnica seja econômico-financeiro, contábil, de engenharia ou de qualquer área que extrapole a ciência do direito.

⁴³ TÁCITO, Caio. O Juízo Arbitral em Direito Administrativo. In: Garcez, José Maria Rossani, MARTINS, Pedro Batista. Reflexões sobre a Arbitragem. São Paulo: LTr, 2002. p.27.

⁴⁴ Tribunal de Contas da União ac. TC 537/2006, da 2ª. Câmara – DOU 17/3/2006 – rel. Min. Walton Alencar Rodrigues e Ac. 1.099/2006 – DOU 17/7/2006 – Plenário – rel. Min. Augusto Nardes.

⁴⁵ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. <http://www.factum.com.br/artigos/010.htm>, acessado em 22/julho/ 2011.

⁴⁶ <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7147580/agravo-regimental-no-mandado-de-segurancagr-no-ms-11308-df-2005-0212763-0-stj/inteiro-teor>, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Luiz Fux,

A indisponibilidade do interesse público primário não se confunde com a disponibilidade de direitos patrimoniais, inclusive, quando representam o interesse econômico da Administração Pública, o que tornaria viável, em tese, a aplicação da arbitragem para dirimir algumas hipóteses de conflitos públicos.

Para Nilton César Antunes da Costa:

(...) deve existir relação harmoniosa e cooperativa entre a atividade jurisdicional estatal e arbitral, sob pena de fazer com que o jurisdicionado perca um meio alternativo de resolução de conflitos bastante salutar e democrático, que prima pela participação do povo na administração da justiça.⁴⁷

Por outro lado, tem-se que a confidencialidade, elemento caracterizador da arbitragem, é juridicamente incompatível nos processos da Administração Pública regidos pelo princípio da publicidade, mesmo quando se trate de direitos patrimoniais disponíveis.

Nesse sentido, parece-nos que diante da confidencialidade compulsória desceria a arbitragem, pois o Estado quando atua na mesma condição do particular não deverá invocar as prerrogativas inerentes à defesa incondicional do interesse público.

8. A ARBITRAGEM POR ÓRGÃOS E ENTIDADES ESTATAIS

Por outro lado, interessa-nos averiguar a natureza da arbitragem aplicada por órgãos e entidades estatais, especialmente pelas agências atuantes sobre setores regulados e pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia Geral da União.

8.1. Agência Reguladora

Cumprir dizer que o poder normativo da agência reguladora limita-se às disposições constitucionais e legais, ao que citamos Marçal Justen Filho: "(...) uma agência não pode fazer algo além ou diverso do que seria reconhecido ao Poder Executivo, em matéria de produção normativa".⁴⁸

No tocante à atuação da agência reguladora na função arbitral Luiz Ricardo Trindade Baccellar entendendo que a função jurisdicional não é mais um monopólio do Judiciário afirma que: "(...) nada impede que uma agência reguladora venha a funcionar

⁴⁷ COSTA, Nilton César Antunes da. Poderes do Árbitro: de acordo com a Lei n. 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. *Dialética*, 2002.

como tribunal arbitral, exercitando plenamente sua função jurisdicional, havendo ao revés enorme vantagem, visto que detentora de conhecimento técnico específico do setor.⁴⁹

Mas, não é bem assim, como bem ilustra José Luís Esquível:

(...) o facto de a lei reconhecer competência a uma entidade administrativa para decidir, num primeiro momento, um litígio entre particulares ou até entre outras entidades administrativas, não pode significar imediatamente a conversão dessa entidade administrativa numa entidade jurisdicional uma vez que, por mais relevantes que possam ser as decisões ou actos resultantes da atividade administrativa arbitral, ' não são eles que individualizam as funções do Estado ou que afectam o núcleo específico dos órgãos a que são cometidos.⁵⁰

Além disso, as agências não se submetem ao princípio constitucional da inércia da jurisdição, e a arbitragem demanda a voluntariedade das partes, cuja manifestação de vontade que não pode ser substituída pela lei.

A decisão da agência reguladora sujeita-se ao recurso administrativo desenvolvido sob os princípios e preceitos de direito público e à revisão jurisdicional. Ainda, caso essa entidade encontre-se na condição de terceiro não estará obrigada a participar de processo arbitral ou mesmo se submeter aos efeitos de uma decisão arbitral.

Estudo desenvolvido por André Cardoso Guskow destinado à obra coletiva sobre arbitragem no Poder Público propõe as seguintes condições para o uso da arbitragem em conflitos sobre normas regulatórias:

(a) o conflito derive da aplicação concreta da norma regulatória geral editada pela agência ou envolva a edição de norma regulatória de efeitos concretos e imediatos; (b) o conflito apresente objeto suscetível de submissão à arbitragem; e (c) exista previsão de solução de conflitos pela via arbitral. (...) jamais a emissão de norma regulatória específica pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral.⁵¹

Mas, para Alexandre Freitas Câmara:

(...) nos conflitos envolvendo sua atividade típica, ou seja, a fiscalização de determinada atividade que corresponda a algum serviço público

⁴⁹ BACCELLAR, Luiz Ricardo Trindade, Função jurisdicional das agências reguladoras. Revista de Processo, n. 111, jun./set. 2003, p. 157

⁵⁰ ESQUÍVEL, José Luís. Os contratos administrativos e a arbitragem. Coimbra, Almedina, 2004.

⁵¹ CARDOSO, André Guskow, ISBN 978-85-02-09143-6. Arbitragem e poder público/coordenação Cesar A. Guimarães Pereira, Eduardo Talamini. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.30.

ou a alguma área econômica em que atuação dependa de concessão ou permissão, a arbitragem não poderá ser empregada como método de composição, já envolvidos interesses indisponíveis (...) as agências reguladoras não podem atuar como cortes arbitrais.⁵²

Adicionalmente, Mauro Roberto Gomes de Mattos assevera:

(...) todas as cláusulas que impliquem remissão, transação ou renúncia de direitos de conteúdo público, como as relativas ao exercício do poder de polícia, do poder impositivo, das bases das tarifas, da disposição do domínio público, de controlar a prestação dos serviços concedidos não são admitidos no juízo arbitral, por serem enquadrados como direitos indisponíveis e como tal insuscetível da solução extrajudicial.⁵³

Nesse sentido, mister se faz citar o magistério de Luiza Rangel de Moraes:

A atribuição, que normalmente consta da disciplina das agências reguladoras, no âmbito dos serviços públicos, de compor conflitos entre os agentes subordinados à sua competência não configura autêntica arbitragem. Essa atuação desenvolve-se no risco de um processo administrativo, que não pode ser confundido como processo de arbitragem.⁵⁴

Entendimento análogo apresenta a Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao analisar a Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/97:

(...) a função de árbitro foi conferida à Agência, certamente inspirada pelo direito norte-americano, em que as agências desempenham funções quase judiciais sobre as decisões proferidas pelas agências. No caso da Lei Geral de Telecomunicações e também da Resolução n.1, o próprio vocábulo arbitragem é mal empregado porque gera confusão com o instituto definido pela Lei de Arbitragem: o árbitro não é escolhido pelas partes em conflito; a arbitragem não se baseia na ideia da confiança no árbitro; e não é livremente convencionada pelas partes em conflito; ela é imposta pela lei. Em consequência, não pode a decisão proferida pela

⁵² CÂMARA, Alexandre de Freitas. Arbitragem nos conflitos envolvendo agências reguladoras. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, n. 11, 2002.

⁵³ Contrato Administrativo e a Lei de Arbitragem. Revista de Direito Administrativo – RDA, n. 233, p.115.

⁵⁴ MORAES, Luiz Rangel de, Arbitragem e agências reguladoras. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 2, maio/ago2004, RTR, p.

Agência ter caráter definitivo. Ela sempre será passível de apreciação judicial por exigência do Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição.⁵⁵

Igualmente Paulo Brancher adota tal posição ao examinar os conflitos entre prestadores de serviços de telecomunicações e usuários:

(...) trata-se de hipótese em que o próprio Poder Executivo age no sentido de mediar e dispor sobre os conflitos, visando à sua solução. Nesse sentido, qualquer procedimento iniciado e direcionado à Agência tratar-se-á de verdadeiro processo administrativo e não de arbitragem nos moldes da Lei n. 9.307/96.⁵⁶

Portanto, em que pese a possibilidade da agência reguladora valer-se de alguns pressupostos gerais da Lei federal nº 9.307/96 na resolução de conflitos entre agentes de um dado setor verifica-se apenas o exercício de uma função típica e inerente à própria atuação administrativa não se confundindo com o instituto da arbitragem propriamente dito.

8.2. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF)

Igualmente, ocorre com a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal-CCAF da Advocacia Geral da União, criada mediante o Ato Regimento nº 5 de 27 de setembro de 2007. Seu escopo visa à solução de controvérsias postas entre os órgãos e as entidades públicas federais, Administração Federal e Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal, por meio da conciliação ou da arbitragem, sob o fundamento da cooperação e do diálogo e com a observância dos princípios constitucionais federais e do Direito Administrativo.

A atuação da CCAF pode ser compreendida mediante cartilha postada no sítio da AGU e Ementário de Conciliação e Arbitragem de 2007 e 2008, disponível no site da AGU, mantido da WEB.⁵⁷

Do referido ementário sobressaiu o conflito ambiental estabelecido entre a União e a Usina de Xingó da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (CHESF) A ação civil pública ambiental proposta pelo Ministério Público foi extinta sem julgamento de mérito por falta de interesse de agir manifestada com a validação técnica

⁵⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 4. Ed. Atlas, 2002, p. 384

⁵⁶ BRANCHER, Paulo, *Soluções de controvérsia e as agências reguladoras*. Revista Brasileira de Arbitragem, n.1, jan./mar. 2004, p.48.

⁵⁷ <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/Publicacao/EmentarioConciliacao.aspx>, acessado em 29/julho/2011.

do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais (IBAMA), em relação aos resultados e estudos técnicos obtidos extrajudicialmente pela referida empresa.

Tais estudos provavam a ausência denexo causal entre o evento ambiental imputado e as atividades da usina e o IBAMA, na condição de entidade ambiental da União, ao exercer plenamente as suas funções técnicas contribuiu para a solução da demanda judicial ambiental.

Sua atuação, ainda que de efeitos reflexos, denota uma funcionalidade arbitral sobre a ação. Essa funcionalidade de natureza executiva induziu à solução da demanda, conciliando tecnicamente a divergência estabelecida entre a União e a CHESF, companhia integrante da Administração Pública federal Indireta.

O ementário da CAFF traz outras hipóteses, agora, na esfera administrativa federal ao exemplo dos processos - 00407.001676/2007-22 - 00400.000857/2007-00, versando sobre controvérsias tributárias estabelecidas entre órgãos e entidades da Administração Federal, encaminhados para Advogada Geral da União que determina a solução arbitral perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF).

Mas, da mesma forma que ocorre com a arbitragem desenvolvida no âmbito das agências reguladoras, a atuação da CCAF é de natureza meramente administrativa para a qual a AGU é constitucional e legalmente vocacionada. A conciliação e a arbitragem operadas na CCAF não se referem, propriamente, à arbitragem da Lei Federal nº 9.307/96, conquanto possam se apoiar nos requisitos e critérios dela.

O modelo faz parte da atual política pública federal adotada em face da cultura da litigiosidade no âmbito da Administração. O objetivo principal é aprimorar na esfera federal a execução das políticas públicas e a interlocução com os demais entes federados evitando a proliferação de conflitos entre órgãos e entidades da própria Administração, minimizando sua judicialização e retirando do Judiciário as demandas em andamento.

No âmbito estadual, considerando-se as atribuições de assessoria e consultoria inerentes às Procuradorias-Gerais, esse modelo poderia ser replicado.

8.3. A Arbitragem no Setor Público Português

Já na experiência internacional encontramos avanços significativos na utilização da arbitragem. É o caso da Administração Pública Portuguesa, que com a publicação do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais mediante o Decreto-Lei nº 129 de 27 de abril de 1984 e, depois do Código de Processo nos Tribunais Administrativos

– Lei nº 15, de 22 de fevereiro de 2002, alterado pela Lei nº 4-A de 19 de fevereiro de 2003, consagrou-se uma arbitragem de natureza potestativa para a Administração.⁵⁸

De acordo com o Art. 182 desse referido *códex* faculta-se unilateralmente ao administrado exigir da Administração Pública que celebre compromisso arbitral. A arbitragem não resulta da autonomia da vontade das partes, mas de uma faculdade legal a ser exercida pelo administrado e imposta ao Estado, aplicando-se quanto à constituição e funcionamento do tribunal arbitral os pressupostos da arbitragem voluntária e admitindo-se recursos para o Tribunal Central Administrativo (art. 27 da Lei de Arbitragem Voluntária)

No contexto jurídico legal lusitano são arbitráveis os litígios sobre questões relativas a contratos administrativos, inclusive aqueles decorrentes dos atos administrativos de execução; responsabilidade civil extracontratual e efetivação do direito de regresso e atos administrativos passíveis de revogação sob outros fundamentos que não resvalam sobre a sua validade e o controle incidental de normas regulamentares para viabilizar o conhecimento de outras matérias administrativas.

Excepcionam-se o mérito dos atos administrativos, os atos administrativos preparatórios da celebração de contratos, o contencioso geral dos atos administrativos e as normas regulamentares avaliadas como questões principais.

9. CONCLUSÃO

De todo exposto, observa-se que o instituo da arbitragem utilizada pelo Estado na formulação ou na execução de políticas públicas, ainda, na resolução de conflitos entre políticas públicas, políticas governamentais setoriais ou interseoriais, mediante os seus órgãos ou entidades administrativas diretas ou indiretas, não se confunde com a arbitragem disciplinada pela Lei Federal nº 9.307/96, ainda que se utilizem alguns de seus elementos, pois se trata de atividade estatal primária.

A resolução de conflitos na forma de sua legislação específica ou esparsa a arbitragem parece-nos autorizada apenas nos casos em que o Estado figure na posição de particular, ou seja, quando não houver discussão envolvendo direitos indisponíveis.

No entanto, a arbitragem disciplinada pela LF 9.307/96, como a atividade arbitral exercida pelo Estado, no âmbito de suas incidências apresentam-se eficazes e eficientes ao aprimoramento das políticas públicas, do desempenho das funções estatais, reduzindo a demanda do Poder Judiciário, induzindo à otimização do exercício da função jurisdicional na efetivação de direitos e garantias individuais e sociais fundamentais constitucionalmente positivados.

⁵⁸ BARROCAS, Manuel Pereira, Manual de arbitragem, ISBN 978-972-40-3983-1, Ed. Almedina. SA, 2010 Coimbra, p. 94 a 95.

BIBLIOGRAFIA

- ALEM, Fabio Pedro, Col. Prática do Direito, v. 16, Ed Saraiva, 2009
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 11ª. ed. Editora Malheiros. São Paulo, 1999. P.56.
- BACCELLAR, Luiz Ricardo Trindade, Função jurisdicional das agências reguladoras. Revista de Processo, n. 111, jun./set. 2003, p. 157.
- BARCELLOS, Ana Paula de, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 248 e 252-253.
- BARROCAS, Manuel Pereira, Manual de arbitragem, ISBN 978-972-40-3983-1, Ed. Almedina. SA, 2010 Coimbra, p. 94 a 95.
- BAUMAN, Zigmunt- 1925- Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós- modernidade e intelectuais Zigmunt Bauman; tradução Renato Aguiar – Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BRANCHER, Paulo, Soluções de controvérsia e as agências reguladoras. Revista Brasileira de Arbitragem, n.1, jan./mar. 2004, p.48.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo, Revista trimestral de direito público, São Paulo: Editora Malheiros, p. 134-144, 13/1996.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem - Lei nº 9.307/96 - 5ª edição, revista, ampliada e atualizada. 2009, Lumen Juris.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. Arbitragem nos conflitos envolvendo agências reguladoras. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, n. 11, 2002
- CANELA JUNIOR, Oswaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição (trabalho de qualificação de doutorado apresentado à USP sob a orientação de Kazuo Watanabe), inédito, PP. 17-19.
- CARDOSO, André Guskow, ISBN 978-85-02-09143-6. Arbitragem e poder público/coordenação Cesar A. Guimarães Pereira, Eduardo Talamini. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.30
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, art. 62.
- COSTA, Nilton César Antunes da. Poderes do Árbitro: de acordo com a lei n. 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.
- ESQUÍVEL, José Luís. Os contratos administrativos e a arbitragem. Coimbra, Almedina, 2004.
- FERRARESI, Eurico, Modelos processuais coletivos: comparação entre ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo, tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da USP (orientadora Ada Pellegrini Grinover), no prelo, p. 19-20.
- GAJARDONI, FF, Técnicas de aceleração do processo. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.
- GRAU, Eros Roberto, Planejamento Econômico e Regra Jurídica, São Paulo, ed. do autor, 1977, p.69.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 164, p.15.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva,

2010, p.778.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. Dialética, 2002.

MAZZA, Alexandre – Agências Reguladoras, Malheiros Editores Ltda., 2005, ISBN: 85-7420-587-7, p. 205-207.

MORIN, Edgar – Introdução ao Pensamento Complexo/Edgar Morin: Tradução de Eliane Lisboa – Porto Alegre: Sulina- 3ª. Edição 2007 – p. 75/76.

MOURA, Luiz Fernando. <http://jus.uol.com.br/revista/autor/luiz-fernando-de-moura-ramos>, acessado em 22/julho/2011.

MORAES, Luiz Rangel de, Arbitragem e agências reguladoras. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 2, maio/ago2004, RTR, p.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Parcerias na Administração Pública. 4. Ed. Atlas, 2002, p. 384.

TÁCITO, Caio. O Juízo Arbitral em Direito Administrativo. In: Garcez, José Maria Rossani, MARTINS, Pedro Batista. Reflexões sobre a Arbitragem. São Paulo: LTr, 2002. p.27.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: ___.(Coord.) Parcerias Público Privadas: Um enfoque multidisciplinar. São Paulo: RT, 2005, p. 340.

TORRES, Ricardo Lobo, O mínimo existencial e os direitos fundamentais, Revista de Direito da Procuradoria-Geral, Rio de Janeiro, n. 42, jul/set.1990, p. 69/70.

SZLAROWSKY, Leon Fredja. Uma nova visão da arbitragem. NBR 6023:2002 ABNT. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.387, 29 jul.2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5468>>. Acesso em 18/julho/2011. SZKLAROWSKY, Leon Fredja. <http://www.factum.com.br/artigos/010.htm>, acessado em 22/julho/ 2011.

Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar (coord. Eduardo Talamini e Monica Spezia Justen). São Paulo: RT2005, p.343 e 345.

Contrato Administrativo e a Lei de Arbitragem. Revista de Direito Administrativo – RDA, n 233, p.115.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm acessado em 16/08/2012 – preâmbulo.

<http://pressroom.ipc-undp.org/2011/brasil-avanca-no-desenvolvimento-humano-e-sobe-uma-posicao-no-ranking-do-idh-2011/?lang=pt-br>, acessado em 16/08/2012.

<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista> acessado em 13 de julho de 2011.

REsp. 881.323/RN Rel. Min Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.032008, DJe 31.03.2008.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>, acessado em 04/agosto/2011.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>, acesso em 22/julho /2011.

http://www.conjur.com.br/2001-dez-14/stf_declara_lei_arbitragem_constitucional. Acessado em 12 de julho de 2011.

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1624362>

Acessado em 18 de julho de 2011.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265769> - STF SEC nº 6.753-7 oriunda do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Acórdão de 13/06/2002, DJ de 04/10/2002, Ementário nº 2.085-2 6, acessado em 22/07/2011.

REsp 612.439-RS e 606.345-RS e AgRegMS n/ 11.308-DE, respectivamente proferidos em 25/05/2005, 17/05/2007 e 28/06/2006, STJ, acessados em 02/agosto/2011

http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm, acessado em 22/julho/2011.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, acessado em 22/julho/2011.

<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/Publicacao/EmentarioConciliacao.aspx>, acessado em 29/julho/2011.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AMBIENTAL E O IMPACTO DAS EXPLORAÇÕES DE PETRÓLEO

Some considerations about environmental law and the impact of petroleum holdings

José Fernando Cedeño de Barros¹
Lidiani Machado Soares dos Santos²

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Impacto ambiental das Explorações Petrolíferas. 3. Os Princípios da Tutela Ambiental. 4. Um panorama da poluição decorrente do petróleo. 5. Conclusão: Algumas sugestões para o Brasil e o MERCOSUL. 6. Bibliografia.

RESUMO Convenções Internacionais; impactos ao meio ambiente decorrentes da ação humana; direito e tutelas preventivas à consecução da prevenção do mar e das zonas costeiras; substâncias poluidoras; contribuição do petróleo para o desenvolvimento e sua parcela como agente poluidor.

SUMMARY International Conventions; impacts on the environment due to human action, preventive law and guardianships to achieve the prevention of sea and coastal zones; polluting substances; oil contribution to the development and its share as a pollutant.

Palavras chaves: Convenções Internacionais. Meio ambiente. Prevenção. Poluição. Petróleo.

Keywords: International Conventions. Environment. Prevention. Pollution. Oil.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade moderna está inteiramente vinculada aos elementos fornecedores de energia, com destaque para o petróleo, consumido em larga escala mundialmente, não somente para fornecer combustíveis, mas para prover as matérias-primas necessárias a uma crescente demanda de produtos plásticos e sintéticos, de todos os tipos.

A larga utilização do petróleo tem um preço: a produção global tem um efeito poluente significativo, principalmente nos oceanos e litorais.

A exploração do petróleo imbrica no estudo da proteção das zonas costeiras e marinhas.

Segundo o *World Resources Institute*, as zonas costeiras são consideradas como áreas onde a influência da terra e do mar se encontram e interagem.

¹ MBA em Gestão de Petróleo & Gás pela Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado (FECAP), Mestre em Direito Processual Tributário pela Faculdade de Direito da USP, Ex-bolsista da CAPES-DF pela Faculté de Droit et des sciences économiques de l'Université Montpellier I (França), Advogado de empresas pela Universidade Mackenzie.

² Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Os principais ecossistemas costeiros do mundo estão potencialmente ameaçados pelo desenvolvimento não sustentável, máxime porque, embora as zonas costeiras ocupem apenas 15% da superfície da terra, mais de 60% da população mundial se encontra nessas regiões (cf. UNCED, 1992).

A exploração do petróleo se dá, modernamente, sobretudo nas referidas regiões costeiras e litorâneas, ameaçando o meio ambiente, influenciando diretamente na questão da tutela integral do ambiente.

A dicotomia entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento econômico pode atingir limites extremos, conforme bem assinala Giampiero Di Plinio ³.

O governo canadense tem-se mostrado muito preocupado com o problema ambiental ligado à exploração de petróleo. Nesse sentido publicou o *Information Bulletin – Offshore Oil Spill Cleanup – A discussion of the methods by which oil can be cleaned up at sea* (Boletim Informativo – Limpeza dos Derramamentos de Óleo ao largo – Análise dos métodos através dos quais pode ser feita a limpeza do óleo do mar), assinalando:

O óleo chega ao ambiente marinho a partir de diversas rotas e por uma grande variedade de motivos. As maiores fontes de óleo derramado ao largo são os acidentes envolvendo petroleiros e os escapes repentinos de óleo e gás devido à exploração destes, e das instalações de produção. Vale ressaltar, entretanto, que o óleo destas duas fontes constitui apenas aproximadamente 15% da quantidade total de óleo que é despejado no oceano.

Diversas teorias foram desenvolvidas no sentido da proteção do meio ambiente, parecendo-nos a mais correta a que preconiza a construção doutrinária e legislativa de um direito do ambiente à proteção jurídica, que foi, curiosamente, edificada pela atuação jurisprudencial, a partir de elementos de Direito Civil e da práxis, do estudo de caso com a adoção da *equity*, como elemento determinante da atuação positiva do Direito, resultando em um trabalho judicial original de junção do Direito de cunho romanístico e da *common Law*, a revelar a globalização crescente das esferas de atuação da humanidade.

Parece-nos que a melhor solução reside na expressão tão bem construída por Brundtland:

Desenvolvimento sustentável é a satisfação das necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazerem as suas próprias necessidades (in *Our Common Future*).

Com efeito.

³ *Principi di Diritto Ambientale*, Giuffrè Editore, Milão, 2002: 1 – seguintes.

A exploração e o desenvolvimento dos campos de exploração do petróleo devem estar atrelados à segurança operacional e ao impacto ambiental.

Delimitamos nosso estudo, no presente artigo, a um perfunctório exame da questão técnica da exploração petrolífera, desenvolvendo, mais profundamente, uma análise a respeito dos problemas locais atinentes ao meio ambiente.

As indústrias do petróleo e do gás estão fundamentalmente ligadas ao meio ambiente, em virtude dos acidentes, muito comuns, infelizmente, que ocorrem nesse campo.

Jorge Salgado Gomes e Fernando Barata Alves ⁴ agrupam os acidentes com petróleo em três categorias principais:

- os derrames de petróleo, tanto em terra quanto no mar;
- as emissões gasosas para a atmosfera;
- as alterações na superfície terrestre, desde as florestas tropicais até os desertos, passando pelas zonas habitadas.

Os estudos do impacto ambiental tomam uma dimensão bastante importante para que se possa contribuir decisivamente no sentido do desenvolvimento sustentável.

Diversos ramos do Direito e uma diversidade bastante importante de legislações de países diversos se revelam no que tange ao petróleo, uma vez que as empresas exploradoras dos hidrocarbonetos normalmente não são nacionais nos territórios onde se dedicam à exploração petrolífera.

Sofremos, portanto, para além dos danos ambientais, o impacto da globalização e da transnacionalidade.

Neste sentido, posicionam-se Di Plinio e Firmiani ⁵:

Nell'ambito della ricerca dei fattori incidenti sulla conformazione vivente del diritto ambientale vi è un altro aspetto da considerare: nel quadro attuale dei grandi processi di trasformazione e mondializzazione dell'economia, le legislazioni ambientali possono divenire ostacoli potenti alla creazione di aree di libero scambio, alla integrazione dei mercati, alla realizzazione piena dei principi di libertà di concorrenza. Si considerino ad esempio due imprese omogenee dal punto di vista di prodotto e struttura produttiva, una localizzata in Italia, l'altra in Francia: se il diritto ambientale italiano pone meno vincoli a quel tipo di impresa rispetto al diritto francese, l'impresa italiana avrà minori costi, e dunque godrà di un vantaggio comparato in termini di competitività (potrà vendere in Francia a prezzi inferiori rispetto all'impresa francese), derivante non dalla diversa capacità ed efficienza

⁴ *O Universo da Indústria Petrolífera – Da Pesquisa à Refinação*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 483.

⁵ *Principi di Diritto Ambientale*, cit., pp. 25-26

dei due imprenditori, ma dall'asimmetria dei due diritti ambientali. Concorrenza e mercato unico sarebbero in questo caso gravemente compromessi, e pertanto la Comunità europea interverrà dettando regole di armonizzazione delle legislazioni in materia ambientale. Altro esempio: la libertà del mercato e della concorrenza presuppone l'inesistenza di limitazioni e vincoli all'importazione in uno Stato di una merce proveniente da un altro Stato: questi vincoli possono essere di ordine tributario, ma possono consistere anche in misure quantitative (esempio, i contingentamenti)-+ oppure in regole giuridiche o tecniche "equivalenti a restrizioni quantitative"; il diritto dell'ambiente può da questo punto di vista essere utilizzato da uno Stato per dettare regole inerenti ad esempio certe qualità di prodotti o dei loro imballaggi tali che sul proprio territorio possano di fatto essere commercializzati soltanto merci prodotte dalle imprese nazionali. Anche contro questo evenienze le istituzioni comunitarie hanno sviluppato strumenti adeguati di risposta, oltre alle direttive di uniformizzazione dei diritti ambientali, come le procedure di esame e di controllo delle legislazioni nazionali, e i principi di "mutuo riconoscimento" e di "equivalenza delle legislazioni", in base ai quali uno Stato non può impedire la commercializzazione nel proprio territorio di prodotti la cui compatibilità ambientale è certificata in un altro Stato.

Di Plinio e Firmiani ainda destacam as pressões que o capitalismo exerce sobre a legislação ambiental no âmbito internacional, no sentido de proteger o sistema comercial multilateral, avocando uma hipotética possibilidade de observância do princípio do desenvolvimento sustentável mercê de uma legislação ambiental estandardizada e uniforme que sobrepunaria uma legislação nacional mais racional, que poderia impedir o caráter aberto, equitativo e não discriminatório das trocas comerciais, notadamente do petróleo e de seus derivados ⁶.

Cabe frisar que é do interesse das próprias companhias petrolíferas contribuir para o desenvolvimento sustentável, permitindo a interação entre um projeto de exploração de petróleo e a proteção do ambiente que o rodeia, tanto assim que as explorações petrolíferas devem estar submetidas previamente aos estudos de impacto ambiental (*environmental impact assessment – EIA*). Tais estudos não ficam vinculados apenas às empresas interessadas, mas são submetidos aos governos e ao público em geral (direito de informação).

⁶ ob. cit., p. 26

2. IMPACTO AMBIENTAL DAS EXPLORAÇÕES PETROLÍFERAS

A exploração do petróleo depende previamente de estudos ambientais globalizados.

Critérios muito específicos são abordados, como, por exemplo, a recuperação do CO₂, as condições geográficas (topografia, mares abertos ou fechados, proximidades de cidades, etc.), impactos decorrentes das atividades que envolvem refinarias, terminais, pipelines e outros, que podem pôr em risco a segurança das populações e do próprio meio ambiente.

O estudo deverá identificar ao menos oito itens ⁷:

1. identificar os impactos e riscos no ser humano, no ambiente, nas propriedades, na reputação e nos aspectos econômicos;
2. reduzir os impactos a níveis mínimos de aceitação ou eliminá-los se possível;
3. dar cumprimento aos regulamentos das agências governamentais de cada país;
4. obedecer aos sistemas de gestão de HSE (*HSE management system*);
5. melhorar as práticas operacionais;
6. comunicar e estabelecer metas indicadoras de *performance* (*KPI – key performance indicators*);
7. ajustar o orçamento operacional;
8. divulgar a importância das questões ambientais.

O estudo do ciclo econômico torna-se fundamental, na medida em que o seu nascimento, desenvolvimento e exploração abarcam dois elementos principais de interesse para o nosso estudo: a análise das riquezas naturais e o estudo do homem. As primeiras, porque delas é que decorrem em essência a existência da terra, e o segundo, porque, principalmente na época contemporânea, é ele o grande responsável por alterações inesperadas de um grande alcance. Em seguida, apresentam-se o capital, ou seja, o meio prático de criar o fator de produção e do progresso, e a função da empresa, que coordena a ação de outros fatores, assegurando o máximo de eficácia.

Da competência e do trabalho do empresário dependem geralmente o êxito da iniciativa tomada e o do progresso econômico ⁸ necessariamente submetidos às questões da tutela ambiental.

Uma visão individualista tornaria impossível o desenvolvimento sustentável. Bem por isso, os fundamentos legislativos da proteção ambiental nasceram essencialmente da atuação comunitária, nomeadamente da Comunidade Europeia, mais afetada mundialmente pelos fenômenos de poluição, dada a intensa concentração de pessoas, de capitais e dos resultados por vezes catastróficos da exploração das

⁷ Jorge Salgado Gomes *et al*, cit., p. 484

⁸ Baudhuin, *Princípios de economia contemporânea, volume I – A Produção, Difusão Europeia do Livro – DIFEL*, Portugal, 1966, p. 10

riquezas da terra, com destaque para o petróleo e mais especificamente no que se refere aos danos causados aos mares, oceanos e litorais.

Os longos e minuciosos estudos levados a efeito nessa questão conduziram ao entendimento unânime de que a prevenção, a precaução e a correção dos danos na fonte seriam primordiais, sendo rapidamente elevados à categoria de princípios, sob os quais estariam submetidos todos os demais.

3. OS PRINCÍPIOS DA TUTELA AMBIENTAL

Podemos situar como marco da política legislativa ambiental internacional o ano de 1973, quando a Comunidade Europeia firmou o seu primeiro Programa de Ação Ambiental, estabelecendo o princípio da prevenção ou da ação preventiva, hoje ratificados no artigo 74 do Tratado da Comunidade Europeia, daí derivando a imprescindibilidade dos estudos prévios de impacto ambiental de qualquer atividade econômica de certa importância.

Verificou-se a necessidade de um contraponto ao desenvolvimento, consistente nas políticas de ingerência, extremamente criticadas na década de 1970 da centúria passada, quando o mundo ocidental se encontrava no auge do capitalismo.

A Conferência de 1972, sediada em Estocolmo, já havia preconizado a necessidade de a humanidade frear o seu afã desenvolvimentista, uma vez que se evidenciava o desgaste do planeta Terra em virtude da exploração maciça, sobretudo, de hidrocarbonetos.

A primeira conclusão foi a de que vivemos todos em um mesmo planeta, somos interdependentes e a concepção do homem como centro do universo deve ceder lugar a um conceito mais global de que a natureza tem suas próprias e inexoráveis leis, desconhecendo fronteiras e respondendo com violência às agressões humanas.

Verificou-se de imediato uma dicotomia entre os chamados países do Sul e os países do Norte, os primeiros ainda em estágios mais atrasados de desenvolvimento e os últimos bastante avançados no que tange à área econômica, cultural, política e intelectual. Os primeiros, embora “inferiores” de um ponto de vista financeiro e econômico, se mostravam muito mais realistas com as condições da natureza, enquanto os países ricos, indiferentes aos problemas trazidos pela poluição, buscavam explorar as sociedades ricas em recursos naturais e pobres do ponto de vista econômico-cultural e político.

As emissões tóxicas se revelaram mais destrutivas no que se refere à exploração de petróleo nas extensões marítimas.

A Conferência do Rio de 1992 consagrou o papel de protagonista aos povos denominados autóctones, ou seja, aqueles povos cuja relação com as terras se distinguiu das demais civilizações, sendo considerados “em harmonia com a natureza”⁹.

⁹ Lydia van de Fliert (organizadora), *Indigenous Peoples and International Organisations*, Nottingham, Spokesman, 1994: 182-183

Os documentos legislativos internacionais, cabe repisar, têm tido um papel muito importante no domínio da proteção do meio ambiente.

Vamos destacar algumas das principais convenções sobre o meio ambiente, que desvendaram novos rumos para a proteção da natureza:

A) A Convenção de Basileia

Como é sabido, os detritos não têm fronteiras. Na medida em que a deterioração do ecossistema mundial se agrava, o meio ambiente vem se tornando um elemento prioritário na política internacional.

Os movimentos transfronteiriços de detritos perigosos e de sua eliminação foram devidamente enfrentados pela legislação internacional, culminando com a Convenção de Basileia que, em 1994, proibiu totalmente a exportação de detritos perigosos para os países da OCDE (Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico).

O papel da OCDE foi decisivo para firmar o controle dos movimentos transfronteiriços de detritos perigosos e de sua eliminação, constituindo a prova mais convincente da eficácia de um “bloco planetário” e de sua capacidade potencial de fazer sair da inércia o direito internacional do meio ambiente ¹⁰.

129 membros do “Grupo dos 77” conseguiram constranger os governos da Austrália, da Áustria, dos Estados Unidos, do Japão, do Canadá, de doze membros da União Europeia, assim como a Comissão de Bruxelas a adotar esta proibição. Evidentemente, a contragosto, uma vez que os referidos países consideram as medidas de proteção desfavoráveis aos interesses de suas indústrias e de seu vínculo ao princípio do livre comércio, uma vez que os detritos perigosos eram considerados um produto.

B) A Convenção de Helsinque

A Convenção Sobre a Proteção do Ambiente Marinho na Região do Mar Báltico, mais conhecida como a Convenção de Helsinque e pelo trabalho da Comissão de Helsinque (HELCOM), foi planejada para proteger a região do mar Báltico da poluição.

Esse documento foi assinado em 1974 por: Dinamarca, Finlândia, Alemanha Oriental, Polônia, Suécia e URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), entrando em vigor em 1980.

¹⁰ Jim Puckett, *Déchets sans frontières: les enjeux de la Convention de Bâle*, in *Ecologie contre nature – Développement e politiques d’ingérence*, PUF, Paris, 1995: 77-78

O Tratado incluiu todo e qualquer tipo de poluição que adentre no mar Báltico, não obstante a origem, dando-se maior enfoque à poluição de fontes com base terrestre, descarga de detritos, poluição dos navios e o combate conjunto de derramamentos.

A Convenção de Helsinki preocupou-se em garantir uma administração integrada tendente à proteção do Báltico, reconhecendo que os esforços administrativos para o controle da poluição não precisam passar necessariamente pela gestão integrada dos recursos marinhos e costeiros.

A Convenção preocupou-se em discutir as descargas de poluição em níveis inaceitáveis, provenientes de diversas fontes de base terrestre, tais como: (a) metais pesados, (b) materiais consumidores de oxigênio, (c) DDT, PCB, PCT¹¹ e (d) derramamento de óleo. A pescaria em excesso foi um problema enfrentado em separado por outra convenção, a Convenção de Gdansk.

O Mar Báltico merece especial atenção, em razão das peculiaridades e entraves naturais inerentes a esta região que dificultam ainda mais medidas que visem a corrigir os efeitos de poluentes diversos. Tais peculiaridades são: 1) índices salobres e estratificação quase permanente: troca de águas muito lenta entre o mar Báltico e o Mar do Norte, levando ao acúmulo de sedimentos e à alteração da biota¹² em razão dos poluentes descarregados; 2) bacias frias, estagnadas do Báltico: atuam como armadilhas às matérias orgânicas. Nas camadas aquáticas mais profundas, que não recebem água da superfície devido à estratificação, a decomposição do material orgânico pode levar a condições anoxemas¹³, tornando essas camadas praticamente sem vida; e 3) ecossistema marinho do Báltico é pobre em razão das condições de temperatura e salinidade da região.

Estudos prévios precederam a edição da Convenção de Helsinki, identificando problemas ambientais específicos do mar Báltico, a saber:

- a captura de arenques (peixe marinho) do Báltico em redes, em uma das áreas de maior desova, tem caído drasticamente em razão da sedimentação e da eutroficação;
- a deficiência de oxigênio nas áreas mais profundas, originada pelas descargas de nutrientes provenientes de fontes terrestres, significativamente afeta os cardumes de bacalhau, e, em menor grau, afeta os arenques e as espadilhas;

¹¹ DDT: diclorodifenilcloroetano; PCB: bifenilas policloradas; PCT: policlorotriifenilos

¹² Biota é o conjunto de seres vivos, flora e fauna, que habitam ou habitavam um determinado ambiente geológico, como, por exemplo, biota marinha e biota terrestre, ou, mais especificamente, biota lagunar, biota estuarina, biota bentônica. As variações climatológicas e ambientais em geral, como salinização de uma laguna, quantidade de sedimentos em suspensão, alteram a biota pela adaptação, mutação e extinção de espécies, entrada de novas espécies e gêneros. Assim, os estudos paleontológicos na sucessão de camadas (bioestratigrafia) ajudam a desvendar não só os ambientes, mas também as variações ambientais do passado (paleoambiente) registrados nessas rochas, principalmente por comparação com estudos atuais das biotas características de cada ambiente.

¹³ Anoxemas: sem oxigênio, sem vida.

- a pesca em algumas das baías costeiras da Suécia foi proibida devido às altas concentrações de mercúrio encontradas nos peixes;
- a eutroficação e as substâncias orgânicas cloradas são problemáticas no próprio Báltico; descargas de metal pesado (cuja densidade é superior a cinco) são o maior problema ao longo do Rio Dalaven, e as substâncias orgânicas cloradas originadas pelas indústrias florestais são os principais problemas do Golfo de Bótnia; e
- a eutroficação¹⁴ causada pela pesca em cativeiro está aumentando rapidamente mediante o aumento na produção.

Em 1992, uma nova Convenção de Helsinki e um Programa de Ação Ambiental Conjunta e Inclusa do mar Báltico foram adotados, aumentando o foco quanto à cobertura das águas internas das bacias hidráulicas do mar Báltico e que incorporaram novas considerações relacionadas à conservação da natureza, da biodiversidade, e aos assuntos relativos ao impacto ambiental, bem como à preconização da edição de novos princípios do país poluidor, da melhor tecnologia disponível, das melhores práticas ambientais e do princípio da prevenção.

A Convenção de Helsinki, em contraste com as demais convenções, acessou a proteção ambiental do mar Báltico de uma maneira ampla e abrangente, destacando o impacto humano, bem como o de todas as fontes de poluição que afetam o ambiente marinho. Por consequência, pode-se dizer que esta Convenção tem adotado um posicionamento de controle integral da poluição.

A Convenção, todavia, não se aplica às águas internas dos países signatários, fazendo com que se tenda a excluir os problemas relacionados à zona costeira, limitando-se à proteção do mar aberto.

O trabalho da HELCOM¹⁵, sem embargo, permite aferir que os efeitos da poluição ultrapassam as fronteiras dos países e que os problemas de administração de recursos devem ser solucionados por meio da cooperação internacional.

C) A Convenção de Barcelona

A Convenção de Barcelona para a Proteção contra a Poluição no mar Mediterrâneo foi firmada em 1976 entre os países¹⁶ que circundam esta região, sendo

¹⁴ Fenômeno que ocorre no ambiente aquático em razão da elevada quantidade de nutrientes – principalmente nitratos e fosfatos; é resultante da poluição das águas por ejeção de adubos, fertilizantes, detergentes e esgoto doméstico sem tratamento prévio que provocam o aumento de minerais e, consequentemente, a proliferação de algas microscópicas que se localizam na superfície.

¹⁵ Países integrantes atualmente da HELCOM: Dinamarca, Estônia, Comunidade Europeia, Finlândia, Alemanha, Letônia, Lituânia, Polônia, Rússia, Suécia – http://www.helcom.fi/helcom/en_GB/aboutus/, data 19/09/2012, 14h43.

¹⁶ Países banhados pelo Mar Mediterrâneo: Europa (de oeste para leste): Espanha, Gibraltar (do Reino

modificada em junho de 1995, para ampliar o seu conteúdo, incluindo a planificação e a gestão integrada da zona costeira.

O objetivo principal da referida Convenção pode se traduzir na intenção de “reduzir a poluição no mar Mediterrâneo e proteger e melhorar o ambiente marinho da região, contribuindo assim para o seu desenvolvimento sustentável”.

Ademais, a mencionada convenção pretende: a) avaliar e controlar a contaminação; b) garantir a gestão e a sustentabilidade dos recursos naturais marinhos e costeiros; c) integrar o meio ambiente no desenvolvimento social e econômico; d) proteger o meio marinho e as zonas costeiras mediante ações que pretendam prevenir e reduzir a contaminação; e) proteger o patrimônio natural e cultural; f) reforçar a solidariedade entre os países ribeirinhos do mar Mediterrâneo; g) contribuir para a melhora da qualidade de vida.

A Convenção incentiva os países signatários à ação de medidas de cooperação nos campos científico e tecnológico, para impedirem que novas contaminações ocorram, bem como pretende estabelecer medidas integradas de redução dos impactos corretamente identificados.

Para além da Convenção de Barcelona, os países signatários firmaram protocolos diversos visando a tratar de temas específicos:

a) Protocolo para a Prevenção da Poluição do mar Mediterrâneo decorrente de resíduos de navios e aeronaves – este protocolo visa proibir a circulação de navios e aeronaves que despejam determinadas substâncias no mar Mediterrâneo: mercúrio, cádmio, petróleo bruto, compostos organotóxicos e orgânicos halogenados, etc. Preveem, ainda, a autorização concedida por autoridades governamentais para a circulação com restrição de determinadas substâncias, desde que cumpridas as exigências. Exemplificando: zinco, cromo, níquel, alguns pesticidas, etc. Algumas exceções são admitidas em se tratando da circulação de determinadas substâncias proibidas pelo Protocolo, sujeitas a estudo de caso concreto.

b) Protocolo de cooperação para combater situações de emergência perante a contaminação do mar Mediterrâneo causada por hidrocarbonetos e outras substâncias prejudiciais: este Protocolo obriga cada parte confrontada com uma situação crítica a efetuar as avaliações necessárias e oportunas sobre a natureza e a extensão do sinistro, a tomar todas as medidas que permitam reduzir ou eliminar os efeitos derivados da contaminação e a informar os demais países signatários sobre a evolução e as medidas tomadas.

A análise da Convenção de Barcelona permite perceber uma preocupação de eficácia no combate à poluição por parte de seus integrantes, que têm se preocupado

Unido), França, Mônaco, Itália, Malta, Eslovênia, Croácia, Bósnia e Herzegovina, Montenegro, Albânia, Grécia, Chipre e Turquia; Ásia (de norte para sul): Turquia, Síria, Líbano, Israel e Palestina; África (de leste para oeste): Egito, Líbia, Tunísia, Argélia e Marrocos.

em utilizar recursos tecnológicos e científicos para terem a exata noção da extensão dos danos causados ao longo dos tempos pela ação humana e pela própria evolução natural do ecossistema, enfatizando a necessidade do diálogo e da comunicação pacífica entre os países, a colaborar para a eliminação da poluição no mar Mediterrâneo.

c) Protocolo sobre a gestão integrada das zonas costeiras do mar Mediterrâneo: a intenção dos signatários foi estabelecer um marco inicial para a gestão integrada das zonas costeiras do Mediterrâneo, delimitando a primeira ferramenta de Direito Internacional criada para tratar deste tema de forma exclusiva, com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável mediante um planejamento racional das atividades, promover a preservação das zonas costeiras, explorar de formar sustentável os recursos naturais inerentes às zonas costeiras, preservar os ecossistemas e as paisagens litorâneas e propor medidas que tendam a reduzir as catástrofes ambientais e as mudanças climáticas, estabelecendo com os seus protocolos marco essencial para a complementação dos tratados e convenções que os antecederam. Além disso, ampliou a área de estudo e o enfoque de proteção, oferecendo aspecto globalizado aos problemas ambientais.

D) A Convenção RAMOGE

A Convenção Ramoge, primando por ser de iniciativa de S.A.S. o Príncipe Rainier III de Mônaco, responsável, em 1976, por conclamar os países mediterrânicos a se reunirem para estudar os problemas decorrentes da poluição e de suas causas, consiste no único acordo de índole internacional a tratar das águas interiores (territoriais e portos), harmonizando as legislações ambientais da França, da Itália e de Mônaco com o objetivo de preservar o mar e as regiões costeiras das ações humanas poluidoras.

O documento elaborado para a consecução do acordo RAMOGE contempla quatro temas específicos: a) planificação e a gestão dos espaços; b) a proteção do meio ambiente; c) as atividades econômicas e o seu uso; e d) a poluição.

A Convenção RAMOGE é original não só porque cuida de um acordo internacional que contempla as águas internas, mas porque agrega às normas de Direito Internacional, regras de urbanismo, que obedecem a uma vontade comum dos três Estados de organizar a ocupação do território nacional respectivo por diferentes atores econômicos, públicos e privados, no respeito do interesse geral.¹⁷

Os três Estados adotaram medidas jurídicas específicas adaptadas à proteção dos espaços marítimos que atingem essas três nações, cumprindo citar a lei “litoral”

¹⁷ CEDEÑO DE BARROS, José Fernando. Direito do Mar e do Meio Ambiente. LEX Editora. São Paulo. 2007.p. 306

da França, o Código do mar do Principado de Mônaco, e o Decreto Legislativo nº 169, de 19 de maio de 2000, da Itália.

As áreas protegidas na zona RAMOGE são as seguintes:

a) Na França:

- um parque nacional: a Ilha de Port Cros, incluindo a Ilha de Porquerolles;
- florestas dominiais: na Ilha Sainte Marquerithe e na Ilha Saint-Honorat, nas florestas de l'Estérel, de la Gardiole e des Calanques;
- propriedades do Conservatoire du Littoral: a Costa Azul, le Corbusier, l'Estérel, o Cap Lardier, a Colle Noire, la Fontasse; e
- numerosos sítios inscritos: a banda costeira entre Théolules – sur-mer, Nice e Cap d'Antibes, entre outros, ou classificados (Porquerolles, Ilhas de Lérins, Eze sur Mer, Cap Martin, l'Estérel, les calanques de Marseille e le Cap Canaille).

b) Na Itália:

- três parques naturais regionais: Ilha de Gallinara, Cinque Terre, e Porto Fino;
- uma reserva natural, a Ilha de Bergeggi.

c) No Principado de Mônaco:

- duas reservas marinhas: a reserva do Larvatto e a reserva dos corais vermelhos.

O Principado de Mônaco tomou a iniciativa para a criação, na zona denominada RAMOGE, de um santuário de mamíferos marinhos. Originariamente previsto para a proteção das baleias e golfinhos, o Santuário terminou por fornecer proteção a uma diversidade de outras espécies que estão associadas às baleias e aos golfinhos, compartilhando o mesmo ecossistema, como, por exemplo, o tubarão-frade (*Cetorhinus maximus*) e muitas espécies de grandes peixes pelágicos.

O santuário marinho foi criado por três razões principais: a) a descoberta de populações significativas de baleias e inúmeras outras espécies de cetáceos no mar da Ligúria; b) o aumento do número de encalhes de mamíferos marinhos acidentalmente presos por redes de pesca que se encontravam a deriva; e c) o quadro jurídico não fornecia subsídios adequados para a proteção da fauna marinha nos mares do Mediterrâneo.

Visando a uma proteção eficaz dos mamíferos marinhos foi, dessarte, criada a área de proteção marinha no mar Mediterrâneo, tendo sido ratificado o acordo pelo Principado de Mônaco (2000), França (2001) e Itália (2002) (cf. Giuseppe Notarbartolo di Sciarra e David Hyrenbach, *The Pelagos Sanctuary Mammals*).

A decisão de se eleger uma porção de um determinado território imune à poluição e destinar, com exclusividade, a região a um grupo de animais e a outros seres vivos em perigo de extinção está inserida no Direito Internacional clássico do problema da utilização dos recursos naturais no sentido de assumir um relevo específico, do ponto de vista normativo, ou, como melhor se expressa Marco Gestri:

esclusivamente in riferimento alle ipotesi di risorse comuni tra due o più Stati (fiumi internazionali, laghi di frontiera, specie animali migranti

etc.) o di sfruttamento delle risorse degli spazi al di là della giurisdizione nazionale, ed in particolare dell'alto mare (cf. La gestione delle risorse naturali d'interesse generale per la Comunità internazionale.¹⁸

No que se refere ao mar, já há muito tempo o Direito Internacional recepcionou o princípio de patrimônio comum da Humanidade, o que condiciona a utilização dos hidrocarbonetos nessas regiões a subsumir-se às normas internas e internacionais que condicionam a exploração e usufruto de uma riqueza a estatutos protetores da natureza que se sobrepõem à legislação interna, com destaque para a Convenção de 1982 (CONVENÇÃO DE MONTEGO BAY), tendo a França, a Itália e Mônaco aderido integralmente à disciplina das normas relativas aos fundos marinhos, estabelecendo, em consequência, um sistema de gestão e de vigilância nas zonas alcançadas pela Convenção RAMOGE.¹⁹

E) Os princípios do poluidor-pagador, da prevenção na fonte e da precaução

O direito do meio ambiente ainda não encontrou uma sistematização definitiva em nosso sistema jurídico, dependente ainda de uma sedimentação mais profunda.

Os estudos ambientais tiveram início, sobretudo na Europa, mercê dos desastres ecológicos que atingiram de uma forma mais evidente o mar Mediterrâneo e em razão da atenção que a mídia tem tido para com aquela região, pois se trata de uma das regiões de maior concentração turística e de riquezas históricas e arqueológicas do planeta, merecendo destaque os seguintes documentos internacionais:

A Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano, de 16 de junho de 1982; a Carta mundial da natureza, adotada em 28 de outubro de 1982 pela Assembleia Geral da ONU, bem como a declaração do Rio de Janeiro de junho de 1992 sobre o meio ambiente e o desenvolvimento do programa denominado Agenda 21. Quanto à assembléia Rio+ 20, parece-nos, sob a nossa ótica, que as matérias tratadas não tinham um vínculo estreito com a proteção ambiental. Como exemplo, podemos mencionar que foram objeto de deliberação temas sobre a questão do controle de natalidade, direito ao aborto e reuniões de multidões de jovens com cunho religioso. Mesmo um exame perfunctório dos temas, permite auferir, facilmente, que em nada esses temas se relacionam com a questão ambiental. No mais das vezes, mostraram-se anódinas as colocações dos países emergentes, bem como suas últimas conclusões

¹⁸ G. Giappichelli editore, Torino, 1996, p. 8.

¹⁹ cf. mais extensamente RAMOGE: Acordo relativo à proteção das águas do litoral mediterrânico, assinado em Mônaco a 10 de maio de 1976 in José Fernando Cedeño de Barros, *Direito do Mar e do Meio Ambiente*, cit., pp. 436-440.

pouco repercutiram junto aos meios jurídicos. É cedo ainda para uma manifestação sobre um evento tão recente.

Por outro lado, é importante frisar que os princípios tendentes à proteção do meio ambiente tiveram uma vertente econômica, uma vez que a poluição se dá primordialmente pelos hidrocarbonetos, o que é justificado pelo chamado desenvolvimento e progresso das Nações.

Com base nos desastres ecológicos, cientistas especializados nas áreas da biologia, da oceanografia, e juristas, concluíram que o melhor meio de se proteger dos desastres ecológicos é a sua prevenção.

Daí a consagração do princípio da PREVENÇÃO, tendo como corolário o financiamento pelo Estado para evitar-se danos ecológicos na fonte.

O denominado princípio da PRECAUÇÃO foi elaborado no âmbito do direito alemão e recepcionado, em termos gerais, pela Declaração do Rio, conclamando os Estados a aplicarem amplamente o princípio de se precaver dos incidentes nocivos à natureza a fim de proteger o ambiente, conforme a sua capacidade.

Na lição escorreita de Marco Gestri:

Come definito nella Dichiarazione (do Rio), il critério suggerisce che nel caso di minaccia di danni ambientali seri o irreversibili non si debba considerare il difetto di una piena certezza scientifica quale motivo per rinviare l'adozione di misure economicamente efficienti (cost-effective) per prevenire il degrado ambientale (vedi il principio 15 della Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo). In altri termini, il principio dell'azione precauzionale costituisce uno sviluppo del criterio di prevenzione, in quanto richiede di agire (o a seconda dei casi di nona gire) anche in mancanza di prova scientifica sugli effetti di un'attività determinata ed in presenza di una semplice minaccia di danno ambientale serio od irreversibile. Ocorre nondimeno ricordare che permangono rilevanti dubbi sia sul concreto significato che sulla portata giuridica del principio. Sotto il primo profilo, esso poggia inverso su di un insieme di elementi per ognuno dei quali sussiste un margine di valutazione soggettiva molto ampio, il che può tradursi in significative difficoltà di applicazione. D'altra parte, nella teoria e nella prassi si è venuta affiancando alla definizione classica del principio, accolta dalla Dichiarazione di Rio, una concezione radicale. In virtù di tale interpretazione, in presenza di ragionevoli motivi di pericolo, spetterebbe a colui il quale intende porre in essere una determinata attività l'onere di provarne la compatibilità con le esigenze ambientali.²⁰

²⁰ GESTRI, Marco. La Gestione (...), p. 440.

A gestão dos recursos vivos é fundamental para a proteção do meio ambiente. Em outras palavras, o planejamento para a correta exploração dos recursos naturais é obrigatório para que se possa prevenir contra danos ambientais e mesmo contra a mera ameaça de dano que poderia vir a ser irreversível.

É evidente que a mera imposição de multa pecuniária ou até mesmo a prisão dos responsáveis pelos danos ambientais não permitirá que se recomponha a situação anterior à catástrofe ecológica.

O princípio da precaução não se compagina com os estreitos limites das legislações internas, tendo como exemplo a questão das bandeiras de conveniência, consistentes em concessões de autorização de utilização de bandeiras de países soberanos para que navios mercantis singrem as águas internacionais. Nem sempre os navios se encontram em condições para o transporte seguro de substâncias perigosas e nem sempre os países que concedem as autorizações se preocupam em tornar efetiva uma fiscalização adequada **prévia** dos navios e outros meios de transporte náuticos, gerando desastres por vezes irremediáveis, podendo ser citado o caso recente do ÉRICA (dezembro de 1999) que se partiu em dois, no norte da França, com derramamento de hidrocarboneto por uma grande extensão do Oceano Atlântico, atingindo as costas da Inglaterra e causando a morte de inúmeras espécies de animais que ali viviam.

O princípio da precaução, por vezes, pode ser adotado da forma mais radical, consistente na PROIBIÇÃO pura e simples de determinadas atividades em determinados locais.

O alcance jurídico do princípio em exame apresenta controvérsias: alguns doutrinadores entendem que o preceito está cabalmente presente no Direito Internacional geral e teria aplicação imediata, outros entendem que deveria haver ao menos uma comprovação científica da probabilidade de risco antes de se proibir determinada atividade, sobretudo tendo em vista os danos econômicos que as restrições poderiam causar aos países emergentes.

Gestri traz à colação a opinião da Corte Internacional de Justiça no caso da *Domanda di esame della situazione*, pondo em relevo a dificuldade de prova dos efeitos ambientais de determinada atividade, como observou o Juiz Weeramantry no sentido de que o direito não pode operar a proteção do ambiente *unless a legal principle is evolved to meet evidentiary difficulty, and environmental has responded with what has come to be described as the precautionary principle a principle which is gaining increasing support as part of the international law of the environment.*²¹

O Brasil é um exemplo clássico das controvérsias que surgem a respeito do desfrutamento das riquezas petrolíferas encontradas na ZEE (Zona Econômica Exclusiva) e nas águas territoriais, sobretudo depois da descoberta das jazidas de petróleo

²¹ ob. cit., p. 444, nota 177

na chamada camada de pré-sal. (*O Pré-sal é uma camada de rocha formada por sal que delimita um conjunto de reservatórios petrolíferos mais antigos que os depósitos encontrados sobre a camada pós-sal neopitiniiano e que na costa brasileira se estende desde o Alto Vitória e Santos, nas Bacias de Campos, até o Alto de Florianópolis, respectivamente. Este sal foi depositado durante a abertura do Oceano Atlântico, após a quebra do Gondwana (Jurássico Superior-Cretáceo) durante a fase de mar raso e de clima semiárido/árido do Neopitiniiano (1 a 7 Ma). A descoberta de indícios de petróleo no pré-sal foi anunciada pela Petrobras em 2006. Em 2008, a Petrobras extraiu pela primeira vez petróleo do pré-sal*).

Os interesses em conflito, no caso acima, são extremamente diversos. As questões ainda estão em via de exame e certamente os casos concretos levados às Cortes Internacionais e mesmo internas, permitirão um melhor aperfeiçoamento da doutrina do princípio da precaução.

O equilíbrio político se revela indispensável ante a pluralidade de interesses envolvidos, hoje havendo uma diminuição da dicotomia entre os países desenvolvidos, ditos industrializados, e os países em desenvolvimento, que imbrica na questão da submissão dos países mais pobres, que supostamente agrediriam menos o meio ambiente, em relação aos países ricos, também supostamente geradores de danos ambientais de uma forma mais contundente.

A composição das cortes internacionais de Justiça parece ser o caminho mais acertado para o desejado equilíbrio, utilizando o mecanismo de repartir os componentes dos Conselhos de Autoridade dos fundos marinhos internacionais.

Gestri preconiza a formação de quatro distintas “Câmaras”, para exprimir a exigência de delinear um equilíbrio político entre os interesses dos Estados industrializados e dos que ainda estão em via de desenvolvimento, sublinhando que a Agenda 21 já destacava a inadequada participação dos Estados emergentes em muitos dos tratados existentes em matéria ambiental, fixando a necessidade da exigência no sentido de se assegurar um *balanced governance* nos referidos tratados e a possibilidade permanente de uma revisão dos documentos internacionais ambientais por todos os países interessados.²²

Em seguida, diversos documentos nacionais e internacionais trataram da função curativa: houve o desastre e urge reparar os danos.

Definiu-se também que a melhor maneira de se precaver contra os danos ambientais é a de identificar e responsabilizar até mesmo antes do fato danoso, o potencial causador da poluição, elegendo-se à categoria de princípio a escolha do POLUIDOR-PAGADOR, que redundou no Tratado de KYOTO e de seu desdobramento, o Protocolo de KYOTO, que não deixa de suscitar controvérsias.

²² ob. cit., pp. 450 e 451

Esse movimento internacional com vistas a ratificar o Protocolo de Kyoto surgiu de questões que interessavam tanto as nações desenvolvidas quanto os países denominados emergentes.

O plano de fundo desse acordo se deu em decorrência do chamado “efeito estufa”, isto é, o problema do aquecimento global, que consiste no aumento da temperatura média da superfície terrestre de 1° C a 3,5° C e o aumento do nível médio do mar de 15 a 90 centímetros, com projeção até 2100, e da pressão dos organismos internacionais para que os países desenvolvidos tomassem a liderança no combate contra o aquecimento global, e os países poluidores deveriam reduzir consideravelmente suas emissões de gases na atmosfera.

O Protocolo de Kyoto considera os gases causadores do efeito estufa o dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, hexafluoreto de enxofre e as famílias dos perfluorcarbonos e hidrofluorcarbonos.²³

As emissões consideradas pelo documento em questão são apenas aquelas geradas por atividades humanas no setor energético (produção e uso de energia), em processos industriais (gases gerados como coprodutos do processo de fabricação de cimento, indústria química), no uso de solventes, no setor agropecuário (fermentação energética de gado ruminante, produção de arroz irrigado, solos agrícolas, queimadas de cerrados, queima de resíduos agrícolas) e tratamento de resíduos (lixo e esgoto).

Cabe ressaltar que o Protocolo limitou-se a vincular os países considerados até então desenvolvidos, excluindo os países em desenvolvimento da obrigação de diminuir as emissões de gases poluentes, idealizando uma alternativa consistente na utilização do mercado para auxiliar no processo de redução das emissões dos gases do efeito estufa, viabilizando a proposta de se criar um valor transacional para essas reduções, visando, assim, à redução de poluentes²⁴.

O objetivo evidente foi o de não comprometer a produtividade econômica dos países desenvolvidos, bem como angariar elogios da comunidade internacional, como “um país que está atento à saúde do mundo”.

Esse movimento proporcionou o chamado “Mercado de Carbono”.

O exame, mesmo perfunctório, do Tratado de Kyoto e de seu Protocolo, permite verificar que os países em desenvolvimento não estavam obrigados a reduzir as emissões de gases decorrentes das atividades levadas a efeito pelos grandes países industriais. Houve, todavia, a adesão às diretrizes do Tratado, pretendendo poupar a atmosfera de emissões de gases, por meio de transações visando a uma “quota de redução”, mercê de acordos que privilegiariam as reduções ocorridas nos países ditos emergentes, em troca de contraprestação pecuniária ou de financiamentos em investimentos nacionais.

²³ Protocolo de Quito e legislação correlata – Coleção Ambiental – volume III. Brasília. 2004.Senado Federal. P. 11.

²⁴ SISTER, Gabriel. Mercado de Carbono e o Protocolo de Quito – Aspectos negociais e tributação. Ed. Elsevier. 2007.p. 9.

Estudos realizados pela comunidade científica contemporânea levaram à conclusão de que a produção de energia acarreta o efeito estufa, e a fonte de maior incidência é aquela originada do petróleo e de seus derivados²⁵.

Destarte, as indústrias petrolíferas passaram a ter que se preocupar não só com a questão da segurança, mas tiveram que ficar atentas quanto ao impacto ambiental decorrente da operação industrial. Neste passo, a prevenção tornou-se o melhor caminho para afastar as inevitáveis repercussões econômico-financeiras nas empresas condenadas por poluição.

A aplicação prática do princípio da precaução propiciou o aperfeiçoamento da adoção de medidas de punição dos agentes causadores dos danos efetivamente verificados, permitindo que se efetue a responsabilização penal dos entes coletivos, aí compreendidas as pessoas jurídicas (empresas), que até bem pouco tempo atrás ficavam imunes às consequências de atos lesivos praticados contra o meio ambiente, limitadas as penas às pessoas físicas.

Emblemática se mostra, a respeito, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, prolatada no acórdão exarado no Recurso Especial n. 4.90 (2033/0107384), sendo Relator o Ministro Gilson Dipp.

O acórdão em referência sublinha a plena possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica por crime ambiental, ancorado no artigo 225 da Constituição Federal, em seu parágrafo 3º, que tem a seguinte dicção, *in verbis*:

(...) Parágrafo 3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Conforme o Ministro Gilson Dipp, a responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais surge como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de **prevenção** da prática de semelhantes delitos, função, de resto, essencial da política ambiental, que clama pela preservação.

O caráter preventivo da penalização prevalece sobre o punitivo, na medida em que muitos danos são irreversíveis, atentando mesmo contra a possibilidade de vida no nosso planeta.

Discernir o verdadeiro responsável pela prática delituosa contra o meio ambiente é tarefa muito difícil.

Com efeito, conforme doutrina Eládio Lecey, trazido à colação pelo Ministro Dipp:

²⁵ ALVES, Fernando Barata e GOMES, Jorge Salgado. O Universo da Indústria de Petróleo – da pesquisa à refinação. Editora Fundação Calouste Gubenkian, 2007, p.483.

(...) Sabidamente, os mais graves atentados ao meio ambiente são causados pelas empresas, pelos entes coletivos. Em razão de serem cometidos no âmbito das pessoas jurídicas, surge extrema dificuldade na apuração do (ou dos) sujeitos ativos de tais delitos. A complexidade dos interesses em jogo na estrutura das empresas pode levar à irresponsabilidade organizada dos indivíduos.

A importância crescente da indústria petrolífera no panorama energético mundial, conduziu a um estudo do problema ambiental de forma sistemática de modo que transforma esta indústria em um contribuinte efetivo para o desenvolvimento sustentável do mundo em que vivemos, permitindo que se tornasse realidade o pensamento de que as gerações presentes deverão desfrutar os bens da natureza sempre de modo que não comprometa as necessidades das gerações futuras²⁶.

Muitas vezes, a ocupação do solo por parte das indústrias petroquímicas ocorre em áreas sensíveis, comprometendo não só o meio ambiente com as emissões de gases e efluentes, mas também a conservação de ecossistemas costeiros.

O derramamento de líquidos, vazamentos de gases industriais em razão de acidentes navais, ou ineficácia no procedimento de extração do petróleo comprometem sobremaneira o ecossistema marinho.

O Brasil tem demonstrado que o problema pode se tornar recorrente²⁷.

Detentor de importantes reservas de petróleo, o Brasil tem no Canal de São Sebastião o maior terminal petrolífero do país, o antigo Terminal Almirante Barroso (TEBAR), denominado atualmente Duto e Terminais Centro Sul (DTCS).

O terminal está em atividade desde 1967, recebendo estoque e distribuição de aproximadamente 55% do óleo utilizado no Brasil. O TCS tem importante atividade como importador e entreposto de petróleo e derivados, recebendo mais de seiscentos navios por ano, movimentando 36 milhões de m³ de petróleo, com capacidade de armazenamento de 1,7 milhão de m³ de petróleo e 9,38 milhões de m³ de derivados²⁸.

Numerosos acidentes foram constatados na região de São Sebastião, na maior parte tendo sido identificados como responsáveis os navios petroleiros, derramando mais de seis mil m³ de óleo no canal-estuário.

²⁶ Gro H. Brundtland, *Our Common Future*, Brundtland Commission, Oxford University Press, 1987.

²⁷ Em 02.02.2012 – cento e sessenta barris de petróleo vazaram de uma coluna de produção do navio-plataforma de produção e armazenamento que realizava testes de extração no poço Carioca; em 20.03.2004 – cerca de dois mil litros de petróleo vazaram de um navio desativado, pertencente a uma empresa privada no Rio de Janeiro; em 18.02.2004 houve vazamento de óleo cru que poluiu o rio Guaecá e praia em São Sebastião – litoral norte de São Paulo; em 07.11.2003 – cerca de 460 litros de óleo vazaram da linha de produção da Petrobras em Riachuelo, a 32 km de Aracaju. – CEDENO DE pp. 333/338.

²⁸ Cetesb, 1986, 1994 e 1996 in *Oceanografia de um ecossistema subtropical – Plataforma de São Sebastião*, SP, Ana Maria Setubal Pires-Vanin (organizadora), Edusp, São Paulo, 2008, p. 125.

Atrelado a isto, constatamos que a Baixada Santista apresenta os mais graves conflitos de uso do solo, sediando atividades industriais, portuárias e urbanas altamente poluentes, que causam sérios impactos em seu vulnerável e produtivo ecossistema estuarino, prejudicando sensivelmente o estoque pesqueiro na região, bem como dano às atividades turísticas.

Segundo estudos realizados²⁹, os gases liberados pelas indústrias sediadas em Cubatão têm causado sérios riscos de deslizamento das encostas serranas próximas.

As autoridades competentes de forma direta ou indireta devem se esforçar para estabelecer metas e medidas a serem executadas em caráter emergencial, com o objetivo de reduzir e controlar acidentes, na esteira dos esforços realizados pelos países do mar Mediterrâneo³⁰.

4. UM PANORAMA DA POLUIÇÃO DECORRENTE DO PETRÓLEO

A segurança e o impacto ambiental constituem dois dos aspectos mais importantes de qualquer operação industrial, independentemente do seu ramo de atuação.

No entanto, o estudo da história do petróleo, bem como as dificuldades inerentes aos projetos de exploração e produção (construção de poços, plataformas e outras instalações), permite verificar que essa indústria se mostra muito mais implicada com os problemas atinentes à esfera ambiental global em relação a outras atividades econômicas.

De fato.

Recentemente, as companhias começaram a avaliar a melhor forma de definir seus procedimentos de segurança, que normalmente são extremamente prescritivos. Aponta-se agora mais para aspectos gerais, deixando aos técnicos a tarefa de definir e implementar as melhores formas de atingir esses objetivos, dentro de certos parâmetros.

Contudo, esta melhora nos procedimentos de segurança não alcança todas as empresas petrolíferas.

Como ensinam Jorge Salgado Gomes e Fernando Barata Alves³¹, as companhias devem possuir “um sistema de gestão de segurança”, concluindo no sentido de que “*políticas e procedimentos sem um seguimento permanente da sua aplicação, estão destinados ao fracasso*”, sob pena de, ao afastar-se da gestão da companhia, ocasionar resultados gravosos à coletividade.

Os erros de gestão dentro do segmento petrolífero geram impactos sensíveis do ponto de vista ambiental, podendo ser subdivididos em três categorias principais:

²⁹ AFONSO, Cíntia Maria. *Uso e ocupação do solo na zona costeira do Estado de São Paulo – uma análise ambiental*. São Paulo: Annablume: FAPESP, 1999, p.151.

³⁰ Cf. Um acordo Regional Original, in *Direito do Mar e do Meio Ambiente*, ob. cit., pp. 246-306.

³¹ ALVES, Fernando Barata e GOMES, Jorge Salgado. *O Universo da Indústria de Petróleo – da pesquisa à refinação*. Editora Fundação Calouste Gubenkian, 2007, p.481

- derrames de petróleo, tanto em terra quanto no mar;
- emissões gasosas na atmosfera; e
- alterações na superfície terrestre, desde as florestas tropicais até os desertos, passando pelas zonas habitadas.

O derramamento de petróleo é um tipo de poluição ambiental difícil de ser contido, em razão das especificidades do petróleo, que consiste em um combustível fóssil de origem animal e vegetal formado geologicamente há milhões de anos. É uma substância líquida oleosa de coloração escura encontrada em muitos lugares no mundo, que pode ser extraída no continente, em terra firme ou no assoalho oceânico, com uma natureza peculiar.

A extração do petróleo no oceano é feita através de maquinários estabelecidos em plataformas fixas ou móveis, que bombeiam o petróleo para o navio ou oleodutos, podendo ocorrer o vazamento de petróleo em navios petroleiros, nas plataformas de extração e nos oleodutos de distribuição, causando danos enormes ao meio ambiente, em razão de falhas estruturais dos equipamentos, falhas humanas na execução e também pela pressão exercida no fundo do oceano, que pode causar fissuras ou falhas no assoalho, escapando gás ou óleo, acarretando catástrofes cuja origem pode ser encontrada na má gestão.

Desastres ambientais desse tipo acarretam o lançamento no mar de quantidades enormes de óleo, formando manchas que são espalhadas pelas correntes marítimas e pelas correntes de ar.

A poluição causada pelo petróleo é muito tóxica para os animais marinhos e para as aves migratórias, além de prejudicar indiretamente a população que vive no litoral das áreas atingidas.

A importância crescente da indústria petrolífera no panorama energético mundial e suas influências diretas na economia de qualquer país que possua uma infraestrutura de captação de petróleo induz a uma especial atenção a este setor, por parte do Poder Público.

Entre nós, foi instituída a autarquia federal denominada Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), com a função de regulamentar o setor, com vinculação ao Ministério de Minas e Energia (artigo 8º da Lei nº 9.478/1997), como uma forma de a Administração Pública poder gerenciar as atividades das companhias petrolíferas.

Além disso, em 1953 foi sancionado o texto de lei que aprovou a criação da empresa Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRAS), sociedade anônima de capital aberto, cujo maior acionista é o governo brasileiro, atuando nos setores de exploração e produção, refino, comercialização e transporte de óleo e gás natural, petroquímica, distribuição de derivados, energia elétrica, biocombustíveis e outras fontes renováveis de energia ³².

³² <http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/>, fonte obtida em 20/09/2012 as 14h19.

Em que pese a Petrobras ter como maior acionista o governo brasileiro, esta não é prestadora de serviço público, não podendo ser concebida como delegada da União.

A União explora a atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se à disciplina jurídica das empresas privadas, atuando sob o regime de competição com as demais empresas que queiram participar dos procedimentos licitatórios, nos termos do § 1º do artigo 177 da Constituição Federal³³.

Desta forma, o recorrente número de acidentes ocasionados ao longo dos anos pela Petrobras e a incipiente responsabilização por parte do Poder Público sugere certa leniência no que tange à fiscalização estatal a ponto de estabelecer uma confusão existente no tocante às relações empresariais e a União.

Nesse passo, o Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal (STF), no voto prolatado na ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 3.273, permitiu que se pontuassem as relações existentes entre a Petrobras e a União Federal, como segue:

O argumento segundo o qual poderia comercializar o petróleo da União porque a sua propriedade (dela, Petrobras) é detida pela União não se sustenta. Pois é certo que mesmo para contratar unicamente a comercialização de petróleo a União terá de licitá-la. De qualquer modo, a Petrobras, transformada em simples agente comercial da União, forneceria, ao passo que resultaria marcante e marcadamente sacrificada a exploração do petróleo e do gás natural entre nós ³⁴

A Petrobras, atualmente, está presente em vinte e oito (28) países, com um volume de investimentos no montante de setenta e três (R\$ 73.000.000.000,00) bilhões de reais, obtendo uma receita líquida de duzentos e quarenta e quatro (R\$ 244.000.000.000,00) bilhões de reais, apurando um lucro líquido de trinta e três bilhões de reais (R\$ 33.000.000.000,00), produzindo diariamente dois milhões e seiscentos e vinte e um mil barris de petróleo (2.621.000), entre eles, quatrocentos e cinquenta e dois mil (452.000) de barris de gás natural, bem como possuindo uma

³³ Art. 177. CF: *Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos, cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do Art. 21 desta Constituição Federal. § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei. (...)*

³⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.273 Distrito Federal, Relator para o acórdão Ministro Eros Grau, julgamento 16.03.2005.

reserva de dezesseis bilhões e quatrocentos milhões (16.400.000.000) de barris e de óleo e gás equivalentes.

A Petrobras é a responsável pela instalação de numerosas plataformas, fixas e flutuantes, além de possuir uma frota de duzentos e quarenta e dois navios e angariar trinta mil e sessenta e sete quilômetros (30.067 km) de dutos de petróleo e seus derivados, além deter o controle de sete usinas de biocombustíveis, dezesseis termelétricas e quatro usinas de energia eólica.³⁵

Com estes expressivos dados, torna-se evidente a importância que os estudos sobre impacto ambiental, decorrentes do risco inerente à atividade petrolífera, podem propiciar em um contexto de política ambiental no plano global.

O estudo de impacto ambiental deverá permitir a documentação dos potenciais efeitos físicos, biológicos, sociais e de saúde que as atividades petrolíferas poderão desenvolver na região, bem como a informação necessária para que os especialistas e gestores possam tomar decisões sobre a viabilidade do projeto.

A Petrobras causa constantes preocupações em razão dos vazamentos de óleo que foram constatados como de sua responsabilidade.

De fato, antes do afundamento da plataforma P-36, em março de 2001, e do acidente com a plataforma P-7, em abril, a Petrobras somava dezoito desastres causados desde março de 1975 por vazamento de óleo e gasolina ou emissão de vapores de soda cáustica, nove deles somente entre 1990 e 2000. Em apenas quatro deles (janeiro, março, junho e julho de 2000), foram lançados mais de cinco milhões de litros de petróleo na região costeira da Baía de Guanabara (RJ), em Araucária (PR) e em Tramandaí (RS).

O custo desses vazamentos, para o ecossistema marinho, pode representar o comprometimento, a longo prazo, da diversidade biológica e genética, composta por organismos e plantas que formam a base da cadeia alimentar e são responsáveis pela dispersão intra e interoceânica das espécies ali existentes.

A alteração significativa do ambiente oceânico poderá agravar a diminuição dos principais estoques pesqueiros, considerados sob risco, uma vez que setenta por cento (70%) deles são superexplorados ou estão em seu limite biológico de reprodução. Cabe mencionar, mais, que outro sinal visível da degradação dos ambientes oceânicos é a descoloração dos recifes de coral.

Em breve, a atividade petrolífera apresenta muitos riscos e o maior desafio para as empresas ligadas ao setor consiste na possibilidade de se tornar responsável ambientalmente, no sentido de poder colaborar para minimizar os danos da exploração dos hidrocarbonetos (sobre as responsabilidades para os proprietários das cargas de hidrocarbonetos, dos bancos, do mercado de seguros, do ponto de vista do Direito Internacional, rejeitando os acordos privados e a lei norte-americana (OPA – Oil Pollution Act), veja o primoroso trabalho de Madame Chao Wu, *La Pollution du Fait*

³⁵ <http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/>, fonte obtida em 20/09/2012 às 14h43.

du Transfert Maritime des Hydrocarbures – Responsabilité et Indemnisation des Dommages, INDEMER (Mônaco)-PEDONE (Paris), 1994, *passim*).

Neste passo, o Princípio 15 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento foi lapidar:

Medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para remeter para mais tarde a adoção das medidas efetivas visando prevenir a degradação do meio ambiente.

Em complemento, determina o Princípio 16 da mesma declaração internacional:

As autoridades nacionais devem se esforçar para promover a internalização dos custos de proteção do meio ambiente e a utilização de instrumentos econômicos, em virtude do princípio segundo o qual é o poluidor que deve, em princípio, assumir o custo da poluição, na preocupação pelo interesse público e sem submeter-se ao comércio internacional e ao investimento.

É evidente que o desenvolvimento econômico e o aumento expressivo das atividades petrolíferas têm levado muito mais ao desgaste ecológico do que ao desenvolvimento sustentável.

Somente o gerenciamento costeiro, amparado pelos estudos científicos e pela legislação de cunho internacional (Convenções e Tratados), poderá permitir que ainda perdure a exploração, o transporte e o consumo de hidrocarbonetos, de modo que, no futuro, a Terra ainda esteja íntegra e as possibilidades de expansão do ser humano continuem intactas.

5. CONCLUSÃO: ALGUMAS SUGESTÕES PARA O BRASIL E O MERCOSUL

A zona costeira brasileira abrange uma faixa superior a 8.968 quilômetros de extensão, compreendendo um conjunto de ecossistemas contíguos sobre uma área de aproximadamente 388 mil quilômetros quadrados. A costa brasileira abarca uma parte terrestre, contando com 400 municípios e uma área marinha, que corresponde ao mar territorial brasileiro, com largura de 12 milhas náuticas a partilhar da linha de costa.

A zona costeira concentra 36,5 milhões de pessoas, implicando grande densidade populacional, em torno de 87 habitantes por quilômetro quadrado, cinco vezes superior à média nacional, que é de 17 habitantes por quilômetro quadrado.

A formação territorial brasileira teve início no período colonial, por ocasião de sua descoberta, em 1500, principiando pelo litoral e tendo se concentrado nas cidades mais importantes em torno das áreas litorâneas, com exceção de São Paulo, que tomou outro caminho, mais para oeste, em direção do planalto, a fim de evitar os ataques dos tamoios (cf. a respeito do desenvolvimento e da colonização de São Paulo, Maria da Conceição Martins Ribeiro, *in A Vida Urbana Paulistana vista pela Administração Municipal 1562-1822*, Manole Editora (Minha Editora), São Paulo, 2011, *passim*).

No tocante ao litoral, inicialmente a ocupação ocorrida foi de natureza militar, para expulsar os corsários ingleses e franceses. Posteriormente, com o auxílio dos jesuítas, os colonos portugueses foram se fixando no interior do país, partindo sempre da costa.

As formações urbanísticas que, destarte, se apresentaram, ainda hoje influem no aspecto político e econômico do Brasil, podendo-se mencionar conjuntos expressivos, a saber, na região de Olinda/Recife, no Recôncavo Baiano, na região do litoral fluminense e no litoral paulista.

A industrialização, por sua vez, teve início somente nos anos 1950 do século XX, implicando uma grande expansão e afluxo de riquezas, mas, também, uma atividade desenfreada claramente destruidora das sensíveis áreas litorâneas, marcadas pela excessiva concentração da população e por uma urbanização caótica, tendo em vista o surgimento de áreas de carência (favelas) bem evidentes, como é o caso da Vila Socó, em Cubatão (SP), e dos morros ao longo da orla marítima da cidade do Rio de Janeiro.

Em que pese o quadro verdadeiramente brutal da condição de vida das populações existentes ao longo da faixa litorânea, principalmente das grandes metrópoles, a legislação brasileira procurou definir os espaços costeiros e litorâneos, dando ênfase ao controle exercido nas áreas em comento, sobretudo pela União Federal.

A região costeira brasileira é marcada por grandes contrastes, concentrando áreas de urbanização intensa, atividades portuárias e industriais e exploração turística em grande escala, principalmente nos centros regionais litorâneos, áreas estuarinas e baías, onde se deu o início da colonização do país.

De acordo com um estudo (Fonte: IBGE 1988 (BASE/SEMA 1984 (ROMA) levado a efeito pela Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da USP, constatou-se que, de Norte a Sul, a costa brasileira sofre degradação biológica, atmosférica, edafológica e paisagística, decorrentes dos seguintes fatores: (I) especulação imobiliária, (II) poluição industrial, (III) exploração agropecuária de índole destrutiva para o meio ambiente, (IV) os portos, com os seus conseqüências destrutivos para o mar e para a linha da costa, (V) a pesca predatória, (VI) a mineração, com resultados perversos não só para a natureza, mas para as populações aborígenes, ocorrendo em todo o país, (VII) o desmatamento, e (VIII) a expansão urbana desenfreada.

A área de domínio da Mata Atlântica é um dos segmentos que se considera em estado crítico de degradação ambiental no Brasil. A linha costeira da Jureia, Picin-guaba, Bertioaga, Cananeia e Iguape, no Estado de São Paulo, e a região de Paranaguá,

no Paraná, e a região metropolitana do Rio de Janeiro suportam dois dos três mais importantes centros industriais do país, o complexo portuário, petroquímico e siderúrgico de Santos/Cubatão e o complexo industrial/portuário do Rio de Janeiro.

O litoral brasileiro tem sido agredido por acidentes com petróleo e derivados constantemente, mas de modo particularmente grave a partir de março de 1975, quando um cargueiro fretado pela Petrobras derramou 6 mil toneladas de óleo na Baía da Guanabara (cf. <http://www.ambientebrasil.com.br>).

Em 1989, foi criado o IBAMA (Instituto de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), mercê da Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, com o objetivo de unificar a política ambiental brasileira e corrigir as distorções existentes, sobretudo na administração das unidades de conservação.

Sobreveio o Decreto nº 2.870, de 10 de dezembro de 1998, que promulga a Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação de caso de Poluição (Londres, 30/11/1990), que põe em destaque a necessidade de se preservar o meio ambiente humano em geral e o meio ambiente marinho em particular, bem como reconhecendo a séria ameaça de poluição por óleo envolvendo plataformas oceânicas, portos marítimos e instalações de operação com petróleo, bem como preconizando a necessidade de uma ação rápida e efetiva para minimizar os danos decorrentes das atividades, principalmente petrolíferas no meio marinho.

Referida Convenção de Londres de 1990 indica a necessidade de se prevenir e de precaver acidentes com óleo no mar pela fiscalização dos navios e demais engenhos, treinamento do pessoal afetado à fiscalização e a disponibilização de recursos por parte dos países contratantes para levar a bons resultados os objetivos de minimização dos riscos decorrentes dos acidentes com óleo no mar.

Em 18 de julho de 2000, por intermédio da Lei nº 9.985, foi instituído o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, estabelecendo critérios e normas para a criação, implantação e a gestão das unidades de conservação, que se dividem em dois grupos: a) unidades de proteção integral; e b) unidades de uso sustentável. A primeira tem por objetivo básico preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto de seus recursos naturais, *com exceção dos casos previstos nesta lei*. A última tem por objetivo básico compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela de seus recursos naturais.

O Brasil é signatário e membro do MERCOSUL, dispondo os quatro países originários (Argentina, Uruguai, Brasil e Paraguai) de previsão legislativa constitucional no que se refere ao meio ambiente, facilitando a tarefa de adaptação das legislações internas para atender a um propósito comunitário de defesa ambiental (cf. Artigo 41 da Constituição argentina reformado de 1994; artigos 7º e 8º da Constituição do Paraguai, de 1992; artigo 47 da Constituição da República Oriental do Uruguai, de 1967, com as reformas de 1966; a responsabilidade ambiental no Uruguai foi implementada pela Lei nº 17.283/2000, que prevê a cooperação ambiental regional e internacional e a participação na solução dos problemas ambientais globais).

Os documentos referentes ao MERCOSUL deixam entrever uma grande preocupação com os perigos ecológicos decorrentes da livre circulação de mercadorias, como, por exemplo, o Programa de Liberação Comercial do Tratado de Assunção (Anexo I), não havendo, todavia, até o presente momento, nenhum acordo específico de cooperação para o combate, conjunto, em termos de cooperação e de integração, relativamente à poluição accidental dos seus mares e oceanos.

A proteção do meio ambiente foi devidamente objeto das preocupações dos diplomatas signatários do Tratado de Assunção, estabelecendo a necessidade de se resolver o problema da poluição através de um exame global, consoante o “Programa de Ação do MERCOSUL”, que havia sido estabelecido para o início do novo milênio, consoante o item 3.1. de seu texto:

3.1. El Medio Ambiente. El objetivo será formular y proponer estrategias y directrices que garanticen la protección del medio ambiente de los Estados Partes en un contexto de libre comercio y consolidación de la Unión Aduanera, considerando las directrices básicas de política ambiental aprobadas por la Res. N. 10/94 y los principios del desarrollo sostenido emanados de la Conferencia de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo llevada a cabo en Rio de Janeiro en 1992.

Nesta perspectiva, foi celebrado o “Acordo sobre Cooperação em Matéria Ambiental”, firmado pelos quatro países-membros do MERCOSUL em 27 de dezembro de 1992, pondo em relevo as questões ambientais nas áreas fronteiriças e estabelecendo a necessidade da realização de um esforço conjunto.

A execução do referido acordo tem por órgão executivo a Comissão de Cooperação em Matéria Ambiental que, a exemplo da Comissão RAMOGE, é a responsável pela harmonização legislativa ambiental nos Estados-Partes, devendo elaborar programas de monitoramento atmosférico, de recursos naturais em geral e de desenvolvimento socioeconômico, bem como referente à definição dos critérios relativos ao impacto ambiental.

Em complementação, foi firmado o Acordo Marco sobre o Meio Ambiente do MERCOSUL, em Assunção, no Paraguai, em 11 de junho de 2001, reconhecendo a necessidade de contar com um marco jurídico para regulamentar as ações de proteção do meio ambiente e a conservação dos recursos naturais do MERCOSUL, com base no Tratado de Assunção, no Protocolo de Ouro Preto, na Resolução nº 38/97 do Grupo Mercado Comum e na Resolução nº 01/01 do SGT nº 6 Meio Ambiente.

O capítulo III do mencionado acordo prevê a cooperação dos Estados-Partes para a proteção dos recursos naturais, mediante a adoção de políticas comuns e a troca de informação sobre as posições regionais em foros ambientais internacionais.

A harmonização legislativa permitirá um grande avanço no aperfeiçoamento das instituições administrativas estabelecidas para o combate à poluição, sobretudo accidental (prevista no artigo 6º, alínea “c”, do Acordo Marco).

O turismo no MERCOSUL, por outro lado, abre grandes perspectivas para o desenvolvimento econômico dos países signatários do Tratado de Assunção; de resto, experiência bem concretizada na Europa, sobretudo na área integrante da Convenção RAMOGE.

O turismo ambiental, sem dúvida, permite o desenvolvimento econômico do litoral, em geral marcado por uma população carente, sem danificar a ecologia. Somente poderá ter sucesso com a adoção de uma política de integração com os países vizinhos.

A legislação interna de cada um dos países, no tópico ambiental, deverá ser revista, máxime tendo em conta que alguns países se submetem ao sistema federativo, como o Brasil e a Argentina, e outros ao sistema unitário, como o Paraguai e o Uruguai.

A questão do lixo nas praias, do derramamento de óleo e seus derivados e produtos químicos na faixa costeira, e a poluição das nascentes poderão ter soluções mais satisfatórias em uma abordagem internacional.

O exercício dos poderes dos Estados costeiros, em matéria de prevenção da poluição marinha, será grandemente aperfeiçoado mercê da adoção de uma política de cooperação e de integração (sobre os temas da integração e cooperação vejam nossos artigos: *Teoria Geral da Integração Econômica*, Revista Tributária e de Finanças Públicas 3 (11) nov. dez. 2003:239 246, e *Soberania: Contribuição para a construção de uma Teoria Geral do Direito da Integração Econômica*, Revista Tributária e de Finanças Públicas 64 (13) set.out.2005:254/275) e com relação às medidas funcionais de intervenção do Estado sobre os navios e as empresas petrolíferas que exploram hidrocarbonetos na plataforma continental.

O novo regime jurídico do mar conclama os países signatários do texto de 1982 (MONTEGO BAY) a adotarem todas as medidas necessárias à proteção de tão indispensável recurso natural, que não é inesgotável, o mar, que pode ser extremamente prejudicado pela extração sem controle do petróleo.

Com efeito, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNU-DM), tratado multilateral que estabelece os princípios gerais da exploração dos recursos naturais do mar, foi ratificada pelo Brasil em dezembro de 1988, que também cuidou, por meio da Lei nº 8.617, de 4 de janeiro, a adotar o conceito de zona econômica exclusiva para as 200 milhas marítimas adjacentes.

De lege ferenda, cabe frisar que as medidas tributárias podem consistir em uma boa maneira de se proteger com eficácia o meio ambiente. Muito mais do que meramente arrecadatória, a função fiscalista dos impostos e taxas permitirá maior eficácia da fiscalização por parte das autoridades, sobretudo municipais, sobre as atividades de exploração do petróleo.

O preceito “quem contamina paga”, se insere muito bem no sistema da adoção dos tributos ditos ecológicos como meio para restringir e punir as situações de risco ou de poluição verificada, como bem salienta Ramón Falcón y Tella, que apresenta a situação da proibição de determinadas atividades gravemente contaminantes (expressamente prevista no artigo 45 da Constituição espanhola, parágrafo 3) e a definição normativa dos limites a outros direitos, incluindo a imposição fiscal sobre a empresa que explore

atividade poluente (cf. LAS MEDIDAS TRIBUTARIAS MEIO AMBIENTALES Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, in *Derecho Del Médio Ambiente y Administración Local* (organizador José Esteve Pardo), Diputació de Barcelona/Civitas, 1998).

De fato, a tributação ambiental constitui uma exigência lógica do princípio “poluidor-pagador” ou “quem contamina paga”, regra que nasceu no âmbito das ciências econômicas e foi assumida posteriormente pela OCDE e pelas Comunidades Europeias, em 1974 e em 1988, respectivamente.

A Espanha determinou o fato imponível, para as Ilhas Baleares, elegendo elementos patrimoniais situados no território atrás citado, e cujas atividades incidam sobre o meio ambiente, como implementação do princípio de que a autoridade local dispõe dos meios para **prevenir** os atentados contra a natureza, incluindo aí a tributação (cf. mais extensamente, Pedro Manuel Herrera Molina, in *LOS TRIBUTOS COM FINES AMBIENTALES: IMPUESTOS AUTONOMICOS SOBRE INSTALACIONES CONTAMINANTES*, *Derecho Del Médio Ambiente y Administración Local*, ob. cit.).

Em breve, qualquer medida tendente à proteção ambiental e ao controle da exploração dos elementos naturais energéticos depende do necessário equilíbrio, para evitar o ponto de ruptura.

O Brasil implementou o princípio da precaução por intermédio de medidas administrativas, entre as quais podemos destacar a Resolução n° 398/2008 (Plano de Emergência Individual – PEI), o Plano de Área (Decreto n° 4.871/2003), fixando a abrangência dos planos como segue:

- abrangência nacional;
- concentração de instalações e empreendimentos; e
- foco individual nos pontos organizados.

A legislação ambiental em vigor determina a realização de auditorias que devem ser realizadas pela Agência Natural do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que devem ser rigorosas.

Segundo o representante da ANP, Sílvio Jablonski, entre 2009 e 2010 foram feitas cento e trinta (130) auditorias, 910 relatos de não conformidade e aplicadas multas de quarenta milhões de reais, e catorze medidas cautelares com interdição de produção.³⁶

As companhias petrolíferas estão se movendo no sentido de um aumento crescente de novas oportunidades de negócios e mercados, visando, juntamente com os países detentores de energia, manter a capacidade humana de resolver as dificuldades, afastando as crises de dependência e procurando estabelecer o equilíbrio energético global, extremamente delicado, de modo que estabeleça uma política que garanta a segurança com relação às explorações nucleares, permita investimentos elevados em novas tecnologias e concretize a manutenção sem dependência dos combustíveis fósseis.

³⁶ Fonte: Agência Câmara de Notícias, 08/05/2012, Câmara dos Deputados, Publicado no Jornal da Câmara, Ano 14, n.º 2.777, em 09/05/2013.

6. BIBLIOGRAFIA

- AFONSO, Cíntia Maria. Uso e ocupação do solo na zona costeira do Estado de São Paulo – Uma Análise Ambiental, FAPESP/AnnaBlume, 1999.
- ALVES, Fernando Barata e GOMES, Jorge Salgado. O Universo da Indústria de Petróleo – da pesquisa à refinação. Editora Fundação Calouste Gubenkian, 2007.
- BAUDHUIN, *Princípios de economia contemporânea, volume I – A Produção*, Difusão Europeia do Livro-DIFEL, Portugal, 1966.
- BEER-GABEL, Josette, *Recueil des Traités relatifs à La Méditerranée*, Pédone, Paris, 1997.
- BOISSON DE CHAZOURNES, DESGANÉ, Richard, e ROMANO, Cesare, *Protéction Intrnationale de l'Environnement*, Éditions Pédone, Paris, 1998.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. Direitos Humanos e Meio Ambiente Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.
- CEDEÑO DE BARROS, José Fernando. Direito do Mar e do Meio Ambiente. LEX Editora. São Paulo. 2007.
- CEDEÑO DE BARROS, José Fernando. Teoria Geral da Integração Econômica, in Revista Tributária e de Finanças Públicas (RT Revista dos Tribunais) 53 (11) Nov.Dez. 2003: 239.
- CEDEÑO DE BARROS, José Fernando. Soberania: Contribuição para a construção de uma Teoria Geral do Direito da Integração Econômica, in Revista Tributária e de Finanças Públicas (RT Revista dos Tribunais) 4 (13) set.out. 2005:263.
- DIPUTACIÓN DE BARCELONA, *Derecho Del Médio Ambiente y Administración Local (coordinado por José Esteve Prado)*, Diputació de Barcelona/Civitas, 1996.
- FLIERT, Lydia van de, *Indigeneous Peoples and International Organisations*, Nottingham, Spokesman, 1994.
- GESTRI, Marco, *La gestione delle risorse naturali d'interesse generale per la Comunità Internazionale*, G. Giappichelli editore – Torino, 1996.
- MARTINS RIBEIRO, Maria da Conceição. A Vida Urbana Paulistana Vista pela Administração Municipal 1562-1822, MinhaEditora (Manole), São Paulo, 2011.
- SADELEER, Nicolas de, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution – Essai sur la gènese et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant/AUF, 1999.
- SENADO FEDERAL. Protocolo de Quioto e legislação correlata – Coleção Ambiental – volume III. Brasília. 2004.
- SISTER, Gabriel. Mercado de Carbono e o Protocolo de Quioto – Aspectos negociais e tributação. Ed. Elsevier. 2007.
- Di Plinio, Giampiero, e Fimiani, Pasquale, *Principi di Diritto Ambientale*, Giuffrè Editore, Milão, 2002.
- PUCKETT, Jim, *Déchets sans frontières: les enjeux de la Convention de Bâle*, in *Ecologie contre nature – Développement et politiques d'ingérence*, PUF, Paris, 1995.
- Protocolo de Quioto e legislação correlata – Coleção Ambiental – volume III. Brasília. 2004. Senado Federal.
- Wu, Chao, *La Pollution du Fait du Transfert Maritime des Hydrocarbures – Responsabilité et Indemnisation des Dommages*, INDEMER (Mônaco)-PEDONE (Paris), 1994
- <http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/>, fonte obtida em 20/09/2012 às 14h19.

ZONEAMENTO ECOLÓGICO-ECONÔMICO COMO INSTRUMENTO ESSENCIAL DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE A SER CONSIDERADO NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Ecological-Economic Zoning as a essential tool to the National Environmental Policy to be considered in environment license

Silvia Helena Nogueira Nascimento¹

Thais Teizen²

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Licenciamento como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente. 2.1. Conceito. 2.2. Competência. 3. Zoneamento Ecológico-Econômico – ZEE como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente. 3.1. Conceito. 3.2. Competência. 4. Decreto Federal nº 4.297/2002. 5. Lei Federal nº 7.661/88 – ZEE da Zona Costeira. 5.1. Decreto Federal nº 5.300/2004. 5.2. Lei Estadual nº 10.019/98 – Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro – PEGC/SP. 6. Política Agrícola – Lei nº 8.171/91 e o ZEE. 6.1. Zoneamento Agroambiental do setor sucroalcooleiro no Estado de São Paulo. 7. Lei nº 12.651/2012 – ZEE e a alteração do percentual de Reserva Legal. 8. Zoneamento Industrial. 9. Zoneamento Ambiental no Estatuto da Cidade. 10. Conclusão. 11. Bibliografia.

RESUMO

A Política Nacional do Meio Ambiente brasileiro prevê importante instrumento para aprimorar as políticas públicas denominado Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE). O estudo aborda a legislação vigente, com ênfase nos temas zona costeira, política agrícola, zoneamento industrial e Estatuto da Cidade. Ao final, demonstra-se sua importância para realizar o correto ordenamento do território brasileiro através da integração eficiente da ordem econômica, social e ambiental.

SUMMARY

The Brazilian National Environmental Policy predicts an important tool to improve public policies called Ecological-Economic Zoning (ZEE). This study addresses the current legislation, with emphasis on off shore zones, agricultural and industrial policy and the City Statute Code. Conclude to demonstrate the importance to make the correct zoning of the Brazilian territory for an efficient economical, social and environmental integration.

Palavras-chaves: Meio ambiente – instrumentos – zoneamento – integração – economia

Keywords: Environment - tools - zoning - integration - economy

¹ Procuradora do Estado de São Paulo, chefe da consultoria jurídica da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo. Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP.

² Procuradora do Estado de São Paulo, em exercício na consultoria jurídica da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo. Especialização em Processo Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado e pela Universidade Católica de Santos. Especialização em Direito do Estado pela USP. Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade analisar o Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE) como um dos instrumentos essenciais para o desenvolvimento da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), a qual prevê vários instrumentos para sua execução, entre os quais se destacam o “zoneamento ambiental” e o “licenciamento ambiental”, previstos, respectivamente, nos incisos II e IV, do Art. 9º, da Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

Embora no âmbito federal o licenciamento ambiental só tenha se tornado obrigatório a partir dessa referida lei, no Estado de São Paulo, a Lei Estadual nº 898/75, ao disciplinar o uso do solo para a proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo, já fazia referência à cessação compulsória da atividade ou demolição da obra, com cassação da licença, quando sua realização se dê em desacordo com o projeto aprovado ou sem licenciamento.

Observa-se, desde então, uma crescente preocupação com os temas do licenciamento e do zoneamento, que passaram a ser objeto de estudos doutrinários e jurisprudenciais, além de contemplados por diversos diplomas legais. A interação entre os institutos foi bem observada por ATTANASIO JUNIOR E ATTANASIO (RDA 43:210/211):

O zoneamento ecológico-econômico se apresenta muito eficiente na realização do diagnóstico ambiental, que é requisito essencial do estudo de impacto ambiental (Resolução Conama 01/86). Como o empreendedor é o responsável pela elaboração do estudo de impacto ambiental, acaba tendo que produzir informações sobre os meios físico, biológico e sócioeconômico da área de influência do projeto, não relacionadas ao seu empreendimento, as quais já poderiam estar disponibilizadas pelo poder público num zoneamento ecológico-econômico. Note-se, contudo, que o empreendedor não está desobrigado de produzir as informações sobre o seu empreendimento, que as produzirá com maior agilidade quando já contar com o zoneamento ecológico-econômico.

Há que se destacar, também, que o zoneamento ecológico-econômico, ao determinar as vocações e suscetibilidades naturais dos fatores ambientais em função da capacidade de suporte do meio e permitir um conhecimento global da área de estudo, de forma sistemática, possibilita tomadas de decisão mais adequadas, no que diz respeito à viabilidade ambiental do empreendimento, promovendo um maior dinamismo ao estudo de impacto ambiental (Souza, 2000).

2. LICENCIAMENTO COMO INSTRUMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

2.1. Conceito

A Resolução CONAMA nº 237/97 já definia licenciamento ambiental como o:

procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso³

Assim como fixava a noção de Licença Ambiental como:

“ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental”.⁴

Hoje o licenciamento ambiental encontra-se definido no art. 2º, I, da Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, nos seguintes termos:

licenciamento ambiental: o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.

A licença, em verdade, é o ato final do procedimento ou processo que a antecede, cuja outorga demonstra o preenchimento dos requisitos legais ou condições impostas para o exercício de determinada atividade ou para determinado empreendimento, caracterizando-se como o resultado de uma sequência de atos destinados à obtenção de uma declaração da Administração facultando àquele que preencha os requisitos legais (condições, restrições e medidas de controle ambiental) o exercício de determinada atividade ou o empreendimento.

³ Artigo 1º, I da Res. CONAMA 237/97.

⁴ Artigo 1º, II da Res. CONAMA 237/97.

No Direito Administrativo, costuma-se considerar a licença como ato vinculado, o que a diferencia da autorização, sendo aquela conceituada como “ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade.”⁵

A licença ambiental, no entanto, traz certa nuance ao conceito exposto, eis que tem características próprias. Há autores que atribuem certo grau de discricionariedade ao ato em razão de a administração estabelecer as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor para a obtenção da licença. Todavia, não nos parece que o condicionamento da licença transforma o seu caráter ao ponto de considerá-la ato discricionário, especialmente quando tais condicionantes são devidamente motivadas e, a motivação acaba por ser vinculatória.

A situação que a torna *sui generis* é o fato de variar com o tempo e sua outorga sujeitar-se à regra “*rebus sic stantibus*”. A alteração da situação, como na hipótese de sua concessão quando o estágio da técnica ou do conhecimento humano não permitia prever consequências prejudiciais que depois são detectadas, pode dar ensejo à sua cassação.

O que importa deixar claro é que a licença ambiental não possui um caráter de definitividade, podendo ser fixado um prazo final para que se expire ou mesmo ser suprimida diante da verificação de que desrespeita o direito ao meio ambiente equilibrado.

Enquanto instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, tanto o licenciamento quanto o zoneamento ecológico-econômico, são passíveis de revisão com vistas a dar efetividade ao determinado pela Constituição Federal. Nesse sentido, pode haver supressão da licença, tanto em razão da constatação de que foi concedida sem que fossem respeitados os pressupostos constitucionais/legais para sua expedição (invalidação) quanto em função de sua concessão quando o estágio da técnica ou do conhecimento humano não permitia prever consequências prejudiciais que depois são detectadas (cassação). Se houver possibilidade de implantação de medidas para adaptação, novas condicionantes poderão ser impostas ao empreendedor. A licença também poderá perder a validade ao atingir seu termo final ou depender de renovação.

Importa ainda acrescentar que a Resolução CONAMA nº 237/97, estabelece que o Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá licenças ambientais isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade, prevendo um rol de três tipos, denominadas: licença prévia (LP), licença de instalação (LI) e licença de operação (LO)⁶.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, (ANO). p. 228

⁶ I Licença Prévia (LP) – concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

2.2. Competência

O artigo 23, inciso VI, da Constituição Federal diz que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Na partilha constitucional de competências, o artigo 23 estabelece a denominada competência administrativa comum e o artigo 24, a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal.

José Afonso da Silva, ao comentar a questão, ensina-nos o seguinte:

a repartição de competência se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União previstos nos arts. 21 e 22, com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 29 e 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos, áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre a União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais e normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência complementar (art. 24 e 30).⁷

Mas, antes mesmo da Constituição de 1988, o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), criado pela Lei nº 6.938/81 e regulamentado pelo Decreto nº 99.274/99, foi estruturado para combinar a atuação dos três níveis federais (União, Estados e Municípios) na proteção e melhoria da qualidade ambiental. Contudo, suas disposições não foram suficientes para impedir que a competência material comum atribuída pelo Art. 23 da Constituição Federal se transformasse em uma fonte de litígios, principalmente no tocante à competência para o licenciamento ambiental e fiscalização (Art. 10 da Lei nº 6.938/81). Assim, buscando aprimorar o Sistema, o CONAMA editou a Resolução nº 237/97, definindo a competência de acordo com um critério misto que combinava a extensão do impacto ambiental, a localização ou o tipo de atividade licenciada. Contudo, regras como a do § 1º, Art. 4º da Resolução nº 237/97, revelaram-se muito problemáticas na prática.

II Licença de Instalação (LI) – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental, e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III Licença de Operação (LO) – autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a operação.

⁷ Silva, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo. Ed. Malheiros. 1994, p. 121

Os desafios surgiram na forma de reiterados conflitos de competência normativa, fiscalizatória e sancionatória, os quais frequentemente eram judicializados, na busca do preenchimento das lacunas ou eliminação das antinomias da farta legislação editada nos três níveis federativos.⁸

A Lei Complementar nº 140/2011 tentou resolver esses impasses gerados desde a criação do SISNAMA, fixando, atualmente, as regras de competência para o licenciamento.

No entanto, dado o objetivo e dimensão deste trabalho, no momento importa frisar que, como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, o licenciamento é regulado pelo artigo 10 da Lei nº 6.938/81, cuja redação, após a alteração trazida pela Lei Complementar nº 140/2011, passou a ser a seguinte:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

§ 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente.

3. ZEE COMO INSTRUMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

3.1. Conceito

Instituto originário dos direitos inglês e norte-americano (“zoning”), o zoneamento surgiu nas sociedades industrializadas e urbanizadas, segundo apontado por PEREIRA E WINCKLER (RDA 51:203).

Em sentido amplo, segundo essa concepção tradicional, zonear é repartir o solo e designar os seus usos, no exercício do poder de polícia administrativa.⁹

⁸ O comentário de Sidney Guerra ao analisar a questão da competência ambiental à luz da lei complementar nº 140/2011, por ocasião do advento desse diploma normativo: “(...) o conflito de competência entre os diferentes órgãos ambientais (Federal, Estadual e Municipal) tem sido apontado como um dos maiores empecilhos para o andamento do licenciamento ambiental. Defendemos, à época, que seria justo concluir que o Brasil precisava ter, com urgência, uma definição do Poder Legislativo – e não do Poder Judiciário, criticado por aparentemente atuar ativamente e usurpar função do Legislativo – quanto às competências dos entes federados em matéria ambiental.(...)” (Sidney Guerra, Competência ambiental à luz da Lei Complementar n. 140/2011, <http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/sidney.pdf>), conferido em data

⁹ FIORILLO, Curso de Direito Ambiental, 2006, p. 296.

ATTANASIO JUNIOR E ATTANASIO (RDA 43:205) descrevem o zoneamento como instrumento de planejamento urbano, fortemente marcado por elemento funcionalista e excludente, porque estabelece a divisão das cidades em zonas, segundo categorias de atividades e usos. Esses doutrinadores observam que o modelo originário de zoneamento, municipal e funcionalista, é criticado:

por apresentar ao longo do tempo um caráter de disciplinamento da propriedade sob o ponto de vista eminentemente econômico, voltado mais para os interesses do mercado imobiliário sem se preocupar com os problemas sociais e ambientais da cidade.

Como efeitos indesejáveis do modelo de zoneamento estritamente econômicos, os supracitados autores (RDA 43:206) destacam a especulação imobiliária e a exclusão habitacional, que canalizam a demanda por moradia para áreas de relevante importância ambiental (p.ex., manguezais, fundos de vale, margens de rios, encostas íngremes, etc.), gerando degradação ambiental.

O ZEE surge como uma resposta à problemática acima descrita, sendo desenvolvido a partir de uma nova concepção baseada na dimensão socioambiental e orientada por princípios próprios que se distinguem do zoneamento clássico. Nesse sentido, segundo nos alerta Marcelo Nogueira Camargos:

pelo zoneamento ambiental são instituídos diferentes tipos de zonas nas quais o Poder Público estabelece regimes especiais de uso, gozo e fruição da propriedade na busca da melhoria e recuperação da qualidade ambiental e do bem-estar da população. Suas normas, que deverão obrigatoriamente respeitar o disposto em legislação ambiental, vinculam todas as atividades exercidas na região de sua incidência, o que implica na inadmissibilidade de ali serem exercidas atividades contrárias a elas.

Em nosso ordenamento jurídico, a partir da Lei nº 6.938/81 (art. 9º, inc. II), o ZEE é classificado como um dos instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA)

No plano federal, a Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC), foi pioneira na adoção do novo modelo, ainda que restrito ao zoneamento costeiro. Nos termos do art. 3º, o PNGC deverá prever o zoneamento de usos e atividades na zona costeira e dar prioridade à conservação e proteção dos bens ambientais descritos nos incisos I a III daquele dispositivo legal.

Na evolução histórica do ZEE, destaca-se também a Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, que, no Capítulo VI, dedicado à proteção ao meio ambiente e conservação dos recursos naturais, impôs ao Poder Público a realização do zoneamento

agroecológico (Art. 19, inc. III), com a finalidade de “estabelecer critérios para o disciplinamento e o ordenamento da ocupação espacial pelas diversas atividades produtivas, bem como para a instalação de novas hidrelétricas.”

No entanto, o Art. 9º, inc. II, da Lei nº 6.938/81 somente veio a ser regulamentado em 2002, com a edição do Decreto Federal nº 4.297, de 10 de julho,¹⁰ que aponta o seguinte:

O ZEE, instrumento de organização do território a ser obrigatoriamente seguido na implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, estabelece medidas e padrões de proteção ambiental destinados a assegurar a qualidade ambiental, dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, garantindo o desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições de vida da população.

Diante desses elementos e conciliando os artigos. 2º, 5º, 6º, 11 e 12 do Decreto nº 4.297/2002, podemos conceituar o ZEE nos seguintes termos: instrumento obrigatório de planejamento territorial para a implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, com o objetivo de diagnóstico dos recursos naturais, da sócioeconomia e do marco jurídico-institucional e divisão do território nacional em zonas nas escalas nacional, macrorregionais, estaduais/regionais e locais, de acordo com as necessidades de proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais e do desenvolvimento sustentável, segundo os princípios da função socioambiental da propriedade, da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do usuário-pagador, da participação informada, do acesso equitativo e da integração.

O zoneamento ambiental em sentido estrito, instrumento de planejamento municipal previsto no Art. 4º, inciso III, “c” da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, é o ZEE em escala local. Portanto, existe uma nítida relação de complementaridade entre os instrumentos previstos nas Leis nº 6.938/81 e nº 10.257/2001, exigindo-se do aplicador a interpretação sistemática (ou dialógica) das referidas legislações. A relação entre o ZEE e o Estatuto da Cidade será analisada com maior profundidade no item IX *infra*.

3.2. Competência

A competência em matéria de zoneamento é encontrada basicamente nos Arts. 7º, 8º e 9º da Lei Complementar nº 140/2011, que atribuem respectivamente à União elaborar o zoneamento ambiental de âmbito Nacional e Regional, aos Estados

¹⁰ O Decreto federal 4.297/2002 foi alterado posteriormente pelos Decretos nº 6.288/2007 e nº 7.378/2010.

elaborar o zoneamento ambiental estadual, em conformidade com os zoneamentos nacional e regional e aos municípios elaborar o Plano Diretor, observando os zoneamentos ambientais. Tais artigos estão em consonância com o estabelecido pelo Art. 21, inciso IX, da Constituição Federal, que prevê competir à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

Até o advento da LC nº 140/2011 a matéria relativa ao zoneamento ambiental era tratada junto ao Decreto nº 4.297/2002^{11 12}, que regulamenta o art. 9º, II da PNMA. Hoje, com relação à competência, a matéria é tratada pela referida lei complementar.

4. O DECRETO FEDERAL Nº 4.297/2002

Segundo o Decreto nº 4.297/2002, o ZEE tem por objetivo geral organizar, *de forma vinculada*, as decisões dos agentes públicos e privados quanto aos planos, programas, projetos e atividades que utilizem recursos naturais, direta ou indiretamente, assegurando a plena manutenção do capital e dos serviços ambientais dos ecossistemas.

A distribuição espacial das atividades econômicas deverá levar em conta a importância ecológica, as limitações e as fragilidades dos ecossistemas; e estabelecerá vedações, restrições e alternativas de exploração do território, determinando, quando for o caso, a realocação de atividades incompatíveis com suas diretrizes gerais.

O ZEE deve guardar compatibilidade metodológica com os princípios e critérios aprovados pela Comissão Coordenadora do Zoneamento Ecológico-Econômico do Território Nacional, instituída pelo Decreto DSN 28.12.01.

O ZEE dividirá o território em zonas de acordo com a necessidade de proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais e o desenvolvimento sustentável. Na definição das zonas deverão ser observados o diagnóstico dos recursos naturais, da sócio-economia e do marco jurídico institucional, que deverá conter, no mínimo, consoante determina o artigo 13 do Decreto DSN 28.12.01: (i) unidades dos sistemas ambientais, definidas a partir da integração entre os componentes da natureza; (ii) potencialidade natural, definida pelos serviços ambientais dos ecossistemas e pelos recursos naturais disponíveis, incluindo, entre outros, aptidão agrícola, potencial madeireiro e potencial de produtos florestais não madeireiros, que inclui o potencial para a exploração de produtos derivados na biodiversidade; (iii) fragilidade natural potencial, definida por indicadores de perda da

¹¹ Com alterações introduzidas pelos Decretos nº 6.288/2007 e nº 7.378/2010.

¹² Cujos artigos 6º, dispõe o seguinte: Art. 6º – Compete ao Poder Público Federal elaborar e executar o ZEE nacional e regionais, quando tiver por objeto biomas brasileiros ou territórios abrangidos por planos e projetos prioritários estabelecidos pelo Governo Federal. (Redação dada pelo Decreto nº 6.288, de 2007).

biodiversidade, vulnerabilidade natural à perda do solo, quantidade e qualidade dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos; (iv) indicação dos corredores ecológicos; (v) tendências de ocupação e articulação regional, definidas em função de uso da terra, dos fluxos econômicos e populacionais, da localização das infraestruturas e circulação da informação; (vi) as condições de vida da população, definidas por indicadores de condições de vida, da situação da saúde, educação, mercado de trabalho e saneamento básico; e (vii) as incompatibilidades legais, definidas pela situação de áreas legalmente protegidas e o tipo de ocupação que elas vêm sofrendo; (viii) as áreas institucionais, definidas pelo mapeamento de terras indígenas, unidades de conservação e áreas de fronteiras.

A definição das zonas deverá observar, ainda, as informações constantes do Sistema de Informações Geográficas; os cenários tendenciais e alternativos; e as Diretrizes Gerais e Específicas previstas no artigo 14 do Decreto Federal nº 4.297 de 110 de julho de 2002, que deverão conter, no mínimo: (i) as atividades adequadas a cada zona, de acordo com a sua fragilidade ecológica, capacidade de suporte ambiental e potencialidades; (ii) as necessidades de proteção ambiental e conservação das águas, do solo, do subsolo, da fauna e flora e demais recursos naturais renováveis e não renováveis; (iii) a definição das áreas para unidades de conservação, de proteção integral e de uso sustentável; (iv) os critérios para orientar as atividades madeireira e não madeireira, agrícola, pecuária, pesqueira e de piscicultura, de urbanização e de industrialização, de mineração e de outras opções de uso dos recursos naturais; (v) as medidas destinadas a promover, de forma ordenada e integrada, o desenvolvimento ecológico e economicamente sustentável do setor rural, com o objetivo de melhorar a convivência entre a população e os recursos ambientais, inclusive com a previsão de diretrizes para implantação de infraestrutura de fomento às atividades econômicas; (vi) as medidas de controle e de ajustamento de planos de zoneamento de atividades econômicas e sociais resultantes da iniciativa dos municípios, visando a compatibilizar, no interesse da proteção ambiental, usos conflitantes em espaços municipais contíguos e a integrar iniciativas regionais amplas e não restritas às cidades; e (vii) os planos, programas e projetos dos governos federal, estadual e municipal, bem como as respectivas fontes de recursos com vistas a viabilizar as atividades apontadas como adequadas a cada zona.

Nos termos do Art. 19, a alteração dos produtos do ZEE, bem como as mudanças nos limites das zonas e indicação de novas diretrizes gerais e específicas, poderão ser realizadas após decorrido o prazo mínimo de 10 (dez) anos de conclusão do ZEE, ou de sua modificação. Tal prazo não é exigível na hipótese de ampliação do rigor da proteção ambiental da zona a ser alterada, ou de alterações decorrentes de aprimoramento técnico-científico.

A alteração somente poderá se efetivar após consulta pública e aprovação pela Comissão Estadual e pela Comissão Coordenadora, mediante processo legislativo de iniciativa do Poder Executivo.

ZEE concluído é aquele que dispuser de zonas definidas e caracterizadas e contiver as Diretrizes Gerais e Específicas, aprovadas pela Comissão estadual do ZEE e pela Comissão Coordenadora do ZEE.

A alteração do ZEE não poderá reduzir o percentual da reserva legal definido em lei, nem as áreas protegidas, com unidades de conservação ou não.

Os critérios, padrões e obrigações estabelecidos no ZEE, quando existirem, sem prejuízo dos previstos na legislação ambiental, deverão ser observados pelas instituições públicas ou privadas: (i) no planejamento e na implementação de políticas públicas; (ii) no licenciamento ambiental; (iii) na concessão de crédito oficial ou benefícios tributários; e (iv) na assistência técnica de qualquer natureza.

Conforme se verifica, é essencial a conjugação dos institutos do ZEE e do licenciamento ambiental, em razão de seu caráter vinculante.

5. LEI FEDERAL Nº 7.661/88: ZEE DA ZONA COSTEIRA

No âmbito do ZEE, cumpre um papel de extremo destaque para a Zona Costeira, ou seja, o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, que inclui os recursos renováveis ou não, abrangendo tanto uma faixa marítima quanto terrestre, protegida como patrimônio nacional pela Constituição e regrada de forma específica pela Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC) como parte integrante da Política Nacional para os Recursos do Mar (PNRM) e da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA).

Trata-se de uma área com enorme relevância ambiental e que sofre uma pressão constante em face de sua crescente ocupação, no mais das vezes de forma desordenada e em áreas de risco. Édis Milaré indica:

No litoral estabeleceram-se os primeiros núcleos e colonização, de modo que foi aí que se iniciaram os conflitos das atividades antrópicas com o meio ambiente, os quais, no decorrer de séculos, se traduziram em diferentes tipos de ocupação desordenada do espaço e em atividades produtivas danosas à qualidade ambiental. Poluição e outras formas de degradação apresentam índices alarmantes.¹³

Dessa forma, a proteção ambiental apresenta-se como um fator essencial de gestão da ZC, estabelecendo o art. 3º da lei, que o PNGC deverá prever o zoneamento de usos e atividades na ZC e dar prioridade à conservação e proteção, entre outros,

¹³ Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: RT, 2009, p.674

dos seguintes bens: (i) recursos naturais renováveis e não renováveis; recifes, parciais e bancos e algas; ilhas costeiras e oceânicas; sistemas fluviais; estuarinos e lagunares, baías e enseadas; praias; promontórios, costões e grutas marinhas; restingas e dunas; florestas litorâneas, manguezais e pradarias submersas; (ii) sítios ecológicos de relevância cultural e demais unidades de preservação permanente; e (iii) monumentos que integrem o patrimônio natural, histórico, paleontológico, espeleológico, arqueológico, étnico, cultural e paisagístico.

A aplicação do PNGC, ao qual compete definir as faixas marítimas e terrestres que integram a ZC, envolve a participação da União, dos Estados, dos territórios e dos municípios, por meio dos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA. É facultada aos Estados e municípios a instituição, mediante lei, dos respectivos Planos Estaduais ou Municipais de Gerenciamento Costeiro, observados as normas e diretrizes do PNGC e o disposto na Lei nº 7.661/89.

A Lei de Gerenciamento Costeiro reconhece às praias a natureza de bem público de uso comum do povo, às quais é assegurado o livre e franco acesso, extensivo ao mar, “em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica”, sendo vedada a urbanização ou qualquer outra forma de utilização da ZC que venha a impedir, ou mesmo dificultar referido acesso.

O art. 5º, § 2º, da Lei nº 7.661/89 contempla um importante dispositivo de proteção ambiental, ao determinar que os Planos de Gerenciamento Costeiro Nacional, Estadual e Municipal poderão estabelecer normas e diretrizes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas, bem como limitações à utilização dos imóveis, prevalecendo, entretanto, sempre as disposições mais restritivas voltadas à proteção ambiental, a ser observadas tanto pelo poder público quanto pelos particulares de forma vinculante.

5.1. Decreto Federal nº 5.300/2004

A Lei nº 7.661/88 foi regulamentada somente dezesseis anos após a sua edição, pelo Decreto Federal nº 5.300, de 7 de dezembro de 2004, que vem estabelecer as normas gerais para a gestão ambiental da Zona Costeira (ZC) e apresentar as bases para a formulação das políticas, planos e programas federais, estaduais e municipais para a área em questão.

Ao Ministério do Meio Ambiente cabe a elaboração e respectiva atualização da listagem dos municípios abrangidos pela faixa terrestre da ZC do Brasil, à qual deverá ser dada publicidade anual, mediante sua divulgação no Diário Oficial da União. Compete, ainda, ao Ministério do Meio Ambiente, sem prejuízo da competência de outros órgãos, acompanhar e avaliar permanentemente a execução do PNGC, cuidando para que os planos estaduais e municipais estejam com ele compatíveis e em harmonia com as demais normas federais aplicáveis.

Com o objetivo de viabilizar a correta gestão da ZC, mediante uma ocupação planejada e ordenada, o Decreto nº 5.300/2004 prevê a aplicação de nove instrumentos, assim definidos: (i) Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC); (ii) Plano de Ação Federal na Zona Costeira (PAFZC); (iii) Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro (PEGC); (iv) Plano Municipal de Gerenciamento Costeiro (PMGC); (v) Sistema de Informações do Gerenciamento Costeiro (SIGERCO); (vi) Sistema de Monitoramento Ambiental da Zona Costeira (SMAZC); (vii) Relatório da Qualidade Ambiental da Zona Costeira (RQA-ZC); e (viii) Zoneamento Ecológico-Econômico Costeiro (ZEEC); (ix) macrodiagnóstico da ZC.

Vê-se, portanto, que o Zoneamento Ecológico-Econômico Costeiro (ZEEC) constitui instrumento não apenas da Política Nacional do Meio Ambiente, como também de gestão da ZC, cabendo-lhe estabelecer as diretrizes que permitam a definição dos usos nela permitidos, proibidos ou estimulados, levando-se em conta sempre a integração das faixas terrestre e marítima, uma vez observadas as orientações contidas no Anexo I do referido decreto. Consoante estabelece o Art. 11, I, do Decreto nº 5.300/2004, O ZEEC deverá ser elaborado, obrigatoriamente, de forma participativa.

O ZEEC trata também da orla marítima, definida como “*a faixa contida na zona costeira, de largura variável, que compreende uma porção marítima e outra terrestre*”, cujos limites se encontram fixados no artigo 23, do Decreto nº 5.300/2004.

A gestão da orla marítima será efetivada por meio de um plano de intervenção, elaborado e executado pelo município, de modo participativo, com base no reconhecimento das características naturais, e nos tipos de uso e ocupação existentes e projetados, em conformidade com o planejamento federal, estadual e municipal da ZC, devendo contemplar a caracterização socioambiental da orla; a classificação, com análise dos atributos naturais e as tendências de sua ocupação ou preservação; bem como o estabelecimento de diretrizes para intervenção.

Os estudos e diretrizes concernentes ao ZEEC deverão ser compatibilizados com o enquadramento e respectivas estratégias da gestão da orla, e as disposições relativas à gestão da orla marítima têm aplicação também para as ilhas costeiras e oceânicas.

Tendo em vista a relevância e a fragilidade ambiental da ZC, o Decreto nº 5.300/2004 contempla várias normas de caráter geral que guardam relação direta com o licenciamento ambiental e que deverão ser observadas pelos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA no exercício de suas ações de comando e controle.

Assim, todo e qualquer empreendimento localizado na ZC deverá ser compatível com a infraestrutura de saneamento e sistema viários existentes, devendo a solução técnica adotada preservar as características ambientais e a qualidade paisagística, nos termos do artigo 16 do decreto em questão,

Na hipótese de inexistência ou da falta de acessibilidade à rede pública de coleta de lixo e de esgoto sanitário na área do empreendimento, o empreendedor estará obrigado a apresentar uma solução autônoma para análise do órgão ambiental, que necessariamente seja compatível com as características físicas e ambientais da área.

Um importante dispositivo voltado à proteção da vegetação nativa, determina que a área a ser desmatada para instalação, ampliação ou realocação de empreendimentos ou atividades na ZC, que implicar a sua supressão nos termos legalmente autorizados, deverá ser compensada mediante a averbação de, no mínimo, uma área equivalente, na mesma zona afetada, conforme Art. 17 do citado Decreto.

Admite-se a compensação em zona diversa da afetada pelo empreendimento, mediante prévia aprovação do órgão ambiental competente, desde que esta se localize na mesma unidade geoambiental. A vegetação nativa existente na área averbada a título de compensação poderá ser manejada mediante plano de manejo aprovado pelo órgão ambiental, desde que não implique alteração de sua característica ecológica e de sua qualidade paisagística.

Cabe destacar que a Lei nº 11.428/2006, ao cuidar da proteção do Bioma Mata Atlântica, com enorme incidência na ZC, em seu Art.17, igualmente impõe a compensação da supressão de sua vegetação nativa, por área equivalente à área desmatada, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica, e, sempre que for viável, na mesma microbacia.

Nos termos do Art. 33, do referido decreto, as obras e serviços de interesse público somente poderão ser realizados ou implantados em área da orla marítima, quando compatíveis com o ZEE ou outros instrumentos similares de ordenamento do território. Este dispositivo apresenta um grave problema de ordem técnica, eis que faz referência a obras e serviços de interesse público sem que haja uma definição de tal interesse, não ficando claro, assim, se este se confunde ou não com a utilidade pública ou o interesse social.

Para as áreas não contempladas por Plano de Intervenção, o órgão ambiental requisitará estudos que permitam a caracterização/classificação da orla marítima para o licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades.

5.2. Lei Estadual nº 10.019/98: o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro (PEGC/SP)

No âmbito do Estado de São Paulo, a Lei nº 10.019, de 3 de julho de 1998, dispõe sobre o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro (PEGC) e define o ZEE como um instrumento básico de planejamento que estabelece, após discussão pública de suas recomendações técnicas, inclusive em âmbito municipal, as normas de uso e ocupação do solo e de manejo dos recursos naturais em zonas específicas, fixadas a partir das análises de suas características ecológicas e socioeconômicas.

A ZC do Estado de São Paulo é dividida em quatro setores pela lei: (i) Litoral Norte; (ii) Baixada Santista; (iii) Complexo Estuarino –Lagunar de Iguape–Cananeia; e (iv) Vale do Ribeira; que serão delimitados e caracterizados nos respectivos zoneamentos, e implantados mediante decreto do Governador do Estado, que enquadrará as diversas zonas e seus usos aos termos da lei.

No que concerne ao PEGC, a lei determina a sua elaboração mediante uma ação conjunta do Estado, dos municípios e da sociedade civil organizada. Ao Poder Executivo Estadual compete a instituição do Grupo de Coordenação Estadual, previsto no PNGC, aprovado pela Resolução nº5/97 da CIRM, com incumbência de elaborar o PEGC. Referido grupo é constituído de forma paritária, por 1/3 representantes do Estado, 1/3 de representantes dos municípios e 1/3 de representantes da sociedade civil organizada, escolhidos em igual número entre os representantes de cada Grupo Setorial de Coordenação, correspondente a cada um dos setores costeiros previstos no Art.3º da lei. Ao Grupo Setorial, igualmente constituído de forma paritária por representantes do Estado, dos municípios e da sociedade civil organizada, cabe a elaboração do ZEE e dos Planos de Ação e Gestão para a ZC.

Nos termos da lei, o ZEE tem por objetivo identificar as unidades territoriais que, por suas características físicas, biológicas e socioeconômicas, bem como, por sua dinâmica e contrastes internos, devam ser objeto de disciplina especial, com vistas ao desenvolvimento de ações capazes de conduzir ao aproveitamento, à manutenção ou à recuperação de sua qualidade ambiental e do seu potencial produtivo.

Ao ZEE cabe a definição das normas e das metas ambientais e socioeconômicas, rurais, urbanas e aquáticas a serem alcançadas por meio de programas de gestão socioeconômico ambientais. O ZEE do Estado deve guardar compatibilidade metodológica com os princípios e critérios aprovados pela Comissão Coordenadora do ZEE do Território Nacional, instituída pelo Decreto DSN de 28 de dezembro de 2001.

Cada um dos quatro setores da ZC será objeto de enquadramento territorial, observadas 5 (cinco) zonas¹⁴, dotadas de características diversas, que possibilitarão

¹⁴ A Zona 1 - Z1 é aquela que mantém os ecossistemas primitivos em pleno equilíbrio ambiental, com a eventual ocorrência de atividades humanas de baixos efeitos impactantes, sendo nela admitida a preservação e a conservação da vegetação nativa, a pesquisa científica, a educação ambiental, o manejo autossustentado, o ecoturismo, a pesca artesanal e a ocupação humana, desde que não prejudiquem a manutenção de suas características; A Zona 2 - Z2, por sua vez, embora apresente alterações na organização funcional dos ecossistemas primitivos, encontra-se capacitada para manter em equilíbrio uma comunidade de organismos em graus variados de diversidade, mesmo com a ocorrência de atividades humanas intermitentes ou de baixos impactos. É admissível na zona terrestre a existência de assentamentos humanos dispersos e pouco populosos, com pouca integração entre si. A Z2 admite todos os usos compatíveis com a Z1 e, ainda, de acordo com o grau de alteração dos ecossistemas, o manejo sustentado, a aquicultura e a mineração, desde que baseada em Plano Diretor Regional de Mineração, a ser estabelecido pelos órgãos competentes.; A Zona 3 - Z3 apresenta os ecossistemas primitivos parcialmente modificados, com dificuldade de regeneração natural, pela exploração, supressão ou substituição de algum de seus componentes, em razão da ocorrência de áreas de assentamentos humanos com maior integração entre si. Na Z3 poderão ser conferidos os usos da Z1 e Z2 e, dependendo do grau de modificação dos ecossistemas, também a agropecuária, a silvicultura e a pesca industrial nas unidades que as permitam; Quanto à Zona 4 - Z4, os ecossistemas primitivos apresentam-se significativamente modificados pela supressão de componentes; descaracterização dos substratos terrestres e marinhos; alteração das drenagens ou da hidrodinâmica; bem como pela ocorrência de áreas terrestres, de assentamentos rurais ou periurbanos descontínuos interligados, necessitando de intervenção para sua regeneração parcial. Na Z4 são assegurados os usos da Z1, Z2 e Z3, mais os assentamentos urbanos descontínuos, restritos às unidades que os permitam, conforme regulamento dos zoneamentos estabelecidos para os setores costeiros.; por fim, a Zona 5 - Z5 é aquela que apresenta a maior parte dos componentes dos ecossistemas primitivos degradados ou suprimidos, com a eliminação da organização funcional, para a qual são permitidos os usos das Z1, Z2, Z3 e Z4, bem como o assentamento urbano, as atividades industriais, turísticas, náuticas e aerorodopiárias, de acordo com o estabelecido em legislação municipal.

um adequado planejamento que propicie um desenvolvimento econômico compatível com a preservação ambiental. A cada uma das zonas correspondem usos considerados com elas compatíveis, sendo admitida a sua divisão em subzonas de manejo definido, constituindo unidade de uso, visando à operacionalização do controle dos planos de ação e gestão, que serão instituídos por decreto. Veja-se que a efetividade do planejamento territorial previsto no ZEE encontra-se condicionada à real implantação dos planos, projetos e ações pelo Poder Público, que de fato possam direcionar a ocupação da área de modo sustentável.

As atividades de subsistência são admitidas em toda ZC, independentemente do zoneamento, até que programas de adequação técnica e jurídica sejam implementados e regulamentados.

A lei determina que o enquadramento nos diferentes tipos de zona seja feito não necessariamente conforme as características atuais, mas respeitando a dinâmica de ocupação do território e as metas de desenvolvimento socioeconômico e de proteção ambiental, a serem alcançadas através de planos de ação e gestão integrados compatibilizados com os planos diretores regionais e municipais e, na ausência destes, com as leis municipais de uso e ocupação do solo.

No que diz respeito ao licenciamento, o Art. 15, da Lei nº 10.019/98 estabelece que incumbirá aos decretos de zoneamento definir as atividades que dependerão de licenciamento ambiental prévio, sem prejuízo das demais licenças exigíveis. O licenciamento e a fiscalização serão realizados com base nas normas e nos critérios estabelecidos no ZEE, sem prejuízo do disposto nas demais normas específicas federais, estaduais e municipais, assim como as exigências feitas pelos órgãos competentes. A utilização de material de empréstimo para aterro será, necessariamente, objeto de licenciamento ambiental.

Por caracterizar-se como patrimônio nacional, a ser protegido para as gerações presentes e futuras, a lei veda na ZC a comercialização de madeira bruta fora da região, a pesca de arrasto com auxílio de parelha e a utilização de agrotóxicos organoclorados na agropecuária.

Até agosto de 2013, somente os ZEE do setor Litoral Norte e do setor Baixada Santista da ZC do Estado de São Paulo foram implantados, respectivamente, pelo Decreto nº 49.215, de 07 de dezembro de 2004, e pelo Decreto nº 58.996, de 25 de março de 2013.

6. POLÍTICA AGRÍCOLA – LEI Nº 8.171/91 E O ZEE

A Política Agrícola no Brasil foi instituída pela Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, que fixa os fundamentos, define as competências institucionais, prevê os recursos e estabelece as ações e instrumentos para sua implantação, no que diz respeito às atividades agropecuárias, agroindustriais e de planejamento das atividades

pesqueira e florestal. É entendida como atividade agrícola, a produção, o processamento e a comercialização dos produtos, subprodutos e derivados, serviços e insumos agrícolas, pecuários, pesqueiros e florestais, que compreende os processos físicos, químicos e biológicos, em que os recursos naturais envolvidos devem ser utilizados e gerenciados, subordinando-se às normas e princípios de interesse público, de forma que seja cumprida a função social e econômica da propriedade.

Constam como objetivos da Política Agrícola, a proteção do meio ambiente e a garantia do seu uso racional, com estímulo à recuperação dos recursos naturais, bem como a promoção da idoneidade dos insumos e serviços empregados na agricultura, consoante incisos IV e XIV, do Art. 3º, da lei. A preservação da saúde e do meio ambiente está presente também entre os deveres da pesquisa agrícola (Art. 12, IV).

A lei da Política Agrícola possui, ainda, um capítulo específico, Capítulo VI, voltado à proteção do meio ambiente e à conservação dos recursos naturais, que impõe a sua efetivação ao Poder Público de forma integrada, em nível federal, estadual e municipal, juntamente com as comunidades, competindo a fiscalização e o uso racional dos recursos naturais do meio ambiente também aos proprietários de direito, dos beneficiários da reforma agrária e dos ocupantes temporários dos imóveis rurais.

Para que a proteção ambiental seja efetiva, o Art. 19 da Lei contempla as seguintes ações para os agentes acima referidos: (i) disciplinar e fiscalizar o uso racional do solo, da água, da fauna e da flora; (ii) realizar zoneamentos agroecológicos que permitam estabelecer critérios para o disciplinamento e o ordenamento da ocupação espacial pelas diversas atividades produtivas, bem como para a instalação de novas hidrelétricas, observando-se as bacias hidrográficas como unidades de planejamento do uso, da conservação e da recuperação dos recursos naturais; (iii) promover e/ou estimular a recuperação das áreas em processo de desertificação; (iv) desenvolver programas de educação ambiental, em nível formal e informal, dirigidos à população; (v) fomentar a produção de sementes e mudas de essências nativas; e (vi) coordenar programas de estímulo e incentivo à preservação das nascentes dos cursos d'água e do meio ambiente, bem como o aproveitamento de dejetos animais para conversão em fertilizantes.

De acordo com a referida lei, a prestação de serviços e a aplicação de recursos públicos em atividades agrícolas devem ter por premissas básicas o uso tecnicamente adequado, o manejo racional dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente.

Estipula o dever do Poder Público, em todo o território nacional, identificar as áreas desertificadas, cuja exploração se encontra condicionada à adoção de adequado plano de manejo, mediante o emprego de tecnologias capazes de interromper o processo de desertificação e de promover a sua recuperação¹⁵.

¹⁵ O Art. 21-A da Lei da Política Agrícola, introduzido pela Lei nº 10.228/2001.

O desenvolvimento agrícola do país, aliado à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais, encontra destaque na Política Agrícola, mediante a implementação de programas plurianuais e planos operativos anuais, elaborados pelos órgãos competentes, mantidos ou não pelo Poder Público, sob a coordenação da União e dos demais entes da federação.

Já o Capítulo VII, da Lei nº 8.171/91, trata da defesa agropecuária, contemplando entre os seus objetivos, a sanidade das populações vegetais; a idoneidade dos insumos e dos serviços utilizados na agropecuária; assim como a identidade e a segurança higiênico-sanitária e tecnológica dos produtos agropecuários finais destinados aos consumidores. Para tanto, a lei impõe ao Poder Público o desenvolvimento, em caráter permanente, das atividades de vigilância e defesa sanitária vegetal; a inspeção e classificação de produtos de origem vegetal, seus derivados, subprodutos e resíduos de valor econômico; e a fiscalização dos insumos e dos serviços usados nas atividades agropecuárias.

Tais ações de vigilância e defesa sanitária devem ser executadas pelos vários entes federados de forma coordenada, por meio de um Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária, articulado com o Sistema Único de Saúde, no que for cabível, sendo o município a área considerada como unidade geográfica básica na organização e funcionamento dos serviços oficiais de sanidade agropecuária. À instância central e superior do referido sistema compete, entre outras ações, a fixação de normas referentes a campanhas de controle e erradicação de pragas e doenças; a aprovação dos métodos de diagnóstico e dos produtos de uso veterinário e agrônomico; a manutenção do sistema de informações epidemiológicas; a avaliação das ações desenvolvidas nas instâncias locais e intermediárias do sistema unificado de atenção à sanidade agropecuária; e a manutenção do Código de Defesa Agropecuária.

A inspeção industrial e sanitária de produtos de origem vegetal e animal, bem como a dos insumos agropecuários, será gerida de maneira que os procedimentos e a organização da inspeção se faça por métodos universalizados e aplicados equitativamente em todos os estabelecimentos inspecionados, sendo admitida na inspeção a adoção de método de análise de riscos e pontos críticos de controle¹⁶.

Verifica-se, assim, que as ações de comando e controle do setor agrícola devem ser implementadas no âmbito e em consonância com as políticas públicas, programas e projetos inseridos no planejamento do setor. Para tanto, os zoneamentos agroecológicos, de que cuida o Art. 19, III, da Lei nº 171/91, constituem instrumento dos mais relevantes a possibilitar o disciplinamento e o ordenamento da ocupação espacial pelas mais variadas atividades produtivas.

¹⁶ Art. 29-A da Lei nº 8.171/91

6.1. Zoneamento Agroambiental do setor sucroalcooleiro no Estado de São Paulo

No Estado de São Paulo a atividade canavieira ocupa um espaço de extrema importância para o desenvolvimento econômico, cujo crescimento acarreta a necessidade de um planejamento e controle específicos por parte do Poder Público de modo que seja assegurada uma exploração ambientalmente sustentável

Para tanto, com fundamento na necessidade de regulamentação dos critérios técnicos para a fixação de condicionantes e exigências diferenciadas no processo de licenciamento ambiental, foi editada a Resolução Conjunta SMA/SAA – 4, de 18 de setembro de 2008, pelas Secretarias do Meio Ambiente e da Agricultura e Abastecimento, alterada posteriormente pela Resolução SMA/SAA – 6, de 24 de setembro de 2009, que institui o Zoneamento Agroambiental para o setor sucroalcooleiro no Estado de São Paulo.¹⁷ De acordo com o zoneamento em questão, o Estado de São Paulo foi dividido em 5 (cinco) áreas, levando-se em conta a fragilidade ambiental e a aptidão para a produção.¹⁸

Em razão do zoneamento da atividade canavieira no Estado, foi editada a Resolução SMA nº 88, de 19 de dezembro de 2008, que estabelece as diretrizes para o licenciamento ambiental de empreendimentos do setor sucroalcooleiro, segundo a qual o tipo de Estudo Ambiental a ser apresentado para comprovação da viabilidade ambiental do empreendimento e as exigências técnicas respectivas serão definidos de acordo com a localização da unidade industrial, no “Mapa Zoneamento Agroambiental para o Setor Sucroalcooleiro do Estado de São Paulo”, constante do *site* www.ambiente.sp.gov.br-etanolverde, observado, ainda, o disposto na Resolução SMA-42, de 24 de outubro de 2006, que veio a ser posteriormente substituída pela Resolução SMA -121, de 22 de dezembro de 2010.

¹⁷ Nos termos do mapa anexo ao citado instrumento, que se encontra disponível no *site* <http://www.ambiente.sp.gov.br/zoneamentoagroambientalcana>.

¹⁸ “I – Adequada, que corresponde ao território com aptidão edafoclimática favorável para o desenvolvimento da cultura da cana-de-açúcar e sem restrições ambientais específicas; II – Adequada com limitações ambientais, que corresponde ao território com aptidão edafoclimática favorável para cultura da cana-de-açúcar e incidência de Áreas de Proteção Ambiental (APA); áreas de média prioridade para incremento da conectividade, conforme indicação do Projeto BIOTA-FAPESP; e as bacias hidrográficas consideradas críticas; III – Adequada com restrições ambientais, que corresponde ao território com aptidão edafoclimática favorável para a cultura da cana-de-açúcar e com incidência de zonas de amortecimento das Unidades de Conservação de Proteção Integral - UCPI; as áreas de alta prioridade para incremento de conectividade indicadas pelo Projeto BIOTA-FAPESP; e áreas de alta vulnerabilidade de águas subterrâneas do Estado de São Paulo, conforme publicação IG-CETESB-DAEE - 1997; e IV – Inadequada, que corresponde às Unidades de Conservação de Proteção Integral – UCPI Estaduais e Federais; aos fragmentos classificados como de extrema importância biológica para conservação, indicados pelo projeto BIOTA-FAPESP para a criação de Unidades de Conservação de Proteção Integral – UCPI; às Zonas de Vida Silvestre das Áreas de Proteção Ambiental – APAs; às áreas com restrições edafoclimáticas para cultura da cana-de-açúcar; e às áreas com declividade superior a 20%.”

7. LEI Nº 12.651/2012: ZEE E A ALTERAÇÃO DO PERCENTUAL DE RESERVA LEGAL

O ZEE, como relevante instrumento de planejamento voltado ao desenvolvimento sustentável, encontra-se previsto na Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que cuida da proteção das florestas e demais formas de vegetação nativa, de modo que possibilite a alteração dos percentuais de Reserva Legal aplicáveis a determinadas regiões do país.

Assim, o Art. 12 da lei estabelece o percentual mínimo de Reserva Legal a ser instituído em cada imóvel rural, que, contudo, pode vir a ser alterado pelo Poder Público Federal, nos termos do art. 13, quando indicado pelo ZEE. Nesta hipótese, o percentual de Reserva Legal de imóvel rural situado em área de floresta localizada na Amazônia Legal poderá ser reduzido, de 80% para 50%, exclusivamente para fins de regularização do imóvel, mediante recomposição, regeneração ou compensação da Reserva Legal de imóveis com área rural consolidada. Tal regra não se aplica às áreas consideradas prioritárias para conservação da biodiversidade e dos recursos hídricos.

No que concerne à ampliação da Reserva Legal, é admitida pela lei quando indicado no ZEE o aumento de até 50% dos percentuais previstos no Art. 12, para cumprimento das metas nacionais de proteção da biodiversidade ou de redução de emissão de gases de efeito estufa. Para Paulo Bessa Antunes¹⁹, tal ampliação seria inconstitucional, uma vez que “a intervenção na propriedade é matéria reservada à lei”, não podendo ser efetivada por ato da Administração, cabendo, na hipótese de sua aplicação, a indenização ao proprietário rural.

8. ZONEAMENTO INDUSTRIAL

A atividade industrial, à vista do seu significativo potencial poluidor, foi uma das primeiras a ser regrada de forma global, levando-se em conta seus impactos em áreas específicas. Assim, o zoneamento do setor da indústria em áreas críticas de poluição foi instituído pela Lei nº 6.803, de 02 de julho de 1980, ou seja, anteriormente à instituição da própria Política Nacional do Meio Ambiente, no ano de 1981.

A lei estabelece que a instalação de indústrias em áreas críticas de poluição, nos termos do art.4º, do Decreto-lei n.º 1.413, de 14 de agosto de 1975, deverá obedecer às zonas definidas em esquema de zoneamento urbano, aprovado por lei, que possibilite a compatibilização das referidas atividades com a proteção do meio ambiente. Tais zonas são classificadas em zona de uso estritamente industrial, zonas de

¹⁹ Comentário ao art.13 do Código Florestal, na obra: Novo código florestal: comentários à Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012/coordenação Édís Milaré, Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: RT, 2012, p.236.

uso predominantemente industrial e zonas de uso diversificado, que poderão, ainda, ser divididas em subcategorias, desde que sejam observadas as peculiaridades das áreas críticas a que pertençam e a natureza das indústrias nelas instaladas.

Nos termos da lei, independentemente da categoria, as zonas de uso industrial serão classificadas em não saturadas, em via de saturação e saturadas, devendo o grau de saturação ser estabelecido em função da área disponível para o uso industrial da infraestrutura, bem como dos padrões e normas ambientais fixados pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA)²⁰, assim como pelos Estados e Municípios no âmbito das respectivas competências.

É conferida aos Estados, ressalvada a competência da União e uma vez ouvidos os municípios interessados, a atribuição de aprovar padrões de uso e ocupação do solo, bem como de zonas de reserva ambiental, nas quais por suas características culturais, ecológicas, paisagísticas, ou ainda, pela necessidade de preservação de mananciais e preservação de áreas especiais, vede a implantação de indústrias.

No tocante ao licenciamento ambiental de estabelecimentos industriais em áreas críticas de poluição, cuja competência é conferida aos Estados, o art.9º, da Lei nº 6.803/80, determina que a sua instalação, operação e ampliação dependerá do atendimento de normas e padrões ambientais definidos pelo IBAMA²¹, pelos órgãos competentes dos Estados e municípios, notadamente quanto às seguintes características de produção: (i) emissão de gases, vapores, ruídos, vibrações e radiações; (ii) riscos de explosão, incêndios, vazamentos danosos e outras situações de emergência; (iii) volume e qualidade de insumos básicos, de pessoal e de tráfego gerados; (iv) padrões de uso e ocupação do solo; (v) disponibilidade nas redes de energia elétrica, água, esgoto, comunicações e outros; e (vi) horários de atividade.

Paulo Affonso Leme Machado afirma que:

A definição dos padrões de emissão, por exemplo, merece ser deixada aos órgãos técnicos, mas não se pode impedir que o Legislativo intervenha validamente na fixação dos objetivos de qualidade e definição dos tipos de estabelecimentos industriais que poderão ser implantados em cada uma das zonas industriais, como se reservou aos governos estaduais fazer (art.10, II).²²

Cabe destacar que no Estado de São Paulo o gerenciamento e o controle das emissões atmosféricas ganham maior efetividade a partir da edição do Decreto nº 48.523/04, alterado pelos Decretos nº 50.753/06, nº52.469/07 e nº 59.113/13,

²⁰ Art.3º, da Lei 7.804/89

²¹ Art.3º da Lei 6.803/80

²² Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012, p.255

conhecidos como “Decretos de Bacias Aéreas Saturadas” que, levando em conta as regiões ou sub-regiões em via de saturação, contemplam dispositivos destinados à adoção de práticas preventivas e corretivas para que não sejam ultrapassados os padrões estabelecidos de qualidade do ar.

9. ZONEAMENTO AMBIENTAL NO ESTATUTO DA CIDADE

Na execução da Política Urbana, prevista pelos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, a Lei nº 10.257/2001 estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. Essa lei estabelece diretrizes e instrumentos para a implementação da Política Urbana, onde se insere o zoneamento ambiental, previsto no seu Art. 4º, III, c, da referida lei, que objetiva controlar a utilização do solo e definir as atividades nele permitidas, de forma que enseje o desenvolvimento integrado com a proteção ambiental, ou seja, o desenvolvimento sustentável.

As principais diretrizes gerais do Estatuto da Cidade estão previstas no Art. 2º, da Lei nº 10.257/2001, entre as quais se destacam a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendida como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do município e do território sob sua área de influência, de modo que evite e corrija as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente e a ordenação e controle do uso do solo, de forma que evite a utilização inadequada dos imóveis urbanos; a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivo ou inadequado em relação à infraestrutura urbana; a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente; a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; a deterioração das áreas urbanizadas; a poluição e a degradação ambiental; a exposição da população a riscos de desastres. Além dessas, merecem ser mencionadas a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do município e do território sob sua área de influência e a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Cumpra observar que a Constituição Federal impôs a obrigatoriedade de aprovação de plano diretor, o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, apenas para as cidades com mais de 20.000 habitantes (Art. 182, §1º). O Estatuto da Cidade ampliou essa obrigatoriedade para as cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º, do Art. 182 da Constituição Federal²³ e, finalmente, as integrantes de áreas de especial interesse turístico.

Nessa moldura, a implementação das diretrizes previstas no Estatuto da Cidade tem se relevado, para dizer o mínimo, bastante problemática e ineficiente. A experiência das grandes metrópoles (São Paulo e Rio de Janeiro) é a antítese das diretrizes. A modificação desse quadro demanda enorme investimento para a recuperação de áreas degradadas (o exemplo próximo é a região central de São Paulo), radical modificação dos hábitos de consumo (cf. os efeitos da desoneração tributária sobre o aumento da frota de veículos nos grandes centros), a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, que se revela atrelada à questão da proteção das populações expostas a riscos de desastres (cf. deslizamentos, inundações e incêndios em favelas).

Tomando como exemplo a cidade de São Paulo, constatamos que embora a Lei nº 13.430, de 13 de setembro de 2002, tenha instituído o Plano Diretor Estratégico e o Sistema de Planejamento e Gestão do Desenvolvimento Urbano do Município de São Paulo e a Lei nº 13.885, de 25 de agosto de 2004, tenha estabelecido normas complementares ao Plano Diretor Estratégico, instituindo os Planos Regionais Estratégicos das Subprefeituras, dispondo também sobre o parcelamento e disciplinando e ordenando o Uso e Ocupação do Solo do Município de São Paulo, isso, por si só, não transformou a realidade.

É verdade que os instrumentos previstos pelo artigo 4º do Estatuto da Cidade²⁴ (entre os quais o zoneamento ambiental é expressamente previsto no inciso

²³ (...) exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (...)” No plano infraconstitucional, os referidos institutos estão regulados pelo Estatuto da Cidade (Arts. 5º a 8º).

²⁴ Art. 4º Para os fins desta lei serão utilizados, entre outros instrumentos: I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; e III – planejamento municipal, em especial: a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) **zoneamento ambiental**; d) plano plurianual; e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual; f) gestão orçamentária participativa; g) planos, programas e projetos setoriais; e h) planos de desenvolvimento econômico e social; IV – institutos tributários e financeiros: a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU; b) contribuição de melhoria; e c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros; V – institutos jurídicos e políticos: a) desapropriação; b) servidão administrativa; c) limitações administrativas; d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; e) instituição de unidades de conservação; f) instituição de zonas especiais de interesse social; g) concessão de direito real de uso; h) concessão de uso especial para fins de moradia; i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; j) usucapião especial de imóvel urbano; l) direito de superfície; m) direito de preempção; n) outorga onerosa

III, letra “c”, desse artigo) buscam criar condições para a implementação de uma política urbana satisfatória, criando cidades sustentáveis, o que, no entanto, não tem se mostrado suficiente.

A responsabilidade pelo insucesso, por óbvio, não pode ser atribuída ao zoneamento ambiental, que sem dúvida se caracteriza como uma ferramenta essencial na implementação de Políticas Públicas, mas necessariamente depende de conjugação com os demais instrumentos previstos pelo Art. 4º para que tenhamos cidades sustentáveis.

*“Por cidades sustentáveis pode-se entender aquelas em que o desenvolvimento urbano ocorre com ordenação, sem caos e destruição, sem degradação, possibilitando uma vida urbana digna para todos.”*²⁵ Esse objetivo está longe de ser alcançado em cidades do porte das que compõem as regiões metropolitanas de São Paulo e Rio de Janeiro.

Todavia, não é demais ressaltar que há instrumentos para buscar esse objetivo, sendo o zoneamento uma manifestação concreta do planejamento, não sendo possível transformar a realidade por meio do ordenamento do uso dos recursos naturais, sem antes pensar que realidade se pretende seja resultante das intervenções do homem no meio ambiente.

10. CONCLUSÃO

O zoneamento ambiental, instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, consiste em procedimento de divisão de determinado território em áreas onde “se autorizam determinadas atividades ou se interdita, de modo absoluto ou relativo, o exercício de outras”²⁶ em razão das características ambientais socioeconômicas do local.

Nesse diapasão, não há como deixar de reconhecer que o ZEE se caracteriza como uma ferramenta essencial na elaboração e implementação de Políticas Públicas necessariamente imbricadas com demais instrumentos da PNMA, entre os quais se destaca o licenciamento, de forma que permita o correto ordenamento territorial brasileiro, com observância de aspectos de ordem econômica, social e ambiental.

do direito de construir e de alteração de uso; o) transferência do direito de construir; p) operações urbanas consorciadas; q) regularização fundiária; r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; s) referendo popular e plebiscito; t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009) e u) legitimação de posse. (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009) VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV). § 1º. Os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei. § 2º. Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente. § 3º. Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do poder público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.

²⁵ MEDAUAR, Odete. Estatuto da Cidade, RT, 2002, p.18

²⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012. p.239

Como já observado por Herman Benjamin.:

“O Brasil, afirma-se, tem hoje um dos mais avançados sistemas de proteção jurídica do meio ambiente. Prioritário para o futuro (e para o presente) já não é, no essencial, legislar. Já o fizemos. O que se espera agora dos órgãos ambientais e dos cidadãos, organizados ou não, é o cumprimento das exigências legais, que, com frequência, nada mais são do que letra morta.”²⁷

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa. Comentário ao art.13 do Código Florestal, na obra: “**Novo código florestal: comentários à Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012**”/coordenação Édil Milaré, Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: RT, 2012

ATTANASIO Júnior, Mario Roberto e ATTANASIO, Gabriela Muller Carioba. “**O Dever de Elaboração e Implementação do Zoneamento Ecológico-Econômico e a efetividade do Licenciamento Ambiental.**” Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental nº 43, fls. 201/221. Ed. Revista dos Tribunais. Jul-Set/2006.

BENJAMIN, Antônio Herman. “**Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro**”. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 14 fls. 48/82. Ed. Revista dos Tribunais. Jul-Set/2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “**Direito Administrativo**”. São Paulo: Atlas, 2009.

FARIAS, Talden. “**A Repartição de Competências para o Licenciamento Ambiental e a Autuação dos Municípios**”. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 43, fls. 246/266. Ed. Revista dos Tribunais. Jul-Set/2006.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. “**Curso de Direito Ambiental**”. São Paulo: RT, 2012

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “**Discriminação Constitucional das Competências Ambientais. Aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais.**” Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 35, fls. 39/55. Ed. Revista dos Tribunais. Jul-Set/2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. “**Curso de Direito Ambiental Brasileiro**”, São Paulo: Saraiva, 2006.

GUERRA, Sérgio. “**A competência dos entes federados em matéria ambiental**”. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 6, fls. 120/127. Ed. Revista dos Tribunais. Abr-Jun/1997.

²⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. “Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro”. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 14 fls. 48/82. Ed. Revista dos Tribunais. Jul-set/2006, pág. 82.

GUIMARÃES Júnior, João Lopes. “**Direito urbanístico, direito de vizinhança e defesa do Meio Ambiente**”. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 23, fls. 110/124. Ed. Revista dos Tribunais. Jul-set/2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. “**Direito ambiental brasileiro**”. São Paulo: Malheiros, 2012.

MILARÉ, Édís. “**Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário.**” São Paulo: RT, 2009.

MORAES, Raimundo de Jesus Coelho de. “**Judicialização do licenciamento ambiental no Brasil: Excesso ou garantia de participação?**” Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 38, fls. 204/237. Ed. Revista dos Tribunais. Abr-Jun/2005.

PEREIRA, Reginaldo e WINCKLER, Silva Terezinha. “**Instrumentos de tutela administrativa do Meio Ambiente.**” Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 51, fls. 193/231. Ed. Revista dos Tribunais. Jul-Set/2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. “**A publicidade e o Direito de Acesso a informação no licenciamento ambiental.**” Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 8, fls. 20/34. Ed. Revista dos Tribunais. Out-Dez/1997.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. “**Resgatando a competência Constitucional concorrente na Constituição Federal: uma crítica à interpretação do STF no caso do amianto.**” Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 50, fls. 235/252. Ed. Revista dos Tribunais. Abr-Jun/2008.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. “**A necessidade de compatibilização das licenças ambiental e urbanística no processo de municipalização do licenciamento ambiental.**” Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 34, fls. 84/96. Ed. Revista dos Tribunais. Jul-Set/2006.

RÊGO, Patrícia de Amorim e PEREIRA, Márcia Regina de Sousa. “**A efetividade do Direito Ambiental brasileiro: instrumentos legais de proteção do meio ambiente.**” Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 37, fls. 244/257. Ed. Revista dos Tribunais. Jan-Março/2005.

SANCHEZ, Luís Enrique. “**Os papéis da avaliação de impacto ambiental**”. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 0, fls. 138/157. Ed. Revista dos Tribunais.

SILVA Filho, Derly Barreto e. “**A processualidade das licenças ambientais como garantia dos administrados**”. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental 5, fls. 81/91. Ed. Revista dos Tribunais. Jan-Março/1997.

SILVA, José Afonso da. “**Direito Ambiental Constitucional**”. São Paulo: Malheiros, 1994.

SITES CONSULTADOS

<http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/sidney.pdf>.

(Sidney Guerra, Competência ambiental à luz da Lei Complementar n. 140/2011)

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/cooperacao-federativa-ambiental-inovacoes-da-lei-complementar-1402011/8981>. (Thiago Marrara, Cooperação federativa ambiental: inovações da Lei Complementar 140/2011? Carta Forense, 13/07/2012).

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao032/andre_godoy.html

30 out. 2009 – 4 (André Godoy - **Zoneamento ecológico-econômico e licenciamento ambiental: uma aliança necessária**)

www.ibap.org/10cbap/teses/marcelocamargos_tese.doc

MORATÓRIA JUDICIAL: INTERPRETAÇÃO DA INOVAÇÃO DO ARTIGO 745-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Judicial “Moratorium”: Interpretation of the new article 745-A of the Code of Civil Procedure

Cristiane Aquino Gonzaga¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Moratória do art. 745-A do CPC. 2.1. Criação do Instituto. 2.2. Natureza jurídica. 2.2.1. Direito material. 2.2.2. Direito processual. 3. Sistemática do art. 745-A do CPC. 3.1. Prazo para o requerimento do executado. 3.2. O reconhecimento do crédito devido e o depósito prévio de 30%. 3.3. Honorários e Custas. 3.4. Parcelamento. 3.5. Inadimplemento. 4. Pontos controvertidos da moratória do art. 745-A do CPC. 4.1. Direito Subjetivo do autor?. 4.2. Princípio da Menor Onerosidade X Princípio Constitucional do Contraditório. 4.3. Posição do credor diante da Moratória instituída pela Lei nº 11.382/06. 4.4. Faculdade do Magistrado?. 4.5. Aplicação do instituto na fase de cumprimento de sentença. 5. Defesa do executado diante da Moratória do art. 745-A do CPC. 5.1. Reconhecimento jurídico do pedido. 5.2. Indeferimento e o manejo dos embargos à execução. 6. Moratória no novo projeto do CPC. 6.1. Sugestão de *lege ferenda*. 7. Considerações finais. 8. Referências Bibliográficas

RESUMO

O presente estudo tem a finalidade de traçar contornos sobre aplicabilidade do novel instituto da Moratória previsto no Art. 745-A, hipótese de parcelamento do valor a ser executado, introduzido no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.382/06, inspirada na Emenda Constitucional nº 45/2004, com vista a dar mais celeridade à prestação da tutela jurisdicional executiva.

ABSTRACT

The purpose of this present study is to tackle important aspects about applicability of the new institute of the “Moratorium” as stated in the article 745-A, type of an installment of the amount under execution, that was introduced in the Code of Civil Procedure under the Law nº 11.382/06, inspired in the Constitutional Amendment nº 45/2004, to giving celerity to execution jurisdictional protection.

Palavras-chaves: Execução extrajudicial – Moratória – Parcelamento do débito – Aplicabilidade

Keywords: Extra-judicial Execution – Moratorium – Debt Installment – Applicability

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a premissa da *duração razoável do processo*, desencadeou-se uma série de reformas no Código de Processo Civil, visando a dar mais agilidade e efetividade na prestação da

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo Especialista em Direito Público pela ANAMAGES/MG – Associação dos Magistrados Estaduais do Estado de Minas Gerais; Técnico Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região.

tutela jurisdicional. Notadamente no processo de execução, houve a edição da Lei nº 11.232/2005, que transformou o processo de execução de título judicial em fase de cumprimento de sentença, bem como o advento da Lei nº 11.382/2006, que, dentre outros instrumentos, introduziu o Art. 745-A no Código de Processo Civil, criando o instituto, denominado na doutrina, de moratória judicial.

Essa figura jurídica, que é a abordagem do presente trabalho, prevê uma espécie de parcelamento, em que o executado, uma vez preenchidos os pressupostos exigidos no dispositivo legal, reconhece o crédito devido, pugnando pelo pagamento parcelado em até seis vezes, após depositar o montante de 30% (trinta por cento) do valor exequendo, além de custas iniciais e honorários advocatícios.

No entanto, por haver o reconhecimento do débito, com vedação expressa de apresentação de defesa por parte do executado, sua incidência é bastante controversa na doutrina. De fato, por se tratar de instituto novo, o qual, indubitavelmente, trouxe uma roupagem peculiar às execuções de título extrajudiciais, imprescindível um estudo mais aprofundado sobre o tema, delineando seus contornos, e assim contribuir para a sua correta aplicabilidade.

2. MORATÓRIA DO ARTIGO 745-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2.1. Criação do Instituto

É cediço que o sistema processual civil brasileiro vem passando por mudanças significativas, com o propósito de viabilizar um instrumento capaz de garantir às partes a obtenção ou proteção efetiva de seus direitos, certo que os Princípios da Instrumentalidade, Efetividade e Celeridade processual, os quais sempre nortearam o legislador, atualmente, ganharam um relevo maior, de modo que combata a morosidade processual e, no processo executivo, busque mais rapidamente a satisfação do crédito exequendo.

Nessa premissa, as alterações trazidas pela Lei nº 11.382/06 ao processo de execução, em vigor desde 21 de janeiro de 2007, pretenderam dar mais agilidade ao feito executivo, ao introduzir mecanismos alternativos para concretização do direito material já assegurado, entre eles, a criação da moratória prevista no art. 745-A do CPC, com a seguinte redação:

Art. 745-A. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

§ 1º Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

§ 2º O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos.

Trata-se de inovação processual que, além de acelerar a prestação da tutela executiva, objetiva incentivar o devedor ao cumprimento de sua obrigação, conferindo mais efetividade na busca pela satisfação do crédito que está sendo executado.

Araken de Assis assevera que “o Art. 745-A representa poderoso estímulo ao cumprimento voluntário e meio hábil para encerrar execução que, inexistisse o parcelamento, recortaria o patrimônio do executado”.²

Com certeza, a hipótese legal é bastante interessante, eis que constitui alternativa prevista em lei para viabilizar o pagamento do valor que está sendo executado e, ao mesmo tempo, amenizar a situação do devedor, dando-lhe oportunidade de saldar sua dívida de forma parcelada, sem que haja dilapidação de seu patrimônio pelos atos da penhora.

Humberto Theodoro Júnior salienta que:

a medida tem o propósito de facilitar a satisfação do crédito ajuizado, com vantagens tanto para o executado como para o exequente. O devedor se beneficia com o prazo de espera e com o afastamento dos riscos e custos da expropriação executiva; e o credor, por sua vez, recebe uma parcela do crédito, desde logo, e fica livre dos percalços dos embargos do executado.³

Nessa esteira, é fácil perceber que a introdução da moratória legal representou um avanço ao processo judicial brasileiro, apresentando-se como importante instrumento à satisfação do direito material. Até porque, conquanto deva ser efetivo, o processo não pode ser uma “arma de destruição”, ao revés, deve ser mecanismo de alcance ao resultado social⁴, certo que, ao encorajar o devedor recalcitrante a adimplir sua obrigação, o instituto contribui para a efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

² ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 470.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Vol. 2. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 464.

⁴ SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e. *A moratória do art. 745-A do CPC. Sua aplicação às demandas cognitivas condenatórias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2014, 5 jan. 2009.

2.2. Natureza jurídica

A introdução do art. 745-A no Código de Processo Civil inovou ao prever uma alternativa ao devedor de parcelar seu débito nas execuções de título extrajudicial, o que, seguramente, repercutiu tanto no campo de direito material quanto na fase processual do crédito líquido e certo a ser exigido.

Rodrigo Mazzei ressalta que:

o dispositivo não está apenas na esfera do direito processual, pois poderá alcançar a própria relação material entre as partes, na medida em que o exequente, como credor, se sujeitará ao recebimento parcelado, caso o devedor, enquanto executado, preencha todos os requisitos e siga a trilha do *caput* do Art. 745-A do CPC. [...] Por essa razão, pensamos que, muito embora a carga processual seja preponderante, já que a opção do Art. 745-A do CPC somente se dará em ambiente judicial, trata-se de dispositivo *bifronte*, que, para ser compreendido em todos os seus efeitos, deve ser estudado tanto em sua fase processual quanto material⁵

Destarte, vale a pena tecer alguns comentários sobre o alcance desse instituto, visto que sua natureza jurídica é bastante controversa na doutrina.

2.2.1. Direito material

A moratória instituída pela Lei nº 11.382/2006 estabeleceu a possibilidade de o executado parcelar o montante consubstanciado no título executivo extrajudicial, configurando, nas lições de Luiz Guilherme da Costa Wagner Jr., “*uma modalidade de extinção de obrigação*”, visto que, “*caso seja deferido o pagamento parcelado do débito, ao final, cumprido na sua integralidade, estará o devedor liberado de sua obrigação, que será considerada extinta*”.⁶

Com efeito, há juristas que defendem que a moratória instituiu uma espécie de pagamento direto, puro e simples – modo, aliás, de extinção da obrigação por

⁵ MAZZEI, Rodrigo. Opção do executado em pagar parceladamente a dívida executada. In: *Reforma do CPC 2: nova sistemática processual civil*. NEVES, Daniel Amorim Assumpção [et al]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 602.

⁶ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Cinco questões controvertidas da nova sistemática da execução civil. In: *Aspectos Polêmicos da nova execução*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim. Vol 4. São Paulo: RT, 2008.

excelência – ocorrendo, conforme ensinamentos de Orlando Gomes, “quando o devedor cumpre a obrigação, prestando a coisa, ou o fato, o crédito é diretamente satisfeito”.⁷

Não me parece ser essa a natureza jurídica material da figura prescrita no Art. 745-A do CPC, eis que, muito embora haja o pagamento da integralidade da obrigação, sua satisfação não é realizada como originariamente pactuado entre as partes.

Por outro lado, existem doutrinadores entendendo tratar-se de novação, que, segundo Álvaro Vilaça Azevedo, “é um meio de execução obrigacional que importa a extinção da obrigação primitiva pelo nascimento de uma nova”.⁸

Não me convence que a moratória se encaixe nessa modalidade, uma vez que a novação pressupõe a substituição da relação obrigacional primitiva – que pode ser subjetiva, isto é, alteração do credor, do devedor ou de ambos; ou ainda objetiva, na qual há modificação do objeto da prestação jurídica – situações essas que não se coadunam com a figura prevista no Art. 745-A do CPC, em que as partes e o objeto são os mesmos, mudando-se apenas a forma de pagamento.

Assim sendo, compartilho a tese de que o instituto configura hipótese de transação, que Caio Mário da Silva Pereira conceitua como sendo “um determinado negócio jurídico, que se realiza por via de um acordo de vontades, e tem por objeto extinguir a obrigação”.⁹

Esta, a meu ver, é a modalidade de extinção da obrigação que mais se enquadra na hipótese prevista no Art. 745-A do CPC, posto que, na moratória, teremos concessões recíprocas de ambas as partes para que haja a extinção da obrigação: o devedor reconhecerá o crédito do exequente, além de se obrigar a depositar um valor inicial de 30% da dívida, e o credor aceitará que o restante seja pago de forma parcelada, mas se livrando dos transtornos do processo executivo.

2.2.2. Direito processual

No plano do Direito Processual, a classificação da natureza jurídica do instituto estabelecido no Art. 745-A do CPC também é bastante controvertida.

Mirna Cianci defende cuidar-se de incidente no feito executivo:

Na verdade, o novo art. 745-A criou uma modalidade de incidente da execução do título extrajudicial por quantia certa, com a finalidade de garantir ao executado o parcelamento do débito. Não se trata o novo

⁷ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 155.

⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 177.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações*. v. 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 162.

instituto, a meu sentir, de moratória legal, uma vez que a moratória pressupõe apenas o alargamento do prazo para pagamento, sem que o débito seja amortizado com o parcelamento da obrigação.¹⁰

De outra senda, José Eduardo Carreira Alvim¹¹ entende que se trata de uma espécie de Injunção, assertiva combatida com veemência por Bruno Ítalo Souza Pinto, ao explicar que “o escopo da injunção é possibilitar a célere formação de título executivo, sendo normalmente proposta pelo credor, não se amoldando bem ao parcelamento”¹², o que, de veras, tem fundamento, posto que, na execução, o título executivo já está formado, contendo todos os requisitos para a sua exigibilidade, ao contrário do que ocorre na ação monitória, diferenciando ainda no fato de o requerimento, na moratória, originar do devedor, diferentemente também da citada modalidade da ação especial.

Por outro lado, Marcelo Abelha Rodrigues defende a natureza *sui generis*¹³ do instituto, classificando-o como uma forma especial de *remição*¹⁴ da execução, visto que, tal como a regra do Art. 651¹⁵ do CPC, o preceito possui duas características primordiais, qual seja, o prazo e o modo específico pra o seu exercício, posição esta que é criticada por outros processualistas, sob o argumento de que o parcelamento instituído pela Lei nº 11.382/06 possui pressupostos próprios capazes de lhe diferenciar da figura da remição, notadamente porque, na moratória, não há a extinção da execução, já que o feito executivo fica suspenso até o pagamento integral da dívida.

Respeitadas as opiniões em contrário, a corrente majoritária é no sentido de que o Art. 745-A do CPC instituiu uma espécie de moratória legal, possibilitando ao executado saldar sua dívida num prazo máximo de até seis meses. Nesse sentido, é o posicionamento de Cassio Scarpinela Bueno, Janete Ricken Lopes de Barros, Luiz Guilherme Marinoni e Humberto Theodoro Jr., entre outros ilustres juristas.

Por fim, cumpre destacar que o STJ, no julgamento do RESP 1264272/RJ, já se manifestou sobre o tema, classificando-o como técnica de cumprimento voluntário da obrigação.

¹⁰ CIANCI, Mirna; [et al]. *Comentários à execução Civil – Título judicial e Extrajudicial*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 425.

¹¹ ALVIM, José Eduardo Carreira apud ARAUJO, Alexandre Costa. *A natureza jurídica do parcelamento do débito previsto pelo Art. 745-A do CPC*.

¹² PINTO, Bruno Ítalo Sousa. *Artigo 745-A do CPC: a natureza jurídica do parcelamento da dívida e outras polêmicas*.

¹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Editora RT, 2008. p. 613.

¹⁴ Moacyr Amaral Santos ensina que “Remição” significa resgate, ressaltando que, se o interessado efetua o pagamento do valor exequendo, a execução é extinta, podendo o devedor resgatar os bens que lhe foram penhorados ou arrecadados. (In: *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. vol. III. 21ª ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 469-471.

¹⁵ Art. 651. Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.

3. SISTEMÁTICA DO ART. 745-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Reforma do processo de execução de título extrajudicial, operada pelo advento da Lei nº 11.382/06, introduziu o Art. 745-A no Código de Processo Civil, criando a possibilidade de o executado, reconhecendo o crédito devido, requerer o parcelamento do débito em até seis vezes, desde que efetue o depósito de 30% da dívida, além do pagamento das custas e honorários advocatícios, incidindo correção monetária e juros de mora de 1% sobre as parcelas mensais.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a faculdade processual, inspirada no instituto denominado *favor debitoris*.¹⁶, previu uma espécie de moratória legal, ao criar alternativa para devedor efetuar o pagamento do débito de forma parcelada, estimulando-o ao cumprimento voluntário da obrigação consubstanciada no título executivo.

Entretanto, para aplicação da norma em comento, é necessário o preenchimento concomitante dos pressupostos previstos no comando legal, razão pela qual se faz imprescindível tecer alguns comentários acerca de seus requisitos.

3.1. Prazo para o requerimento do executado

O artigo em apreço é claro ao prescrever que a pretensão de o executado pagar o débito de forma parcelada deve ser formulada dentro do prazo para oferecimento dos embargos, que, a teor do disposto no Art. 738¹⁷, *caput*, é de 15 (quinze) dias.

Assim sendo, citado o devedor, abre-se o prazo quinzenal para oposição de embargos, cabendo ao executado, dentro desse período, escolher entre embargar a execução ou requerer o parcelamento do débito, visto que “a opção escolhida, qualquer que seja, eliminará a outra faculdade processual”¹⁸. Em outras palavras, “se se opõem os embargos não cabe mais o parcelamento; se se obtém o parcelamento, extingue-se a possibilidade de embargos à execução”¹⁹.

Sobre a novidade, Sarah Merçon-Vargas anota que:

¹⁶ Toda vez que a legislação processual prever uma opção menos gravosa ao devedor, estamos diante de um *favor debitoris*, instituto esse que está intimamente ligado ao princípio da menor onerosidade da execução, sem olvidar, contudo, da busca pela efetividade processual. A propósito, Vicente Greco Filho sugere que “inspirado nessa ideia o Código oferece diversas alternativas de execução, devendo o juiz optar pela de menor encargo para o devedor, se assegurada a satisfação do crédito, como tantas vezes referido. Entre esses casos encontram-se, por exemplo, a possibilidade da substituição da penhora, da adjudicação de bens por parte de pessoas da família do devedor porque o bem permanece no âmbito familiar, entre outros. É possível, porém, sustentar que o conceito de *favor debitoris* somente se refere aos casos em que o benefício decorra de mera liberalidade e não por alternativa legal”. (In: GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. vol 3. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136).

¹⁷ Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Vol. 2... p. 464.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Loc. cit.*

O marco de abertura do prazo, seja para oferecer embargos, seja para requerer o parcelamento do valor da execução, ao contrário da sistemática anterior, não se vincula à realização de penhora, mas sim ao êxito obtido na diligência de citação. Por sua vez, dispõe o art. 652 do CPC que a penhora de bens será providenciada sempre que o executado não efetuar o pagamento do crédito exequendo dentro do prazo de 3 (três) dias, contados a partir de sua citação.²⁰

Do raciocínio, extrai ser totalmente possível que o patrimônio do devedor possa ser constrito antes mesmo que seja externado pedido de parcelamento do débito, posto que o prazo para oposição de embargos é maior que o lapso fixado para o pagamento integral da execução, havendo, portanto, a possibilidade de que o executado, caso possua patrimônio, tenha seus bens constritos em momento anterior à apresentação da opção conferida pelo Art. 745-A do CPC²¹.

Nessa hipótese, Rodrigo Mazzei defende que:

[...] o executado poderá apresentar manifestação pela possibilidade de parcelamento, com a comprovação do depósito mínimo de 30% (trinta por cento), hipótese em que haverá a suspensão da execução, sem, contudo, operar-se automaticamente o desfazimento da penhora realizada. A contrição será mantida até o exame de admissibilidade da manifestação (art. 745-A, §1º), podendo, em caso de manifesto excesso, ser diminuída pelo magistrado.²²

Por isso, conclui-se que o pedido do parcelamento para fins do Art. 745-A do CPC deve ser feito dentro do prazo para oposição dos embargos à execução, sob pena de preclusão da faculdade processual, ante a ausência de um de seus requisitos, vale dizer, a tempestividade, devendo ser mantida eventual penhora que tenha sido realizada nos autos até o exame dos pressupostos da moratória legal.

3.2. O reconhecimento do crédito devido e o depósito prévio de 30%

O Art. 745-A do CPC estabelece a faculdade de o devedor parcelar o débito, desde que reconheça o crédito do exequente, sendo este um dos requisitos essenciais para o deferimento do pedido, juntamente com o comprovante do depósito prévio

²⁰ MERÇON-VARGAS, Sarah. A faculdade de parcelamento do valor da execução (Art. 745-A): requisitos, procedimento e aplicabilidade. In: *Execução Extrajudicial: modificações da Lei 11.382/2006*. Coord. Susana Henriques da Costa. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007.

²¹ MAZZEI, Rodrigo. Opção do executado em pagar parceladamente a dívida executada... p. 606.

²² MAZZEI, Rodrigo. Opção do executado em pagar parceladamente a dívida executada... p. 607.

de, no mínimo, 30% (trinta por cento) do valor da dívida, além das custas integrais e verba honorária.

A respeito, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidieiro ensinam que a moratória prevista no Art. 745-A do CPC:

[...] visa estimular o executado a reconhecer o direito consubstanciado no título executivo, evitando-se eventuais discussões a respeito em exceção de pré-executividade, embargos à execução ou em ação autônoma impugnativa do título.²³

Destarte, ao optar pelo parcelamento, o devedor reconhece o crédito em favor do exequente, já que o deferimento da medida impede a futura apresentação de defesa por parte do executado, conforme disposição expressa da lei, que é taxativa ao vedar a oposição de embargos.

Ressalte-se que não basta apenas o reconhecimento do crédito exequendo, sendo imprescindível que o devedor, no mesmo ato de requerimento do parcelamento, apresente comprovante de depósito do montante correspondente a 30% do valor da dívida, o qual deve ser realizado previamente, pagando ainda a quantia referente às despesas processuais e honorários advocatícios.

A propósito, Rodrigo Mazzei lembra que:

O depósito se submete ao prazo para a oposição dos embargos, devendo a demonstração de sua realização ser contemporânea à apresentação da manifestação do executado, mesmo se, por questões operacionais, tiver sido efetuado antes da comunicação em juízo. Não se admitirá, contudo, que a manifestação do executado seja ofertada dentro do prazo, mas a efetivação (ou mesmo comprovação) do depósito se opere em data posterior, exceto nas hipóteses de justo motivo, como, por exemplo, greve geral dos bancos.²⁴

Aliás, o *caput* do Art. 745-A do CPC não deixa dúvidas de que o comprovante de depósito deve acompanhar o pedido de parcelamento do débito, subtendendo-se que não se admite o mero protesto pelo depósito, razão pela qual, nessas hipóteses, o parcelamento não deve ser concedido, eis que esse requisito, essencial para concessão da benesse legal, noticia a boa-fé do devedor, que tem o dever de demonstrar ao seu credor a intenção de saldar a dívida.

Não obstante, concordo com Renato Castro Teixeira Martins quando afirma que:

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 717.

²⁴ MAZZEI, Rodrigo. Opção do executado em pagar parceladamente a dívida executada[...] p. 609.

Apesar de a lei determinar o depósito de 30% do valor em execução, é possível ao executado efetuarlo apenas sobre a quantia incontroversa, nos casos em que, conforme já apontado no item anterior, pretender apresentar embargos em relação ao excesso, juntamente com o pedido de parcelamento.²⁵

Cumpra anotar, por fim, que, muito embora o dispositivo fale em depósito de 30% do valor da dívida, nada impede que o devedor efetue o pagamento em percentual superior, para amenizar o impacto dos consectários legais no saldo remanescente, que será parcelado, diante da previsão da parte final do Art. 745-A, *caput*, CPC, que estabelece a incidência de 1% ao mês a título de juros moratórios.

3.3. Honorários e Custas

Juntamente com o depósito de 30% do valor da dívida, o dispositivo determina que o executado efetue o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, para o deferimento do benefício legal.

Para que possa chegar a este montante, Sarah Merçon-Vargas leciona que:

O executado deverá proceder, inicialmente, o cálculo de atualização do valor constante do título até a data em que pretende efetuar o depósito e, em seguida, adicionar as despesas processuais devidas até então e os honorários advocatícios previamente arbitrados pelo juiz. O resultado desse somatório é que deverá ser utilizado como base de cálculo para que se chegue à expressão monetária correspondente ao percentual previsto no *caput* do dispositivo em comento ou a outro superior.²⁶

Entretanto, cabe mencionar, por oportuno, uma situação suscitada por Rodrigo Mazzei: na hipótese de não ter sido efetuado o pagamento integral do depósito mínimo, mas sua falta não for significativa, como, por exemplo, de não ter sido incluídas todas as despesas processuais na conta executória, faltando-lhe o recolhimento de alguma diligência processual já antecipada pelo exequente. Nesses casos, o processualista defende “*ser possível a complementação, devendo o julgador fixar prazo para o executado suplementar o depósito inicial*”.²⁷

²⁵ MARTINS, Renato Castro Teixeira. *O parcelamento do Art. 745-A, do CPC, no cumprimento de sentença*. In: *Execução Civil e cumprimento de sentença*. Coord. Sergio Shimura e Gilberto Gomes Brush. Vol. 3. São Paulo: Método, 2007.

²⁶ MERÇON-VARGAS, Sarah. *A faculdade de parcelamento do valor da execução (art. 745-A): requisitos, procedimento e aplicabilidade...*

²⁷ MAZZEI, Rodrigo. *Opção do executado em pagar parceladamente a dívida executada...* p. 609.

Reputo a solução muito adequada, já que não teria sentido negar a benesse do parcelamento do débito ao executado, em razão de quantia mínima, muitas das vezes, até irrisória, por falta de computo de alguma diligência que lhe passou despercebido. O que não se admite, contudo, é o depósito insuficiente proposital da quantia exequenda, como, por exemplo, o pagamento tão somente de 20% do total devido, situação essa que demonstra a má-fé do devedor em não cumprir o prescrito no dispositivo legal.

3.4. Parcelamento

A teor do disposto no Art. 745-A do CPC, o executado, após ser citado, poderá requerer o parcelamento do seu débito, que se dará em petição simples formulada no bojo dos autos da execução – acompanhado, vale dizer, do comprovante do depósito inicial – discriminando a forma de como irá efetuar o pagamento do valor restante.

Sobre a questão, Renato Castro Teixeira Martins argumenta que:

Caberá ao devedor apresentar proposta objetiva de parcelamento, inclusive datas de vencimentos das parcelas. Sobre esse último aspecto, parece-nos que a melhor interpretação da norma não impede que o devedor pague a dívida em parcelas com vencimentos em intervalos diferentes de um mês.²⁸

E continua, explicando que:

Suponhamos o caso de um devedor comerciante que tenha fluxo de caixa diário e queira pagar a dívida em 12 parcelas, com vencimentos a cada quinze dias. Cremos que nada impede o deferimento dessa proposta, pois a dívida, ao fim e ao cabo, será quitada em seis meses, ficando respeitado o limite da norma e atendido seu objetivo.²⁹

Ora, não me parece de todo absurdo a assertiva lançada pelo doutrinador, por seus próprios fundamentos, até porque, na aplicação da norma ao concreto, deve-se sempre levar em conta a finalidade para qual a mesma foi instituída, que os estudiosos da hermenêutica chamam de interpretação teleológica, devendo o intérprete, precipuamente, buscar sempre a vontade da lei, de modo a atender aos seus fins e à sua posição dentro do ordenamento jurídico.

²⁸ MARTINS, Renato Castro Teixeira. *O parcelamento do art. 745-A, do CPC, no cumprimento de sentença...*

²⁹ MARTINS, Renato Castro Teixeira. *O parcelamento do art. 745-A, do CPC, no cumprimento de sentença...*

Ultrapassada a questão, uma vez deferido o pedido de parcelamento, a execução se suspenderá, ficando proibida a prática de qualquer ato executório, sendo lícito ao exequente, contudo, levantar o valor depositado nos autos.

Sobre a sistemática, vale a pena conferir as lições de Humberto Theodoro Júnior:

Enquanto vigorar o parcelamento, ficarão suspensos os autos executivos (art. 745-A, §1º). Pode acontecer que, quando do requerimento do executado, já esteja consumada a penhora (esta pode ocorrer três dias após a citação e o executado tem quinze dias para pleitear o parcelamento). Em tal circunstância, a suspensão dos atos executivos não invalidará a penhora e vigorará apenas par aos autos expropriatórios subsequentes. A situação assemelha-se à dos embargos (art. 739-A, §6º).³⁰

No entanto, o doutrinador ressalta que:

Não me parece, contudo, que seja obrigatória a realização da penhora, se o pedido de parcelamento for manifestado antes da constrição executiva. É que, na regulamentação do Art. 745-A, não se condiciona o benefício do parcelamento à penhora, nem se ordena que ela se cumpra em seguida. No caso dos embargos com efeito suspensivo, ao contrário, é a própria suspensão que fica subordinada à segurança do juízo (art. 739-A, §1º).³¹

Do exposto, infere-se que, uma vez realizada a constrição judicial, o parcelamento não tem o condão de cancelar a penhora. Mas caso não haja, “*não ficará o executado sujeito àquele ato executivo enquanto estiver prevalecendo o efeito suspensivo gerado pela moratória legal*”³², até porque o dispositivo determina a suspensão da prática de qualquer ato executório, não condicionando, ademais, o deferimento do pedido à prestação de qualquer caução ou à segurança do juízo.

Mas, na hipótese do pedido de parcelamento ser indeferido, o feito executivo prosseguirá nos seus ulteriores termos, mantido o depósito efetuado pelo executado, o qual, a princípio, não poderá ser levantado pelo exequente, posto subentender que esse valor integrará a quantia na efetivação de eventual penhora.

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência...* p. 464.

³¹ Idem, loc.cit.

³² Idem, loc.cit.

3.5. Inadimplemento

Ao oferecer pedido de parcelamento que alude o Art. 745-A do CPC, o executado se compromete a saldar o restante da dívida, de forma parcelada, ao invés de ter seu patrimônio sujeito à constrição judicial.

Entretanto, para se beneficiar do instituto criado pela Lei n. 11.382/2006, o devedor deverá respeitar pontualmente o pagamento das prestações consoante proposta apresentada em juízo, sendo que, eventual inadimplemento, ensejará o vencimento antecipado de todas as demais parcelas, com o reinício dos atos executivos.

Além disso, o executado fica sujeito ao pagamento de uma multa, na razão de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas que não adimplidas, sendo-lhe vedado, cabe lembrar, opor embargos à execução, por proibição expressa do parágrafo segundo.

Nesse sentido, veja os ensinamentos de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

O devedor-executado deve efetuar os pagamentos conforme previsto na lei e autorizado pelo juiz. Sobrevindo o incumprimento do pagamento de qualquer das prestações, todas elas tornar-se-ão exigíveis por causa de seu vencimento antecipado, acrescendo-se à dívida a multa de 10% (dez por cento) sobre o valor total das que deixaram de ser pagas. Não honrando os pagamentos das parcelas conforme fixadas, o executado fica impedido de opor embargos do devedor, porque essa faculdade já foi atingida pela preclusão lógica, porquanto ela praticou ato (reconhecimento da dívida, com pressuposição da aceitação da existência, validade e eficácia do título executivo) incompatível com o exercício do direito por meio dos embargos (discussão acerca da existência, validade e eficácia do título executivo).³³

No entanto, Antônio Carlos Marcato adverte que:

A vedação supramencionada não atinge os embargos à arrematação ou adjudicação, uma vez que estes terão como objetivo arguir a nulidade da execução ou causas extintivas da obrigação, desde que supervenientes à penhora.³⁴

³³ NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 10ª ed., 2007. p. 1.091.

³⁴ MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 2369.

Assim é que, havendo o descumprimento no pagamento de qualquer uma das parcelas, ocorrerá o vencimento antecipado das demais, com incidência de multa de 10% sobre o valor faltante, bem como o restabelecimento do processo executivo, sendo defeso ao executado opor embargos à execução, com exceção das hipóteses previstas no art. 746 do CPC: embargos à arrematação e à adjudicação.

4. PONTOS CONTROVERTIDOS DA MORATÓRIA DO ART. 745-A DO CPC

Em vigor desde janeiro de 2007, o Art. 745-A do CPC, introduzido pela Lei n. 11.382/2006, possui vários pontos obscuros, sendo questão de divergência entre os doutrinadores e na jurisprudência de nossos Tribunais.

Isto porque a redação do dispositivo não deixou claro se sua aplicabilidade seria direito subjetivo do devedor ou se constituiria poder discricionário do magistrado, a quem poderia indeferir o pedido, mesmo se preenchidos os requisitos previstos no artigo, e mais, se seria necessário prévia concordância do credor, maior interessado nessa relação jurídica, razão pela qual se faz necessário um estudo mais aprofundado sobre o tema.

4.1. Direito Subjetivo do autor?

O Art. 745-A do CPC trouxe a possibilidade de o executado, reconhecendo o crédito devido, efetuar o depósito de 30% do valor em execução e requerer o parcelamento do saldo remanescente. Em outras palavras, preenchidos os requisitos exigidos no dispositivo legal, o devedor pode formular requerimento ao juízo, informando a pretensão de pagar a quantia executada de forma parcelada.

Pela leitura, não há dúvidas de que o dispositivo prevê uma faculdade ao devedor, “a quem cabe decidir sobre a conveniência de exercitá-la ou não, pois tal decisão põe em cheque a possibilidade de oferecer embargos”³⁵.

A respeito, Rodrigo Mazzei advoga que “o art. 745-A do CPC criou para o executado uma opção que pode ou não ser exercida (direito potestativo), por meio de ato volitivo”.³⁶

Indo mais além, Aluisio Iunes Monti Ruggeri Ré acredita que “o legislador criou verdadeiro direito subjetivo do devedor ao pagamento parcelado, cujo exercício independe da anuência do credor.”³⁷ Para o defensor público, o art. 745-A do CPC instituiu, “além de uma faculdade processual, um verdadeiro direito subjetivo e material ao devedor

³⁵ Idem, loc.cit.

³⁶ MAZZEI, Rodrigo. *Opção de executado em pagar parceladamente a dívida executada...* p. 603.

³⁷ RÉ, Aluisio Iunes Monti Ruggeri. *O Acesso à justiça do devedor de boa-fé: a atuação da Defensoria Pública na efetivação do direito ao pagamento parcelado.*

inadimplente de saldar seu débito de forma parcelada”, isso “em contemplação aos novos princípios da boa-fé objetiva e da função social que passaram a reger as relações privadas”.³⁸

Seguindo essa linha de raciocínio, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que “a norma estabelece o direito subjetivo de o executado pagar parceladamente a dívida, desde que reconheça e preencha os requisitos legais estabelecidos na norma comentada”.³⁹

Entretanto, os processualistas ressaltam que, para a aplicação da norma, “em virtude do contraditório (CF 5º, LV), o juiz poderá mandar ouvir o exequente que, contudo, não poderá opor-se ao parcelamento caso o executado preencha os pressupostos legais para seu deferimento”.⁴⁰

Respeitadas as opiniões em contrário, as quais defendem a tese de que a moratória prevista no art. 745-A do CPC instituiu um direito subjetivo ao executado, entendo que tal prerrogativa constitui tão somente mera faculdade do devedor, porquanto imprescindível anuência do credor para que haja o deferimento do benefício.

É essa a posição adotada por Araken de Assis:

O art. 745-A autoriza o executado a parcelar o pagamento da dívida em até seis meses. Essa regra, inovando a lei material – em particular, o art. 314 do CC-02, segundo o qual, embora divisível a prestação, “não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou” – conferiu inequívoco direito ao executado. **Desse modo, exercido no prazo e observados os respectivos pressupostos, o pedido do executado subordina o órgão judiciário e o exequente.**⁴¹ (grifo nosso)

Isto porque, ao afirmar que a moratória seria direito subjetivo do devedor, significaria dizer que ao credor não é dado recusar o pedido de parcelamento, caso presentes os requisitos legais, entendimento esse que não pode prevalecer, posto que em confronto com o princípio do contraditório, garantia prevista no Art. 5º, inciso LX da Carta Magna.

4.2. Princípio da Menor Onerosidade X Princípio Constitucional do Contraditório

Acerca do postulado constitucional, Barbosa Moreira ensina que “sobre o pedido formulado pelo autor, com a demanda, naturalmente deve abrir-se ao réu oportunidade de pronunciar-se: princípio do contraditório (*audiatur et altera pars*)”.⁴²

³⁸ RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri, *Ibidem*.

³⁹ NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante...* p. 1091.

⁴⁰ NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Loc. cit.*

⁴¹ ASSIS, Araken. *Manual da Execução...* 12ª ed., p. 518-519.

⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento*.

Aplicando-se, tem-se que a regra é a de que, uma vez formulada uma pretensão em juízo, há de ser, necessariamente, ouvida a parte contrária antes do pronunciamento do órgão julgador sobre o requerimento feito pelo peticionante. É o que Paulo Henrique dos Santos Lucon chama de *bilateralidade do processo*, que se desenvolve como contradição recíproca⁴³.

É claro que toda regra comporta exceção, certo que, no processo de execução, há dispositivos que mitigam o princípio do contraditório para que haja uma efetividade na prestação da tutela executiva, mas a maioria em benefício do credor, que detém a prerrogativa de já lhe ter sido assegurado o título executivo que se executa.

Não obstante, o executado também dispõe de postulados que visam assegurar uma execução equidistante para os litigantes, entre eles, o princípio da menor onerosidade, não menos importante. Resumidamente, a regra do Art. 620 do CPC consubstancia a ideia de que a execução deve ser realizada de maneira menos gravosa possível para o devedor, evitando-se “a prática de atos executivos desnecessariamente onerosos ao executado”.⁴⁴

Entretanto, esse princípio, como qualquer outro, deve ser aplicado com reservas, não podendo ser interpretado de forma absoluta, já que não se pode olvidar que, a teor do disposto no Art. 612⁴⁵ do CPC, a execução se desenvolve sempre no interesse do credor.

Assim é que, havendo um conflito de valores, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini anunciam que a solução envolverá prévio juízo de valor. Para esses renomados juristas:

Diante de situação para a qual se ponham dois princípios igualmente relevantes – como é o caso – caberá balancear os fatores concretamente envolvidos: aquele que prevalecer haverá de sacrificar o outro apenas na medida estritamente necessária para a consecução das suas finalidades (princípio da proporcionalidade)⁴⁶.

Nessa esteira, o magistrado deve conduzir o processo procurando buscar uma solução que corresponda, com maior fidelidade possível, a concretização do direito material. Para tanto, deve ter a sensibilidade de efetivar a medida que reputa mais adequada ao caso concreto, sem descuidar do interesse do credor, mas que, em

Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 04.

⁴³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 86.

⁴⁴ AGA 483.789/MG.

⁴⁵ Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (Art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

⁴⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues [et al]. *Curso Avançado de Processo Civil: processo de execução*. Vol. 2. 3. ed. rev., atual. e apl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 132.

contrapartida, não importe na insolvência do devedor, caso haja outro meio menos gravoso para se obter a satisfação da tutela executiva. É o que os vários doutrinadores⁴⁷ chamam de *execução equilibrada*.

4.3. Posição do credor diante da Moratória instituída pela Lei nº 11.382/06

Ultrapassadas essas questões preliminares, a controvérsia ainda persiste sobre a obrigatoriedade ou não de se ouvir o credor para que ocorra o deferimento do parcelamento instituído pela Lei n. 11.382/2006, haja vista que, como anotado, o princípio do contraditório deve ser conjugado com outros postulados que garantam o respeito à dignidade do devedor.

Valendo-se desse equilíbrio, Ernane Fidélis dos Santos assevera que:

Da mesma forma, se o requerimento se acompanhar de depósito de 30% da execução, custas e honorários advocatícios, já fixados em ou se fixarem, com proposta de pagamento em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros, o juiz deverá ouvir o exequente, mas sua discordância não importará em necessário indeferimento, já que a lei concede ao julgador a discricionariedade de deferir ou não a proposta, em verdadeira concordata civil.⁴⁸

Não obstante, adverte que:

A discricionariedade do juiz, no entanto, não lhe atribui a faculdade absoluta de deferir ou indeferir o benefício. Para o deferimento ou indeferimento, deve levar em conta as circunstâncias específicas do caso, inclusive a capacidade econômica do executado, e, naturalmente, poderá determinar até garantias para o pagamento restante, em decisão devidamente fundamentada, contra a qual caberá agravo.⁴⁹

Aluisio Iunes Monti Ruggeri Ré, por seu turno, possui ponto de vista mais radical ao sustentar que o art. 745-A do CPC comporta exceção ao cumprimento da obrigação originalmente convencionada. Segundo o doutrinador:

⁴⁷ Cassio Scarpinella Bueno, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini, entre outros.

⁴⁸ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil. Execução e Processo Cautelar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 312.

⁴⁹ Idem, loc. Cit.

Isso significa que o princípio do *pacta sunt servanda*, que prezava pela intangibilidade da vontade das partes, resta enfraquecido e flexibilizado em contemplação ao bom desfecho do processo obrigacional, o adimplemento, dentro de um contexto complexo de direitos e deveres impostos às partes, que comportarão com parceria e cooperação.⁵⁰

Por sua vez, Rodrigo Mazzei acredita que, como o advento do art. 745-A do CPC, houve mitigação do art. 314⁵¹ do Código Civil:

O dispositivo não está apenas na esfera do direito processual, pois alcançará a própria relação material entre as partes, na medida em que o exequente, como credor, se sujeitará ao recebimento parcelado, caso o devedor, enquanto executado, preencha todos os requisitos e siga a trilha do caput do Art. 745-A do CPC. Há, pois, em certa medida, alcance (e mitigação) ao disposto nos arts. 314 e 315⁵² do Código Civil, iluminados pelos princípios da exatidão e da indivisibilidade do pagamento.⁵³

Em que pese a veemência desses doutrinadores, a maioria dos juristas entende que o contraditório deve ser observado, reputando imprescindível a oitiva e concordância do credor para o deferimento do pedido de parcelamento a que alude o Art. 745-A do CPC.

Nessa trilha, Ernane Fidélis dos Santos afirma que “o pagamento feito diretamente ao credor só terá força de força de extinguir a execução, se com ele concordar o exequente”.⁵⁴

A assertiva defendida pelo doutrinador tem razão de ser, eis que, se assim não fosse, “teria sido instituída uma hipótese de moratória imposta ao credor que já pode estar esperando por meses ou anos a satisfação de seu crédito reconhecido e incontestável”⁵⁵.

Essa é a posição de Vicente Greco Filho:

Não é possível, portanto, admitir que o deferimento do parcelamento não esteja submetido a algumas condições, entre as quais está,

⁵⁰ RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Acesso à justiça do devedor de boa-fé: a atuação da Defensoria Pública na efetivação do direito ao pagamento parcelado...*

⁵¹ Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.

⁵² Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subseqüentes.

⁵³ MAZZEI, Rodrigo. *Opção do executado em pagar parceladamente a dívida executada...* p. 602.

⁵⁴ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil. Execução e Processo Cautelar...* p. 311

⁵⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 137.

primordialmente, a manutenção do asseguramento da execução e a concordância do credor, que pode para tal estabelecer condições, como por exemplo o reforço das garantias, se houve a dúvida quanto ao cumprimento do proposto.⁵⁶

No entanto, a justificativa nos é dada por Luiz Guilherme da Costa Wagner Jr. ao enumerar, com muita propriedade, os argumentos que fundamentam a necessidade de concordância do credor para o deferimento do parcelamento.

De início, o jurista invoca a natureza jurídica dessa faculdade processual, ressaltando que *“seja qual for a modalidade de adimplemento que mais se assemelhe às disposições constantes no Art. 745-A do CPC, será sempre necessária a prévia manifestação e aceitação do credor para a formalização do negócio jurídico”*.⁵⁷

Trocando em miúdos, ele defende que, se entendermos que o dispositivo em comento se trata de hipótese de pagamento direto, daí a legislação civil é bastante clara ao prescrever que o pagamento deve ser efetuado na forma avençada, lembrando que toda e qualquer alteração exige prévia autorização do credor; mas, se admitir cuidar-se de hipótese de novação, também a prévia anuência do credor para a realização de novo negócio jurídico seria imprescindível; entretanto, se estivéssemos diante da figura da transação, do mesmo modo, a anterior aceitação do credor seria necessária para que haja concessões recíprocas entre as partes, autorizadas pelo Art. 840 do Código Civil.

E arremata, afirmando que:

Forçoso reconhecer, então, que seja qual for a espécie de modalidade de extinção de obrigação em que o art. 745-A do CPC se inclua, há que se ter em mente que as figura jurídicas tratadas no campo do Direito Civil exigem a prévia aceitação do credor para que o negócio extintivo se aperfeiçoe.⁵⁸

Ainda, o doutrinador ressalta que, por se tratar de matéria que versa sobre direitos patrimoniais disponíveis, não poderia o Estado, por intermédio do juiz, *“intervir na esfera de direitos do credor, retirando-lhe a prerrogativa de exigir seu crédito de imediato de forma integral, sob pena de flagrante ofensa ao direito de propriedade, constitucionalmente assegurado”*.⁵⁹

⁵⁶ Idem, loc. cit.

⁵⁷ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Sou obrigado a receber parceladamente o meu crédito em execução...*

⁵⁸ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Sou obrigado a receber parceladamente o meu crédito em execução...*

⁵⁹ Idem, *Ibidem*.

Por fim, o autor alega que, “em época em todos estimulam a composição amigável, visualizando que acordos são as melhores, mais rápidas e menos custosas formas de se colocar fim a um litígio”, admitir a posituação de um direito do devedor de pagar seu débito parceladamente, sem a concordância do credor, é ato que se opõe à tendência atual pela busca de meios alternativos de solução dos conflitos, advertindo ainda, perspicazmente, para o fato de que “quem em sã consciência vai querer honrar as suas obrigações na data do vencimento se for sabedor de que tem, no judiciário, a prerrogativa de pagar em seis parcelas o seu débito”.⁶⁰

E nem poderia ser diferente, eis que o próprio conceito⁶¹ de *Moratória* pressupõe a existência de um ato volitivo do credor, certo de que, muito embora o instituto viabilize o pagamento do débito de maneira menos onerosa ao devedor, a execução sempre se desenvolve no interesse do credor.

Ademais, a norma do Art. 745-A do CPC é bem clara ao falar em proposta (vide §1º), o que pressupõe, necessariamente, uma aceitação da outra parte, razão pela qual, por mais esse motivo, o magistrado deve sempre ouvir o exequente, que deverá anuir para que haja o deferimento do parcelamento, já que o credor não está obrigado a receber seu crédito por partes se assim não convencionou ou consentiu.

No entanto, cumpre destacar, por oportuno, o ponderado entendimento de Mirna Cianci:

De ordinário, presumiu a *novel* legislação que seria mais vantajoso ao credor receber em parcelas, do que aguardar o demorado trâmite da execução. Aqui, passamos a considerar que, baseados na leitura constitucional do processo (efetividade x menor onerosidade), há que ser preservado o *equilíbrio da execução*, de sorte que, consultado o credor, **poderá afastar o pedido de parcelamento apenas e tão somente se apresentar pleito fundamentado.**⁶² (grifo nosso).

Mas, por fim, a Procuradora estadual reconhece que “tratando-se de direito patrimonial, caberá exclusivamente ao credor dele dispor, da maneira que entender mais conveniente, nos limites da lei”.⁶³

⁶⁰ Idem, *Ibidem*.

⁶¹ *Moratória*, segundo dicionário da Língua Portuguesa, significa prorrogação de prazo que o credor concede ao devedor para pagamento de uma dívida. (In: Dicionário Melhoramentos, p. 696).

⁶² CIANCI, Mirna; [et al]. *Comentários à execução Civil – Título judicial e Extrajudicial*. p. 426.

⁶³ CIANCI, Mirna. *Ibidem*.

4.4. Faculdade do Magistrado?

No obstante, outra questão surge para a correta aplicabilidade do instituto: se poderia o órgão julgador, mesmo presentes todos os requisitos legais e diante de uma resposta positiva do credor, indeferir a benesse da moratória ao executado.

Costa Machado, ao analisar o novel instituto, prescreve que:

Prosseguindo na disciplina da moratória instituído por esse novo art. 745-A, o presente dispositivo prevê, inicialmente, a possibilidade de deferimento pelo juiz da “proposta” (proposta de parcelamento) e as duas consequências processuais desse ato deferitório, quais sejam, o levantamento da importância depositada por parte do exequente e suspensão da prática de atos executivos; e, finalmente, prevê a possibilidade de indeferimento, cujo efeito natural é o prosseguimento da execução, mantido o depósito, diz o texto.⁶⁴

E conclui, afirmando que:

Várias observações se tornam necessárias. A primeira e mais relevante concerne ao fato de que este §1º fala expressamente de “proposta”, o que nos leva a pensar que uma certa margem de discricionariedade é conferida ao juiz para avaliar a conveniência do pedido de parcelamento, o que põe, às claras, também, a ideia de que o deferimento da proposta não é automática.⁶⁵

Em posição contrária, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero acreditam que “*atendidos todos os pressupostos, tem o juiz o dever de deferir o parcelamento. Nesse contexto, tem o executado direito ao parcelamento do valor em execução*”,⁶⁶ até porque a norma impõe, para o oferecimento da proposta, o reconhecimento do crédito exequendo.

Por tal razão, o Antônio Carlos Marcatto é categórico em asseverar que “*o parcelamento na forma estabelecida no caput do Art. 745-A constitui um direito do executado e o juiz não pode recusá-lo*”⁶⁷, ressaltando ainda que a proposta, em melhores condições para o exequente, da mesma maneira, deve ser aceito pelo juiz, já que o intuito

⁶⁴ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 7ª ed. rev. e atual. Barueri: Editora Manole. 2008. p. 1096.

⁶⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 7ª ed. rev. e atual. Barueri: Editora Manole. 2008. p. 1096.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*... p. 716.

⁶⁷ MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*... p. 2369.

da lei é justamente abreviar a satisfação do direito do credor, razão pela qual entende que cuidou o legislador de estabelecer requisitos mínimos para o seu deferimento.

Assim sendo, concordo com Aluisio Iunes Monti Ruggeri Ré, ao assinalar que “ao juiz, por sua vez, somente *lhe cabe averiguar se presentes estão os requisitos ao exercício dessa faculdade, não podendo indeferi-la injustificadamente*”.⁶⁸

Com efeito, não é dado ao magistrado, desde que presentes os requisitos legais e havendo a concordância do credor, indeferir a pretensão do devedor, não configurando, na hipótese, poder discricionário do órgão prolator, já que um dos requisitos essenciais para o requerimento do parcelamento é o reconhecimento da dívida, o que implica a impossibilidade de apresentação de qualquer tipo de defesa pelo executado.

Por isso, não seria legítimo prever uma alternativa ao devedor, que importaria em renúncia ao seu direito de defesa, mas que pudesse, ao livre alvitre do juiz, indeferir a pretensão, não deixando, contudo, a possibilidade do réu se retratar, considerando que já houve o reconhecimento da dívida, sob pena de ofensa ao princípio da ampla defesa, que é um postulado constitucional e deve prevalecer sobre a norma infraestatuída no Art. 745-A do CPC. Somente nesse sentido é que se pode dizer que a moratória é um direito subjetivo do executado.

Humberto Theodoro Júnior também adota o mesmo raciocínio ao prescrever que “*não se afigura, in casu, um poder discricionário do juiz diante do pedido de parcelamento. Presentes os requisitos legais, é direito do executado obtê-lo*”.⁶⁹

Corroborando esse entendimento, Sarah Merçon-Vargas registra que:

A única margem de discricionariedade deixada pelo legislador foi a instituída no caput do dispositivo, que confere ao executado poderes para escolher se pretende efetuar o pagamento de maneira parcelada e voluntária, ainda que não totalmente espontânea, ou se prefere resistir à execução, por meio das outras alternativas procedimentais que estiverem ao seu alcance.⁷⁰

Aliás, o próprio dispositivo em comento, no seu parágrafo primeiro, prescreve a possibilidade da moratória ser ou não deferida. E se é assim, o mais lógico é que esta decisão recaia sobre o credor, que é o maior interessado na satisfação do crédito, de sorte que a execução se dará na forma por ele escolhida. Assim é que, ouvido o exequente – que deverá, repito, concordar com a pretensão – o juiz fará o exame dos

⁶⁸ RÉ, Aluisio Iunes Monti Ruggeri. *O Acesso à justiça do devedor de boa-fé: a atuação da Defensoria Pública na efetivação do direito ao pagamento parcelado...*

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência...* Vol. 2. p. 465.

⁷⁰ MERÇON-VARGAS, Sarah. *A faculdade de parcelamento do valor da execução (art. 745-A): requisitos, procedimento e aplicabilidade...*

requisitos prescritos no dispositivo e, se presentes, tem o dever de deferir o parcelamento, ficando a execução, desde então, suspensa.

Por fim, cumpre ressaltar que o órgão jurisdicional, “*exercendo seu poder geral de cautela, pode exigir alguma garantia, em razão da peculiar situação do executado*”⁷¹. Pode, ademais, deferir o benefício, se constatar atitude abusiva do exequente. Nesse sentido, confira posicionamento do STJ:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PARCELAMENTO DO VALOR EXEQUENDO. APLICAÇÃO DO ART. 745-A DO CPC. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL. ART. 475-R DO CPC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. HIPÓTESE DE PAGAMENTO ESPONTÂNEO DO DÉBITO. NÃO INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ART. 475-J, §4º, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DA OBRIGAÇÃO VEICULADA NA SENTENÇA. PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

[...]

3. Não obstante, o parcelamento da dívida não é direito potestativo do devedor, cabendo ao credor impugná-lo, desde que apresente motivo justo e de forma fundamentada, sendo certo que o juiz poderá deferir o parcelamento se verificar atitude abusiva do exequente, uma vez que tal proposta é-lhe bastante vantajosa [...]

(REsp 1264272/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 22/06/2012) (grifo nosso)

4.5. Aplicação do instituto na fase de cumprimento de sentença

Embora a faculdade trazida no Art. 745-A do CPC, a princípio, restrinja a aplicabilidade do instituto à execução de título executivo extrajudicial, muito se discute sobre sua incidência também na fase de cumprimento de sentença, em razão da norma prescrita no Art. 475-R do CPC, que permite a aplicação subsidiária, naquela fase, das regras previstas para execução fundada em título extrajudicial, naquilo que não for incompatível.

Humberto Theodoro Júnior é categórico em não admitir a aplicação da moratória judicial na fase de cumprimento de sentença, justificando que:

⁷¹ DIDIER JR., Fredie; [et al]. *É possível que o “favor legal” previsto no Art. 745-A (parcelamento do valor executado) seja invocado na etapa de cumprimento de sentença?* Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, jan./mar. 2009. Direto ao ponto.

[...] não teria sentido beneficiar o devedor condenando por sentença judicial com novo prazo de espera, quando já se valeu de todas as possibilidades de discussão, recursos e delongas do processo de conhecimento. Seria um novo e pesado ônus para o credor, que teve de percorrer a longa e penosa via crucis do processo condenatório, ter ainda que suportar mais seis meses para tomar as medidas judiciais executivas contra o devedor renitente. O que justifica a moratória do Art. 745-A é a sua aplicação no início do processo de execução extrajudicial.⁷²

Rebatendo esse argumento, Cassio Scarpinella Bueno salienta que:

a questão foi posta para o legislador que entendeu ser oportuno conceder a moratória para o executado, criando para ele uma verdadeira alternativa para solvimento da dívida. Para tanto, encarregou-se de criar condições para que a medida seja interessante também para o credor. É essa a razão pelo qual o dispositivo prevê a incidência de juros de 1% ao mês, sem prejuízo da correção monetária, além da multa compensatória em caso de não pagamento de alguma parcela (Art. 745-A, caput, e §2º). Trata-se de dispositivo, portanto, que, a olhos vistos, busca conciliar os interesses contrapostos do exequente e do executado.⁷³

E conclui, afirmando que “no prazo que o executado tem para apresentar a ‘impugnação’ de que tratam os Arts. 475-L e 475-M do Código de Processo Civil, ele poderá optar pela formulação do pedido do Art. 745-A”.⁷⁴

Manifestando-se positivamente, Eduardo Jose da Fonseca Costa anota que:

[...] não há plausibilidade em limitar-se instituto do parcelamento compulsório a um “gueto estanque”, acorrentando o seu âmbito de incidência à palavra “embargos”. A norma do artigo 745-A não pode simplesmente exaurir-se na letra fria do seu texto: toda norma é fenômeno *transproposicional*, não *proposicional*. Além do mais, não vislumbro razão para o parcelamento compulsório ser admitido numa modalidade executória e não ser na outra: a execução lastreada em título extrajudicial não tem qualquer quid que justifique a diferenciação; o

⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência...* Vol. 2. p. 465.

⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella [et al]. *É possível que o “favor legal” previsto no art. 745-A (parcelamento do valor executado) seja invocado na etapa de cumprimento de sentença?*

⁷⁴ BUENO, Cassio Scarpinella [et al]. *É possível que o “favor legal” previsto no art. 745-A (parcelamento do valor executado) seja invocado na etapa de cumprimento de sentença?...*

seu devedor não é mais merecedor de favores do que o devedor num cumprimento de sentença.⁷⁵

Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva observa que o novel instituto “*pouco se importou em dilatar a aplicação do instituto às demandas judiciais cognitivas*”.⁷⁶ Entretanto, indo mais além, o autor defende sua aplicabilidade inclusive nas ações de cobrança ainda não julgadas, entendendo que:

sendo a demanda de natureza cognitiva, acaso o pretense devedor reconheça o alegado crédito, não há razão para não lhe ser concedida a moratória do Art. 745-A do CPC. Mormente se for considerado que, sendo ela aplicável à execução de título executivo extrajudicial (onde o crédito é líquido, certo e exigível), qual a razão de não ser o crédito ainda não constituído.⁷⁷

E se é assim, muito embora a doutrina justifique que não faz sentido conceder ao executado o benefício do parcelamento, eis que, na fase de cumprimento de sentença, a dívida já foi declarada pelo órgão judicial, ao contrário do que ocorre no processo executivo, em que executado deve, primeiro, reconhecer o valor devido, não se antevê qualquer empecilho para não aplicação da norma prescrita no Art. 745-A do CPC também à fase de cumprimento de sentença.

Primeiro porque se trata de faculdade do devedor, que poderá optar se deseja requerer o parcelamento do valor devido ou se sujeitar aos atos executivos; e mais, o credor, como já demonstrado, também tem prerrogativa de aceitar ou não a proposta oferecida pelo executado, cabendo-lhe decidir sobre a conveniência de receber seu crédito em até seis meses ou prosseguir, naturalmente, na fase de cumprimento de sentença.

Segundo porque a novidade, a grosso modo, traz vantagens para ambas as partes, posto que a fase de cumprimento de sentença, da mesma maneira que o feito executivo, colherá “*os frutos de um desenvolvimento mais célere e menos imperativo, cuja conclusão posse ser alcançada sem que se tenha que levar a cabo qualquer ato constritivo ou expropriatório*”⁷⁸

Ademais, Renato Castro Teixeira Martins ressalta que:

⁷⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca [et al]. *Ibidem*.

⁷⁶ SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e. *A moratória do art. 745-A do CPC. Sua aplicação às demandas cognitivas condenatórias...*

⁷⁷ *Idem.*, loc cit.

⁷⁸ MERÇON-VARGAS, Sarah. *A faculdade de parcelamento do valor da execução (art. 745-A): requisitos, procedimento e aplicabilidade...*

[...] nesse caso o exequente estará numa posição mais vantajosa em relação ao que ocorre na execução de título extrajudicial, pois o requerimento de parcelamento, no cumprimento de sentença, pressupõe a existência de penhora. Assim, caso o parcelamento não seja cumprido, inicia-se logo em seguida a expropriação, sem embargo, é claro, da incidência da multa de 10% sobre o débito em aberto, prevista no §2º do Art. 745-A.⁷⁹

E nem existe obstáculo quanto aos demais pressupostos previstos na regra do Art. 745-A do CPC, posto que a proposta de parcelamento pode, perfeitamente, ser pleiteada no prazo para oferecimento da impugnação de que trata o §1º do Art. 475-J do CPC, isto é, nos quinze dias seguintes à sua intimação sobre a penhora e avaliação, e o depósito de 30% do valor devido efetuado no mesmo ato processual.

Por sua vez, a jurisprudência⁸⁰ também não é unânime sobre a aplicabilidade do instituto da moratória na fase de cumprimento de sentença. Não obstante, reputo inexis-

⁷⁹ MARTINS, Renato Castro Teixeira. *O parcelamento do Art. 745-A, do CPC, no cumprimento de sentença...*

⁸⁰ Notadamente no TJSP, a questão é bastante dividida:

“A moratória legal ou parcelamento do débito em até seis vezes, com depósito de trinta por cento, instituído pela Lei nº 11.383/2006, em vigor desde 7 de janeiro de 2007 e que acresceu o Art. 745-A e parágrafos ao Código de Processo Civil, diz respeito apenas à execução do título extrajudicial, não ao cumprimento de sentença.” (Agravado de Instrumento nº 0180163-58.2012.8.26.0000, Relator Celso Pimental, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 19.10.2012).

“EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. Pretensão da agravante de beneficiar-se com o parcelamento do débito previsto no Art. 745-A, do CPC. Admissibilidade. Hipótese em que o bem penhorado e posto a leilão supera em 35 vezes o valor da dívida. Proposta de parcelamento como medida razoável e adequada - Recurso provido”. (Agravado de Instrumento nº 0168050-72.2012.8.26.0000, Relator J. B. Franco de Godói, 23ª Câmara de Direito Privado, j. 05.10.2012).

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, admite a incidência do Art. 745-A do CPC na fase de cumprimento de sentença:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PARCELAMENTO DO VALOR EXEQUENDO. APLICAÇÃO DO ART. 745-A DO CPC. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL. ART. 475-R DO CPC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. HIPÓTESE DE PAGAMENTO ESPONTÂNEO DO DÉBITO. NÃO INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ART. 475-J, § 4º, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO ANTE O CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO DA OBRIGAÇÃO VEICULADA NA SENTENÇA. PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A violação aos Arts. 165, 458 e 535 do CPC não foi configurada, uma vez que o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está impelido a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, se os fundamentos utilizados foram suficientes para embasar a decisão.

2. A efetividade do processo como instrumento de tutela de direitos é o principal desiderato das reformas processuais engendradas pelas Leis nº 11.232/2005 e nº 11.382/2006. O Art. 475-R do CPC expressamente prevê a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial, naquilo que não contrariar o regramento do cumprimento de sentença, sendo certa a inexistência de óbice relativo à natureza do título judicial que impossibilite a aplicação da norma em comento, nem mesmo incompatibilidade legal. Portanto, o parcelamento da dívida pode ser requerido também na fase de cumprimento da sentença, dentro do prazo de 15 dias previsto no Art. 475-J, caput, do CPC.

3. Não obstante, o parcelamento da dívida não é direito potestativo do devedor, cabendo ao credor impugná-lo, desde que apresente motivo justo e de forma fundamentada, sendo certo que o juiz po-

tir motivos para se adotar posição tão restritiva, se a aceitação do parcelamento, no final, recaí sobre o credor, que é o maior interessado em satisfazer, mais rapidamente, o seu crédito, especialmente porque há permissivo legal que remete aplicação subsidiária das disposições que regem o processo executivo à fase de cumprimento de sentença.

Além disso, aplicar o mecanismo do parcelamento do débito também à essa fase é prestigiar o Princípio da Efetividade da jurisdição, de modo a obter um resultado concreto mais célere ao credor, que é a satisfação de seu crédito, opção que será por ele mesmo escolhida. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

5. DEFESA DO EXECUTADO DIANTE DA MORATÓRIA DO ART. 745-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Viu-se que a norma estatuída no art. 745-A do CPC prevê uma espécie de parcelamento do valor exequendo, desde que o devedor opte por essa via de pagamento e atenda os requisitos previstos no dispositivo, entre eles, o reconhecimento do crédito do exequente, conforme disposição expressa da lei.

Entretanto, por não se tratar de direito subjetivo do devedor, já que seu deferimento pressupõe a anuência do credor, necessário traçar os contornos do seu (in) deferimento, eis que, a princípio, a norma veda a apresentação de embargos, sendo que, numa leitura mais desatenta, acabaria tolhendo o direito constitucional do contraditório e ampla defesa do executado, que não é o objetivo da lei.

derá deferir o parcelamento se verificar atitude abusiva do exequente, uma vez que tal proposta é-lhe bastante vantajosa, a partir do momento em que poderá levantar imediatamente o depósito relativo aos 30% do valor exequendo e, ainda, em caso de inadimplemento, executar a diferença, haja vista que as parcelas subsequentes são automaticamente antecipadas e é inexistente a possibilidade de impugnação pelo devedor, nos termos dos §§ 2º e 3º do Art. 745-A.

4. Caracterizado o parcelamento como técnica de cumprimento espontâneo da obrigação fixada na sentença e fruto do exercício de faculdade legal, descabe a incidência da multa calcada no inadimplemento (Art. 475-J do CPC), sendo certo que o indeferimento do pedido pelo juiz rende ensejo à incidência da penalidade, uma vez configurado o inadimplemento da obrigação, ainda que o pedido tenha sido instruído com o comprovante do depósito, devendo prosseguir a execução pelo valor remanescente.

5. No caso sob exame, a despeito da manifestação de recusa do recorrente (fl. 219), o Juízo deferiu o pedido de parcelamento ante a sua tempestividade e a efetuação do depósito de 30%, inclusive consignando o adimplemento total da dívida (fl. 267), ressoando inequívoco o descabimento da multa pleiteada.

6. A Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 1.028.855/SC, sedimentou o entendimento de que, na fase de cumprimento de sentença, havendo o adimplemento espontâneo do devedor no prazo fixado no Art. 475-J do CPC, não são devidos honorários advocatícios, uma vez desnecessária a prática de quaisquer atos tendentes à satisfação forçada do julgado. No caso concreto, porém, conquanto tenha-se caracterizado o cumprimento espontâneo da dívida, o tribunal condenou a recorrida ao pagamento de honorários advocatícios, o que, em face de recurso exclusivo do exequente, não pode ser afastado sob pena de reformatio in pejus.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1264272/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 22/06/2012)

5.1. Reconhecimento jurídico do pedido

O *caput* do Art. 745-A do CPC estabelece a possibilidade de o devedor, no prazo para embargos, parcelar o débito, desde que reconheça o crédito do exequente, e que, nos ensinamentos de Antônio Carlos Marcatto “*equivale a um reconhecimento jurídico do pedido e impede a futura apresentação de defesa por parte do executado, a não ser que haja alguma circunstância superveniente a tal reconhecimento*”.⁸¹

Eduardo Arruda Alvim explica que o reconhecimento jurídico do pedido não significa que “*o réu tenha aceitado a versão dos fatos tais como narrados pelo autor, mas a aceitação das consequências jurídicas que pretende, a parte contrária, extrair desses mesmos fatos*”.⁸²

Com efeito, todos os doutrinadores são unânimes em afirmar que a escolha pelo parcelamento tem o condão de impedir a interposição de embargos, questão essa abordada com muita propriedade por Janete Ricken Lopes de Barros:

Ao optar pelo parcelamento, o executado não poderá opor embargos à execução, uma vez que se configura ato incompatível com o reconhecimento jurídico do crédito do exequente, ocorrendo a figura da preclusão lógica. A presente vedação está expressa na parte final do §2º, do Art. 745-A, e tem relação com o princípio “*vinere contra factum proprium*” que trata da proibição no processo civil de comportamento contraditório, bem como da boa-fé objetiva e confiança.⁸³

É claro que a vedação de interposição dos embargos não atinge matéria de ordem pública, tal como defende Sarah Merçon-Vargas, que afirma ser “*totalmente razoável que venha se insurgir, por exemplo, contra penhora que tenha recaído sobre bem impenhorável ou que, de qualquer maneira, exceda às balizas do princípio do menor sacrifício possível*”.⁸⁴

Mas, havendo o indeferimento do benefício previsto no Art. 745-A do CPC, o que acontece com o direito do devedor que reconheceu o crédito do exequente, que, nas lições dos doutrinadores, equivaleria a um reconhecimento jurídico do pedido, com a proibição de oposição dos embargos?

⁸¹ MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado...* p. 2369.

⁸² ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 2ª ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 511.

⁸³ BARROS, Janete Ricken Lopes de. *Da possibilidade de aplicação do Art. 745-A do CPC na Ação Monitória*. Clubjus. Brasília-DF 03 fev 2009.

⁸⁴ MERÇON-VARGAS, Sarah. *A faculdade de parcelamento do valor da execução (art. 745-A): requisitos, procedimento e aplicabilidade...*

5.2. Indeferimento e o manejo dos embargos à execução

Lançada a indagação, cumpre lembrar, de início, que o dispositivo fala em proposta, o que pressupõe uma aceitação da parte contrária. Ainda, o texto legal faz referência ao deferimento e indeferimento do pedido, prevendo caminhos diversos para cada situação, razão pela qual outra conclusão não se pode chegar a não ser a de que, dependendo do provimento jurisdicional, a repercussão do instituto no sistema jurídico será diferente.

Ocorre que, em não raras vezes, mesmo reconhecendo o valor devido, o devedor pode não concordar com o montante que está sendo executado, discordando sobre o valor dos acessórios da dívida ou mesmo o termo inicial de algum dos consectários, legais etc, mas, mesmo assim, opta pelo parcelamento, por julgar ser o modo mais suave de saldar a dívida, além de evitar eventual constrição na sua esfera patrimonial.

Não obstante, a aceitação da proposta formulada pelo devedor deve passar pelo crivo do credor, que tem a prerrogativa de concordar ou não com o parcelamento oferecido pelo executado. Havendo anuência, o pedido será deferido pelo magistrado, o qual determinará a suspensão do feito executivo até o pagamento do valor remanescente, no prazo do parcelamento.

Mas se, ao contrário, houver a discordância do credor, hipótese em que o pedido de parcelamento será indeferido, o que acontecerá com o devedor que reconheceu a dívida, mas não lhe foi deferido seu pedido de parcelamento?

Antevendo uma situação como essa, Luiz Guilherme da Costa Wagner Jr. sustenta que:

[...] caso haja o indeferimento do parcelamento, para que o devedor não fique em uma situação absolutamente desprivilegiada (já que houvera legitimamente apostado na concessão do benefício), algumas posturas devem ser entendidas como decorrentes do fato, ainda que não haja previsão legal expressa nesse sentido.⁸⁵

Nesse diapasão, tendo sido feita a proposta e restando a mesma indeferida pelo órgão julgador, nada mais justo que haja a desconsideração do reconhecimento da dívida, facultando ao executado, eventualmente, discutir valores que poderia ter sido superado caso houvesse uma resolução consensual, com o deferimento do parcelamento.

Assim sendo, discordo de Rodrigo Mazzei quando afirma que o reconhecimento do crédito produz efeito desde o momento em que cravado nos autos, já que refletiria uma opção livre do executado, exercida no âmbito de sua disponibilidade⁸⁶.

⁸⁵ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Sou obrigado a receber parceladamente o meu crédito em execução...*

⁸⁶ MAZZEI, Rodrigo. *Opção do executado em pagar parceladamente a dívida executada...* p. 604.

Na verdade, havendo requerimento do parcelamento, o reconhecimento do débito só seria eficaz com a anuência do credor e o deferimento do pedido, hipótese em que o devedor ficaria impedido de oferecer, conjuntamente, qualquer outro meio de defesa. Contudo, não tendo o credor concordado com a proposta, o prazo para embargar deve ser devolvido ao executado, que poderá exercer seu direito de defesa, como prescreve o mandamento constitucional.

Nesse sentido, é o posicionamento de Luiz Guilherme da Costa Wagner:

A partir das premissas acima, sustentamos que o reconhecimento do débito é providência atrelada à concessão do parcelamento, ou seja, temos de admitir que o devedor somente aceitaria pagar o que lhe é apresentado sem ensejar qualquer discussão, caso lhe seja deferido o parcelamento. [...] Ao contrário, se por qualquer razão o referido benefício lhe for negado (como por exemplo, quando o credor não aceitar receber seu crédito em parcelas), tem-se como sem efeito o reconhecimento da dívida, possibilitando-se, assim, ao devedor, se servir de qualquer estratégia processual (como apresentação de embargos), já que não terá a seu favor a autorização para quitação parcelada do montante exigido pelo exequente.⁸⁷

Destarte, pode-se dizer que o oferecimento da proposta de parcelamento tem “força para interromper o prazo para a propositura de embargos, sendo restituído em sua integralidade ao interessado caso reste indeferido o benefício”.⁸⁸

Um entendimento ao contrário importaria em cerceamento de defesa do devedor, além de ser mais vantajoso ao credor, já que, tendo o executado reconhecido a dívida, bastaria não concordar com o parcelamento para que o juiz indefira o pedido da moratória, muito embora colhendo os frutos do reconhecimento do pedido – quer seja, a impossibilidade do executado oferecer defesa contra a pretensão executiva – o que não se pode permitir, até porque não é esse o intuito da norma.

Dessa forma, a questão primordial ficará nas mãos do credor, maior interessado, a quem competirá decidir aceitar a moratória e receber seu crédito parcelado, ou então rejeitar a proposta e prosseguir na execução, com todos os meios de defesas possíveis ao executado. O que não se pode admitir é: ou impor uma anuência obrigatória ao credor ou tolher o direito de defesa do devedor, ao reconhecer a dívida, mas ficando ao alvitre do credor (ou juiz) o deferimento da proposta, cujo indeferimento lhe seria mais vantajoso.

⁸⁷ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Ibidem*.

⁸⁸ *Idem*, *Ibidem*.

6. MORATÓRIA NO NOVO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ainda em fase de elaboração, o Projeto de Lei nº 166/2010, que cuida da Reforma do Código de Processo Civil, da mesma forma que o anterior, contemplou o instituto da moratória judicial, agora previsto no Livro III, que trata do Processo de Execução fundada em título executivo extrajudicial.

Pouquíssimas foram as alterações operadas no dispositivo, as quais se concentram mais na redação do que na sua essência, conforme destaque abaixo, passando a moratória legal ser regida pelo Art. 837, com o seguinte teor:

Art. 837. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, o executado poderá requerer seja admitido a pagar o restante em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de um por cento ao mês.

§ 1º Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso **seja** indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

§ 2º O não pagamento de qualquer das **prestações acarretará cumulativamente:**

I - o vencimento das prestações subsequentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos;

II - a imposição ao executado de multa de dez por cento sobre o valor das prestações não pagas.

§ 3º **A opção pelo parcelamento de que trata este artigo importa renúncia ao direito de opor** embargos. (grifo nosso)

Uma pena o legislador não ter dado atenção especial ao instituto, tentando sanar várias questões controvertidas que imperam na doutrina e jurisprudência, limitando-se a repetir o conteúdo da norma anterior, sem se preocupar em constar, expressamente, a (des)necessidade da concordância do credor; se poderia o magistrado indeferir o pleito, exercendo seu poder geral de cautela ou se configuraria direito subjetivo do devedor; nem sequer prevendo o oferecimento de qualquer caução, de modo a demonstrar a boa-fé objetiva do executado em cumprir, por inteiro, o parcelamento que propôs; e mais, se a norma também teria alcance à fase de cumprimento de sentença, eis que, da mesma forma que o Código de Processo Civil vigente, há referência genérica sobre a aplicação subsidiária das disposições que regem o Livro III também ao Livro I e II (e vice-versa), porém com a ressalva “*no que couber*”, traduzida no art. 697 do Novo Código de Processo Civil.

Assim sendo, concordo com Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior, ao oferecer outra redação ao dispositivo. Confira:

6.1. SUGESTÃO DE LEGE FERENDA

O citado autor, “visando compatibilizar os eventuais benefícios que a concessão do parcelamento poderá trazer a um processo executivo com o sagrado direito do credor de não se obrigado a receber em partes aquilo que ajustou por inteiro”⁸⁹, sugere, de lege ferenda, a seguinte redação:

Art. 745-A – O prazo dos embargos será interrompido caso o executado, nos três primeiros dias, requeira seja admitido a pagar parceladamente o valor integral do débito apontado na inicial em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês, sendo a primeira parcela no importe de 30% (trinta por cento) do valor executado, acrescida da integralidade do reembolso das custas e dos honorários advocatícios fixados pelo juízo.

§1º – Concedido o prazo de cinco dias para manifestação do credor, havendo a sua expressa concordância com a proposta, ou, ainda, na hipótese de seu silêncio, o parcelamento será deferido e o executado deverá efetuar o depósito da primeira parcela no prazo de 24 horas (vinte e quatro), sob pena de revogação do benefício, autorizado o exequente a proceder o levantamento imediato da quantia depositada, suspendendo-se os atos executivos.

§2º – O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subsequentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos.

§3º – Se no prazo de cinco dias que lhe fora concedido o credor manifestar sua recusa em receber em parcelas seu crédito, será o pedido de parcelamento indeferido e a execução prosseguirá normalmente, restituindo-se ao devedor a integralidade do prazo para a apresentação de embargos.

§4º – Não se aplica o disposto no caput deste artigo para as hipóteses de cumprimento de sentença.⁹⁰

⁸⁹ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Sou obrigado a receber parceladamente o meu crédito em execução...*

⁹⁰ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Sou obrigado a receber parceladamente o meu crédito em execução...*

A meu ver, a redação do artigo lançada pelo doutrinador consegue resolver a maioria das controvérsias que giram em torno da aplicabilidade do instituto, ao mesmo tempo em que compatibiliza a benesse concedida ao devedor ao interesse do credor, sem que haja detrimento do direito de um sobre o outro.

Entretanto, ousou discordar do jurista apenas num aspecto: a inaplicabilidade da moratória na fase de cumprimento de sentença, posto que o meu entendimento é no sentido de ser perfeitamente possível postular o requerimento do parcelamento dentro do prazo de impugnação, conforme já exposto anteriormente, eis que, tal como defende o autor, corroborado pela previsão expressa desta redação, o deferimento do benefício é condicionada à anuência do credor, não havendo sentido em não aplicar o instituto também à fase de cumprimento de sentença se assim o exequente desejar.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 promoveu uma reformulação no Código de Processo Civil, instituindo, entre outros mecanismos de celeridade, o Art. 745-A, criando a figura da *moratória judicial*. Este instituto visa dar efetividade à prestação jurisdicional, ao prever uma espécie de parcelamento do valor exequendo, incentivando o executado a pagar o seu débito, sem que haja maiores discussões sobre o título executivo extrajudicial, ante a vedação expressa de interposição de embargos à execução.

Para que haja deferimento do benefício, perfeitamente cabível inclusive em fase de cumprimento de sentença, o devedor deve preencher os requisitos previstos no texto da lei: formular proposta do parcelamento no prazo de quinze dias, reconhecendo o crédito do exequente, e proceder ao depósito do montante inicial de 30% do total da dívida, além das custas e honorários advocatícios, sendo que, eventual inadimplemento, enseja o vencimento antecipado das demais parcelas, além de multa pelo descumprimento.

Verifica-se, entretanto, que a moratória não constitui direito subjetivo do executado, posto ser imprescindível a anuência do credor, não podendo o magistrado, contudo, indeferir a pretensão, uma vez satisfeitos todos os pressupostos previstos no artigo. No entanto, caso haja o indeferimento do pedido, é possível o manejo dos embargos à execução pelo devedor, sob pena de ofensa ao postulado constitucional da ampla defesa, hipótese em que será restituído o prazo para interposição de defesa.

Por fim, o Projeto de Lei nº 166/2010, que cuida da Reforma do Código de Processo Civil, não deu atenção especial ao instituto, limitando-se a repetir a essência do Art. 745-A, com pouquíssimas alterações na sua redação, as quais, contudo, não têm o condão de sanar todas as controvérsias que giram sobre sua aplicabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 2ª ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; 3ª ed, 2010.
- ARAÚJO, Alexandre Costa De. A natureza jurídica do parcelamento do débito previsto pelo artigo 745-A do CPC. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 67, 01/08/2009 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6504. Acesso em 07.07.2011.
- ARMELIN, Donaldo. BONICIO, Marcelo José Magalhães. CIANCI, Mirna. QUARTIERI, Rita. Comentários à Execução Civil: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo). São Paulo: Saraiva, 2008.
- ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; 12ª ed, 2009.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BARROS, Janete Ricken Lopes de. *Da possibilidade de aplicação do art. 745-A do CPC na Ação Monitória*. Clubjus, Brasília-DF: 03 fev 2009. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?content=2.22630>> Acesso em: 17 nov. 2010.
- DIDIER JR., Fredie; BUENO, Cassio Scarpinella; COSTA, Eduardo José fa Fonseca; ABELHA, Marcelo. *É possível que o “favor legal” previsto no art. 745-A (parcelamento do valor executado) seja invocado na etapa de cumprimento de sentença?* Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, jan./mar. 2009. Direto ao ponto. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=57036>>. Acesso em: 05.07.2011.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *A natureza jurídica do parcelamento do débito*. Disponível em <<http://abdpc.org.br/abdpc/Artigos.asp?ordeml=artigo>> Acesso em 07.07.2011
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rev., atual. e aum, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GOULART, Haroldo Sanchotene. *Aplicação Subsidiária do art. 745-A no cumprimento de sentença*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/Artigos.asp?ordeml=artigo>>
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no processo civil brasileiro*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 7ª ed. rev. e atual. Barueri: Editora Manole. 2008.
- MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

- MARTINS, Renato Castro Teixeira. O parcelamento do art. 745-A, do CPC, no cumprimento de sentença. In: *Execução Civil e cumprimento de sentença*. Coord. Sergio Shimura e Gilberto Gomes Brush. Vol 3. São Paulo: Método, 2007.
- MAZZEI, Rodrigo. Opção do executado em pagar parceladamente a dívida executada. In: *Reforma do CPC 2: nova sistemática processual civil*. NEVES, Daniel Amorim Assumpção [et al]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MERÇON-VARGAS, Sarah. A faculdade de parcelamento do valor da execução (art. 745-A): requisitos, procedimento e aplicabilidade. In: *Execução Extrajudicial: modificações da Lei nº 11.382/2006*. Coord. Susana Henriques da costa. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 10ª ed., 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações*. v. 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- PINTO, Bruno Ítalo Sousa. Artigo 745-A do CPC: a natureza jurídica do parcelamento da dívida e outras polêmicas. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1897, 10 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11704>>. Acesso em: 05.07.2011.
- RÊ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *O Acesso à justiça do devedor de boa-fé: a atuação da Defensoria Pública na efetivação do direito ao pagamento parcelado*. <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/documentos/ccsai/O%20ACESSO%20A%20JUSTI%C3%87A%20DO%20DEVEDOR%20DE%20BOA%20F%C3%89.doc>>. Acesso em: 05.07.2011.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Execução Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e. *A moratória do Art. 745-A do CPC. Sua aplicação às demandas cognitivas condenatórias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2014, 5 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12156>>. Acesso em: 05. 07. 2011.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil. Execução e Processo Cautela*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. vol 2. 23ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. vol 3. 21ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Vol. 2. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Cinco questões controvertidas da nova sistemática da execução civil. In: *Aspectos Polêmicos da nova execução*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim. Vol 4. São Paulo: RT, 2008.

_____; *Sou obrigado a receber parceladamente o meu crédito em execução*. Revista de Processo. RePro 180, ano 35, fev. 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: processo de execução*. Vol 2. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

_____; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: execução*. Vol 2. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS DECORRENTES DE TÍTULOS JUDICIAIS: REFLEXÕES SOBRE O PROCEDIMENTO ATÉ A EXPEDIÇÃO DA ORDEM DE PAGAMENTO

EXECUTION AGAINST PUBLIC TREASURY FOR CASH OBLIGATIONS ARISING OF COURT ORDERED PAYMENTS: Reflections by the expedition of the payment order

Regina Maria Rodrigues da Silva Jacovaz¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O embate dos interesses públicos com os interesses privados em relação aos débitos fazendários. 3. As regras constitucionais e infraconstitucionais relativas à expedição dos precatórios e das requisições de pequeno valor para os títulos judiciais. 4. Do modelo atual da execução no código de processo civil. Permanência do processo autônomo da execução contra a Fazenda Pública. 5. O polêmico conceito de execução contra a Fazenda Pública. 6. Aplicação de regras do cumprimento de sentença. 7. Definitividade e provisoriedade da execução. 7.1. Relação de provisoriedade com a possibilidade de satisfação do direito material e com a existência de recurso. 7.2. Da pendência de recurso em relação ao fracionamento de precatórios. 8. Da exigência constitucional do trânsito em julgado para a expedição do precatório e da requisição de pequeno valor. 8.1. O início da execução. 8.2 O efeito suspensivo dos embargos à execução e do recurso de apelação. 8.3. O trânsito em julgado nos embargos à execução. 9. Das disposições do projeto do novo CPC. 10. Considerações finais. 11. Referências Bibliográficas

RESUMO

O presente trabalho estuda a execução contra a Fazenda Pública, por obrigações pecuniárias decorrentes de títulos judiciais, com ênfase no *iter* procedimental que culmina com a expedição da ordem de pagamento ao Poder Público. Partiu-se do exame da natureza jurídica da execução contra a Fazenda Pública em confronto com os princípios e características da execução civil e as regras do cumprimento de sentença aplicáveis à execução contra a Fazenda Pública. A determinação constitucional do trânsito em julgado relativa aos pagamentos dos precatórios e das requisições de pequeno valor foi considerada sob o enfoque dos conceitos de 'provisoriiedade' e 'definitividade' do título executivo. Pretendeu-se demonstrar que é preciso amoldar os procedimentos processuais às determinações constitucionais relativas aos precatórios e requisições de pequeno valor, levando-se em conta a natureza dos interesses públicos, em especial no que concerne à execução provisória,

ABSTRACT

This paper studies the performance against the public treasury, for pecuniary obligations arising from judicial titles, with emphasis on iter procedural that culminates with the issuance of a payment order to the Government. This started from the examination of the legal nature of execution against the National Treasury in confrontation with the principles and characteristics of civil enforcement and compliance with the rules applicable to the enforcement of a judgment against the Revenue. The constitutional determination of res judicata on payments of judicial requests and requisitions was considered of little value

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo

from the standpoint of the concepts of 'temporariness' and 'finality' of Enforcement. It was intended to demonstrate that the procedures must conform to the procedural constitutional provisions relating to judicial requests and requests of small value, taking into account the nature of public interests, especially with regard to provisional execution,

Palavras-chaves: Fazenda Pública, execução provisória, trânsito em julgado, precatório

Keywords: Public Treasury, provisional execution, res judicata, Court - ordered payment

1. INTRODUÇÃO

A opção pela abordagem do tema referente à execução contra a Fazenda Pública por obrigações pecuniárias decorreu da constatação da ocorrência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da forma e do momento de expedição dos precatórios, levando-se em conta a adoção de premissas diferentes quanto à possibilidade ou não de execução provisória contra a Fazenda Pública e quanto à aplicação do preceito legal relativo ao efeito suspensivo dos embargos à execução. Decorreu da necessidade de fixação das balizas para compreensão dos cânones constitucionais para a satisfação dos precatórios e das requisições de pequeno valor em vista das regras processuais relativas às obrigações de pagar.

Em tempos onde o pensamento jurídico está voltado para a obtenção de medidas tendentes a maior efetividade do processo, busca-se uma reflexão desse propósito em vista do *iter* procedimental traçado para a Fazenda Pública, especificamente no que diz respeito à Execução por quantia certa.

O objetivo é que seja apreciado o tema referente ao momento da expedição da ordem de pagamento ao Poder Público, passando-se pela visão doutrinária sobre a sistemática dos precatórios e percorrendo-se os caminhos processuais, com indicação das divergências de interpretação sobre os conceitos utilizados, notadamente aqueles relacionados à provisoriedade e à suspensão da execução.

A razão da manutenção da execução contra a Fazenda Pública através de processo autônomo foi vista sem que se olvidasse da tendência, expressa no projeto do novo Código de Processo Civil, de passagem para o modelo sincrético.

2. O EMBATE DOS INTERESSES PÚBLICOS COM OS INTERESSES PRIVADOS EM RELAÇÃO AOS DÉBITOS FAZENDÁRIOS

Desde épocas passadas tem-se que o particular que demanda em ações executivas em face da Fazenda Pública é, tanto em razão de título extrajudicial como judicial, um credor desprestigiado, já que, embora tenha essa devedora, pelo menos em tese, maiores condições de adimplir suas obrigações, o faz com retardo que muitas vezes nem chega a alcançar o beneficiário direto, mas somente seus herdeiros.

Surgem discussões nesse âmbito, como aliás em todos os demais onde figure como parte a Fazenda Pública, sobre a existência de privilégios onde deveriam existir somente prerrogativas.

Em geral, as críticas mais severas provêm de processualistas, que se olvidam que uma condenação contra a Fazenda Pública é, na verdade, uma condenação imposta contra toda a sociedade, na medida em que o erário é composto por recursos públicos arrecadados, direta ou indiretamente, dos cidadãos. Nesse sentido, são de Marcelo Abelha as seguintes ponderações:

Basta uma rápida passada d'olhos sobre o CPC para se ver que nos quatro cantos do Código o legislador se fartou de criar prerrogativas para a Fazenda Pública – e quase nenhum limite – que muitas vezes tornam-se verdadeiros privilégios com inegável colorido absolutista e cheiro inconfundível de inconstitucionalidade. Críticas à parte, a Fazenda Pública tem a seu favor, dentre inúmeras prerrogativas, a vantagem de executar e de ser executada, nas obrigações de pagar quantia, por um regime jurídico processual bastante especial.²

Sob o enfoque dos administrativistas, permanece íntegro o entendimento de que os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público pela Administração justificam a distinção de tratamento. No dizer de Celso Antonio Bandeira de Melo:

o sistema de Direito Administrativo Brasileiro se constrói sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público pela Administração. Tais princípios buscam oferecer uma resposta teórica à tensão que se configura entre “prerrogativas da Administração - direitos dos administrados”.³

Não obstante, ainda que não se perca o foco sobre os interesses que justificam tratamento diferenciado, compete ao intérprete do direito uma análise cuidadosa a fim de evitar a aceitação de medidas políticas que venham a extrapolar a razão que justifica a concessão de prerrogativas.

Muitas medidas vêm sendo tomadas ao longo do tempo no que concerne aos pagamentos dos débitos fazendários. A exemplo, em um passado relativamente recente, foi instituído o sistema diferenciado para requisições de pequeno valor, que

² ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 207

³ MELO, Celso Antonio Bandeira, apud NUNES, Allan Titonelli. As prerrogativas da Fazenda Pública e o Projeto de Lei nº 166/10 (Novo Código de Processo Civil). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2742, 3 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18170>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

beneficiou os credores de pequenos débitos. Por outro lado, também foi estabelecida a moratória no pagamento dos precatórios.

O sistema constitucional vigente recebe críticas ferrenhas no que diz respeito ao regime dos precatórios. No dizer de Leonardo Greco, tal regime constitui “uma inaceitável imunidade do Estado ao cumprimento das condenações que a justiça lhe impõe”.⁴

A despeito dessa posição, que expressa, na verdade, menosprezo às razões que justificam tratamento diferenciado para a Administração, o fato é que não se pode olvidar que o próprio ordenamento jurídico também fornece meios para “neutralizar” algumas prerrogativas a esta atribuídas.

Com efeito, se, por um lado, o ordenamento jurídico propicia um tratamento ao Estado que, pelo menos em um primeiro momento, parece constituir privilégio; por outro lado, também, consagra princípios mais severos, como, por exemplo, a responsabilidade civil objetiva, tratada no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da República.

Tal antagonismo é expresso em vista do sistema de precatórios (meio destituído de flexibilidade) em relação às tutelas de urgência, não só na fase de conhecimento, como na fase de execução, na medida em que estas propiciam aos particulares a satisfação de seus interesses ultrapassando as barreiras erigidas para os pagamentos pelo Poder Público. É o que se vê, por exemplo, quando o Estado é compelido por decisão judicial a arcar com os custos de uma escola especializada para determinados enfermos no início do processo de conhecimento, quando ele é compelido a pagar um medicamento disponível em outro país e não registrado perante os órgãos de saúde locais. Na verdade, a imposição de uma obrigação de fazer, cujo procedimento para a Fazenda Pública, aliás, é o mesmo para o particular, acaba sendo o meio para encurtar o caminho para recebimento de vantagens que não deixam de ser pecuniárias.

Dependendo dos interesses envolvidos, restam ultrapassados muitos mecanismos legítimos de controle dos gastos públicos (como o dos precatórios), em benefício de poucos cidadãos, sempre em vista da propalada efetividade.

Ao contrário do que pode parecer, é de difícil compatibilização os mecanismos para garantia dos interesses da sociedade como um todo com relação àqueles que garantem os direitos individuais.

De outra parte, mas seguindo ainda a premissa de que o regime de precatórios permanece necessário como garantia da boa administração dos recursos públicos, não se pode fechar os olhos às manobras que têm sido utilizadas para a postergação dos respectivos pagamentos.

Nessa seara, de mais recente, significativo e criticado, foi a Emenda Constitucional n. 62, de 09 de dezembro de 2009, que inclusive vem sendo chamada de

⁴ GRECO, Leonardo - *O Processo de Execução*, vol. II. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pag. 236

“Emenda do Calote”, e está sendo combatida através das ADIs 4357, 4372, 4400 e 4425, ainda pendentes de julgamento.

A Emenda Constitucional n. 62 alterou o artigo 100 da Constituição Federal e acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e municípios, ampliando ainda mais os prazos para pagamentos dos precatórios.

O artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tratou da forma como devem ser feitos, até a edição da Lei complementar prevista no par. 15 do art. 100 da Constituição Federal, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, quando Estados, municípios e o Distrito Federal estejam em mora na quitação dos precatórios.

Ficou, assim, definida uma duplicidade de regimes de pagamento: um regime ordinário, destinado às entidades devedoras que estão com seus pagamentos regularizados; e, um regime especial, para às entidades devedoras que estão em mora. No regime especial podem as devedoras optar por um prazo de quinze anos para pagamento, pode haver a realização de leilões reversos, em que terá prioridade de pagamento o credor que oferecer um maior deságio em relação ao valor que tem para receber. Outro ponto a favor das devedoras reside na determinação quanto à atualização de valores, que devem agora se basear no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança.

De se registrar que o argumento fundamental lançado para dar legitimidade à essa moratória estatal repousa na impossibilidade de pagamento de créditos em razão da ausência de disponibilidade orçamentária.

Nesse enfoque é sempre lembrado o princípio da reserva do possível, sobre o qual Wantuil Luiz Cândido Holz obtempera:

A expressão *reserva do possível* identifica a limitação dos recursos públicos disponíveis frente às gigantescas e crescentes necessidades que devem ser supridas pelos entes públicos, tratando-se de limite fático intransponível que obsta a pela concretização de todas as diretrizes prestacionais trazidas na Constituição, o que se dá principalmente em países pobres como o Brasil.⁵

As barreiras para a integral aplicação desse princípio estão inseridas no âmbito dos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Gilmar Mendes, lançou mão dos conceitos estabelecidos por Holmes e Sunstein, para tratar da reserva do possível, na seguinte forma:

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos funda-

⁵ HOLZ, Wantuil Luiz Cândido. Tese de dissertação. Disponível em <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/WantuilluizCandidoHolz.pdf>. Acesso em 27 jul. 2011.

mentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que **“levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”** (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W.W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999).⁶

Não bastassem tais dificuldades, decorrentes da insuficiência de recursos, constituem ainda obstáculos à satisfação dos créditos junto ao Poder Público falhas na legislação processual, notadamente na conceituação da execução provisória.

Quer se conceba o sistema de precatórios como benefício ou como prerrogativa para resguardo dos interesses da sociedade, o fato é que a satisfação dos interesses dos particulares ao recebimento de valores pecuniários também esbarra em divergências de interpretação das normas processuais vigentes.

3. AS REGRAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS RELATIVAS À EXPEDIÇÃO DOS PRECATÓRIOS E DAS REQUISIÇÕES DE PEQUENO VALOR PARA OS TÍTULOS JUDICIAIS

A Emenda Constitucional n. 62/2009 trouxe inovações na sistemática dos precatórios, permitindo a postergação dos pagamentos dos precatórios, “favorecendo” o Poder Público.

É certo que a exigência do trânsito em julgado das sentenças para a expedição da ordem de pagamento (precatórios e requisições de pequeno valor) permaneceu tal como imposta pela Emenda Constitucional n. 30/2001, com a alteração do artigo 100.

Com efeito, o artigo 100 da Constituição Federal, que teve seu parágrafo primeiro inserido pela Emenda Constitucional n. 30 de 14 de setembro de 2000, impôs a necessidade de trânsito em julgado das sentenças. A Emenda Constitucional n. 62/2009 passou para o parágrafo 5º do artigo 100 da Constituição da República as mesmas determinações, “in verbis”:

Par. 5º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito pública, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho de, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

⁶ STF, Ag. Reg. Na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco, julg. 17.03.2010.

Ocorre que dessa singela determinação para observância do trânsito em julgado emanam sérias controvérsias que acabam por dificultar ainda mais o procedimento que conduz ao recebimento pelo particular das importâncias que lhe são devidas pelo Poder Público.

Cumpre situar o tema em vista das disposições infraconstitucionais relativas à execução contra a Fazenda Pública, lembrando que os comandos sobre o assunto permanecem nos artigos 730, 731, 741 a 743, todos do Código de Processo civil.

A Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, extinguiu o processo autônomo de execução fundada em título judicial, permitindo o mero cumprimento da sentença, mas não em relação à Fazenda Pública; sendo mantida em relação a esta a execução autônoma, tal como estabelecida pelos dispositivos acima referidos.

Vale lembrar que o prazo para a oposição dos embargos foi, em decorrência do disposto na Medida Provisória n. 2180-35, de 24.08.2001, dilatado de 10 dias para 30 dias, restando modificada, assim, a redação do primitivo artigo 730 do Estatuto Processual.

Os principais pontos do procedimento previsto nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil são os seguintes: a) a Fazenda Pública é citada para opor embargos e não para pagar, como ocorre pelos moldes do artigo 652 do Código de Processo Civil; b) o prazo de oposição dos embargos é de 30 dias e as matérias nele passíveis de abordagem constam do artigo 741; c) o procedimento se completa com a expedição de ordem de pagamento pelo juiz, expressa através de requisição de pequeno valor ou precatório.

4. DO MODELO ATUAL DA EXECUÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PERMANÊNCIA DO PROCESSO AUTÔNOMO DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Através da Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que apresentou os artigos 475-I a 475-R, houve a eliminação do processo autônomo, com a denominada fase de *cumprimento de sentença*.

Conquanto a Lei n. 11232/05 tenha extinguido o processo autônomo da execução, não se pode afastar a ideia de que a execução se estabelece mesmo destituída de autonomia. Em outras palavras, é possível execução sem processo autônomo de execução.

No dizer de Freddie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira “há execução sem processo autônomo de execução, mas não há execução sem processo.” Para eles, “toda a execução realiza-se em um processo de execução, procedimento em contraditório, seja em um processo instaurado com esse objetivo, seja como fase de um processo sincrético”.⁷

⁷ DIDIER JÚNIOR, Freddie e CUNHA, Leonardo José Carneiro, e BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. Volume 5, Salvador: Editora Podivm, 2009, pag.29.

Como esclarece Marcelo Abelha:

a atividade jurisdicional executiva no CPC pode ser desenhada da seguinte forma:

- 1) Execução fundada em título extrajudicial: faz-se mediante o uso do processo de execução autônomo, nos termos do Livro II do CPC, aplicando, sempre que necessário e de ofício pelo juiz, as regras técnicas executivas previstas no Livro I (arts. 461, 461^a, 475-I e segs).
- 2) Execução fundada em título judicial: caso se trata de tutela das obrigações de fazer (ou não fazer) e de entrega de coisa, a regra é a execução *ex officio*, sem necessidade de processo de execução autônomo e, portanto, sem o tradicional intervalo de um processo para o outro, seguindo, respectivamente, os arts. 461 e 461-A do CPC. Se se tratar de tutela de prestação de pagar quantia, então a regra é, também, a da execução no mesmo processo (processo sincrético), só que nesse caso ela não é iniciada de ofício, conforme orientação dos arts. 475, I e segs do CPC.

Prossegue o Mestre:

O desenho anteriormente formulado merece algum reparo quando a tutela jurisdicional executiva recai sobre uma situação de emergência. Nessas hipóteses, seja o título extrajudicial ou judicial, e quanto a este, seja ele provisório (liminar ou antecipação de tutela) ou definitivo (sentença que contempla uma situação de urgência, a regra será a adoção do procedimento executivo sem a necessidade de processo autônomo de execução, seguindo, nesse particular as regras dos arts. 273, parágrafo 3º, 461, parágrafo 3º, e 461-A, parágrafo 3º, de acordo com a natureza da prestação a ser executada.⁸

Lembre-se que a partir da generalização da tutela antecipada, conforme artigos 273 e 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, o legislador permitiu dentro do procedimento padrão a prática de atos executivos; resultando tal medida da evolução a respeito dos fins do processo, ou seja, a busca cada vez mais acentuada da efetividade do processo.

A ideia de que a divisão dos processos deveria se dar pela predominância da função, não pela exclusividade, foi crescendo.

⁸ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009,

A mudança na tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer, iniciada pelo artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, depois generalizada no artigo 461 do Estatuto Processual, alterou significativamente o sistema da tutela executiva, já que dispensou processo autônomo de execução. Esse mesmo sistema foi estendido posteriormente às obrigações de dar coisa distinta de dinheiro, nos termos dos artigos 461A e 621 do Código de Processo Civil.

Com a dispensa de um processo autônomo de execução para essas hipóteses surgiram duas vantagens consideráveis: diminuição do tempo necessário à prestação jurisdicional (desnecessidade de citação); rompimento com o dogma segundo a qual a atividade executiva estaria dissociada da cognitiva.

Todos esses motivos, no entanto, não foram capazes de superar as peculiaridades atinentes a algumas espécies de sentenças, de modo afastar delas o procedimento anteriormente vigente.

Com efeito, o processo autônomo de execução de sentença permaneceu para as hipóteses de sentença penal condenatória transitada em julgado, de sentença arbitral, de sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, do acórdão que julga procedente revisão criminal, e, ainda, em caso de sentença proferida contra o poder público.

Como já se destacou, para essa última hipótese, há necessidade de ajuizamento de uma nova ação, após a formação do título decorrente da solução adotada no processo de conhecimento.

5. O POLÊMICO CONCEITO DE EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Considerando que o objetivo da execução é propiciar ao credor a mesma prestação que receberia com o cumprimento voluntário da obrigação, de se questionar se em relação à execução por quantia certa contra a Fazenda Pública tal propósito se vê atingido. E mais, se percorrido é para a satisfação do débito o caminho de uma execução propriamente dita.

A resposta para ambas as questões é negativa.

No que concerne ao cumprimento das tutelas de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa em relação à Fazenda Pública o regime é o mesmo que se aplica aos particulares. Como diz Marcelo Abelha, “nas execuções por desapossamento (art. 461-A) e por transformação (art. 461), a fazenda submete-se ao regime normal do Código de Processo Civil como se fosse um cidadão comum.”⁹

Há, então, regime diferenciado para a Fazenda Pública somente no que concerne às obrigações de pagar quantia certa.

⁹ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, pag 411

Ocorre que mesmo antes das alterações processuais que trouxeram o denominado *processo sincrético*, a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública sempre contou com características que a distanciavam do procedimento normal para o propósito da execução, como se indicará adiante, lembrando-se agora, só para exemplificar, o fato de que a citação não se dava para pagamento em 24 horas, ou 3 dias (cf. art. 652, CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.382/96), mas para oposição de embargos em 10 dias.

E, justamente, porque a execução contra a Fazenda Pública sempre comportou características próprias é que se firmaram controvérsias sobre sua natureza.

Em outras palavras, conquanto o artigo 730 do Código de Processo Civil afirme que a execução contra a Fazenda Pública se trata de modalidade de execução por quantia certa, várias peculiaridades existem que a afastam do próprio conceito de execução, principalmente pela ausência de constrição patrimonial.

Aspecto que bem define a execução civil reside na responsabilização do devedor através de seu patrimônio. Diversamente do que ocorria na antiguidade, onde a própria pessoa física respondia pela dívida, na era moderna a execução somente incide sobre os bens. É o chamado princípio da patrimonialidade, tratado no artigo 591 do Código de Processo Civil, “*verbis*”:

Art. 591 – O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Tal princípio não incide em relação às execuções contra a Fazenda Pública, uma vez que não é possível a responsabilização recair sobre seus bens (públicos), sendo que simplesmente se expede um precatório ou requisição.

Pelo mesmo motivo, o Princípio da Primazia da tutela específica ou princípio do resultado, consubstanciado, em relação à execução por quantia certa, na possibilidade de pagamento ao credor com a adjudicação do bem penhorado (Art. 685-A, CPC), não tem aplicação à Fazenda Pública.

A inaplicação desses dois princípios à Fazenda Pública é o traço diferenciador básico em relação à execução civil para os particulares.

A distinção de tratamento para a Fazenda Pública na execução tem substrato nas características dos bens públicos (inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade), que tornam inviável a aplicação das regras processuais tradicionais para a execução dos devedores solventes de obrigações por quantia certa.

Luis Henrique Barbante Franzé lembra que:

- a) Inexiste a fase preparatória de penhora e da avaliação, pois o bem público é inalienável (CC, arts. 100 e 101) e, conseqüentemente, impenhorável (CPC, arts. 648 e 649,I). A propósito, mesmo a exceção prevista no Art. 101 do CC não autoriza a penhora do bem público

da espécie dominical, pois condiciona a alienação deste à existência de autorização legislativa.

- b) a fase expropriatória é totalmente diversa, pois, em regra, o pagamento é feito pelo demorado rito do precatório (CF, art. 100), não havendo adjudicação, alienação ou usufruto (CPC, art. 647).¹⁰

Há, ademais, a necessidade de compatibilização do procedimento com a previsão orçamentária ditada pelo Art. 165, § 8.º, Constituição Federal. O orçamento funciona como uma autorização para a efetivação da despesa, ou seja, sem previsão orçamentária não há possibilidade de realização de despesa.¹¹

O sistema para pagamento dos débitos fazendários através de precatório leva, então, em conta a natureza dos bens públicos aliada à questão da previsão orçamentária.

A marcar, ainda, a execução contra a Fazenda Pública, há a peculiaridade de não poder ocorrer o adimplemento espontâneo, sob pena de preterição da ordem natural de pagamento dos precatórios, o que é vedado pelos princípios da moralidade, da igualdade e da impessoalidade (Arts. 5.º e 37, *caput*, CF). Assim sendo, para a legitimação do processo executivo contra a Fazenda Pública, basta ter o credor um título executivo, judicial ou extrajudicial, com a indicação do valor da obrigação líquida, certa e exigível, dispensando-se, assim, o outro requisito necessário apenas ao particular: o inadimplemento.

Nessa ordem de ideias, sendo substrato da execução contra a Fazenda Pública e do regime de precatórios a intangibilidade dos bens públicos, há quem entenda que não se trata de uma verdadeira execução ou, cataloga-se como uma execução imprópria.

Com efeito, no dizer de Humberto Theodoro Júnior¹², para a espécie “há tão somente uma execução imprópria”.

Sobre o tema Ibrahim José das Mercês lembra as lições de Cândido Rangel Dinamarco

¹⁰ FRANZÉ, Luis Henrique Barbante –artigo intitulado “Tutela de Urgência na Execução contra a Fazenda Pública”, in “Execução civil e cumprimento de sentença” Coordenação Sérgio Shimura e Gilberto Gomes Bruschi, vol. 3, São Paulo: Editora Método, 2009, pag. 416.

¹¹ **Celso Ribeiro Bastos** ensina que “A regra geral fundamental é que a realização de despesa depende de previsão na lei orçamentária. O artigo 167 da Constituição proíbe, taxativamente, a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (inc. II), assim como o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (inc. I). Daí resulta o princípio da legalidade: nenhuma despesa pode ser levada a efeito sem lei que a autorize e que determine o seu montante máximo. Note-se que a autorização para que se efetive a despesa não significa o dever de o administrador levá-la a efeito. Pode perfeitamente considerar não oportuna a sua realização. O controle dos limites máximos permanece, contudo, firmemente enfeixado nas mãos do Legislativo. Basta que se considerem os seguintes dispositivos constitucionais, que vedam: ‘a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização do legislativo e sem indicação dos recursos correspondentes.’ (Art. 167, V). (“Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário”, São Paulo, Editora Saraiva, 1991, 1ª edição, pg. 31 e 32).

¹² Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, p. 375.

O mestre Dinamarco no seu clássico estudo sobre a execução, aponta que existem determinados limites ao processo executivo, entre os quais se situa o processo executivo contra a Fazenda Pública, limitações decorrentes de princípios políticos. Dado o caráter sistemático de sua obra, após afirmar a natureza do processo executivo como substitutivo do cumprimento voluntário da obrigação fixada no processo de conhecimento pelo condenado, leciona com agudeza o mestre :

“o certo é que verdadeira execução não é aquela que se volta contra a Fazenda Pública, pois não há invasão imperativa do patrimônio do Estado pelo juiz (ou seja, pelo próprio Estado). É o devedor mesmo quem paga (voluntariamente), estimulado pelo ofício requisitório da autoridade judiciária. (grifo do autor).¹³:

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, nos comentários ao artigo 730 do Código de Processo Civil, afirmam tratar-se de uma execução, mas com caráter especial, assim definido:

A especialidade reside em que a Fazenda Pública apresenta uma forma particular para o cumprimento de seus débitos pecuniários (art. 100, CRFB), na medida em que os bens públicos, porque se encontram vinculados em princípio a uma finalidade pública, são inalienáveis (art. 100, CC), não sendo passíveis de penhora (art. 644, CPC).¹⁴

A execução pressupõe atividade sancionatória do estado, em substituição a vontade das partes, invadindo o patrimônio do devedor, para de lá retirar o necessário para a satisfação do credor. No caso de ser parte devedora a Fazenda Pública não há essa atividade substitutiva (prática de atos de sub-rogação), ficando, portanto, a sentença condenatória destituída de força executiva.

Se não houver embargos à execução, ou, havendo, forem estes julgados improcedentes, requisita-se o pagamento em lugar de se proceder a penhora de bens. Tal requisição segue uma linha que chega, em caso de desrespeito de ordem estrita do precatório, ao seqüestro constitucional da respectiva importância.

Não há na execução por quantia certa quanto à Fazenda Pública a violência patrimonial, característica desta modalidade de execução em relação aos particulares, a qual se inicia com a penhora e termina com a expropriação em hasta pública.

¹³ ROCHA, Ibraim José das Mercês. Execução de débitos de pequeno valor contra a Fazenda Pública. Art. 100, § 3º: urgência de uma medida provisória e sua possibilidade (art. 246 da CF). Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 50, abr. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1993>>. Acesso em: 23 nov. 2006

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora RT 2010, pag. 695.

No processo de execução contra a Fazenda Pública não existe a possibilidade de aplicação de qualquer sanção. Ressaltam-se as palavras de Wantuil Luiz Cândido Holz:

Como expõe LEONARDO GRECO, as sanções previstas pelo descumprimento ao precatório-requisitório judicial, tais como crime de responsabilidade, intervenção federal no Estado-membro e deste no município, são sanções que exigem instauração de outro processo e que fogem à competência do juízo da execução.

Dentro do processo de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, portanto, não existe possibilidade jurídica para aplicação de qualquer sanção, o que lhe retira a natureza própria de processo executivo, em seu sentido estrito, levando, como visto, doutrinadores a chamá-la de execução imprópria.¹⁵

Nesse quadro, basicamente porque não há prática de atos de subrogação, porque não incidem alguns princípios da execução civil (como os da patrimonialidade e do resultado), porque não são passíveis de aplicação quaisquer sanções, é que a execução contra a Fazenda Pública não é mesmo verdadeira execução, como diz Cândido Rangel Dinamarco (texto acima reproduzido).

Não obstante, consagrada que está a denominação “execução contra a Fazenda Pública”, inclusive pela legislação, não se justifica a utilização de nomenclatura diversa.

6. APLICAÇÃO DE REGRAS DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Conquanto a execução em relação à Fazenda Pública continue a ser feita mediante processo autônomo de execução, algumas regras atinentes ao cumprimento de sentença são a ela aplicáveis.

É certo que foram revogados os artigos do Livro II do Código de Processo Civil os quais tratavam do processo de liquidação, quando concebido este de maneira autônoma. A liquidação de sentença passou a ser regulada pelos artigos 475-A a 475-H do Código de Processo civil.

Tais dispositivos, entretanto, têm aplicação à Fazenda Pública. Haverá apenas a intimação do procurador que atua nos autos (não mais a citação) para que responda à liquidação.

¹⁵ HOLZ, Wantuil Luiz Cândido – Execução por quantia certa contra Fazenda Pública. Tese de dissertação. In: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/WantuilLuizCandidoHolz.pdf>. Acesso em 27 jul. 2011.

Já o artigo 475-J não tem aplicação à Fazenda Pública, pois, não podendo ela desprezar a ordem de apresentação dos precatórios, inconcebível seja obrigada já no início do processo executivo ser citada para pagamento imediato, sob pena de multa ou qualquer outra sanção, como já admitiu o Superior Tribunal de Justiça¹⁶.

Especificamente, o Art. 475- I, § 1.º apresenta o conceito de ‘execução provisória’, também se aplica à Fazenda Pública.

7. DEFINITIVIDADE E PROVISORIEDADE DA EXECUÇÃO

7.1. Relação da provisoriedade com a possibilidade de satisfação do direito material e com a existência de recurso

O artigo 100 da Constituição Federal, que teve seu parágrafo primeiro inserido pela Emenda Constitucional nº 30, de 14 de setembro de 2000, impôs a necessidade de trânsito em julgado das sentenças. A Emenda Constitucional nº 62/2009 passou para o § 5.º do artigo 100 da Constituição da República as mesmas determinações.

Se para alguns, como se verá adiante, ficou claro que não mais seria cabível execução provisória contra a Fazenda Pública; para outros, o propósito da referida determinação constitucional não expressou a impossibilidade de utilização desse modo de execução, mas apenas condicionou a expedição do ofício requisitório à existência do trânsito em julgado.

Nesse quadro, embora muito já se tenha discutido a respeito da definitividade e provisoriedade da execução contra a Fazenda Pública, a imprescindibilidade do trânsito em julgado em face desses conceitos para expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, tratada expressamente no diploma constitucional, ainda expressa controvérsias.

De se ponderar que, apesar de não serem suficientes os conceitos de provisoriedade e definitividade da execução para se aferir o momento e as condições da expedição do ofício que requisita quantia do Poder Público, por eles não se pode deixar de passar.

Embora alguns autores tentem precisar os contornos da execução provisória, o fato é que não resulta da leitura da lei clareza no conceito.

Segundo Marcelo Abelha:

a execução provisória corresponde ao instituto jurídico processual, em que se permite que sentenças ou acórdãos ainda não transitados em julgado possam produzir a satisfação do direito exequendo, reconhecida

¹⁶ STJ, REsp 1201255 / RJ - 2010/0129823-1, Rel. Min. Mauro Campbell Marques – julg. 02/09/2010.

a possibilidade de desfazer o que foi executado caso seja provido o recurso do devedor.¹⁷

As situações que ensejam execução provisória são indicadas por Arakem de Assis, nos seguintes termos:

É relativamente fácil catalogar as situações em que atos decisórios autorizam a execução provisória: a) a de qualquer decisão interlocutória, cuja carga seja condenatória, executiva ou mandamental (art. 497, 2ª parte), principalmente a antecipação liminar da tutela (arts. 273, 287 e 461, p. 3º), ressalva feita a suspensão de sua eficácia (art. 558); b) a de qualquer acórdão unânime e não embargado, pois os recursos especial e extraordinário carecem de efeito suspensivo (art. 542, p. 2º); c) a de sentença atacada por apelação que o juiz de 1º grau, mediante decisão, não recebeu e deste ato agravou o apelante; d) a de sentença agredida por apelação destituída de efeito suspensivo (art. 520, I a VII). É de se assinalar que o art. 520, VII, não elimina a eficácia da decisão antecipatória, na pendência da apelação contra a sentença proferida no processo do qual ela se originou.¹⁸

Mas, há várias outras hipóteses que admitem a execução provisória, além dessas reguladas pelo Código de Processo Civil, contempladas em leis extravagantes, como, por exemplo, na Lei do Mandado de Segurança (Art. 12, Lei nº 1533/51), no Habeas Data (Art. 15, Lei nº 9507/97), na Ação Civil Pública (Art. 14, Lei nº 7347/85).

Fredie Didier Júnior e outros¹⁹ lembram o tratamento dado anteriormente à execução provisória pelo Estatuto Processual (artigo 588, revogado pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005) o qual trazia a ideia de que esta modalidade de execução se distinguiu da execução definitiva por não propiciar ao exequente chegar à fase final, isto é, ao resultado material pretendido, daí sendo chamada inclusive de execução incompleta.

O tratamento da matéria está atualmente situado no Código de Processo Civil no artigo 587, para os títulos extrajudiciais; e nos artigos 475-I, § 1º, e 475-O para os títulos judiciais. Estabelecem referidos preceitos:

¹⁷ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, pag. 200.

¹⁸ ASSIS, Arakem. *Manual da Execução*. 2009. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pag. 343

¹⁹ Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, Curso de Direito Processual Civil, Execução, vol 5, Editora Podvum, 2009, pag. 39.

Art. 587 – É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739).

Art. 475 –I [...]

§ 1º - É definitiva a execução de sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

II – fica sem efeito, sobrevivendo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 1o No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 2o A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exeqüente demonstrar situação de necessidade; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 3o Ao requerer a execução provisória, o exeqüente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto na parte final do art. 544, § 1o: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

- I – sentença ou acórdão exequendo; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
- II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
- III – procurações outorgadas pelas partes; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
- IV – decisão de habilitação, se for o caso; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
- V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Na análise da distinção entre execução definitiva e execução provisória, Freddie Didier Junior e coautores prosseguem, dizendo:

a diferença substancial entre essas duas espécies de execução, como se vê, não mais reside na possibilidade de chegar-se ou não à fase final do procedimento executivo, com a entrega do objeto da prestação ao credor. Com o advento da Lei Federal n. 10.444/2002, que reformou o artigo 588 do CPC (hoje revogado, vindo a ser substituído pelo atual artigo 475-O), a distinção entre essas espécies de execução passou a não mais ser feita com base neste critério. Como agora é possível que, mesmo em execução provisória, se atinja a fase final do procedimento executivo, ainda que sob condições um tanto diferentes, não é possível mais distingui-las com base nisso; ambas podem ser completas, pois. O critério, agora, é a *estabilidade* do título executivo em que se funda a execução: se se tratar de decisão acobertada pela coisa julgada material, a execução é *definitiva*; se se tratar de decisão judicial ainda passível de alteração (reforma ou invalidação), em razão da pendência de recurso contra ela interposto, a que não tenha sido atribuído efeito suspensivo, a execução é *provisória*.²⁰

Em 2005, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pela Ministra Eliana Calmon, estabeleceu que as regras relativas à execução provisória devem ser relativizadas quando em exame levantamento de valores incontroversos.²¹

Clito Fornaciari Júnior²² critica o entendimento adotado no referido aresto, tecendo as seguintes considerações:

²⁰ DIDIER JÚNIOR, Freddie e CUNHA, Leonardo José Carneiro, e BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. Volume 5, Salvador: Editora Podivm, 2009, pag. 39/40.

²¹ STJ, REsp 693.698/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, julg. em 8/3/2005.

²² FORNACIARI JR, Clito Além da Execução provisória. Editora Magister Porto Alegre. Disponível em

O fato de existir recurso pendente de julgamento e sujeito apenas ao efeito devolutivo não é suficiente para transformar em execução provisória tudo quanto naquele processo se discute. Há que se preservar somente a matéria objeto do recurso. Quanto não foi impugnado transita em julgado e, dessa forma, autoriza execução definitiva, que se faz sem limitações ou condições de qualquer ordem, dá-se com toda força. Não é necessário relativizar-se o conceito de execução provisória, para se concluir que a pendência recursal possibilita a execução provisória, mas considerando-se, de modo imprescindível, o âmbito do recurso.

De fato, não é preciso a relativização do conceito de execução provisória para se atribuir valores que não estão sendo discutidos, pois estes, justamente por não sofrerem ataque, já constituíram parte passível de execução definitiva. Aliás, tal ponderação já foi feita pelo Ministro Luiz Fux²³.

Sobre essa questão, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart apresentam a seguinte conclusão:

Não é possível confundir a execução de decisão provisória com a execução de parcela do crédito exequendo que não foi impugnada ou controvertida nos embargos à execução apresentados pela Fazenda Pública. Trata-se de hipótese em que os embargos deixam de controverter parte do crédito exigido na execução.

Ora, se o processo deve continuar, não obstante a evidência de parcela do direito, a impossibilidade de execução imediata, evitando a postergação da satisfação desse direito, estaria em total desacordo com os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF) e à duração razoável do processo (Art. 5º, LXXVIII, da CF). Assim, a execução de parcela do crédito não controvertido nada mais é do que a exigência imposta pelos direitos fundamentais processuais sobre a estrutura técnica do processo e a sua compreensão pelo juiz.²⁴

Clito Fornaciari tem a visão da provisoriidade sob o enfoque do efeito do recurso interposto, mas com críticas à legislação, notadamente por não ter ela falado propriamente desse efeito, mas, no caso do artigo 587, dos efeitos dos embargos, embora já fazendo menção à existência de apelação. Afirma sobre o tema:

²³ www.editoramagister.com/doutrina-ler.php?id=618. Data de acesso 14/01/2010.

²³ STJ, REsp 1125582 / MG, Rel. Ministro Luiz Fux, jul. 21/09/2010.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora RT 2010, pag. 409.

a execução provisória, que se desenhava tão claramente no texto originário do CPC vigente, foi sendo, ao longo desses anos todos, remontada com defeitos, saliências, buracos e ondulações, a ponto de criar questões que antes não se colocavam.

[...]

o artigo 587 ficou capenga, pois não mais disciplina a execução de título judicial, hoje cumprimento de sentença. Nele consta somente que a execução de título extrajudicial é definitiva, mas seria provisória “enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo”. Atente-se que **a lei, nesse passo, não cogita do efeito em que o recurso tenha sido recebido, mas sim do efeito em que os embargos do executado, nessa altura, já tidos como improcedentes, foram recepcionados. Faz supor, mas escrito não está, que, tendo os embargos sido recebidos com efeito suspensivo, também a apelação o seria, o que colide com a previsão do art. 520, V, que prevê como regra o efeito só devolutivo do recurso contra a sentença de improcedência dos embargos.**

Essa questão à parte, o certo é que **com isso se cria uma terceira sorte de regime, pois tal disciplina contrapõe-se ao princípio de que o efeito suspensivo é óbice para a realização do título, enquanto não decidido o recurso. No caso, todavia, o efeito suspensivo não é impedimento à execução, que pode prosseguir, porém sob o signo da provisoriedade. Relativamente aos títulos judiciais, a questão foi trazida para o p. 1º, do art. 475-I, nos mesmos termos anteriores: as sentenças transitadas em julgado ensejam execução definitiva e as impugnadas sem recurso no efeito suspensivo, só execução provisória. A clareza dispersa-se com adornos. Assim, o efeito suspensivo concedido à impugnação (ex-embargos), que não é recurso, autoriza o prosseguimento da execução, que se faria provisória, sujeita à prestação de caução (par. 1º, do art. 475-M): que suspensão é esta? De outro lado, se o recurso pendente de julgamento for agravo de instrumento contra a negativa de seguimento ao especial e/ou extraordinário, a execução provisória pode ensejar levantamento de dinheiro sem prestação de caução (art. 475-I- par. 2º, II)”. (grifos nossos).²⁵**

Também em crítica severa ao referido artigo 587, por entender absurda a conversão de uma execução definitiva em provisória *secundum eventus litis*, diz Marcelo Abelha:

²⁵ Idem, *ibidem*

Como se vê, a nova redação do art. 587 (que lhe foi atribuída pela Lei n. 11.382) leva à incorreta conclusão de que uma execução pode iniciar definitiva, mas, dependendo de circunstâncias da lide, tornar-se provisória, e, algum tempo depois, voltar a ser definitiva, tal como se o título executivo padecesse de um atributo mimético. Tentando decifrar o que quis dizer o dispositivo, que se refere apenas às execuções fundadas em título extrajudicial, pretende dizer que a execução é definitiva, salvo se forem interpostos embargos do executado e a eles for atribuído efeito suspensivo. E, ainda que tais embargos sejam julgados improcedentes, a mera interposição de apelação manteria o estado de provisoriedade da execução. Um absurdo.

Primeiro porque o efeito suspensivo eventualmente atribuído aos embargos não desnatura a natureza definitiva da execução fundada em título extrajudicial, senão apenas porque obstaculiza a marcha executiva. Assim, o efeito suspensivo concedido nos embargos não altera a natureza do título e nem mesmo da execução neste lastreada. De outra banda, disse ainda o legislador que esse efeito suspensivo concedido pelo juiz de primeiro grau tem o poder ultra ativo, mantendo-se o estado de ineficácia da execução, ainda que os embargos sejam improcedentes e contra eles o executado maneje a apelação, que, em geral, nesses casos, não tem o efeito suspensivo (Art. 520, V). O mais absurdo dessa regra é que dá ao efeito suspensivo, revogado pela improcedência dos embargos no julgamento da improcedência, e em um juízo exauriente, um efeito além, ultra-ativo.²⁶

Já Araken de Assis fala em execução provisória *secundum eventus litis* do artigo 587, *verbis*:

A execução fundada em título extrajudicial (art. 585) inicia definitivamente (art. 587, primeira parte, na redação da Lei 11.382/06); porém, opostos embargos aos quais o órgão judiciário atribuiu efeito suspensivo, a teor do art. 739-A, p. 1º, no todo ou em parte, e enquanto semelhante ato não for modificado (art. 739-A, p. 1º, no todo ou em parte), a pendência da apelação contra a sentença de improcedência autoriza o seguimento da execução provisoriamente (art. 587, segunda parte), no que tange ao capítulo objeto do efeito suspensivo. Esta é relevante mudança promovida pela Lei 11.382/2006, porque a Lei 11.232/2005 não alterara, substancialmente, o regime de execução provisória estabelecido pela lei 10.444/2002.

²⁶ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, pag. 211.

Do conjunto dessas disposições se extrai a noção de que a execução dita “provisória” ocorre na pendência de recurso reputado legalmente idôneo a modificar, anular ou desfazer o título executivo. Se, no direito brasileiro, o caráter provisório do procedimento *in executivis* ficasse restrito ao título judicial, poder-se-ia afirmar que é provisória a execução baseada em título judicial que não se reveste da autoridade da coisa julgada.

Do art. 475,-I, p. 1º, c/c art. 587 derivam duas consequências imediatas: primeira, toda execução baseada em título extrajudicial inicia definitiva, porque só adquire a condição de provisória *secundum eventus litis*; ademais, apenas algumas execuções de título judicial, quando ainda passível o título de reforma mediante recurso, iniciam e prosseguem provisoriamente.²⁷

No exame dos títulos extrajudiciais, é do Superior Tribunal de Justiça²⁸ acórdão que alude à ocorrência de execução provisória dependendo da oposição dos embargos e, ao mesmo tempo, indica a mudança de posicionamento em sentido diverso, como se constata:

o art. 587 do CPC, na parte em que dispõe ser definitiva a execução quando fundada em título extrajudicial, deve ser interpretada com os limites postos pelo § 1º do art. 739 do CPC, conforme a Lei nº 8.953/94, ao afirmar serem sempre recebidos com efeito suspensivo os embargos interpostos pelo devedor executado.

Surge como construção interpretativa lógica a conclusão de que a execução será definitiva, tão-somente, quando não forem interpostos embargos do devedor ou estes tenham sido julgados definitivamente, quer quanto ao mérito, quer por via de rejeição liminar. Pendente apelação contra a sentença que julga improcedentes, ou parcialmente procedentes, embargos do devedor, a execução não é definitiva, mas provisória, não podendo chegar, portanto, a atos que importem alienação. A alienação de bens penhorados antes do julgamento da apelação proposta poderá acarretar dano de difícil reparação, uma vez que, caso provido o recurso, não poderá obter de volta os bens alienados, tendo em vista os direitos assegurados ao adquirente de boa-fé. Este entendimento predominou, de modo unânime na 1ª Turma (REsp nº 371649/RS, AgREsp nº 277852/SP, REsp nº 243245/SP, REsp nº 172320/RS, REsp nº 440823/

²⁷ ASSIS, Arakem. *Manual da Execução*. 2009. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pag. 336/337.

²⁸ STJ, EDcl no AgRg no REsp 977922/MG - , Rel. Ministro José Delgado DO- Julg. 06/03/2008.

RS e REsp nº 417924/SP). Houve, porém, modificação de entendimento da jurisprudência do STJ, conforme julgados da 1ª, 2ª e 6ª Turmas, a saber: AgREsp 619828/RS; AGA 544193/RJ; REsp 245004/RS; REsp 468113/SP; REsp 593401/SP; REsp 514280/RJ e REsp 515273/RS.

Em um desses julgados com posicionamento em sentido oposto, diz a Ministra Eliana Calmon²⁹ que “o acórdão impugnado bem enfrentou a questão central da controvérsia, ao rechaçar a tese de que é provisória a execução sujeita a recurso recebido só no efeito devolutivo”.

Dentro do quadro apresentado, pode-se dizer que existem duas hipóteses de execução provisória: aquela anteriormente existente, envolvendo título provisório (ex. sentença executada pendendo análise de agravo de instrumento interposto contra negativa de seguimento de recurso excepcional); e no caso de título executivo definitivo (ex. execução de título extrajudicial na hipótese prevista no artigo 587 do CPC).

Conquanto ainda muito se discuta sobre a matéria, decorre da interpretação das normas processuais vigentes o entendimento no qual a provisoriedade é ditada pela existência de recurso sem efeito suspensivo. Este aspecto assume maior relevância quando se tem a execução provisória de título definitivo, por exemplo, a existência de uma execução com trânsito em julgado na ação de conhecimento e que se processa provisoriamente em razão da apresentação de impugnação ou embargos e de recurso a eles referentes sem efeito suspensivo.

Extraí-se dessas considerações, ao se falar em possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, que é preciso ter presente o que define esse caráter, porque o raciocínio que limita a compreensão de uma execução como definitiva ao fato de ainda estar pendente de apreciação recurso sem efeito suspensivo na ação de conhecimento não resolve a questão. É preciso que se situe a provisoriedade também em vista da existência de defesa do executado e do recurso interposto nessa sede. É o que decorre da interpretação das regras vigentes (Arts. 475, I, e 587, ambos do CPC).

7.2. Da pendência de recurso em relação ao fracionamento de precatórios

Se a provisoriedade não se define sem a questão da existência de recurso sem efeito suspensivo, também é certo que ela não pode ser vista sob o enfoque único da existência do apelo. Bem demonstra tal fato, a questão que tem sido suscitada no Judiciário paulista quanto à possibilidade de pagamento de requisições de pequeno valor extraídas a partir do desmembramento de precatórios já expedidos.

A se admitir raciocínio contrário teríamos que, se pende de apreciação recurso superior quanto à possibilidade de desmembramento – recurso este sem efeito

²⁹ STJ, Resp 468113/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, julg.02.03.04

suspensivo – ainda que já exista decisão com trânsito em julgado na ação de conhecimento e até mesmo certeza quanto aos valores da condenação, o fato de haver um provimento judicial interinal, ou seja, ainda não sedimentado, também renderia ensejo ao entendimento de uma execução provisória; justificando-se daí o não levantamento de importância já paga em razão de precatório. Tal não ocorre e o Judiciário local já tem se manifestado nesse sentido:

Como é incontroverso, a decisão judicial que determinou a expedição do Ofício Requisitório de Pequeno Valor foi objeto de recurso, ao qual, no entanto, não foi conferido efeito suspensivo. E tal situação não subtrai do título judicial sua certeza e exigibilidade, tanto que do recurso não poderá resultar a improcedência da ação.³⁰

O Tribunal de Justiça vem ratificando a posição acima refletida, afastando a alegação de impossibilidade de levantamento sem preenchimento dos requisitos do artigo 475–O do Código de Processo Civil, por entender que não há que se falar na hipótese de execução provisória, uma vez que a pendência do exame do fracionamento do precatório não afasta a definitividade do título executivo³¹.

Aliás, interessante notar nesse aspecto que, se o procedimento de pagamento está incorreto e assim vier a ser reconhecido por força do recurso superior interposto, a solução não poderá ser de reparação indenizatória, uma vez que a obrigação existe e o seu valor também é incontroverso. Em decorrência, acaba sendo inócua aquele recurso excepcional, já que também não faz sentido pensar no retorno do dinheiro somente para postergar o pagamento, sob a forma de precatório, e não de requisição de pequeno valor, uma vez que a quantia já saiu dos cofres públicos e é mesmo devida àqueles credores. Raciocínio diverso atentaria contra a efetividade tão almejada pelo sistema processual.

8. DA EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO E DA REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR

8.1. O início da execução

O sistema processual permite a concepção da execução provisória como aquela passível de satisfazer o direito material da parte, sujeitando-a, no entanto, a consequências em caso de decisão judicial em sentido diverso da respaldada o

³⁰ Setor de Execuções contra a Fazenda Pública- Autos 0408828-63.1997.8.26.0053 (053.97.408828-9) - Procedimento Ordinário – Hiroshi Shirassu e outros – decisão proferida pela Juíza Alexandra Fuchs de Araújo em 03 de dezembro de 2010, publicada no DOE de 02/05/11.

³¹ TJSP- Agravo de Instrumento n. 0032622-55.2011.8.26.0000:

veiculado pelo título executivo, ao mesmo tempo em que possibilita situar a provisóriedade em função da mera existência de recurso sem efeito suspensivo.

Em relação à Fazenda Pública, é preciso que esse tema seja situado à luz do disposto no artigo 100, § 5º, da Constituição Federal.

Em relação ao momento da expedição do precatório, a doutrina apresenta entendimentos divergentes, mesmo em se tratando de uma execução que já conta com trânsito em julgado da ação de conhecimento. Discute-se nesse âmbito: a) se foram opostos embargos à execução; b) se estes foram recebidos no efeito suspensivo; e c) se os embargos à execução contam com trânsito em julgado.

A determinação do § 5º do artigo 100 da Constituição Federal quanto à exigência do trânsito em julgado da sentença para a expedição do precatório enseja duplicidade de entendimentos.

A primeira corrente conclui pela possibilidade de início da execução mesmo estando ainda pendente de apreciação recurso sem efeito suspensivo na ação de conhecimento, falando em execução provisória, ainda que esta não culmine com a expedição do precatório e da requisição de pequeno valor. Nesse tema, Leonardo Carneiro da Cunha, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira assim se expressam:

O texto constitucional exige o prévio trânsito em julgado para a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor. Não se exige o prévio trânsito em julgado para que se tenha início a execução. Logo, o que se pode permitir, com o ajuizamento de uma execução provisória, diante de um recurso desprovido de efeito suspensivo, é, o processamento imediato da execução, procedendo-se à citação da Fazenda Pública para oferecimento de embargos, os quais serão processados e julgados, daí se seguindo a interposição de eventual recurso de apelação. Encerrado todo o processamento da execução contra a Fazenda Pública, deverá, então aguardar-se o desfecho do processo de conhecimento. A partir do trânsito em julgado, poder-se-á expedir o precatório ou a requisição de pequeno valor.

[...]

Significa, então, que é possível a execução provisória em face da Fazenda Pública apenas para processamento da demanda executiva. A expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor é que fica condicionada ao prévio trânsito em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento. Nessa hipótese, a execução provisória serve, apenas, para adiantar o processamento da execução contra a Fazenda Pública, eliminando uma etapa futura.³²

³² DIDIER JÚNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro, e BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. Volume 5, Salvador: Editora Podivm, 2009, pag. 729.

Nesse sentido, já se decidiu:

FAZENDA PÚBLICA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR. POSSIBILIDADE. LIMITES.

A execução provisória contra a fazenda deve guardar consonância com as regras pertinentes à matéria, respeitando os princípios da impenhorabilidade dos bens públicos e não podendo alcançar o momento da expedição de precatório. Isso porque a inclusão do precatório na ordem cronológica, e posteriormente em orçamento, antes que se efetive o trânsito em julgado da demanda, impedirá que o valor requisitado seja utilizado para as finalidades essenciais do Estado. Ademais, a permissão para expedir precatório em sede de execução provisória é, disfarçadamente, um meio de burlar a ordem de preferência, favorecendo aqueles que têm expectativa de direito, em detrimento dos que já obtiveram um título definitivo.³³

Em grupo de trabalho formado por juízes federais que participaram do programa de pesquisa “Execução contra a Fazenda Pública – razões políticas do descumprimento às ordens judiciais” desenvolvido pelo Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense (UFF), em parceria com o Centro de Estudos do Judiciário (CEJ) do Conselho da Justiça Federal, o Relator da proposta referente ao tema “Emenda Constitucional nº 30, o Juiz Francisco Wildo Lacerda Dantas apresentou entendimento no mesmo sentido, afirmando que *“a execução provisória contra a Fazenda Pública pode ser promovida; a exigência do trânsito em julgado da sentença só é necessária para a expedição do precatório”*.³⁴

Uma segunda corrente parte do pressuposto de que o texto constitucional quis, sim, estabelecer a forma de execução cabível contra a Fazenda Pública, e não apenas fixar o momento da expedição do requisitório.

Nesse sentido, Arakem de Assis já se pronunciou, ao examinar o artigo 100 da Constituição Federal na redação anterior à Emenda nº 62/09 em cotejo com o artigo 475-N do Código de Processo Civil, *verbis*:

Toda execução basear-se-á em título executivo judicial ou extrajudicial. Em relação ao título hábil para realizar créditos pecuniários perante a Fazenda Pública, há três menções à sentença (art. 475 N,I) no par. 1º-A, no art. 100 da CF/1988. Em primeiro lugar, o *caput* alude a “sentença ju-

³³ TRT-22 - AGRAVO DE PETIÇÃO: AP 1230200800422007 PI 01230-2008-004-22-00-7 Julgamento: 02/02/2010.

³⁴ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução contra a Fazenda Pública - Regime de Precatório*. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2010.

diciária”; ademais, o p. 1º-A, definindo as obrigações alimentares, alude a “sentença transitada em julgado”; finalmente, o p. 3º, agora relativamente à dívida de pequeno valor, exige “sentença judicial transitada em julgado. Esses textos, convergentes no sentido, insinuam que a execução prevista no Art. 730 do CPC somente iniciará com base em título judicial definitivo (Art. 475 N,I,) relevando-se, naturalmente, o emprego pouco técnico da palavra “sentença” no texto constitucional.³⁵

Francisco Wildo Lacerda Dantas diz que Humberto Theodoro Júnior filia-se também a essa corrente, como se vê:

A esse respeito, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR entende haver sido eliminada de nosso ordenamento a possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, por afirmar que a modificação constitucional estampada no art. 100, parágrafo 1º (atual parágrafo 5º), da CF/1998 passou a exigir que o precatório esteja lastreado em “sentença transitada em julgado. Em suas palavras, o que intentou o constituinte foi abolir o entendimento até então acolhido pela jurisprudência de que a execução de sentença contra a Fazenda Pública poderia ser instaurada antes do trânsito em julgado, se o recurso pendente não tivesse efeito suspensivo.” Isso agora – afirma, peremptório – positivamente não é mais admitido pela Constituição.”³⁶

De se ressaltar que o próprio Humberto Theodoro Júnior faz, no entanto, a seguinte observação:

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, tem interpretado a vedação constitucional de maneira mais branda, ou seja, a EC n. 30 não teria eliminado totalmente a execução provisória, a qual poderia ser processada até a fase de embargos, “ficando suspensa, daí em diante, até o trânsito em julgado do título executivo, se os embargos não forem opostos, ou forem rejeitados.”³⁷

Tal entendimento veio exposto com menção ao decidido pelo Superior Tribunal de Justiça na MC 6489, rel. Min. Teori Albino Zavascki, onde se destacou que

³⁵ ASSIS, Arakem. *Manual da Execução*. 2009. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pag. 1041.

³⁶ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução contra a Fazenda Pública- Regime de Precatório*. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2010, pág. 147.

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume II. 45ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, pág. 381.

“não foi inteiramente extinta a execução provisória” com a Emenda Constitucional n. 30/2000, podendo ser processada a execução até a fase de embargos.”

Nesse contexto, de se ter presente que, por vezes, as divergentes posições a respeito do início da execução contra a Fazenda Pública (se ele pode ou deve se dar antes do trânsito em julgado da ação de conhecimento ou se deve aguardar necessariamente a solução definitiva no processo cognitivo) partem de menção singela a “execução provisória”, quando esta, por ser vista sob várias interpretações, não conduz a uma conclusão inequívoca.

O fato é que o primeiro conceito mencionado, no sentido de que é possível chegar, mediante execução provisória, à satisfação do direito material da parte (obtido em vista de uma interpretação isolada do artigo 475-O do CPC), não é aplicável à Fazenda Pública, dada a vedação constitucional de expedição dos precatórios e requisições de pequeno valor antes do trânsito em julgado.

Em relação à Fazenda Pública a expressão “execução provisória” somente é admitida em decorrência de uma interpretação dos artigos 587 e 475- I do Estatuto Processual, que aludem às etapas da execução permitidas enquanto pendente recurso sem efeito suspensivo, admitindo-se que o “trânsito em julgado” diz respeito somente à expedição da ordem de pagamento.

De qualquer forma, quer se mencione ou não a expressão “execução provisória”, de se concluir que a interpretação que melhor se coaduna com as determinações constitucionais é no sentido de que o próprio início da execução está condicionado ao trânsito em julgado da ação de conhecimento.

8.2. O efeito suspensivo dos embargos à execução e do recurso de apelação

A discussão sobre ser provisória ou definitiva uma execução também se embaralha com o efeito suspensivo dos embargos à execução.

Nesse aspecto, merecem destaque as considerações de Marcelo Abelha:

Tema que frequenta com assiduidade os nossos tribunais é a confusão que se faz entre o efeito suspensivo da oposição oferecida pelo executado e a definitividade/provisoriedade da tutela executiva.

Antes de mais nada, deve-se dizer que a qualificação da execução em “provisória” ou “definitiva” decorre, na verdade, do título que a fundamenta. Quando a execução é lastreada em título executivo provisório, denomina-se então provisória a execução. Quando é lastreada em título executivo definitivo, denomina-se definitiva a execução. Claro que, quando se trata da primeira hipótese, há certos rigores e exigências em relação à obtenção da satisfação do direito exequendo, mas em ambos os casos (fundada em título provisório ou definitivo) a execução poderá chegar ao seu final.

Por outro lado, diz-se ser provisório o título quando ainda está em formação, e definitivo quando já está formado. São títulos definitivos o provimento judicial transitado em julgado e todos os títulos extrajudiciais. Por isso, quando servem de base a uma execução, ela será definitiva. De outra banda, são provisórios todos os provimentos judiciais interinais, ou seja, que ainda não estão sedimentados, e que podem ser substituídos por um provimento definitivo. Portanto, estes ensejam uma execução provisória.

Observe-se que o fato de serem opostos remédios ou medidas judiciais a um título definitivo, ou a uma execução fundada em título definitivo, portanto, execução definitiva, não se lhes retira (do título e da execução) o caráter de definitividade, porque, repita-se, são títulos que já foram formados.³⁸

Estabelece o § 1.º do artigo 739-A do Código de Processo Civil:

Art. 739 – A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. Parágrafo 1º – O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.”

A Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, ao introduzir esse dispositivo, alterou a sistemática consubstanciada na concessão de efeito suspensivo automático aos embargos, condicionando a atribuição ao preenchimento dos requisitos genéricos das cautelares (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), à garantia do juízo e ao requerimento do executado.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery³⁹ acrescentam, ainda, a esses requisitos a tempestividade dos embargos.

Tal alteração na sistemática da concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução – de *ex lege* a *ope judicis* – implicou a transferência dos ônus da demora do processo. Os riscos da morosidade do processo, que eram do exequente mediante a simples oposição dos embargos à execução, passaram a ser do executado.

Com muita propriedade, explica Marcelo Abelha que:

³⁸ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, pag. 208/209.

³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pag. 1081.

um dos motivos pelos quais houve uma irresignação contra o efeito suspensivo *ex lege* dos embargos foi o fato de que era absolutamente paradoxal que uma tutela antecipada tivesse uma execução imediata, mesmo em um juízo de probabilidade, e que a sentença de mérito transitada em julgado, com coisa julgada material e cognição mais que exauriente, ainda tivesse de se submeter ao efeito suspensivo dos embargos do executado. Era inexplicável.⁴⁰

Há, no entanto, quem entenda que o § 1.º do artigo 739 do Estatuto Processual não se aplica à Fazenda Pública, o que conduz à conclusão pela manutenção do sistema anterior, com efeito suspensivo automático aos embargos. Tal entendimento vem lastreado no fato de que a Fazenda Pública não se sujeita a constrição judicial na execução contra si proposta.

Essa é a posição de Leonardo Carneiro da Cunha⁴¹, ao concluir pela inaplicação do referido preceito à execução proposta contra a Fazenda Pública, porque esta não precisa garantir o juízo, e, o efeito suspensivo nele tratado está condicionado à prévia penhora, depósito ou caução. Ademais, a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor dependeria do trânsito em julgado da sentença dos embargos à execução. Somente quando não houvesse mais dúvidas sobre o valor executado é que seria possível a expedição da ordem de pagamento expressa através do precatório ou da requisição de pequeno valor.

Em consonância com tal posicionamento, está Freddie Didier Júnior, com as seguintes ponderações:

O parágrafo 1º do Art. 739-A do CPC não se aplica à execução proposta contra a Fazenda Pública, pelos seguintes motivos: a) o efeito suspensivo depende de penhora, depósito ou caução. A Fazenda Pública não se sujeita a penhora, depósito nem caução, não precisando garantir o juízo para opor seus embargos; e b) a expedição de precatório o requisição de pequeno valor depende do *prévio trânsito em julgado* (CF/88, Art. 100, parágrafo 1º e 3º), de sorte que somente pode ser determinado o pagamento, se não houver mais discussão quanto ao valor executado.⁴²

Entendimento há, no entanto, em sentido contrário, partindo do pressuposto de que a exigência da garantia do juízo, apresentada pelo § 1.º do artigo 739

⁴⁰ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, pag. 589.

⁴¹ CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 9ª edição. São Paulo: Dialética, 2011, pag. 288.

⁴² DIDIER JÚNIOR, Freddie e CUNHA, Leonardo José Carneiro, e BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. Volume 5, Salvador: Editora Podivm, 2009, pag. 710.

do Código de Processo, não justifica o afastamento do comando desse preceito em relação à Fazenda Pública.

Nesse enfoque, já se decidiu:

as inovações legislativas inseridas no Código de Processo Civil, que facilitam a satisfação do crédito do exequente, devem ser utilizadas no processo de execução contra a Fazenda, sob pena de a execução contra a Fazenda se tornar menos eficaz que as execuções comuns.⁴³

O fato de estar silente o dispositivo sobre a Fazenda Pública também tem sido invocado para a aplicação do efeito suspensivo dos embargos à execução contra esta oposta.

Sob esse pensar, nos comentários ao artigo 741 do Código de Processo Civil, de Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvea, restou consignado:

Não obstante a execução contra a Fazenda Pública obedeça a regras especiais, elas nada dispõem acerca da eficácia suspensiva dos respectivos embargos. Logo, para esse assunto, valem as normas gerais, com a redação dada pela Lei nº 11.232/06. Assim, embargos da Fazenda Pública somente serão aptos a suspender a execução se preenchidos, no que couber, os requisitos previstos no Art. 739-A, p. 1º.⁴⁴

O Tribunal de Justiça de São Paulo também já entendeu aplicável o preceito em exame nas ações de embargos opostos pela Fazenda Pública, sob a mesma premissa de que não mais há o efeito suspensivo automático, devendo também o ente público provar o preenchimento dos requisitos do grave dano de difícil ou incerta reparação, ou seja, os requisitos genéricos das cautelares, embora não esteja compelido a apresentar as garantias indicadas nesse dispositivo (penhora, depósito ou caução). Nesse sentido:

No tocante à alegação de não ser aplicável o art. 739, § 1.º do CPC nas execuções contra a Fazenda Pública infundada a tese. Embora a execução contra a Fazenda Pública obedeça a regras especiais, é ela regida pelas disposições do código de Processo Civil. Assim, inexistindo previsão expressa acerca dos efeitos do recebimento dos embargos á execução, atribuía-se a eles o efeito suspensivo, aplicando-se de imediato o antigo artigo 739, parágrafo 1º do CPC.

⁴³ STJ, REsp 1103965/RS, Rel. Min Humberto Martins, DJ de 14/04/2009,

⁴⁴ NEGRÃO, Theotônio e GOUVEA, José Roberto F. . *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pág. 919.

Todavia, com a revogação do referido dispositivo legal pela Lei n. 11382, de 06 de dezembro de 2006, é necessário averiguar se os embargos da Fazenda Pública ainda suspendem a execução.

O novo artigo 739-A, “caput”, do CPC, dispõe expressamente que “os embargos do executado não terão efeito suspensivo” (grifei)

Ora, com a revogação do parágrafo 1º do Art. 739 do CPC, e a introdução do art. 739-A, do mesmo diploma legal, resta evidente que a concessão automática do efeito suspensivo aos embargos à execução, não mais encontra amparo na legislação em vigor.

É certo que o parágrafo 1º do referido dispositivo legal prevê a concessão do efeito suspensivo aos embargos.

Todavia, é necessário não só o requerimento do embargante, como também a exposição de fundamentos relevantes no sentido de que o prosseguimento da execução possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

[...]

E não aproveita à agravante a alegação de que não cabe execução provisória contra a Fazenda Pública.

No caso dos autos, não se trata de execução provisória, mas de execução de sentença transitada em julgado, porquanto, do acórdão encartado a fls. 28/32, não consta tenha havido interposição de qualquer recurso.⁴⁵

No Superior Tribunal de Justiça há posicionamento no mesmo sentido, como se constata⁴⁶:

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DESPACHO INICIAL QUE INDEFERIU A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. LEI Nº 11.382/2006. APLICABILIDADE. EFEITO SUSPENSIVO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 739-A, § 1.º, DO DIPLOMA PROCESSUAL. VALORES IMPUGNADOS. INVIABILIDADE DE PAGAMENTO IMEDIATO. NECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS. AUSÊNCIA DE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO.

1. A Lei nº 11.382/2006, ao revogar o § 1.º do Art. 739 do Código de Processo Civil, eliminou a automática concessão de efeito suspensivo à execução pela oposição dos embargos à execução. De acordo com a

⁴⁵ TJSP, AI 722.727-5/0, Rel. Des. Reinaldo Miluzzi, julg. 11.02.2008.

⁴⁶ STJ, AgRg nos EmbExe MS 6864 / DF – Rel. Ministra Laurita Vaz – jul. 13/10/2010.

nova disciplina estabelecida pela novel legislação, que introduziu o art. 739-A no Diploma Processual, a concessão de efeito suspensivo aos embargos do devedor dependerá de provimento judicial, a requerimento do embargante, quando demonstrado que o prosseguimento da execução possa acarretar ao executado dano de difícil ou incerta reparação.

2. As disposições gerais sobre excesso de execução são aplicáveis ao procedimento dos embargos à execução contra a Fazenda Pública, a teor da jurisprudência desta Corte corroborada pela doutrina sobre o tema.

3. A oposição de embargos à execução pela Fazenda Pública não configura a possibilidade de dano de difícil ou incerta reparação capaz de ensejar a suspensão da execução, na medida em que, por imposição legal contida na Lei de Diretrizes Orçamentárias, os valores impugnados somente poderão ser pagos após o trânsito em julgado dos referidos embargos à execução.

4. Agravo regimental desprovido.

Bem de se ver, no entanto, em relação a este último julgado, diversamente do que faz parecer a ementa transcrita, não está alicerçado o entendimento na desnecessidade do trânsito em julgado dos embargos à execução. O raciocínio exposto levou em conta somente a parte incontroversa do débito para tratar do efeito suspensivo, como se constata:

“Ora, o próprio INSS, nos termos da súmula n. 31/AGU, reconhece que “É cabível a expedição de precatório referente a **parcela incontroversa**, em sede de execução ajuizada em face da Fazenda Pública.” E, no tocante à **parcela impugnada pelos embargos à execução**, é certo que, somente após o julgamento dos referidos embargos, será definido o *quantum debeatur*, tornando exigível o crédito devido pela Fazenda Pública. (grifo do autor).

Não se olvida ter sido o objetivo da extinção do efeito suspensivo automático dos embargos à execução foi afastar a demora da satisfação do crédito para o credor, que já se viu compelido a aguardar todo o trâmite da ação de conhecimento. Tal propósito está lançado em toda a atual dinâmica de efetividade do direito.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, analisando caso com parte incontroversa do valor propugnado na execução, tratam do efeito suspensivo dos embargos da seguinte forma:

Atualmente não há mais dúvida que o crédito não embargado pode ser imediatamente executado, e que a execução, neste caso, é de decisão definitiva e não de decisão provisória. A novidade da Lei n. 11.382/06 está em relação à possibilidade de execução do crédito embargado.

Este crédito poderá ser integralmente executado quando não for atribuído efeito suspensivo aos embargos, e além disto, executado em parte quando o juiz atribuir efeito suspensivo aos embargos apenas em relação a parte do objeto da execução. Apenas neste último caso é que existirá “execução provisória” de parcela de crédito.⁴⁷

Quando os embargos à execução forem acolhidos, o recurso de apelação será recebido no duplo efeito. Em se tratando de rejeição liminar dos embargos ou julgamento de improcedência dos mesmos, o efeito do recurso estará sujeito à regra do Art. 739-A do Código de Processo Civil.

Vale lembrar que os embargos à execução podem ser rejeitados liminarmente quando forem intempestivos, quando forem manifestamente protelatórios, quando versarem sobre matéria não prevista no rol do artigo 741 do Código de Processo Civil e quando for inepta a inicial.

Tanto no caso de rejeição liminar, quanto no caso julgamento de improcedência, a apelação nos embargos à execução, segundo a regra do 520, inciso V, do Estatuto Processual, não tem efeito suspensivo. No entanto, a necessidade de compatibilização do sistema processual com a sistemática dos precatórios conduz à solução diversa nesse aspecto.

Nesse sentido, conclui Leonardo Carneiro da Cunha (2011, 292), partindo do pressuposto de que a execução não pode chegar à expedição do precatório/requisitório antes de estabelecidos definitivamente os respectivos valores, que “*a apelação contra a sentença que rejeita os embargos à execução contra a Fazenda Pública, mercê das referidas exigências constitucionais, há de ser recebida no duplo efeito*”.

Na verdade, o referido artigo 520, inciso V, não teria mais aplicação para qualquer hipótese, já que para a Fazenda Pública o impedimento decorreria do texto constitucional e para os particulares decorreria do fato de não mais existir defesa mediante ação de embargos, mas somente através de impugnação (cumprimento de sentença).

8.3. O trânsito em julgado nos embargos à execução

Cássio Scarpinella Bueno assevera que o trânsito em julgado exigido para a expedição do precatório não é aquele que se configura com a solução do processo de conhecimento, “*mas em relação à sentença que rejeita os embargos opostos pela Fazenda Pública*”.⁴⁸

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. *Processo de Execução*. 3ª edição, Editora RT, 2011, pág. 409.

⁴⁸ (Bueno, 2001, apud Cunha, 2011, 288).

Necessário mesmo para a expedição do precatório é o trânsito em julgado de ambas as ações (do processo de conhecimento e da execução). Cumpre atentar, nesse enfoque, que, mesmo para aqueles que admitem a possibilidade de início da execução na pendência de recurso sem efeito suspensivo na ação de conhecimento (v. item 8.1 retro), necessário se faz o trânsito em julgado dos embargos para os fins de expedição do precatório. Raciocínio diverso faria por implicar no que Marcelo Abelha denomina “precatório provisório”, o que é inaceitável, principalmente quando se tem presente ser obrigatória a inclusão dos créditos na dotação orçamentária.

O condicionamento feito pela ordem constitucional (Art. 100) da expedição do precatório e das requisições de pequeno valor ao trânsito em julgado deve ser compatibilizado com as normas processuais, ou melhor, as regras processuais devem ser amoldadas às determinações constitucionais atinentes aos pagamentos dos débitos fazendários.

É certo que o legislador constituinte pretendeu impedir a inserção do valor de um título frágil na ordem de pagamento de créditos, vale dizer, passível de desconstituição. A exigência da definitividade decorre do princípio orçamentário segundo o qual o poder público não deve ser instado ao desembolso de quantias que nem mesmo tem um título definitivo como lastro. Também é certo, não justificar-se o pleito por quantias que ainda não restaram definidas, principalmente porque a inserção de uma ordem cronológica de pagamento não estaria sendo totalmente respeitada se pudesse um dos credores se antecipar em pedir valores ainda passíveis de alteração.

9. DAS DISPOSIÇÕES DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O projeto do Código de Processo Civil, atualmente em trâmite, sob o nº 8046/2010, trata da matéria aqui apreciada, nos artigos 519 e 520.⁴⁹

⁴⁹ DO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA PELA FAZENDA PÚBLICA

Art. 519. Transitada em julgado a sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, ou, se for o caso, a decisão que julgar a liquidação, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:

I – o nome completo, o número do cadastro de pessoas físicas ou do cadastro nacional de pessoas jurídicas do exequente;

II – o índice de correção monetária adotado;

III – a taxa dos juros de mora aplicada;

IV – o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;

V – especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

§ 1º Havendo pluralidade de exequentes, cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo, aplicando-se à hipótese, se for o caso, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 112.

§ 2º A multa prevista no § 1º do art. 509 não se aplica à Fazenda Pública.

Determinações constitucionais quanto ao trânsito em julgado e a requisição de pequeno valor passaram a compor a legislação infraconstitucional.

O novo Código de Processo Civil estabelece no artigo 520 expressamente a necessidade de se apontar de imediato a diferença do alegado como excesso de execução; aspecto esse que no passado gerou muita discussão, pois muitas vezes, principalmente quando se discutia critério de atualização monetária (índices corretivos), deixava a Fazenda de indicar os valores que julgava devidos, postergando o momento de apresentação da memória de cálculo, sob alegação de que, por se tratar de dinheiro público, justificava-se a elaboração da conta de liquidação pela Contadoria Judicial. Observa-se que esse mesmo dispositivo também estabelece que a Fazenda será *intimada*, portanto, não mais citada; e para *impugnar* a execução, não mais opor embargos, apontando, assim, para a adoção do modelo sincrético. O preceito silencia quanto ao efeito que será recebida a impugnação, mas, permite a conclusão, em vista do disposto no seu § 3.º, que na parte impugnada não será possível o prosseguimento das medidas para a ordem de pagamento até seu julgamento.

De se notar que a própria localização topográfica da matéria - no Título II, denominado cumprimento de sentença - já induz à derrubada da autonomia do processo de execução para a Fazenda Pública.

No âmbito da defesa a ser apresentada nos embargos à execução, permanece o elenco restritivo de matérias do artigo 741 do diploma legal vigente.

Art. 520. A Fazenda Pública será intimada para, querendo, no prazo de trinta dias e nos próprios autos, impugnar a execução, cabendo nela arguir:

I - falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - a inexigibilidade do título;

IV - o excesso de execução;

V - cumulação indevida de execuções;

VI - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz;

VII - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

§ 1º Quando se alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante do título, cumprirá à executada declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição.

§ 2º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada:

I - expedir-se-á por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição da República;

II - por ordem do juiz, dirigida à autoridade citada para a causa, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de sessenta dias contados da entrega da requisição, mediante depósito na agência mais próxima de banco oficial.

§ 3º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.

§ 4º Para efeito do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição da República em controle concentrado de constitucionalidade ou quando a norma tiver sua execução suspensa pelo Senado Federal."

A decisão sobre a impugnação será desafiada mediante recurso de agravo, lembrando-se que hoje os embargos à execução, como constituem ação autônoma decidida mediante sentença, sujeitam-se a interposição de apelação.

Tratou, ainda, o novo CPC de regular a possibilidade de execução contra a Fazenda Pública fundada em título extrajudicial, elevando a *status* de lei o entendimento cristalizado na Súmula nº 279 do Superior Tribunal de Justiça, através da norma do artigo 866. O procedimento para os títulos extrajudiciais é o de oposição de embargos à execução.

Nada restou estabelecido no Projeto quanto às medidas a serem adotadas em caso de falta de pagamento das requisições de pequeno valor, cabendo a aplicação analógica do artigo 12 da Lei dos Juizados contra a Fazenda Pública, que estabelece que *“desatendida a requisição judicial, o juiz, imediatamente, determinará o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão, dispensada a audiência da Fazenda Pública.”*

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

10.1 As características dos bens públicos – inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade – tornam impossível a aplicação das regras processuais tradicionais para a execução dos devedores solventes de obrigações por quantia certa. Não há na execução por quantia certa quanto à Fazenda Pública a possibilidade de adimplemento voluntário e a violência patrimonial que caracteriza essa modalidade de execução, a qual, para os particulares, inicia-se com a penhora e termina com a expropriação em hasta pública.

10.2 Como a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública tem peculiaridades decorrentes da natureza dos interesses públicos, não foi adotado o modelo sincrético, consubstanciado na execução como etapa seguinte à condenação, no que pese algumas das determinações referentes ao cumprimento de sentença possam lhe servir (ex. norma do Art. nº 475 I, CPC).

10.3. A execução contra a Fazenda Pública tem peculiaridades próprias, dissociadas do conceito tradicional de execução, lembrando-se que tal concepção está inexoravelmente relacionado à violência realizada pelo Estado no patrimônio de um devedor. No caso da Fazenda Pública, como não há atividade substitutiva (prática de atos de subrogação), não há cabimento na afirmação de ter a sentença condenatória tenha força executiva.

10.4. A Constituição Federal, a partir da Emenda nº 30/2000, estabeleceu para a expedição dos precatórios a necessidade de *“sentenças transitadas em julgado”*, propiciando, com tal redação, posições doutrinárias e jurisprudenciais diversas. Doutrina e jurisprudência utilizam os conceitos de definitividade e provisoriedade da execução para situar o momento da expedição da ordem de pagamento em vista da referida exigência constitucional.

10.5. Existem dois tipos de execução provisória, concebida esta em vista da existência de recurso pendente de apreciação – (i) a que resulta da existência de recurso sem efeito suspensivo na ação de conhecimento e (ii) a que decorre de providências interinais no curso dos embargos à execução e da própria oposição destes –, os conceitos confundem-se no momento da interpretação da exigência constitucional do trânsito em julgado para fins de expedição da ordem de pagamento ao poder público.

10.6. A posição doutrinária que admite falar em execução provisória para a Fazenda Pública não parte da premissa de ser a provisoriedade um procedimento que se completa com a satisfação do credor, sujeitando-o a determinadas consequências em caso de pronunciamento judicial diverso, mas adota entendimento de que a provisoriedade está relacionada à adoção de providências no âmbito da execução, todavia impedidas, em razão da inexistência de solução definitiva na ação de conhecimento, da oposição de embargos à execução ou da interposição de apelação nessa sede, de propiciar a realização do direito material da parte.

10.7. Para alguns pode-se falar em execução provisória, na pendência de recurso sem efeito suspensivo na ação de conhecimento, apenas para adiantar o processamento da execução. Já para outros autores, a redação do artigo 100 do diploma constitucional teria proibido a instauração da execução antes do trânsito em julgado. O Superior Tribunal de Justiça utiliza a expressão “execução provisória” contra a Fazenda Pública, mas relativiza o respectivo conceito, levando em conta, na maioria das vezes, a existência de parte incontroversa do débito.

10.8. O efeito suspensivo *ex legis* dos embargos à execução passou a ser *ope judicis*, mas não para a Fazenda Pública, a qual está submetida a ditames constitucionais que excepcionam as regras processuais. Há, no entanto, posição em sentido contrário, entendendo que, para obter tal efeito, a Fazenda Pública também deve se sujeitar a demonstração do preenchimento dos requisitos do artigo 739-A, §1.º, do Código de Processo Civil (requisitos genéricos das cautelares, garantia do juízo e requerimento do executado). Em sede jurisprudencial, também há adoção dessa linha de entendimento, servindo de exemplo casos do Judiciário Paulista.

10.9. O projeto do Novo Código de Processo Civil fez alterações de modo a subtrair da Fazenda Pública o processo autônomo de execução, estendendo-lhe outras regras do cumprimento de sentença (algumas regras do modelo sincrético já alcançam atualmente).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- ASSIS, Arakem. *Manual da Execução*. 2009. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 9ª edição. São Paulo: Dialética, 2011.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução contra a Fazenda Pública - Regime de Precatório*. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro, e BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. Volume 5, Salvador: Editora Podivm, 2009.

DINAMARCO, Tassus – *Da Execução contra a Fazenda Pública – Aspectos gerais de uma execução ainda controvertida*. www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=178. Acesso em 20 maio 2011.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Além da Execução provisória. Editora Magister Porto Alegre. Disponível em “www.editoramagister.com/doutrina-ler.php?id=618”. Data de acesso 14/01/2010.

FRANZÉ, Luis Henrique Barbante – artigo intitulado “Tutela de Urgência na Execução contra a Fazenda Pública”, in “Execução civil e cumprimento de sentença” Coordenação Sérgio Shimura e Gilberto Gomes Bruschi, vol. 3, São Paulo: Editora Método, 2009.

GRECO, Leonardo – *O Processo de Execução*, vol. II. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

HOLZ, Wantuil Luiz Cândido – Execução por quantia certa contra Fazenda Pública. Tese de dissertação. In: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/WantuilLui-zCandidoHolz.pdf>

Acesso em 27 julho 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora RT 2010.

_____. *Processo de Execução*. 3ª edição, Editora RT, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NEGRÃO, Theotônio e GOUVEA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. *Execução de débitos de pequeno valor contra a Fazenda Pública* Art. 100, § 3º: urgência de uma medida provisória e sua possibilidade (Art. 246 da CF). Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 50, abr. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1993>>. Acesso em: 23 nov. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume II. 45ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

MANDADO DE SEGURANÇA E SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Writ of Mandamus and the administrative silence

Marina de Lima Lopes¹

SUMÁRIO

1. Mandado de Segurança – breve histórico. 2. Hipóteses de cabimento. 3. Silêncio Administrativo. 4. Mandado de Segurança em face do Silêncio Administrativo. 4.1. Primeira hipótese: previsão legal de prazo para a prática do ato e das consequências da omissão. 4.2. Segunda hipótese: previsão legal de prazo para a prática do ato, sem imposição de consequências para a omissão. 4.3. Terceira hipótese: ausência de previsão legal de prazo para a prática do ato e das consequências da omissão. 4.3.1. Ausência de resposta a requerimento administrativo. 4.3.2. Falta de cumprimento de dever legal. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO

O estudo analisa as hipóteses de admissão da ação constitucional de mandado de segurança contra atos omissos do Poder Público. Aborda os casos com previsão legal de prazo para a prática do ato; com ausência de prazo fixado para a prática do ato; a ausência de resposta ao requerimento administrativo e, por fim, a falta de cumprimento de dever legal.

ABSTRACT

The present study analyzes the appliance for Mandamus and its hypothesis as a constitutional writ against the Public Power omission. Addressing cases for an absence on a legal term for a state action, or for a public response to the administrative requests, or finally to the public administration to compliance with a legal duty.

Palavras-chaves: Processo. Constitucional. Mandado de Segurança. Silêncio Administrativo. Hipóteses. Prazo Decadencial.

Keyword: Process. Constitutional. Writ of Mandamus. Public Power omission. Legal duty.

1. MANDADO DE SEGURANÇA – BREVE HISTÓRICO

O mandado segurança, como instrumento processual-constitucional de proteção judicial contra lesões a direitos subjetivos públicos, foi consagrado inicialmente na Constituição de 1934², sob influência dos *writs* do direito americano, após a restrição do *habeas corpus* às hipóteses de ofensa ao direito de locomoção feita pela Emenda Constitucional de 1926.

A Carta de 1934, em seu art. 113, 33, previa o mandado de segurança como remédio para a defesa de “direito, certo e incontestável”, nos seguintes termos:

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será

¹ Procuradora do Estado. Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE)

² MENDES. Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p.632.

o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado de segurança não prejudica as ações petitórias competentes.

A previsão constitucional manteve-se em quase todos os textos posteriores, constando de modo semelhante do Art. 141, §24, da Constituição de 1946, do Art. 150, §21, da Constituição de 1967 e do Art. 153, §21, da Emenda Constitucional nº 01/1969:

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946

Art. 141 [...] §24 - Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1967

Art. 150 [...] §21 - Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969

Art. 153. [...] § 21. Conceder-se-á mandato de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

Exceção se deu na Carta de 1937, que apenas previu o *habeas corpus*. No entanto, conforme ressalta André Ramos Tavares³, apesar da falta de assento constitucional, o instituto permaneceu disciplinado, à época, no âmbito infraconstitucional:

[...] o Decreto-lei 6, de 16 de novembro de 1937, reafirmou a medida, praticamente nos termos do que dispunha a antiga Lei nº 191/1936, embora perdendo o assento constitucional e as garantias que lhe eram inerentes por força dessa inserção normativa máxima.

O Código de Processo Civil nacional de 1939 acolheu o instituto, considerando-o um processo especial e disciplinando-o no art. 319.

Atualmente o mandado de segurança está previsto no Art. 5º, LXIX, do Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, da Constituição Federal de 1988, que dispõe expressamente que:

³ TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.26.

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Trata-se de garantia instrumental, que visa assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, classificada doutrinariamente como *cláusula pétrea* e protegida pelo Art. 60, § 4^o, da Constituição da República, não podendo, portanto, ser suprimida ou ter seu espectro de proteção alterado ou alijado, por meio de Emenda Constitucional⁵.

Ademais, o assento constitucional deste instrumento processual também impede uma interpretação restritiva de seu cabimento e veda a imposição de novos condicionamentos por lei regulamentadora.

Importante notar que a Constituição Cidadã inovou ao expressamente prever a possibilidade de impetração de mandando de segurança coletivo, em seu Art. 5^o, LXX⁶, que pode ser proposto por partido político com representação no Congresso Nacional ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

No âmbito infraconstitucional o mandado de segurança está hoje disciplinado pela Lei n^o 12.016/2009, que normatizou completamente o instituto, revogando expressamente a legislação anterior⁷ sem, contudo, implementar grandes alterações, visto que se limitou a repetir os antigos dispositivos, acrescentando entendimentos já consagrados na doutrina e jurisprudência pátria.

⁴ “Art. 60. [...] § 4^o - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

^I – a forma federativa de Estado;

^{II} – o voto direto, secreto, universal e periódico;

^{III} – a separação dos Poderes;

^{IV} – os direitos e garantias individuais.”

⁵ “A garantia de permanência em que consiste a cláusula pétrea, em suma, imuniza o sentido dessas categorias constitucionais protegidas contra alterações que aligeirem o seu núcleo básico ou delimitem a proteção que fornecem. Nesse sentido se deve compreender o art. 60, §4^o, da Constituição Federal, como proibição à deliberação de proposta tendente a abolir, isto é, a mitigar, a reduzir, o significado e a eficácia da forma federativa do Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de Poderes e os direitos e garantias individuais.” (MENDES. Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 297 – grifo do autor)

⁶ Art. 5^o. [...] “LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

^a) partido político com representação no Congresso Nacional;

^b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

⁷ Foram expressamente revogados pelo Art. 29, da Lei n^o 12.016/2009, a Lei n^o 1.533/1951, a Lei n^o 4.166/1962, a Lei n^o 4.348/1964 e a Lei n^o 5.021/ 1966, além do Art. 3^o, da Lei n^o 6.014/ 1973, do Art. 1^o, da Lei n^o 6.071/1974, do Art. 12, da Lei n^o 6.978/1982, e do Art. 2^o, da Lei n^o 9.259/ 1996.

Este novo diploma legal foi elaborado por uma Comissão de Juristas, composta em 1996, por Caio Tácito, Arnaldo Wald, Menezes Direito, entre outros, nomeados pela Advocacia Geral da União, com o propósito de consolidar as regras existentes em uma única lei, compatibilizar o uso deste remédio ao modelo processual previsto na Constituição Federal de 1988 e à jurisprudência consolidada, bem como disciplinar o mandado de segurança coletivo, que ainda não tinha regência própria. A sua aprovação constava como meta do II Pacto Republicano de Estado, firmado pelos Presidentes, da República; do Senado Federal; e da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, em 13 de abril de 2009, por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo⁸.

2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

De acordo com a legislação de regência, Lei nº 12.016/2009, será concedida a segurança para proteção de direito líquido e certo, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando seu titular estiver sofrendo, ou na iminência de sofrer, violação em razão de ilegalidade ou abuso de poder praticado por ato ou omissão de Autoridade:

Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

A lei, portanto, repetiu o conceito constitucional contido no Art. 5º, LXIX, apenas explicitando a já consagrada possibilidade de cabimento do *mandamus* de forma preventiva.

Assim, o mandado de segurança poderá ser impetrado tanto repressiva como preventivamente, em face de ato ou fato comissivo ou omissivo de autoridade, ilegal ou abusivo, desde que não seja exclusivamente violador da liberdade de locomoção e da tutela de dados pessoais – caráter residual da ação mandamental.

O mandado de segurança repressivo é aquele impetrado contra ato vigente e eficaz, que produz atual violação a direito líquido e certo do autor. Já o denominado

⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Método, 2009, p. 18.

mandado de segurança preventivo visa a resguardar direito líquido e certo que está sendo ameaçado por ato futuro e iminente ou, ainda, por ato atual, mas sem eficácia.

Todavia, não é qualquer ameaça que enseja tal proteção, a ameaça precisa ser real, objetiva e atual, consoante adverte José dos Santos Carvalho Filho⁹:

Advirta-se apenas, quanto à tutela preventiva, que não é qualquer ameaça que habilita o interessado à propositura da ação, até porque existem posturas que só representam ameaça a espíritos frágeis. Desse modo, a ameaça reclama: a) realidade, para que o interessado demonstre se é efetiva a prática iminente do ato ou de seus efeitos; b) objetividade, indicando-se que a ameaça deve ser séria, e não fundada em meras suposições; e c) atualidade, significando que a ameaça é iminente e deve estar presente ao momento da ação, não servindo, pois, ameaças pretéritas e já ultrapassadas.

Atente-se que o caráter residual desta ação constitucional, em relação ao *habeas corpus* e ao *habeas data*, deve ser analisado com o devido critério, pois se a defesa da liberdade de locomoção e de dados pessoais for apenas um meio ou condição para resguardar outro direito, objeto principal da segurança, será cabível o *mandamus* em detrimento dos outros remédios constitucionais.

Também será cabível a impetração da segurança nos casos de punições disciplinares militares, que não se sujeitam a impugnação via *habeas corpus*, por expressa vedação constitucional (Art. 142, §2º¹⁰, da Constituição Federal).

Ainda dentro da análise do cabimento, cumpre indicar que a menção feita pela lei ao abuso de poder¹¹, ao lado da ilegalidade, como hipóteses de impetração da segurança, é criticada por parte da doutrina. Isto porque não há conduta abusiva que não seja ilegal, portanto:

[...] a melhor interpretação há de ser aquela segundo a qual o mandado de segurança visa a atacar a ilegalidade, seja ela praticada ou não com abuso de poder. Afinal, ilegalidade é gênero do qual o abuso de poder constitui espécie. Pretendeu-se apenas dar ênfase à necessidade de conter condutas abusivas.¹²

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 950.

¹⁰ “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

¹¹ § 2º - Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.”

¹² O abuso de poder foi incluído como causa a justificar a impetração apenas na Constituição de 1946, visto que a Constituição de 1932 restringia o remédio à “ilegalidade manifesta”.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 947.

Ademais, a ilegalidade aludida deve ser entendida da maneira mais ampla possível, para também abranger a inconstitucionalidade e a violação à lei em sentido formal. Além disso, conforme destaca Michel Temer¹³, está relacionada, como regra, a ato vinculado, pois o abuso de poder refere-se, de modo geral, a atos discricionários.

Relevante, ainda, destacar que o remédio constitucional, em análise, não foi previsto pela Constituição para defesa de toda e qualquer lesão a direito líquido e certo, mas somente para combater abuso ou ilicitude praticada, em linhas gerais, pelo Estado.

Nesse sentido, não pode ser impetrado mandado de segurança em face do particular, a exceção se dá quando este exercer função pública, pois não basta o ato em si para a propositura desta ação especial, sendo necessário ainda que tenha sido praticado pelo Poder Público ou por quem lhe faça as vezes (Art. 1º, §§ 1º e 2º¹³, da Lei nº 12.016/2009).

Entretanto, a Lei nº 12.016/2009 estabelece, em seu art. 5º, algumas hipóteses em que não se imporá a segurança:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

III – de decisão judicial transitada em julgado. [...]

a) Primeira Hipótese: interessante ressaltar, a respeito da primeira hipótese (Art. 5º, I), que a opção pela via administrativa, antes da judicial, cabe exclusivamente ao interessado, visto que facultativa, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Assim, a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo somente será impeditiva da segurança caso o impetrante tenha optado inicialmente por aquela via e também se, por óbvio, tratar-se de ato comissivo da Autoridade¹⁴. Isto porque nesses casos não estará configurado o interesse de agir, pois o ato, até então, não terá produzido efeitos.

Admite-se, no entanto, que o interessado renuncie expressamente ao direito de recorrer e impetre diretamente a segurança ou o faça depois de transcorrido *in albis* o prazo recursal.

Observa-se, por oportuno, que a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê a possibilidade de ser atribuído excepcional efeito suspensivo ao recurso, de ofício

¹³ TEMER, Michel, 1991:183 apud TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 37.

¹⁴ Neste ponto merece destaque o enunciado da Súmula 429, do E. Supremo Tribunal Federal: “A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.”

pela Autoridade Administrativa responsável ou mediante provocação, desde que haja receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente de sua execução – Art. 61, parágrafo único¹⁵. Nesta hipótese, verificar-se-á o cabimento do *mandamus* e o prazo para sua impetração a partir da decisão que receber o recurso, concedendo-lhe os regulares efeitos.

b) A segunda hipótese, prevista no Art. 5º, II, acima transcrito, prevê a impossibilidade da impetração para impugnar decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo, pois o mandado de segurança não pode ser utilizado como simples sucedâneo recursal. Nada obstante, convém destacar a ressalva feita pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶:

Contudo, aceita-se ainda mandado de segurança para imprimir efeito suspensivo à decisão judicial se o impetrante tiver indeferido o pedido de efeito suspensivo a que se refere o artigo 558 do CPC; por outras palavras, tendo sido interposto o agravo de instrumento, com pedido de seu recebimento com efeito suspensivo, se indeferido esse pedido, aí sim é cabível o mandado de segurança contra o despacho de indeferimento, objetivando o efeito suspensivo denegado.

Também tem a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores admitido a impetração da segurança, independente da existência de recurso com efeito suspensivo, nas hipóteses de decisão teratológica e quando o *mandamus* for de terceiro, que deveria ter sido parte na ação - litisconsórcio necessário – e não o foi, para evitar que sofra os efeitos da decisão.¹⁷

Note-se, entretanto, que diferentemente da hipótese anterior – recurso administrativo com efeito suspensivo –, se o interessado deixar transcorrer em branco o prazo para interposição de recurso judicial não lhe será permitida, subsidiariamente, impetrar a segurança como sucedâneo recursal, visto que a impossibilidade de utilização desta via decorre da simples previsão legal de recurso judicial e não de seu efetivo exercício, como na seara administrativa.

c) A terceira hipótese (Art. 5º, III) retrata entendimento que já estava consolidado na Súmula 268, do E. Supremo Tribunal Federal: “não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

¹⁵ “Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.”

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 793.

¹⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Método, 2009, p. 46.

Justifica-se a vedação em razão do princípio da estabilidade/segurança das relações jurídicas. Todavia, também nesse caso, excepciona-se a possibilidade de impetração por terceiro, que não foi parte na relação processual¹⁸.

Oportuno destacar que o projeto de lei, que redundou no texto da atual norma que rege o mandado de segurança, continha um parágrafo único, neste art. 5º, supratranscrito, que foi vetado e previa que:

Art. 5º. [...] Parágrafo único. O mandado de segurança poderá ser impetrado, independentemente de recurso hierárquico, contra omissões da autoridade, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, após sua notificação judicial ou extrajudicial.

A razão do veto foi retirar a necessidade de notificação prévia, como condição para utilização desta ação mandamental, nos casos de omissão e, com isso, evitar dúvidas, que poderiam surgir, a respeito do início da contagem do prazo para impetração. Tais questionamentos poderiam derivar, segundo constou da motivação do veto, da ausência de tempo razoável para a prática do ato ou da incompetência da Autoridade notificada.

Insta salientar que também restará prejudicada a impetração caso a situação, mesmo com a concessão da segurança, não possa ser reposta ao *status quo ante*. Isto porque em se tratando de ação especial, de rito mais célere, não se justifica demandá-la para reparar uma situação já devassada, ou seja, quando não seria mais possível resguardar o direito líquido e certo invocado:

Ainda que possa ser invocada, alguma urgência para fins de reparação (necessidade financeira do interessado), trata-se, aqui, de situação diversa daquela para a qual foi cogitada a celeridade do mandado de segurança, que é aquela referente ao direito “principal”, e não à solução em perdas e danos.¹⁹

Da mesma forma, não se admite mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese, conforme entendimento já assentado no Enunciado da Súmula nº 266, do E. Supremo Tribunal Federal pois, “enquanto regras gerais e abstratas, não atingem os direitos individuais e permanecem inatacáveis por ações ordinárias ou, mesmo, por mandado de segurança”.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 951.

¹⁹ TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei nº 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.44. nota de rodapé 10.

É cabível, porém, a impetração contra norma de efeitos concretos ou auto-executórias, “porque já trazem em si os resultados administrativos objetivados. Não são atos normativos gerais, mas sim deliberações individualizadas revestindo a forma anômala de lei ou decreto.”²⁰ Nesses casos, as autoridades coatoras serão o Legislativo e o Chefe do Executivo que sancionou a lei (ato complexo).

Também é possível a impetração da segurança nos casos de violação do processo legislativo, inclusive o constitucional. Trata-se de utilização diferenciada do *mandamus*, através da qual não se estaria assegurando direito líquido e certo do parlamentar, mas sim resolvendo peculiar conflito de atribuições ou de órgãos e resguardando a regularidade jurídico-constitucional do processo político de deliberação e aprovação de leis e emendas constitucionais²¹.

Todavia, os atos *interna corporis*²², que são aqueles que regulam internamente determinado Poder ou órgão, e os atos políticos, que têm previsão constitucional e podem ser proferidos no âmbito de discricionariedade do administrador, também não são passíveis de impugnação via *mandamus*, desde que regularmente editados. Isto porque o Judiciário não pode substituir, nesses casos, a vontade do Executivo ou de outros órgãos e somente poderá fazer o controle de legalidade. Destarte, por exemplo, não pode ser impetrado mandado de segurança contra veto de lei, ato político do chefe do Executivo.

A Lei nº 12.016/2009, em seu art. 23, também estabelece prazo para impetração da segurança: “O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

A discussão a respeito da constitucionalidade da previsão de tal limitação temporal, por lei infraconstitucional, já foi travada na égide da legislação anterior e sedimentada no sentido de que esta não configura qualquer ofensa a Constituição Federal²³:

A orientação do Supremo Tribunal Federal sempre caminhou no sentido de reconhecer a constitucionalidade da norma que fixava a preclusão processual para impetração do mandado de segurança, sob o fundamento de que se cuida de providência consentânea com a singularidade e especialidade da garantia. O perfil de garantia institucional do mandado de segurança não parece excluir a adoção de fórmula de

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. ..., 2010, p. 749.

²¹ MENDES. Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 637.

²² “São atos específicos produzidos no âmbito da competência reservada a determinados órgãos do Estado e decorrem de valoração de conveniência e oportunidade marcada pela discricionariedade. Assim, são inidôneos para ofender direitos individuais ou transindividuais. É o caso das normas de regimentos de Tribunais e Casas Legislativas.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 951).

²³ Enunciado da Súmula 632, do E. Supremo Tribunal Federal: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.”

preclusão, especialmente se ela não dificulta ou impossibilita o exercício do direito.²⁴

Trata-se de prazo decadencial que não admite, portanto, suspensão ou interrupção.

A contagem do prazo inicia-se da ciência do ato lesivo pelo interessado, quer seja pela sua notificação, publicação, quer, ainda, quando decidido o último recurso administrativo interposto com efeito suspensivo.

Nos casos de omissão, conforme será melhor exposto a seguir, iniciar-se-á pelo decurso do prazo regularmente previsto para a atuação administrativa ou, na falta deste, desde que transposto prazo razoável para tanto.

3. SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

O estudo do silêncio administrativo, embora seja escasso na doutrina brasileira, pelas suas repercussões, tem curial importância prática para a administração e para os administrados, especialmente nas hipóteses ensejadoras de mandado de segurança.

No entanto, não se trata de tema novo, pois Marcelo Sciorilli²⁵ refere-se a artigo publicado, já em 1939, intitulado “A Teoria do Silêncio Administrativo”²⁶, de autoria de Themístocles Brandão Cavalcanti, advertindo que não poderiam ser utilizadas, no âmbito administrativo, as soluções dadas ao silêncio na esfera privada:

Isso porque as formas de manifestação da vontade estatal são mais complexas; dependem, muitas vezes, do concurso de diversas autoridades, de formalidades burocráticas, indispensáveis à determinação da vontade do Estado, por meio de um ou mais órgãos competentes.

O autor identificava à época 02 (duas) hipóteses de silêncio administrativo, a primeira consistiria na inércia da Administração na defesa de seus direitos e da coletividade e a segunda na ausência de decisão de pedido administrativo. A consequência, no primeiro caso, para Cavalcanti, seria interpretar o silêncio como consentimento tácito e, no segundo, como recusa tácita.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 640.

²⁵ SCIORILLI, Marcelo. *Silêncio e Administração Pública*. In: Revista Eletrônica Justitia – A Revista do Ministério Público de São Paulo, São Paulo. Disponível em <<http://www.justitia.com.br/artigos/6850x7.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011, p. 03/11.

²⁶ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Teoria do Silêncio Administrativo*. In: *Revista Forense*, março de 1939, p. 171. apud SCIORILLI, op. cit., p. 03/4..

Anota, ainda, que o silêncio no caso de recurso de decisões administrativas implicaria a confirmação implícita destas e na hipótese de inércia no fornecimento de certidões conferiria ao administrado o direito de exigí-la judicialmente. Contudo, já advertia o autor, à época, que seria desejável a regulamentação do assunto pelo Direito Positivo, para um tratamento geral e igualitário das questões.

O tema não evolui muito, especialmente em razão da ausência da já reclamada regulamentação geral dos efeitos do silêncio administrativo. Todavia, a doutrina, em grande parte, insurgiu-se contra os chamados efeitos tácitos, resultantes do silêncio imotivado da Administração e, ao mesmo tempo, foram promulgadas algumas leis esparsas que qualificaram a omissão administrativa nesses casos, identificando o momento da caracterização da inação e atribuindo certos efeitos legais a esta.

Na verdade, para analisar o silêncio administrativo é preciso, em contrapartida, ter em foco o dever de resposta da Administração, que segundo André Saddy²⁷, seria decorrente do previsto no Art. 37, da Constituição Federal, em especial dos comandos derivados dos princípios da legalidade, da publicidade e da moralidade administrativa.

Resultaria, também, do princípio da motivação dos atos administrativos, implícito nas garantias constitucionais do direito ao recebimento de informações dos órgãos públicos (Art. 5º, XXXIII), do direito de petição (Art. 5º, XXXIV, *a* e *b*), do direito ao amplo acesso ao Judiciário (Art. 5º, XXXV) e do direito ao contraditório, ampla defesa e razoável duração dos processos administrativos e judiciais (Art. 5º, LV e LXXVII):

Tal resposta, tendo em vista o princípio da legalidade, da publicidade (em sua vertente da transparência) e da motivação exige que a Administração expresse, por escrito, num prazo razoável, de maneira eloquente o “*porquê*” de seus atos. Faz-se necessária, portanto, as razões de todos seus comportamentos, não bastando que exista um motivo para a atuação administrativa, sendo necessária sua enunciação, ou seja, sua motivação, caso contrário, estará implicando um cerceamento de defesa do administrado, ferindo direitos que lhe são fundamentais, além de tornar impossível o controle da Administração. Além do mais, a inafastabilidade da prestação jurisdicional confirma a impossibilidade de se admitir o silêncio como um comportamento administrativo sustentável, uma vez que possuiria essa uma ausência de motivação a qual acarretaria um óbice à apreciação judicial.²⁸

²⁷ SADDY, André. *Efeitos Jurídicos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº 20, outubro/novembro/dezembro, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011, p. 02.

²⁸ SADDY, op. cit., p.02.

Todavia, tais dispositivos constitucionais, ao mesmo passo em que asseguraram o direito ao administrado de obter uma resposta da Administração, também impõem a ela a obediência ao devido processo administrativo, consistente no respeito às etapas indispensáveis para a prática dos seus atos.

A Administração sempre deve pautar sua atuação no ordenamento jurídico vigente – princípio da legalidade – tanto para que seja proferida uma decisão, como para seja fornecida uma resposta a requerimento administrativo.

Neste cenário, somente estará caracterizado o silêncio administrativo ou silêncio da Administração quando verificada a inação desta, quer seja pela ausência de efetiva resposta à provocação do administrado, quer seja pela falta de cumprimento do dever de ofício, desde que ultrapassado o prazo regulamentar para tanto.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹:

Se a Administração não se pronuncia quando deve fazê-lo, seja porque foi provocada por administrado que postula interesse próprio, seja porque um órgão tem de pronunciar-se para fins de controle de ato de outro órgão, está-se perante o silêncio administrativo.

Destaca-se, ainda, que esta omissão, conforme já adiantado, poderá ser ainda qualificada pela própria lei, quando lhe for atribuído um efeito, ou seja, quando o silêncio implicar efetiva resposta da administração, positiva ou negativa, por expressa disposição legal que denega – “silêncio negativo” – ou concede – “silêncio positivo” – o requerido, se decorrido determinado prazo para a administração se pronunciar e esta permanecer inerte.

Nesse caso, para a doutrina portuguesa, teríamos a prática de um ato administrativo tácito³⁰. Contudo, adverte Celso Antônio que, na verdade, a natureza jurídica do silêncio administrativo não é de ato jurídico, tampouco de ato administrativo, mas sim de fato jurídico³¹, pois quem se absteve, nada declarou, portanto,

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 413.

³⁰ “Em alguns casos a lei atribui dado efeito ao silêncio. Estabelece que, decorrido *in albis* o prazo nela previsto para pronunciamento da Administração, considera-se deferida ou indeferida (que é mais comum) a pretensão do administrado ou, então, que o ato sob controle está confirmado ou infirmado.

³⁰ Direito português ambas as hipóteses são denominadas ‘atos tácitos’. [...]” (MELLO, op. cit., p. 413)

³¹ Contudo a questão não é pacífica conforme adverte Bonifácio: “Consideram o silêncio um fato administrativo: Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit.), Temístocles Brandão Cavalcanti (In: Revista Forense 03/1939, APUD Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. XXXIV, fasc. II, p. 122-130), Renato Alessi [...], André Gonçalves Pereira (Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo, São Paulo, Ática, 1962), Eduardo Garcia de Enterría (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, RT, 1991) e Agustín Gordillo (op. cit.), entre outros. Consideram-no ato administrativo Alberto Xavier (apud Antônio Carlos Cintra, Extinção do Ato Administrativo), Sérgio Ferraz (In: Curso de Direito Administrativo, Instrumentos de Defesa dos Administrados, São Paulo, Saraiva, 1986), José Wilson Ferreira Sobrinho (In Silêncio Administrativo e Licença de Construção, RT, Revista de Direito Público, nº 99). Atribuem-no o caráter de ato administrativo condicionando à expressa previsão legal ou à fixação de prazo para sua emanção, respectivamente, Neyde Falco Pires Corrêa (em O Silêncio da Administração, RT, Revista de Direito Público, nº 69) e Régis Fernandes de

nenhum ato praticou, ainda que a lei tenha imposto uma consequência a este silêncio - “*imputação legal*”:

Aliás, se fora possível, em tais casos, considerar o silêncio como ato (e já se viu que não pode sê-lo), além de se ter que admitir a existência de um ato sem formalização – pior ainda, sem forma sequer (o que é logicamente impossível) – tratar-se-ia de um ato ilícito. Com efeito, a formalização é, de regra, uma garantia, quer para a Administração, quer para o administrado, pois cumpre a função de conferir segurança e certeza jurídicas, as quais, destarte ficariam suprimidas. Além disto, o pseudo-ato incorreria no vício de falta de motivação. Frustraria uma formalização que é uma garantia do administrado e um direito descendente do princípio de que todo o poder emana do povo, o qual, bem por isto, tem o direito de saber as razões pelas quais a Administração se decide perante dado caso.³²

No entanto, uma vez configurado este fato, o silêncio administrativo, resta ainda à análise da possibilidade de sua impugnação via ação mandamental.

4. MANDADO DE SEGURANÇA EM FACE DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

O mandado de segurança, consoante já exposto, é um instrumento processual-constitucional de proteção judicial contra lesões a direito subjetivo público, desde que esse direito seja qualificado como líquido e certo e não esteja protegido por *habeas corpus* ou *habeas data* e que o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, decorrente de ato comissivo ou omissivo, seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Todavia, a configuração da hipótese que pode ser agasalhada por tal remédio constitucional, nos casos de lesões oriundas de omissão da autoridade tida por coatora, é bastante tormentosa, sobretudo em razão da dificuldade em distinguir o

Oliveira (Ato Administrativo, 4ª ed., São Paulo, RT, 2002). Lúcia Vale Figueiredo (Disciplina Urbanística da Propriedade, São Paulo, 1980), referindo-se à licença para construir, admite o silêncio, como ato administrativo de deferimento sob condição resolutória. Então, do silêncio tem-se por deferida a continuidade das obras mediante comunicação, a fim de se constituir a administração em mora, marcando-se o prazo para preclusão. Hely Lopes Meirelles (Direito de Construir, 1987) sustenta ser o silêncio uma conduta omissiva da Administração” (BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de Petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004, p. 149, nota 47 apud SADDY, André. *Efeitos Jurídicos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº 20, outubro/novembro/dezembro, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011, p. 05).

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 415.

que caracterizaria a real omissão, também denominada de silêncio da Administração, dentro do procedimento administrativo que deve ser observado para a prática do ato.

Destarte, visando a melhor analisar a matéria, podemos identificar e separar 03 (três) hipóteses distintas de silêncio administrativo, tendo em vista seus efeitos e repercussões legais.

A primeira ocorre quando a lei prevê um prazo para a prática do ato administrativo, já impondo as consequências ao seu descumprimento. A segunda hipótese estará configurada quando a lei, embora estabeleça um prazo para a ação administrativa, não prevê sanções ou consequências explícitas ao seu descumprimento. E, por fim, temos a terceira hipótese, quando não há previsão específica de prazo para a prática do ato nem dos efeitos que serão atribuídos a omissão.

Insta ressaltar que em todas essas hipóteses o manejo da segurança será, em tese, possível, dentro do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias. Por isso, o exato momento em que nasce a omissão da administração, embora não seja de simples identificação – como ocorre na hipótese de ato comissivo – tem crucial importância para fins de impetração, pois é a partir da sua caracterização que tem início o cômputo deste prazo decadencial.

Destarte, passaremos a análise de cada uma das hipóteses acima elencadas, visando exatamente identificar este exato momento em que surge a omissão administrativa, para que possa ser avaliado se, no caso concreto, este silêncio ainda será passível de impugnação pelo *mandamus* ou se o interessado terá que se valer das vias ordinárias para a proteção de seu direito, porque preclusa a via especial.

4.1. Primeira hipótese: previsão legal de prazo para a prática do ato e das consequências da omissão

Neste primeiro caso, há uma limitação temporal para a prática do ato com explicitação das consequências da inação administrativa, por exemplo, deferimento ou indeferimento do pedido.

A Lei de Parcelamento de Solo Urbano, Lei nº 6.766/1979, que prevê, em seu Art. 16, §1º e 2º, que uma vez transcorrido o prazo previsto, sem a manifestação do Poder Público, o projeto de parcelamento apresentado será considerado rejeitado e as obras recusadas, pode ser indicada como exemplo desta hipótese:

Art. 16. A lei municipal definirá os prazos para que um projeto de parcelamento apresentado seja aprovado ou rejeitado e para que as obras executadas sejam aceitas ou recusadas.

§ 1º Transcorridos os prazos sem a manifestação do poder público, o projeto será considerado rejeitado ou as obras recusadas, assegurada a indenização por eventuais danos derivados da omissão.

§ 2º Nos municípios cuja legislação for omissa, os prazos serão de noventa dias para a aprovação ou rejeição e de sessenta dias para a aceitação ou recusa fundamentada das obras de urbanização.

A caracterização da omissão, para fins de mandado de segurança, neste caso, é mais simples. Durante o prazo previsto em lei para execução do ato, não poderá ser imputada à Administração qualquer ilegalidade ou abuso de poder decorrente de sua inação, pois lhe é lícito usufruir todo este período para regularmente praticá-lo.

Findo este, caso a Administração se omita, a inércia importará na consequência legal imposta, o que da mesma forma não implicará, em princípio, na prática de qualquer ilegalidade ou abuso de poder que pudesse ser impugnada via *mandamus*, pois a própria lei interpreta esta inação, impondo a ela determinada repercussão jurídica. Todavia, poderá ser apurada eventual responsabilidade das autoridades omissas, a depender do caso concreto.

Portanto, nesta primeira hipótese, somente após o término do prazo disposto em lei para a prática do ato é que se inicia a contagem do prazo decadencial, de 120 (cento e vinte) dias, para a impetração do mandado de segurança.

Contudo, entendemos que tal impetração não poderá ter por fundamento a simples omissão, mas sim deverá servir para impugnar os efeitos concretos dados pela lei ao silêncio administrativo, por exemplo, deferimento ou indeferimento do pedido.

Todavia, caso a lei conceda um efeito positivo ao silêncio da administração – como temos no exemplo do deferimento do pedido –, faltará ao beneficiado interesse de agir para propor eventual ação impugnando os efeitos desta omissão, antes de se ver ameaçado por algum questionamento da sua posição jurídica, pois não pode requerer que o Judiciário conceda aquilo que a lei já lhe concedeu.

4.2. Segunda hipótese: previsão legal de prazo para a prática do ato, sem imposição de consequências para a omissão

Já nesta segunda hipótese em que, embora haja uma limitação quanto ao momento para a prática do ato, a lei não prevê expressamente os efeitos da omissão, somente poderá ser utilizada a via mandamental depois de exaurido o tempo concedido à administração. Isto ocorre, por exemplo, na Lei nº 11.457/2007, que dispõe sobre a administração tributária federal e fixa prazo, em seu Art. 24, para que a administração profira decisão, sem imputar, todavia, nenhuma consequência à inação:

Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Dessa forma, o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração terá início com o fim do prazo legalmente previsto para a prática do ato administrativo.

Nesse caso, o *mandamus* deverá impugnar o silêncio em si, visto que a própria omissão estaria causando lesão a direito líquido e certo. O impetrante demandará ao juízo que determine à autoridade impetrada a pronúncia administrativa, em prazo razoável, pois não é possível que o Poder Judiciário pratique diretamente o ato omitido.

Entretanto, não se olvida a existência de posicionamento doutrinário no sentido de que, nesses casos, o impetrante poderia também demandar ao Juízo que fosse suprida a inação administrativa, quando se tratasse de ato de conteúdo vinculado, reservando às hipóteses de ato discricionário, a mera determinação judicial de pronunciamento administrativo³³.

Contudo, com o devido respeito aos defensores desta tese, não seria possível ao Judiciário substituir a vontade da Administração, mesmo que seja esta vinculada, conforme adverte José dos Santos Carvalho Filho³⁴:

Caso não tenha êxito na via administrativa para obter manifestação comissiva da Administração, não restará para o interessado outra alternativa senão recorrer a via judicial. Diferentemente do que sucede na hipótese em que a lei indica que a omissão significa denegação - hipótese em que se pretende desconstituir relação jurídica -, o interessado deduzirá pedido de natureza *mandamental* (ou para alguns, condenatória para cumprimento de obrigação de fazer), o qual, se for acolhido na sentença, implicará a expedição de ordem judicial à autoridade administrativa para que cumpra seu poder-dever de agir e formalize manifestação volitiva expressa, sob pena de desobediência a ordem judicial. Há juristas no entanto, que sustentam que, se a Administração estava vinculada ao conteúdo do ato não praticado (ato vinculado), e tendo o interessado direito ao que postulava, poderia o juiz suprir a ausência de manifestação. Ousamos dissentir desse entendimento, porquanto não pode o órgão jurisdicional substituir a vontade do órgão administrativo; pode, isto sim, obrigá-la a emití-la, se a lei o impuser, arcando o administrador com as conseqüências de eventual descumprimento.

Interessante, nesse ponto, mencionar a disposição contida na Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, que prevê uma espécie de “interpeleção judicial”,

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 416.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 95/96.

quando a informação requerida não for prestada, pelos órgãos públicos estaduais, no prazo de 10 (dez) dias, desde que não seja hipótese de *habeas data*:

Art. 7º. Quem não receber, no prazo de dez (10) dias, informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, requeridas a órgãos públicos estaduais, pode, não sendo hipótese de *habeas data*, exigí-las, judicialmente, devendo o Juiz competente, ouvido quem as deva prestar, no prazo de vinte e quatro (24) horas, decidir, em cinco (5) dias, intimando o responsável pela recusa ou omissão a fornecer as informações requeridas, sob pena de desobediência, salvo a hipótese de sigilo imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado.

4.3. Terceira hipótese: ausência de previsão legal de prazo para a prática do ato e das consequências da omissão

Por fim, temos a última hipótese, que ocorre quando a Administração não está sujeita a prazo específico para a prática do ato e também não há, em princípio, consequência jurídica desta inação.

Todavia, neste caso, será preciso distinguir se a inação imputada se refere à ausência de resposta a requerimento de administrado ou à falta de cumprimento do dever de ofício.

Em ambos os casos, porém, o mandado de segurança também impugnará a própria omissão administrativa, geradora de lesão a direito líquido e certo, reque-rendo-se judicialmente a pronúncia administrativa, pois, como já salientado, o Poder Judiciário não pode substituir a vontade da Administração e determinar diretamente a prática do ato, ainda que se trate de atuação vinculada.

4.3.1. Ausência de resposta a requerimento administrativo

Caso se trate de omissão em relação a pedido administrativo, formulado por interessado, deverá ser aplicada a regra prevista em lei para regular os procedimentos administrativos de modo geral, que nestes casos possui caráter subsidiário.

Isto porque a Administração está sempre adstrita ao princípio da legalidade – art. 37, *caput*, da Constituição Federal –, porquanto só lhe é exigível que faça o que é previsto em lei e, assim, se não houvesse prazo regulamentando o momento de sua ação em determinada hipótese, poderia se argumentar que o tempo de tal resposta estaria dentro do âmbito de sua discricionariedade – conveniência e oportunidade administrativa – e, portanto, nenhuma omissão lhe poderia ser imputada.

Todavia, não se olvida do dever de decidir que tem a Administração e do princípio da eficiência, que também rege sua atuação, e impõe a célere resolução dos procedimentos administrativos. Dessa forma, nestas hipóteses, deverão incidir as regras gerais de procedimento administrativo, de observância obrigatória pela Administração, que disciplinam genericamente o direito de resposta dos administrados.

Nesse contexto, temos a Lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e prevê em seus arts. 48 e 49 o prazo de até 30 (trinta) dias, após a conclusão da instrução administrativa, para que a Administração decida. Tal norma, entretanto, não confere nenhum efeito ao silêncio se ultrapassado esse período:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada

Ressalta-se, por oportuno, o caráter nacional e subsidiário da referida lei federal, que estabeleceu normas básicas para os procedimentos administrativos em geral, dando aplicação aos princípios constitucionais que garantem os direitos do cidadão perante a Administração, consoante leciona Maria Sylvia Zanella de Pietro, que, no entanto, adverte:

Note-se que a Lei não estabeleceu procedimento específico a ser adotado pelos órgãos administrativos. Ela estabeleceu normas básicas sobre processos administrativos em geral. O objetivo da Lei não foi apenas estabelecer normas sobre processo; se fosse o caso, a Lei poderia ser considerada de âmbito federal apenas. Ocorre que ela não se limitou a isso. Ela foi além. O seu principal objetivo foi o de dar aplicação a princípios constitucionais pertinentes aos direitos do cidadão perante a Administração Pública. Ora, quando se fala em princípios constitucionais e em direitos do cidadão, entra-se na esfera de temas de interesse nacional e, portanto, de competência da União. [...] Isso não impede que Estados e Municípios também legislem sobre a matéria de processo administrativo, com vistas à aplicação dos mesmos princípios constitucionais. Com relação às leis estaduais e municipais validamente promulgadas, a Lei Federal terá aplicação subsidiária, da mesma forma que ocorre com relação às leis federais sobre procedimentos específicos³⁵.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A Lei de Processo Administrativo: sua ideia matriz e âmbito de aplicação*.

No Estado de São Paulo o procedimento administrativo está disciplinado pela Lei Estadual nº 10.177/1998, que prevê em seu Art. 33 o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para a decisão de requerimentos administrativos, findo este deverá ser considerado rejeitado o pedido (“silêncio negativo”):

Artigo 33 - O prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração será de 120 (cento e vinte) dias, se outro não for legalmente estabelecido.

§ 1º - Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.

§ 2º - Quando a complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo previsto neste artigo, a autoridade cientificará o interessado das providências até então tomadas, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

§ 3º – O disposto no § 1º deste artigo não desonera a autoridade do dever de apreciar o requerimento.

Portanto, no caso do Estado de São Paulo, o prazo para a prolação de decisão administrativa será, em regra, de no máximo de 120 (cento e vinte) dias, independentemente da conclusão ou não da instrução, salvo previsão especial. A Lei Nacional nº 9.784/1999 – somente terá aplicação subsidiária em relação à Lei Estadual – Lei Estadual nº 10.177/1998.

Destaca-se que o prazo de 30 (trinta) dias previsto no Art. 114³⁶, da Constituição deste Estado, somente se aplica ao fornecimento de informações ou certidões, não abrangendo, portanto, a hipótese acima mencionada, que pode ter prazo diverso também por expressa previsão do Constituinte Estadual (Art. 113³⁷).

Dessa forma, temos que neste último caso de omissão administrativa, em relação a requerimentos formulados pelo administrado, somente estará identificada a inação da administração se, depois de findo o prazo previsto em lei que regula os procedimentos administrativos de modo geral, não houver nenhuma resposta administrativa.

In NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (organizadores). *Processo Administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 190/191.

³⁶ “Artigo 114 – A administração é obrigada a fornecer a qualquer cidadão, para a defesa de seus direitos e esclarecimentos de situações de seu interesse pessoal, no prazo máximo de dez dias úteis, certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres, sob pena de responsabilidade da autoridade ou servidor que negar ou retardar a sua expedição. No mesmo prazo deverá atender às requisições judiciais, se outro não for fixado pela autoridade judiciária.”

³⁷ “Artigo 113 – A lei deverá fixar prazos para a prática dos atos administrativos e estabelecer recursos adequados à sua revisão, indicando seus efeitos e forma de processamento.”

Caracterizada desse modo a inação, inicia-se, a partir dela, o cômputo do prazo de 120 (cento e vinte) para impetração, sob pena de, uma vez exaurido, não mais poder ser utilizada a via mandamental, restando aos administrados apenas as vias ordinárias.

4.3.2. Falta de cumprimento de dever legal

Considerando, ainda, esta terceira hipótese (item 3), caso se trate de omissão relacionada a dever decorrente de lei – e não de ausência de resposta a requerimento administrativo –, quando não houver prazo expressamente previsto para a atuação da Administração, como regra, esta deverá ser tida por omissa a partir da vigência da própria norma, que deveria ter sido observada e não foi, ou desde quando o impetrante fizesse jus ao benefício nela previsto que não lhe foi concedido.

Ora, como já salientado, a administração está adstrita ao princípio da legalidade, portanto, entrando em vigor uma lei que comine a prática de determinado ato administrativo e uma vez caracterizada a hipótese de incidência, sua observância é obrigatória e imediata, revestindo-se de ilegalidade a injustificada inação administrativa.

Assim, caracterizada a omissão, terá início o prazo decadencial para utilização da via mandamental.

É conveniente, no entanto, destacar, pelas suas peculiares características, as hipóteses de omissão diante de legislações que impõem à administração prestações de natureza continuada ou de trato sucessivo, relativas aos administrados ou aos próprios servidores. Isso ocorre, por exemplo, em relação às leis que prevêm o pagamento mensal de determinada gratificação aos funcionários públicos.

A jurisprudência remansosa de nossos tribunais se revela no sentido de que, nesses casos, por haver a determinação legal de pagamento periódico de tais prestações, o descumprimento da obrigação imposta seria constatado em cada um dos períodos, renovando-se também periodicamente o prazo decadencial.

Nesse sentido, trazemos a colação os julgados a seguir transcritos:

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA. VANTAGEM PESSOAL. REAJUSTE. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

1. Servidores públicos buscam, na impetração, tutela jurisdicional em face de omissão da autoridade impetrada, que se nega a reajustar vantagem pessoal na mesma proporção do aumento concedido por lei estadual ao vencimento básico. Tratando-se de impetração contra omissão administrativa de efeitos continuados, não está configurada a decadência.

2. Recurso ordinário provido.

(Superior Tribunal de Justiça - RMS 32982 / RO - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - 2010/0179369-7 - Relator: Ministro Teori Albino Zavascki - Órgão Julgador: T1 - Primeira Turma - Data do Julgamento: 27/09/2011)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGEM PESSOAL. ATO OMISSIVO DA ADMINISTRAÇÃO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

[...] 2. A jurisprudência desta corte firmou entendimento no sentido de que, tratando-se de mandado de segurança no qual se impugna alegada omissão da autoridade coatora em pagar parcela remuneratória, o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança renova-se mês a mês.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Superior Tribunal de Justiça – AgRg no REsp 949523 / MS – Agravo Regimental no Recurso Especial – 2007/0102725-6 – Relator: Ministro Og Fernandes – Órgão Julgador: T6 – Sexta Turma – Data do Julgamento: 21/05/2009)

Por outro lado, também não se olvida que em determinadas hipóteses a ação imposta pela lei precede necessariamente da adoção de determinadas medidas administrativas para a sua prática.

No exemplo hipotético de uma lei que determinasse, a partir de sua vigência, que todas as repartições públicas dispusessem de ar refrigerado, para maior conforto dos administrados, tal atuação, para ser implementada, dependeria de regular procedimento licitatório prévio dentre outros atos necessariamente antecedentes a sua prática.

Nestes casos, por não tratar-se de ato isolado, a Administração deveria dar início aos vários procedimentos que o precedem em “prazo razoável”. Ultrapassado este estaria caracterizada a omissão, dando ensejo, da mesma forma, à decadência da via especial.

Isto porque não é admissível a utilização de uma ação emergencial, como é o mandado de segurança, para impugnar uma situação que tenha se prolongado no tempo, em muitos casos por anos e anos, sem qualquer contestação. O uso deste excepcional remédio constitucional deve ser reservado, pela sua própria natureza, a situações prementes.

Com isso, destaca-se, novamente, que não se está impossibilitando o acesso ao Judiciário, pois a imposição de prazo decadencial, para impetração, não atinge o direito substantivo que a fundamenta e poderá ser defendido pelas vias ordinárias. Apenas haverá a decadência do direito à utilização deste remédio constitucional pelo decurso de prazo superior a 120 (cento e vinte) dias:

No caso do *mandado de segurança*, há um direito subjetivo público (constitucional), de defesa dos direitos líquidos e certos feridos ou ameaçados, utilizando-se a via do *mandamus*, e é desse direito que decai o interessado que não a utiliza nos cento e vinte dias, não do direito substantivo que fundamenta a impetração, o qual pode, eventualmente, ser defendido por outros meios processuais.³⁸

Assim, podemos indicar que seria, como regra, prazo “razoável” se aguardar a atuação administrativa por 120 (cento e vinte) dias, por analogia ao próprio prazo previsto para impetração da segurança³⁹. Exceção logicamente deve haver nas hipóteses mais urgentes, em que o interesse pereceria em menor prazo, ou nas hipóteses que dependessem de atos anteriores complexos, que demandariam, de forma sempre justificada, maior tempo para seu cumprimento.

A utilização, por analogia, do prazo previsto para a impetração do mandado de segurança está amparada, mais uma vez, na própria natureza do remédio constitucional, que visa resguardar ofensas prementes a direito e não a situações que se prolongaram no tempo.

Deste modo, o interessado deveria aguardar o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a atuação administrativa, sendo que ultrapassado este estaria caracterizada a omissão, o que daria ensejo ao início do prazo decadencial, também de 120 (cento e vinte) dias, para sua impugnação via *mandamus*. Findos estes 240 (duzentos e quarenta) dias, somente restaria ao interessado o uso das vias ordinárias para a defesa de seu pretense direito.

Interessante, neste ponto, consignar o posicionamento de Vicente Greco Filho que defende que, nas hipóteses em que não há norma legal reguladora para caracterizar a omissão e a conseqüente violação a direito líquido e certo de alguém, não haveria alternativa senão provocar a mora administrativa, interpelando por escrito, por meio de petição administrativa ou notificação judicial ou extrajudicial, para que a autoridade se manifeste em prazo estabelecido pelo prejudicado⁴⁰.

Talvez seja essa a postura mais segura ao administrado, para garantir o uso da via constitucional. Cumpre porém, salientar, que por tratar-se de prazo decadencial tal interpelação não teria o condão de interrompê-lo ou suspendê-lo.

³⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, 1228.

³⁹ Este era o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello até 16ª edição de seu *Curso de Direito Administrativo*, contudo, alterou seu entendimento nas edições posteriores, consignando que “onde faltar lei disciplinando a matéria haver-se-á de entender como prazo razoável, por analogia ao disposto na lei federal de processo, o mesmo prazo nela estabelecido” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 416). Todavia, ressalvado nosso respeito pelo mestre, não acompanhamos a alteração de seu posicionamento, pois entendemos que o prazo contido na lei federal de processo administrativo somente se aplica às hipóteses de inação frente a pedidos administrativos e não quando houver omissão relativa a dever de ofício, por se tratar de hipótese distinta.

⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

Anota-se, no entanto, posicionamento divergente de Maria Sylvia Zanella de Pietro, que defende que nessa terceira hipótese de silêncio administrativo, de modo geral – visto que a professora não faz essa distinção entre os casos de ausência de resposta a requerimento de administrado e de falta de cumprimento do dever de ofício –, não se cogitaria em decadência para o mandado de segurança, “por inexistência de um termo a quo; enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado”⁴¹.

Este também é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior que leciona que quando o ato ilegal ou abusivo é praticado de forma omissiva não há termo inicial para abertura do prazo decadencial em comento.⁴²

Oportuno, por fim, consignar que, no Estado de São Paulo, a discussão acima se torna, em princípio, despicinda, pois a já mencionada Lei nº 10.177/1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, estabelece, em seu art. 18, prazo para a prática de atos que não sejam derivados de processos administrativos, mas que decorram diretamente da aplicação da lei ou de decisão administrativa:

Artigo 18 – Será de 60 (sessenta) dias, se outra não for a determinação legal, o prazo máximo para a prática de atos administrativos isolados, que não exijam procedimento para sua prolação, ou para a adoção, pela autoridade pública, de outras providências necessárias à aplicação de lei ou decisão administrativa.

Parágrafo único – O prazo fluirá a partir do momento em que, à vista das circunstâncias, tornar-se logicamente possível a produção do ato ou a adoção da medida, permitida prorrogação, quando cabível, mediante proposta justificada.

Merece transcrição o comentário do professor Edmir Netto de Araújo a respeito da norma em destaque:

Verifica-se que, no Estado de São Paulo, ultrapassados os sessenta dias, para os atos que não tenham “outra determinação legal”, contados da operacionalidade mencionada no parágrafo único, poderá caracterizar-se a decisão implícita de rejeição, coibindo a centenária prática do “engavetamento de processos” e possibilitando o mandado de segurança. Fica o exemplo para outras Administrações.⁴³

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 802.

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 30/31.

⁴³ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1230.

Portanto, estará configurada a omissão da Administração Paulista, passível de impugnação via *mandamus*, quando ultrapassado o prazo previsto de 60 (sessenta) dias, sem a prática do ato que decorra diretamente de lei ou decisão administrativa e desde que preenchidos os requisitos legais para sua prolação.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, concluímos que nas hipóteses de mandado de segurança contra omissão, tem especial importância a identificação do silêncio administrativo, que decorre da inação da Administração, caracterizada tanto pela ausência de efetiva resposta à provocação do administrado, quanto pela falta de cumprimento do dever de ofício.

Assim, caso a lei preveja um prazo para a prática do ato administrativo, já impondo as consequências do seu descumprimento, somente depois de findo este é que poderá se cogitar da impetração, que deverá impugnar os efeitos concretos dados pela lei ao silêncio e não propriamente a omissão. Caso a lei, embora estabeleça um prazo para a ação administrativa, não preveja sanções ou consequências explícitas do seu descumprimento, depois de exaurido o tempo concedido à Administração, poderá ser utilizada a via mandamental para impugnar a própria omissão e exigir a pronúncia administrativa.

Por fim, se não houver previsão específica de prazo para a prática do ato nem dos efeitos que serão atribuídos a omissão e se ela estiver relacionada a pedido administrativo, somente estará caracterizada a inação da Administração e terá início o prazo decadencial se, depois de findo o prazo previsto em lei que regula os procedimentos administrativos de modo geral, não houver qualquer resposta administrativa.

Mas se a hipótese acima disser respeito à omissão relativa a dever decorrente de lei, a Administração, como regra, deverá ser tida por omissa a partir da vigência da própria norma, que deveria ter sido observada e não foi, ou desde quando o impetrante fizesse jus ao benefício nela previsto que não lhe fora concedido.

Adverte-se, todavia, que nos casos de omissão diante de legislação que imponha à Administração prestações de natureza continuada ou de trato sucessivo, por haver a determinação legal de pagamento periódico de tais prestações, o descumprimento da obrigação imposta será constatado em cada um dos períodos, renovando-se também periodicamente o prazo decadencial.

Por fim, caso se trate de lei que imponha uma ação que preceda necessariamente a adoção de determinadas medidas administrativas para a sua prática, estas deverão ser adotadas pela Administração em “prazo razoável”, sob pena de ensejar a impugnação judicial da omissão via mandado de segurança. É considerado razoável se aguardar a atuação administrativa por 120 (cento e vinte) dias,

por analogia ao próprio prazo previsto para impetração da segurança, visto que tal remédio constitucional visa resguardar ofensas prementes a direito e não situações que se prolongam no tempo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança – Lei 12.016/09*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *O Poder Público em juízo*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Método, 2009.
- GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *O mandado de segurança e o Direito Administrativo*. In: Revista Eletrônica Justitia – A Revista do Ministério Público de São Paulo, São Paulo. Disponível em < <http://www.justitia.com.br/artigos/6253c4.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes et al. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (organizadores). *Processo Administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.
- FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- TAVARES, André Ramos. *Manual do Novo Mandado de Segurança: Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SADDY, André. *Efeitos Jurídicos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº 20, outubro/novembro/dezembro, 2009. Disponível em <<http://www.direito-doestado.com/revista/REDE-20-OUTUBRO-2009-ANDRE-SADDY.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

SCIORILLI, Marcelo. *Silêncio e Administração Pública*. In: Revista Eletrônica Justitia – A Revista do Ministério Público de São Paulo, São Paulo. Disponível em <<http://www.justitia.com.br/artigos/6850x7.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

A COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA E O REGIME CONSTITUCIONAL DE PRECATÓRIOS INSTITUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009

The Tax Offset and the Court-ordered payments regime under the constitutional framework imposed by the 62º Amendment

Cláudia Bocardi Allegretti¹

SUMÁRIO

1. O instituto da compensação. 1.1. A compensação no Direito Civil. 1.2 A compensação em matéria tributária. 2. Regime constitucional dos precatórios. 3. Disciplina atual. Constituição de 1988. 4. A Emenda Constitucional nº 62/09. 4.1. O Art. 100, da CF, com a nova redação dada pela EC nº 62/09. 4.2. O artigo 97 do ADCT, criado pela EC nº 62/09. 5. A compensação de crédito tributário com débito consubstanciado em precatório na Emenda Constitucional nº 62/09. 6. Síntese conclusiva. 7. Referências.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar, discutir e, ao final, concluir pela impossibilidade de se proceder à compensação de débitos tributários com créditos decorrentes de precatórios em face do novo regime instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, editada em 11 de novembro de 2009, à míngua da lei do ente federativo competente, prevista no artigo 170, do Código Tributário Nacional.

ABSTRACT

The objective of this paper is analyze the applicability of the new constitutional framework imposed by the 62º Amendment, precluding the use of Court-ordered payments to solve tax debits, previously predict on Rule 170 – Brazilian National Tax Code.

Palavras-chaves: Compensação. Precatórios. Emenda Constitucional nº 62/09. Necessidade de lei. Art. 170, CTN.

Keyword: tax offset – Court-ordered payments – 62.º Constitutional Amendment – Mandatory law – Rule 170, Brazilian National Tax Code.

1. O INSTITUTO DA COMPENSAÇÃO

1.1. A compensação no Direito Civil

Nos moldes do artigo 368, do Código Civil Brasileiro, “*se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem*”.

Trata-se de meio especial de extinção de obrigações até onde se equivalerem. É uma variação de pagamento. É forma de pagamento indireto entre pessoas que são,

¹ Procuradora do Estado de São Paulo; Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP; Especialista em Direito Tributário pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

ao mesmo tempo, devedoras e credoras uma da outra.² Resolver-se-á a obrigação até a concorrência dos valores das prestações devidas.

São três as espécies de compensação admitidas em nosso Direito, a saber:

- a) compensação legal: é a adotada pelo Código Civil Brasileiro. Ela atua por força de lei, vale dizer, seus efeitos operam de pleno direito, independentemente de convenção entre as partes, agindo mesmo que uma delas se oponha. Assim, no momento em que se constituírem créditos recíprocos entre duas pessoas a compensação realiza-se automaticamente;
- b) compensação convencional: ou compensação voluntária, resulta de acordo de vontade entre as partes. Tem a peculiaridade de poderem as mesmas transigir quando a ausência de algum dos pressupostos da compensação legal impedir a extinção dos débitos por essa via; e
- c) compensação judicial: determinada por ato decisório do juiz. Depende de alegação das partes e se for alegada pelo réu, tem natureza reconvenicional.

Entre elas, a mais importante e a adotada pelo Código Civil pátrio é a compensação legal.

De conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se subordinada a determinados pressupostos de admissibilidade, tais a reciprocidade das obrigações; a liquidez das dívidas; a exigibilidade atual das prestações e a fungibilidade dos débitos.

Por reciprocidade das obrigações entende-se que somente se pode falar em compensação quando há obrigações e créditos recíprocos entre as mesmas partes.

Diz-se líquida a dívida quando a obrigação for certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu montante. Segundo Silvio Rodrigues, “*seria inconcebível ocorrer compensação de pleno direito, automaticamente, sem que houvesse a certeza quanto ao montante de uma das dívidas*”.³

Relativamente à exigibilidade atual das prestações, não pode ser compensado um débito vencido com outro a vencer. De fato, se o devedor ainda dispõe de prazo para efetuar pagamento de sua dívida, não pode ser compelido, antecipadamente, à compensação.

Por fim, na compensação legal, exige-se que as dívidas sejam de coisas fungíveis entre si, isto é, da mesma natureza. Dinheiro compensa-se com dinheiro, por exemplo. A lei não admite que se compense dinheiro com outro objeto, pois ninguém é obrigado a receber prestação diversa do pactuado.⁴

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2º vol., 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 311. No mesmo sentido, RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p.209.

³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p.217.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Obrigações*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 195.

Hipóteses há em que é inadmissível a compensação para a extinção das obrigações. Tal pode ocorrer quer por imposição legal, tal qual previsto no artigo 373, do Código Civil, quer pela vontade das partes, nos termos do artigo 375, do mesmo estatuto.⁵

1.2 A compensação em matéria tributária

Em matéria fiscal, a compensação possui características distintas da prevista no Código Civil.

Está regulada no artigo 156, inciso II, do Código Tributário Nacional, como modalidade de extinção da obrigação tributária. Exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor do erário.

À vista da indisponibilidade dos recursos públicos, e sendo o tributo *ex lege*, o Estado só pode realizar a compensação legal. Enquanto os particulares têm livre disposição de seus bens e direitos, tal não ocorre com o Estado, adstrito que está ao princípio da estrita legalidade, só podendo agir nos estreitos limites que lhe permite a moldura legal.

O Código Tributário Nacional, que veicula normas gerais de Direito Tributário, e busca fundamento de validade no artigo 146, III, da Constituição Federal, estabelece, em seu artigo 170 que, para a realização da compensação, há necessidade de autorização por lei específica dos entes públicos dotados de competência tributária.⁶

Luciano Amaro, discorrendo sobre o instituto da compensação tributária, é preciso:

no direito tributário, não obstante sua inegável utilidade, tem aplicação restrita aos casos em que a lei expressamente a preveja, nos termos do Art. 170 do Código Tributário Nacional. (...) A compensação, quando couber, é modo alternativo de satisfação do débito tributário. O sujeito passivo da obrigação tributária tem, pois, a faculdade legal de extingui-la por compensação, nos termos do que for previsto pela lei. Por outro lado, embora o Código diga que a lei pode atribuir à autoridade administrativa competência para autorizar a compensação, é claro que o legislador pode também, na própria lei, já permitir a compensação, independentemente de qualquer ato da autoridade

⁵ Estabelecem citados preceitos do Código Civil: “Art. 373. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto: I - se provier de esbulho, furto ou roubo; II - se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos; III - se uma for de coisa não suscetível de penhora. Art. 375. Não haverá compensação quando as partes, por mútuo acordo, a excluírem, ou no caso de renúncia prévia de uma delas”

⁶ Dispõe efetivamente citado dispositivo: “Art. 170 – A lei pode nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. Parágrafo único – Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.”

*administrativa. Mas não pode, quando conferir à autoridade competência para 'autorizar' a compensação, outorgar-lhe poderes discricionários. Ensina Pontes de Miranda que, na compensação, não existe arbitrium; por isso, onde couber a compensação, sua alegação produz efeitos ipso jure.*⁷

A compensação tributária assemelha-se à prevista no Código Civil. Mas, no Direito Tributário tem a particularidade de ser aplicada também em relação a créditos vincendos.

Logo, em matéria tributária, a compensação, por se submeter ao regime jurídico de direito público tem matizes diferentes daquela operada no tocante às obrigações privadas, submetidas ao regime jurídico de direito privado. Daí, seu caráter peculiar no campo do Direito Tributário.

Tais observações são importantes, na medida em que parte significativa da doutrina sustenta, a nosso ver, em franca violação aos princípios da indisponibilidade dos recursos públicos e da estrita legalidade, já mencionados, que o instituto da compensação de tributos foi contemplado na Constituição Federal, conferindo, implicitamente, ao sujeito passivo da relação jurídico-tributária o direito subjetivo de realizá-la com precatórios não pagos pelo Estado, sendo desnecessária a lei autorizadora prevista no artigo 170, do CTN.

É, entre outros, o pensamento de Leandro Paulsen, para quem:

não há nenhuma cláusula geral de compensação no texto constitucional. Via de regra – e por força da norma geral de Direito Tributário (art. 170 do CTN) –, a compensação depende de lei autorizadora. Pode-se extrair diretamente do Texto Constitucional, isto sim, a submissão do Estado à jurisdição e sua obrigação de efetivamente cumprir as condenações, restituindo valores indevidamente recebidos, o que se faz pelo sistema de precatório. Assim, na hipótese em que a restituição de indébito tributário não é efetiva, em face do não-pagamento de precatórios (como ocorre com vários Estados e Municípios), abre-se a possibilidade para que seja buscado diretamente no Texto Constitucional o fundamento para a compensação, de modo a impedir que haja uma ruptura dos pilares do Estado de Direito. Os fundamentos serão, justamente, o acesso à jurisdição e o princípio do Estado de Direito. Efetivamente, não efetuado o pagamento, tem o Judiciário de encontrar outro modo de dar cumprimento às suas decisões, satisfazendo o credor. A garantia de acesso à jurisdição tem de ser efetiva, mesmo contra o Estado.⁸

⁷ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro, 15ª ed.*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 388/389.

⁸ *in* Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009, p. 1149.

Hugo de Brito Machado é adepto dessa corrente de pensamento. Segundo o jurista:

o direito do contribuinte à compensação tem inegável fundamento na Constituição. Isto quer dizer que nenhuma norma inferior pode, validamente, negar esse direito, seja diretamente, seja por via oblíqua, tornando impraticável o seu exercício. Assim, a questão de saber se o direito à compensação tem, ou não, fundamento constitucional, é em outras palavras a questão de saber se valem as normas jurídicas inferiores que de algum modo inviabilizam a compensação.

O direito de compensar é decorrência natural da garantia dos direitos de crédito, que consubstanciam parcelas do direito de propriedade, combinada com outros preceitos constitucionais. Seria absurdo pretender que alguém, sendo credor e, também, devedor da mesma pessoa, pudesse exigir daquela o pagamento de seu crédito, sem que estivesse também obrigado a pagar o seu débito. A compensação é, na verdade, um efeito inexorável das obrigações jurídicas, e desse contexto não se pode excluir a Fazenda Pública.⁹

Todavia, em sentido contrário rivaliza Eudimar Alves Ferreira:

(...)para que o contribuinte possa pretender a compensação do crédito tributário de que é devedor, não basta que possua um crédito contra a Fazenda Pública. É necessário também que exista uma lei que acolha a hipótese pretendida. Mais ainda, deve o mesmo observar todas as exigências previstas nessa mesma lei, sob pena de, a bem do princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, não ser possível o encontro de contas. (...)

Não pode prosperar o argumento de que existem princípios constitucionais impositores, de per si, da compensação tributária, conferindo ao contribuinte um verdadeiro direito individual haurido diretamente da Constituição. A partir dele poder-se-ia declarar a desnecessidade do legislador infraconstitucional, não somente para a indispensável autorização, como para fixar as condições e garantias da operação, o que, certamente, prejudicaria a segurança jurídica e a indispensável proteção ao interesse público.¹⁰

É ainda o entendimento esposado por Diva Malerbi:

⁹ in *Curso de Direito Tributário*, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 224.

¹⁰ in *Um Estudo sobre a Compensação Tributária*. Direito Tributário e Financeiro Aplicado (coord. Fernando Facury Scaff), São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 234/235.

(...)como norma geral, a Lei nº 5.172/66 não cria por si direito subjetivo à compensação tributária. Este é o fruto exclusivo da lei, da pessoa política competente, que conterà a previsão das condições e garantias sob as quais as dívidas recíprocas serão compensadas. São, assim, requisitos da compensação tributária: a) a existência de crédito do Fisco; b) a existência de débito do Fisco; c) ato, quer do Fisco, quer do particular, que realize esse encontro de relações jurídicas; e d) lei, da pessoa política competente, que autorize.¹¹

Antes de tecermos comentários a respeito desta celeuma, analisemos o sistema dos precatórios, bem como as normas constitucionais a ele aplicáveis.

2. REGIME CONSTITUCIONAL DOS PRECATÓRIOS

Ensina Fernando Facury Scaff que precatório é “*uma ordem de pagar quantia certa decorrente de decisão judicial transitada em julgado contra a Fazenda Pública.*”¹²

Segundo De Plácido e Silva:

é a carta de sentença remetida pelo juiz da causa ao Presidente do Tribunal para que este requirite ao Poder Público, mediante previsão na lei orçamentária anual, o pagamento de quantia certa para satisfazer obrigação decorrente de condenação das pessoas políticas, suas autarquias e fundações.¹³

Ainda, nas palavras de Antonio Flávio de Oliveira:

(...)é ato administrativo de comunicação, possuindo, mais especificamente, a característica de ato de comunicação interna, por intermédio do qual o Estado-Poder Judiciário comunica-se com Estado-Poder Executivo, dando-lhe notícia da condenação a fim de que, ao elaborar orçamento--programa para o próximo exercício, o valor correspondente tenha sido incluído na previsão orçamentária.¹⁴

¹¹ in *A cláusula pétrea da legalidade tributária e o instituto da compensação*, Revista de Direito Tributário nº 67, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 280.

¹² SCAFF, Fernando Facury. *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário* – 13º volume. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2009, p. 102.

¹³ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, 28ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1070.

¹⁴ OLIVEIRA, Antonio Flávio de. *Precatórios: Aspectos Administrativos, Constitucionais, Financeiros e Processuais*, 1ª ed., Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 46

Trata-se de ato administrativo praticado no âmbito do Poder Judiciário, posto não haver carga decisória. Tal natureza foi, inclusive, definitivamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, consoante Súmula 311: “os atos do presidente do tribunal que disponham sobre o processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”.

É criação exclusivamente brasileira, sem similar em nenhuma outra parte do mundo.¹⁵ No direito comparado, a matéria não é objeto de disciplina em nível constitucional e não merece tratamento diferenciado daquele reservado para o pagamento das dívidas dos particulares.¹⁶

Originariamente, tal instituto, diante da impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens públicos, visava a instrumentalizar a cobrança de débitos do Poder Público, resguardando os direitos de seus credores e assegurando igualdade entre eles ao estabelecer a observância de uma ordem cronológica na sua quitação.

De acordo com os escólios de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins:

(...)É de notar-se que se os bens públicos fossem penhoráveis, como são os bens dos particulares, não haveria necessidade de precatório. Este só foi criado em virtude da impenhorabilidade desses bens. A propósito, o precatório tem sua origem no direito processual civil, mais precisamente na prática forense. Ao que parece, sua forma mais rudimentar nasceu da imaginação de um juiz diante de um problema surgido na execução da sentença contra uma Câmara Municipal, em que um particular pleiteava o pagamento de certa quantia. A impenhorabilidade dos bens públicos não poderia isentar a Fazenda Pública de pagar o seu débito. O engenhoso magistrado resolveu a questão expedindo precatória de vênias, com o que determinou a penhora do próprio dinheiro da tesouraria da Câmara. Surgia, assim, a forma primitiva de requisição que seria mais tarde encampada pelo precatório.¹⁷

O precatório, assim, deita suas origens na prática forense, na área processual civil. O Direito Processual Civil veio legalizá-lo através do Decreto nº 3.084 de 5.11.1898, art. 41, parte quinta, representando, nas palavras de Wladimir Souza Carvalho, solução à luta de vários séculos visando a derrubar a irresponsabilidade do Estado, para compeli-lo a pagar seus débitos, sem que isso viesse a diminuir a soberania estatal, mas apenas submeter o Estado às regras da ordem jurídica.¹⁸

¹⁵ Cf. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: Regime de Precatório*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2010, p. 86.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, *Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil do Estado: a questão dos precatórios*. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 5, nº 19, jul. 2007

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º vol, tomo III, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 116.

¹⁸ CARVALHO, Wladimir Souza. *Iniciação ao estudo do precatório*, Separata da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, ano 19, n. 76, out-dez. 1982, p. 331/332.

Da legislação processual só foi assumir foros constitucionais com a promulgação da Constituição Federal de 1934, art. 182.

Wladimir de Souza Carvalho reproduz as razões citadas por Castro Nunes, pelas quais tal matéria foi inserida no plano constitucional:

(...) É uma medida moralizadora, disse eu referindo-me ao anteprojeto do Itamaraty, de onde passou a Constituição de 1934, visando, com base em antecedentes conhecidos, coibir a advocacia administrativa que se desenvolvia no antigo Congresso para obtenção de créditos destinados ao cumprimento de sentenças judiciais. Não raro, deputados levaram o seu desembaraço ao ponto de obstruírem o crédito solicitado, entrando no exame das sentenças, prática viciosa de que dá notícia o Sr. CARLOS MAXIMILIANO no seguinte comentário: 'Este (o Congresso), provocado por proposta de um dos seus membros ou por mensagem do Executivo a votar verba para o cumprimento de sentença, examinava os fundamentos desta e, se lhe não agradavam, negava o rédito solicitado. Assim se sobrepunha um julgamento político ao Judiciário; era um poder exaustorado no exercício de suas funções.¹⁹

Figurou também na Constituição Federal de 1937, mas, assim como a de 1934, apenas aplicava-se, o regime de precatórios, à Fazenda Pública Federal, inovando apenas na previsão da necessidade de inserir no orçamento quantia suficiente para a satisfação dos débitos da Fazenda Nacional. Com a Constituição Federal de 1946, art. 204, tal regime foi estendido às Fazendas Públicas Estaduais e Municipais. E, a partir da Constituição Federal de 1967, tal sistema foi aperfeiçoado, tornando obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, quando estes tivessem sido apresentados até primeiro de julho (Art. 112, § 1º). A Emenda Constitucional nº 01/1969, não trouxe nenhuma modificação de fundo ao regime dos precatórios.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, o regime de precatórios sofreu profundas modificações, por força da notória incapacidade de Estados e municípios de saldar suas dívidas advindas de decisões judiciais transitadas em julgado, como veremos no tópico seguinte.

3. DISCIPLINA ATUAL. CONSTITUIÇÃO DE 1988

O legislador constituinte originário previu o regime dos precatórios no artigo 100. Em seu texto original, dispunha:

¹⁹ CARVALHO, Wladimir Souza. *Iniciação ao estudo do precatório*, com remissão a obra de Castro Nunes, cit. p. 332.

À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Todavia, diante das dificuldades financeiras já então existentes, excepcionou tal sistemática, por ele próprio introduzida, e previu moratória na liquidação dos débitos das Fazendas Públicas, introduzindo o artigo 33 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Tal dispositivo estabeleceu parcelamento dos débitos fruto de precatórios pendentes na data da promulgação da CF/88, em oito prestações anuais, ressalvados os créditos de natureza alimentar.

Nesta oportunidade, nada previu acerca da possibilidade de compensação de tais débitos com créditos oponíveis ao seu credor.

Assim estabelece o citado preceito:

Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

Alvo da ação direta de inconstitucionalidade nº 815-3-DF, posto excepcionar vários princípios nucleares deduzidos na parte permanente, notadamente o princípio da isonomia, o do direito adquirido e o da justa indenização, entre outros, tal dispositivo restou mantido, uma vez que o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento segundo o qual, embora as disposições transitórias e permanentes fossem antagônicas, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias continha mera exceção aos princípios citados, exceção esta criada pelo próprio poder constituinte originário. Assim sendo, não tinha ele jurisdição para fiscalizar tal poder, razão pela qual a ação não foi conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.²⁰

Em 13 de setembro de 2000, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 30/2000, que criou, ao introduzir o artigo 78 no ADCT, novo sistema, paralelamente à sistemática anterior, que previu, em face do crescimento imoderado das dívidas

²⁰ decisão publicada no DJ em 10.05.96.

decorrentes de precatórios, novo parcelamento aos precatórios pendentes na data da sua promulgação e aos que decorrerem de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999, em prestações anuais, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. Ressalvou de tal sistema os créditos definidos como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o artigo 33 do ADCT e os que já tiverem os respectivos recursos liberados ou depositados em juízo.

Previu, ainda, em seu parágrafo 2º, o poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora, caso suas prestações anuais não tivessem sido liquidadas até o final do exercício a que se referissem.²¹

Nos termos do dispositivo constitucional transitório, foi aberta aos credores das Fazendas Públicas a possibilidade de, em caso de não pagamento das parcelas anuais, utilizarem seus créditos para pagamento de débitos tributários, ressalvados deste sistema os precatórios alimentares, os débitos de pequeno valor e os precatórios parcelados pelo art. 33 do ADCT.²²

Este é o significado do poder liberatório acima mencionado. O credor do Estado, titular de um precatório, em caso de atraso ou não pagamento do valor da parcela por parte da entidade devedora no prazo fixado no dispositivo, fica liberado do pagamento de seu débito com o ente federativo de que é credor, até o limite de seu crédito.

Por força de tal dispositivo passou-se a interpretar tal poder liberatório como sinônimo da possibilidade de se realizar a compensação tributária.

²¹ “Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.
(...)”

§ 2º As prestações anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.”

²² Antes de tal EC nº 30/2000 não havia previsão que permitisse fossem compensados valores substanciados em precatórios judiciais próprios ou de terceiros com débitos tributários. O STF havia firmado entendimento, segundo o qual tal procedimento implicava afronta à ordem de precedência dos precatórios, a teor do disposto no artigo 100, *caput*, da CF Foi o que restou consignado na ADI nº 2099-4, proposta em face da Lei nº 5.742/98 do Estado do Espírito Santo, rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.12.1999. Esta questão, não é aqui objeto de análise, mas, a nosso ver, não se encontra superada. Há ainda questionamentos sobre qual o momento em que se pode apresentar o precatório vencido e não pago para a compensação: se a qualquer tempo, em virtude da mora da entidade devedora ou se no exato momento em que poderia ser pago, obedecendo-se à ordem prevista no artigo 100, da CF A doutrina dominante entende que após a edição da EC nº 30/2000 e mesmo com o advento da EC nº 62/09, descabe a exigência de impor pagamento na ordem cronológica de apresentação dos precatórios para fins de compensação. É, entre outros, o pensamento de DANTAS, Francisco Wildo Larcercia. *Execução contra a Fazenda Pública: Regime de Precatórios*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2010, p. 331. Em sentido contrário, OLIVEIRA, Antonio Flávio de. *Precatórios: Aspectos Administrativos, Constitucionais, Financeiros e Processuais*, 1ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 94/95.

Tal emenda foi objeto de várias ações judiciais. Alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional da Indústria, em 25.11.2010, em julgamento conjunto das medidas cautelares propostas nas ADIs 2356 e 2362, obteve, após dez anos de tramitação, em voto paradigmático de desempate do Ministro Celso de Mello, a suspensão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da expressão constante do caput do citado artigo 78, do ADCT, – “os precatórios pendentes na data da promulgação desta emenda”, até julgamento final das ações diretas.

Entendeu o Ministro Celso de Mello, na mesma direção do Ministro Néri da Silveira, relator originário das ações diretas, que já havia, inclusive, proferido voto que deferia a medida liminar em 18.02.2002, que o Congresso Nacional, ao impor o parcelamento aos precatórios pendentes de liquidação na data de publicação da emenda, teria incorrido em diversas violações à Constituição. A procrastinação no tempo do pagamento dos precatórios judiciais pendentes na data da promulgação da EC nº 30/2000, com os respectivos valores parcelados em até 10 anos, culminaria por privar de eficácia imediata a decisão amparada pela autoridade da coisa julgada, o que vulneraria o postulado da separação de poderes, bem como afetaria um valor essencial ao Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica.²³

Mas ainda há muita discussão girando em torno da possibilidade de se conferir poder liberatório aos precatórios vencidos. Tem sido objeto de questionamento a necessidade de lei veiculadora de autorização para a compensação, a teor do disposto no artigo 170, do CTN, ou se a compensação, agora erigida a status constitucional segundo alguns, é autoaplicável.

Também relativamente ao poder liberatório dos precatórios alimentares vencidos. Têm prevalecido decisões em sentido contrário, diante da literalidade do texto constitucional.²⁴

É que, com a reiterada inadimplência das Fazendas Públicas e como o *caput* do artigo 78 introduzido pela EC nº 30/2000 permitiu a cessão de créditos, os credores originais, titulares de direitos decorrentes de precatórios vencidos, inclusive e principalmente de precatórios alimentares, excepcionados do parcelamento ali autorizado, passaram a alienar seus direitos creditórios, com desconto. Os adquirentes, devedores de tributos, passaram a adquiri-los para fins de compensação.

²³ A suspensão da mencionada expressão, por certo, irá influenciar o resultado do julgamento das ADIs propostas contra a Emenda Constitucional nº 62/09, pois a mesma padece dos mesmos vícios de inconstitucionalidade, na medida em que alcançou situações pendentes, consoante o artigo 97 do ADCT, por ela introduzido, como veremos.

²⁴ Como os precatórios alimentares não se sujeitam ao parcelamento constitucional, nos termos do art. 78, § 2º, do ADCT, inaplicável a eles o poder liberatório do pagamento de tributos, inclusive no tocante à compensação.

E as Fazendas Públicas, invocando o artigo 170 do CTN, passaram a indeferir tal pleito de compensação de seus débitos com créditos adquiridos através de cessão. É o caso do Estado de São Paulo.

O fato é que os Tribunais têm reconhecido a impossibilidade do uso de precatórios para pagamentos de tributos, sob o fundamento, dentre outros, da necessidade de lei autorizadora para a almejada compensação, apesar de existirem decisões em sentido contrário, bem como de respeitáveis opiniões na doutrina pugnano pela aplicação da compensação a partir do texto constitucional,

De qualquer forma, pende de julgamento o RE 566349-MG, no qual já houve pronunciamento reconhecendo a existência de repercussão geral, em que se discute justamente estas questões, a saber, a extensão do poder liberatório de pagamento de tributo da entidade devedora aos precatórios de natureza alimentícia e a autoaplicabilidade do § 2º, do Art. 78 do ADCT.

Analisemos, a partir de agora, a nova sistemática de precatórios implantada pela Emenda Constitucional nº 62/09.

4. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/09

Foi editada, em passado recente, a já mencionada Emenda Constitucional nº62/09, que criou terceira sistemática de pagamento de precatórios. Deu nova redação ao artigo 100, da Constituição Federal, e acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²⁵.

Trouxe importantes inovações, que exporemos em breves linhas.

4.1. O Art. 100 da CF, com a nova redação dada pela EC nº 62/09

Primeiro, no artigo 100, reafirma-se a regra geral de pagamento pela ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Define o que entende por débito de natureza alimentar como sendo aquele decorrente de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado. Dispõe também que tais débitos serão pagos com preferência sobre todos os demais, com exceção dos referidos no § 2º²⁶.

²⁵ Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram concedidas três moratórias às Fazendas Públicas: a do Art. 33, do ADCT, a do Art. 78 do ADCT e agora a do art. 97 do ADCT, que será explicitado em seguida.

²⁶ Basicamente, os precatórios não alimentares são todos os demais que não se encontram definidos como alimentares no dispositivo. São formados por condenações resultantes de desapropriações, rescisões contratuais e indenizações de cunho patrimonial.

Este § 2º cria uma preferência sobre a preferência relativa aos débitos de natureza alimentar, na medida em que prestigia as pessoas com 60 anos ou mais e os portadores de doença grave, as quais terão prioridade sobre todos os outros débitos, mas até o valor equivalente ao triplo fixado em lei como obrigação de pequeno valor.²⁷

O § 3º deixa de fora da sistemática dos precatórios o pagamento das obrigações definidas em lei como de pequeno valor.²⁸

O § 4º estabelece que para os fins do § 3º, poderão ser fixados por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, mas estabeleceu um valor mínimo que é igual ao valor do maior benefício do regime de previdência social.²⁹

Estabelece a obrigatoria inclusão no orçamento das entidades de direito público da verba necessária ao pagamento de seus débitos e o § 6º prevê que as dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda determinar seu pagamento integral. Prevê também, o sequestro da quantia respectiva, a requerimento do credor, se houver preterimento do seu direito de preferência ou em caso de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito.

Estabelece ainda crime de responsabilidade ao Presidente do Tribunal competente que retardar ou tentar frustrar a liquidação de precatórios.

Em síntese, assim se processa a expedição do precatório. Havendo sentença transitada em julgado que condene a Fazenda Pública a pagar determinada quantia, inicia-se o processo de execução, que difere da execução relativa aos particulares. Extraídas cópias das peças processuais pertinentes à sua instrução, o magistrado, incumbido da execução da sentença, oficia ao Presidente do Tribunal ao qual está vinculado, solicitando providências no sentido não da requisição da importância necessária à satisfação do débito, mas sim de sua previsão orçamentária. O Presidente do Tribunal, então, de posse da solicitação do juiz encaminha à Fazenda Pública competente um ofício dito requisitório para que se faça a inclusão, no orçamento, da

²⁷ No âmbito do Estado de São Paulo, a ordem cronológica criada em função dos portadores de doença grave está sendo organizada de acordo com o artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88, nos termos da Ordem de Serviço nº 03/2010, expedida para orientar e padronizar os serviços internos do DEPRE, no que afeta ao cumprimento das regras e princípios trazidos com a EC nº 62/2009, do Tribunal de Justiça bandeirante.

²⁸ No Estado de São Paulo, nos termos da Lei nº 11.377/03 este valor é de 1.135.2885 Ufesp's. O pagamento é feito através de Requisição Direta de Pagamento de Obrigação de Pequeno Valor, cujo pagamento ocorre em até 90 (noventa) dias da data de apresentação à entidade devedora.

²⁹ A EC nº 30/2000 excluiu do regime de precatórios os pagamentos que a lei definisse como de pequeno valor. Posteriormente, a EC nº 37/02, acrescentou o Art. 87 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a qual indicou tais montantes, até que se desse a publicação das leis dos respectivos entes da Federação definidoras das obrigações de pequeno valor (40 salários-mínimos para as Fazendas dos Estados e Distrito Federal e 30 salários-mínimos para a Fazenda dos Municípios). O § 12 do artigo 97, do ADCT, introduzido pela EC nº 62/09, revogou o sobredito artigo 87 regulando ele próprio a matéria, estabelecendo que, se a lei referida no § 4º, do artigo 100 não estivesse publicada em até cento e oitenta dias da publicação desta emenda, os valores para os entes federativos, omissos nesta regulamentação, seriam de 40 salários mínimos para Estados e Distrito Federal e 30 salários mínimos para os municípios.

importância destinada a saldar o débito. A obrigação de pagar provém de sentença condenatória transitada em julgado contra a Fazenda Pública.

Pois bem, os pagamentos são feitos atendendo-se à ordem cronológica da apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos. Esta ordem (na verdade são duas: precatórios alimentares e não alimentares) é a das datas em que os ofícios requisitórios dão entrada na repartição fazendária competente e, para que haja o pagamento até o final do exercício seguinte, é obrigatório que os precatórios sejam apresentados até 1º de julho.

Desta forma, há tempo suficiente para o crédito requisitado ser incluído no projeto de lei orçamentária anual, cuja apresentação ao Poder Legislativo deverá ocorrer até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, ou seja, até 31 de julho, a teor do disposto no artigo 35, § 2º, inciso III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Os pagamentos são realizados à conta dos créditos respectivos porque não pode haver na lei orçamentária previsão de despesas sem a correspondente receita.

Cabe ao Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda determinar o pagamento integral.³⁰ Os pagamentos serão, assim, por ele liberados. Por isso é que é prevista a sua responsabilidade quando tal dispositivo não é por ele cumprido corretamente.

Veda, ainda, o dispositivo, a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução.

Esta vedação reside no fato dos precatórios consubstanciarem valores líquidos e certos. Seu cumprimento significa pagamento do débito. Daí resulta, ao menos em tese, não poder haver resto a ser complementado ou suplementado. Isto em caso de pagamento do valor integral. Se existir outro débito em face do mesmo credor, terá que ser objeto de outro precatório, sujeito aos mesmos trâmites pelos quais se submete o novo pagamento. Até porque, se houvesse complementação ou suplementação, importaria em quebra inconstitucional da ordem cronológica de pagamento.

Da mesma forma o fracionamento. Se tal fosse possível, todos os créditos existentes contra as Fazendas Públicas, ao menos em parte, se enquadrariam no conceito de obrigação de pequeno valor, incidindo o disposto no § 3º, do artigo 100.

A única exceção prevista está consubstanciada no § 2º deste dispositivo, que permite o fracionamento relativamente a débitos de natureza alimentícia de pessoa maior de 60 anos de idade ou portadora de doença grave.

Cria a figura da compensação automática, prévia e compulsória, a favor das Fazendas Públicas. Neste sentido, se o credor de precatórios tiver débito líquido e certo, inscrito ou não em dívida ativa, em favor da Fazenda Pública devedora, o Presidente do Tribunal, tendo disto ciência, deverá abater de seu valor a importância correspondente ao débito do credor, à título de compensação. Para tanto, o Tribunal

³⁰ não mais “segundo a possibilidade do depósito” como dispunha o antigo § 2º, do art. 100.

respectivo solicitará à Fazenda Pública devedora, informação sobre os débitos que preencham tais condições, para que o faça em 30 dias, sob pena de perda do direito ao abatimento.

Três observações merecem referência em relação ao dispositivo. A primeira é que o dispositivo é autoaplicável por expressa disposição constitucional. A segunda é que permite a compensação não só com relação a débitos vencidos, mas a parcelas vincendas também, ressalvadas aquelas cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. E a terceira é que, também por expressa disposição constitucional é que a compensação somente poderá ocorrer em relação ao credor original da Fazenda, excluindo-se daí o credor cessionário.

Em que pese ser admitida a cessão de créditos, nos termos dos §§ 13 e 14 do artigo 100, se o credor original ceder seu crédito a terceiro não haverá abatimento de tal valor a título de compensação, ainda que este terceiro, o cessionário, tenha dívida líquida e certa em face da Fazenda Pública.

A cessão é permitida independentemente da concordância da Fazenda Pública devedora, cessão esta que produzirá efeitos apenas após comunicação ao tribunal de origem e à entidade devedora.³¹

Ainda, o dispositivo possibilita ao credor, de acordo com lei editada pela entidade devedora, a entrega de créditos em precatórios para a compra de imóveis públicos do respectivo ente.

Estabelece que a atualização de valores após a expedição dos precatórios até o efetivo pagamento será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação de mora, incidem juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, excluídos os juros compensatórios.

Tal sistemática foi alterada em relação ao regime anterior, que dispunha que os débitos deveriam ser pagos até o final do exercício, momento em que teria seus valores atualizados monetariamente, sem indicar, contudo, parâmetros para tal atualização.

Por fim, atribui a União a prerrogativa de, na forma da lei, assumir e refinarar diretamente débitos oriundos de precatórios dos Estados, Distrito Federal e municípios.

4.2. O artigo 97 do ADCT, criado pela EC nº 62/09

Relativamente à parte transitória, o artigo 2º acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.³²

³¹ Entendemos que os direitos do cedente passam ao cessionário, mas não é transmitido o direito de, em relação à Fazenda, abater do crédito cedido eventual dívida do cessionário, a título de compensação, como será oportunamente abordado.

³² Art. 97: "Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o

O dispositivo institui regime especial para pagamento de precatórios para os Estados, Distrito Federal e Municípios em mora na quitação dos precatórios vencidos na data da promulgação da emenda e nos seguintes, até edição de lei complementar que tratará do mesmo assunto.

Esta lei complementar está prevista no § 15 do artigo 100. Logo, tal transitividade irá vigorar até a promulgação desta lei.³³

Passível de crítica tal dispositivo transitório, pois, paradoxalmente, de certa forma, perpetua uma situação. Ou porque vai perdurar até a edição da lei complementar que talvez nunca venha a ser criada, ou porque vai perdurar por, pelo menos 15 anos, nos termos do § 14, do artigo 97.^{34 35}

Pois bem. Tal regime especial normatiza duas possibilidades de pagamento para as entidades com estoque de precatórios, a sua escolha.

A primeira opção é o depósito mensal em conta especial aberta para tal fim, de acordo com percentuais fixados entre 1% e 2% da receita corrente líquida se o estoque de precatórios for superior a 35% da receita corrente líquida. Vigorará até que o valor dos precatórios deixe de ser superior ao valor dos recursos vinculados, quando passará a incidir o artigo 100 da Constituição Federal.³⁶

Servimo-nos do exemplo de Flávio C. de Toledo Jr. para elucidar esta opção:

Baseando-se em exemplo otimista, certo Município que, a título de precatórios, deve R\$1 milhão e dispõe de uma receita corrente líquida de R\$20 milhões, tal Comuna precisará depositar, na conta especial, todo mês, a quantia de R\$ 16.666,66, ou seja, R\$200.000,00 no ano todo (1% da RCL). Nessa trilha e caso não compareçam novos precatórios,

Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos à sua Administração direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e, sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional.

³³ Art. 100, § 15: “Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.”

³⁴ Art. 97, § 14: “O regime especial de pagamento de precatório previsto no inciso I do § 1º vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados, nos termos do § 2º, ambos deste artigo, ou pelo prazo fixo de até quinze anos, no caso da opção prevista no inciso II, do § 1º.”

³⁵ Esta é também a opinião de SILVA, José Afonso da, in *Comentário Contextual à Constituição*, 7ª ed., Malheiros: São Paulo, 2010, p. 537.

³⁶ Esta foi a opção feita pelo Estado de São Paulo, conforme o Decreto 55.300, de 30.12.2009. Os 50% restantes, nos termos do § 8º, II, do art. 97 do ADCT, destinou ao pagamento a vista de precatórios não quitados, em ordem única e crescente de valor por precatório, para o exercício de 2010, consoante o Decreto nº 55.529/10, e para o exercício de 2011, conforme o Decreto nº 56.646, de 06.01.2011. Para o exercício de 2012, o Decreto 57.658, de 21/12/2011, destinou 47% ao pagamento por meio de leilão, e 3% ao pagamento em ordem única e crescente do valor por precatório.

a respectiva Fazenda, em cinco anos, terá liquidado sua dívida judicial, nisso considerando que a atualização monetária dos precatórios se dê em nível semelhante à evolução anual da receita corrente líquida.

Agora, sob uma ótica pessimista, pode-se ter outro Município, que deve R\$10 milhões de precatórios e arrecada R\$15 milhões. Em tal hipótese, tal localidade precisará depositar, na conta especial, R\$225.000,00 por ano (R\$18.750,00 por mês), levando nada menos que 44 anos para saldar seu passivo judicial e, ainda assim, caso não sobreviessem outras aquisições judiciais no período de ajuste.

Assim, essa ora comentada primeira alternativa há de ser exercida por Estados e Municípios que muito devam em face do tamanho de sua receita corrente líquida.³⁷

A segunda opção é o parcelamento do estoque de precatórios em até 15 anos, corrigido e remunerado pelo índice das cadernetas de poupança, pagando 1/15 avos de seu saldo, anualmente. Ao final deste longo prazo, a entidade devedora optante por este regime voltará a observar o mesmo artigo 100 da Carta Magna.

É o mesmo Flavio C. de Toledo Jr., quem exemplifica:

Dito de outra maneira, o ente federado no 1º ano, paga um quinze avos (1/15) dos títulos judiciais vencidos; no 2º ano, liquida um catorze avos (1/14) do saldo atual corrigido pelo índice da caderneta de poupança; no 3º ano, liquida um treze avos (1/13) do atualizado valor em aberto, e assim por diante.

(...)

Ora em comento, essa segunda hipótese há de ser exercida pelos governos cujo 1/15 sobre o estoque devedor revele percentual inferior ao da sobredita tabela, aposta na alternativa anterior: a da vinculação à receita líquida.

Em um caso limítrofe da opção dos 15 anos, ter-se-ia talvez um Município, detentor de um único precatório, do qual já se tenham pago 8 (oito) parcelas do fracionamento decenal da Emenda nº 30/00, sendo que, em tal cenário, as duas parcelas restantes poderiam ser quitadas em mais 15 anos, em óbvio prejuízo para o credor.³⁸

³⁷ TOLEDO JR., Flavio C. de. *O regime especial dos precatórios à luz da Emenda Constitucional nº 62*. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 97, jan.2010. Disponível: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=64947>>. Último acesso em: 6 janeiro 2011.

³⁸ TOLEDO JR., Flavio C. de. op. cit.

Define receita corrente líquida como sendo a soma das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo a compensação financeira pela exploração de recursos minerais, no período entre o mês de referência e os 11 meses anteriores, excluídas as duplicidades, e as transferências obrigatórias do § 3º do artigo 97 do ADCT.

As contas serão administradas pelos Tribunais respectivos e não poderão retornar para Estados, Distrito Federal e Municípios.

Cinquenta por cento dos recursos depositados em ambas as contas serão utilizados para pagamentos de precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências dos precatórios alimentares gerais (§ 1º, do Art. 100, CF), para os requisitórios do mesmo ano, e as dos precatórios alimentares especiais (§ 2º, do Art. 100, CF), para os requisitórios de todos os anos.

Observe-se que os precatórios alimentares, que pela EC nº 30/2000 eram excluídos da moratória de 10 anos, agora não mais o são. A única ressalva é que deverão ser pagos prioritariamente e, relativamente aos maiores de 60 anos na data da expedição do precatório e os portadores de doenças graves, os mesmos receberão, independentemente desta ordem, o valor correspondente ao triplo do valor fixado para as obrigações de pequeno valor, quando então ingressarão, como os demais, pelo saldo remanescente, com preferências, no entanto, na ordem de apresentação dos precatórios, nos termos do § 6º do artigo 97 ora analisado.

Quando não se puder estabelecer a precedência cronológica entre dois precatórios, será pago primeiro o de menor valor.

Os cinquenta por cento restantes, dependendo da opção que fizerem Estados, Distrito Federal e municípios, obedecerá à seguinte forma, que poderá ser aplicada isolada ou simultaneamente. Ou serão destinados ao pagamento dos precatórios por meio de leilão; e/ou serão destinados a pagamento à vista de precatórios não quitados com os primeiros 50% ou não quitados pelo leilão realizado. Deverão ser pagos em ordem única e crescente de valor, por precatório; e/ou destinados a pagamento, por acordo direto com os credores, na forma estabelecida em lei da entidade devedora.

O § 9º do Art. 97 do ADCT disciplina o leilão. Conforme os incisos I a IX, o leilão se dará por meio de sistema eletrônico e será administrado por entidade autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários ou pelo Banco Central do Brasil.

Estarão habilitados a participar do leilão, os credores, pelo valor inteiro do precatório ou parcela por eles indicada, desde que não haja pendência de recurso ou impugnação de qualquer natureza. Os credores que se encontrarem nesta condição consideraram-se habilitados automaticamente.

Assim, verifica-se que não há necessidade de habilitação específica, se apto a ser leiloado o crédito, a não ser que o credor pretenda fazer indicação específica de parcela.

Haverá oferta pública e o leilão se repetirá tantas vezes quanto necessário até que se esgote o valor disponível; a competição se verifica por meio da modalidade de

deságio associada ao maior volume ofertado (com maior deságio ou não), observado, a final, o maior percentual de deságio, sendo lícito impor valor máximo por credor, ou por outro critério, tudo conforme o edital de cada leilão.

A quitação, todavia, sempre dependerá de homologação pelo Tribunal que expediu o precatório.

De todo modo, será permitida, por iniciativa do Poder Executivo, a compensação com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa, constituídos contra o devedor originário até a data da expedição do precatório, salvo os de exigibilidade suspensa ou que já tenham sido objeto de abatimento anterior.

O § 10 estabelece que no caso de não liberação tempestiva dos recursos, haverá sequestro da quantia devida nas contas das entidades devedoras, ordenado pelo Presidente do Tribunal local.

A Emenda Constitucional nº62/09 cria duas modalidades de sequestro.

A primeira, prevista no § 6º, do artigo 100, para o caso do preterimento do direito de precedência do credor, consoante já mencionado.

A segunda modalidade é a prevista na hipótese ora em estudo. Trata-se de sanção pela não liberação tempestiva mensal dos recursos destinados às contas especiais acima noticiadas (§ 13, do Art. 97). Assim, o sequestro se realizará se não liberados tempestivamente os recursos atrelados à moratória (1/15 anual ou 1/12 mensal, nos termos do inciso II do § 1º e § 2º do Art. 97). Também se realizará se não liberados os 50% previstos no § 6º do Art. 97, para pagamento dos precatórios por ordem cronológica.

Alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, constituir-se-á, em favor dos credores de precatórios, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados pelas entidades devedoras contra aqueles e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e municípios devedores, até onde se compensarem.

O chefe do Poder Executivo da entidade devedora fica também sujeito a sanções previstas na legislação sobre responsabilidade fiscal e improbidade administrativa. Também a entidade devedora, enquanto perdurar a omissão, não poderá contrair empréstimo externo ou interno; ficará impedida de receber transferências voluntárias. Também a União reterá os repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios e os depositará nas contas especiais.

Muito embora não previsto na emenda, deve autorizar o sequestro a não liberação dos recursos ao vencedor do leilão.

Os precatórios parcelados na forma do artigo 33 ou do artigo 78, ambos do ADCT, e ainda pendentes de pagamento, ingressarão no regime especial com o valor atualizado das parcelas não pagas, ou saldos de acordo judiciais e extrajudiciais, relativas a cada precatório.

Por fim, o dispositivo convalida as cessões de precatórios e as compensações com tributos efetuados antes de sua promulgação.

Em resumo, são estas as suas disposições.

5. A COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM DÉBITO CONSUBSTANCIADO EM PRECATÓRIO NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/09

Em que pesem as opiniões em sentido contrário, o fato é que sob a égide da Emenda Constitucional nº 30/2000 já estava em via de se sedimentar a jurisprudência atinente à exigência de lei para regular a compensação de precatórios com débitos tributários.

Em 02/07/2012, foi julgada a apelação cível nº 0006248-37.2011.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça, Relator Nogueira Diefenthaler, cuja ementa ora reproduzimos:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO.

1. Precatórios de natureza alimentícia. Impossibilidade de compensação com crédito tributário. Não preenchimento das exigências introduzidas pela Emenda Constitucional nº 62/09.
2. Necessidade, ademais, de lei autorizadora da compensação. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça.
3. Exegese do artigo 100 § 9º da Constituição Federal, art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e do artigo 170 do Código Tributário Nacional. Recurso desprovido.³⁹

O entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo não difere do posicionamento exteriorizado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que ficou, por suas duas Turmas, o adequado tratamento franqueado à matéria.

A Primeira Turma, por ocasião do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 20.526-RO, D.J. 25.05.2006, expressou, por unanimidade, por seu Relator o Ministro FRANCISCO FALCÃO, a necessidade da edição de lei, pelo ente federado, para a regulação da compensação de créditos com débitos fazendários consubstanciados em precatórios. A ementa é elucidativa neste sentido:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO ENTRE PRECATÓRIOS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DA CONTRIBUINTE. ARTIGO 78, § 2º DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. ESFERA DE PO-

³⁹ Muitas outras decisões poderiam ser mencionadas no mesmo sentido, entre as quais lembramos: agravo de instrumento nº 0097963-91.2012.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Paulo Dimas Mascaretti, julgada em 08/08/2012, apelação cível 0234979-92.2009.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Castilho Barbosa, julgada em 07/08/2012, apelação cível nº 0039930-51.2009.8.26.0053, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Moacir Peres, julgada em 13/12/2010; apelação cível nº 0026257-26.2010.8.26.0224, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Franklin Nogueira, julgada em 14/12/2010, etc.

DER RESERVADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE AFASTADA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

I – Mandado de Segurança impetrado buscando a compensação entre precatório judicial adquirido de terceiro e débitos tributários da empresa impetrante.

II – O artigo 170 do Código Tributário Nacional, ao tratar do instituto da compensação tributária, impõe o entendimento de que somente a lei pode atribuir à autoridade administrativa o poder de deferir ou não a referida compensação entre créditos líquidos e certos com débitos vencidos ou vincendos.

III – Nesse quadro, verifica-se a absoluta impossibilidade de o Poder Judiciário invadir a esfera reservada à Administração Pública, e, por conseguinte, determinar a compensação pretendida pela Recorrente.

IV – Ao Poder Judiciário compete, tão somente, observar os casos em que plasmada a ilegalidade do ato administrativo, frente à ordem jurídica vigente, e não o contrário, como deseja a Recorrente, ao pleitear o deferimento de uma operação que a própria lei condicionou ao alvedrio da Administração Pública. Precedentes: RMS nº 12.568/RO, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 09/12/02 e RMS nº 13.017/RO, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 25/11/2002.

(...)

VII – Recurso em mandado de segurança improvido.

Nesta linha, a mesma 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça proclamou a imperiosa necessidade de lei para regular a compensação nos moldes assinalados, como atesta o voto proferido pelo ilustre Relator Ministro JOSÉ DELGADO, no acórdão proferido no Recurso Especial nº 842.352-RS, DJ: 14.09.2006, que, após fazer remissão ao entendimento proferido pelo Ministro Francisco Falcão no RMS 20.526, acima citado, assim se pronunciou:

(...) Logo, não está autorizada em lei, nem é compatível com o regime próprio previsto na Constituição, a compensação de créditos constantes de precatórios com débitos tributários vencidos. Aplicar, pura e simplesmente, o regime de compensação prevista no direito privado para as relações de direito tributário, abriria perigosa via para fraudar o modo de pagamento dos precatórios previstos na Constituição, com desvirtuamento dos valores jurídicos que com ele se buscou preservar. Isso fica mais evidente em casos de cessão de crédito, em que o precatório, impulsionado pela facilidade de circulação de sua titularidade jurídica, ganha um poder liberatório semelhante ao da moeda, eficácia essa que a Constituição reservou a casos excepcionais (ADCT, art. 78, § 2º).

Mais recentemente, no julgamento do Recurso Especial nº 1.150.785-PR, DJe: 26/03/2010, a Ministra ELIANA CALMON, em reforço à tese aqui defendida, acrescentou respeitável entendimento à matéria:

A compensação é instituto de Direito que visa extinguir obrigações recíprocas. Os créditos devem ser líquidos e certos. O regime jurídico da compensação tributária tem sua fonte normativa na Constituição Federal e no art. 170 do CTN, que diz competir à lei do ente federado o regramento do instituto dentro de suas hostes.

A compensação tributária de precatório judicial, mesmo quando fundada no art. 78, § 2º do ADCT, não prescinde de regulamentação pelo ente político, a quem competirá dispor sobre a eficácia da compensação efetuada pelo contribuinte no âmbito dos tributos sujeitos à revisão do acertamento pela Administração.

No âmbito federal a compensação extingue o crédito sob condição da ulterior homologação pela autoridade lançadora (cf. art. 74, § 2º da Lei nº 9.430/96), porém o mesmo não ocorre necessariamente no âmbito dos Estados e Municípios que, diante da natureza supletiva e geral da norma do art. 170 do CTN, podem dispor como julgarem politicamente conveniente.⁴⁰

E tal era de rigor. O artigo 170, do CTN condiciona a compensação à existência de lei. Se a Administração Pública só pode agir nos limites que lhe autoriza a lei, ao contrário dos particulares que podem livremente agir, desde que não haja lei que lhes restrinja este campo de atuação, só pode proceder à extinção de uma obrigação tributária, através do instituto da compensação, desde que possua permissivo legal para tal desiderato.

Não obstante o acima alegado, conforme já tivemos oportunidade de mencionar linhas acima, pende de julgamento o Recurso Extraordinário 566.349-MG, ao qual o Supremo Tribunal Federal, por maioria, pela Relatora Ministra Cármen Lúcia, reconheceu, conforme publicação no Diário de Justiça datada de 31/10/2008, a existência de repercussão geral da questão constitucional, nos seguintes termos:

(...) 2. O Recorrente pleiteia o reconhecimento de pretensão direito líquido e certo à compensação entre precatórios adquiridos de terceiros e

⁴⁰ Várias outras decisões poderiam ser citadas no mesmo sentido. Entre outras, destacamos: RMS 13017-R), Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 25/11/2002, ROMS 12568-RO, Rel. Min. Laurita Vaz, Segunda Turma, j. 07/11/2002, Resp 493.239-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, j. 18/11/2004, Resp 960.814-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe: 04/06/2009, AgRg no RMS nº 27.769-PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe: 17/11/2010, o Resp nº 1.192.662-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe: 30/09/2010, o Ag Rg no RMS nº 32.519-PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe: 13/10/2010, e o AgRg no Resp nº 1.196.680-RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe: 06/10/2010, AgRg no Agravo em Resp 11.279-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe: 16/08/2011.

os débitos tributários que titulariza junto à Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 78, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3. O Ministro Francisco Falcão, do Superior Tribunal de Justiça, negou provimento ao recurso ordinário ao fundamento de que não se falar em auto-aplicabilidade do art. 78 do ADCT, da Constituição Federal, pois embora tenha sido autorizada a utilização dos precatórios para compensação de débitos tributários, sua efetivação deverá atender às regras próprias de cada ente público, na forma do art. 170 do CTN, sobretranscrito – as quais, registre-se de passagem, foram reconhecidas como tenso (*sic*) sido recepcionadas pela Constituição (fl. 235).

O Ministro Teori Albino Zavascki acrescentou, ainda, o fundamento de que, na espécie “(...), o precatório que se pretende ‘compensar’ representa créditos de natureza alimentar. Ora, se tais créditos estão expressamente excluídos do referido parcelamento conforme acentua o caput do art. 78, não é possível atribuir-lhes o efeito liberatório de pagamento das dívidas tributárias (fl. 239).

4. São duas, portanto, as questões constitucionais postas à apreciação deste Supremo Tribunal Federal: a primeira, relativa à aplicabilidade imediata do dispositivo constitucional que permite compensação de precatório com débitos tributários (art. 78, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT); a segunda, cujo exame dependerá da conclusão a que se chegar na primeira, está em saber se precatórios decorrentes de créditos de natureza alimentar podem ser compensados com débitos tributários.

Esses dois temas constitucionais têm relevância econômica e jurídica, além de alcançarem uma quantidade significativa de credores titulares de precatórios.

(...)

5. Pelo exposto, **manifesto-me pela existência de repercussão geral** das questões constitucionais e submeto a questão à apreciação dos eminentes Pares deste Supremo Tribunal.

Atualmente, onze Estados mais o Distrito Federal possuem lei disciplinadora da compensação. São eles, Rio de Janeiro, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Ceará, Maranhão, Roraima, Santa Catarina, Alagoas, Rio Grande do Norte, Amazonas e Pará⁴¹.

No Estado de São Paulo, não há lei prevendo compensação de créditos e débitos tributários. Há sim quatro projetos de lei tramitando na Assembléia Legislativa,

⁴¹ Consoante Revista Eletrônica Consultor Jurídico, acessada através do site www.conjur.com.br/2010-ago-15/onze-estados-constam-leis-autorizam-compensacao. Último acesso em 07/12/10.

neste sentido.⁴² Daí porque, à míngua de lei, não reconhece a compensação de débitos seus com créditos decorrentes de precatórios.

E, em nossa opinião, a Emenda Constitucional nº 62/2009 não alterou este quadro.

Não é nosso objetivo, no presente trabalho, discorrer acerca das inconstitucionalidades do regime que se implantou com o advento desta emenda. São elas evidentes, a nosso ver. Pairam sobre ela, ao menos quatro ações diretas de inconstitucionalidade propostas pela Ordem dos Advogados do Brasil – (OAB), pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) e pela Confederação Nacional da Indústria (CNI).⁴³

Na esteira do que já restou assentado no voto de desempate proferido pelo Ministro Celso de Mello, quando do julgamento das medidas cautelares nas ADIs 2356 e 2362, consoante já expusemos, ao menos na parte em que alcança os precatórios a ela anteriores, tudo sinaliza para o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, na medida em que tal emenda, ao violar o direito adquirido e a coisa julgada, princípios estes insculpidos no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, atingiu cláusula pétrea, intangível pelo poder constituinte derivado, configurando indubitavelmente abuso do poder de legislar por parte do Congresso Nacional.^{44, 45}

⁴² Projetos de Lei nºs 1297/2009, 303/2010, 800/2011, anexados, em 29.09.2011, ao Projeto de Lei nº 319/2008.

⁴³ Respectivamente, ADIs 4357, 4400, 4372 e 4425.

⁴⁴ A propósito, em 16/06/2011, o Ministro Ayres Britto, então Relator das mencionadas ADIs 4357, 4400, 4372 e 4425, reunidas para julgamento conjunto, proferiu voto pela inconstitucionalidade da emenda pela existência de vício formal, na medida em que o Congresso Nacional não observou o interstício de cinco dias úteis nas votações em primeiro e segundo turnos, tal qual prevê o artigo 362 do Regimento Interno do Senado Federal. Manifestou-se também pela inconstitucionalidade do parágrafo 2º, do artigo 100, da CF, que determina o pagamento preferencial de precatório de natureza alimentícia, especificamente na data de sua expedição, a pessoas com 60 anos ou mais, pois, no seu juízo, uma pessoa de 60 anos que acabou de ter seu precatório expedido receberá parte de seu crédito antes de uma pessoa de 80 anos que espera pelo pagamento de seu precatório há mais de duas décadas; e pela inconstitucionalidade dos parágrafos 9º e 10, do mesmo dispositivo, na medida em que criam mais uma prerrogativa processual ao Estado ao cancelar uma compensação obrigatória do crédito a ser inscrito em precatório com débitos perante a Fazenda Pública, e por ferir os princípios da separação dos Poderes e da isonomia. Votou desfavoravelmente ao parágrafo 15 do artigo 100 da CF e ao artigo 97 do ADCT, por contrariarem a autoridade das decisões judiciais e afrontarem o princípio da separação de Poderes, as garantias constitucionais de livre acesso ao Poder Judiciário, e a razoável duração do processo. Quanto ao artigo 97 do ADCT, entendeu ainda, que a norma prevê o pagamento de precatórios em ordem única e crescente de valor favorecendo, desarrazoadamente, os credores mais recentes, em detrimento de quem já espera há mais tempo na fila. Além disso, o artigo torna subjetivo o critério de escolha para o pagamento e prejudica a autonomia da Justiça Trabalhista, ao conferir apenas aos Tribunais de Justiça a administração da conta especial de depósito dos valores para quitar a dívida. Por fim, votou pela inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do parágrafo 12 do artigo 100 da Constituição, do inciso II do parágrafo 1º e do parágrafo 16, ambos do artigo 97 do ADCT, por desequilibrar a equação econômico-financeira entre devedor e credor, em desfavor deste último.

⁴⁵ No Estado de São Paulo, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 0259268-55.2010.8.26.0000 em 24/11/2010, impetrado pela Municipalidade de São Paulo em face do Presidente do Tribunal de Justiça que deferiu pedido de intervenção, julgou, *incidenter tantum*, inconstitucionais os artigos 2º, 3º e 4º da EC nº 62/09, por ferir, entre outros, os princípios da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. Este mesmo Órgão, no julgamento

Todavia, não se pode admitir que, sob o pálio da inconstitucionalidade, perpetrem-se outras inconstitucionalidades. Esclarecemos.

A Emenda Constitucional nº 62/09 trouxe, efetivamente, algumas alterações relativamente à compensação, dizendo expressamente quais as situações em que a permite, inclusive à míngua de regulamentação, mas nas hipóteses ali consignadas.

A critério e em favor do ente público devedor, em dois momentos distintos.

O primeiro deles, como faculdade do ente devedor e independentemente de regulamentação e contra o credor original, no momento da expedição do precatório, nos termos do disposto nos §§ 9º e 10º do artigo 100 da CF.⁴⁶

E o segundo, na hipótese de opção do ente público pela realização de leilões (no tocante a 50% dos recursos que serão utilizados para pagamento de precatórios), opção esta prevista no artigo 97, § 8º, inciso I e § 9º, inciso II, do ADCT.⁴⁷

A favor do credor, há apenas uma hipótese de compensação, concedida expressamente e independentemente de regulamentação, mas não por sua escolha e sim por ordem do Presidente do Tribunal que optará ou por seqüestro em conta do ente devedor da quantia necessária ou pela compensação. No caso de não liberação tempestiva de recursos, prevista no Art. 97, § 10, inciso II, do ADCT.

Observemos que o legislador constituinte derivado, quando o quis, conferiu direito à compensação, tanto para a entidade devedora quanto para o credor, sublinhe-se, independentemente de regulamentação e, frise-se, contra o credor original.

do MS n. 006986-53.2012.8.26.0000 em 27/06/2012, impetrado pelo Instituto Paulista Adventista de Educação e Assistência Social em face do Presidente do Tribunal de Justiça que extinguiu pedido de sequestro à vista das novas disposições da EC nº 62/09, externou posicionamento segundo o qual a citada emenda viola ato jurídico perfeito, não podendo ter efeito retroativo.

⁴⁶ “Art. 100 (...);

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não na dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10 Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.”

⁴⁷ “Art.97 (...);

§ 8º A aplicação dos recursos restantes dependerá de opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ato do Poder Executivo, obedecendo à seguinte forma, que poderá ser aplicada isoladamente ou simultaneamente:

I – destinados ao pagamento dos precatórios por meio do leilão;

(...)

§ 9º Os leilões de que trata o inciso I do § 8º deste artigo:

(...)

II – admitirão a habilitação de precatórios, ou parcela de cada precatório indicada pelo seu detentor, em relação aos quais não esteja pendente, no âmbito do Poder Judiciário, recurso ou impugnação de qualquer natureza, permitida por iniciativa do Poder Executivo a compensação com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa, e constituídos contra devedor originário pela Fazenda Pública devedora, até a data da expedição do precatório, ressalvados aqueles cuja exigibilidade esteja suspensa nos termos da legislação, ou que já tenham sido objeto de abatimento nos termos do § 9º do art.100 da Constituição Federal.”

Expressamente consignou que, em tais hipóteses, a compensação é autoaplicável, o que nos leva à conclusão de que em outras, entendeu que no exercício da competência tributária atribuída pela Constituição Federal aos entes políticos, a eles cabe por lei, em face do princípio da estrita legalidade e da indisponibilidade dos recursos públicos, regular as hipóteses em que é cabível a compensação.

E tal é de rigor. O artigo 24, I, da Constituição Federal prevê que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito tributário. Dispôs, em seu parágrafo primeiro que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

O artigo 146, inciso III, letra “b”, do texto magno, dispõe que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

O instituto da compensação, modalidade de extinção do crédito tributário, está, por disposição constitucional, sob reserva de lei complementar no que concerne à edição de normas gerais.

O artigo 170, do Código Tributário Nacional, que atende a tal qualificativo, assevera que compete à lei ordinária de cada ente federativo a sua autorização.

A Constituição Federal é quem dita, portanto, o que pode cada pessoa política realizar em matéria tributária, demarcando os respectivos âmbitos de atuação, no intuito de evitar conflitos entre as pessoas políticas, inclusive no que se refere à compensação.

E tal se dá em respeito ao princípio federativo, corolário do Estado Democrático de Direito, em função do qual, as competências outorgadas pela Constituição Federal aos entes federados não podem ser violadas.

De fato, não cabe à Constituição Federal descer a minudências. E não é o artigo 170 do Código Tributário Nacional que concede o direito à compensação e sim a lei ordinária ali prevista que vier a dispor sobre a matéria.

Ademais, nem o artigo 100 e parágrafos da Constituição Federal, nem tampouco o artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Tributárias afastou a competência dos entes federados para disciplinar a matéria.

Pugnar pela autoaplicabilidade da compensação, a partir do texto constitucional, é violar o princípio federativo, violando o rígido regime de repartição das competências tributárias definido pela Constituição Federal.

Discordamos, portanto, de grande parte da doutrina que prestigia este posicionamento que decorre, acreditamos, da grande insatisfação pelo notório descaso dos entes públicos em saldar suas dívidas

Alguns, de forma mais radical, como é expressão Alexandre Macedo Soares, defendem a incidência direta e imediata da compensação ao caso concreto. São suas palavras:

(...), com arrimo na indispensável interpretação lógico-sistêmica dos preceitos constitucionais, dúvidas nem receio devemos ter em admitir que

o direito à compensação (ressarcimento) do que foi pago indevidamente ao Erário, a título de tributo, é consectário lógico–natural de uma série de regras princípiosológicas encartadas em nossa Norma Fundamental...⁴⁸

Outros autores defendem-na de maneira mais temperada, dos quais destacamos Francisco Wildo Lacerda Dantas, que obtempera:

Penso que é preferível que se tenha lei que discipline a compensação. Considero, porém, que, à míngua da existência dessa lei, não se poderá proibir a cessão de crédito – porque prevista no próprio texto constitucional –, nem muito menos a utilização por eventual empresa cessionária do crédito do precatório, tendo em vista que isso importaria em criar obstáculo à efetividade da disciplina constitucional, indevidamente.⁴⁹

Só a lei, portanto, poderá regular como se procederá a compensação; quais tributos poderão ser compensados, se inscritos ou não em dívida ativa; qual a autoridade competente para proceder a compensação; em qual momento se configura a mora do ente político devedor que enseja a compensação, dentre outras questões.

Relativamente à cessão de créditos decorrentes de precatórios a terceiros, houve previsão expressa no § 13, do artigo 100, da CF E o Art. 5º da EC nº 62/09 convalidou as cessões de precatórios efetuadas antes da promulgação da referida emenda, independentemente da concordância da entidade devedora.

Na verdade, tais dispositivos não trazem qualquer inovação, visto que a cessão sempre foi permitida e não se confunde com a compensação. São dois institutos com perfis diferentes, cada qual com suas próprias regras, não havendo porque, como querem alguns autores, forçar interpretação no sentido de imbricá-los.

Por fim, mais uma observação se faz necessária em reforço da nossa argumentação.

Com o julgamento das cautelares nas ADIs 2356 e 2362 que suspenderam a eficácia do artigo 2º da EC nº 30/2000, relativamente aos precatórios pendentes na data de sua promulgação, pelo menos em relação a estes precatórios, se persistir a decisão proferida nas cautelares, não mais se submetem ao parcelamento de dez anos. Sendo assim, não há que se cogitar de descumprimento de parcelas anuais para fins de conferir poder liberatório aos precatórios, perdendo assento constitucional o instituto da compensação, como decorrência direta e imediata do texto constitucional.⁵⁰

⁴⁸ TAVARES, Alexandre Macedo. *Compensação do Indébito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2006, p. 30.

⁴⁹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: Regime de Precatório*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2010, p. 328.

⁵⁰ É, inclusive, o pensamento de HARADA, Kiyoshi. *Precatórios. Suspensão do art. 78 do ADCT. Consequências*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 dez. 2010. Disponível em: [HTTP://www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)

São estas as razões que nos levam a concluir, no mesmo sentido em que se inclina a jurisprudência pátria, de necessidade de edição de lei que autoriza a compensação, ainda mais agora sob a égide da Emenda Constitucional nº 62/09.⁵¹

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. A sistemática de pagamento por precatórios foi prevista no artigo 100 da Constituição Federal de 1988. No mesmo diploma, o artigo 33 do ADCT permitiu o parcelamento em oito anos dos débitos frutos de precatórios pendentes na data da sua promulgação, ressalvando os créditos de natureza alimentar. Nada estabeleceu, na oportunidade, acerca da possibilidade de compensação de tais débitos com créditos oponíveis ao seu credor.

2. Tal dispositivo transitório foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade, tendo o Supremo Tribunal Federal entendido que, embora as disposições transitórias e permanentes fossem antagônicas, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias continha mera exceção criada pelo Poder Constituinte Originário aos princípios da isonomia, do direito adquirido e da justa indenização, dentre outros, razão pela qual mencionada ação não foi conhecida.

3. Com o advento da EC nº 30/2000 instituiu-se nova moratória. Restou permitido aos entes públicos novo parcelamento de débitos, agora em dez prestações anuais e sucessivas. Abriu-se, em contrapartida, aos credores das Fazendas Públicas a possibilidade de, em caso de não pagamento destas parcelas, utilizarem seus créditos para pagamento de débitos tributários, ressalvados deste sistema os precatórios alimentares, os débitos de pequeno valor e os precatórios parcelados pelo Art. 33 do ADCT. A partir daí, passou-se a interpretar, equivocadamente, que o poder liberatório nela previsto era sinônimo da possibilidade de se realizar compensação tributária.

4. Pelo voto de desempate do Ministro Celso de Mello, que deferiu a cautelar nas ADIs 2356 e 2362, o Plenário do Supremo Tribunal Federal suspendeu a expressão constante do caput do artigo 78, do ADCT criado pela aludida Emenda – “os precatórios pendentes na data da promulgação desta emenda”, até julgamento final das ações diretas. Em que pese haver ainda muita discussão girando em torno da possibilidade de se conferir poder liberatório aos precatórios alimentares vencidos, têm prevalecido decisões em sentido contrário, diante da literalidade do texto constitucional.

5. Também tem sido objeto de questionamento a necessidade de lei veiculadora de autorização para a compensação, a teor do disposto no artigo 170, do CTN.

com.br/?colunas&rcolumnista=390&rver=796. Último acesso em: 16 jan. 2011.

⁵¹ A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, no RMS n. 31.912-PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/11/2010, esposou entendimento segundo o qual o artigo 78, § 2º, do ADCT, estaria revogado pela Emenda Constitucional nº 62/09.

Os Tribunais têm reconhecido, apesar de decisões em sentido contrário, bem como de respeitáveis opiniões na doutrina pugnano pela aplicação da compensação a partir do texto constitucional, a impossibilidade do uso de precatórios para pagamentos de tributos, sob o fundamento, dentre outros, da necessidade de lei autorizadora para a almejada compensação.

6. De qualquer forma, pende de julgamento o RE 566349-MG, no qual já houve pronunciamento reconhecendo a existência de repercussão geral, em que se discute, justamente, a extensão do poder liberatório de pagamento de tributo da entidade devedora aos precatórios de natureza alimentícia e a autoaplicabilidade do § 2º, do Art. 78 do ADCT.

7. Em nossa opinião, a Emenda Constitucional nº 62/2009 não alterou este estado de coisas. Em que pese estar eivada de diversas inconstitucionalidades, consoante já reconhecido, inclusive, pelo então Relator das ADIs 4357, 4400, 4372 e 4425, o Ministro Ayres Britto, não é por esta razão que se pode admitir perpetrem-se outras inconstitucionalidades.

8. A EC nº 62/09 trouxe alterações relativamente à compensação, dizendo expressamente quais as situações em que a permite, inclusive à míngua de regulamentação, mas nas hipóteses ali consignadas. A critério e em favor do ente público devedor, em dois momentos distintos. O primeiro deles, como faculdade do ente devedor e independentemente de regulamentação e contra o credor original, no momento da expedição do precatório (§§ 9º e 10º do artigo 100 da CF). E o segundo, na hipótese de opção do ente público pela realização de leilões (no tocante a 50% dos recursos que serão utilizados para pagamento de precatórios), opção esta prevista no artigo 97, § 8º, inciso I e § 9º, inciso II, do ADCT. A favor do credor, em apenas uma hipótese de compensação, concedida expressamente e independentemente de regulamentação, mas não por sua escolha e sim por ordem do Presidente do Tribunal no caso de não liberação tempestiva de recursos (Art. 97, § 10, inciso II, do ADCT).

9. O legislador constituinte derivado, quando o quis, conferiu direito à compensação, tanto para a entidade devedora quanto para o credor, sublinhe-se, independentemente de regulamentação e, frise-se, contra o credor original, o que nos leva à conclusão de que, em outras hipóteses, aos entes políticos cabem por lei, em face dos princípios federativo, da estrita legalidade e da indisponibilidade dos recursos públicos, regular as hipóteses em que é cabível a compensação, a teor do disposto no artigo 170 do Código Tributário Nacional.

10. Ademais, nem o artigo 100 e parágrafos da Constituição Federal, nem tampouco o artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias afastou a competência dos entes federados para disciplinar a matéria.

11. Pagnar pela autoaplicabilidade da compensação, a partir do texto constitucional, é violar o princípio federativo, violando o rígido regime de repartição das competências tributárias definido pela Carta Magna.

12. Daí concluirmos no mesmo sentido em que se inclina a jurisprudência pátria, de necessidade de edição de lei que autorize a compensação, ainda mais agora sob a égide da Emenda Constitucional nº 62/09.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º vol, tomo III, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 62, de 9 de novembro de 2009. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 de novembro de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Último acesso em 13/08/2012.
- CARVALHO, Wladimir de Souza. *Iniciação ao estudo do precatório*, Separata da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, ano 19, n. 76, out-dez. 1982.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução Contra a Fazenda Pública: Regime de Precatório*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2010.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, 28ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2º vol., 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERREIRA, Eudimar Alves. *Um Estudo sobre a Compensação Tributária. Direito Tributário e Financeiro Aplicado*. Fernando Facury Scaff (coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Obrigações*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- HARADA, Kiyoshi. *Precatórios. Suspensão do Art. 78 do ADCT. Consequências*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 dez. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=390&ver=796>. Último acesso em: 16 jan. 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal, *Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil do Estado: a questão dos precatórios*. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 5, nº 19, jul. 2007
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- MALERBI, Diva. *A cláusula pétrea da legalidade tributária e o instituto da compensação*, Revista de Direito Tributário nº 67, São Paulo: Malheiros, 1995.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- OLIVEIRA, Antonio Flávio. *Precatórios: Aspectos Administrativos, Constitucionais, Financeiros e Processuais*, 1ª ed., Belo Horizonte: Forum, 2007.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009.
- REVISTA ELETRÔNICA CONSULTOR JURÍDICO, acessada através do site www.conjur.com.br/2010-ago-15/onze-estados-constam-leis-autorizam-compensacao. Último acesso em 07/12/10.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Parte Geral das Obrigações*, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- SCAFF, Fernando Facury. *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário – 13º volume*. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2009.
- SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*, 7ª ed., Malheiros: São Paulo, 2010.
- TAVARES, Alexandre Macedo. *Compensação do Indébito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2006.
- TOLEDO JR., Flavio C. de. *O regime especial dos precatórios à luz da Emenda Constitucional nº 62*. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 97, jan.2010. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=64947>. Último acesso em: 6 janeiro 2011.

TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA NO BRASIL: POSSIBILIDADES E LIMITES

TRANSACTION TAX INSTITUTE IN BRAZIL: possibilities and limits

Lucilia Aparecida dos Santos¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Transação tributária no Brasil: origem e fundamento constitucional. 2.1. Fundamento de validade. 3. Transação Tributária e Regime de Direito Público. 3.1. Supremacia do interesse público. 3.2. Indisponibilidade, pela Administração, do interesse público. 3.3. Indisponibilidade do interesse público e transação tributária. 4. Transação tributária e contorno traçado pela norma geral do artigo 171 do CTN. 4.1. Transação tributária e faculdade do ente político. 4.2. Transação tributária e lei permissiva. 4.3. Sujeitos da transação tributária. 4.4. Transação tributária e finalidade terminativa de litígio. 4.4.1. Litígio judicial e litígio administrativo. 4.4.2. Litígio e momento de sua instalação. 4.4.3. Alcance do litígio na transação tributária. 4.5. Transação tributária e concessões recíprocas. 4.5.1. Concessões mútuas. 4.5.2. Concessões recíprocas e crédito tributário. 4.6. Transação tributária e condições estabelecidas na lei permissiva. 4.6.1. Discricionariedade administrativa. 4.7. Transação e efeito de extinção do crédito tributário. 5. Transação tributária e convênio para o ICMS. 6. Transação tributária no direito comparado. 6.1. Modelos estrangeiros. 7. Conclusão. 8. Referências

RESUMO

O estudo apresenta na primeira parte um panorama geral do instituto da transação tributária no Brasil e analisa sua afinidade com o princípio constitucional da indisponibilidade do interesse público, com destaque a análise da legislação infraconstitucional (Art. 171 do CTN), a qual assegura a cada ente tributante a opção política pela transação, mediante o exercício da sua competência legislativa, afastada a autonomia de vontade das partes, própria das relações jurídicas de direito privado. Na segunda parte, enfrenta questões polêmicas, com o aparente paradoxo entre a indisponibilidade do interesse público, a possibilidade de disposição do crédito tributário na transação e a criticada discricionariedade que envolve a atuação da administração na celebração dos acordos, sem que, com isso, signifique lesão ao interesse público. Explora os limites da exigência de convênio para a transação que envolva o ICMS. Apresenta alguns modelos pincelados do direito comparado e as restrições do sistema brasileiro para implantá-los. Conclui pelo cabimento da transação na seara tributária, dentro dos limites, legítimos, em que foi concebida pelo ordenamento brasileiro.

ABSTRACT

This two parts study presents on the first part an overview of Transaction Tax Institute in Brazil and analyzes their affinity with the constitutional principle of unavailability of public interest, under constitutional legislation (art. 171 CTN), which ensures each governmental entity to use an Tributary Policy and transaction institute upon the exercise of its legislative powers away the autonomy of the parties' own legal relations of private law. In the second part, facing controversial issues, with the apparent paradox between the unavailability

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Pós-Graduação *latu sensu* em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – USP (1991); Pós-Graduação *latu sensu* em Direito Tributário pela ESPGE (2009/2010).

of public interest, the possibility of provision of the tax credit in the transaction that involves discretion and criticized the role of Administration in the conclusion of the agreements, without thereby mean lesion the public interest. Explores the limits of the requirement of agreement for the transaction involving the ICMS. Presents some models brushed comparative law and the restrictions of the Brazilian system to deploy them. Concludes the appropriateness of the transaction in the harvest tax, within limits, legitimate, it was designed by the Brazilian legal system.

Palavras-chaves: transação tributária – interesse público – norma geral – cabimento – limites

Keywords: Transaction tax - public interest - general rule - no place – limits.

1. INTRODUÇÃO

O exame do instituto da transação tributária é um convite à reflexão, pois toca conceitos os mais variados, como o princípio federativo e a autonomia das pessoas políticas, a relação jurídica tributária e seus personagens, o regime de direito público e sua relação umbilical com o direito tributário, a noção de interesse público primário e secundário, a necessidade de a Administração se pautar, a qualquer momento e por qualquer meio, na fiel prossecução do interesse público.

Limitamos nosso estudo ao exame do cabimento da transação tributária no direito brasileiro, seu fundamento de validade, seu desenho normativo, suas características e limites, analisando o aparente paradoxo entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e a possibilidade de disposição do crédito tributário na transação tributária.

Analizamos a ausência de autonomia dos entes federados e do Distrito Federal para instituir tributação exceptiva em relação ao ICMS e o reflexo da exigência constitucional de deliberação prévia de todos os entes na transação tributária (CF, Art.155,§ 2º, XII, g).

Também buscamos investigar como a transação vem sendo tratada no Direito Comparado, notadamente em ordenamentos de inspiração continental, como nosso, onde o regime do autolançamento, importado dos sistemas anglo-saxões sem se fazer acompanhar dos mecanismos alternativos de solução de conflitos largamente utilizados por aqueles sistemas, vem sufocando o Poder Judiciário, com o natural aumento das lides tributárias.

Não investigamos nenhuma lei permissiva específica. A casuística, ademais, é limitada, pois o próprio preconceito em torno do instituto, fruto de análises superficiais e críticas apressadas, afastou o legislador da exploração dessa ferramenta, potencialmente rica em soluções para conflitos tributários.

Ao final, apresentamos nossas conclusões, convencidos da viabilidade da transação tributária no direito brasileiro, porém, cientes de que esse é só o início de um estudo que merece ser aprofundado.

2. TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA NO BRASIL: ORIGEM E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Como leciona Pontes de Miranda no seu Tratado de Direito Privado, transação é um:

negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia.²

Trata-se de instituto universal, originário do direito privado, reconhecido pelos vários ordenamentos jurídicos, em que a vontade das partes, ao lado da reciprocidade das concessões, é elemento essencial à sua formação, sempre com vistas à extinção ou prevenção de relações jurídicas duvidosas ou litigiosas.

No Direito Civil brasileiro, a transação possui natureza jurídica contratual, porquanto incluída no capítulo que regula os vários tipos de contrato, e restrita aos direitos patrimoniais, nos termos dos artigos 840 e 841 do novo Código Civil.³

São, portanto, elementos essenciais da transação no direito privado brasileiro: 1º) acordo entre as partes; 2º) existência de relações controvertidas e a intenção de lhes pôr termo; 3º) recurso a concessões recíprocas para alcançar tal escopo, limitada aos direitos disponíveis (patrimoniais).⁴

Inspirada na transação do Direito Civil, a transação tributária adaptou o instituto ao regime de direito público próprio das relações jurídico-tributárias, afastando a autonomia da vontade, essência do direito privado.

O legislador tributário está plenamente autorizado a regular de forma diferenciada institutos disciplinados em outras áreas do Direito, nos termos do que dispõe os artigos 109 e 110 do CTN. Trata-se da *autonomia de qualificação* do legislador tributário em atribuir qualificações distintas a institutos regulados em outros ramos, *desde que veiculadas em lei e nos limites do ordenamento*.

Helena Taveira Tôres reconhece a legitimidade da *autonomia de qualificação* do legislador tributário e adverte que apenas a lei, não o intérprete, possui esse poder:

² MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Volume 25, p. 117. São Paulo: RT, 1971 apud FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *A transação tributária como expressão dos direitos do cidadão*. Recife: Bagaço, 2004, p. 131.

³ A disciplina da transação no antigo Código Civil é similar à atual, inclusive em relação à limitação da transação aos direitos patrimoniais (art. 1.035).

⁴ Cf. RODRIGUES, Sílvio. Enciclopédia Saraiva do Direito. Volume 74, p. 281. São Paulo: Ed. Saraiva, 1977 apud CARVALHO, Rubens Miranda. *Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionais de solução de lides tributárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 19.

Em resumo, não se pode deixar de reconhecer ao legislador tributário autonomia de qualificação, nos limites do quanto o ordenamento autorize. [...] As propriedades de um mesmo fato da vida podem ser colhidas segundo os diversos interesses. [...] Deveras, nada impede que a lei, mas nunca o intérprete, em atos de aplicação, possa dar qualificações mais amplas ou mais restritas a conceitos, institutos e formas já regulados em outros ramos do direito.⁵

Nesse contexto, o nosso ordenamento tributário *qualificou* o instituto da transação tributária nos seguintes termos: a) forma de extinção da obrigação tributária (CTN, Art. 156, III); b) acordo entre sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária, para pôr fim a litígio (não para preveni-lo), mediante concessões recíprocas (CTN, Art. 171); e c) exige lei que a autorize (do ente tributante), nos limites e condições que estabeleça (CTN, Art. 171).

Com as mutações sofridas, a transação no âmbito tributário particularizou-se. Não obstante haver acordo entre as partes, não há autonomia de vontade. Há *disposição*, nos termos, condições e limites previstos em lei.

2.1. Fundamento de validade

No Estado Democrático de Direito, toda norma tem fundamento e origem nos comandos constitucionais, ou seja, a norma de qualquer hierarquia busca seu fundamento último de validade no texto constitucional.⁶

Não poderia ser diferente com a transação tributária.

O *poder jurídico* de exigir tributo do cidadão transfigura-se em *competência tributária*, que surge do grande e soberano ajuste da sociedade brasileira em torno da Constituição da República, que confere aos entes políticos, por meio de lei e para realização dos fins por ela, sociedade, estatuídos, a faculdade de instituir prestações pecuniárias compulsórias.

É assente a compreensão de que a competência (constitucional) tributária para criar tributos também importa em competência tributária para *exoneração*, total ou parcial, dos mesmos tributos. A observação de Roque Antonio Carrazza sintetiza bem esse entendimento:

O que queremos significar é que quem pode tributar pode, do mesmo modo, aumentar o tributo, minorá-lo, parcelar seu pagamento, isentá-

⁵ TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação, elisão tributária*. São Paulo: RT, 2003, p. 50-51.

⁶ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 156.

lo, no todo ou em parte, remi-lo, anistiar as infrações fiscais ou, até, não tributar, observadas sempre, é claro, as diretrizes constitucionais. Tudo vai depender de uma decisão política, a ser tomada pela própria entidade tributante.⁷

O texto constitucional abriga inúmeros exemplos de exoneração (150, VI; 153, § 3º, III; Art. 153, § 4º, II; Art. 155, § 2º, X; Art. 156, § 2º), sendo um dos mais ilustrativos o Art. 150, § 6º:

Art. 150, § 6º CF: Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no Art. 155, § 2º, XII, g. (grifo nosso)

A transação tributária, ainda que não figure expressamente do dispositivo retro citado, por poder implicar alguma forma de exoneração, encontra seu fundamento de validade na competência tributária da pessoa política para criar e, conseqüentemente, para dispor dos tributos, mediante lei específica do ente tributante e nos limites do ordenamento (Art. 150, § 6º da CF).

3. TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E REGIME DE DIREITO PÚBLICO

O aparente paradoxo entre a possibilidade de transigir e o princípio da indisponibilidade do interesse público merece ser enfrentado, para que sejam afastadas dúvidas sobre a legitimidade do instituto na seara tributária.

O Direito Público se ocupa dos interesses da sociedade como um todo (interesse público), cujo atendimento é um dever jurídico inescusável. É o Estado quem juridicamente encarna o interesse público. A autonomia da vontade, da essência do direito privado, é afastada e substituída pela ideia de função, de dever de atendimento do interesse público. A função pública, no Estado Democrático de Direito, é, portanto, a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentais conferidos pela ordem pública.⁸

⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 304.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 27 e 29.

O regime de direito público se qualifica e delimita em função da consagração de dois princípios: 1º) supremacia do interesse público sobre o privado; e 2º) indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos.

3.1. Supremacia do interesse público

A supremacia do interesse público sobre o privado proclama a superioridade do interesse da coletividade, pelo postulado da sua prevalência, como condição de sobrevivência e asseguramento da coletividade e do próprio particular.

Deste princípio, decorre: a) a posição privilegiada do órgão nas relações com os particulares (privilégios atribuídos pela ordem jurídica); e b) a posição de supremacia do órgão nas relações com os particulares; posição de autoridade.

As prerrogativas da Administração limitam-se em razão da função pública exercida pela Administração. Apenas a finalidade de atingimento do interesse público legitima tais prerrogativas, de tal sorte que são concebidas, pela melhor doutrina, como deveres-poderes da Administração, expressão que enfatiza a subordinação do poder ao dever de atendimento ao interesse público.⁹ Seu manejo, portanto, somente pode ser considerado legítimo quando vise ao alcance dos interesses públicos; nunca aos interesses ou conveniências do aparelho estatal, e, ainda menos, dos agentes governamentais.¹⁰

3.2. Indisponibilidade, pela administração, do interesse público

Na Administração, os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. A Administração não titulariza interesses públicos. O titular é o Estado, que manifesta a sua vontade pela ordem legal, nos limites do ordenamento.

É assente o entendimento de que qualquer ato administrativo que se desencontre do interesse público será necessariamente inválido¹¹, razão da importância de alcançar-se a noção jurídica do interesse público.

O interesse público é a dimensão pública dos interesses individuais, do interesse de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade, nisto se abrigoando o depósito intertemporal destes mesmos interesses, considerados em sua continuidade histórica, tendo em vista a 'sucessividade das gerações' de seus nacionais.¹²

⁹ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem.*, p. 72.

¹⁰ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem.*, p. 73.

¹¹ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem.* p.58.

¹² Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 60.

A concreta individuação dos diversos interesses públicos *depende de sua qualificação como interesse público pelo próprio ordenamento positivo*. Quem promove essa qualificação é a Constituição, e, a partir dela, o Estado, primeiramente, pelos órgãos legislativos, e depois, pelos órgãos administrativos, nos casos e limites de discricionariedade que a lei lhes tenha conferido.¹³

Apesar de todo interesse público ser interesse do Estado, nem todo interesse do Estado é público.

Os *interesses públicos primários* são os interesses públicos propriamente ditos. São os interesses da coletividade como um todo, assim qualificados pela Constituição e, a partir dela, o Estado, pela sua função legislativa e administrativa, nos limites da lei.

Os *interesses secundários* são aqueles que o Estado pode ter, pelo fato de ser sujeito de direitos, como qualquer outra pessoa. Não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares aos interesses dos particulares, mas não iguais, pois o Estado, concebido para a realização do interesse público, somente poderá defender seus próprios interesses privados se coincidentes com a realização do interesse público (primário).¹⁴

Os interesses secundários “não respondem à razão última de existir própria das pessoas governamentais em geral.”¹⁵ São, porém, e não menos importante, *instrumentais* ao alcance do interesse público, na medida em que a norma donde defluem assim os qualifica.¹⁶

3.3. Indisponibilidade do interesse público e transação tributária

Decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público que o administrador não tem poder de disposição desse interesse, cabendo apenas geri-lo, nos termos estritos da lei. Quem tem o poder de dispor do interesse público é o Estado, seu titular, quando exerce função legislativa, segundo os limites do ordenamento.

Nesse sentido, o mestre Hely Lopes Meirelles:

O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral.

¹³ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67-68.

¹⁴ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 65-66.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Atos Administrativos e Direitos dos Administrados*. São Paulo: Ed. RT, 1981, p. 16-17 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67.

¹⁶ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66.

Dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia.¹⁷ (grifo nosso)

O desdobramento do princípio da indisponibilidade do interesse público em relação à tributação é a necessidade absoluta de lei para que o administrador tributário possa remitir, transigir, compensar ou dispor de bens do Estado. É o que entende Paulo de Barros Carvalho:

Os interesses públicos são inapropriáveis. O titular do órgão administrativo incumbido de representá-los não tem poder de disposição, havendo de geri-los na mais estreita conformidade do que preceitua a lei. A disponibilidade dos interesses públicos está permanentemente retida no âmbito do Estado, que a manipula de modo soberano, exercitando a sua função legislativa. Corolário desse princípio, no terreno dos tributos, é a premência absoluta de lei, em toda a circunstância em que o administrador tributário cabe remitir débitos, transigir, efetuar compensações ou lidar, de algum modo, com a titularidade de bens ou interesses do Erário.¹⁸ (grifo nosso)

Para Regina Helena Costa, o princípio da indisponibilidade se impõe ao legislador e ao administrador, principalmente no trato de institutos que impliquem manejo do crédito tributário, como isenção, compensação, transação, remissão e anistia.¹⁹

Os autores citados reconhecem, com acerto, na exigência de lei autorizadora para a transação, a afirmação do princípio da indisponibilidade do interesse público, não encontrando óbice à aplicação do instituto à seara tributária:

O princípio da indisponibilidade dos bens públicos impõe seja necessária previsão normativa para que a autoridade competente possa entrar no regime de concessões mútuas, que é da essência da transação.²⁰

Entretanto, a objeção (que feriria o princípio da indisponibilidade do interesse público) não nos parece válida, uma vez que a transação, nesse

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 101.

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.

¹⁹ Cf. COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60.

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 500.

contexto, somente poderá ser efetuada observados os parâmetros fixados na Constituição e na lei, em consonância com o aludido princípio. Autêntico instrumento de praticabilidade tributária, por vezes a transação revelar-se-á mais vantajosa ao interesse público do que o prolongamento ou eternização do conflito.²¹

Ressalte-se, ainda, a natureza instrumental da tributação. Muitos doutrinadores sustentam que o tributo integra a categoria dos interesses (públicos) secundários (ou instrumentais) do Estado, os quais podem ser dispostos, sempre por intermédio de lei, nos limites do ordenamento, na persecução dos interesses públicos primários, indisponíveis.²²

4. TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E CONTORNO TRAÇADO PELA NORMA GERAL DO ARTIGO 171 DO CTN

O Art. 146, III, b da Constituição Federal disciplina que compete à lei complementar estabelecer NORMAS GERAIS em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966), recepcionado como lei complementar, é um dos principais instrumentos normativos que veiculam NORMAS GERAIS em matéria tributária, notadamente em relação ao nascimento e à extinção da obrigação tributária.

O Art. 156, III do CTN enumera a transação como uma das formas de extinção da obrigação tributária. O Art. 171 do CTN dá o molde em que a transação tributária será permitida e validada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Não há dúvida, portanto, de que os artigos 171 e 156 do CTN veiculam NORMAS GERAIS que obrigam a todos os entes políticos, impondo limites ao exercício da sua competência tributária.

Dispõem os artigos em comento:

CTN, Artigo 171 – A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção do crédito tributário.

²¹ COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 265.

²² O tema será abordado no Capítulo 3.

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

CTN, Artigo 156. Extinguem o crédito tributário;

III – a transação;

A partir da leitura da norma geral, cumpre examinar os elementos essenciais da transação no âmbito do Direito Tributário brasileiro, dos quais não pode se afastar o legislador ordinário.

4.1. Transação tributária e faculdade do ente político

A norma geral do Art. 171 do CTN confere uma *faculdade* (“a lei *pode*”) ao ente tributante para, por intermédio de lei, autorizar a celebração de transação pelos sujeitos ativo e passivo de obrigação tributária, nas condições e limites que estabeleça.

A norma geral abriu espaço para a opção política – prévia e necessária – ao exercício da competência tributária de “dispor” do tributo pelo instituto da transação tributária.

Dentro do Estado Democrático de Direito, a função política traduz-se em *iniciativas*, em *opções de governo*, em *escolhas* que irão influir e influenciar toda a sociedade.²³

O ente político, portanto, por disposição expressa da norma geral, não é obrigado a instituir a transação tributária, podendo, no entanto, a qualquer tempo, dependente sempre de uma opção política sua, autorizar a transação, mediante o *exercício* de sua competência legislativa.

Por consequência, a transação facultada no art. 171 do CTN, por si só, não gera ao sujeito passivo direito subjetivo à celebração de acordo.

De outro turno, caso o ente político *opte* por autorizar a transação, veiculando lei permissiva, o acordo será, também, uma faculdade conferida ao sujeito passivo (“a lei *pode facultar* aos sujeitos ativo e *passivo*”), a quem compete, voluntariamente, aderir e comprovar o preenchimento das condições pré-estabelecidas. Ao administrador tributário, neste caso, cumprirá analisar o efetivo preenchimento das condições exigidas na lei permissiva e, caso preenchidas, celebrar a transação.

4.2. Transação tributária e lei permissiva

A norma geral do Art. 171 do CTN exige “lei” para que o ente político autorize a transação tributária, exigência reforçada pela norma geral do Art. 97, VI do CTN.²⁴

²³ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 53.

²⁴ CTN, art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

Não é demais repisar que somente o ente político competente para instituir o tributo é o competente para dispor dele, inclusive por intermédio da transação tributária.

A repartição constitucional de competências, notadamente a competência tributária, é da essência do pacto federativo e da autonomia municipal e distrital, consagrados como princípios intangíveis ao constituinte derivado.²⁵

Quem tem competência (constitucional) para tributar, ou seja, criar unilateralmente determinado tributo, na disciplina e nos limites traçados na própria Constituição, tem competência (privativa) para, do mesmo modo, aumentar o tributo, minorá-lo, isentá-lo, no todo ou em parte, ou não tributar. Tudo vai depender, mais uma vez, de uma decisão política do ente tributante.²⁶

Não basta que o ente político competente para criar o tributo autorize a transação por meio de lei: a lei deve ser *específica*.

Por exigência do Art. 150, § 6º da CF, nas hipóteses em que haja concessão de incentivos e benefícios fiscais que impliquem algum tipo de exoneração, entre eles subsídios, isenções, reduções de base de cálculo, concessões de crédito presumido, anistias e remissões, sua outorga deverá ser feita por lei *específica*.

Ao exigir *lei específica*, o dispositivo constitucional visa a impedir que benefícios ou incentivos fiscais de qualquer ordem sejam concedidos no bojo de leis totalmente estranhas à matéria, como forma de ocultar favorecimentos e privilégios contrários ao interesse público.

Como o núcleo das concessões recíprocas poderá envolver incentivos ou benefícios fiscais que impliquem algum tipo de exoneração, a exigência constitucional de lei específica é também aplicável à transação tributária.

Por outro lado, em relação aos destinatários da norma, a lei de transação poderá ser geral, ou seja, dirigida a todos os sujeitos passivos *in abstracto* que preencham as condições nela estabelecidas, e poderá ser específica, no sentido de ser dirigida a determinado contribuinte e/ou à determinada situação, sempre com vistas ao interesse público.

4.3. Sujeitos da transação tributária

O art. 171 do CTN estabelece que apenas os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária podem celebrar transação, excluído, portanto, qualquer outro

^{vi} – as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

²⁵ No ordenamento jurídico brasileiro, a *competência tributária* é um tema exclusivamente constitucional, esgotado pelo constituinte. Entre as suas características, encontra-se a privatividade, ou seja, cada ente político possui faixas tributárias privativas, que excluem, automaticamente, a competência dos demais entes políticos. (Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: RT, 1998, p. 248 e 255)

²⁶ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: RT, 1998, p. 244.

interessado que não possa figurar em uma dessas posições. Nisso, guarda paralelo com o direito privado, que restringe a transação ao credor e ao devedor da obrigação (CC, Art. 844).

São elementos definidores da estrutura básica de qualquer relação jurídica: o sujeito ativo, titular do direito subjetivo; o sujeito passivo, de quem se pode exigir determinada prestação; e o objeto, centro de convergência do direito e do dever.²⁷

Nas relações jurídicas tributárias são encontrados dois tipos de relação jurídica: as patrimoniais (obrigação), previstas na regramatriz de incidência, e as que fazem irromper meros deveres administrativos.

A relação jurídica tributária está prescrita no consequente normativo da regramatriz de incidência²⁸, juntamente com seus sujeitos e seu objeto, e decorre do acontecimento *in concreto* do fato descrito hipoteticamente no antecedente da norma.

O sujeito ativo da relação jurídica tributária é a pessoa titular do direito subjetivo de exigir a prestação, pecuniária, nos nexos obrigacionais; e não pecuniária ou insusceptível de avaliação econômica, nas relações que veiculam meros deveres instrumentais ou formais.

O Art. 119 do CTN restringe indevidamente a figura do sujeito ativo à pessoa jurídica de direito público, titular da competência tributária para criar o tributo. O dispositivo é incompleto diante dos mandamentos constitucionais que autorizam às pessoas políticas titulares da competência tributária (indelegável) a transferência da capacidade ativa (delegável) a entes públicos ou privados, que passam a figurar como sujeito ativo do vínculo obrigacional, tendo o direito de exigir e arrecadar a prestação devida pelo sujeito passivo. O conceito de sujeito ativo, portanto, deve ir além do dispositivo do CTN, abraçando o colorido que lhe empresta o texto constitucional.²⁹

Em suma, será sujeito ativo da obrigação tributária, e, por consequência, da transação, a pessoa política dotada da competência constitucional tributária para criar o tributo (o direito de exigir, neste caso, é consequência óbvia do direito de instituir) ou a quem, segundo as regras constitucionais e designado na regramatriz de incidência, for transferido o direito de arrecadar e fiscalizar, ou seja, de exercer a capacidade tributária ativa.

²⁷ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 346.

²⁸ Regina Helena Costa conceitua hipótese de incidência ou regramatriz de incidência e destaca os seus elementos constitutivos: “Entende-se por hipótese de incidência tributária a descrição legislativa de um fato que, uma vez acontecido, enseja o nascimento da obrigação tributária [...]. Trata-se, portanto, de uma situação fática, apontada na lei, como apta a deflagrar o surgimento da obrigação de pagar o tributo. [...] A hipótese de incidência tributária desdobra-se em antecedente e consequente. No antecedente, descreve o fato, apontando as coordenadas de espaço e tempo de sua ocorrência. No consequente, prescreve uma relação jurídica dela decorrente, indicando seus sujeitos, bem como seu objeto. Para efeitos didáticos a hipótese de incidência pode ser cindida em cinco aspectos ou critérios: no antecedente, figuram os aspectos material, espacial e temporal; no consequente, os critérios pessoal e quantitativo [...]” (*Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186).

²⁹ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332.

Assim como o sujeito ativo, os elementos para determinação do sujeito passivo estão fixados na regramatriz de incidência.³⁰

O sujeito passivo deve estar investido de *capacidade tributária passiva*, ou seja, possuir aptidão para figurar no polo passivo da relação jurídica tributária, inaugurada com a ocorrência, no mundo físico, do fato descrito na hipótese de incidência, gerando o dever jurídico de pagamento da prestação.

Tal aptidão pressupõe seja o sujeito passivo dotado de personalidade jurídica, nos termos em que é definida pela lei civil, sob pena da obrigação se tornar inexigível, “em função da inaplicabilidade de cadeias de dispositivos de direito processual, que dão significado e coatividade às aspirações fazendárias.”³¹

Distinta é a *capacidade para praticar o fato jurídico tributário*, no qual o legislador, dentro dos limites constitucionais, é livre para eleger qualquer fato lícito da vida e elevá-lo ao patamar de hipótese de incidência, cuja realização no mundo físico ensejará o nascimento da relação jurídica tributária, *independentemente da capacidade jurídica de quem o pratique ou dele participe* (CTN, Art. 126)³². Sempre que o legislador pretender inscrever na hipótese normativa *fato praticado por sujeito sem personalidade jurídica*, deverá cuidar para indicar no critério pessoal do consequente normativo “pessoa física ou jurídica, escolhida no quadro daquelas previstas e admitidas no segmento das regras de direito privado, para o fim de responsabilizar o ente que promoveu o evento”³³, dotada, portanto, de capacidade tributária passiva, sob pena de criar uma obrigação inexigível.

Concluindo, na seara da transação tributária, poderá figurar como transator, juntamente com o sujeito ativo, o sujeito passivo da obrigação tributária, indicado no critério pessoal do consequente normativo como devedor da prestação e, por consequência, possuidor de personalidade jurídica.

4.4. Transação tributária e finalidade terminativa de litígio

A norma geral do art. 171 do CTN prevê que a transação tributária deverá pôr fim ao litígio: “A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, [...] celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação do litígio e consequente extinção do crédito tributário.”

³⁰ Mais precisamente, no critério pessoal do consequente da regramatriz de incidência.

³¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 345.

³² O Art. 126 do CTN utiliza a expressão capacidade tributária em dois sentidos: capacidade para a prática do fato jurídico tributário, que prescinde de personalidade jurídica, e capacidade para figurar no polo passivo da relação jurídica tributária, que se instaura a partir da prática do fato e para a qual a pessoa deverá possuir personalidade jurídica, nos termos do direito civil.

³³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 347.

É consenso o entendimento de que o legislador do CTN cometeu erro material ao lançar mão da redação “determinação de litígio” em lugar de “terminação de litígio”. O equívoco na redação não macula o sentido da norma geral, que é claro: a transação, quando celebrada na seara tributária, terá sempre caráter resolutório de litígio.

Aqui está uma diferença fundamental entre a transação do direito privado e a transação tributária: na transação civil, o consenso visa tanto a *prevenir* como a *terminar* litígios³⁴; na transação tributária, apenas *terminar* litígios.

4.4.1. Litígio judicial e litígio administrativo

A boa doutrina considera cabível a transação tributária que envolva litígio, tanto no âmbito judicial quanto no âmbito administrativo. Para Paulo de Barros Carvalho, o entendimento mais amplo não desnatura o instituto, nem vai contra a racionalidade do sistema, e ressalta o fato do legislador do CTN não ter primado pelo rigor nos termos técnicos:

Ao contrário do que sucede no direito civil, em que a transação tanto previne como termina o litígio, nos quadrantes do direito tributário só se admite a transação terminativa. Há de existir litígio para que as partes, compondo seus mútuos interesses, transijam. Agora, divergem os autores a propósito das proporções semânticas do vocábulo litígio. Querem alguns que se trate de conflito de interesses deduzido judicialmente, ao passo que outros entendem a acepção a ponto de abranger as controvérsias meramente administrativas. Em tese, concordamos com a segunda alternativa. O legislador do Código não primou pela rigorosa observância das expressões técnicas, e não vemos por que o entendimento mais largo viria em detrimento do instituto ou da racionalidade do sistema. (grifo nosso)³⁵

No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado:

[...] para que seja possível a transação no Direito Tributário impõe-se tenha sido instaurado o litígio, mas não há de se exigir que este se caracterize pela propositura da ação judicial.³⁶

³⁴ Código Civil, Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 500-501.

³⁶ MACHADO, Hugo de Brito. A Transação no Direito Tributário. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. Volume 75, dezembro, p. 60/70. São Paulo: Ed. Dialética, 2001 apud FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *A transação tributária como expressão dos direitos do cidadão*. Recife: Edições Bagaço, 2004, p. 142.

4.4.2. Litígio e momento de sua instalação

Considerando-se a limitação, imposta pela norma geral, da finalidade da transação às hipóteses de terminação de litígio, qual o momento em que o litígio pode ser considerado instalado, ensejando a possibilidade de transação tributária?

Hugo de Brito Machado considera necessário que se tenha estabelecido uma pendência, com a abertura de um procedimento administrativo passível de julgamento por órgão administrativo competente, para que se considere existente um *litígio administrativo* autorizador de transação tributária. Entende que esse momento, num auto de infração, seja o da respectiva impugnação pelo sujeito passivo:

Basta que tenha sido impugnado, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, um auto de infração contra o mesmo lavrado. É necessário que se tenha estabelecido uma pendência, dando lugar à instauração de um procedimento administrativo a ser julgado pelo órgão administrativo competente.³⁷

Seguindo essa linha de entendimento, foi editada a nova lei paulista que regula o processo administrativo tributário decorrente de lançamento de ofício (Lei nº 13.457/2009). O seu artigo 33 estabelece que o “processo administrativo” tem origem na efetiva apresentação da defesa pelo autuado.³⁸ Somente a partir desse momento, quando caracterizado — na forma da lei estadual — o litígio, instaura-se o contencioso administrativo, com todas as garantias processuais administrativas a ele atinentes, passível de apreciação pelo órgão julgador.

O *litígio judicial*, por sua vez, seguindo o mesmo raciocínio, estaria instalado com a oposição de embargos ao devedor na execução fiscal, com o processamento de exceção de pré-executividade ou com o ajuizamento de ação autônoma, visando à alteração ou a desconstituição da obrigação.

Cledson Moreira Galinari considera que a existência de *litígio latente*, anterior à impugnação do lançamento, *na iminência de ser posto à apreciação de uma instância administrativa ou judicial*, atenderia à exigência da norma geral. Defende o autor que, se o litígio puder ser conhecido, não há por que negar-lhe a possibilidade de resolução pela transação. Cita o exemplo do agente fiscal que, antes de qualquer autuação,

³⁷ MACHADO, Hugo de Brito. A Transação no Direito Tributário. In: Revista Dialética de Direito Tributário. Volume 75, dezembro, p. 60/70. São Paulo: Ed. Dialética, 2001 apud FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *A transação tributária como expressão dos direitos do cidadão*. Recife: Edições Bagaço, 2004, p. 142.

³⁸ Art. 33 – O processo administrativo tributário regulado por esta lei tem por origem a apresentação de defesa, em face de auto de infração lavrado por Agente Fiscal de Rendas.

notifica o sujeito passivo a adequar-se a alguma conduta que a Administração entende correta, oferecendo-lhe alguma vantagem prevista em lei.³⁹

O exemplo trazido pelo autor, muito oportuno, é analisado em paralelo com as práticas de ajustamento de conduta entre Poder Público e administrados, amplamente adotadas na esfera do direito ambiental e do direito econômico, dando indícios da sua adequação perante o ordenamento.

Não encontramos obstáculos para que tais situações, prévias à instauração do contencioso tributário propriamente dito, sejam consideradas litigiosas, para o fim de celebrar transação tributária, desde que contempladas na lei permissiva.

4.4.3. Alcance do litígio na transação tributária

O litígio pressupõe dúvida ou incerteza e caracteriza-se pela controvérsia ou pretensão resistida. A transação, logicamente, como se destina a pôr fim a litígio, pressupõe dúvida e incerteza sobre direitos ou situações. Não havendo dúvida ou incerteza passível de concessões mútuas, estar-se-ia diante de remissão ou anistia, não de transação.⁴⁰

Os estudiosos do tema sustentam que a dúvida ou incerteza passível de transação é aquela residente nas *questões de fato não suficientemente provadas*, afastando a possibilidade de transação em relação às questões de direito, uma vez que a obrigação tributária decorre de lei e não pode, pelo consenso, ser alterada.

Para Heleno Taveira Tórres, a transação estaria limitada aos casos em que se reconhece efetiva incerteza geradora de litígio, nos quais a Administração, por si própria, não pode alcançar, satisfatoriamente, um resultado mais compatível com o princípio inquisitório e da verdade material⁴¹, princípios orientadores do processo administrativo tributário. A transação, portanto, seria aplicável onde a Administração não tem certeza da ocorrência do fato jurídico tributário ou na interpretação dos fatos jurídicos, especialmente nos casos sujeitos a regime de presunções, quando houver dificuldade de demarcação de conceitos fáticos e quando não houver provas ou forem estas insuficientes.⁴²

³⁹ Cf. GALINARI, Cledson Moreira. *A aplicabilidade da transação no direito tributário brasileiro*. Disponível em: <http://www.apet.org.br/artigos/ver.asp?art_id=300&autor=Omar%20Tanus%20de%20Araujo%20Maluf>. Acesso em: 07 set. 2010.

⁴⁰ Cf. RIBAS, Antonio Souza; RIBAS, Lidia Maria Lopes Rodrigues. Arbitragem como meio alternativo na solução de controvérsias tributárias. In: *Revista tributária e de finanças públicas*. Volume 60, ano 13, janeiro/fevereiro, p. 228-229. São Paulo: RT, 2005.

⁴¹ Cf. TÓRRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflito entre a Administração e Contribuintes – simplificação e eficiência administrativa. In: *Biblioteca Digital Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Volume 2, ano 1, março, p. 11. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. Disponível em: <<http://www.editforum.com.br/bid/bidPrintConteudo.aspx?idConteudo=12929>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

⁴² Cf. TÓRRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas

O catedrático espanhol José Juan Ferreiro Lapatza, grande defensor da transação em matéria tributária, ressalta que o instituto é restrito às situações de incerteza, não cabendo sobre fatos descobertos e comprovados pela Administração.⁴³

Cledson Moreira Galinari⁴⁴ observa que não há transação sobre fatos ou sobre direitos, mas apenas fundada em *dúvida* de fato ou *dúvida* de direito. Afirma, com acerto, que a dúvida acerca da legalidade da *interpretação* do Fisco, veiculada por ato infralegal, seria passível de transação, notadamente se já contar com decisões desfavoráveis do Judiciário.

Na mesma linha, Rubens Miranda de Carvalho⁴⁵ considera que os acordos transacionais podem ser substitutivos ou integrativos de uma decisão ou resolução da Administração, para tornar mais claro o seu sentido.

Rubens Miranda Carvalho vai além. Considera que a *dúvida* de que se reveste o litígio pode resultar não somente do resultado incerto da lide tributária, mas também da *possibilidade material de realização do crédito em função da inexistência de bens do devedor*. A incerteza em relação à realização do crédito tributário por falta de bens seria suficiente, na visão do autor, para dar ensejo à transação, nos moldes e condições definidos em lei.⁴⁶

De nossa parte, entendemos nada impedir que o legislador infraconstitucional, ao disciplinar a transação em seu âmbito de competência, crie critérios mais amplos para estabelecer, com vistas à transação, se uma questão é litigiosa. Cuida-se, nesse aspecto, do poder qualificador do legislador tributário, que empresta características próprias a institutos regulados em outros ramos do direito. A legitimidade dessa qualificação dependerá do conjunto de condições e concessões recíprocas estabelecidas na lei autorizadora e das situações que visará atingir, compondo um todo harmônico que reflita a inteligência da lei e seu foco no interesse público.

para resolução de conflito entre a Administração e Contribuintes – simplificação e eficiência administrativa. In: *Biblioteca Digital Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Volume 2, ano 1, março, p. 6. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. Disponível em: <<http://www.editforum.com.br/bid/bidPrintConteudo.aspx?idConteudo=12929>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

⁴³ Cf. LAPATZA, José Juan Ferreiro. Solución convencional de conflictos em matéria tributária. In: *Revista Argentina de Derecho Tributario*. Volume 2, p. 339. Buenos Aires: Universidad Austral, Faculdade de Derecho, 2001 apud RIBAS, Antonio Souza; RIBAS, Lidia Maria Lopes Rodrigues. Arbitragem como meio alternativo na solução de controvérsias tributárias. In: *Revista tributária e de finanças públicas*. Volume 60, ano 13, janeiro/fevereiro, p. 231. São Paulo: RT, 2005.

⁴⁴ Cf. GALINARI, Cledson Moreira. *A aplicabilidade da transação no direito tributário brasileiro*. Disponível em: <http://www.apet.org.br/artigos/ver.asp?art_id=300&rautor=Omar%20Tanus%20de%20Araujo%20Maluf>. Acesso em: 07 set. 2010.

⁴⁵ Cf. CARVALHO, Rubens Miranda. *Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionadas de solução de lides tributárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 97.

⁴⁶ Cf. CARVALHO, Rubens Miranda. *Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionadas de solução de lides tributárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 186.

4.5. *Transação tributária e concessões recíprocas*

O leque de possibilidades — e de impossibilidades — se abre quando o tema é o que pode ser objeto de concessão na transação tributária. De utilização ainda tímida no Brasil, pouco se tem para o estudo da casuística e seu confronto com algumas das limitações impostas pela doutrina, de sorte que ateste sua legitimidade.

As possibilidades e os limites aqui propostos, frutos de nossa pesquisa, funcionam menos como barreiras e mais como indicativos dos pontos nos quais o legislador deverá se deter no momento de traçar os contornos da autorização transacional.

Em nosso sentir, a transação tributária, mesmo sob os limites da norma geral, tem grande amplitude. Sua legitimidade dependerá das condições, limites e graduações que a lei permissiva estabelecer, formando um todo harmônico, que evidencie, ou não, o interesse público em atendimento.

4.5.1. *Concessões mútuas*

A norma geral do artigo 171 do CTN estabelece que a transação tributária envolverá concessões mútuas, repisando, nesse ponto, a disciplina do instituto no âmbito do direito privado (CC, Art. 840).

São da essência da transação as concessões de lado a lado. Não se cuidará de transação se somente uma parte conceder. Caso isso ocorra, estaremos diante de outros institutos: remissão, dação em pagamento, doação ou mera desistência.⁴⁷

Todavia, até por que os interesses em conflito não estão na mesma medida, as concessões não terão de ser iguais ou equivalentes.

4.5.2. *Concessões recíprocas e crédito tributário*

Questão tormentosa é a que diz respeito à possibilidade da transação envolver o próprio crédito tributário, porquanto afetado pela indisponibilidade do interesse público.

Decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público a compreensão de que o administrador não é titular, nem tem poder de disposição dos interesses públicos, cabendo apenas geri-los, nos termos estritos da lei. Somente o Estado, seu titular, quando exerce função legislativa, tem o poder de dispor desses interesses,

⁴⁷ Para Ricardo Lobo Torres: “Renúncia ao litígio fiscal sem a correspondente concessão é mera desistência, e, não transação” (*Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 298).

segundo os limites da Constituição e sempre com vistas, mais uma vez, ao próprio interesse público, razão de existir do Estado.⁴⁸

O desdobramento desse princípio em relação à tributação é a necessidade absoluta de lei para que o Estado autorize qualquer forma de exoneração.

Aspecto complementar e importante que merece ser destacado é a noção de que o tributo enquadra-se na categoria dos interesses públicos secundários do Estado, os quais, por não serem a razão última de existir do Estado, revelam-se instrumentais à satisfação dos interesses públicos primários, assim qualificados pela Constituição. Em função da sua natureza instrumental, os interesses públicos secundários podem ser dispostos, sempre por intermédio de lei e nos limites do ordenamento, quando essa disposição se revele essencial ao atingimento do interesse público (primário) colimado.

Selma Lemes, reconhecida autoridade em arbitragem e autora de excelente obra sobre a arbitragem na Administração Pública, assevera que os interesses públicos secundários, com características patrimoniais, por sua natureza instrumental de satisfação dos interesses primários, são passíveis de disposição:

Podemos classificar os interesses públicos em “primários” e “secundários” (instrumentais ou derivados). Os interesses públicos primários são indisponíveis e, por sua vez, os interesses públicos derivados têm natureza instrumental e existem para operacionalizar aqueles, com características patrimoniais e, por isso são disponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral.⁴⁹

Rubens Miranda de Carvalho considera que o crédito de origem tributária, por pertencer ao patrimônio do Estado, pode ser disponibilizado, nada impedindo que seja objeto de transação, a não ser a ausência de lei autorizadora.⁵⁰

Hugo de Brito Machado entende que o tributo, como os bens públicos em geral, é patrimônio do Estado. Indisponível no dia a dia da atividade administrativa, porém, disponível ao Estado, seu titular, pela via legislativa, sempre para a proteção e realização da finalidade pública.⁵¹

Importante ressaltar que não há no ordenamento jurídico nenhuma proibição à transação em relação ao crédito tributário. Em lugar de proibição, há previsão na

⁴⁸ O tema é abordado no capítulo 2.

⁴⁹ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 131.

⁵⁰ Cf. CARVALHO, Rubens Miranda. *Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionadas de solução de lides tributárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 103-104.

⁵¹ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. In: *Biblioteca Digital Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Volume 28, ano 5, julho, p. 2-3. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007. Disponível em: <<http://www.editforum.com.br/bid/bidPrintConteudo.aspx?idConteudo=46896>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

norma geral do Art. 171 do CTN de que a transação tributária será causa extintiva, total ou parcial, do crédito tributário.

Nesse sentido, Walter Paldes Valério, nos idos de 1970, com maestria já destacava a impropriedade das críticas à transação que envolvesse o crédito tributário:

Alguns autores relutam em admitir a aplicação da transação aos créditos tributários definitivamente constituídos, isto é, líquidos e certos, por entenderem que o Fisco não tem disponibilidade sobre a receita tributária, para efetuar concessões respeito a ela. O certo, porém, é que a legislação tributária, expressamente, não só acolhe a transação, como, de forma inequívoca, permite se façam, entre os sujeitos ativo e passivo, concessões recíprocas, composição de interesses, para encerramento de litígio e consequente extinção do crédito fiscal. E, porque, na realidade, não existe disponibilidade da receita tributária por parte da autoridade arrecadadora, a transação somente é válida se realizada nas condições e sob as garantias que forem estipuladas especificamente em texto de lei.⁵²

4.6. Transação tributária e condições estabelecidas na lei permissiva

A norma geral do Art. 171 do CTN disciplina que a transação será feita nas “condições” que a lei permissiva estabelecer.

Como examinado, exsurge do princípio da indisponibilidade do interesse público a noção de que, onde houver disposição, deverá haver autorização legal específica, limitando e balizando essa disponibilidade, pois apenas o Estado é competente para dispor, nos limites do ordenamento e nos termos da lei expedida, não o administrador.

As condições e limites para a transação, portanto, além de compatíveis com a norma geral, deverão ser fixadas em lei específica. Na ausência dessa materialidade, a lei permissiva será inconstitucional.

4.6.1. Discricionariedade administrativa

A discricionariedade envolvida na transação, alvo de críticas apressadas, constitui-se um dos pilares de resistência à transação tributária no Brasil. Por temor a uma atuação arbitrária da Administração, ou seja, um agir com favorecimentos,

⁵² VALÉRIO, Walter Paldes. Programa de Direito Tributário. Porto Alegre: Ed. Sulina, 1970, p. 163 apud CARVALHO, Rubens Miranda. *Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionadas de solução de lides tributárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 188.

discriminação e tendencionismos, nega-se o próprio instituto da transação e toda a normatividade de direito público. O temor, como será visto, não se justifica.

O legislador infraconstitucional, ao definir as condições em que a transação poderá ocorrer, poderá, ou não, abrir margens discricionárias à administração.

A abertura de margens discricionárias pressupõe a fixação de balizamentos, pela lei permissiva, para atuação da administração no caso concreto, porquanto há o reconhecimento do legislador de que não pode disciplinar todas as situações, nem prever todas as nuances, para atingir de forma mais plena o interesse público finalístico da norma.

O agir vinculado e o agir discricionário são construções lapidares do Direito Administrativo, fruto da evolução da Sociedade Democrática e do Estado de Direito, para afastar a arbitrariedade do poder e manter a Administração Pública na postura prossecutora dos interesses da coletividade.

A atuação da administração deve se pautar na “boa administração”, na eficácia⁵³, para buscar, sempre, em qualquer situação, a decisão ou opção que melhor atenda ao interesse comum.

O dever de boa administração, princípio que rege toda a atividade da Administração Pública, *seja no agir vinculado, seja no agir discricionário*, implica *dever jurídico* de busca e opção pela decisão ou ação que melhor atenda, à fivela, o interesse público visado na lei.⁵⁴

A discricionariedade não é, portanto, um poder arbitrário conferido à Administração Pública, mas um dever-poder que deve ser exercido estritamente preso ao desiderato maior de atender da melhor maneira possível ao bem comum.⁵⁵

De outra sorte, sempre haverá um *quantum* de apreciação pessoal, no ato administrativo, por parte do agente da Administração⁵⁶, sendo impossível retirar a

⁵³ O princípio da eficiência ou eficácia administrativa, erigido à categoria de princípio expresso pela EC nº 19/1998, é uma faceta do princípio maior da “boa administração”, amplamente estudado pelo direito italiano. É o “dever jurídico” da atividade administrativa ser desenvolvida “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto”. Como bem ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da eficiência somente pode ser concebido no âmago do princípio da legalidade, princípio maior que rege o Direito Público, pois “jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o princípio administrativo por excelência” (cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 122).

⁵⁴ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 32-33.

⁵⁵ Cf. BATISTA JR, Onofre Alves. Transação no Direito Tributário, discricionariedade e interesse público. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. Volume 83, p. 122. São Paulo: Ed. Dialética, 2002.

⁵⁶ Cf. TÓRRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflito entre a Administração e Contribuintes – simplificação e eficiência administrativa. In: *Biblioteca Digital Revista Fórum de Direito Tributário – RFDFT*, Volume 2, ano 1, março, p. 11. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. Disponível em: <<http://www.editforum.com.br/bid/bidPrintConteudo.aspx?idConteudo=12929>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

apreciação subjetiva do comportamento da Administração, ainda que em atuação vinculada. Paulo de Barros Carvalho, com a maestria que lhe é peculiar, assim observa:

[...] não creio possa existir comportamento da Administração destituído de apreciação subjetiva. (p. 372)

[...] a vinculação que se predica diz respeito ao procedimento e não ao ato. O caráter vinculado ou discricionário mora na atividade procedimental, não no seu produto: o ato de lançamento. Acaso nos deparássemos com dois documentos atestatórios de atos jurídicos administrativos, sendo um proveniente de atividade vinculada e outro oriundo de atividade discricionária, nenhum traço específico remanesceria para denunciar a vinculação ou discricionamento com que o expediente foi realizado, a não ser, é claro, que conheçamos as regras que presidiram sua celebração. (p. 379)⁵⁷

A lei deverá estabelecer os limites em que a administração possa celebrar transações nos conflitos tributários, definindo procedimentos e parâmetros que garantam a imparcialidade, a moralidade e a eficiência⁵⁸, inexistindo qualquer óbice à abertura de margens discricionárias.

4.7. Transação e efeito de extinção do crédito tributário

A norma geral do artigo 171 do CTN estabelece que a transação deverá pôr fim a litígio e extinguir o crédito tributário (“importe em determinação do litígio e extinção do crédito tributário”).

A dupla finalidade da norma permissiva é relativa. A transação tributária se destina, de fato, a por fim a litígio, porém, nem sempre terá como consequência a extinção da obrigação tributária.

Nem o fato de a transação tributária compor o rol de causas extintivas da obrigação tributária da norma geral do Art. 156 do CTN altera a sua condição de mero instrumento viabilizador da extinção da obrigação, que poderá, ou não ocorrer, dependente, sempre, do adimplemento do que for pactuado.

⁵⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 372 e 379 apud TÔRRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflito entre a administração e contribuintes – simplificação e eficiência administrativa. In: *Biblioteca Digital Revista Fórum de Direito Tributário* – RFDT, Volume 2, ano 1, março, p. 11. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. Disponível em: <<http://www.editforum.com.br/bid/bidPrintConteudo.aspx?idConteudo=12929>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

⁵⁸ Cf. RIBAS, Antonio Souza; RIBAS, Lidia Maria Lopes Rodrigues. Arbitragem como meio alternativo na solução de controvérsias tributárias. In: *Revista tributária e de finanças públicas*. Volume 60, ano 13, janeiro/fevereiro, p. 229. São Paulo: RT, 2005.

Rubens Miranda de Carvalho considera que a correta interpretação do art. 171 do CTN deve conduzir à conclusão de que a norma permissiva possa prever até a extinção do crédito tributário, sem, contudo, constituir-se consequência necessária da terminação do litígio.⁵⁹

A transação tributária extinguirá a obrigação tributária naquilo em que a Fazenda concedeu, abriu mão. Hugo de Brito Machado considera que esta possibilidade já justifica a inclusão da transação tributária no rol de causas extintivas da obrigação do Art. 156 do CTN.⁶⁰

Acrescente-se que, acaso a lei permissiva da transação não estabeleça os meios admissíveis de finalização do litígio, indicando apenas os limites da disponibilidade, poderão ser utilizados os instrumentos indicados na norma geral de extinção do crédito tributário, ou seja, o rol do Art. 156 do CTN.⁶¹

5. TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E CONVÊNIO PARA O ICMS

Em matéria de competência tributária, somente a pessoa política que criou o tributo poderá conceder subsídio ou isenção, redução da base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, por meio de lei específica, estadual, federal ou municipal (CF, Art. 150, § 6º).

A regra geral, portanto, é a autonomia do ente político para conceder quaisquer exonerações sobre o tributo de sua competência, mediante o mesmo instrumento normativo.

Em relação ao ICMS, os entes federados não possuem autonomia para instituir tributação exceptiva, por limitação imposta pelo próprio texto constitucional, no seu Art. 155, § 2º, XII, g da Constituição Federal, que exige, para concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais, *prévia* deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos em que disciplinar a lei complementar.

A Lei Complementar nº 24/1975, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, estabelece que a forma de deliberação interestadual para a concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do ICMS é o *convênio* (Art. 1º), exigindo-se decisão unânime para a aprovação de concessão de benefícios (Art. 2º, § 2º).

⁵⁹ Cf. CARVALHO, Rubens Miranda. *Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionadas de solução de lides tributárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 153.

⁶⁰ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. In: *Biblioteca Digital Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Volume 28, ano 5, julho, p. 4. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007. Disponível em: <<http://www.editforum.com.br/bid/bidPrintConteudo.aspx?idConteudo=46896>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

⁶¹ Cf. ARAUJO, Nadja. *Transação Tributária: possibilidade de consenso na obrigação imposta*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 146-150.

O Art. 10 da LC nº 24/1975 dispõe que os convênios definirão as *condições gerais* em que os entes federados poderão conceder anistia, remissão e *transação*, bem como parcelamentos e ampliação de prazo para recolhimento do tributo.

Não obstante fundamentais para a concessão de isenções e outros incentivos fiscais, os convênios nada concedem, apenas permitem que cada ente venha a fazê-lo.

Uma questão que se apresenta é se a transação tributária, de fato, não escaparia à exigência de convênio prevista expressamente no art. 10 da LC nº 24/1975, já que o termo “transação” não foi incluído na redação do Art. 155, § 2º, XII, **g** da CF, que prevê a deliberação prévia dos Estados e DF apenas para “isenções, incentivos e benefícios fiscais”. Seria a transação tributária uma espécie do gênero “incentivo ou benefício fiscal” a justificar a exigência de convênio para estabelecer as condições gerais em que possa ser celebrada? Padeceria de inconstitucionalidade a exigência de convênio para a transação tributária prevista no artigo 10 da LC nº 24/1975?

Como amplamente tratado no presente estudo, o rol de concessões recíprocas acordadas numa transação tributária poderá envolver remissão parcial, anistia de multa e juros, parcelamento diferenciado, diferimento, entre tantos outros, ou seja, todos ou muitos dos incentivos e/ou benefícios fiscais em matéria de ICMS para os quais a Constituição Federal reservou o manto da prévia deliberação coletiva, não havendo como escapar, portanto, da disciplina do convênio.

Observe-se, contudo, que o convênio previsto no Art. 10 da LC nº 24/1975 não é fechado e impositivo, tal como aquele previsto para as isenções tributárias no Art. 1º. O convênio que versar sobre transação, anistia, remissão, moratória, parcelamento e ampliação do prazo de recolhimento, conforme letra expressa do *caput*, deverá apenas estabelecer as “condições gerais” em que os entes, “unilateralmente”, poderão conceder tais incentivos/benefícios. É o que a doutrina costuma designar *convênio autorizativo*⁶², ou seja, estabelece uma faculdade ao ente federado, que poderá, unilateralmente, conceder, mediante lei, os incentivos e benefícios nele previstos em “condições gerais”.

Há boa margem para disciplina individual da transação tributária pelo ente federado, sempre por lei ordinária, desde que, obviamente, observados os limites das “condições gerais” traçadas pelo convênio.

Entendemos, ainda, que caso a transação não envolva a concessão de benefícios ou incentivos que não os já autorizados em outros convênios ainda em vigor, correspondendo a acordo em torno de questões controvertidas, de fato ou de direito, que reduzam ou extingam o crédito tributário, não haverá a necessidade de convênio, exigindo-se, de qualquer forma, lei ordinária permissiva.

⁶² Cf. JORGE, Târsis Nametala Sarlo. *Manual do ICMS – Direito Tributário Material, Processual e Direito Penal Tributário*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 209.

6. TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA NO DIREITO COMPARADO

Para o catedrático da Universidade de Barcelona José Juan Ferreira Lapatza, no que pertine à transação e às formas alternativas de solução de conflitos tributários, os dois ordenamentos jurídicos ocidentais — o anglo-saxão e o continental — não podem deixar de ser analisados em conjunto, em função da forte influência que o sistema anglo-saxão exerceu sobre o continental nas últimas décadas.

No sistema jurídico anglo-saxão vigora o regime do autolancamento, onde o contribuinte identifica, qualifica e declara os fatos relevantes da obrigação tributária, bem como quantifica o valor do tributo devido e realiza o seu pagamento, sem intermediação da fiscalização. No sistema continental, o contribuinte apenas declara os fatos relevantes para o pagamento de tributos; é o fisco quem qualifica esses fatos e quantifica o tributo devido, atuando, portanto, na cadeia que antecede o pagamento do tributo.

A maior potencialidade de conflitos no regime de autolancamento é acompanhada, nos sistemas anglo-saxões, de ampla utilização de sistemas extrajudiciais de solução de conflitos, baseados em pactos entre a Administração e o contribuinte, que impedem que a alta litigiosidade gerada pelo sistema chegue ao Judiciário, retardando a cobrança do tributo.⁶³

Os ordenamentos jurídicos continentais, a partir da experiência bem sucedida dos Estados Unidos, importaram o modelo do autolancamento, menos oneroso para a Administração e mais eficiente para a arrecadação, porém, resistiram em acolher em seus ordenamentos os mecanismos alternativos de solução de conflitos. A consequência dessa importação pela metade foi o aumento vertiginoso das lides tributárias, com o sufocamento do Poder Judiciário, pois toda a litigiosidade naturalmente gerada pelo regime do autolancamento se resolve em demanda judicial, sem possibilidade de negociação.

O exame do direito comparado serve como identificador dos problemas em grande parte comuns enfrentados pelos ordenamentos que implantaram o regime do autolancamento sem se fazer acompanhar dos meios alternativos de solução de conflitos e sua tentativa de correção de rota.

A transação tributária no formato que vem sendo adotado por alguns ordenamentos estrangeiros, mesmo os mais exitosos, a exemplo da Itália, não pode ser simplesmente transplantado para o ordenamento brasileiro, por haver sérias

⁶³ O autolancamento reflete uma maior litigiosidade devido à extensa regulamentação do regime tributário imposto ao contribuinte, minucioso, prolixo, casuístico e obscuro, com utilização exagerada de termos ambíguos e imprecisos, de conceitos indeterminados, presunções e ficções, que mudam a realidade e limitam os meios de prova, dando margem a interpretações diversas e condutas elisivas, nem sempre aceitas pela Administração. (Cf. LAPATZA, José Juan Ferreira. *Direito tributário – teoria geral do tributo*. Tradutor Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2007, p. 372)

limitações constitucionais, uma vez que nosso sistema tributário se caracteriza por uma ampla disciplina de âmbito constitucional, tornando-o rígido e resistente a experiências mais ousadas. Contudo, a rigidez do sistema tributário brasileiro favorece uma maior reflexão em torno de temas controvertidos e exige uma ação mais madura do legislador.

6.1. Modelos estrangeiros

A Alemanha, legítima representante do sistema continental de declaração e liquidação administrativa, "*visando a eficácia da gestão, ao desafio dos tribunais e a melhorias nas relações entre a administração e os contribuintes*"⁶⁴, estabeleceu o acordo em seu sistema, por intermédio da chamada entrevista final, disciplinada no Art. 201 da Ordenação Tributária alemã, como solução alternativa à resolução judicial dos litígios.

Na França, é cada vez maior a utilização do autolancamento na gestão tributária, estando o sistema continental restrito ao IRPF (Imposto de Renda Pessoa Física).⁶⁵ A transação tributária equivale à civil e resulta em contrato entre a Administração e o contribuinte. É aplicada na redução das sanções pecuniárias.

Mais de 90% das sanções aplicadas se resolvem pela transação, evitando-se o recurso judicial.⁶⁶

A Itália foi mais longe na implantação generalizada do sistema de autolancamento. Apesar das primeiras experiências com métodos alternativos de solução de conflitos datarem de 1907⁶⁷, apenas em 1997 as modificações mais importantes foram efetivamente implantadas, motivadas pelos elevados índices de litigiosidade tributária.⁶⁸ Previsto no Decreto Legislativo nº 218, de 19/06/1997, o *accertamento con adesione* possui amplo âmbito de aplicação, tendo como fundamento a institucionalização do diálogo entre as partes.⁶⁹

⁶⁴ LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito tributário – teoria geral do tributo*. Tradutor Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2007, p. 373.

⁶⁵ Cf. LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito tributário – teoria geral do tributo*. Tradutor Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2007, p. 373.

⁶⁶ Cf. RIBAS, Antonio Souza; RIBAS, Lidia Maria Lopes Rodrigues. Arbitragem como meio alternativo na solução de controvérsias tributárias. In: *Revista tributária e de finanças públicas*. Volume 60, ano 13, janeiro/fevereiro, p. 232. São Paulo: RT, 2005.

⁶⁷ Cf. MORAIS, Carlos Yuri Araujo de. Transação e arbitragem em matéria tributária: a experiência estrangeira e sua aplicabilidade ao direito brasileiro. In *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, Volume 79, ano 16, março/abril, p. 119. São Paulo: RT, 2008.

⁶⁸ Cf. RIBAS, Antonio Souza; RIBAS, Lidia Maria Lopes Rodrigues. Arbitragem como meio alternativo na solução de controvérsias tributárias. In: *Revista tributária e de finanças públicas*. Volume 60, ano 13, janeiro/fevereiro, p. 232. São Paulo: RT, 2005.

⁶⁹ Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação tributária – introdução à justiça fiscal consensual*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 78.

O *accertamento con adesione*, *negoziato* ou *accertamento concordato* constitui-se, portanto, num acordo entre a Administração e o contribuinte, a partir de um procedimento contraditório, que culmina em compromisso sobre os aspectos controvertidos da estimativa do imposto, podendo resultar em redução ou modificação da pretensão estatal.⁷⁰

Antes do início do contraditório poderá ocorrer a *aquiescenza*, apenas para redução das sanções. No âmbito judicial existe a *conciliazione giudiziale*, com extinção do litígio, pelo consenso, e extinção do processo judicial.⁷¹

O sucesso alcançado pela Itália na redução das lides tributárias inspirou a Espanha — país da Europa que mais acolheu o sistema da autoliquidação e que mais resistiu aos mecanismos alternativos de solução de conflitos⁷² — a introduzir, ainda que timidamente, modificações em seu sistema jurídico. Em 2003, surgiu a figura da *acta com acuerdo*, prevista no art. 155 da Ley General Tributaria, nitidamente inspirada no instituto italiano.⁷³

7. CONCLUSÃO

1) Inspirada na transação do Direito Civil, a transação tributária adaptou o instituto ao regime de direito público próprio das relações jurídico-tributárias, afastando a autonomia da vontade. Com as qualificações sofridas a partir da sua disciplina pelo regime jurídico tributário, a transação particularizou-se. Não obstante haver acordo entre as partes, não há autonomia de vontade.

2) No Estado Democrático de Direito, a norma de qualquer hierarquia busca seu fundamento último de validade no texto constitucional. A transação tributária encontra seu fundamento de validade na competência tributária da pessoa política para criar e, conseqüentemente, para dispor dos tributos, mediante lei específica do ente tributante, nos limites do ordenamento (Art. 150, § 6º da CF).

3) O Direito Tributário está sujeito ao regime jurídico de direito público, que se qualifica e delimita em função de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela Administração, do interesse público. A supremacia do interesse público sobre o privado proclama a superioridade do

⁷⁰ Cf. RIBAS, Antonio Souza; RIBAS, Lidia Maria Lopes Rodrigues. Arbitragem como meio alternativo na solução de controvérsias tributárias. In: *Revista tributária e de finanças públicas*. Volume 60, ano 13, janeiro/fevereiro, p. 232. São Paulo: RT, 2005.

⁷¹ Cf. RIBAS, Antonio Souza; RIBAS, Lidia Maria Lopes Rodrigues. Arbitragem como meio alternativo na solução de controvérsias tributárias. In: *Revista tributária e de finanças públicas*. Volume 60, ano 13, janeiro/fevereiro, p. 232. São Paulo: RT, 2005.

⁷² Cf. LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito tributário – teoria geral do tributo*. Tradução Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2007, p. 381.

⁷³ Cf. MORAIS, Carlos Yuri Araujo de. Transação e arbitragem em matéria tributária: a experiência estrangeira e sua aplicabilidade ao direito brasileiro. In *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, Volume 79, ano 16, março/abril, p. 122. São Paulo: RT, 2008.

interesse da coletividade, como condição de sobrevivência e asseguramento da coletividade e do próprio particular. O princípio da indisponibilidade do interesse público implica o fato de que, na administração, os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. A Administração não titulariza interesses públicos. O titular é o Estado, que manifesta a sua vontade pela ordem legal, nos limites do ordenamento. O desdobramento desses princípios em relação à tributação e à transação tributária é a necessidade absoluta de lei para que a Administração possa remitir, transigir, compensar ou dispor de bens ou interesses em nome do Estado, sempre com vistas ao interesse público.

4) A Constituição Federal atribui à lei complementar a competência para estabelecer NORMAS GERAIS em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários (Art. 146, III, **b** da CF). O Art. 171 do CTN, normal geral, dá o molde em que a transação tributária será permitida e validada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sempre dependente de lei permissiva específica do ente tributante.

5) A repartição constitucional de competências, notadamente a competência tributária, é da essência do pacto federativo e da autonomia municipal e distrital, consagrados como princípios intangíveis ao constituinte derivado. Logo, *somente a pessoa política competente para instituir o tributo é competente para dispor dele*, inclusive por intermédio de transação tributária.

6) A norma geral do Art. 171 do CTN confere uma *faculdade* ao ente político, que poderá, ou não, autorizar a transação tributária em sua esfera de competência, mediante o exercício de sua competência legislativa. Trata-se de uma opção política a ser exercida a qualquer tempo. Por consequência, a transação facultada no Art. 171 do CTN, por si só, não gera ao sujeito passivo direito subjetivo à celebração de acordo.

7) A lei permissiva, por exigência do Art. 150, § 6º da CF, deve ser *específica*, no sentido de que deva *veicular exclusivamente matéria relativa à transação tributária*. Em relação aos destinatários da norma, a lei permissiva pode ser geral, ou seja, dirigida a todos os sujeitos passivos *in abstracto* que preenchem as condições nela estabelecidas, ou ser específica, no sentido de ser dirigida a determinado contribuinte e/ou à determinada situação, sempre com vistas ao interesse público.

8) Dispõe o art. 171 do CTN que apenas os *sujeitos ativo e passivo* da obrigação tributária podem celebrar transação, excluído, portanto, qualquer outro interessado que não possa figurar em uma dessas posições. Será *sujeito ativo* da obrigação tributária, e, por consequência, da transação, a pessoa política dotada da competência constitucional tributária para criar o tributo (o direito de exigir, neste caso, é consequência óbvia do direito de instituir) ou a quem, segundo as regras constitucionais e designado na regramatriz de incidência, for transferido o direito de arrecadar e fiscalizar, ou seja, de exercer a capacidade tributária ativa. Será *sujeito passivo* da obrigação tributária, e transator, a pessoa dotada de personalidade jurídica, indicada no critério

pessoal do conseqüente normativo como devedor da prestação, pecuniária, nos nexos obrigacionais, e não pecuniária ou insusceptível de avaliação econômica, nas relações que veiculam meros deveres instrumentais ou formais.

9) A norma geral do art. 171 do CTN prevê que a transação tributária será apenas *terminativa* de litígio, afastando a possibilidade de prevenção do litígio. Tanto o litígio judicial, quanto o administrativo são passíveis de transação tributária, pois, como bem destaca a boa doutrina, o entendimento mais amplo não desnatura o instituto, nem vai contra a racionalidade do sistema.

10) Considera-se o *litígio instalado*, no âmbito administrativo, com a abertura de um procedimento administrativo passível de julgamento por órgão administrativo competente, com a impugnação oferecida pelo sujeito passivo. A existência de *litígio latente*, prévio ao ato de impugnação ao lançamento, na iminência de ser posto à apreciação de uma instância administrativa ou judicial, poderá atender à exigência da norma geral, desde que previsto na lei permissiva, como no exemplo em que o agente fiscal de rendas, antes de qualquer autuação, notifica o sujeito passivo a adequar-se a alguma conduta que a Administração entende correta, oferecendo-lhe vantagem prevista em lei.⁷⁴

11) OS estudiosos do tema concordam que a dúvida ou incerteza passível de transação é aquela residente nas *questões de fato não suficientemente provadas*, afastando a possibilidade de transação em relação às questões de direito, uma vez que a obrigação tributária decorre de lei e não pode, pelo consenso, ser alterada. A transação, portanto, seria aplicável onde a Administração não tem certeza da ocorrência do fato jurídico tributário ou na interpretação dos fatos jurídicos, especialmente nos casos sujeitos a regime de presunções, quando houver dificuldade de demarcação de conceitos fáticos e quando não houver provas ou forem estas insuficientes. Entendemos nada impedir que o legislador infraconstitucional, ao disciplinar a transação em seu âmbito de competência, crie critérios mais amplos para estabelecer, com vistas à transação, se uma questão é litigiosa. A legitimidade dessa qualificação dependerá do conjunto de condições e concessões recíprocas estabelecidas na lei autorizadora e das situações que visará a atingir, compondo um todo harmônico que reflita a inteligência da lei e seu foco no interesse público.

12) A norma geral do artigo 171 do CTN estabelece que a transação tributária envolverá *concessões mútuas*. Não se tratará de transação caso somente uma parte conceder, e, sim, remissão, dação em pagamento, doação ou mera desistência.

13) Não há no ordenamento jurídico nenhuma proibição à transação em relação ao *crédito tributário*. Em lugar de proibição, há previsão na norma geral do art. 171

⁷⁴ Exemplo fornecido por Cleudson Moreira Galinari no seu *A aplicabilidade da transação no direito tributário brasileiro*. Disponível em: <http://www.apet.org.br/artigos/ver.asp?art_id=300&zautor=Omar%20Tanus%20de%20Araujo%20Maluf>. Acesso em: 07 set. 2010.

do CTN de que a transação tributária será causa extintiva, total ou parcial, do crédito tributário. Aspecto complementar e importante que merece ser destacado é a noção de que o tributo se enquadra na categoria dos interesses públicos secundários do Estado, os quais, por não serem a razão última de existir do Estado, revelam-se instrumentais à satisfação dos interesses públicos primários, assim qualificados pela Constituição. Em função da sua natureza instrumental, os interesses públicos secundários podem ser dispostos, sempre por intermédio de lei e nos limites do ordenamento, quando essa disposição se revele essencial ao atingimento do interesse público (primário) colimado.

14) As *condições e limites* para a transação, além de compatíveis com a norma geral, devem ser fixados em lei específica. Na ausência dessa materialidade, a lei permissiva será inconstitucional. Decorre, mais uma vez, do princípio da indisponibilidade do interesse público a noção de que, onde houver disposição, deverá haver autorização legal específica, limitando e balizando essa disponibilidade, pois apenas o Estado é competente para dispor, nos limites do ordenamento e nos termos da lei expedida, não o administrador.

15) O legislador infraconstitucional, ao definir as condições para a transação, poderá, ou não, abrir *margens discricionárias* à Administração. A abertura de margens discricionárias pressupõe a fixação de balizamentos, pela lei permissiva, para atuação da Administração no caso concreto, porquanto há o reconhecimento do legislador de que não pode disciplinar todas as situações, nem prever todas as nuances, para atingir de forma mais plena o interesse público finalístico da norma. A discricionariedade não é, portanto, um poder arbitrário conferido à Administração Pública, mas um dever-poder que deve ser exercido estritamente preso ao desiderato maior de atender da melhor maneira possível ao bem comum.

16) A norma geral do artigo 171 do CTN estabelece que a transação deverá pôr fim a litígio e extinguir o crédito tributário. A transação tributária se destina, de fato, a pôr fim a litígio, porém, *nem sempre terá como consequência a extinção da obrigação tributária*. Trata-se de instrumento *viabilizador* da extinção da obrigação, que poderá, ou não, ocorrer, dependente, sempre, do adimplemento do que for pactuado, sendo irrelevante, portanto, o fato da transação compor o rol de causas extintivas da obrigação tributária (Art. 156 do CTN).

17) Em relação ao ICMS, os entes federados não possuem autonomia para instituir tributação exceptiva, por limitação imposta pelo próprio texto constitucional, no seu Art. 155, § 2º, XII, g da Constituição Federal, que exige, para concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais, *prévia* deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos em que disciplinar a lei complementar. O Art. 10 da LC nº 24/1975 dispõe que os *convênios* definirão as *condições gerais* em que os entes federados poderão conceder anistia, remissão e *transação*, bem como parcelamentos e ampliação de prazo para recolhimento do tributo.

Entendemos que, caso a transação não envolva a concessão de benefícios ou incentivos que não os já autorizados em outros convênios ainda em vigor,

correspondendo a acordo em torno de questões controvertidas, de fato ou de direito, que reduzam ou extingam o crédito tributário, não haverá a necessidade de convênio, exigindo-se, de qualquer forma, lei permissiva do ente tributante.

18) O exame do direito comparado a que nos propusemos no presente estudo serve como identificador dos problemas em grande parte comuns enfrentados por ordenamentos que, como o brasileiro, implantaram o regime do autolancamento originário dos sistemas anglo-saxões sem se fazer acompanhar dos instrumentos alternativos de solução de conflitos que lhes são próprios, resultando em aumento vertiginoso da litigiosidade e sufocamento do Poder Judiciário. Mera importação de modelos estrangeiros de solução de conflitos, ainda que exitosos, esbarram em sérias limitações do nosso sistema tributário, que deita raízes no texto constitucional, tornando-o rígido e resistente a mudanças mais ousadas. A rigidez do sistema tributário brasileiro, por sua vez, favorece uma maior reflexão em torno de temas controvertidos e exige uma ação mais madura do legislador.

19) As possibilidades e os limites apresentados no presente estudo para a transação tributária no Brasil funcionam menos como barreiras e mais como indicativos dos pontos nos quais o legislador deverá se deter no momento de traçar os contornos da autorização transacional. Sua legitimidade dependerá das condições, limites e graduações que a lei permissiva estabelecer, formando um todo harmônico, que evidencie o interesse público em atendimento.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Nadja. *Transação Tributária: possibilidade de consenso na obrigação imposta*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.
- BATISTA JR, Onofre Alves. Transação no direito tributário, discricionariedade e interesse público. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. Volume 83. São Paulo: Ed. Dialética, 2002.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO, Rubens Miranda. *Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionadas de solução de lides tributárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *A transação tributária como expressão dos direitos do cidadão*. Recife: Edições Bagaço, 2004.
- GALINARI, Cledson Moreira. *A aplicabilidade da transação no direito tributário brasileiro*. Disponível em: <http://www.apet.org.br/artigos/ver.asp?art_id=300&autor=Omar%20Tanus%20de%20Araujo%20Maluf>. Acesso em: 07 set. 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O STJ e a natureza jurídica da decisão homologatória de transação fiscal. In: *Revista de Processo RePro*. Volume 176, ano 34, outubro. São Paulo: RT, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação tributária – introdução à justiça fiscal consensual*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

HORVATH, Estevão. *Lançamento tributário e “autolaçamento”*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

JORGE, Târsis Nametala Sarlo. *Manual do ICMS – Direito Tributário Material, Processual e Direito Penal Tributário*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito tributário – teoria geral do tributo*. Tradução Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2007.

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. In: *Biblioteca Digital Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Volume 28, ano 5, julho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007. Disponível em: <http://www.editforum.com.br/bid/bidPrintConteudo.aspx?idConteudo=46896>. Acesso em: 12 nov. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

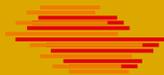
MORAIS, Carlos Yuri Araujo de. Transação e arbitragem em matéria tributária: a experiência estrangeira e sua aplicabilidade ao direito brasileiro. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Volume 79, ano 16, março/abril. São Paulo: RT, 2008.

RIBAS, Antonio Souza; RIBAS, Lidia Maria Lopes Rodrigues. Arbitragem como meio alternativo na solução de controvérsias tributárias. In: *Revista tributária e de finanças públicas*. Volume 60, ano 13, janeiro/fevereiro. São Paulo: RT, 2005.

TÔRRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflito entre a Administração e Contribuintes – simplificação e eficiência administrativa. In: *Biblioteca Digital Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Volume 2, ano 1, março. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. Disponível em: <http://www.editforum.com.br/bid/bidPrintConteudo.aspx?idConteudo=12929>. Acesso em: 12 nov. 2010.

TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação, elisão tributária*. São Paulo: RT, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.



ESPGE
ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



GOVERNO DO ESTADO
DE SÃO PAULO