



Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

76
julho/dezembro 2012

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

76

JULHO/DEZEMBRO 2012



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

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 0102-8065

CENTRO DE ESTUDOS

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Pamplona, 227 - 10º andar
CEP 01405-902 - São Paulo - SP - Brasil
Tel. (11) 3286-7005
Home page: www.pge.sp.gov.br
e-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos:

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria:

Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Camila Rocha Schwenck e Luiz Henrique Tamaki

Comissão Editorial

Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Camila Rocha Schwenck, Carla Pedroza Andrade, Cláudia Garcia Grion, Eduardo Luiz de Oliveira Filho, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Luiz Henrique Tamaki.

Revista

Coordenação editorial desta edição: Dora Maria de Oliveira Ramos e Marily Diniz do Amaral Chaves. Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores

Tiragem: 2.000 exemplares

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971-.(semestral)

1971-2010 (1-72)
1998 (n. especial)
2003 (n. especial)

CDD-340.05
CDU-34(05)

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
A CRIAÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS NO ESTADO DE SÃO PAULO: ASPECTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E OCUPAÇÃO IRREGULAR	1
Adriana Ruiz Vicentin	
CONSTITUCIONALIDADE DAS VEDAÇÕES LEGAIS À CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.....	23
Ana Paula Andrade Borges de Faria	
LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE SOBRE A QUESTÃO DO PRAZO DECADENCIAL PARA A FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.....	61
Flávio Eduardo Di Mênaco	
AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.....	103
Gisele Novack Diana	
OS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO PENAL REINTEGRADOR: A AFIRMAÇÃO DO DIREITO PENITENCIÁRIO.....	145
Manuel Monteiro Guedes Valente	
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL.....	169
Maria Carolina Carvalho	

O PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO	195
Maria do Carmo Quintão	
CONSIDERAÇÕES SOBRE A REFORMA PREVIDENCIÁRIA PROMOVIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 1998, E A INVIABILIDADE DE MANUTENÇÃO DE REGIMES PREVIDENCIÁRIOS PÚBLICOS AUTÔNOMOS	231
Rafael Augusto Freire Franco	
CODIFICAÇÃO E ORDENAMENTO BRASILEIRO NO SÉCULO XIX: NOTAS À HISTÓRIA DO <i>ESBOÇO</i> DE TEIXEIRA DE FREITAS.....	247
Rafael Issa Obeid	

Apresentação

A advocacia pública paulista fazendo doutrina. Esta afirmação se confirma a cada leitura que faço dos artigos publicados nas Revistas da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

À frente dos trabalhos da Comissão Editorial do Centro de Estudos, não posso deixar de consignar o orgulho que sinto ao examinar a produção científica dos membros desta instituição.

O olhar científico às questões enfrentadas dentro e fora dos Tribunais vem permitindo o desenvolvimento de teses pautadas pelo interesse público e por suas vertentes.

A preocupação com a simplificação de temas que, por sua natureza, são da maior complexidade, revela também a grandeza do caráter de colegas que não deixam a comunidade jurídica refém de seus conhecimentos, proporcionando a difusão da melhor doutrina da Advocacia Pública.

É o que se constata da leitura dos artigos que tratam de matéria ambiental, administrativa e tributária que, dentre outros, certamente enriquecerão a cultura jurídica de seus leitores.

A abordagem de temas processuais, igualmente, denota a ousadia responsável dos colegas na condução da advocacia pública, que vem trilhando um caminho vitorioso.

Por fim, a consideração a respeito da importância da observação dos Direitos Humanos na condução da política criminal, assim como apontamentos históricos a respeito da origem da legislação civil brasileira permitirão ao leitor uma digressão a respeito de temas relevantes que nem sempre estão sob seus olhos no seu dia a dia de trabalho.

Feitas estas anotações, desejo a todos uma boa leitura!

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

A criação de Unidades de Conservação e espaços territoriais especialmente protegidos no Estado de São Paulo: aspectos de regularização fundiária e ocupação irregular

Adriana Ruiz Vicentin¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Histórico; 3. Criação das Unidades de Conservação, Ocupação Irregular e Regularização Fundiária; 4. Conclusões; 5. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente. Unidades de Conservação. Regularização fundiária.

1. Introdução

O presente artigo tem por escopo discorrer brevemente acerca do processo de criação de Unidades de Conservação e outros espaços territoriais especialmente protegidos no Estado de São Paulo, bem como

¹ Procuradora do Estado de São Paulo, monitora do Curso de Especialização em Direito Ambiental da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP.

apresentar as formas por ele encontradas para combater a ocupação irregular dessas áreas e desenvolver programas de regularização fundiária.

2. Histórico

A definição de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, incumbência atribuída ao Poder Público pelo Constituinte pátrio no artigo 225, parágrafo 1º, inciso III, da Constituição Federal, é uma prática antiga.

Édis Milaré² ensina que a referida prática, no mundo Ocidental, iniciou-se na Europa, durante a Idade Média. Sua motivação, contudo, não teve caráter ecológico: o objetivo era simplesmente proteger recursos da fauna silvestre e seus habitats para o exercício da caça pela realeza e aristocracia rural.

Com o passar do tempo, outras medidas para a proteção de áreas e recursos naturais foram adotadas no continente europeu, mantendo-se, porém, o caráter utilitarista. Isso porque as citadas medidas relacionavam-se tão somente à proteção da natureza para sua utilização direta pela população, a partir da extração da madeira para construção civil e a fabricação de carvão, obtenção de alimento, água, energia, entre outros, especialmente durante e após a Revolução Industrial.

Todas essas transformações históricas, sociais e econômicas resultaram no crescimento desordenado das civilizações e culminaram no uso predatório dos recursos naturais, colocando em risco a existência dos ecossistemas e do próprio homem.

Nesse contexto, a preocupação em conter a poluição e a degradação ambiental tornou-se inevitável.

Assim, a criação de espaços territoriais especialmente protegidos passou a se justificar não apenas pela utilidade que os recursos naturais podem proporcionar ao homem, mas também pela importância destes recursos em si mesmos. A necessidade de preservação dos recursos hídricos, da biodiversidade e de seu patrimônio genético para as presentes e

2 MILARÉ, Édis. “Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em Foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário.” 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 196/197.

futuras gerações, bem como dos recursos naturais para subsidiar o desenvolvimento de pesquisas científicas, para a manutenção do equilíbrio climático e para a preservação de paisagens e belezas cênicas, passou a ser valorizada.

Surge, então, a chamada “consciência ecológica”.

O primeiro espaço territorial ambientalmente protegido criado no Estado de São Paulo foi o Parque Estadual de Campos do Jordão, por intermédio do Decreto-lei nº 11.908, de 27 de março de 1941. Conhecido regionalmente como Horto Florestal, o Parque, com aproximadamente 8,3 hectares, é hoje uma das maiores reservas de coníferas do Estado e abriga importante remanescente da Mata Atlântica.

Nessa época, já havia alguns poucos dispositivos legais que amparavam a criação, pelo Poder Público, de áreas de proteção ambiental, tais como o primeiro Código Florestal, de 1934, bem como o artigo 3º do Decreto-lei nº 14.916, 06 de agosto de 1945, o qual, ao dispor sobre terras devolutas, estabelecia que deveriam ser reservadas as áreas devolutas arrecadadas que apresentassem condições de vegetação significativa.

Em 1962, a Lei Estadual nº 6.884, de 29 de agosto de 1962, que dispunha sobre os Parques e Florestas Estaduais, definiu Parque Estadual como “*áreas de domínio público, destinadas à conservação e proteção de paisagens, de grutas, da flora e da fauna.*”

Em 1965, a Lei Federal nº 4.771³, de 15 de setembro de 1965, que instituiu o Código Florestal, estabeleceu, em seu artigo 5º, que o Poder Público deveria criar Parques Nacionais, Estaduais e Municipais e Reservas Biológicas, com a finalidade de resguardar os atributos naturais. Definiu, ainda, que ressalvada a cobrança de ingresso a visitantes, cuja receita deveria ser destinada em pelo menos 50% (cinquenta por cento) ao custeio da manutenção e fiscalização de cada Unidade, era proibida qualquer forma de exploração dos recursos naturais nos Parques e Reservas Biológicas criados pelo Poder Público.

3 A Lei Federal nº 4.771/65 é o Código Florestal anterior, revogado pela Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que entrou em vigor aos 28 de maio de 2012, data de sua publicação no Diário Oficial da União.

A partir da década de oitenta, várias outras normas foram editadas para consolidar a criação e proteção desses espaços territoriais especialmente protegidos.

Em âmbito nacional, podemos citar a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências); e a Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências), que criou um mecanismo processual muito eficiente para a reparação integral e, na impossibilidade desta, a indenização dos danos ambientais causados dentro ou fora das Unidades de Conservação.

Em âmbito estadual, o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo –“CONDEPHAAT” – editou a Resolução 40, de 06 de junho de 1985, instituindo o Tombamento da Serra do Mar e de Paranapiacaba, abrangendo uma superfície de aproximadamente 1,3 milhão de hectares e, em 04 de junho de 1986, foi editado o Decreto Estadual nº 25.341, que aprovou o Regulamento dos Parques Estaduais Paulistas, seguindo o modelo do Regulamento dos Parques Nacionais.

Aos 18 de julho de 2000, foi editada a Lei Federal nº 9.985, que ao regulamentar o artigo 225, parágrafo primeiro, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação. Essa Lei revogou o dispositivo do Código Florestal de 1965 anteriormente mencionado e criou dois grupos de Unidades de Conservação, com características específicas:

(I) Unidades de Proteção Integral, divididas em cinco categorias: Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio da Vida Silvestre. O objetivo desse grupo de Unidades de Conservação é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, salvo as exceções expressamente previstas nesta Lei; e

(II) Unidades de Uso Sustentável, divididas em sete categorias: Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural. O objetivo desse grupo de Unidades de Conservação é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais.

Para a criação de algumas Unidades de Conservação de ambos os grupos, a Lei Federal nº 9.985/2000 exige que a posse e o domínio dos imóveis sejam públicos. São elas:

(I) do grupo das Unidades de Proteção Integral: Estação Ecológica, Reserva Biológica e Parque. As demais Unidades de Conservação de Proteção Integral podem ser constituídas de terras particulares, desde que haja compatibilidade de uso da terra com a Unidade de Conservação criada; e

(II) do grupo das Unidades de Uso Sustentável: Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna e Reserva de Desenvolvimento Sustentável.

A Lei Federal nº 9.985/2000 exige, ainda, que as áreas particulares incluídas nos limites das Unidades de Conservação de posse e domínio públicos sejam desapropriadas⁴.

Feita esta breve introdução, percebe-se que, no Estado de São Paulo, os primeiros espaços territoriais especialmente protegidos foram criados a partir da década de quarenta e principalmente após a década de sessenta, em um período no qual o termo “Unidade de Conservação” sequer existia e havia pouca regulamentação sobre a matéria. Nessa época, o principal objetivo da criação de espaços territoriais protegidos era o desenvolvimento de projetos de reflorestamento.

4 Para facilitar o trabalho do leitor, citamos a seguir os artigos da Lei Federal nº 9.985/2000 relativos a cada uma das Unidades de Conservação mencionadas: (I) Estação Ecológica – grupo de Proteção Integral – art.9º, §1º; (II) Reserva Biológica – grupo de Proteção Integral – art.10, §1º; (III) Parque – grupo de Proteção Integral – art. 11, §1º; (IV) Floresta Nacional – grupo de Uso Sustentável – art. 17, §1º; (V) Reserva Extrativista – grupo de Uso Sustentável – art. 18, §1º; (VI) Reserva de Fauna – grupo de Uso Sustentável – art. 19, §1º; (VII) Reserva de Desenvolvimento Sustentável – grupo de Uso Sustentável – art. 20, §2º. Observe-se, neste sentido, que a Reserva de Desenvolvimento Sustentável é a única que traz a ressalva de exigir a desapropriação apenas quando necessário.

Porém, com a degradação acelerada dos ecossistemas, especialmente da Mata Atlântica, foi necessária a adoção de uma postura mais enérgica e rápida do Estado de São Paulo, que passou a criar espaços ambientalmente protegidos em grandes áreas contínuas.

3. Criação das Unidades de Conservação, Ocupação Irregular e Regularização Fundiária

No Estado de São Paulo, foram adotados dois modelos distintos para a criação de Unidades de Conservação.

O primeiro deles, mais comumente adotado em épocas recentes e menos numeroso, ocorreu com a desapropriação prévia e em dinheiro de terras particulares (a chamada “desapropriação direta”, que pode ser amigável ou judicial). Pode-se citar como exemplo a criação de diversos Parques para compensação de danos ambientais causados pelas obras do Rodoanel Mário Covas – Trechos Sul e Oeste⁵. Os imóveis abrangidos pelas citadas Unidades de Conservação foram devidamente desapropriados, na maior parte dos casos em procedimentos amigáveis (não judiciais) e, após a devida regularização imobiliária (elaboração e averbação da correspondente documentação), os Parques foram doados aos respectivos Municípios.

O outro modelo adotado pelo Estado de São Paulo para a criação de suas Unidades de Conservação não envolveu a prévia desapropriação de terras particulares, mesmo nos casos em que esta era exigida por lei. Infelizmente, esta conduta representa o procedimento adotado pelo Estado de São Paulo na criação da grande maioria das nossas Unidades de Conservação, permitindo a permanência de proprietários, posseiros e comunidades tradicionais em seu interior. Isso ocorreu, por exemplo, na criação de três grandes Unidades de Conservação de Proteção Integral, a saber: o Parque Estadual do Jacupiranga, em 1969, com área de apro-

5 Foram mencionados apenas estes dois trechos do Rodoanel Mário Covas porque o Trecho Leste ainda não foi concluído e as obras do Trecho Norte acabaram de ser iniciadas. Contudo, nestes dois trechos restantes, também haverá a criação de Parques e outras Unidades de Conservação como forma de compensação dos danos ambientais causados, seguindo-se o mesmo modelo.

ximadamente 150 mil hectares; o Parque Estadual da Serra do Mar, em 1977, com aproximadamente 315 mil hectares; e a Estação Ecológica Jureia-Itatins.

No que diz respeito ao Parque Estadual da Serra do Mar, vale ressaltar que atualmente aproximadamente 35% (trinta e cinco por cento) das terras são de domínio do Estado. Os aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) restantes estão *sub judice*, a maioria em decorrência de ações de indenização por desapropriação indireta. Há, também, ações discriminatórias e de reintegração de posse.

Com relação à Estação Ecológica Jureia-Itatins, cumpre-nos ainda destacar uma curiosidade sobre o histórico de sua criação⁶: durante os anos oitenta, grande parte da área da Jureia foi escolhida pelas Empresas Nucleares Brasileiras S.A – “NUCLEBRÁS”⁷ para implantar duas usinas nucleares: Iguape 4 e Iguape 5. Isso porque havia um entendimento de que a coexistência de estações ecológicas e usinas nucleares representava, simultaneamente, proteção de áreas naturais e uma forma segura de isolamento para o entorno das usinas. Neste contexto, foi criada a Estação Ecológica da Jureia, em 1980, com 23.600 hectares, ficando proibido o acesso de qualquer cidadão que não fosse pesquisador ou cientista. Como o Governo Federal desistiu da implantação do programa nuclear, em 1985 a NUCLEBRÁS retirou-se do local, deixando novamente a área exposta a riscos de degradação e invasão. A imensa preocupação quanto ao destino da Jureia levou ambientalistas, políticos e ONGs⁸ a reivindicarem providências contra a degradação do local. Toda essa pressão social resultou na criação da Estação Ecológica da Jureia-Itatins, pelo Decreto Estadual nº 24.646, de 20 de fevereiro de 1986, que foi regulamentado pela Lei nº 5.649, de 28 de abril de 1987, englobando a Serra dos Itatins e aumentando sua extensão para os atuais 79.245 hectares.

6 Informações obtidas no sítio eletrônico <<http://estudojureia.blogspot.com.br/>>. Acesso em 03.07.2012.

7 NUCLEBRÁS é a abreviação de “Empresas Nucleares Brasileiras S.A.”, que foi criada pelo Governo Federal em 1973. Fonte: sítio eletrônico <<http://www.brasil.gov.br/linhadotempo/epocas/1973/criacao-da-eletronorte-nuclebras-e-cepel>>. Acesso em 03.07.2012.

8 Organizações Não Governamentais.

Essas três Unidades de Conservação de Proteção Integral têm por finalidade primordial preservar a Mata Atlântica, um dos principais biomas brasileiros. Originalmente, a Mata Atlântica abrangia uma área equivalente a 1.315.460 km² e estendia-se ao longo de dezessete Estados (Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Alagoas, Sergipe, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Ceará e Piauí). Atualmente, restam apenas 7,91% de remanescentes florestais acima de cem hectares de sua cobertura original, sendo que a maioria destes fragmentos encontra-se no Estado de São Paulo⁹. Pode-se afirmar, com segurança, que a predominância deste bioma em nosso Estado ocorre graças à adoção de políticas públicas que incentivam a criação de grandes Unidades de Conservação.

De acordo com dados da Fundação Florestal¹⁰ consolidados até o ano de 2009, o Estado de São Paulo possui, ao todo, 145 (cento e quarenta e cinco) áreas naturais protegidas, sendo:

- 51 (cinquenta e uma) Unidades de Conservação de Proteção Integral;
- 64 (sessenta e quatro) Unidades de Conservação de Uso Sustentável;
- 03 (três) áreas Naturais Especialmente Protegidas não definidas pela Lei Federal nº 9.985/2000, que são as Reservas Estaduais e os Parques Ecológicos (ex.: Parque Ecológico do Tietê); e
- 27 (vinte e sete) Unidades de Produção, que tampouco são definidas pela Lei Federal nº 9.985/2000, como as Estações Experimentais, os Hortos Florestais e os Viveiros Florestais.

Para a criação dessas 145 (cento e quarenta e cinco) Unidades de Conservação, que eram compostas também por áreas particulares, o Estado de São Paulo desapropriou um número muito pequeno de terras particulares.

⁹ Dados extraídos do sítio eletrônico <<http://www.sosma.org.br/nossa-causa/a-mata-atlantica/>>. Acesso em 03.07.2012.

¹⁰ A “Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo”, mais conhecida como “Fundação Florestal”, é um órgão vinculado à Secretaria de Estado do Meio Ambiente que tem por objetivo contribuir para a conservação, manejo e ampliação das florestas de proteção e produção do Estado de São Paulo. Fonte: sítio eletrônico <<http://www.fflorestal.sp.gov.br/missao.php>>. Acesso em 03.07.2012.

Esta opção política adotada pelo Estado gerou um dos maiores problemas enfrentados pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo com atuação na área ambiental.

Isso porque milhares de particulares que tiveram de arcar com o pesado grau de restrição de uso de sua propriedade privada imposto pela legislação estadual que criou cada uma dessas Unidades de Conservação ingressaram com ações de indenização na Justiça Estadual, afirmando terem sofrido o completo esvaziamento do seu direito de propriedade, sem que houvesse a prévia e justa indenização em dinheiro, como uma verdadeira “desapropriação às avessas”.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como os Tribunais Superiores, passaram a equiparar essa conduta do Estado de São Paulo à desapropriação indireta, instituto de criação pretoriana para designar os atos de apossamento físico de imóveis particulares praticados pelo Poder Público, sem o devido processo legal e tampouco a respectiva indenização, constituindo-se em verdadeira prática de esbulho.

Com isso, o Estado de São Paulo passou a ser reiteradamente condenado ao pagamento de indenizações milionárias, ante o entendimento do Poder Judiciário de que a forma de criação das Unidades de Conservação adotada pelo Estado de São Paulo configurava verdadeiro “confisco” e, portanto, seria justificável a condenação do Estado a pagar a indenização mais ampla possível, incluindo o valor da terra nua, somado ao valor da cobertura vegetal, bem como os lucros cessantes oriundos da proibição de exploração econômica da propriedade, ainda que nenhuma atividade econômica fosse desenvolvida no imóvel antes da criação da Unidade de Conservação.

Esse entendimento da Corte Paulista, confirmado pelos Tribunais Superiores, criou uma verdadeira “Indústria” ou “Máfia” das desapropriações, que também ficou conhecida como “o milagre da transformação do mato em ouro”¹¹. Essa máfia efetivamente expôs o Estado de São Paulo a diversos riscos, tais como:

11 Como foi chamada pelo eminente Desembargador Laerte Nordi, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em seu artigo: NORDI, Laerte. Das indenizações ambientais milionárias. *Revista do Tribunal de Justiça de São Paulo*. n° 244. São Paulo: Ed. LEX, 2001, p. 9-20.

- (I) ter de pagar indenização por áreas devolutas do próprio Estado;
- (II) indenizar proprietários que apresentavam títulos de propriedade falsos, gerando o risco de ter de pagar duas vezes pela mesma área, no caso de aparecimento do verdadeiro proprietário;
- (III) indenizar áreas não identificáveis;
- (IV) indenizar benfeitorias construídas por posseiros e invasores, que não teriam qualquer utilidade ao Estado e que posteriormente teriam de ser demolidas, às custas do próprio Estado;
- (V) pagar indenização como se o imóvel estivesse livre e desimpedido de pessoas e coisas, quando na realidade estava invadido por inúmeras famílias, gerando ao Estado o ônus de promover uma futura ação de reintegração de posse ou ação civil pública contra os invasores;
- (VI) indenizar pela completa perda da propriedade de áreas cuja restrição imposta pela criação da Unidade de Conservação não impedia, de fato, seu uso por parte do proprietário;
- (VII) indenizar áreas cuja restrição imposta advinha, na realidade, da edição do Código Florestal, legislação federal que não possuía qualquer relação com atos estatais tendentes a criar Unidades de Conservação;
- (VIII) indenizar áreas que já eram objeto de demanda judicial contra a União, premiando o proprietário com a possibilidade de receber duas indenizações pela mesma área, uma pelo ente Federal e outra pelo Estadual;
- (IX) ter de indenizar pelos lucros cessantes de uma atividade industrial ou comercial que o proprietário jamais havia explorado em sua propriedade, mas que os Tribunais entendiam cabível pela simples perda potencial de ganhos econômicos gerada pela criação da Unidade de Conservação;
- (X) a prática de anatocismo¹², ante o entendimento jurisprudencial de possibilidade de cumulação de juros compensatórios e moratórios, sendo os compensatórios devidos ainda que nunca houvesse ocorrido qualquer ato de apossamento físico do imóvel e os moratórios devidos desde o trânsito em julgado da decisão judicial, independentemente da verificação da efetiva mora no pagamento; e

12 Anatocismo é o termo jurídico utilizado para denominar a capitalização de juros, ou seja, a cobrança de juros sobre juros.

(XI) pagamento de indenizações arbitradas com base em perícias comprovadamente falsas, com suspeita de conivência do perito e até mesmo do Poder Judiciário com o proprietário; entre outras situações absurdas e extremamente lesivas ao Poder Público Estadual e a toda a coletividade.

De acordo com dados consolidados até 2002 pela Fundação Florestal¹³, até a citada data ainda pendiam de julgamento 1.169 (mil, cento e sessenta e nove) ações judiciais requerendo indenização por desapropriação indireta de propriedades particulares em virtude da criação de Unidades de Conservação e/ou outros espaços territoriais especialmente protegidos pelo Estado de São Paulo.

No quadro abaixo, é possível visualizar com clareza a distribuição destas ações entre todas as Unidades de Conservação criadas pelo Estado até 2002¹⁴:

TIPO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO	NÚMERO DE PROCESSOS
Parque Estadual da Serra do Mar	378
Estação Ecológica Jureia-Itatins	199
Parque Estadual de Jacupiranga	95
Parque Estadual de Ilhabela	129
Outros Parques e Estações Ecológicas	59
Subtotal em áreas mais restritivas	860
Áreas de Proteção aos Mananciais da Região Metropolitana de São Paulo	132
Tombamento e Áreas de Proteção Ambiental	83
Unidades de Proteção Diversas	94
Subtotal em áreas passíveis de uso	309
TOTAL GERAL	1.169

13 Dados extraídos de publicação do Governo do Estado de São Paulo, da Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo – Fundação Florestal, e da Secretaria do Meio Ambiente. *Regularização Fundiária em Unidades de Conservação: as experiências dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro*. Organização: Ana Carolina de Campos Honora; Charles Alessandro Mendes de Castro; Luíza Muccillo de Barcellos. São Paulo: IMESP, 2009.

14 Fonte: São Paulo (Estado). Secretaria do Meio Ambiente. Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo. HONORA, Ana Carolina de Campos, CASTRO, Charles Alessandro Mendes de, e BARCELLOS, Luíza Muccillo de (Org.). *Regularização Fundiária em Unidades de Conservação: as experiências dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro*. São Paulo: IMESP, 2009.

O surgimento de indícios de todas essas irregularidades fez com que fosse criada na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo uma Comissão Parlamentar de Inquérito – “CPI” – das Indenizações Ambientais, cujo relatório final apresentado aos 18 de abril de 2001¹⁵ apurou que, nesta data, havia quase 1.200 (mil e duzentas) ações de desapropriação indireta ambiental propostas contra o Estado de São Paulo.

A CPI apurou ainda que, no período de 1992 até 2001, o Estado de São Paulo expediu precatórios no montante total de R\$ 5.587.514.003,97 (cinco bilhões, quinhentos e oitenta e sete milhões, quinhentos e quatorze mil, três reais e noventa e sete centavos). Deste montante, apenas 1,8% do total corresponde a condenações em processos de indenização por desapropriação indireta ambiental. Porém, apesar do pequeno universo de processos, o valor das condenações correspondeu exatamente 59,94%, ou seja, quase 60% (sessenta por cento) do valor total de precatórios que o Estado de São Paulo foi obrigado a pagar neste período.

Em outras palavras, as ações imobiliárias ambientais, que numericamente foram praticamente desprezíveis se comparadas ao total de processos em que o Estado de São Paulo foi réu nesse período, consumiram mais da metade de todo o dinheiro que foi pago pelo Estado em virtude de condenações judiciais.

Nesta CPI, o Ministério Público Estadual apresentou dados demonstrando que essa indústria da indenização gerou um prejuízo de aproximadamente cinquenta bilhões de reais aos cofres públicos estaduais.

Curioso ressaltar, a esse respeito, que muito embora outros Estados da região Sudeste do nosso País tenham adotado políticas públicas de criação de Unidades de Conservação semelhantes à do Estado de São Paulo (porém, em menor escala), o número de ações de indenização por desapropriação indireta nestes Estados chega a ser desprezível, podendo-se dizer o mesmo com relação aos valores das eventuais condenações judiciais dos respectivos Estados. Trata-se, pois, de um fenômeno muito característico do Estado de São Paulo.

15 O relatório final da mencionada CPI pode ser obtido no sítio eletrônico da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, em <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cpi_indenizacoes_ambientais_relatorio_final.htm>.

Contudo, felizmente a jurisprudência dos nossos Tribunais sofreu uma grande transformação, sendo hoje pacífico no Superior Tribunal de Justiça que a criação de Unidades de Conservação pelo Poder Público sem a prática de qualquer ato de apossamento físico consiste na imposição de mera limitação geral e abstrata ao uso da propriedade que, portanto, não enseja qualquer tipo de indenização, posto que o proprietário deve arcar com a função social da sua propriedade.

Citemos, como exemplo, a ementa abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PARQUE ESTADUAL DE ILHABELA. (DECRETO ESTADUAL Nº 9.914/77) HIPÓTESE QUE MERECE TRATAMENTO ANÁLOGO ÀS INDENIZAÇÕES DA SERRA DO MAR (DECRETO ESTADUAL 10.251/77). LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE CARÁTER GERAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.

1. A criação do “Parque Estadual da Serra do Mar”, por intermédio do Decreto 10.251/77, do Estado de São Paulo, não acrescentou qualquer limitação àquelas preexistentes, engendradas em outros atos normativos (Código Florestal, Lei do Parcelamento do Solo Urbano), que já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 257.970/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 13.03.2006; AgRg no RESP 610158/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 10.04.2006 e RESP 442.774/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 20.06.2005.

2. A criação do “Parque Estadual de Ilhabela”, por intermédio do Decreto nº 9.914/77, do Estado de São Paulo, assemelha-se às hipóteses engendradas pelo Decreto 10.251/77 (Parque Estadual da Serra do Mar), merecendo tratamento análogo.

3. Consectariamente, à luz do entendimento predominante desta Corte, revela-se indevida indenização em favor dos proprietários dos terrenos atingidos pelo ato administrativo sub examine – Decreto 9.914/77, do Estado de São Paulo, que criou o Parque Esta-

dual de Ilhabela – salvo comprovação pelo proprietário, mediante o ajuizamento de ação própria em face do Estado de São Paulo, que o mencionado decreto acarretou limitação administrativa mais extensa do que aquelas já existentes à época da sua edição.

4. *In casu, consoante o consignado pela Corte a quo, a partir do conjunto probatório carreado nos autos, nenhum prejuízo acarretou o Decreto Estadual nº 9.914/77 aos autores da presente demanda, ora Recorrentes, uma vez que “(...)In casu, com a devida licença, inocorreu o alegado apossamento administrativo. Nem tampouco se demonstrou eventual prejuízo indenizável. Inobstante a nomenclatura utilizada para o pleito judicial – desapropriação indireta –, trata-se de ação indenizatória. Exigiu-se, pois, dos demandantes que comprovem o prejuízo emergente e o nexo de causalidade; nascente do ato da Administração pública. Todavia, o conjunto probatório não corrobora as razões dos apelantes. Não se demonstrou a existência de qualquer projeto de investimento, ou, ainda, negócios relacionados ao imóvel, por parte dos demandantes, que restaram obstados, em decorrência do Decreto nº 9.914/77. O invocado direito de propriedade manteve-se incólume, visto que podem dar ao bem destinação pertinente, atendido o valor ambiental. Descabida, pois, a alegada afronta aos artigos 5º, incisos XXII e XXIV, da Constituição da República e ao artigo 524, do Código Civil. (...) Ademais, adquiriram, os demandantes, o referido imóvel, por escritura pública, datada de 04 de junho de 1981, quando já vigorava desde há quatro anos, a declaração de utilidade pública, para fins da criação do Parque Estadual de Ilhabela (...)” (fls. 331/332).*

5. *Inexiste ofensa aos arts. 463, I e II e ao 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*

6. *Recurso especial improvido.”*

(STJ – Resp 727.404/SP – Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do Julgamento: 28.08.2007. Data da Publicação/Fonte: DJ, 20.09.2007, p. 223).

Para tentar reverter a situação de absoluta injustiça e prejuízo ao erário decorrente da indústria das indenizações, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo inovou e passou a aplicar às ações imobiliárias ambientais a teoria da relativização da coisa julgada, em busca do prevailecimento da justa indenização.

Essa teoria parte do pressuposto de que a coisa julgada material¹⁶ é um direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que, no caso das ações de indenização por desapropriação indireta ambiental, pode entrar em conflito com outros direitos fundamentais, tais como o direito à justa indenização, previsto no artigo 5º, inciso XXIV, da nossa Carta Maior. Para resolver esse conflito, a tese da relativização da coisa julgada parte do pressuposto de que, de acordo com as características específicas de cada caso concreto, cada direito fundamental deve receber um peso maior ou menor do que o outro. Assim, baseando-se nos ensinamentos de Robert Alexy¹⁷, deve-se fazer um processo de ponderação dos direitos fundamentais em conflito em cada caso concreto, de sorte que um dos direitos prevaleça sobre o outro, somente naquele caso específico.

Citemos, como exemplo, uma ação de indenização por desapropriação indireta ambiental transitada em julgado, na qual o Estado de São Paulo foi obrigado a pagar aproximadamente R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais) por uma área de 2.500 hectares no Vale do Ribeira, por um imóvel que na realidade já pertencia ao Estado. Neste caso, há uma nítida colisão de direitos fundamentais: coisa julgada material *versus* justa indenização. Apesar de abstratamente ambos os direitos possuírem hierarquia e pesos iguais, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, verifica-se que somente com o afastamento da coisa julgada material é que se pode estabelecer a justa indenização.

16 A coisa julgada material pode ser definida como a imutabilidade do comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito transitada em julgado.

17 Trata-se de um dos mais influentes filósofos do Direito alemão, nascido em 1945.

Assim, o valor exorbitante e injusto da condenação imposta ao Estado de São Paulo para a indenização de uma área que já lhe pertencia é razão mais do que suficiente para fazer prevalecer a justa indenização em face da coisa julgada material.

Nesse sentido, uma das inovações da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo foi criar bancas de revisão de julgados, com a finalidade de propor ações rescisórias e *querellas nulitatis* (anulatórias) para desconstituir julgados baseados em provas falsas, valores superfaturados e não condizentes com os de mercado, duplo pagamento, dentre outros vícios já mencionados neste artigo.

Atualmente, já existem cerca de sessenta ações propostas, entre rescisórias, anulatórias e embargos à execução fundados na mesma tese de desconstituição dos julgados. Embora nenhuma dessas ações tenha terminado, em muitas delas já foram obtidos resultados positivos, como, por exemplo, a autorização de realização de novas perícias.

Esse trabalho é muito importante para não desencorajar o Estado de São Paulo a continuar investindo em políticas públicas de criação de novas Unidades de Conservação.

Ademais, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, especialmente sua Regional de Santos, em atuação conjunta com a Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, tem tido bastante êxito na Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na concessão de liminares, sem oitiva da parte contrária, em Ações Civis Públicas propostas em face de particulares ocupantes irregulares da Reserva de Desenvolvimento Sustentável da Estação Ecológica Jureia-Itatins, com o objetivo de *“impor ao particular a obrigação de não praticar novos atos de esbulho, turbação da posse, degradação ambiental e/ou paisagística; bem como para determinar a imediata desocupação e demolição das construções existentes, liberando-as de pessoas e coisas, no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária”*.

Citemos, como exemplo, a ementa a seguir:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. LIMINAR CONCEDIDA EM PARTE PARA QUE OS INVASORES SE ABSTENHAM DE QUALQUER

PRÁTICA LESIVA NA ÁREA INVADIDA. PRETENSÃO DA FAZENDA À IMEDIATA REMOÇÃO E DEMOLIÇÃO. CABIMENTO. OCUPAÇÃO DE ÁREA EM TERRA DEVOLUTA E INTEGRANTE DE UM SISTEMA TUTELAR DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO É CLANDESTINA. INTELIGÊNCIA DO ART. 225 DA CF/88, CONSIDERADO O INTERESSE DAS PRESENTES E FUTURAS GERAÇÕES. AGRAVO DA FAZENDA PROVIDO.”

(TJSP – Agravo de Instrumento nº 0275928-90.2011.8.26.0000. Relator: Des. Renato Nalini. Data da publicação: 15.12.2011).

Cumpre-nos, ainda, destacar um trecho do mencionado acórdão:

“E nem há se alegar legítimo direito de posse sobre o imóvel em litígio. Não há possibilidade alguma de se transigir com a frágil natureza. Quem ocupa clandestinamente área em situação incompatível com a preservação assume o compromisso de ajustá-la ao ordenamento e mantê-la preservada, tal conforme pretende a Constituição da República. Até porque nada mais clandestino que ocupar imóvel no interior de Estação Ecológica.

Mesmo diante da consideração de que a ré está na posse do imóvel por prazo superior a ano e dia, não incide a regra da posse velha para terrenos públicos, insuscetíveis de apropriação por particulares ou de prescrição aquisitiva.

O acórdão relatado pelo Desembargador SIDNEI BENETI é perfeitamente adequado à espécie: ‘No tocante a bens públicos, sobre os quais não incidam relações de direito público ou privado geradoras de direito a particulares, não se aplica a restrição da liminar a esbulho ou turbação de menos de ano e dia (arts. 508 do CC e 924 do CPC), porque nesse caso não se cogita de posse por parte de quem detenha o bem, mas, propriamente, de detenção, sem possibilidade de arvorar-se em posse’.

Tampouco há se falar em irreversibilidade da decisão, caso mantida a ordem de demolição das construções. O perigo, na verdade, é de irreversibilidade dos danos ambientais produzidos, e

de prejuízo para as gerações presentes e futuras, que fazem jus, conforme a clara dicção do Legislador Constituinte, a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.”

Os problemas mais comuns enfrentados pelo Estado de São Paulo no interior de suas Unidades de Conservação em decorrência de sua ocupação irregular são os danos ambientais decorrentes do desmatamento para a implantação de agricultura familiar; a plantação de espécies exóticas com potencial de bioinvasão, como, por exemplo, os eucaliptos e as bananeiras; a exploração ilegal de palmito; a pesca irregular; o turismo em locais incompatíveis com esta atividade e a deposição de lixo orgânico e inorgânico em locais inadequados.

Para equacionar todos esses problemas, o Estado de São Paulo se socorre não só dos meios judiciais, já abordados neste artigo, como também da importantíssima atividade de fiscalização das Unidades de Conservação, feita primordialmente pela Polícia Militar Ambiental, que constantemente noticia para a Procuradoria Geral do Estado inúmeras apreensões de animais silvestres, palmito ilegalmente cortado, incêndios e outras práticas ilegais que acabam sendo devidamente impedidas ou reprimidas pelos agentes estaduais.

Essa atividade de fiscalização nos possibilita utilizar instrumentos administrativos que são fundamentais para o controle da ocupação irregular das Unidades de Conservação, como os Autos de Infração Ambiental – AIAs, os Termos de Embargo, os Termos de Apreensão e o próprio licenciamento ambiental de obras e empreendimentos que se pretenda realizar no interior ou na Zona de Amortecimento das Unidades de Conservação.

A partir de 2006, a Fundação Florestal recebeu a atribuição de gestão das Unidades de Conservação do Estado de São Paulo.

Para evitar a ocupação das Unidades de Conservação por pessoas não autorizadas, a Fundação Florestal realiza um rigoroso controle das chamadas “comunidades tradicionais”. Somente são considerados tradicionais os moradores efetivos cujas famílias tenham origem de várias gerações nestas mesmas localidades e cuja ocupação ou sobrevivência esteja diretamente relacionada às atividades de agricultura de subsistência, pesca artesanal, artesanato e outras tecnologias patrimoniais,

bem como atividades que contribuam para o fortalecimento sócio cultural da comunidade ou para alternativas econômicas compatíveis com o seu desenvolvimento sustentável.

Para saber se um indivíduo se enquadra ou não nesse perfil, são realizados laudos técnicos por instituições competentes e, para que uma comunidade possa ser caracterizada como “tradicional”, ela deve passar por um diagnóstico visando à caracterização da tradicionalidade para os seus ocupantes. Após os ocupantes terem seu caráter tradicional reconhecido oficialmente, as áreas ocupadas por elas devem ser microzoneadas, intentando a elaboração de um Plano de Uso Tradicional (“PUT”). Por fim, a área deve ser monitorada pelo Estado, Municípios e pela comunidade, com o objetivo de assegurar a regularidade das atividades relacionadas no microzoneamento.

Em setembro de 2007, foi criado na estrutura da Fundação Florestal o Núcleo de Regularização Fundiária – “NRF”. A princípio, as atividades desse Núcleo concentraram-se tão somente em consolidar e sistematizar as informações existentes, bem como coletar informações importantes e atualizadas que faltavam a respeito de algumas Unidades de Conservação.

Uma vez consolidadas as informações, foram estabelecidos Programas de Regularização Fundiária em quatro grandes Unidades de Conservação do Estado, a saber: Parque Estadual da Serra do Mar; Estação Ecológica da Jureia-Itatins; Parque Estadual do Jurupará e Mosaico de Unidades de Conservação do Jacupiranga. Estes Programas de Regularização Fundiária foram subsidiados por recursos da Compensação Ambiental criada pelo artigo 36 da Lei Federal nº 9.985/2000, principalmente para elaborar os Planos de Manejo das Unidades de Conservação e elaborar Projetos de Reassentamento de Populações residentes em seu interior.

Um dos maiores e mais importantes projetos desenvolvidos pelo Estado de São Paulo, em parceria com a Fundação Florestal e com parte do financiamento do Banco Interamericano de Direitos – “BID” – é o Programa Serra do Mar e Mosaicos da Mata Atlântica.

De acordo com informações fornecidas pela Fundação Florestal¹⁸, o objetivo geral deste Programa é promover a conservação, o uso sustentável e a recuperação socioambiental da Serra do Mar, dos Mosaicos Jureia-Itatins e das Unidades de Conservação Marinhas e seus entornos no Estado de São Paulo. Para tanto, outros objetivos específicos devem ser alcançados, como, por exemplo, a recuperação das áreas degradadas pela ocupação ilegal nas Unidades de Conservação envolvidas pelo Programa, incluindo a criação de um Jardim Botânico no Parque Estadual Serra do Mar; a redução do impacto das populações residentes no interior e entorno do Parque Estadual da Serra do Mar por meio do reassentamento das populações e da melhora dos serviços urbanos das áreas que podem ser consolidadas, readequando os limites do citado Parque; além da melhora do sistema de monitoramento e fiscalização das Unidades de Conservação beneficiárias.

O Programa Serra do Mar e Mosaicos da Mata Atlântica envolve o reassentamento e a consolidação da ocupação de 9.160 (nove mil, cento e sessenta) famílias; bem como projetos de urbanização e reassentamento de outras 7.200 (sete mil e duzentas) famílias. Ao todo, serão beneficiadas aproximadamente 3.200.000 (três milhões e duzentas mil) pessoas dos Municípios abrangidos pelas Unidades de Conservação, além de 600.000 (seiscentos mil) visitantes e 11.000.000 (onze milhões) de residentes da cidade de São Paulo.

4. Conclusões

A criação de Unidades de Conservação e de outros espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público constitui não só um dever que lhe é imposto por força constitucional, mas também um importantíssimo e poderoso instrumento para a preservação da flora, da fauna, do patrimônio genético, histórico, arqueológico e cultural, além de proteger os nossos mananciais e recursos hídricos, proporcionar o equilíbrio climático e prevenir o aquecimento global e preservar a própria espécie humana.

¹⁸ Informações fornecidas pela Dra. Ana Carolina de Campos Honora.

Desta forma, a elaboração de políticas públicas que fomentem a criação de novas Unidades de Conservação e de outros espaços territoriais especialmente protegidos deve ser cada vez mais incentivada, ante o crescimento acelerado e desordenado das nossas cidades e a necessidade de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Neste contexto, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo tem papel de destaque, devendo orientar o Administrador Público a sempre realizar estudos analisando todos os aspectos fundiários envolvidos previamente à criação de qualquer Unidade de Conservação, considerando os possíveis riscos e as espécies de manejo mais adequadas dentre os grupos e as categorias de Unidades de Conservação previstos na Lei Federal nº 9.985/2000. E, quando a lei o exigir, deve orientar o Administrador a sempre desapropriar previamente as propriedades particulares englobadas pelo traçado da nova Unidade de Conservação, evitando-se, assim, a repetição de erros do passado.

Faz-se necessária, ainda, uma grande articulação entre os órgãos técnicos (ambientais e fundiários) e os órgãos jurídicos, para que se evitem problemas na implantação das Unidades de Conservação, respeitando-se, em todos os casos, os direitos das comunidades tradicionais.

Por fim, nas hipóteses em que não for mais possível prevenir erros, cabe à Procuradoria Geral do Estado atuar nas ações judiciais que vierem a ser propostas, tentando minimizar os prejuízos ao erário e a toda a coletividade, até mesmo por intermédio da propositura de ações rescisórias e anulatórias, desafiando a coisa julgada.

5. Referências

AZEVEDO, Pedro Ubiratan Escorel de. Advocacia Pública e Regularização Fundiária de Áreas Protegidas. In: BENJAMIN, Antônio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). *Direito Ambiental e as Funções Essenciais à Justiça: O papel da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública na proteção do meio ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 393-409.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em Foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NORDI, Laerte. Das indenizações ambientais milionárias. *Revista do Tribunal de Justiça de São Paulo*, nº 244. São Paulo: Editora LEX, 2001, p. 9-20.

São Paulo (Estado). Secretaria do Meio Ambiente. Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo. HONORA, Ana Carolina de Campos; CASTRO, Charles Alessandro Mendes de; BARCELLOS, Luíza Muccillo de (Organizadores). *Regularização Fundiária em Unidades de Conservação: as experiências dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro*. São Paulo: IMESP, 2009.

TRIGUEIRO, André (Coord.). *Meio Ambiente no Século 21 – 21 Especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2003.

Constitucionalidade das vedações legais à concessão de tutelas de urgência contra a fazenda pública

Ana Paula Andrade Borges de Faria¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Tutelas de urgência; 2.1 Conceito; 2.2 Espécies; 2.2.1 Tutela antecipada; 2.2.2 Tutela Cautelar; 2.3 Características comuns; 3. Vedações legais à concessão contra o poder público; 3.1 Evolução legislativa; 3.2 Discussão sobre a constitucionalidade; 3.2.1 Debate doutrinário; 3.3. Posição do Supremo Tribunal Federal; 4. Conclusões; 5. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Medida liminar. Tutela antecipada. Constitucionalidade. Poder público.

1. Introdução

A Lei nº 12.016/09 que estabelece nova disciplina para o mandado de segurança individual e o coletivo veda a concessão de medidas liminares em mandado de segurança e de tutelas antecipadas (CPC, 273 e 461) contra o Poder Público que tenham por objeto: (a) a compensação de créditos tributários; (b) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; e (c) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento, ou a extensão de vantagens, ou pagamento de qualquer natureza (Lei nº 12.016/09, 7º, parágrafos 2º e 5º).

¹ Procuradora do Estado nível III, Classificada na Procuradoria Regional de Ribeirão Preto, Especialista em Direito Processual Civil pela FAAP.

Tais vedações não são novidade em nosso ordenamento jurídico: a Lei nº 2.770/56 obstaculizava a concessão de liminares que tivessem por escopo liberar mercadorias estrangeiras; as Leis nºs. 4.348/64 e 5.021/66 impediam o deferimento de medidas liminares em mandado de segurança relativamente a pretensões funcionais de servidores públicos, barreira que foi estendida às tutelas antecipadas pela Lei nº 9.494/97, e a Lei nº 8.437/92 obstava o deferimento liminar da compensação de créditos tributários e previdenciários.

Mas, abalizadas vozes da doutrina pátria apontam como inconstitucionais as normas jurídicas que inibam, abstratamente, a concessão de tutelas de urgência, especialmente em mandado de segurança, sob o argumento central de que as ditas normas violam o comando emergente do artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior (FERRAZ, 2006). Nada obstante, esse posicionamento doutrinário parece não ter sido acolhido por nossa Corte Constitucional no julgamento da ADC nº 4, em 01 de outubro de 2008.

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é identificar o impacto do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre a legislação processual civil que veda a concessão de tutelas de urgência contra o Poder Público.

2. Tutelas de urgência

2.1 Conceito

As tutelas de urgência são medidas adotadas antes da prestação jurisdicional definitiva e têm por finalidade prevenir que, durante o tempo de duração do processo, sobrevenha um dano irreparável ou de difícil reparação ao invocado direito do autor da demanda. A concessão de tutelas de urgência tem por escopo garantir a efetividade do processo que poderia ser abalada caso as medidas destinadas a concretizar os efeitos da tutela jurisdicional da pretensão deduzida, ou as providências tendentes a assegurar os efeitos futuros dessa pretensão, só fossem concretizadas no final do processo. Afirma-se, ademais, que as tutelas de urgência são gênero abrangente das medidas de antecipação de tutela de mérito e das medidas cautelares (THEODORO, 2009, p. 650).

Tal entendimento, porém, não é compartilhado por todos os doutrinadores, havendo vozes asseverando que o gênero tutelas de urgência não compreende os institutos da tutela antecipada e das medidas cautelares, pois:

A técnica antecipatória é imprestável para a tentativa de sistematização dos provimentos sumários. É inviável a classificação dos provimentos sumários pretendendo-se como gênero a tutela antecipatória. Pasquale Frisina, aliás, investigando tal possibilidade, conclui, acertadamente, que o fenômeno da antecipação não constitui um fato constante no âmbito da tutela de urgência, ao ponto de constituir um elemento técnico inerente à sua estrutura.

Por igual razão, não é correto pensar que a *urgência* é a nota caracterizadora da tutela antecipatória, ou melhor, que a tutela de urgência é o gênero do qual constituem espécies a tutela antecipatória e a tutela cautelar. É que aí faltaria lugar para a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa. (MARINONI, 2008, p. 45).

Sem a pretensão de desprestigiar a fundamentada opinião acima referida, adota-se, neste estudo, a posição defendida por Bedaque (2009), para quem a tutela cautelar e a tutela antecipada:

São modalidades de tutela jurisdicional que, com variações decorrentes das especificidades da relação de direito material ou de técnicas legislativas, podem ser classificadas numa categoria única, à qual se mostra adequada a denominação tutelas de urgência. (BEDAQUE, 2009, p. 26).

2.2 Espécies

2.2.1 Tutela antecipada

O instituto da antecipação da tutela é regido pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, que estipula três hipóteses cuja configuração concreta é imprescindível para que se antecipem, total ou parcialmente, os efeitos da tutela jurisdicional definitiva almejada pelo autor da ação por meio do pedido principal.

A primeira delas é a tutela antecipada fundada no perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao afirmado direito (CPC, 273, I) que,

para ser concedida, condiciona-se, também, à demonstração da prova inequívoca da verossimilhança da alegação do autor (CPC, 273, *caput*), exigindo, ademais, que não haja risco de irreversibilidade do provimento antecipado (CPC, 273, p. 2º).

Para Bedaque (2009, p. 353/4), esta espécie de tutela antecipada equivale à medida cautelar, pois, mesmo que o julgamento definitivo da causa seja inteiramente favorável ao autor, cristalizando os efeitos da antecipação da tutela eventualmente concedida, é certo que durante o desenrolar do processo a antecipação dos efeitos, ou de parcela dos efeitos, do pedido principal, terá sido deferida a título provisório em favor do autor, para assegurar o resultado prático do processo, diante dos pressupostos clássicos do perigo de dano e da probabilidade da existência do direito, como ocorre nas cautelares conservativas.

Nada obstante, deve-se reconhecer que para a maior parte dos doutrinadores, a tutela antecipada distingue-se da tutela cautelar em função de determinadas características, em especial, pois, a tutela antecipada não tem o cunho instrumental inerente às medidas cautelares já que não se refere a outro processo, qualificado como principal, e, demais disso, a tutela antecipada possui caráter satisfativo da pretensão deduzida pelo autor da demanda.

Deveras, sobre as especificidades mais marcantes da tutela antecipada, assinala-se que:

O entendimento majoritário é no sentido de que não se trata de tutela cautelar, ainda que se possam identificar semelhanças entre essas duas espécies de tutela. Assim, a tutela antecipada tem em comum com a tutela cautelar a *provisoriidade* e a *revogabilidade*, mas dela se extrema, por não ter caráter instrumental, nem se referir a outro processo, dito principal.

A tutela antecipada implica adiantamento de efeitos da sentença de mérito, enquanto a tutela cautelar se limita a garantir a utilidade do processo principal.

Como ressaltam, com propriedade, Giorgetta Basilico e Massimo Cirulli, a tutela cautelar é inidônea a determinar qualquer definição da situação substancial controversa. A tutela antecipada, porém, avança

no mérito da causa para adiantar alguns efeitos do pedido do autor. Por exemplo, em ação de indenização decorrente de acidente aéreo, posso pedir a fixação, desde logo, de verba provisória para reparar imóvel danificado ou custear despesas hospitalares das vítimas (LOPES, 2009, p. 73).

A segunda hipótese de tutela antecipada é aquela que se funda no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC, 273, *caput*, II), que exige, para sua concessão, além da prova inequívoca da existência do direito conducente ao juízo de verossimilhança da alegação (CPC, 273, *caput*), também, a existência de comportamento repreensível do réu, deduzindo defesa infundada, destituída de argumentos sólidos, sem seriedade, o que reforça a probabilidade da existência do direito afirmado pelo autor e, assim, autoriza a concessão da tutela antecipada. Aqui, é possível asseverar que “[...] *utilizou-se o legislador da técnica da antecipação provisória mediante cognição sumária, para punir ilícito processual.*” (BEDAQUE, 2009, p. 357).

Finalmente, a terceira modalidade de tutela antecipada se baseia na existência de pedido incontroverso (CPC, 273, p. 6º). Estipula-se, aqui, uma situação semelhante à revelia que tem por um dos efeitos a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo demandante (CPC, 319). Mas, a dita presunção pode ser infirmada diante da falta de plausibilidade dos argumentos deduzidos pelo autor na petição inicial (BEDAQUE, 2009, p. 361).

A par disso, é certo que o instituto da antecipação da tutela não está albergado, apenas, na dicção normativa do artigo 273 do estatuto processual civil, senão, também, nos comandos emergentes dos artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil, já que a proteção judicial contra ameaças de lesão a direitos deve ser abrangente de todas as espécies de riscos capazes de atingir o direito material de quem se socorre do Poder Judiciário.

Realmente, o instituto da antecipação da tutela, previsto no artigo 461 do Código de Processo Civil constitui mecanismo de tutela provisória mandamental ou executiva para fins de cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer, e, da mesma forma, o artigo 461-A atua quando se pretende a entrega de coisa; já a tutela antecipada contemplada no

artigo 273 do Código de Processo Civil é meio de conceder, provisoriamente, tutelas condenatórias, constitutivas ou declaratórias, em que pese ser possível a utilização conjunta das disposições previstas nos artigos 461 e 461-A para o mesmo fim (MARINONI, 2008, p. 41).

Verifica-se que o instituto da antecipação da tutela estabelece norma especial, pois, “[...] segundo a sistemática do processo civil clássico, a execução deve ser precedida da cognição, isto é, a regra geral é de que somente se admite a prática de atos coativos após a sentença que declare o direito” (LOPES, 2009, p. 71). De fato:

[...] a tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as consequências concretas da sentença de mérito. Essas consequências concretas podem ser identificadas com os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material. (MARINONI, 2008, p. 42)

2.2.2 Tutela Cautelar

A tutela cautelar é regida pelas disposições normativas encartadas no Livro III do Código de Processo Civil – Do Processo Cautelar –, que trata das medidas cautelares nominadas (arresto, sequestro, caução, etc.) e disciplina, também, o chamado poder geral de cautela do Juiz que pode determinar medidas adequadas para regular a situação das partes, sempre que houver fundado receio de que uma delas, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (CPC, 798).

Segundo a doutrina tradicional, o poder geral de cautela (CPC, 798) não confere ao Magistrado a prerrogativa de antecipar a decisão sobre o direito material controvertido, senão, apenas, o poder de determinar providências acautelatórias, para garantir o resultado útil do processo, daí falar-se no caráter meramente conservativo da tutela cautelar, já que a satisfação do direito somente pode ser obtida através da tutela definitiva (THEODORO, 2009, p. 488).

Porém, em que pese a posição doutrinária referida, é certo que a jurisprudência pátria e parte da doutrina, antes da introdução da tutela antecipada no processo civil como regra geral (CPC, 273 e 461), acolhia

a possibilidade de concessão de “cautelares satisfativas” que, uma vez efetivadas, dispensavam a obrigatoriedade do ajuizamento do processo principal. Tal entendimento autorizava, na verdade, o uso distorcido do processo cautelar, afinal, na ação preparatória (cautelar) o demandante pedia a tutela cautelar como forma de impedir que se concretizasse a lesão de um direito, e a ação principal (de conhecimento), que em muitos casos era até dispensada, era ajuizada apenas para convalidar a decisão proferida na ação preparatória (MARINONI, 2008, p. 103/4).

Deveras, como esclarece a melhor doutrina:

O poder geral de cautela, conferido ao juiz pelo art. 798 do estatuto processual, que deveria representar mecanismo excepcional de segurança, somente voltado para garantir o resultado útil do processo naqueles casos em que não houvesse previsão cautelar específica, passou a ser utilizado como técnica de sumarização da tutela jurisdicional definitiva.

Assim, pela via cautelar acabava-se adotando solução satisfativa e irreversível para o conflito, sem as garantias do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa. (BEDAQUE, 2009, p. 300)

Tal situação anômala foi corrigida pela Lei nº 8.952/94, que introduziu os artigos 273 e 461, no Código de Processo Civil, disciplinando o instituto da antecipação dos efeitos da tutela.

Dividiu-se, então, o entendimento doutrinário, havendo quem defenda que a tutela antecipada seria modalidade de tutela cautelar (BEDAQUE, 2009), e outros que afirmam que a tutela cautelar diferencia-se da antecipada, pois esta seria espécie de tutela sumária satisfativa, ao passo de que a cautelar não teria conteúdo satisfativo (MARINONI, 2008).

Há ainda quem defenda que a tutela cautelar, embora temporária, por persistir apenas enquanto seja preciso preservar o direito por ela acautelado, seria definitiva, e não provisória, afinal:

[...] a decisão cautelar concede uma tutela definitiva, dada com cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) e apta a se tornar imutável.

[...] por se dizer definitiva, a decisão cautelar jamais pode ser tida como provisória (ou precária). Não é uma decisão provisória a ser, posteriormente, substituída por uma definitiva – que a confirme, modifique ou revogue. Ela já é, em si, a decisão final, definitiva, para a questão (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 453).

Para sustentar o posicionamento transcrito, Didier, Braga e Oliveira (2009) alertam para o fato de que, em nosso ordenamento jurídico, existem, na verdade, duas espécies de tutela definitiva, aptas a produzirem coisa julgada material, a saber: (a) a tutela definitiva satisfativa (padrão) que tem por efeito a certificação (declaratória, constitutiva ou condenatória) ou a efetivação (execução em sentido amplo) do direito material discutido na demanda; e (b) a tutela definitiva não satisfativa (cautelar) que tem por efeito combater os males do tempo necessário ao desenvolvimento do processo e que constitui o instrumento de preservação da tutela jurisdicional definitiva satisfativa (instrumento do instrumento).

Concluem, então, que, na verdade, seria possível identificar duas espécies de tutela antecipada: (a) aquela que antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa (cognitiva/executiva); e (b) aquela que antecipa os efeitos da tutela definitiva não satisfativa (cautelar), distinguindo-se, daí, a tutela cautelar e a antecipação da tutela: a primeira garantiria a eficácia da futura tutela definitiva satisfativa, e a segunda, daria eficácia imediata à futura tutela definitiva (satisfativa ou cautelar) (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 457).

Resumindo, poder-se-ia asseverar que:

[...] a tutela cautelar é, ao lado das tutelas de execução e certificação, uma das três modalidades de tutela jurisdicional definitiva. A tutela antecipada é uma técnica que permite a antecipação dos efeitos de uma tutela definitiva (qualquer uma das três, inclusive a cautelar).

Então, qual o motivo de tanta confusão?

Na verdade, há muito existe previsão de uma “tutela antecipada cautelar” (art. 804 do CPC). A partir de 1994, generalizou-se a possibilidade de “tutela antecipada satisfativa” (de certificação e

efetivação), por força do art. 273 e do p. 3º do art. 461 do CPC. Com isso, muitos se concentraram na inovadora previsão da tutela antecipada satisfativa e esqueceram que há muito já existia uma tutela antecipada cautelar (conservativa). Daí ser comum o equívoco de se dizer que a tutela antecipada é sempre satisfativa e só a cautelar é assecuratória. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 463)

Importa, ainda, identificar os requisitos legais exigíveis para a concessão de uma medida cautelar. O primeiro deles é o denominado *periculum in mora*, sobre o qual se afirma:

Para nos aproximarmos de uma clara noção do periculum in mora, é necessário dar um outro passo: não basta que o interesse de agir surja de um estado de perigo e que o procedimento invocado tenha por isso intento preventivo de um dano somente temido, mas é necessário ainda que, em razão da iminência do perigo, o procedimento requerido tenha caráter de urgência, quando fosse previsível que, onde este tardasse, o dano temido se transformaria em dano efetivo, ou se agravaria em dano já verificado: de modo que a eficácia preventiva do procedimento seria praticamente anulada ou prejudicada.

[...]

Mas, a fim de que surja o interesse específico em solicitar uma medida cautelar, é necessário que a esses dois elementos (prevenção e urgência) se acrescente um terceiro, que é aquele no qual reside propriamente a importância característica do periculum in mora: ou seja, que, para remediar tempestivamente o perigo de dano que ameça o direito, a tutela ordinária se revela muito lenta, de modo que, na espera de que amadureça através de longo processo ordinário o procedimento definitivo, deva providenciar-se com urgência de modo a impedir com medidas provisórias que o dano ameaçado se produza ou se agrave naquela espera.

O periculum in mora, que é a base das medidas cautelares, não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode em certos casos remediar com a tutela ordinária; mas é especificamente o perigo daquele ulterior dano marginal, que poderia

derivar do atraso, tido como inevitável em razão da lentidão do procedimento ordinário, do procedimento definitivo. É a impossibilidade prática de acelerar a prolação do procedimento definitivo que faz surgir o interesse na emanação de uma medida provisória; é a mora desse procedimento definitivo, considerada em si mesma como a possível causa ulterior do dano, que se provê a tornar preventivamente inócua com uma medida cautelar que antecipe provisoriamente os efeitos do procedimento definitivo. Assim, também quando no campo das relações substanciais a lesão do direito já ocorreu e o procedimento definitivo não pode ter então outro objetivo senão aquele reintegrativo, o procedimento cautelar tem em si próprio finalidade preventiva diante daquele agravamento do dano que, em acréscimo àquele produzido pelo culpado, poderia derivar do inevitável prolongamento do processo ordinário. (CALAMANDREI, 2000, p. 35/7)

Em segundo lugar, para legitimar a concessão de uma medida cautelar é indispensável a presença do *fumus boni iuris* que se qualifica como instrumentalidade hipotética nos seguintes termos:

A instrumentalidade dos procedimentos cautelares faz com que sua emanação pressuponha um preventivo cálculo de probabilidade sobre aquele que poderá ser o conteúdo do futuro procedimento principal.

[...]

Em todos os outros procedimentos cautelares, entretanto (letras b, c, e d), o requisito da urgência e do periculum in mora é avaliado na hipótese de o procedimento definitivo dever ser emanado no sentido favorável àqueles que requerem a medida provisória. Para conceder o sequestro conservativo, o juiz deve considerar verossímil que o crédito ostentado pelo requerente subsista (fumus boni iuris) e que então seja provável a emanação de um título executivo a seu favor.

[...]

A instrumentalidade, que é caráter genérico de todos os procedimentos cautelares, torna-se, assim, nos grupos b, c e d, uma instru-

mentalidade hipotética: *elas funcionam como meios para assegurar a eficácia prática de um procedimento principal, na hipótese de que este tenha um determinado conteúdo concreto, do qual se antecipam os previsíveis efeitos.*

[...]

Por aquilo que se refere à investigação sobre o direito, a cognição cautelar se limita em cada caso a um juízo de probabilidade e de verossimilhança. Declarar a existência do direito é função do processo principal: em sede cautelar basta que a existência do direito pareça verossímil, ou seja, melhor dizendo, basta que, segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que requeira a medida cautelar. O êxito dessa cognição sumária sobre a existência do direito tem, portanto, em cada caso, valor não de declaração, mas de hipóteses: se essa hipótese corresponde à realidade se poderá ver somente quando for emanado o procedimento principal. (CALAMANDREI, 2000, p. 92/100)

2.3 Características comuns

Em que pese serem conceitualmente diferentes, as medidas de antecipação da tutela e as cautelares possuem características comuns, em especial, o fato de serem prolatadas a partir de cognição sumária amparada em juízo de verossimilhança, de probabilidade, de *fumus boni iuris*, apto a embasar um provimento jurisdicional apenas provisório, já que o grau de profundidade do conhecimento do juiz será superficial (ZAVASCKI, 2008, p. 32/4).

Segundo abalizada doutrina, sobre a técnica de cognição sumária:

É correto dizer, resumidamente, que as tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: (a) assegurar a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, I, do CPC); (c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista da demora do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); (d) reali-

zar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC). (MARINONI, 2008, p. 33)

Ao conceder a tutela jurisdicional fundada em cognição sumária, o juiz só afirma que a existência de um direito é provável. Apenas quando analisar a questão sob o prisma da cognição exauriente é que o juiz poderá declarar com segurança a existência de um alegado direito. Por isso, somente as tutelas jurisdicionais fundadas em cognição exauriente é que são aptas a formar a coisa julgada material (MARINONI, 2008, p. 33).

Assim é que, a cognição sumária distingue-se da cognição exauriente em função do grau de profundidade da análise do conflito de interesses submetido à apreciação do Poder Judiciário, de modo que: (a) a cognição sumária é produzida antes da realização plena do contraditório, e, por tal motivo, não tem aptidão para formar a coisa julgada material, caracterizando-se por embasar a prolação de tutelas de urgência provisórias dependentes do desfecho do processo ao qual sejam referenciadas, tutelas que têm por escopo garantir a efetividade do processo; por outro lado, (b) a cognição exauriente tem por base juízos de certeza, de convicção, e, neste aspecto, consagra o princípio da segurança jurídica explícito na cláusula do *due process of law*, razão pela qual os provimentos jurisdicionais definitivos fincados em cognição exauriente produzem coisa julgada material (ZAVASCKI, 2008, p. 32).

Por serem fruto de cognição sumária as tutelas de urgência são precárias, destacando-se dos demais tipos de tutelas jurisdicionais não pela qualidade de seus efeitos, mas pela limitação temporal de seus efeitos (provisoriedade) (CALAMANDREI, 2000, p. 25), pois podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo no curso da demanda e, ademais, ficam condicionadas ao teor do provimento jurisdicional definitivo a ser proferido no fim do processo ao qual são sempre referenciadas.

Entretanto, as medidas de antecipação da tutela diferenciam-se das cautelares, pois as primeiras perduram até a prolação da tutela definitiva que, se reconhecer a procedência do pedido, confirmará a legitimidade dos efeitos produzidos pela tutela antecipada durante a tramitação do

processo, enquanto que as medidas cautelares serão sempre temporárias, pois mesmo na contingência de ser proferida uma tutela jurisdicional definitiva favorável ao demandante, a eficácia das providências cautelares cessará por ocasião da conclusão do processo, e será substituída por outros efeitos processuais (ZAVASCKI, 2008, p. 36). Assim, ilustrativamente, o arresto converte-se em penhora, o sequestro na imissão de posse, etc.

É certo, nada obstante, que, em qualquer caso, *“um dos marcos delimitadores da vigência da tutela cautelar e da tutela antecipatória, o que se situa no ponto futuro mais longínquo, é o da duração do processo no qual se busca a correspondente tutela definitiva”* (ZAVASCKI, p. 36), de maneira que *“a tutela provisória jamais terá eficácia por prazo maior que o da existência do processo ao qual se acha referenciada”* (ZAVASCKI, 2008, p. 36).

Essa característica das tutelas de urgência também é apontada por Calamandrei (2000, p. 124/5) nos termos do qual, por força da instrumentalidade que é a nota típica dos procedimentos cautelares (compreensivos, para ele, das medidas de antecipação da tutela), estes terão seus efeitos extintos *ipso iure* assim que for proferida, com força de coisa julgada, a tutela jurisdicional definitiva. Prossegue o doutrinador, asseverando que:

A superveniência do procedimento principal atua como causa extintiva dos efeitos do domínio cautelar não somente quando declara que o direito, em previsão de cuja subsistência ele foi emanado, não subsiste, mas, outrossim, quando declara que subsiste: realmente, se no primeiro caso o procedimento cautelar desaparece porque se declara que a hipótese sobre a qual se baseia não era fundamentada, no segundo caso desaparece da mesma forma como o procedimento cautelar porque no seu lugar entra o procedimento principal, cuja relação substancial de agora em diante (e não mais do procedimento cautelar) permanece regulada. A essa característica não me parece que até agora a doutrina tenha dado a importância que merece: e mesmo, se ela tivesse sido considerada, ter-se-ia visto facilmente que o procedimento cautelar não pode ser considerado como prontamente condicionado à declaração negativa do direito principal, desde o

momento em que este está destinado a desaparecer, não somente quando a condição se verifique, mas também quando esta não se verifique, isto é, quando o procedimento principal declara a existência daquele direito de que a medida cautelar tinha declarado o simples fumus. (CALAMANDREI, 2000, p. 127)

A derradeira característica comum às tutelas de urgência é que podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo se houver alteração da situação de fato (*rebus sic stantibus*) ou na situação da prova. Nessa última hipótese, a revogação da tutela de urgência será motivada pela constatação, a partir das provas produzidas no curso do processo, de que, na verdade, jamais houve risco de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito invocado, ou que os pressupostos fáticos ou jurídicos do pretense direito nunca existiram (ZAVASCKI, 2008, p. 36).

Esse atributo das tutelas de urgência também é destacado na obra de Calamandrei (2000) que, mesmo fazendo referência apenas às medidas cautelares, abarca, também, em sua explanação, as medidas antecipatórias da tutela, ao obterem que ambas se notabilizam pela variabilidade, afinal:

[...] podem estar sujeitas, mesmo antes que seja emanado o procedimento principal, a modificações correspondentes a uma sobrevinda variação das circunstâncias concretas, todas as vezes que o juiz, através de um novo procedimento, considere que a medida cautelar inicialmente ordenada não pareça mais adequada à nova situação de fato criada no período intercorrente.

[...]

Por isso, todas as vezes em que uma medida cautelar é concedida com base em uma só fase de cognição sumária (cf. n° 20 e 24), a mesma autoridade que emanou o procedimento poderá, através de uma nova cognição sumária, modificá-lo ou revogá-lo, se em pendência do processo principal sejam verificadas novas circunstâncias que desaconselhem a continuação da relação cautelar originariamente constituída. (CALAMANDREI, 2000, p. 121/23)

Por fim, não se pode deixar de fazer referência ao disposto no artigo 273, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil, na redação determinada pela Lei nº 10.444/02, que instituiu a fungibilidade entre a tutela anteci-

pada e a tutela cautelar, para evitar que os Juízes se neguem a conceder um determinado tipo de tutela de urgência, por entender que os correspondentes requisitos formais não estão preenchidos.

E a referida fungibilidade entre a antecipação dos efeitos da tutela e a medida cautelar se opera não apenas no sentido de viabilizar a substituição da tutela antecipada pela medida cautelar, como, também, na via inversa, como defende Dinamarco (2003, p. 92).

Deveras, segundo a melhor doutrina:

Em uma interpretação literal pode ser dito que o art. 273, p. 7º, CPC, pretende somente viabilizar a concessão no bojo do processo de conhecimento da tutela cautelar que foi chamada de maneira inadequada de tutela antecipatória. [...] Entretanto, aceitando-se a possibilidade de requerimento de tutela cautelar no processo de conhecimento, é correto admitir a concessão de tutela de natureza antecipatória ainda que ela tenha sido postulada com o nome de cautelar, desde que devidamente preenchidos os pressupostos inerentes à concessão da tutela antecipatória. (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 275/6)

Vê-se, portanto, diante do princípio da fungibilidade de mão dupla, contemplado no artigo 273, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil, que o legislador prestigia o princípio da instrumentalidade das formas, atenuando o âmbito de incidência formal dos institutos da tutela antecipada e da medida cautelar, em favor do interesse maior do demandante que busca a tutela jurisdicional efetiva.

3. Vedações legais à concessão contra o poder público

3.1 Evolução legislativa

A Lei nº 2.770/56 (revogada pela Lei nº 12.016/09) obstaculizava a concessão de liminares que tivessem por escopo a liberação alfandegária de mercadorias estrangeiras importadas do exterior.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 4.348/64, estabelecendo normas processuais relativas ao mandado de segurança, a qual era expressa ao determinar que:

Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

[...]

Art. 7º O recurso voluntário ou “ex officio”, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo. (BRASIL, 1964)

Então, sobreveio a Lei nº 5.021/66, que dispunha sobre o pagamento de vantagens pecuniárias asseguradas em sentenças concessivas de mandados de segurança a servidores públicos civis, dizendo que:

Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

[...]

§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

[...] (BRASIL, 1966)

Ambas as leis eram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, como se extrai da seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. EXAME DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICA.

1. Não cabe no pedido de suspensão de segurança a análise com profundidade e extensão da matéria de mérito examinada na origem. Suspensão de segurança. Pressupostos: potencialidade

lesiva do ato decisório à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

2. *Lesão à ordem pública, consubstanciada no fato de que o artigo 1º, § 4º, da Lei 5021/66, veda a concessão de medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.*

3. *A execução dos efeitos do mandado de segurança somente é possível após o seu trânsito em julgado, em obediência aos princípios orçamentários, dentre os quais o da impossibilidade de ser concedida vantagem ou aumento de vencimento sem previsão orçamentária (CF/88, artigo 169, § 1º, I e II). Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, STF, SS nº 1918, 2004)*

Por outro lado, não se pode deixar de fazer referência às Medidas Provisórias editadas na década de 1990 para evitar que a Justiça determinasse o desbloqueio do dinheiro dos brasileiros que fora retido nas instituições financeiras como medida de política econômica para viabilizar o controle da inflação galopante que supostamente seria combatida pelo denominado Plano Collor (MPS nºs. 173/90 e 186/90).

Houve, ainda, a Medida Provisória nº 375, de 23 de novembro de 1993, que: (a) proibia o deferimento de medida liminar ou de cautelar contra o Poder Público, sem audiência prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público (art. 2º); (b) condicionava a apreciação judicial de pedidos de medidas liminares e cautelares em face da Fazenda Pública à inexistência de risco de lesão ao interesse público ou à ordem, saúde, segurança e economia públicas (art. 3º); (c) dificultava ou, até mesmo, impedia a concessão de liminares e cautelares contra o Poder Público, inclusive em sede de mandado de segurança (arts. 4º a 6º).

Retomando a questão atinente à reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão do aumento, ou a extensão de vantagens, ou pagamento de qualquer natureza, a vedação ao deferimento de medidas liminares em mandado de segurança há muito prevista pelas Leis nºs. 4.348/64 e 5.021/66 foi estendida às cautelares referidas na Lei nº 8.437/92, que, na verdade, albergava “[..] medidas de natureza antecipatória satisfativa, que à época eram pleiteadas, de um modo geral, por via de ação cautelar inominada, com base no art. 798 do Código de

Processo Civil, e que atualmente podem ser obtidas no próprio processo de conhecimento, com fundamento no seu art. 273” (ZAVASCKI, 2008, p.32/4).

Além disso, o parágrafo 5º, do artigo 1º, da Lei nº 8.437/92, incluído pela MP nº 2.180-35/01, negava o cabimento de medida liminar que deferisse compensação de créditos tributários ou previdenciários. Eis o texto da Lei nº 8.347/92, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

[...]

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

[...]

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

Art. 3º O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo. (BRASIL, 1992)

Inferese, assim, que a Lei nº 8.437/92 estendeu as vedações à concessão de liminares em mandado de segurança, que já constavam nas Leis nºs. 2.770/56, 4.348/64 e 5.021/66, ao processo cautelar, estipulando, ademais, que não se admite medida liminar em processo cautelar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (cautelar satisfativa). Estabeleceu, também, que o recurso voluntário, e o reexame necessário, de julgados que tenham por conteúdo a concessão ou aumento de vencimentos ou a reclassificação de servidores públicos, terão efeito suspensivo.

Então, sobreveio a Lei nº 8.952/94, que introduziu os artigos 273 e 461 no Código de Processo Civil, instituindo a tutela antecipada como providência genérica, cabível no procedimento comum, e nova questão surgiu, em relação à admissibilidade da tutela antecipada contra o Poder Público, nas hipóteses vedadas pela legislação do mandado de segurança: a Lei nº 8.437/92 não abrangia expressamente as tutelas antecipadas, apesar do disposto em seu parágrafo 3º do artigo 1º.

Para corrigir a distorção sistemática gerada pela introdução dos artigos 273 e 461 no Código de Processo Civil, sobreveio a Lei nº 9.494/97, fruto da conversão da MP nº 1.570/97, que estendeu as vedações estipuladas pelas Leis nºs. 4.348/64, 5.021/66 e 8.437/92, às tutelas antecipadas previstas no Código de Processo Civil (artigos 273 e 461).

Com efeito, ao disciplinar a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, diz a Lei nº 9.494/97 que:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

[...]

Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001) (BRASIL, 1997)

Até aqui, as hipóteses legais de vedação compreendiam vencimentos e vantagens de servidores públicos e a liberação de mercadorias importadas do exterior. Então, sobreveio a MP nº 2180-35, de 24 de agosto de 2001, que introduziu o parágrafo 5º no artigo 1º da Lei nº 8.437/92, vedando a concessão de liminares contra o poder público que tenham por objeto a compensação de créditos tributários ou previdenciários.

Por fim, foi editada a Lei nº 12.016/09, denominada de nova Lei do Mandado de Segurança, que consolidou a legislação processual civil antes vigente, e parcialmente por ela revogada, que disciplinava a questão do deferimento de tutelas de urgência contra o Poder Público, estatuidando o seguinte:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

[...]

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

[...]

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

[...]

§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

[...]

Art. 29. Revogam-se as Leis nºs 1.533, de 31 de dezembro de 1951, 4.166, de 4 de dezembro de 1962, 4.348, de 26 de junho de

1964, 5.021, de 9 de junho de 1966; o art. 3º da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, o art. 1º da Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974, o art. 12 da Lei nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982, e o art. 2º da Lei nº 9.259, de 9 de janeiro de 1996. (BRASIL, 2009)

Infere-se, portanto, que por meio da edição da Lei nº 12.016/09, o legislador infraconstitucional houve por bem reunir em um único diploma normativo toda a disciplina processual definidora das hipóteses de vedação ao deferimento de medidas liminares em mandado de segurança e tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública.

3.2. Discussão sobre a constitucionalidade

3.2.1 Debate doutrinário

A legitimidade constitucional das proibições veiculadas pela legislação processual civil ao deferimento de medidas cautelares, de antecipações de tutela e de liminares em mandado de segurança contra o Poder Público em situações previamente definidas é rechaçada por significativa parcela dos doutrinadores pátrios que defendem que o comando do artigo 5ª, inciso XXXV, da Constituição Federal, ao estender a proteção judiciária às ameaças de lesão a direito, teria albergado implícita proibição dirigida ao legislador infraconstitucional de editar leis que, em hipóteses excepcionais, impeçam que os Juízes apreciem os pedidos de deferimento de tutelas de urgência contra a Fazenda Pública (FERRAZ, 2006, p. 245/6).

Os autores obtemperam, também, que as tutelas cautelares, as inibitórias e as técnicas de antecipação da tutela estariam albergadas pelo direito de ação constitucional e não poderiam, assim, ser subtraídas à apreciação do Poder Judiciário por dispositivos legais que, ao privilegiarem apenas o interesse do Poder Público, estariam malferindo, também, o postulado da isonomia processual, que é corolário do Estado Democrático de Direito fundado no princípio da dignidade da pessoa humana (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 276/8).

Argumenta-se, ademais, ainda com fulcro no princípio da inafastabilidade da jurisdição, que o Poder Judiciário deve conferir aos jurisdicionados o direito à tutela jurisdicional adequada, a qual, em certas

situações concretas, pode impor a adoção de medidas urgentes as quais deverão ser necessariamente deferidas pelo juiz, ainda que haja lei proibindo sua concessão, pois a lei ordinária não poderia vedar o deferimento de tutela adequada sob pena de violar o princípio constitucional do direito de ação (NERY, 2004, p. 132/3).

Enfim, como alerta Marinoni (2008, p. 137), somente o Poder Judiciário teria competência institucional para verificar, em cada caso concreto, a existência do *periculum in mora* necessário ao deferimento das tutelas de urgência, sendo defeso ao legislador processual interferir nessa seara sob pena de violar o direito à adequada tutela jurisdicional e à efetividade da jurisdição.

Existe, por outro lado, doutrina reconhecendo ao legislador infra-constitucional poder discricionário para coibir a concessão de medidas liminares por legítimas razões de interesse público, pois a proteção constitucional ao direito de ação compreenderia, singelamente, a tutela jurisdicional definitiva. Em tal esteira:

[...] a tutela jurisdicional prometida pela Constituição é tutela de cognição exauriente, que persegue juízo o mais aproximado possível da certeza jurídica; é tutela definitiva, cuja imutabilidade confere adequado nível de estabilidade às relações sociais; é, em suma, tutela que privilegia o valor segurança. (ZAVASCKI, 2008, p. 25).

Neste ponto, vale fazer referência a uma especificidade que parece ter escapado aos doutrinadores pátrios ao analisarem o preceito insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, nos termos do qual “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito” (BRASIL, 1988).

A doutrina brasileira afirma, quase majoritariamente, que a proteção à ameaça de lesão a direito seria tutelável por procedimentos cautelares ou antecipatórios da tutela; porém, existe diferença entre tutela cautelar em sentido amplo e a tutela preventiva:

Não há necessidade de se fazer confusão entre tutela preventiva e tutela cautelar, conceitos distintos, mesmo quando postos na relação de gênero a espécie. Em certos casos também o nosso

sistema processual admite que o interesse suficiente para invocar a tutela jurisdicional possa surgir, antes que o direito tenha sido definitivamente lesado, tão só pelo fato de que a lesão se prenuncie próxima e provável: nesses casos a tutela jurisdicional, em lugar da finalidade de eliminar a posteriori o dano produzido pela lesão de um direito, atua a priori com a finalidade de evitar o dano que poderia derivar da lesão de um direito, ameaçada, mais não ainda realizada. Refere-se a esses casos, em contraposição à tutela sucessiva ou repressiva, como casos de tutela jurisdicional preventiva, na qual o interessado de agir surge não pelo dano, mas pelo perigo de dano jurídico.

[...]

Nesses casos de tutela preventiva, não estamos, porém, ainda no campo da tutela cautelar; de fato, se se desconsidera o momento do interesse (que nasce aqui do perigo), em vez da lesão do direito, aqui nos encontramos ainda diante de casos de tutela ordinária, com efeitos definitivos. (CALAMANDREI, 2000, p. 34)

Assim sendo, reforça-se o entendimento de Zavascki (2008, p. 25) para quem a tutela jurisdicional consagrada no artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior, é a tutela definitiva.

Em oposição, Bedaque (2009, p. 90/4) considera inconstitucionais as restrições legislativas destinadas a impedir a concessão de tutelas de urgência contra o Poder Público, por entender que no texto do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal está albergada a tutela jurisdicional provisória (cautelar/antecipada), como forma de tutela preventiva, i.e., a proteção contra ameaça de lesão a direito. Prossegue o doutrinador, afirmando que a solução do conflito entre os princípios da segurança jurídica (garantia do devido processo legal) e o da efetividade do processo (tutela adequada), deve ser efetivada pelo juiz em cada caso concreto, segundo as diretrizes definidas na lei processual, que não pode, destarte, estabelecer vedações específicas, em relação à concessão de tutelas antecipadas e/ou cautelares contra do Poder Público (BEDAQUE, 2009, p. 94/6).

Não se pode negar, porém, que a satisfação imediata de um interesse juridicamente protegido, antes do término do processo, que é viabilizada

pelas tutelas de urgência não se compatibiliza com o princípio do devido processo legal entendido como cláusula compreensiva do:

[...] direito à segurança jurídica, de cuja densidade se pode extrair que não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo (inclusive, pois, os direitos subjetivos de qualquer espécie) hão de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que se esgote o devido processo legal. (ZAVASCKI, 2008, p. 66/7)

Nesse sentido:

Sustenta-se, por exemplo, com grande propriedade, a existência de um poder geral, conferido ao juiz, de conceder tutelas antecipadas, a exemplo do poder geral de cautela. Isso porque todos têm direito à tutela jurisdicional adequada. E, se o direito exige tutela urgente e satisfativa, não pode o sistema processual deixar de prestá-la, pena de violação à garantia constitucional da ação.

Essa conclusão, todavia, não atenta para o fato de que a concessão de tutela satisfativa mediante cognição superficial, não exauriente, pode lesar definitivamente o direito da parte contrária, que sequer teve oportunidade de impedir a invasão de sua esfera jurídica.

Por isso, a preocupação em atender ao direito de acesso à justiça do autor não pode desprezar o direito de igual natureza, que assegura a ambas as partes o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

[...]

Da mesma forma que para o autor a tutela sumária antecipada constitui, muitas vezes, o único meio apto para conferir efetividade a seu direito, o sistema constitucional assegura o réu a possibilidade de resistir à pretensão inicial. E esse direito não pode ser completamente aniquilado pela efetiva proteção processual àquele que deduziu a pretensão em juízo.

[...] atender ao pedido do autor, de forma sumária e com resultado irreversível, pode significar imposição ao réu de sacrifício não desejado pelo direito material.

É preciso cuidado para não permitir que a grande preocupação com a celeridade acabe comprometendo a segurança proporcionada pelo devido processo constitucional.

Por isso, na medida do possível, as soluções urgentes devem ser provisórias, com a única finalidade de assegurar a efetividade da tutela final e definitiva. Somente em casos absolutamente excepcionais deve o sistema permitir a resolução da situação de direito substancial pela via do processo de cognição sumária. Toda vez que isso ocorre, tem-se a amputação de garantias constitucionais da parte contrária, privada do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, enfim. (BEDAQUE, 2009, p. 83/5)

De fato, para que se realize o devido processo legal é necessário *tempo* para a prática de uma série ordenada de atos, a fim de que seja pleno o exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes, como também, para que o juiz reúna elementos de convicção suficientes a embasar um provimento definitivo que elimine qualquer resíduo de insatisfação dos litigantes, pacificando o conflito com justiça. Por outras palavras, a justiça da decisão judicial pressupõe cognição exauriente que é mais qualificada a espelhar a verdade dos fatos e a correta interpretação do direito, produzindo um *juízo de certeza jurídica*.

Em contrapartida, as tutelas de urgência por serem fundadas em cognição sumária que só propicia a elaboração de um *juízo de probabilidade* da existência de um direito material lesado ou ameaçado de lesão que poderá ser infirmado ao final do processo (MARINONI, 2008, p. 33), excepcionam a aplicação do princípio da segurança jurídica, em favor do postulado da efetividade do processo. Em suma, as antecipações de tutela prestigiam o princípio da efetividade em desfavor do postulado do devido processo legal porque importam na privação de bens e direitos do réu embasada em cognição sumária e provisória (BEDAQUE; MARCATO, 2008, p. 826/7).

Nesse cenário, a invocação da cláusula esculpida no artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior não seria justificção suficiente para afastar a incidência das leis ordinárias que estipulam vedações à concessão de medidas de antecipação de tutela contra o Poder Público, as quais devem

ser analisadas, necessariamente, à luz de todo o sistema constitucional organicamente considerado (ZAVASCKI, 2008, p. 63).

Na verdade, o que se verifica aqui é a existência de colisão entre “*direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade*” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 342).

Realmente: (a) há, de um lado, o direito fundamental do autor da demanda de exigir uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, inclusive mediante a atuação das tutelas de urgência – o valor protegido é a plenitude da jurisdição e a independência do Poder Judiciário; (b) há, de outro, o interesse público em coibir o exercício abusivo do poder cautelar dos Juízes evitando o risco de constrangimento precipitado a direitos da Fazenda Pública – o valor tutelado é a segurança jurídica explícita na cláusula do devido processo legal.

O apontado conflito entre valores albergados pelo legislador constituinte – segurança jurídica x efetividade do processo – poderá, porém, ser solucionado: (a) pelo legislador infraconstitucional “*sempre que forem previsíveis os fenômenos de tensão e de conflito à vista do que comumente ocorre no mundo dos fatos*” (ZAVASCKI, 2008, p. 64) ou (b) pelo Poder Judiciário, se houver lacuna normativa, ou quando a regra legal “*se mostrar insuficiente ou inadequada à solução do conflito concretizado, que não raro se apresenta com características diferentes das que foram imaginadas pelo legislador*” (ZAVASCKI, 2008, p. 64).

Inferre-se, nesse contexto, que não serão inconstitucionais as vedações impostas pela lei ordinária à concessão de medidas liminares ou de antecipação de tutela contra o Poder Público, desde que elas sejam razoáveis e, para aferir a razoabilidade das vedações legais, há que se recorrer ao princípio da proporcionalidade que funciona como “*critério para as limitações admissíveis da liberdade individual*” (BONAVIDES, 2008, p. 412). Com efeito:

O princípio da proporcionalidade, importado do direito administrativo para o plano constitucional, decorre da própria essência do Estado de Direito e atua como forma de prevenção do arbítrio do legislador que só exercerá legitimamente seu poder discricionário de legislar na

medida em que respeite os valores albergados na Lei Maior (BONAVIDES, 2008, p. 400/1).

Assim é que, para que o intérprete verifique a constitucionalidade das vedações legais ao deferimento de tutelas de urgência contra o Poder Público, ele deverá avaliar: (a) a *adequação* entre os *meios* de intervenção legislativa eleitos (situações em que a tutela de urgência é vedada) e o *fim* de interesse público perseguido pelo legislador (coibir o exercício abusivo do poder cautelar dos Juízes em detrimento da Fazenda Pública); (b) a *necessidade ou indispensabilidade* da adoção das medidas legais restritivas; e (c) a *harmonização dos interesses* e valores constitucionais envolvidos (devido processo legal e a segurança jurídica x inafastabilidade da jurisdição e efetividade do processo) (BONAVIDES, 2008, p. 396/8).

Haverá inconstitucionalidade sempre que a medida de vedação for excessiva, injustificável, arbitrária ou destituída de razoabilidade.

3.3 Posição do Supremo Tribunal Federal

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, o primeiro caso emblemático apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em que se discutiu a viabilidade constitucional da legislação ordinária estabelecer restrições ao deferimento de tutela de urgência contra o Poder Público foi objeto da ADIN n° 223-6/DF, por meio da qual se postulava a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória n° 173, de 18 de março de 1990, que vedou a concessão de medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias e cautelares que tivessem por objeto os comandos emergentes das Medidas Provisórias n°s. 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168, as quais estabeleciam o arcabouço jurídico do denominado Plano Collor.

Consta que nossa Corte Constitucional indeferiu o pedido de medida cautelar na ADIN n° 223-6/DF por razões de interesse público relevante, apresentadas no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, nos termos do qual haveria risco de que o deferimento do pedido de suspensão imediata dos efeitos da Medida Provisória n° 173/90 incentivasse os Juízes de primeiro grau a concederem liminares em desfavor do Plano Collor que, com isso, teria sua aplicabilidade irremediavelmente comprometida.

Porém, mesmo votando pelo indeferimento da medida liminar, o Ministro Sepúlveda Pertence ressaltou que isso não obstaría a análise da constitucionalidade da Medida Provisória nº 173/90 por qualquer Juiz ou Tribunal, no âmbito do controle difuso, pois, no entender do Ministro, por ser excessivamente genérica e imprecisa, já que fazia referência a inúmeras Medidas Provisórias, a Medida Provisória nº 173/90 poderia “[...] *subtrair à jurisdição uma série incalculável de interesses e eventuais direitos, aos quais a proibição de proteção pode acarretar danos irreparáveis e de monta*” (BRASIL, STF, ADIN nº 223-6/DF, 1990).

No mesmo julgamento da ADIN nº 223-6/DF, o Ministro Paulo Brossard votou pelo deferimento da medida cautelar por entender que a Medida Provisória nº 173/90 seria incompatível com o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, posição compartilhada pelo Ministro Celso de Mello para quem:

[...] a proteção jurisdicional imediata, dispensável a situações jurídicas expostas a lesão atual ou potencial, não pode ser inviabilizada por ato normativo infraconstitucional que, vedando o exercício liminar da tutela jurisdicional cautelar pelo Estado, enseja a aniquilação do próprio direito material. (BRASIL, STF, ADIN nº 223-6/DF, 1990)

Em sentido oposto, o Ministro Marco Aurélio, indeferindo a medida cautelar, asseverou que:

[...] o proibir-se, em certos casos, por interesse público, a antecipação provisória da satisfação do direito material lesado ou ameaçado não exclui, evidentemente, da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou a ameaça ao direito, pois ela se obtém normalmente na satisfação definitiva que é proporcionada pela ação principal, que, esta sim, não pode ser vedada para privar-se o lesado ou ameaçado de socorrer-se do Poder Judiciário. (BRASIL, STF, ADIN nº 223-6/DF, 1990)

Vale a pena fazer referência, também, aos votos dos Ministros Sydney Sanches e Octavio Galloti os quais, embora indeferindo a medida cautelar, salientaram que a constitucionalidade das vedações legais à concessão de tutelas de urgência contra o Poder Judiciário estaria condicionada à análise da razoabilidade das restrições impostas.

Ao fim do julgamento, o Supremo Tribunal Federal houve por bem indeferir a concessão da medida cautelar na ADIN nº 223-6/DF, vencidos os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello.

Posteriormente, em 22 de junho de 1990, no julgamento da ADIN nº 295-3/DF – MC, em que se pleiteava a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 186, de 23 de maio de 1990, que suspendia a concessão de liminares e cautelares por 30 (trinta) meses a contar de 15 de março de 1990 para preservar os comandos do Plano Collor, nossa Corte Constitucional, por maioria de votos, reafirmou o entendimento de ser lícito ao legislador infraconstitucional restringir, em certas matérias, a concessão de medidas liminares e cautelares, pois, como assinalou o Ministro Octávio Gallotti “[...] a disciplina restritiva ao cabimento das medidas liminares por lei ordinária, afastando, em determinados casos, a possibilidade de sua concessão, não fere a garantia constitucional do acesso ao Poder Judiciário e o uso do mandado de segurança” (BRASIL, STF, ADIN nº 295-3/DF – MC, 1990).

Por outro lado, consta que o Conselho Federal da OAB ajuizou a ADIN nº 975-3/DF – MC, questionando a Medida Provisória nº 375, de 23 de novembro de 1993, que, ao regular a concessão de medidas cautelares inominadas e de medidas liminares em mandado de segurança e em ações civis públicas, estabelecia restrições tão significativas que terminava por vedar a concessão das ditas medidas em face das pessoas jurídicas de direito público.

Deveras, a Medida Provisória nº 375, de 23 de novembro de 1993: (a) proibia o deferimento de medida liminar ou de cautelar contra o Poder Público, sem a audiência prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público (art. 2º); (b) condicionava a apreciação judicial de pedidos de medidas liminares e cautelares em face da Fazenda Pública à inexistência de risco de lesão ao interesse público ou à ordem, saúde, segurança e economia públicas (art. 3º); e (c) dificultava ou, até mesmo, impedia a concessão de liminares e cautelares contra o Poder Público, inclusive em sede de mandado de segurança (arts. 4º a 6º).

A extensão significativa das restrições levou o Ministro Carlos Velloso, Relator, a conceder a medida cautelar, suspendendo a aplicação

da MP nº 375/93, por considerá-la afrontosa, inclusive, ao princípio da separação de poderes, já que, segundo o julgador, o ato normativo impugnado obstruía a ação do Poder Judiciário, que ficava impedido de apreciar ameaças de lesão perpetradas contra direitos individuais ou coletivos.

Posteriormente, em 09 de dezembro de 1993, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deferiu em parte a medida cautelar postulada através da ADI nº 975-3/DF-MC, suspendendo a eficácia dos artigos 2º, 4º, 5º III e parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º, e das expressões “que não pode exceder de 30 dias” (art. 5º, I), “somente” e “pelo Tribunal competente para julgamento do recurso de ofício” (art. 5º, parágrafo 2º) e “para julgamento do recurso de ofício” (art. 6º) (BRASIL, STF, ADI nº 975 MC, 1993).

Em 26 de março de 1997, o Supremo Tribunal Federal voltou a pronunciar-se sobre o tema analisado ao apreciar o pedido de liminar na ADIN nº 1.576-1/DF-MC, pela qual se postulava a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 3º, da Medida Provisória nº 1.570/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.494/97. O Tribunal, por votação majoritária, manteve a eficácia dos artigos 1º e 3º da Medida Provisória nº 1.570/97, porém, suspendeu, liminarmente, até decisão final, a vigência do artigo 2º da Medida Provisória nº 1.570/90 que condicionava a concessão de liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, à caução, sempre que o ato pudesse resultar em dano à pessoa jurídica de direito público. Os Ministros Maurício Corrêa e Carlos Velloso deferiram a liminar na ADIN nº 1576-1/DF-MC, sob o entendimento de que a exagerada abrangência da restrição imposta pelo artigo 2º da Medida Provisória nº 1.570/97 (que não foi integrado à Lei nº 9.494/97) seria ofensiva ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, através da ADC nº 4/DF, foi instado a manifestar-se sobre a constitucionalidade do artigo 1º, da Lei nº 9.494/97, que estendeu à tutela antecipada genérica (CPC, 273) e à específica (CPC, 461), as vedações expressas nos artigos 5º e parágrafo único e 7º, da Lei nº 4.348/64, no artigo 1º e parágrafo 4º, da Lei nº 5.021/66, e nos artigos 1º, 3º e 4º, da Lei nº 8.347/92.

No julgamento da ADC nº 4/DF-MC, em 11 de fevereiro de 1998, o Supremo Tribunal Federal deferiu em parte o pedido de medida cautelar para inibir a prolação, na esfera do controle difuso, de qualquer decisão judicial sobre o pedido de antecipação de tutela que, formulado em face da Fazenda Pública, tivesse por pressuposto a questão específica da constitucionalidade ou não, do artigo 1º, da Lei nº 9.494/97. Na sequência, no julgamento definitivo da ADC nº 4/DF, ocorrido em 1º de outubro de 2008 (BUENO, 2009, p. 110), o Supremo Tribunal Federal, por votação majoritária, confirmou a constitucionalidade do dispositivo legal questionado, sob o entendimento de que a restrição legal ao deferimento de tutelas de urgência contra o Poder Público não viola o princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, 5º, XXXV), desde que a lei restritiva seja amparada por critério de razoabilidade.

Como se denota, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite, em princípio, que a legislação infraconstitucional possa estabelecer vedações materiais ao deferimento de medidas cautelares, liminares em mandado de segurança e antecipações de tutela contra o Poder Público, desde que haja razoabilidade das restrições ditadas pelo interesse público.

Com efeito, pode-se afirmar que nossa Corte Constitucional:

[...] tem entendido que a simples proibição de concessão de cautelar em determinadas situações ou matérias não se revela afrontosa ao princípio da proteção judicial efetiva, já que, muitas vezes, tais proibições apenas explicitam regras do senso comum quanto aos riscos reversos, decorrentes da probabilidade de se ter um quadro de difícil reversão ou de revisão praticamente impossível. (MENDES, 2008, p. 512)

4. Conclusões

Nos termos do artigo 7º, parágrafos 2º e 5º, da Lei nº 12.016/09, não será concedida medida liminar em mandado de segurança, nem tutela antecipada, nas ações em que se postule a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Como visto, o STF, no julgamento da ADC nº 04/DF, em 1 de outubro de 2008, definiu ser constitucional o disposto no artigo 1º, da

Lei nº 9.494/97, cujo teor é praticamente reproduzido pelo artigo 7º, parágrafos 2º e 5º, da Lei nº 12.016/09, no que concerne às pretensões deduzidas por servidores públicos na tutela de seus afirmados direitos funcionais.

Logo, conclui-se que a matéria já está pacificada pela jurisprudência de nossa Corte Constitucional, considerando que a Lei nº 12.016/09 apenas consolidou e sistematizou a legislação federal que disciplinava a questão.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é justificável, pois entre tutelar o provável direito individual do servidor público em auferir, logo no início do processo, as vantagens econômicas derivadas de um provável julgamento definitivo de procedência (efetividade da jurisdição) e preservar o patrimônio público, que pertence a todos e a cada um de nós, contra um precipitado desfalque (segurança jurídica), para atender a uma prestação pecuniária que pode se mostrar indevida no final do processo, optou-se, validamente, por prestigiar o interesse público.

Deveras, na hipótese aventada, não se pode desconsiderar a dificuldade de ressarcimento aos cofres públicos no caso de pagamentos de vantagens que, no final do processo, se mostrem indevidos (riscos reversos), máxime considerando a negativa repercussão que o deferimento indiscriminado de medidas de urgência teria sobre o erário por imprevisão orçamentária, já que, por imperativo constitucional, os pagamentos devidos pelos entes públicos por força de decisões judiciais devem respeitar a disciplina do artigo 100 da Lei Maior.

No que concerne, por outro lado, à vedação ao deferimento de tutelas de urgência contra o Poder Público quando o pedido versar sobre compensação de créditos tributários ou previdenciários (art. 7º, p. 2º e 5º Lei nº 12.016/09), é certo que a questão também já foi anteriormente debatida pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou, inclusive, a Súmula nº 212, nos termos da qual “... *A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória*” (RSTJ, vol. 191, p. 587).

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça na matéria justifica-se, pois, com base em cognição sumária, o juiz, notoriamente,

não terá condições de verificar a efetiva existência dos alegados créditos e débitos, se os mesmos são compensáveis, se são líquidos e certos, etc. Para tanto, será indispensável a dilação probatória e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo Poder Público, ou seja, o integral cumprimento da cláusula do devido processo legal que, na hipótese, não poderá ser excepcionada em favor da pronta e imediata oferta da tutela jurisdicional, ainda que provisória.

Não se pode esquecer, ainda, que a Lei Complementar nº 104 acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional nos termos do qual a compensação de crédito tributário pressupõe decisão transitada em julgado, o que torna imprópria a antecipação dos efeitos da tutela, no caso de discussão judicial da matéria.

Por fim, no que diz com a vedação à concessão de tutela de urgência quando a ação judicial versar sobre a liberação de mercadorias, bens ou coisas de procedência estrangeira, verifica-se que tal restrição já era imposta pela Lei nº 2.770/56, porém, como adverte Meirelles (1992, p. 57), a interpretação conferida à restrição legal era estrita, entendendo-se que a proibição só abarcava bens oriundos de contrabando e não os importados ou trazidos para o País como bagagem cujo desembaraço aduaneiro poderia ser, eventualmente, sujeito à incidência de exigências tributárias ilegais ou abusivas.

Pode-se defender, assim, que a proibição da Lei nº 12.016/09 de que sejam deferidas medidas liminares em mandado de segurança ou de antecipação da tutela, para liberação de bens e mercadorias provenientes do exterior, só seria aplicável no caso de produtos ilicitamente introduzidos no País por contrabando e não nas hipóteses de divergência na interpretação de pautas fiscais ou sanitárias pelas autoridades alfandegárias.

Isto porque, uma interpretação ampliativa da vedação material em destaque poderia ser tida por inconstitucional, já que, em múltiplas situações em que o jurisdicionado busca a liberação de mercadorias ou bens provenientes do exterior, retidos por atos de autoridades fiscais ou sanitárias em razão de desacordo sobre a exegese de leis, regulamentos, portarias, etc., somente a tutela jurisdicional de urgência será apta a garantir a preservação do direito afirmado pelo demandante, pois, muitas

vezes, a demora no desembaraço aduaneiro poderá esvaziar, irremediavelmente, o conteúdo do direito que se busca tutelar, inutilizando o seu reconhecimento, no final do processo.

Assim, ilustrativamente, se os bens ou mercadorias importadas do exterior forem perecíveis, se estiverem sujeitos a elevado grau de obsolescência, se estiverem destinados à exposição em feiras ou eventos agendados para data iminente, a espera pelo provimento jurisdicional definitivo tornará inócua a atuação do Poder Judiciário. Ainda, há o risco de que a liberação de bens e mercadorias seja impedida por movimentos grevistas de servidores públicos, evidenciando-se, inequivocamente, que a retenção alfandegária é ilegal e abusiva.

Por fim, não se pode desconsiderar os danos marginais que a demora na tramitação no processo poderá causar ao autor que será obrigado a arcar com os elevados custos das tarifas de armazenagem portuária ou aeroportuária e, ainda, ficará privado do uso e gozo do bem importado que, muitas vezes, pode ser essencial para o regular exercício da atividade de produção ou comercialização da empresa importadora ou, até mesmo, para a manutenção da vida e da saúde das pessoas, no caso de medicamentos, insumos farmacêuticos ou equipamentos médicos.

Como se vê, a proibição da concessão de tutela de urgência contra o Poder Público, na hipótese, por ser excessivamente genérica terá aptidão para comprometer a proteção judicial efetiva, pois, em muitos casos “[...] o deferimento da liminar tem em vista a conservação do direito material postulado” (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 512). Infere-se, daí, que a fórmula legislativa eleita “[...] não contém uma valoração definitiva de todos os aspectos e circunstâncias que compõem cada caso ou hipótese de aplicação” (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 337), podendo, potencialmente, frustrar a fruição efetiva de direitos lesados ou ameaçados de lesão.

Logo, essa vedação material não se apresenta compatível com o ordenamento jurídico constitucional.

5. Referências

ALVIM, Eduardo Arruda. *Antecipação da Tutela*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Medida Provisória nº 375, de 23 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a concessão e os efeitos de liminares e de medidas cautelares e sobre situações de risco de grave lesão ao interesse público, à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1990-1995/375.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964. Estabelece normas processuais relativas ao mandado de segurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4348.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966. Dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5021.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8437.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.952, de 30 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8952.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10444.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 816.050/RN, Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 28 de março de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 223-6/DF, Relator: Min. Paulo Brossard. Relator para o acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 05 de abril de 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 295-3/DF, Relator: Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, 05 de abril de 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346296>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 975-3 MC/DF, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, 09 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346728>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 1576-1/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, 16 de abril de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347137>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n° 4 MC/DF, Relator: Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, 11 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372905>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão da Segurança n° 1918, Relator: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, 10 de março de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346043>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 393175, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil 1*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 2*. 5. ed. São Paulo: Podivm, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A Reforma da Reforma*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARCATO, Antonio Carlos – Coordenador. *Código de Processo Civil Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY Jr., Nelson; *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY Jr., Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO, Humberto Jr. *Curso de Direito Processual Civil II*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Lançamento por homologação e princípio da legalidade: contribuição ao debate sobre a questão do prazo decadencial para formalização do crédito tributário

Flávio Eduardo Di Mônico¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O estado atual do debate em torno do *dies a quo* para contagem do prazo decadencial nos tributos sujeitos a lançamento por homologação; 3. Obrigação principal e crédito tributário; 4. Lançamento tributário: Ato declaratório ou procedimento constitutivo?; 5. O objeto do lançamento por homologação; 6. Homologação e princípio da legalidade; 7. Homologação tácita e pagamento antecipado; 8. Prazo decadencial no lançamento por homologação; 9. Conclusões; 10. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Lançamento por homologação. Crédito tributário. Princípio da legalidade. Decadência. Código Tributário Nacional.

¹ Agente Fiscal de Rendas; bacharel em Direito (FD/USP) e História (FFLCH/USP); doutor em Arquitetura e Urbanismo (FAU/USP); especialista em Direito Tributário (ESPEGE).

1. Introdução

Muito embora as relações entre os mecanismos que regem o funcionamento dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação e o fenômeno jurídico da decadência do direito de a Fazenda proceder ao lançamento de ofício venham sendo estudadas pela doutrina brasileira há décadas, e não obstante a relevância da questão no campo de estudo do direito tributário, está-se longe de se chegar a um consenso sobre a matéria.

Causa particular espécie o tema da definição do *dies a quo* para a contagem dos prazos de homologação tácita dos procedimentos apuratórios executados pelos contribuintes e a aplicabilidade, no caso, do prazo de decadência – via de regra mais dilatado e que, na prática, pode representar até um ano adicional para a Fazenda Pública efetuar lançamentos de ofício, geralmente acompanhados da imposição de penalidades. Assim, o posicionamento da doutrina e da jurisprudência tende a polarizar-se tanto na defesa da prevalência da regra de homologação tácita – mais benéfica para os contribuintes –, quanto na mitigação dos efeitos desta e, por conseguinte, na máxima extensão, no tempo, do prazo decadencial.

Tal polarização manifestou-se, em tempos recentes, na celeuma provocada por conta do entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de interpretar a aplicação das normas relativas à homologação tácita e à decadência de modo cumulativo, o que estendeu a extinção definitiva dos créditos tributários sujeitos ao lançamento por homologação pelo prazo de até dez anos.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, apesar de bastante imperfeito tecnicamente, conforme demonstrado profusamente pela doutrina, teve o mérito de manter aceso o debate em torno do tema da decadência nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo tratamento ainda permanece a merecer exame mais acurado.

Existe, todavia, outra importante questão, relacionada aos efeitos jurídicos da homologação – particularmente quando esta se dá de forma tácita –, mas que não tem desfrutado da mesma atenção por parte dos estudiosos do direito: trata-se da aplicabilidade das regras próprias dos tributos sujeitos a lançamento por homologação nas diversas hipóteses

em que há omissão ou erro, por parte do sujeito passivo, quanto à apuração e declaração do montante do tributo devido ou quanto ao seu pagamento antecipado.

Assim sendo, pretendemos, no presente trabalho, efetuar uma análise teórico-jurídica, por meio da revisão de parte das abordagens existentes na doutrina, do efetivo alcance do fenômeno jurídico da decadência do direito de a Fazenda Pública proceder ao lançamento de ofício dos tributos sujeitos à homologação, haja vista existir uma aparente antinomia entre o que dispõem os arts. 150, § 4º. e 173, inc. I do Código Tributário Nacional (CTN), a qual tem conduzido, no nosso entendimento, a uma equivocada ampliação dos efeitos jurídicos da homologação tácita, que não pode se prestar nem a substituir o prazo de decadência, nem a convalidar afrontas concretas a dispositivos legais, como a subtração de tributo devido.

Para tanto, buscaremos investigar a natureza jurídica do instituto do lançamento por homologação, à luz tanto dos dispositivos legais contidos no Código Tributário Nacional, quanto dos princípios jurídicos norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, em particular o princípio da legalidade; analisar as diferenças conceituais, no contexto do nosso sistema tributário, entre os institutos da homologação tácita e da decadência, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação e investigar o alcance da homologação tácita nas diversas hipóteses relacionadas à atividade apuratória e ao pagamento antecipado do tributo.

2. O estado atual do debate em torno do *dies a quo* para contagem do prazo decadencial nos tributos sujeitos a lançamento por homologação

Após a superação da perplexidade que caracterizou, nos anos que se seguiram à promulgação do Código Tributário Nacional, a discussão em torno da aplicabilidade das regras de contagem do prazo decadencial, sedimentou-se, com algumas variantes, o entendimento em torno da tese expressa na Súmula 219 do extinto Tribunal Federal de Recursos²,

2 “Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos cinco anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador”.

de que a determinação do *dies a quo* para contagem do prazo decadencial para o lançamento de ofício, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, dependeria do fator *pagamento*. Assim, caso houvesse pagamento antecipado, integral ou parcial, aplicar-se-ia a regra do art. 150, § 4º. do CTN; caso houvesse omissão total de pagamento por parte do sujeito passivo da obrigação tributária, prevaleceria a regra do art. 173, I do mesmo diploma.

Nos últimos anos, porém, tem-se verificado em parte da doutrina certa tendência no sentido da ampliação dos efeitos jurídicos do disposto no art. 150, § 4º. do CTN, de maneira a fixar, como *dies a quo* para efeito de início do prazo decadencial, invariavelmente a data de ocorrência do fato gerador.

Hugo de Brito Machado, por exemplo, após defender com bastante propriedade a tese de que o objeto da homologação prevista no art. 150, § 4º. do CTN é a atividade de apuração desenvolvida pelo contribuinte – e não o pagamento do tributo –, sustenta que a homologação expressa pode ocorrer mesmo nos casos em que não há pagamento, devendo a autoridade administrativa, após tomar conhecimento da atividade apuratória desenvolvida pelo sujeito passivo, notificá-lo a pagar o tributo declarado³.

O jurista faz a ressalva, contudo, de que no caso de débito de tributo sujeito a lançamento por homologação, apurado e declarado pelo contribuinte, a homologação tácita não pode ser admitida para efeito de constituição do crédito tributário, conferindo-lhe liquidez, certeza e exigibilidade – muito embora possa, paradoxalmente, resultar na extinção do crédito tributário correspondente, haja vista que “*a homologação tácita da atividade de apuração tem apenas a finalidade de permitir que se afirme que o pagamento foi correto, adequado, capaz de extinguir a dívida tributária*”⁴.

3 MACHADO, Hugo B. Decadência e lançamento por homologação tácita no art. 150 do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 104, mai. 2004, p. 50.

4 MACHADO, Hugo B., *op. cit.*, p. 54. Referido paradoxo consiste, exatamente, na circunstância de o autor defender a tese de que a homologação tem por objeto a apuração feita pelo contribuinte, ao mesmo tempo em que dá a entender que aquele ato, quando tácito, teria como objeto o pagamento.

Ressalva o autor, contudo, que, em não havendo pagamento antecipado e tampouco a prestação de qualquer declaração pelo sujeito passivo, nada haveria a homologar, razão pela qual, neste caso, prevaleceria a regra do art. 173, I do CTN, com fulcro no disposto no art. 149, II do mesmo diploma, quanto ao termo inicial do prazo decadencial⁵.

Percebe-se aqui, claramente, a aderência de Hugo Machado à chamada *teoria da informação* – a qual, fundamentada no requisito de “*conhecimento da atividade exercida pelo obrigado*”, contida no art. 150, *caput* do CTN, sustenta, no que concerne à homologação, que

*Sendo o fundamento do prazo mais curto do § 4º. do art. 150 do CTN a existência de uma possibilidade de conhecimento de atividade do contribuinte, o fenômeno ensejador dessa possibilidade não seria apenas o recolhimento efetivo do tributo, devendo também ser considerado, para efeito de aplicação desse preceito, o cumprimento prévio de uma obrigação declarativa, ainda que não tenha ocorrido o pagamento*⁶.

A este posicionamento doutrinário tem-se contraposto, mais recentemente, a opinião dos partidários da chamada *teoria objetiva ou do regime jurídico*, segundo a qual, para a aplicação do prazo previsto no art. 150, § 4º. do CTN, seria irrelevante a circunstância de ter havido pagamento antecipado por parte do sujeito passivo da obrigação tributária ou mesmo a execução de qualquer procedimento deste no sentido de apurar o *quantum debeatur* ou de levar ao conhecimento do ente tributante a ocorrência de fatos imponíveis.

Schubert de Farias Machado, por exemplo, entende que a aplicação do art. 150, § 4º. do CTN é incondicional para os tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo a obrigação de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, constituindo tão somente a obrigação formal de antecipação do pagamento – e não a efetividade deste – elemento caracterizador suficiente para o início da contagem do prazo decadencial a partir do fato gerador do tributo. Seguindo esta linha

5 MACHADO, Hugo B. A decadência e os tributos sujeitos a lançamento por homologação. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 59, ago. 2000, p. 48.

6 XAVIER, Alberto. Prazos de decadência: âmbito de aplicação dos arts. 150, § 4º., e 173, I do CTN. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, nº 55, mar./abr. 2004, p. 110.

de raciocínio, entende o autor que a falta de pagamento antecipado não desnatura o lançamento por homologação, haja vista que o objeto da homologação nesse tipo de lançamento seria a atividade apuratória desenvolvida pelo sujeito passivo e não simplesmente o pagamento, da mesma forma como defende a ideia de que, mesmo não tendo sido exercida, pelo contribuinte, qualquer atividade apuratória, ainda assim prevaleceria o prazo previsto no art. 150, § 4º. do CTN, haja vista que “*nesses casos ele [o sujeito passivo] continua obrigado a exercer a atividade de apuração e a fazer o pagamento na data determinada na lei*”⁷; portanto:

O prazo previsto no parágrafo 4º do art. 150 do CTN é prazo de decadência para a Fazenda proceder ao lançamento dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação. Havendo ou não o pagamento antecipado, e mais, havendo ou não expressa informação do sujeito passivo sobre o tributo devido, é a partir da ocorrência do fato gerador que contam os cinco anos depois dos quais não mais poderá ser exigido o tributo, desde que disponha o Fisco de elementos que lhe possibilitem ter o conhecimento do fato. A falta desses elementos de exteriorização do fato gerador está prevista na ressalva posta no final do parágrafo 4º. do art. 150, que trata da ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Nessa hipótese terá a Fazenda o prazo de cinco anos para exercer seu direito de realizar o lançamento (de ofício), contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I)⁸.

Similar é o ponto de vista de Alberto Xavier, que, abandonando a *teoria da informação*, aderiu em dias recentes à *teoria objetiva* e hoje defende a ideia de que o âmbito de aplicação dos arts. 150, § 4º e 173, I do CTN deve basear-se estritamente na modalidade de lançamento adotada pela lei para cada tipo de tributo:

Entendemos, pois, que não deve ser a situação fática concreta (existência ou não de pagamento, total ou parcial, ou cumprimento ou não de obrigação declarativa) que determina a apli-

7 MACHADO, Schubert de Farias. Lançamento por homologação e decadência. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n° 131, ago. 2006, p. 72.

8 MACHADO, Schubert de Farias, *op. cit.*, p. 81.

cabilidade do § 4º. do art. 150, mas sim e tão somente o regime jurídico do tributo em causa.

Nesse sentido aponta decisivamente o caput do art. 150, quando se refere aos “tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”. O que é relevante, pois, é saber se, em face da legislação, o contribuinte tem ou não o dever de antecipar o pagamento, pouco importando se o dever de pagar foi ou não efetivamente cumprido, no todo ou em parte. [...]

Se, em harmonia com a legislação de um certo tributo a lei determina que o contribuinte efetue o pagamento, sem dever aguardar uma prévia intervenção da autoridade administrativa, o dies a quo do prazo decadencial conta-se da ocorrência do fato gerador, sem qualquer condição ou restrição adicional, como exige a correia leitura do § 4º; se, ao invés, em harmonia com a legislação, noutro tributo a lei determina que a autoridade administrativa deve proceder a um lançamento previamente ao pagamento, o dies a quo do prazo decadencial conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do inc. I do art. 173, data esta que oferece maior precisão do que da data (porventura não determinada) em que o lançamento devia ter sido efetuado⁹. (grifo do autor)

Cabe observarmos, aqui, que apesar de engenhosamente construídos, os argumentos perfilhados em defesa da teoria objetiva se nos afiguram, entre outras razões que serão apontadas mais adiante no presente estudo, absolutamente incompatíveis com a disciplina legal dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, por esvaziarem a norma expressa no art. 150, § 4º. do CTN de todo seu conteúdo, em favor de uma interpretação literal e equivocada. Desnecessário lembrar que toda norma jurídica, expressa por meio de um enunciado linguístico, pretende suscitar algum tipo de modificação na realidade objetiva, ao prescrever ou vedar condutas. Ora, se o sujeito passivo, de acordo com a teoria objetiva, tem apenas o

⁹ XAVIER, Alberto. Prazos de decadência: âmbito de aplicação dos arts. 150, § 4º, e 173, I do CTN. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n° 55, mar./abr. 2004, p. 111-2.

dever *formal* de proceder de acordo com o prescritivo legal, constituindo a mera sujeição a tal hipótese de incidência elemento suficiente para caracterizar a tributação a que está submetido como própria do lançamento por homologação, não é razoável supor que um ato administrativo que se destina a conferir eficácia plena a uma ação precedente – no caso, a apuração do tributo feita pelo particular – se manifeste sobre algo inexistente, não praticado. Por outro lado, não se nos afigura equânime ou afinada com o princípio da boa-fé que deve nortear os negócios jurídicos, a solução encontrada de deferir ao sujeito passivo um evidente benefício – o de ter reconhecidos como extintos, por força da decadência, créditos tributários a que deu origem – sem que, em contrapartida, tenha cumprido o dever de ao menos levar ao conhecimento do sujeito ativo a ocorrência do fato gerador, dando-lhe oportunidade, em sendo o caso, de exercer seu direito de proceder ao lançamento de ofício.

Outrossim, pretender que o silêncio administrativo, na forma como ocorre a homologação tácita, dê ensejo não apenas à decadência do direito de a Fazenda Pública proceder à formalização do crédito tributário, como também à extinção deste, sem que tenha havido, por parte do sujeito passivo, qualquer atividade – seja ela a apuração e a declaração do montante devido, seja o pagamento antecipado –, significa, no mínimo, afrontar a lógica e o bom senso, pois tratar-se-ia, aqui, de reconhecer a possibilidade da ocorrência de efeitos destituídos de qualquer causa!

De todo modo, o dissídio doutrinário que em linhas gerais acima expusemos basta para demonstrar quão aberta permanece a interpretação dos complexos mecanismos que regem a extinção do crédito tributário nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, pois muito embora se perceba certo esforço doutrinário no sentido de cristalizar a aplicação indiscriminada da regra do art. 150, § 4º. do CTN a esta modalidade, tal solução demonstra ser absolutamente insuficiente ou inconsistente sempre que nos deparamos com o descumprimento, por parte dos sujeitos passivos, dos deveres que lhes são impostos pela lei, como a antecipação do pagamento ou a prestação de declarações. Por esta razão, acreditamos ser ainda oportuno buscar uma nova abordagem do tema, a qual, segundo nosso entendimento, deve principiar com a explicitação dos conceitos fundamentais de obrigação, crédito e lançamento tributário, e seguir com o tratamento do tema do lançamento por homologação, em

seus aspectos intrínsecos – especialmente a natureza do ato de homologação e sua relação com o ato de lançamento – e extrínsecos – em particular suas relações com as atividades cometidas aos contribuintes pela lei –, para enfim intentarmos a construção de uma solução interpretativa que contemple as diversas hipóteses de extinção do crédito tributário.

3. Obrigação principal e crédito tributário

Para que possamos tratar com propriedade de questões relativas à extinção do crédito tributário, faz-se necessário, preliminarmente, definirmos com precisão o escopo dos conceitos de *obrigação tributária* e de *crédito tributário*, haja vista verificarmos certo esforço, na doutrina mais recente, de aproximar ambos os institutos, de maneira a estender ao primeiro efeitos de fenômenos jurídicos aplicáveis ao segundo – a chamada *teoria monista*.

Com efeito, Carvalho defende a ideia de que a relação jurídico-tributária é formada pelo trinômio *sujeito ativo*, *sujeito passivo* e *objeto*, onde os dois primeiros elementos convergem, com interesses contrapostos, na direção desse último, nada além da prestação pecuniária; assim, para referido autor, ao direito subjetivo de o sujeito ativo exigir o objeto da relação tributária corresponderia, para o sujeito passivo, o dever jurídico de entregá-lo, de maneira que, desaparecendo um, extinguir-se-ia automaticamente o outro e vice-versa, pois “*ao se anularem, mutuamente, extingue-se a relação jurídica, que não pode subsistir, repetimos, sem qualquer desses integrantes que formam a sua essência*”¹⁰.

Entende o doutrinador que, por se tratar de um vínculo obrigacional, os conceitos de crédito e de débito corresponderiam, simetricamente, ao direito subjetivo de o sujeito ativo exigir a prestação pecuniária e ao dever jurídico atribuído ao sujeito passivo de satisfazê-la; nesse sentido, assim se expressa:

Ao direito subjetivo de que está investido o sujeito ativo de exigir o objeto, denominamos crédito. E ao dever jurídico, que a ele se contrapõe, de prestar o objeto, designamos débito. Revela-se,

10 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 255.

por isso, inominável absurdo jurídico imaginar-se obrigação sem crédito. No domínio dos desatinos, equipara-se à concepção de vínculo obrigacional sem sujeito ativo ou sem sujeito passivo, ou sem objeto. Todos, conjugados e coalescentes, mantendo, entre si, os nexos que salientamos, é que dão ao liame o porte e a dignidade categorial de obrigação.

Definimos crédito tributário como o direito subjetivo de que é portador o sujeito ativo de uma obrigação tributária e que lhe permite exigir o objeto prestacional, representado por uma importância em dinheiro¹¹.

Portanto, o crédito tributário nasceria juntamente com a formação do liame obrigacional entre os sujeitos ativo e passivo da relação tributária, no momento de ocorrência do fato hipoteticamente descrito como suficiente para tanto na norma, e seu destino estaria, por uma relação de inerência e de continência, inexorável e mutuamente associado ao da própria obrigação tributária: “o crédito tributário se constitui juntamente com a obrigação, e esta nasce com a ocorrência do fato jurídico tributário”¹²; por conseguinte, na hipótese de ausência, por alguma razão, de qualquer dos liames que vinculam os sujeitos da relação tributária a seu objeto – a saber: desaparecimento do objeto, do sujeito passivo, do sujeito ativo, do direito subjetivo do sujeito pretensor (i.e., do crédito) ou do dever jurídico do sujeito passivo (do débito) – deixaria de existir o vínculo obrigacional: desaparecido o crédito tributário, também pereceria a obrigação da qual decorre:

Depois de tudo o que dissemos, claro está que desaparecido o crédito decompõe-se a obrigação tributária, que não pode subsistir na ausência desse nexo relacional que atrela o sujeito pretensor ao objeto e que consubstancia seu direito subjetivo de exigir a prestação. O crédito tributário é apenas um dos aspectos da relação jurídica obrigacional, mas sem ele inexistente o vínculo. Nasce no exato instante em que irrompe a obrigação e desaparece juntamente com ela¹³.

11 CARVALHO, Paulo de Barros, *op. cit.*, p. 255.

12 CARVALHO, Paulo de Barros, *op. cit.*, p. 256.

13 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 303.

Rejeita-se, assim, a *tese dualista*, tão bem sintetizada por Nogueira, a qual distingue as noções de obrigação – entendida como *pretensão e responsabilidade* – e de crédito como *dívida*:

A pretensão é prévia e hipoteticamente prevista na lei. No momento em que a pessoa realiza o fato previsto, nasce o vínculo, imputabilidade, atributividade e responsabilidade (Haftung) pela prestação a ser apurada (débito, Schuld). Nesse momento também nasce a qualidade de sujeito passivo da obrigação que será, após a determinação, a de devedor¹⁴.

Ocorre que o Código Tributário Nacional se filia claramente a esta corrente de pensamento, na medida em que mencionado diploma, em seu artigo 140, proclama a autonomia da obrigação principal em relação ao crédito que dela resulta¹⁵ e, como corolário desse princípio, admite a modificação deste último nas hipóteses elencadas nos arts. 145 e 149, sem que tal circunstância implique qualquer prejuízo para o vínculo obrigacional, que permanece intacto, mesmo diante da exclusão da exigibilidade do crédito.

Contra tal possibilidade, insurgem-se os defensores da teoria monista, dentre os quais se destaca Carvalho, nos seguintes termos e com esteio na concepção kelseniana de direito subjetivo como poder jurídico conferido a seu titular de fazer valer uma pretensão, entendida como reflexo do dever atribuído pela norma a outrem de agir ou se omitir em relação a si de determinada maneira, dadas determinadas circunstâncias¹⁶:

O art. 140 introduz a ideia, que nos parece correta, de que as mutações porventura experimentadas pelo crédito tributário, do seu nascimento à extinção, não afetam o vínculo que lhe deu origem. E, de fato, as circunstâncias modificadoras do crédito, no que toca à sua extensão, a seus efeitos, ou às garantias e privilégios a ele atribuídos, não chegam a abalar o laço obrigacional. Há um limite, contudo, que não poderia ser ultrapassado: a exclusão de sua

14 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 5.ed. reescr.atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 285.

15 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 497.

16 Consultar, a respeito, KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 140-155.

exigibilidade, que equivale, ontologicamente, à extinção. Pecou nisso a proposição normativa que comentamos, porque a exclusão do crédito significa mutilar a obrigação tributária num ponto fundamental à sua existência como entidade jurídica. De que modo imaginaríamos um liame em que o sujeito passivo é cometido do dever jurídico de cumprir a prestação, mas o sujeito ativo não tem a titularidade de um direito subjetivo para exigir aquele comportamento? Como cogitar de dever jurídico sem direito subjetivo correlato? E a literalidade ingênita à relação jurídica, que é, antes de tudo, uma relação entre sujeitos – o pretensor e o devedor?

Excedeu-se a autoridade legislativa ao consignar que a exclusão da exigibilidade do crédito não mexe com a estrutura da obrigação. Mexe a ponto de destruí-la, de pulverizá-la. Excluir o crédito quer dizer excluir o débito, que existem, simultaneamente, numa correlação antagônica. E modificação de tal vultus extingue a obrigação tributária. Mais para a frente, retomaremos o fio desse raciocínio, uma vez que o Código Tributário Nacional, deploravelmente, enveredou por esse caminho que criticamos, erigindo a exclusão do crédito como um instituto jurídico¹⁷.

De se observar, contudo, que a ideia de autonomia entre obrigação e crédito tributário decorre da natureza especialíssima da relação jurídico-tributária, quando confrontada com as relações jurídicas pertencentes ao direito das obrigações, haja vista faltar, àquela, o elemento *volitivo*, essencial a estas últimas e que, no direito tributário, é substituído pela vinculação *ex lege*; ou seja, fiel à tradição civilista subjacente a todo o ordenamento jurídico brasileiro, esforçou-se o legislador complementar por afeiçoar os princípios informadores de nosso direito tributário, no que foi possível, aos institutos próprios do direito obrigacional, de maneira que a relação tributária constituísse um *quase-contrato* e não meramente um processo controlado de expropriação. Por esta razão, fez-se necessário estabelecer, com fulcro na concepção de *fato gerador*, uma estrutura formal que simulasse uma relação contratual, muito embora ausente a autonomia da vontade.

¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 256-7.

Nesse contexto, mais acertada a posição dualista ao claramente proclamar a autonomia da obrigação tributária em si do crédito que lhe é decorrente, haja vista a posição subsidiária ocupada pelas obrigações tributárias em relação aos fatos, atos e negócios jurídicos (genericamente unificados sob a alcunha de fatos geradores) apontados como impositivos pela norma tributária: os tributos, como nos ensina o direito financeiro, constituem rendas *derivadas* do Estado; por esta razão, dependem, para sua existência efetiva, da atividade econômica dos súditos – os quais, por sua vez, são compelidos, pela lei, a figurarem como sujeitos passivos de relações tributárias com o Estado, que têm por objeto parcela do resultado de referida atividade, expressa na forma de prestação pecuniária. Surge assim uma obrigação indeterminada de dar – a qual, todavia, para ser dotada dos atributos de certeza, liquidez e exigibilidade, tem necessariamente de ser convertida em um crédito, por meio da operação sindética do lançamento. Nesse sentido ensinou Nogueira:

*O crédito tributário, em substância, tem a mesma natureza da obrigação, por ser dela decorrente ou extraído. Há entre eles uma separação no tempo ou em dois momentos: a obrigação nasce com a lei e a realização do fato tributável como “pretensão”; o crédito decorre da obrigação, mas depende para sua determinação de um procedimento administrativo ou de constituição formal, isto é, de declaração de sua existência, quantia, identificação do devedor e para sua exigibilidade ou eficácia depende da notificação deste ao devedor para pagar o débito no prazo legal ou assinado. A obrigação, enquanto pretensão, é indeterminada, ao passo que o crédito é a sua própria determinação*¹⁸. (grifos do autor)

Tal entendimento é, nesse sentido, perfeitamente afinado com o de Ataliba, quando este aponta para o fato de que o conteúdo das normas tributárias não é o tributo, tomado como a quantia em dinheiro a ser carreada aos cofres públicos, mas, sim, o *comportamento* de entregar dinheiro ao Estado, nas hipóteses juridicizadas pela norma tributária:

¹⁸ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 5.ed. reescr.atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 287.

Sendo o direito uma realidade abstrata, não pode ter por objeto coisas concretas. Assim, o dinheiro, como as coisas em geral, jamais pode ser objeto do direito. Nenhuma coisa concreta pode ser objeto do direito, das normas jurídicas, das obrigações jurídicas (porque o direito e suas realidades são abstratos).

O objeto das normas jurídicas é o comportamento humano. Assim o objeto da obrigação tributária é o comportamento do sujeito passivo = entrega do dinheiro aos cofres públicos. O dinheiro, assim, é objeto do comportamento. Este é que é objeto da obrigação¹⁹.

Ora, um mero comportamento, um *dever ser* genérico e indeterminado, um imperativo destituído de forma e conteúdo material, não pode, sob qualquer aspecto, constituir em si mesmo, autonomamente, um *crédito tributário exigível*, perfeita e simetricamente identificado com sua respectiva obrigação, como pretendem os defensores da teoria monista, pois se a *obrigação* pode ser considerada um dos elementos constitutivos essenciais do direito subjetivo do Estado ao recebimento do tributo, também o é seu *objeto* (o crédito tributário, o interesse juridicamente protegido da relação tributária) – o qual, todavia, somente passa a ter existência concreta após sua constituição formal, por meio do lançamento²⁰.

A iliquidez, a incerteza e, por conseguinte, a inexigibilidade da obrigação tributária antes da constituição formal do crédito por meio do lançamento apenas realçam, portanto, a absoluta inadequação da mera transposição literal de conceitos próprios do direito privado para matéria de direito público, como a tributária²¹.

19 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4.ed.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 28.

20 Acerca da estrutura constitutiva dos chamados *direitos subjetivos*, reportamo-nos a FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 154-5, que identifica nestes quatro elementos essenciais: o sujeito, o conteúdo, o objeto e a proteção.

21 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 5.ed. reescr.atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 153-5, esmiúça as profundas diferenças existentes entre as obrigações de direito privado e as obrigações tributárias.

4. Lançamento tributário: Ato declaratório ou procedimento constitutivo?

Da polêmica em torno da autonomia ou dependência da obrigação em relação ao crédito tributário decorre a questão, igualmente complexa e polarizada em seu tratamento doutrinário, de se definir a natureza do lançamento tributário: ato ou procedimento; declaratório ou constitutivo?

A análise da disciplina do CTN deixa pouca margem de dúvida quanto à opção de nosso ordenamento jurídico de conferir natureza jurídica *declaratória* ao lançamento, haja vista que, pelo disposto em seu art. 144, “o lançamento reporta-se à data de ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”. Fosse considerado constitutivo – ou seja, tivesse o condão de criar, modificar ou extinguir direitos –, o lançamento necessariamente produziria efeitos *ex nunc*, o que não é o caso, pois suas consequências nitidamente declaratórias retroagem à data de ocorrência da hipótese de incidência, esta sim apta a constituir a obrigação e o crédito tributário²². Nesse sentido professa Nogueira: “O lançamento não pode criar, modificar ou extinguir direitos, ele é apenas declaratório da obrigação tributária apurada em face da lei e frente à ocorrência do fato típico”²³.

Todavia, apesar de não *constituir* a obrigação e tampouco o crédito tributário, cabe ao lançamento conferir a este último existência *concreta*, ao não apenas indicar o *an debeatur* e o *quantum debeatur*, mas também dotar a pretensão genérica contida na obrigação do poder jurídico de seu titular (o sujeito ativo) fazer valer seu direito – poder esse sem o qual não se poderia falar na existência de um efetivo direito subjetivo, pois, conforme esclarece Nogueira: “O lançamento é que vai esclarecer se devido e quanto devido, sem o que o credor ou o devedor não poderiam fazer valer seus direitos e obrigações, porque não estariam determinados”²⁴. (grifos do autor)

22 Assim não fosse, a obrigação tributária nasceria com o lançamento e teria, necessariamente, de reportar-se à data de formalização deste ato (e não à da ocorrência do fato gerador), o que afrontaria não apenas a disposição legal a este respeito contida no art. 144 do CTN, mas toda a sistemática jurídica deste diploma.

23 NOGUEIRA, Ruy Barbosa, *op. cit.*, p. 225.

24 NOGUEIRA, Ruy Barbosa, *Curso de direito tributário*. 5.ed. reescr.atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 227.

Esta formalização do crédito decorrente da pretensão genérica e abstrata contida na obrigação tributária, apta a conferir-lhe existência concreta, não implica, necessariamente, atribuir ao procedimento do lançamento qualquer caráter constitutivo de direito, como parece pretender Carvalho, ao associar a conceituação de lançamento como procedimento à teoria da eficácia constitutiva e, como ato administrativo, à teoria declarativista²⁵.

Com efeito, o CTN, em seu art. 142, *caput*, foi claro ao conceber o lançamento tributário como um procedimento, entendido como um complexo de atos tendentes à verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, à determinação da matéria tributável, ao cálculo do montante de tributo devido, à identificação do sujeito passivo e, eventualmente, à imposição de penalidades; ou seja, trata-se de uma série de atos jurídicos “*que se conjugam objetivamente, compondo um todo unitário para a consecução de um fim determinado*”²⁶; uma unidade lógica de sentido que se expressa e manifesta, necessariamente, de forma complexa e integrada; uma totalidade que não prescinde de qualquer de suas partes.

É lícito, portanto, buscarmos explicação para a concepção de lançamento como *procedimento* no direito processual²⁷, onde a noção de processo remete a uma finalidade (o exercício da jurisdição, a positividade do poder), ao passo que o procedimento configura a exteriorização, a manifestação, na forma de sucessivos atos, do próprio processo e que, em nosso ordenamento jurídico, se submete ao sistema da legalidade

25 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 259.

26 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 261.

27 Seixas Filho teve oportunidade de apontar, com fulcro nos ensinamentos de Carlos da Rocha Guimarães, para o vínculo existente entre a concepção de lançamento por homologação adotada pelo Código Tributário Nacional e o direito processual, nos seguintes termos: “*o lançamento por homologação surgiu no mundo jurídico brasileiro em razão de uma colocação doutrinária, com base no direito processual, de que deveria haver necessariamente uma conexão obrigatória entre o nascimento do dever jurídico de pagar um tributo, e o procedimento para torná-lo líquido e certo através de um ato jurídico com participação expressa da autoridade administrativa competente para cobrar e fiscalizar o tributo*” (SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Ensaio e pareceres de direito tributário material*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 219).

das formas, “*a fim de assegurar que o resultado do processo espelhe na medida do possível a realidade histórica e axiológica*”²⁸.

Nesse sentido, uma transposição de conceitos do direito processual para o direito tributário conduziria ao entendimento do lançamento como um *processo* que objetiva a constituição formal do crédito tributário (nascido *in abstracto* juntamente com a obrigação tributária) e que, no atingimento desse desiderato, se manifesta concretamente na forma de uma série de atos procedimentais – os quais, todavia, não gozam de autonomia jurídica em si mesmos, isoladamente.

5. O objeto do lançamento por homologação

O entendimento do caráter procedimental do lançamento tributário não demanda maiores esforços quando nos deparamos com as modalidades de lançamento direto (ou *ex-officio*) e por declaração (ou misto), haja vista que, nestas, existe uma ativa e efetiva participação do Fisco, que vai ao encontro da definição contida no *caput* do art. 142 do CTN.

O mesmo não se pode afirmar, contudo, quanto ao anômalo instituto do chamado *lançamento por homologação*, tratado no art. 150, *caput*, do mesmo diploma, nos seguintes termos:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

De se notar que o dispositivo legal acima transcrito difere em essência daquele contido no art. 142, *caput* do CTN, na medida em que pressupõe uma *denúncia espontânea*, por parte do contribuinte, da ocorrência de fato gerador de sua responsabilidade, e a conseqüente apuração, *com fundamento em sua própria interpretação da legislação aplicável*, do montante de tributo devido – ou não, caso o contribuinte julgue-se beneficiário de qualquer causa excludente da exigibilidade do tributo.

28 CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 13.ed. rev.atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 325.

Esta modalidade de lançamento caracteriza-se precipuamente pelo alto grau de participação do sujeito passivo na apuração do crédito fiscal, sem que, todavia, a atividade daquele constitua, propriamente, um lançamento tributário: a legislação aplicável a cada tributo pode exigir, com fundamento no art. 150, *caput* do CTN, que o sujeito passivo da obrigação tributária chegue a determinado *fin* – o pagamento antecipado do tributo -, empregando como *meio* o cumprimento de uma série de obrigações acessórias, destinadas à determinação e à informação do *quantum debeat*; porém, os procedimentos executados pelo contribuinte não vinculam, em nenhuma medida, o Fisco, que tem a prerrogativa de com estes concordar, ou não, por intermédio do ato de homologação, muito embora o pagamento antecipado, quando efetuado no montante integral, tenha necessariamente o condão de extinguir o crédito tributário a que se refira. O art. 150, § 2º. do CTN é claro ao afirmar que “*não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do débito*”.

Assim, é absolutamente factível que determinado contribuinte efetue pagamento antecipado de tributo sem, contudo, cumprir as correspondentes obrigações acessórias. Tal pagamento, eventualmente, pode corresponder à previsão legal e, conseqüentemente, extinguir o crédito tributário, sem que necessariamente haja homologação por parte do Fisco, a quem compete, nos termos do art. 142 do CTN, promover o lançamento de ofício para verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, identificar o sujeito passivo, aplicar a penalidade cabível pelo descumprimento das obrigações acessórias e calcular o tributo devido, levando em consideração o pagamento antecipado promovido pelo contribuinte, conforme determinado pelo art. 150, § 3º. do Código Tributário.

Contrario sensu, em se verificando, por parte da autoridade tributária, a apuração e declaração, pelo sujeito passivo, do tributo devido (ou, eventualmente, da inexistência de débito), nos exatos termos da legislação aplicável, podem tais procedimentos perfeitamente ser objeto de homologação, mesmo que desacompanhados de pagamento.

É que, conforme correto entendimento que vem se assentando junto à doutrina, o objeto da homologação nos tributos sujeitos a esse tipo de

lançamento são os procedimentos apuratórios executados pelo sujeito passivo, e não o pagamento²⁹.

Conclui-se, com fundamento nesse entendimento, que, não sendo o contribuinte pessoa habilitada a efetuar o procedimento do lançamento tributário – prerrogativa privativa da autoridade administrativa -, a apuração e declaração da matéria tributável e o pagamento antecipado que eventualmente realiza, quanto aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, se afiguram como atividades de índole provisória, imperfeita, mas que aspiram por cristalizarem-se definitivamente, por força da homologação – ato administrativo que, na disciplina do CTN, substitui, de maneira ficta, o procedimento do lançamento e simultaneamente, quando acompanhado do pagamento integral, extingue o crédito tributário respectivo; ou seja, no lançamento por homologação, deixa a autoridade administrativa de executar, por seus próprios meios, o procedimento de lançamento, porém concorda, mediante o exercício de seu poder de fiscalização e com fundamento em um *resultado*, com a apuração do imposto realizada pelo próprio contribuinte, conferindo-lhe os mesmos efeitos concretos do lançamento que teria realizado de ofício.

A provisoriedade do pagamento antecipado realizado pelo contribuinte, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, fica patente em face da condição resolutiva a que está sujeito, para o fim de extinguir o crédito tributário correspondente, por dependente de sua ulterior homologação, expressa ou tácita, conforme dicção do art. 150, § 1º. do CTN: “*Art. 150. [...] § 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento*”, o qual deve ser necessariamente integrado, na sistemática do Código Tributário, com o art. 156, VII do mesmo diploma: “*Art. 156. Extinguem o crédito tributário [...] VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º. e 4º.*”.

²⁹ Vide, nesse sentido as observações tecidas por TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Lançamento por homologação e decadência do direito de constituir o crédito. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 151, abr. 2008, p. 30-2, que bem sintetizam a atual posição da doutrina majoritária sobre o assunto.

Evidentemente, o legislador, ao referir-se à homologação do lançamento como condição resolutória para a extinção do crédito tributário correspondente, cometeu um equívoco terminológico, sendo de se supor que a cláusula a que se submete o pagamento antecipado é *suspensiva*, nos termos da definição constante do art. 125 do Código Civil: “*Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito a que ele visa*”; ou seja, enquanto não convertida em lançamento a atividade apuratória desenvolvida pelo sujeito passivo da obrigação tributária, não há que se falar, propriamente, em crédito tributário líquido, certo e exigível, razão pela qual o pagamento antecipado careceria de objeto perfeitamente definido ao qual amoldar-se.

No mesmo sentido, o parágrafo seguinte de referido art. 150 do CTN assevera que quaisquer atos praticados pelo contribuinte, anteriormente à homologação, visando à extinção do crédito tributário, não influirão sobre a obrigação tributária correspondente, muito embora devam ser considerados na eventual apuração, pela autoridade administrativa, de saldo devido, conforme determinado pelo § 3º. do art. 150 do CTN; em outros termos, até a homologação, que confere concreitude (existência, liquidez e certeza) ao crédito tributário, ao pagamento antecipado efetuado pelo contribuinte não alcança o efeito extintivo previsto no art. 156, VII do CTN, tratando-se, portanto, de atividade de índole provisória e sujeita a aperfeiçoamento.

De se notar que, ao afirmarmos ser provisória a atividade praticada pelo contribuinte nos termos do art. 150, *caput*, do CTN, consubstanciada no pagamento antecipado sujeito a ulterior homologação, não pretendemos com isto significar ser admissível a existência de *lançamento de índole provisória*, em contraposição ao *lançamento definitivo* – tese esta já devidamente rechaçada pela doutrina³⁰.

Na verdade, não há sequer que se falar em lançamento sem a intervenção da autoridade tributária competente, seja por meio da execução direta daquele ato (lançamento de ofício) ou da homologação dos proce-

30 PAULA, Edylcea Tavares Nogueira de. *Prescrição e decadência no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 41.

dimentos encetados pelo sujeito passivo (lançamento por homologação), haja vista tratar-se, consoante teor do art. 142 do CTN, de ato administrativo próprio e privativo – indelegável, portanto, a particulares, como bem apontado por Santi:

Se o lançamento “compete privativamente à autoridade administrativa”, ex vi do at. 142 do CTN, não podemos aceitar que o “lançamento por homologação” seja um autêntico lançamento, pois o ato de formalização do crédito não é praticado pela autoridade fiscal³¹.

Discordamos, assim, do pensamento de Horvath, quando este afirma constituir a atuação do sujeito passivo, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, um “*verdadeiro lançamento, perfeito, acabado e definitivo*”, apenas com a ressalva de se encontrar sujeito a controle por parte do Fisco:

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação a atuação do sujeito passivo, acompanhada do respectivo pagamento, constitui um verdadeiro lançamento, perfeito, acabado e definitivo, mas sempre sujeito a controle por parte do Fisco. Ou seja: aquilo que o contribuinte apura a título de tributo e recolhe aos cofres públicos é tributo, e extingue o crédito, ainda que sob condição resolutória.

Desta forma, o pagamento feito pelo contribuinte é válido até que – ou enquanto – não for impugnado pelo Fisco. Se assim é, parece razoável concluir-se que nessas hipóteses – de lançamento por homologação – o lançamento já ocorreu de fato, pois, caso contrário, o sujeito passivo não poderia ser obrigado a pagar o tributo antes da manifestação da Administração Fiscal³². (grifos do autor)

Ora, a prerrogativa de controle, por parte da autoridade administrativa, da atividade exercida pelos sujeitos passivos, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, decorre do disposto no art 149 do CTN, o qual de maneira alguma contradiz a natureza privativa do ato de lançamento determinada pelo art. 142 do mesmo diploma: o fato de a

31 SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 282.

32 HORVATH, Estevão. A decadência no lançamento “por homologação”. *Revista de Direito Tributário*. n° 71, 1996, p. 154.

autoridade poder revisar a atividade exercida pelos sujeitos passivos não significa, de modo algum, que a prerrogativa de efetuar o lançamento tributário foi *transferida* a estes.

Também não se nos afigura correta a conclusão de que a atuação do sujeito passivo, acompanhada do respectivo pagamento, tem necessariamente de ser considerada como lançamento, a fim de obrigar aquele à antecipação do tributo, pois tal dever deflui não da circunstância de haver lançamento prévio, mas dos dispositivos específicos existentes na legislação de suporte de cada tributo sujeito a lançamento por homologação, dirigidos ao liame obrigacional nascido com a ocorrência do fato gerador. Omissis o sujeito passivo no cumprimento de tal dever, sujeitar-se-á não a lançamento revisional, mas a lançamento *originário*, a ser efetuado de ofício pela autoridade administrativa, nos termos do art. 149, V do CTN, *verbis*:

Art. 149 – O lançamento é efetuado [...] de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

[...]

V – quando se comprove omissão [...], por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte.

Sob outro prisma, se o contribuinte proceder à apuração e declaração, ao Fisco, da matéria tributável e do montante do tributo devido, em perfeita consonância com os dispositivos legais aplicáveis – ou seja, em perfeita consonância com a interpretação que seria dada *pela autoridade fiscal* a tais dispositivos -, sua atividade haverá de ser homologada, expressa ou tacitamente, mesmo que não haja pagamento antecipado, pois, conforme visto, o objeto da homologação não é o pagamento, mas a atividade de apuração declarada pelo sujeito passivo ao Fisco. Apurado, declarado e homologado, o crédito fiscal adquire a certeza, a liquidez e a exigibilidade que lhe confere o ato de lançamento, sendo passível, portanto, de inscrição na Dívida Ativa do Estado e cobrança, na forma prevista na legislação, dentro do prazo *prescricional* para o exercício do respectivo direito de ação.

Portanto, não podemos concordar – apesar da elegância e do brilhantismo de sua argumentação – com o posicionamento de Carvalho, quando este afirma, com ênfase exagerada, que o ato homologatório e o lançamento tributário têm naturezas absolutamente díspares, na medida em que

*Enquanto aquele primeiro anuncia a extinção da obrigação, liberando o sujeito passivo, estoutro declara o nascimento do vínculo, em virtude da ocorrência do fato jurídico. Um certifica a quitação; outro certifica a dívida. Transportando a dualidade para outro setor, no bojo de uma analogia, poderíamos dizer que o lançamento é a certidão de nascimento da obrigação tributária, ao passo que a homologação é a certidão de óbito*³³.

Evidencia-se nas palavras do ínclito jurista, por um lado, o equivocado entendimento de que o objeto do ato de homologação seria o pagamento (eis porque este constituiria, invariavelmente, a “certidão de óbito” da obrigação tributária); por outro, a influência da teoria monista, da qual é adepto e a que fizemos menção em outra parte, na medida em que enxerga no ato de constituição do crédito tributário o nascimento da própria obrigação de mesma natureza e, na homologação, sua extinção, num raciocínio simplificador que vai de encontro à sistemática dualista adotada pelo CTN.

Com efeito, o procedimento de lançamento, conforme já tivemos oportunidade de asseverar, formaliza e dá concretude ao crédito tributário nascido abstratamente com a ocorrência do fato gerador do tributo. Em todas as modalidades previstas no CTN – de ofício, por declaração e por homologação –, verifica-se efetivamente tal procedimento, variando apenas o grau de colaboração do contribuinte e, conseqüentemente, de envolvimento da autoridade administrativa no processo de lançamento. Apenas ocorre que, no verdadeiro *lançamento ficto* resultante da homologação prevista no art. 150 do CTN, este pode se processar *simultaneamente* ao aperfeiçoamento da extinção do crédito tributário, na medida em que for acompanhado do correspondente pagamento, ao passo que, no lançamento de ofício, pode haver,

33 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 286.

ato contínuo, a satisfação do crédito tributário, ou estabelecer-se um dissídio bilateral entre Fisco e contribuinte acerca deste objeto, circunstância que, na ordem constitucional vigente, suscita a instauração de uma relação processual para seu deslinde.

De se observar que a instauração de eventual contencioso administrativo não afeta diretamente a formalização do crédito tributário decorrente do lançamento - que se completa pela notificação do sujeito passivo -, mas é somente causa de *suspensão da exigibilidade* do crédito, até decisão final deste autêntico processo incidental, conforme disposto no art. 151, inc. III do CTN.

6. Homologação e princípio da legalidade

Ponto fulcral para o entendimento dos mecanismos de extinção do crédito tributário no lançamento por homologação e, não obstante, um dos menos abordados pela doutrina, é a questão da natureza jurídica do ato de homologação, referido no art. 150 do CTN, e a relação deste com os princípios constitucionais que regem a atuação da administração pública no Brasil, em particular o da primazia do interesse público e o da legalidade, do qual aquele deriva.

Com efeito, a administração pública brasileira em geral, e a administração tributária em particular, encontram-se submetidas ao princípio da legalidade, expresso no art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual, ao contrário dos particulares, não cabe ao administrador público fazer tudo o que a lei não proíbe, mas estritamente aquilo que a lei determina. Nesse sentido, toda ação administrativa deve convergir para os fins preestabelecidos no arcabouço legal, não havendo margem – exceto nas hipóteses previstas na própria lei – para transigência ou consideração da vontade pessoal do agente público, quando no exercício de sua função. Ao agente público compete, portanto, conferir concretude às hipóteses contidas abstratamente na lei – converter em *ser* o que, na lei, configura apenas um *dever-ser*.

O exercício desta competência se dá por meio do poder que a lei confere à administração pública a fim de que, circunscrita nos limites fixados pela própria norma jurídica, disponham seus agentes de instrumentos aptos a legitimar sua interferência no âmbito das liberdades fru-

ídas pelos administrados. Tal poder é matizado em diferentes graus de submissão aos ditames legais, sendo o chamado poder *vinculado* aquele em que a relação entre a previsão normativa e a atividade concreta do administrador é direta, imediata, incondicionada³⁴.

Portanto, nos atos administrativos praticados no exercício do poder vinculado cometido pela lei ao agente público, admite-se por parte deste apenas um único comportamento, de índole objetiva, diante das situações de fato submetidas à sua apreciação no exercício e suas funções³⁵.

Dentre os atos administrativos plenamente vinculados, encontramos a homologação – ato de controle em que o agente público, dotado de competência para tanto, examina ato jurídico já praticado, a fim de verificar sua consonância com os requisitos legais condicionadores de sua válida emissão³⁶; ou, conforme a sintética definição dada por Di Pietro, trata-se de “*ato unilateral e vinculado, pelo qual a Administração Pública reconhece a legalidade de um ato jurídico*”³⁷.

Importante observar que os atos jurídicos submetidos a homologação não são dotados de eficácia plena antes de serem referendados pela autoridade competente, consoante lição de Hely Lopes Meirelles:

*O ato dependente de homologação é inoperante enquanto não a recebe. Como ato de simples controle, a homologação não permite alterações no ato controlado pela autoridade homologante, que apenas pode confirmá-lo ou rejeitá-lo, para que a irregularidade seja corrigida por quem a praticou. O ato homologado torna-se eficaz desde o momento da homologação, mas pode ter seus efeitos contidos por cláusula ou condição suspensiva constante do próprio ato ou da natureza do negócio jurídico que ele encerra*³⁸.

34 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 117-8.

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*. 23.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 414.

36 A homologação não se confunde com a aprovação a *posteriori*, haja vista que esta “*envolve apreciação discricionária ao passo que a homologação é plenamente vinculada*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de., *op. cit.*, p. 422).

37 DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 191.

38 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191.

O mesmo caráter vinculatório que, conforme visto, faz parte da essência dos atos homologatórios em geral, foi expressamente atribuído pelo legislador ao ato de lançamento tributário em particular, conforme dicção do parágrafo único do art. 142 do CTN, *verbis*: “*A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*” (grifo nosso).

Portanto, no chamado lançamento por homologação, não há dúvida quanto ao fato de que o âmbito de ação da administração é tão limitado pelos ditames legais quanto o seria no lançamento de ofício, pois se por um lado o lançamento tributário tem necessariamente de conferir concreitude, em seus estritos termos, à hipótese de incidência prevista na lei tributária, por outro não é admissível que a administração possa, sem ofensa aos deveres funcionais de seus agentes, homologar, expressa ou tacitamente, atos praticados pelos sujeitos passivos que divirjam do resultado que seria obtido caso o lançamento resultasse de procedimento executado pelo próprio Fisco; em outras palavras, o Fisco, ao homologar, assume como seus os procedimentos apuratórios executados pelo sujeito passivo, se – e apenas se – tais procedimentos corresponderem exata e fielmente ao resultado que seria alcançado caso fossem feitos de ofício.

Considerando que o lançamento por homologação caracteriza-se, também, pela circunstância de os procedimentos apuratórios desenvolvidos pelos contribuintes resultarem no pagamento antecipado do tributo, na forma e nos prazos definidos pela legislação aplicável a cada hipótese de incidência tributária, o efeito extintivo de tal pagamento, conforme previsto no art. 156, VII do CTN, somente poderá se dar no caso de este se conformar perfeitamente com o *quantum* devido – pois caso contrário não configuraria pagamento, uma vez que, conforme ensinamento de Nogueira, “*para operar a extinção [do crédito tributário], o pagamento tem de ser integral*”³⁹. E o que configura, exatamente, a integralidade do pagamento? Sem dúvida, a perfeita correspondência deste com o montante do crédito tributário nascido com a ocorrência do fato gerador e formalizado com o procedimento de lançamento,

³⁹ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 5.ed. reescr.atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 303.

que nos tributos sujeitos à modalidade por homologação, é efetuado por meio deste ato, o qual conserva o mesmo caráter vinculado dos lançamentos de ofício.

Verificado erro ou omissão, por parte do contribuinte, na apuração do débito tributário de sua responsabilidade, emergiria o dever de lançamento, de ofício, pela autoridade administrativa, no exercício de sua atividade fiscalizadora, da integralidade do crédito tributário devido, dentro do período decadencial, estipulado pelo art. 173, I do CTN.

No caso dos lançamentos por homologação, particularmente naqueles em que esta é meramente tácita, temos que a atividade apuratória praticada pelo contribuinte, em função do resultado – o pagamento antecipado – e por força do ato administrativo homologatório, opera, simultaneamente, a formalização (lançamento) e a extinção do crédito tributário. Porém, assim como ocorreria no caso da homologação expressa por parte do Fisco, também a homologação tácita tem sua extensão e efeitos precisamente delimitados pelo caráter cogente da norma tributária, à qual devem subsumir os fatos jurídicos tributários, em todos os seus aspectos, pois “*para o direito tributário a única vontade relevante, juridicamente, é a vontade da lei*”⁴⁰.

Em direito e, especialmente, em direito tributário, “*diz-se que um fato se subsume à hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dele faz a lei*”⁴¹ (grifo nosso); portanto, não

40 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4.ed.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 68.

41 ATALIBA, Geraldo, *op.cit.*, p. 65.

Marcos Sampar, em meticulosa análise sobre a natureza e o alcance das figuras do lançamento e de sua revisão, presentes no Código Tributário Nacional, conclui, acerca do escopo do art. 173 – o qual define o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pelo sujeito ativo –, que “*ver-se-á que o direito ali mencionado não é de constituir um ou qualquer crédito tributário, tampouco de apenas lançar o tributo, mas sim de constituir o crédito tributário no exato montante da obrigação correspondente. Daí resulta que, uma vez efetuado um lançamento inexato, não obstante o direito de lançar tenha sido exercido, não se terá por plenamente exercido – conquanto fosse juridicamente possível – o direito de constituir o crédito tributário em estrita consonância com a respectiva obrigação, a que alude o art. 173 do CTN. Tanto é assim que o Código prevê a revisão do lançamento, propiciando, assim, uma segunda oportunidade para a Fazenda Pública exercer integralmente o direito de constituir o crédito tributário nos exatos termos da obrigação*” (grifos do autor). SAMPAR, Marcos Donizeti. Lançamento e revisão de ofício do lançamento. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 59, ago. 2000, p. 73.

sendo admissível que a vontade dos sujeitos privados produza quaisquer efeitos na gênese da obrigação e do crédito tributário, de igual modo não dispõe a autoridade administrativa do poder para, expressa ou tacitamente, dispensar o pagamento de tributo devido (exceto nas hipóteses previstas na própria lei) ou de admitir a extinção total do crédito tributário mediante o oferecimento, pelo contribuinte, de importância inferior à sua integralidade.

Por conseguinte, a apuração e declaração de tributo, pelo sujeito passivo, em montante parcial, não tem qualquer efeito extintivo do crédito tributário e tampouco sujeita-se à homologação pela autoridade administrativa, que tem não apenas o direito, como o dever funcional de reclamar, na qualidade de representante do sujeito ativo da relação jurídico-tributária, a totalidade do *quantum* devido, ressalvado o direito, conferido ao sujeito passivo, de ter considerados, na apuração do montante e, em sendo o caso, na imposição ou graduação da penalidade, pagamentos parciais que eventualmente tenha realizado, conforme disciplinado pelo art. 150, § 3º. do CTN. É nesse sentido a opinião de Carvalho, conforme pode-se observar no seguinte excerto:

Ora, diante do que expusemos, é lícito inferir que a extinção do laço obrigacional ocorreu no preciso instante em que houve o pagamento. Isso não quer dizer, entretanto, que a Fazenda esteja impedida de discutir o nascimento, a existência e a extinção de relações jurídicas tributárias em que é ou foi parte integrante, na condição de sujeito ativo. O único pressuposto é que não se tenha exaurido o prazo que a lei assina para o exercício desse direito, isto é, cinco anos. Esse intervalo de tempo, como já o sabemos, é de decadência, regido pelo art. 173 do Código Tributário Nacional⁴².

Afasta-se, desta maneira, a ideia, presente em parte da doutrina e da jurisprudência pátrias, de que o pagamento parcial irradiaria seus efeitos homologatórios e, portanto, extintivos do crédito tributário, para todo o montante devido⁴³.

42 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 320.

43 Também não podemos concordar com a opinião de Viana quando esta, partindo da correta premissa de que o objeto da homologação, nos tributos sujeitos a este tipo de lançamento,

Interessante observar, por derradeiro, que para parte da doutrina, dentre cujos expoentes destaca-se Alberto Xavier, o lançamento, em sendo obrigatório – por força do disposto no art. 142 do CTN –, constituiria requisito essencial à inscrição na Dívida Ativa e, conseqüentemente, ao ajuizamento dos débitos tributários, mesmo quando decorrentes de apuração e declaração efetuadas espontaneamente pelo próprio sujeito passivo, sob o argumento de que a carência de um lançamento prévio devidamente notificado ao contribuinte subtrairia deste a possibilidade de impugná-lo, o que consubstanciaria afronta ao direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório⁴⁴.

Paradoxalmente, contudo, apesar de tal vertente doutrinária reconhecer na homologação tácita uma forma de lançamento, apta a extinguir créditos tributários mesmo na hipótese de omissão total do contribuinte quanto à apuração, declaração e pagamento antecipado do tributo sujeito a esta modalidade, conforme visto, a aplicação do mesmo princípio não se verifica quando os efeitos do lançamento decorrente de homologação tácita se prestam a dotar o débito tributário espontaneamente declarado pelo sujeito passivo da força de título executivo – o que tem sido amplamente reconhecido pela jurisprudência⁴⁵.

7. Homologação tácita e pagamento antecipado

Assentado o princípio genérico de que a homologação, nos tributos sujeitos a esta modalidade de lançamento, tem por objeto a apuração e

seria a atividade do contribuinte de formalização de um “crédito instrumental”, no cumprimento dos “deveres instrumentais” que lhe são atribuídos pela norma, conclui equivocadamente que “*caso o pagamento tenha sido feito a menor, a administração deverá lançar de ofício apenas os valores correspondentes a fatos geradores não declarados pelo contribuinte, ou seja, não incluídos no crédito instrumental. O valor efetivamente pago não pode ser considerado, pois este pagamento extingue definitivamente o crédito tributário instrumental a que ele corresponde*”. (VIANA, Daiane Maria Oliveira. Lançamento por homologação e extinção do crédito tributário. *Revista dos Tribunais*, v. 96, nº 860, jun. 2007, p. 44), pois a extinção definitiva do crédito tributário é condicionada, conforme visto, pela homologação (cf. art. 156, VII do CTN), a qual não pode ocorrer na hipótese de apuração e declaração do débito tributário em montante inferior ao devido.

44 Vide, a esse respeito, XAVIER, Alberto. A execução fiscal nos tributos de lançamento por homologação. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 25, dez. 1997, p. 10 e 12.

45 Consultar XAVIER, Alberto. A execução fiscal nos tributos de lançamento por homologação. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 25, dez. 1997, p. 7-8.

a declaração efetuadas pelo sujeito passivo da obrigação tributária – e não o pagamento antecipado –, como também que referido ato homologatório deve necessariamente conformar-se ao princípio constitucional da legalidade que rege a administração pública, cabe aqui analisarmos qual resposta jurídica deve ser dada diante das hipóteses teoricamente subsidiárias, mas bastante recorrentes na realidade concreta, de realização de pagamentos antecipados – totais ou parciais – desacompanhados do cumprimento das obrigações acessórias a cargo do contribuinte ou acompanhadas de apuração ou declaração não passíveis de homologação expressa ou tácita, por dissonantes dos ditames legais de regência do tributo. Via de regra, tais comportamentos deveriam dar ensejo, conforme visto, à atuação saneadora por parte do Fisco, a quem caberia suprir a omissão ou corrigir os erros cometidos pelo contribuinte e aplicar as penalidades cabíveis, por meio do lançamento de ofício, dentro do interregno previsto no art. 173, I do CTN.

Ocorre que, não raro, o prazo para referido ato de lançamento de ofício por parte da autoridade tributária pode vir a passar *in albis*, sem que esta se manifeste, dando origem a certo impasse acerca da destinação e dos efeitos jurídicos dos valores antecipados pelo sujeito passivo aos cofres públicos.

Parte significativa da doutrina de direito administrativo brasileira tem proclamado em uníssono que todo ato administrativo, e a homologação em particular, tem necessariamente de se dar na forma de uma *declaração jurídica expressa*, jamais do mero silêncio ou da simples omissão, pois, conforme nos ensina Meirelles, “*o silêncio não é ato administrativo; é conduta omissiva da Administração*”⁴⁶.

Tal fato não impede, contudo, que a lei preveja determinadas consequências jurídicas decorrentes do eventual silêncio ou omissão da administração, sendo certo, contudo, que tais efeitos serão produzidos não por força do ato em relação ao qual a administração não se manifestou expressamente, mas sim do dispositivo legal que estabeleceu tal ou qual

46 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115.

resultado ou interpretação em face do silêncio⁴⁷; nesse sentido são as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Na verdade, o silêncio não é ato jurídico. Por isso, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um “fato jurídico” e, in casu, um “fato jurídico administrativo”. Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio, o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como imputação legal, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que consideram ter aí existido um “ato tácito”.

Não há ato sem extroversão. Por isto mesmo, ainda que a Administração houvesse, de antemão, contado com o efeito legal previsto – e por tal motivo se omitido –, de qualquer forma o efeito que surgirá é consequência normativamente irrogada ao fato da omissão, não havendo como filiá-la a uma inexistente extroversão administrativa, a uma declaração jurídica que não houve por parte dos agentes públicos que deveriam tê-la proferido.

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 suprimidas⁴⁸.

Assumindo-se como corretas as assertivas do renomado jurista, forçoso reconhecer a incongruência intrínseca, apesar de plenamente consagrada, ao emprego da expressão *homologação tácita* quando nos referirmos ao disposto na parte final do § 4º do art. 150 do CTN, *verbis*:

47 Heraldo Garcia Vitta resolve a questão em comentário por meio de um bem colocado silogismo: “se ato administrativo é declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, certamente o silêncio da administração, o qual não se confunde com aquela, não é ato; é apenas um fato jurídico-administrativo, portanto, com consequências jurídicas atribuídas pelo Direito” (VITTA, Heraldo Garcia. O silêncio no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, nº 218, out./dez. 1999, p. 129).

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 398-9.

§ 4º. *Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.* (grifo nosso)

Da análise do dispositivo legal acima transcrito, é lícito concluir, consoante o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que do fato jurídico-administrativo consistente na fluência do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador sem que a Fazenda Pública haja expressamente homologado a atividade de apuração e declaração efetuada pelo sujeito passivo, decorrem duas imputações: a) considerar-se homologado o lançamento; e b) considerar-se definitivamente extinto o crédito. No primeiro caso, de se notar que o legislador, por meio do emprego da expressão “considera-se homologado”, promoveu uma clara distinção entre o ato de homologação propriamente dito, que somente pode ocorrer na forma expressa, e os efeitos jurídicos de tal ato, que por força do disposto no § 4º. do art. 150 do CTN, podem vir a ser estendidos, de maneira a abarcar outras situações fáticas em que haja necessidade de colocar termo à relação jurídico-tributária nascida com a ocorrência da hipótese de incidência e, simultaneamente, exista possibilidade jurídica de produção de tais efeitos.

Evidentemente, se no primeiro caso apontado a lei imputa, em determinadas circunstâncias, os efeitos próprios da homologação à atividade apuratória desenvolvida pelo sujeito passivo, em face de um fato jurídico-administrativo (o silêncio da Fazenda Pública), para que tais efeitos se operem é necessário que, não dispondo a lei de outro modo, os mesmos requisitos aplicáveis ao ato de homologação expressa sejam atendidos em sua plenitude, sob pena de nulidade; caso contrário, a correspondência da imputação legal não deveria ser feita com a modalidade *homologação*, mas com outro tipo de ato. Em outras palavras: o que a parte final do § 4º. do art. 150 do CTN estabelece é a extensão dos efeitos do ato administrativo de homologação àquelas situações concretas que atendam aos mesmos requisitos que seriam necessários à homologação expressa, mas em relação às quais o Fisco deixa de se pronunciar, sendo certo que tal mecanismo, apesar de não constituir uma efetiva ho-

homologação, na estrita acepção do termo, se presta a dotar de segurança jurídica as relações entre o Fisco e os contribuintes, sem contudo afastar o primado da legalidade que norteia a administração pública; não se trata, bem entendido, de um mecanismo de convalidação de quaisquer situações de fato que representem afronta à legislação.

Por outro lado, no que concerne à extinção do crédito tributário, esta pressupõe o fato do pagamento integral antecipado pelo sujeito passivo, sendo certo que a imputação legal contida no § 4º. do art. 150 do CTN deve ser interpretada em consonância com o art. 156, VII do mesmo diploma; ou seja, não se trata, aqui, de uma extinção *ex nihilo* do crédito tributário, fundamentada exclusivamente no esgotamento de um prazo e desvinculada em absoluto do rol de hipóteses elencado no art. 156 do Código, mas de um mecanismo legal de integração do sistema, que visa imputar mais um efeito jurídico próprio da homologação aos casos em que esta seria aplicável, porém deixa a administração de se pronunciar e onde, concomitantemente, houve antecipação do pagamento por parte do sujeito passivo (pois casos há em que tal pagamento não é devido, mas a extensão dos efeitos da homologação podem ser aplicáveis).

Forçoso reconhecer, entretanto, que dada a circunstância de o dispositivo contido na parte final do § 4º. do art. 150 do CTN contemplar, como visto, duas hipóteses distintas de imputação legal – a que trata dos efeitos da homologação e aquela concernente à extinção do crédito tributário –, assim como o caráter instrumental e procedimental do ato jurídico-administrativo de lançamento tributário no processo de constituição formal do crédito tributário, nada obsta que, diante do atingimento efetivo do resultado previsto *in abstracto* na legislação de regência do tributo, possa ser dado pleno efeito extintivo ao pagamento antecipado integral efetuado pelo sujeito passivo, mesmo que a atividade de apuração e declaração do montante devido não tenha sido objeto de homologação expressa ou, por qualquer razão de fato ou de direito, seja incabível àquela a imputação dos efeitos desta.

Assim, no caso do pagamento antecipado em montante correto, acompanhado de apuração e declaração incorretas, em se omitindo a administração fazendária na adoção de quaisquer providências saneadoras, entendemos que terá ocorrido a extinção do crédito tributário, com fulcro no *resultado* alcançado pelo contribuinte (o pagamento an-

tecipado), que no entendimento do Fisco, manifesto em seu silêncio, convergiu com aquele almejado na legislação, muito embora os meios empregados pelo sujeito passivo para sua externalização (o cumprimento das obrigações acessórias) não fossem coerentes com o fim atingido.

8. Prazo decadencial no lançamento por homologação

Se a homologação constitui um ato administrativo vinculado que, ao mesmo tempo, tem o efeito de proceder, fictamente, ao lançamento, e conferir plena eficácia à extinção do crédito tributário correspondente, caso tenha havido pagamento antecipado no montante integral, não há como considerar o prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, previsto no art. 150, § 4º. do CTN, como uma mera “*regra específica [de decadência] para os casos ditos sujeitos a lançamento por homologação*”⁴⁹, a exemplo do que faz Paulsen, pois, conforme expusemos acima, a homologação somente se opera em decorrência da apuração e declaração, pelo sujeito passivo, da integralidade do tributo devido – a qual, por força do disposto no art. 156, VII do CTN, dará fim à relação jurídico-tributária, pela extinção de seu objeto (o crédito tributário), quando houver pagamento antecipado integral, vez que satisfeita a condição resolutiva (ou como seria melhor, suspensiva) a que estava sujeita.

No caso de apuração e declaração *parcial*, pelo sujeito passivo, do montante de tributo sujeito ao lançamento por homologação, não se opera o lançamento – o qual deverá ser feito de ofício pela autoridade administrativa, conforme determina o art. 142, *caput* do CTN – por meio de homologação apta a fazer suas vezes, haja vista que não pode este ato vinculado ter os efeitos de uma *transação preventiva*, capaz de extinguir créditos tributários ainda pendentes de formalização⁵⁰, com transigência, por parte do Fisco, quanto ao seu montante.

49 PAULSEN, Leandro. Crédito tributário: da noção de lançamento à de formalização. *Revista de Estudos Tributários*, v. 10, n° 56, jul./ago. 2007, p. 14.

50 Nesse sentido, fiamos-nos no ensinamento de Nogueira: “o CTN não previu a possibilidade de transação preventiva, pois a incluiu como modalidade de extinção do crédito, portanto é somente sobre o crédito já constituído” (NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 5.ed. reescr.atual. São Paulo: Saraiva, 1980 p. 310).

Por outro lado, não é admissível que o pagamento antecipado meramente parcial possa criar, *ex nihilo*, qualquer *presunção* de quitação integral do crédito tributário – cujo pagamento, inclusive, goza de maior proteção legal e garantias do que o efetuado sob a tutela do direito civil –, ainda mais em se considerando que tal *presunção*, por hipótese admitida, seria, na prática, de caráter *absoluto*, visto que afastável apenas mediante prova de dolo, fraude ou simulação, figuras penais de índole *subjetiva*, cuja apuração transcende a competência das autoridades fazendárias e que, de todo modo, colidem com a natureza *objetiva* da responsabilidade tributária.

Com fundamento no que foi exposto, resta evidente que o instituto da homologação, previsto no art. 150 do CTN, seja em sua modalidade expressa contida no *caput*, seja na tácita, prevista no § 4º, nada tem a ver com o instituto da *decadência de constituir o crédito tributário* de que trata o art. 173 do CTN, que consiste num “*fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não exercício durante certo lapso de tempo*”⁵¹, pois naqueles dispositivos legais não temos menção a qualquer *direito* do sujeito ativo da relação jurídico-tributária, mas apenas a um *dever* – o de homologar –, que corresponde simetricamente, no que concerne à sua vinculação e obrigatoriedade, àquele referido no art. 142, *caput* e seu parágrafo único.

Assim, um crédito tributário decorrente de tributo sujeito ao lançamento por homologação que tenha sido regularmente apurado e declarado pelo sujeito passivo haverá, necessariamente, de ser lançado por força do ato administrativo homologatório, que irradiará seus efeitos sobre eventual pagamento antecipado em montante integral efetuado pelo contribuinte, extinguindo definitivamente o crédito tributário respectivo, devendo ocorrer no lapso de até cinco anos contados do fato gerador. Ultrapassada esta data, não há que se falar em direito subjetivo do Estado ou em dever-poder da administração de formalizar qualquer crédito tributário, haja vista que este, por força do pagamento *integral*, foi extinto incondicional e inapelavelmente: qualquer lançamento de ofício efetuado após a homologação expressa ou tácita do pagamento

51 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 313.

integral constituiria ilícito, seja na forma da tentativa de enriquecimento sem causa por parte do sujeito ativo, seja na do tipo penal do excesso de exação, praticado pelo agente público.

Em sentido oposto, a apuração e declaração, por parte do sujeito passivo, de tributo em montante diverso daquele previsto na legislação, na interpretação dada a esta pela autoridade administrativa, não é passível, conforme já salientado, de homologação, tanto expressa quanto tácita, por não corresponder, simetricamente, ao crédito tributário respectivo; por conseguinte, o prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador a que se refere o art. 150, § 4º. do CTN, não tem qualquer aptidão para vedar o exercício, pelo Fisco, de seu dever-poder de proceder ao lançamento de ofício, até a data consignada no art. 173 do CTN - o mesmo se dando, evidentemente, na hipótese de simples omissão do contribuinte no cumprimento dos deveres instrumentais que lhe são cometidos pela lei.

Assim, o fato de o Fisco eventualmente silenciar, após decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, diante de declaração ou de pagamento antecipado efetuado pelo sujeito passivo, não deve conduzir necessária e automaticamente à conclusão de que houve a homologação, pois se a administração tributária entender que a atividade de apuração e declaração a cargo do contribuinte deixou de ser feita ou resultou em montante inferior ao devido, deverá exercer o poder-dever a si conferido pelo art. 142 do CTN de proceder ao lançamento originário de ofício, até a superveniência do prazo decadencial, que na sistemática do CTN é apenas aquele previsto em seu art. 173 – devendo ser considerados, em tal lançamento de ofício, os atos praticados pelo sujeito passivo, mas não homologados pelo Fisco.

Evidente que se poderá sempre arguir que tal entendimento dá causa a certa insegurança jurídica, na medida em que deixa o contribuinte por mais tempo sujeito ao poder fiscalizatório e sancionatório do Estado. Todavia, isto não ocorre, por diversas razões: em primeiro lugar, porque o princípio da segurança jurídica permanece garantido, em sua plenitude, pela existência do prazo decadencial previsto no art. 173 do CTN, de maneira que não há como se falar, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, numa perpetuação do poder sancionatório do Estado sobre os contribuintes; em segundo lugar, por que vai inteiramente

ao encontro dos princípios constitucionais da legalidade e da primazia do interesse público que devem nortear a administração pública brasileira, em suas relações com os particulares; por fim, pela imperatividade de se reconhecer a especificidade dos mecanismos jurídicos que regem a modalidade de lançamento por homologação, no qual é retirada das mãos do Fisco, para ser entregue a particulares, a gestão de parte considerável do procedimento de formalização do crédito tributário, fato que representa, indubitavelmente, causa de ainda maior insegurança jurídica, só que para o Estado, o qual se vê diante da necessidade de despender consideráveis recursos no aparelhamento de seus órgãos de fiscalização, a fim de que o cotidiano esgotamento dos prazos decadenciais não dê ensejo à injusta extinção de créditos tributários, de indiscutível interesse público, por outra via que não a desejável: o pagamento integral.

9. Conclusões

a) O crédito tributário, apesar de se originar juntamente com o vínculo obrigacional derivado da ocorrência do fato previsto na hipótese de incidência, depende do ato de lançamento para sua formalização e consequente produção de efeitos jurídicos.

b) O lançamento tributário configura um processo de índole declaratória, de competência privativa da autoridade administrativa em todas as suas modalidades, que se externaliza concretamente por meio de um procedimento, visando o fim último de constituição formal do crédito tributário.

c) No lançamento por homologação, compete ao sujeito passivo, precipuamente, proceder à apuração e declaração da matéria tributável e do montante de tributo devido e, em sendo o caso, efetuar o pagamento antecipado e integral do crédito tributário nascido *in abstracto* com a ocorrência do fato gerador, configurando a atividade apuratória declarada o objeto da homologação, expressa ou tácita; esta, por seu turno, é o pressuposto legal para que o pagamento antecipado eventualmente efetuado pelo sujeito passivo extinga de pleno direito o crédito tributário correspondente.

d) O ato homologatório, assim como o procedimento de lançamento, são de caráter vinculado, razão pela qual inexiste qualquer margem

de tolerância quanto ao seu alcance, que é o mesmo em ambas as figuras jurídicas: tanto o lançamento quanto a homologação (ato administrativo que substitui o lançamento e confere efeitos extintivos ao pagamento antecipado) expressam a vontade da lei, que cria a obrigação tributária e, por conseguinte, faz nascer o direito subjetivo do credor de receber a prestação pecuniária (tributo) e o dever jurídico do devedor de entregá-la, razão pela qual somente aquela tem o poder de dispensar ou reduzir o montante do crédito tributário devido.

e) Nesse sentido, a atividade administrativa de constituição do crédito tributário é sempre vinculada, de maneira que à autoridade administrativa é vedada qualquer transigência quanto ao montante devido.

f) A vinculação da atividade administrativa de formalização do crédito tributário, por meio do lançamento, se estende, inclusive, aos casos em que este se dá por mera homologação, expressa ou tácita, dos procedimentos executados pelo sujeito passivo.

g) Assim como inexistente a hipótese de lançamento provisório, em oposição ao lançamento definitivo, visto que todo lançamento é sempre definitivo, também não há lançamento parcial: ou o lançamento tributário corresponde simétrica e exatamente ao crédito tributário nascido, por força de lei, no momento da ocorrência do fato gerador, conforme verificado pela autoridade administrativa competente, ou nenhum lançamento passível de homologação terá havido. Da mesma forma, não se concebe que pagamento meramente parcial tenha o efeito de liquidar integralmente qualquer débito tributário, pois, caso contrário, estaríamos diante de espécies de transação ou de remissão, não autorizadas por leis específicas.

h) Silente a administração, não terá havido, no caso de apuração ou declaração incompleta ou imperfeita do tributo devido, qualquer homologação, expressa ou tácita, haja vista que tal ato administrativo não pode se prestar à dispensa do pagamento de tributo ou à convalidação de qualquer afronta à legislação tributária. Neste caso, portanto, flui apenas o prazo decadencial previsto no art. 173 do CTN, dentro do qual estará a Fazenda Pública habilitada a proceder ao lançamento de ofício do crédito tributário.

i) Em contrapartida, caso os procedimentos executados pelo contribuinte e o eventual pagamento antecipado do crédito tributário estejam,

efetivamente, em perfeita consonância com a norma tributária aplicável, o silêncio ou a omissão da administração terão, por força do disposto no art. 150, § 4º. do CTN, o efeito de pôr termo ao vínculo obrigacional entre os sujeitos ativo e passivo da relação jurídico-tributária, haja vista os efeitos conferidos pela lei à homologação tácita prevista em referida norma. Em outras palavras, no lançamento por homologação, se o contribuinte proceder à apuração e declaração do montante *integral* do crédito tributário devido, ocorrerá *necessariamente* a homologação, expressa ou tácita, desta sua atividade, configurando tal ato administrativo, quando acompanhado do pagamento integral, a síntese do lançamento e da extinção da obrigação correspondente. Neste caso, não há que se falar em decadência, pois diante do pagamento integral e da extinção do crédito tributário, deixa de subsistir qualquer *direito* de a Fazenda Pública constituir referido crédito.

j) Homologação e decadência referem-se a conceitos jurídicos absolutamente distintos, de modo que não há sentido em se falar na existência, no CTN, de “dois prazos de decadência”: um, previsto, no art. 150, § 4º., aplicável aos tributos sujeitos a lançamento por homologação e aquele previsto no art. 173, I, aplicável às demais modalidades. O prazo de decadência estipulado pelo CTN é única e tão somente aquele referido em seu art. 173, contado das datas indicadas em seus incisos I e II, e se aplica a todas as modalidades de lançamento. O prazo contido no art. 150, § 4º. do CTN não é decadencial, visto que não extingue qualquer direito, mas apenas estipula um termo para a prática do ato de homologação expressa. Expirado tal prazo, não ocorre automaticamente, em toda e qualquer hipótese, a homologação tácita e tampouco fica vedado o direito do Fisco de proceder ao lançamento de ofício.

k) Em face de todo o exposto, cremos ser possível extrair algumas conclusões, com fundamento nos pressupostos assumidos no presente trabalho, acerca da aplicação empírica das regras pertinentes à homologação e à decadência nos tributos sujeitos a lançamento por homologação às seguintes hipóteses, tendo como fatores a antecipação do pagamento e a atividade apuratória praticada pelos sujeitos passivos:

k1) Tributo corretamente apurado e declarado e integralmente pago: homologa-se expressa ou tacitamente decorridos cinco anos desde o fato gerador e extingue-se de pleno direito o crédito tributário;

k2) Tributo corretamente apurado e declarado, mas não pago: homologa-se expressa ou tacitamente decorridos cinco anos desde o fato gerador, ficando o crédito tributário formalizado sujeito à execução, após sua inscrição na Dívida Ativa do Estado, dentro do prazo prescricional;

k3) Tributo corretamente apurado e declarado, mas pago apenas parcialmente: homologa-se expressa ou tacitamente decorridos cinco anos desde o fato gerador, ficando o crédito tributário formalizado sujeito à execução, após sua inscrição na Dívida Ativa do Estado, dentro do prazo prescricional e sendo cabível, no nosso entendimento, a compensação com o montante antecipado;

k4) Tributo apurado e declarado incorretamente e não pago: não há homologação, tendo a Fazenda o prazo previsto no art. 173, I do CTN para constituir o seu crédito;

k5) Tributo apurado e declarado incorretamente e pago parcialmente: *idem*, com a ressalva de que, ao sujeito passivo, não há amparo legal para pleitear eventual “repetição de indébito”, nos termos do art. 165 do CTN, haja vista que o pagamento parcial não se refere a “*tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável*”, pois o crédito tributário, conforme visto, nasce com a ocorrência do fato jurídico tributário e não com o lançamento;

k6) Tributo apurado e declarado incorretamente e pago integralmente: tem a Fazenda o prazo previsto no art. 173, I do CTN para formalizar corretamente o crédito e impor as penalidades cabíveis pelo descumprimento das obrigações acessórias; porém, não o fazendo, deve-se considerar extinto o crédito tributário correspondente, nos termos do art. 156, VII do CTN, por força da imputação legal contida na parte final do § 4º. do art. 150 do CTN, com fundamento no *resultado* obtido (o pagamento antecipado);

k7) Omissão de apuração, declaração e pagamento: não há o que homologar; portanto, tem a Fazenda o prazo previsto no art. 173, I do CTN para formalizar o seu crédito.

Por fim, cabe apenas lamentarmos que um instituto jurídico alicerçado exatamente no princípio da segurança jurídica, como a decadência,

dê ensejo, paradoxalmente, a permanente insegurança, na exata medida de todo o dissídio que cerca sua aplicação no direito tributário brasileiro.

10. Referências

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4. ed. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL e Constituição Federal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

HORVATH, Estevão. A decadência no lançamento “por homologação”. *Revista de Direito Tributário*, nº 71, p. 149-157, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MACHADO, Hugo de Brito. Decadência e lançamento por homologação tácita no art. 150 do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 104, p. 47-54, mai. 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. A decadência e os tributos sujeitos a lançamento por homologação. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 59, p. 36-51, ago. 2000.

MACHADO, Schubert de Farias. Lançamento por homologação e decadência. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 131, p. 68-83, ago. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 5. ed. reescr. atual. São Paulo: Saraiva, 1980.

PAULA, Edylcea Tavares Nogueira de. *Prescrição e decadência no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PAULSEN, Leandro. Crédito tributário: da noção de lançamento à de formalização. *Revista de Estudos Tributários*, v. 10, n° 56, p. 7-16, jul./ago. 2007.

SAMPAR, Marcos Donizeti. Lançamento e revisão de ofício do lançamento. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n° 59, p. 67-74, ago. 2000.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2004.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Ensaio e pareceres de direito tributário material*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 211-31.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Lançamento por homologação e decadência do direito de constituir o crédito. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n° 151, p. 28-37, abr. 2008.

VIANA, Daiane Maria Oliveira. Lançamento por homologação e extinção do crédito tributário. *Revista dos Tribunais*, v. 96, n° 860, p. 18-47, jun. 2007.

VITTA, Heraldo Garcia. O silêncio no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n° 218, p. 113-138, out./dez. 1999.

XAVIER, Alberto. A execução fiscal nos tributos de lançamento por homologação. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n° 25, p. 6-13, dez. 1997.

XAVIER, Alberto. Prazos de decadência: âmbito de aplicação dos arts. 150, § 4º, e 173, I, do CTN. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n° 55, p. 105-114, mar./abr. 2004.

Ação civil pública de improbidade administrativa e competência da justiça do trabalho

Gisele Novack Diana¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípios constitucionais administrativos; 3. Improbidade administrativa: natureza jurídica; 3.1. Atos de improbidade que importem enriquecimento ilícito; 3.2. Atos de improbidade que importem lesão ao erário; 3.3 Atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração Pública; 4. Abrangência subjetiva da Lei 8.429/92 e responsabilidade; 5. Ação civil pública de improbidade administrativa; 6. Competência da justiça do trabalho; 7. Conclusão; 8. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça do Trabalho. Competência. Improbidade administrativa. Ação Civil Pública.

1. Introdução

Embora a jurisprudência dominante siga no sentido da incompetência da Justiça do Trabalho para processar e decidir ações que tenham como objeto a responsabilização do agente público por atos de improbidade administrativa, quando derive da inobservância da legislação trabalhista, o debate ainda não está encerrado.

¹ Procuradora do Estado lotada na Procuradoria Regional da Grande São Paulo – Seccional de Diadema, Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Especializada em Direito – FADISP e pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP.

Por conclusão lógico-sistemática, o art. 114 da Constituição da República, com a redação dada pela EC 45, afeta à Justiça do Trabalho outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, mas o ato de improbidade possui peculiaridades que para alguns atraem a competência da justiça laboral e para outros afasta.

O tema, além de atual e instigante, permite visitar várias searas do mundo jurídico, como o Direito Constitucional, o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho.

2. Princípios constitucionais administrativos

Atos de improbidade administrativa são entendidos como aqueles que, acima de tudo, contrariam as regras norteadoras da administração pública.

Referidas regras, que podem ser chamadas de princípios, são encontradas na Constituição Federal, tanto de maneira implícita quanto explícita.

Segundo a Constituição Federal, em seu art. 37, a “*administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*”.

Quis a Carta Magna definir, no território a que se aplica, no momento histórico em que vige, como deve ser a Administração Pública a serviço de uma determinada sociedade.²

São esses os parâmetros de conduta que os órgãos e entidades, através de seus agentes, devem constantemente perseguir. Elevados ao status de princípios constitucionais, deixam de ser meros indicadores para ganharem imperativos, afastando qualquer manifestação de discricionariedade.

3. Improbidade administrativa: natureza jurídica

A Administração Pública, por meio de seus agentes, possui uma conduta pautada por princípios constitucionais, que conferem a seus atos a segurança necessária para bem conduzir a estrutura administrativa.

2 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

Também reflete as expectativas e anseios da sociedade no sentido de que os administradores, sejam eles agentes políticos ou simples servidores públicos, se pautarão por um compromisso com o bem comum.

Para coibir práticas em sentido oposto ao delineado pelos princípios constitucionais, foi criada a figura da improbidade administrativa, mencionada pelo art. 37, §4º, da CF. Segue transcrito o que diz a CF:

Art. 37. [...]

§4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Segundo José Afonso da Silva:

*“A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o ‘funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer’. O desrespeito a esse poder é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”.*³

Assim, para concretizar a responsabilização do agente público que atente contra os princípios constitucionais insculpidos no art. 37, foi editada a Lei nº 8.429/92, que trata dos atos de improbidade administrativa, definindo-os, tipificando as condutas e cominando sanções ao agente ímprobo.

Referida norma classificou os atos de improbidade administrativa em três modalidades: a) os que importem enriquecimento ilícito; b) os

3 SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 669.

que causem prejuízo ao erário; c) os que atentem contra os princípios da Administração Pública.

No entanto, é possível haver atos de improbidade que se enquadrem em duas ou três categorias simultaneamente. Assim, um mesmo ato poderá gerar enriquecimento ilícito de alguém, causar prejuízo ao erário e violar princípios da Administração Pública.

A Lei 8.429/92 também trata, simultaneamente, das consequências políticas (suspensão dos direitos políticos), administrativas (perda da função pública e interdição negocial com o Poder Público) e civis (restrição à disponibilidade patrimonial, multa civil e obrigatoriedade de recompor o dano). Por essa razão, a doutrina adota os termos *responsabilidade civil e político-administrativa* para referir-se ao tema da improbidade.⁴

Ressalta-se que a Constituição Federal afasta completamente a possibilidade de conotação penal dos atos de improbidade, pois ao se valer da expressa “sem prejuízo da ação penal cabível”, indica que as cominações conferidas ao ímprobo não são substitutivas das sanções penais cominadas aos crimes contra a Administração Pública.

3.1 Atos de improbidade que importem enriquecimento ilícito

Previstos no art. 9º da Lei 8.429/92, importa em enriquecimento ilícito o agente público que age no sentido de auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida.

Para Hugo Nigro Mazzilli, quando diante de denúncias envolvendo mencionado artigo,

“deve ser investigado o eventual enriquecimento do agente público em valor superior aos ganhos legalmente admitidos no período. A investigação deve alcançar não só documentos e informações referentes à gestão pública do agente, como ainda e principalmente seu patrimônio privado e contas pessoais. Deve ser objeto de investigação o patrimônio privado do agente pú-

4 FAZZIO JÚNIOR, Waldo, op. cit.

blico em geral, da administração direta, indireta ou fundacional, que se enriqueça ilicitamente, com influência ou abuso de cargo ou função.”⁵

Ensina ainda o autor que mesmo que o proveito não saia dos cofres públicos, ainda assim é possível identificar o enriquecimento ilícito e o dano ao patrimônio público. Exemplifica com o caso daqueles que subornam agente público para conseguir contratar com a Administração, os quais certamente levarão os pagamentos ilícitos à conta do custo da obra pública ou do serviço realizado. E, mesmo que não o fizessem, ainda teria havido o dano moral, decorrente da violação dos princípios da Administração.

3.2 Atos de improbidade que importem lesão ao erário

Referidos atos são tratados no art. 10 da Lei 8.429/92.

Verifica-se que, enquanto as demais modalidades de ato de improbidade, trazidos pela lei em comento, exigem o dolo para sua caracterização, no âmbito do art. 10, excepcionalmente, o legislador menciona também a “culpa”. Trata-se aqui da figura da culpa em seu sentido estrito, que é a lastreada na imprudência, na negligência ou na imperícia.

Para Mazzilli, acertou o legislador ao prever a possibilidade de admitir a culpa do agente público como fundamento da improbidade, porquanto entende que o administrador não tem o direito de ser negligente ou desidioso com recursos públicos, sob pena de ser considerado desonesto.⁶

Exemplo atual e corriqueiro é a terceirização, amplamente praticada por entidades públicas. Manifestou-se o Supremo Tribunal Federal no sentido de que, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas, se ficar caracterizado que referida inadimplência tem como

5 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 179.

6 MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit.

causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante, com base no art. 37, § 6º.

A responsabilidade subsidiária do Poder Público, nesses casos, gera grande prejuízo ao erário, principalmente pelo fato de, além da indenização determinada pela Justiça do Trabalho aos trabalhadores prejudicados pela empresa inadimplente, o pagamento relativo ao contrato de terceirização já foi feito. O ente público, portanto, perde duas vezes: ao pagar a empresa terceirizada e ao indenizar, subsidiariamente, os empregados daquela.

No caso exposto, é possível responsabilizar, por ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, o agente público detentor do dever de fiscalizar o cumprimento do contrato e que deixou de fazê-lo por dolo ou culpa, enquadrando-se a conduta em uma das hipóteses do *caput*, ou inciso XI ou XII do art. 10 da Lei 8.429/92.

Ademais, a não observância de concurso público para a contratação de servidores ou empregados públicos também pode se enquadrar nas hipóteses de ato de improbidade que causam prejuízo ao erário, mais precisamente nos incisos I e XI do art. 10 da Lei 8.429/92. Nesse caso, há na doutrina quem afirme tratar-se o dano ao erário de uma presunção relativa, “cabendo ao agente ímprobo demonstrar a ausência de lesividade”.⁸ Contudo, a ausência de concurso público, como ato de improbidade, encontra-se expressamente tipificado no art. 11 da Lei 8.429/02, que será tratado a seguir.

7 No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n° 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, no dia 24/11/2010, a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93. O dispositivo prevê que a inadimplência da empresa contratada pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Contudo, para o STF, o TST pode reconhecer a responsabilidade do Poder Público, dependendo do caso, pois a omissão culposa da administração em relação à fiscalização – se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais – gera responsabilidade daquele. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785&caixaBusca=>>. Acesso em: 25/11/2010.

8 MATTOS, Viviann Rodriguez. A legitimidade passiva do administrador público em Ações Coletivas Trabalhistas. In: RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio e outros (org.). *Ação Coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 107.

3.3 Atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração Pública

Considerou, ainda, o legislador, no art. 11 da Lei 8.429/92, atos de improbidade aqueles que atentarem contra os princípios da Administração Pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade.

A doutrina e jurisprudência tratam esse artigo com ponderação e temperamento, tendo em vista seu caráter aberto. Assim, mera irregularidade, que não constitua prejuízo ao erário, deve ser tratada com o bom senso necessário para não se considerar ato de improbidade aquele suscetível de correção administrativa. Deve sofrer as consequências severas da lei aquele ato eivado de má-fé, que comprometa princípios éticos a ponto de abalar as instituições.⁹

Impende destacar o inciso V do artigo ora em comento, que trata do ato de improbidade caracterizado pela “*frustração da licitude do concurso público*”.

Há somente três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária.

A exigência de concurso público, que alcança a administração direta e indireta, comporta, portanto, somente duas exceções: os cargos em comissão declarados em lei de livre provimento ou livre exoneração; e os contratos por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

A Carta Magna, por meio do seu art. 37, II, preconiza a investidura em cargos e empregos públicos por meio de concurso público:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

9 FAZZIO JÚNIOR, Waldo, op. cit.

A idoneidade do concurso público depende de regras previamente divulgadas (publicidade), da observância da igualdade entre os concorrentes (impessoalidade) e da escolha entre os mais aptos (eficiência). Se frustrado, além dos princípios acima destacados, outros podem ser apontados como violados¹⁰: moralidade, isonomia e legalidade.

Enquadram-se como atos de improbidade decorrentes de violação ao dever de contratação por meio do concurso:

- a terceirização irregular, em que ocorre evidente frustração de direitos trabalhistas, como a contratação de cooperativas de trabalho;
- reiteradas prorrogações dos contratos por prazo determinados para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;
- contratação de pessoal para preencher cargos em comissão sem que estes sejam destinados a chefias e assessoramento.

Vale destacar, ainda, que o concurso público pode abranger tanto servidores públicos estatutários quanto empregados públicos regidos pela CLT. Estes últimos concentram-se nas empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 173, §1º, II da CF/88), bem como em algumas Prefeituras que adotaram esta modalidade como regime jurídico dos servidores após o advento da EC 19/98.

São diversos os casos de prefeitos condenados, em ações veiculadas tanto na Justiça do Trabalho quanto na Justiça Comum, por improbidade administrativa.

Contudo, não pode o administrador alegar que desconhece a norma da Constituição Federal que, em seu art. 37, inciso II, determina que os cargos e empregos públicos serão preenchidos mediante prévio concurso público, além de constar no *caput* da referida norma os princípios que regem a administração pública (impessoalidade, moralidade, publicidade, legalidade e eficiência) que restarão descumpridos no caso de contratação sem prévio concurso público fora das hipóteses legais.

10 MATTOS, Viviann Rodriguez, op. cit.

4. Abrangência subjetiva da Lei 8.429/92 e responsabilidade

A Lei nº 8.429/92, em seu art. 1º e 4º delinea a abrangência subjetiva e objetiva da sua incidência:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nesses casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.

Verifica-se, da leitura dos artigos acima transcritos, que o dever de improbidade é norma dirigida ao agente público. O conceito de agente público para os efeitos da Lei 8.429/92 é dado pelo seu art. 2º:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Consoante a Lei 8.429/92, os atos de improbidade podem ocorrer tanto por ação quanto por omissão, sendo que, para ambos os casos, o entendimento doutrinário prevalente é no sentido de ser necessário verificar a existência de dolo ou culpa.

São passíveis de responsabilização pela via coletiva não só os servidores públicos, mas todos os que estejam abrangidos no conceito de agente público trazido pelo art. 2º da Lei 8.429/92.

Assim, segundo dispõe o art. 3º da lei em comento, podem responder pelo ato ímprobo tanto o agente público que cometeu o ato de improbidade oriundo da relação de trabalho quanto aqueles que tenham de alguma forma praticado ou concorrido para a prática da improbidade, bem como os que dele se beneficiaram.

É possível, ainda, a responsabilização da pessoa jurídica que concorreu com o agente ímprobo no ato de improbidade decorrente da relação de trabalho, a depender da *“participação efetiva dela por meio de seus dirigentes, agindo em seu nome e para seu benefício”*¹¹

5. Ação civil pública de improbidade administrativa

Muito se discutiu acerca da possibilidade de se ajuizar ação civil pública para coibir atos de improbidade administrativa, utilizando-se o direito material da Lei de Improbidade e o rito da Lei 7.347/85.

As regras processuais previstas na Lei 8.429/92 regem a chamada “Ação Civil de Improbidade Administrativa”.

Foram diversas as vozes que sustentaram a impossibilidade de se utilizar a ação civil pública para o fim de buscar a condenação do agente público por improbidade administrativa.

Os argumentos cingiram-se ao fato de que a Lei 8.429/92 é posterior à Lei 7.347/85, regulando inteiramente a matéria; bem como que a Lei de Improbidade remete ao CPC como fonte subsidiária; e que a destinação da indenização prevista na Lei de ACP é para um fundo especial, enquanto a indenização na Lei de Improbidade é revertida ao próprio órgão lesado.

Ademais, a defesa preliminar seria pressuposto processual, condição necessária de desenvolvimento regular do feito, cuja ausência leva à extinção processual sem julgamento do mérito. Assim, antes da proposi-

¹¹ MATTOS, Viviann Rodriguez, op. cit. p. 115.

tura da ação civil pública essa fase inicial deveria ser observada, não se podendo fazer substituir pelo inquérito civil, como já se decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. DEFESA PRELIMINAR. ARTIGO 17, § 7º, DA LEI Nº 8.429/92. IMPRESCINDIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. 1. A inobservância do contraditório preambular em sede de ação de improbidade administrativa, mediante a notificação prévia do requerido para o oferecimento de manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias (§ 7º, do art. 17, da Lei 8.429/92), importa em grave desrespeito aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do due process of law. Precedente do STJ: AgRg na MC 8089/SC, DJ de 30.06.2004.

[...]

3. A exegese Pós-Positivista, imposta pelo atual estágio da ciência jurídica, impõe na análise da legislação infraconstitucional o crivo da principiologia da Carta Maior, que lhe revela a denominada “vontade constitucional”, cunhada por Konrad Hesse na justificativa da força normativa da Constituição.

4. Nesse segmento, a interpretação do § 7º, do art. 17, da Lei 8.429/92 não pode se distanciar dos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do due process of law, oportunizando ao agente público, acusado da prática de ato ímprobo, o oferecimento de manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias, notadamente porque a inserção do contraditório preambular, inserto no mencionado dispositivo legal, além de proporcionar ao acusado o exercício da ampla defesa e do contraditório, possibilita ao magistrado na fase posterior, cognominada “juízo prévio de admissibilidade da ação”, proceder ao recebimento da petição inicial ou a rejeição da ação civil pública de improbidade (§§ 9º e 10, do art. 17, da Lei 8.429/92).

5. Sobre o tema leciona Marino Pazzaglini Filho, in *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, Ed. Atlas, São Paulo, 2007, litteris: “(...)Trata-se, na essência, de um procedimento especial preambular, estabelecendo um juízo prévio ou julgamento preliminar da ação civil de improbidade (petição inicial), e seguida ao recebimento da defesa prévia do requerido, à semelhança do que acontece no procedimento criminal, de rito especial, relativo aos crimes imputados a funcionários públicos que estejam no exercício de suas funções (arts. 513 a 518 do CPP). Dentro desse procedimento, cabe ao Juiz, completado este contraditório vestibular, em decisão fundamentada, receber a petição inicial ou rejeitar a ação, se convencido, ou não, da existência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (§§ 8º e 9º). Violar esse regime processual singular é violar a garantia da ampla defesa (art. 5º, LIV, CF)

Omissis

Considerando a inicial em devida forma, o Magistrado ordenará sua autuação e a notificação do requerido para manifestação por escrito, dentro do prazo de 15 dias, sobre os termos da ação proposta, cuja defesa pode ser instruída com documentos e justificações (§ 7º). Trata-se, pois, de chamamento inicial do requerido para oferecer defesa prévia contra a ação proposta. A inobservância do disposto no § 7º do art. 17 da LIA, vale dizer, a falta de notificação do requerido para apresentação de defesa preliminar, antes do recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa, configura nulidade absoluta e insanável do processo, que não se convalida pela não arguição tempestiva, porque afronta ao princípio fundamental da ampla defesa. (grifo nosso)

Após a fase de apresentação da defesa prévia do requerido ou superado o prazo para o seu oferecimento, vem a fase de “juízo prévio da admissibilidade da ação”, ou seja, o Juiz, em decisão fundamentada preliminar, recebe a petição inicial ou rejeita a ação civil de improbidade (§§ 8º e 9º do art. 17). (...)” p. 201-204 6. Recurso especial provido.¹²

12 FALCÃO, Min. Francisco. (relator) REsp 883795 (2006/0195922-2 – 26/03/2008),R.P/ ACÓRDÃO : MINISTRO LUIZ FUX. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletroni>

Acrescenta-se, ainda, o fato de que as ações civis públicas de improbidade podem ser propostas em face de qualquer autoridade e perante qualquer juiz singular¹³, exceto se envolverem pedido de perda de cargo ou função pública ou se envolverem pedido de suspensão de direitos políticos de autoridades que têm forma própria de destituição fixada na Constituição. Nestes casos, eventual ACP movida contra essas autoridades, e cujo pedido tenha fundamento na Lei 8.429/92, deveriam limitar-se ao ressarcimento em foro próprio.¹⁴

Contudo, prevalece a tese de que, por extrapolarem o interesse exclusivo da pessoa jurídica que sofreu o dano e atingir toda a sociedade, os interesses protegidos são transindividuais, o que permitiria sua tutela por meio da ação civil pública. Nesse sentido, ensina Waldo Fazzio Junior:

O patrimônio público econômico (bens ou valores geridos por entidades de direito público interno e pelas extensões jurídico-privadas da Administração Pública) e o interesse no sentido de uma administração proba são, à evidência, interesses transindividuais, ou seja, interesses representados por número indeterminado de pessoas ligadas por relações-básicas fáticas. São, pois, interesses difusos. Em sentido amplo, podem até ser considerados como interesse público.

[...]

Identificados com o amplo espectro dessa conceituação legal, o direito à probidade administrativa e à proteção da res publica tem alocação entre as funções institucionais do Ministério público unidas no Texto maior, tuteladas por meio de ação civil pública.¹⁵

[ca/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3663434&sReg=200601959222&sData=20080326&sTipo=5&formato=PDF>](#). Acesso em: 15 de agosto de 2010. No mesmo sentido: STJ, Reclamação Nº 3.746 - PR (2009/0206147-4).

13 Impende esclarecer que não existe foro privilegiado em razão do cargo ocupado pelo agente ímprobo, porquanto tal prerrogativa refere-se a atos definidos como crimes, não ilícitos civis, conforme já decidiu o STF na ADI 2797/DF e na ADI 2680/DF quando declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02.

14 MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit.

15 FAZZIO JÚNIOR, Waldo, op. cit. p.295.

Assim, assentou-se jurisprudência no sentido de que a ação civil pública pode cumular pedido de reparação de danos por improbidade administrativa, bem como pedido de indisponibilidade de bens do agente público¹⁶.

Nesse sentido, segue trecho do voto da Exma. Ministra Eliana Calmon no julgamento do Recurso Especial 319.009-RO¹⁷:

Neste aspecto, o Tribunal afirmou que a adoção do rito ordinário, devido à cumulação de ações – ação civil pública e ação de improbidade administrativa –, não implicou em prejuízo aos réus, tendo-lhes sido conferida a ampla defesa.

Ademais, considerou que o art. 292, § 2º, do CPC permite a cumulação de ações, quando seguido o rito ordinário e excluídos os pedidos incompatíveis com o procedimento. Na espécie foi o que ocorreu, independentemente do fato de serem as ações coligadas da mesma espécie, apesar de disciplinadas por diferentes diplomas. (grifos nossos)

Verifica-se, assim, que se admite, de maneira ampla, a utilização do direito material da Lei de Improbidade e o rito da Lei da Ação Civil Pública, ressalvando-se, principalmente, a necessidade da observância da defesa preliminar.

6. Competência da Justiça do Trabalho

Conforme exposto acima a ação de improbidade tem natureza civil, podendo ser proposta por membro do Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada em qualquer juízo de primeiro grau, ressalvados os casos que envolverem pedido de perda de cargo ou função pública ou se envolverem pedido de suspensão de direitos políticos de autoridades que têm forma própria de destituição fixada na Constituição, segundo as lições de Hugo Nigro Mazzilli¹⁸.

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit. p. 185.

¹⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CALMON, Eliana. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&csSeq=362327&csReg=200100463290&csData=20021104&csTipo=2&formato=PDF>. Acesso em: 15 de agosto de 2010.

¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit.

Ocorre que a Justiça do Trabalho é especializada, tendo o âmbito de sua competência delimitado pelo art. 114 da CF.

Verifica-se, assim, que a competência da JT pauta-se pela “relação de trabalho” que dá origem à demanda, ainda que as ações abranjam entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Segundo Viviann Rodrigues Mattos, uma relação de trabalho ilegal ou desvirtuada é uma faceta de uma macrolesão trabalhista, em razão do desrespeito de normas e princípios “*ancorados ao predicamento constitucional dentro de uma relação de trabalho*”¹⁹, bem como desrespeito aos direitos sociais inerentes a uma relação de trabalho.

Para a autora, com a nova redação do art. 114 da CF, dada pela EC 45/04, o legislador privilegiou o “princípio da unidade de convicção”, conferindo à Justiça do Trabalho competência para julgar qualquer matéria veiculada em ACP que diga respeito aos direitos sociais dos trabalhadores e outras controvérsias dela decorrentes, inclusive a improbidade administrativa.

Referido princípio, explica a autora:

*“[...] trata-se de uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, preocupado com a possibilidade dicotômica de decisões de órgãos jurisdicionais distintos em ações decorrentes do mesmo substrato fático, passou a pregar que se o mesmo fato tiver de ser analisado mais de uma vez, deve sê-lo pelo mesmo Juízo, uma vez que entende que a repartição ou partilhamento de competências não favorece a aplicação de justiça, e que a divergência de decisões para ações decorrentes da mesma relação de direito material invocada entre órgãos jurisdicionais distintos causa um impacto deletério no jurisdicionado”.*²⁰

Ademais, a Lei Orgânica do Ministério Público da União não teria dado margem a dúvidas quanto à possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade pelo Ministério Público do Trabalho. Assim, embora o

19 MATTOS, Viviann Rodriguez, op. cit. p. 111.

20 Ibid. Op. cit. p. 112.

art. 83 da LC nº 75 disponha que compete ao Ministério Público do Trabalho “promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”, o art. 6º da mesma lei deixou claro que essa enunciação não é *numerus clausus*:

“Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:

[...]

XIV – promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

[...]

f) à probidade administrativa;

[...]

XVII – propor as ações cabíveis para:

a) perda ou suspensão de direitos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal;

b) declaração de nulidade de atos ou contratos geradores do endividamento externo da União, de suas autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal, ou com repercussão direta ou indireta em suas finanças;”

Sustenta-se, ainda, que todos os litígios que decorrerem das decisões da Justiça do Trabalho são sua competência, nos exatos termos do art. 114, *caput*, da Constituição Federal. Assim, estabelecida a competência pelo fato de origem, a demanda deve ser levada a efeito ainda que, para tanto, deva-se aplicar outras normas do direito. Não se estaria usurpando competência, pois, da mesma forma, o juiz comum pode trilhar os caminhos da legislação trabalhista para dar efetividade a sua decisão, desde que sua competência seja inicialmente fixada originariamente pela legislação comum.

Nesse sentido manifesta-se a doutrina:

Não é demais lembrar que o dano causado é decorrente de uma relação de trabalho e que nos precisos termos do § 6º, do art. 37, haveria o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, caso a condenação fosse do ente público. Sen-

do o dano causado à Administração Pública, em uma relação de trabalho subordinada, o juízo competente é o do Trabalho e o ramo do Ministério Público não seria outro, senão o do Trabalho.

Entendemos, diante do exposto, ser cabível e recomendável que a ação civil pública, no caso de admissão de pessoal sem concurso público, buscando o afastamento de tais profissionais e a moralização do serviço público, deve ser proposta em face da Administração Pública e do administrador público, em litisconsorte, diante da culpabilidade deste último no ilícito praticado e do nexo de causalidade entre a atitude do administrador e o dano moral coletivo, independentemente da propositura da ação civil pública por improbidade administrativa prevista na Lei nº 8.429/92.²¹

Dentre as ações coletivas na Justiça do Trabalho, a ação civil pública tem relevância para a responsabilização do administrador público por ato de improbidade quando desrespeitados os direitos sociais nas relações de trabalho (...).

In casu, a legitimidade ativa para a ação civil pública de improbidade ou cumulada com a improbidade, que tenha como fundamento o desrespeito aos direitos sociais nas relações de trabalho, decorrente de uma relação de trabalho ilegal ou mesmo desvirtuada, por indiciariamente não passar de uma das facetas de verdadeira macro-lesão trabalhista, marcadamente em face do desrespeito a normas e princípios (legalidade, moralidade) ancorados ao predicamento constitucional dentro de uma relação de trabalho, nos termos da Lei Complementar nº 75/93, é do Ministério Público do Trabalho, conseqüentemente, a competência para apreciá-la(s) é da Justiça do Trabalho, nos termos do art.114, da Constituição, c/c. o art. 83, II, da Lei Orgânica do Ministério Público da União.²²

21 LOPES, Alpiniano do Prado, op. cit., p. 204.

22 MATTOS, Viviann Rodriguez, op. cit. p. 110/111.

A corrente doutrinária em comento também encontra algum eco na jurisprudência, razão pela qual destacam-se a seguir trechos do inteiro teor de algumas decisões:

“2.2 PRELIMINAR

2.2.1 *COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM RAZÃO DA MATÉRIA* O Ministério Público do Trabalho, em seu recurso, requer a reforma da decisão de primeiro grau que acolheu a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho aduzida pela defesa, em relação a todos os pedidos que não os de direitos trabalhistas dos substituídos, formulados em face dos tomadores de serviços, com o que não concorda. Aduz que, sua função, dentre outras é promover a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, na forma do art. 129, III, da CF, daí porque não procede a tese de incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar a presente demanda. Com razão o douto “Parquet”.

[...]

Registre-se que a presente ação visa a defender interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos no âmbito das relações de trabalho e, portanto, compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar essas questões, por expressa previsão do art. 114 da Constituição Federal, que lhe atribui competência para conhecer não só dos dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, mas também de outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, o que é o caso dos presentes autos. “In casu”, a discussão gira em torno da competência, ou não, desta Justiça especializada para apreciar os casos em que for verificada a improbidade administrativa de dirigentes dos órgãos da administração pública, na forma da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Entendo que a questão da competência desta Justiça Especializada está firmada na lei, explícita ou implicitamente. A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi adotado o critério puramente objetivo para a definição da competência da Justiça do Trabalho, ou seja, em função das ações que decorram da

relação de trabalho, independente das partes que compõem o litígio.

[...]

Acrescente-se a esses argumentos apenas, como já dito alhures, que a improbidade administrativa em que teriam incorrido os administradores do Ente Público (DERACRE) constitui-se em matéria meramente reflexa, decorrente das já mencionadas contratações ilícitas, estas sim, a causa remota da ação. De mais a mais, não há que se falar em violação ao julgamento proferido na ADI 3395, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, uma vez que não se está discutindo o estatuto dos agentes públicos perante a Administração, conforme já decidiu o Excelentíssimo Ministro Joaquim Barbosa nos autos da Reclamação nº3.259-1 (DJ 12/08/2005). Assim, por todas essas razões, acolhe-se a preliminar suscitada pelo recorrente Ministério Público do Trabalho e declara-se a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar a improbidade administrativa trabalhista, assim como os demais interesses difusos e coletivos decorrentes das relações de trabalho. Para evitar supressão de instância, determina-se a devolução dos autos à Vara de origem para que seja prolatada nova sentença, julgando-se, também, os pedidos relativos à improbidade administrativa e/ou decorrentes de interesses difusos e coletivos, constantes das alíneas “a”, “b”, “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “i”, “k”, “l”, “m”, “n”, “p” e “q” do item 17 e pedido do item 18 da petição inicial (fls. 40/43). Em decorrência, restam prejudicadas as demais matérias objeto de ambos os recursos interpostos e da remessa obrigatória.” (grifos nossos)²³

“Arguiram os réus, incompetência material deste juízo, pois, conquanto a Emenda Constitucional nº 45/04 (Reforma do Judiciário) tenha alterado a redação do art. 114 da Constituição Federal de 1988, a AJUFE teria proposto Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN nº 3.395, perante o Supremo Tribunal

23 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 14ª REGIÃO. Disponível em: <http://www.trt14.jus.br/acordao/2006/Mar_06/Data23_03_06/00531.2003.402.14.00-2_REXRO.pdf>. Acesso em: 20 maio 2009.

Federal, na qual teria sido acolhido o pedido liminar, onde restou afastada a competência da Justiça do Trabalho para as relações estatutárias e de caráter administrativo. Realmente, tal liminar concedida pelo E. Ministro Cezar Peluso, assim determinou em sua parte final: Suspendo, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I, do art. 114 da C.F., na redação dada pela EC 45/2004, que inclui, na competência da Justiça do Trabalho, a “... apreciação... de causas que... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.” A presente ação trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho em face do Estado do Pará, cujo objeto é obter condenação deste em obrigações de não fazer (não contratar servidores sem a prévia realização de concurso público, se abster de remover servidores temporários celetistas e sob outras denominações, não concursados, da Administração Direta, deslocando-os para suas autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista), bem como, de obrigação de fazer (consubstanciada em dispensa imediata de todos os servidores temporários, celetistas e sob outras denominações, que tenham sido admitidos após 05.10.88, sem prévia aprovação em concurso público, vinculados à Administração Pública Direta Estadual e, ainda, que iniciar e concluir os concursos públicos a serem realizados conforme o demonstrativo de fls. 241, devendo os editais de abertura dos certames serem publicados no prazo de 30 (trinta) dias e, por fim, que no prazo de 150 dias iniciar e concluir os concursos públicos, cujos cargos e empregos sejam necessários à regularidade do Serviço Público, e que estejam previstos no demonstrativo de fls. 241).

Como se pode verificar, o substrato básico da causa de pedir deduzida pelo autor é a existência de violação de direito difuso, consubstanciado na violação de livre acesso da população às oportunidades de ingressar nos quadros da Administração Pública Estadual, em face da irregular manutenção de trabalhadores vinculados a esta por típica relação ilícita.

(...)

É necessário, no entanto, não perder de vista que tal ação possui uma cumulação de pedidos, dentre eles, para o que nos interessa na presente questão, o de declaração da nulidade dos contratos arguidos como ilícitos pelo autor, os quais receberiam a equivocada denominação de temporários.

(...)

A causa de pedir em relação a tal questão, como já foi dito, é a existência de trabalhadores contratados e mantidos pelo Estado do Pará de forma ilícita. De modo algum a ação proposta tem como objetivo a análise de direitos ou obrigações decorrentes da prestação de trabalho sob o vínculo estatutário ou mesmo temporário, mas muito pelo contrário, o argumento principal deduzido é de que as relações existentes não seriam estatutárias e nem jurídico-administrativas sob a forma de temporários, e sim, tipicamente trabalhistas, conquanto ilícitas pelo não atendimento do requisito fixado no inciso II do art. 37 da C.F./88, qual seja, a prévia aprovação em concurso público.

(...)

Entendo que a Administração Pública Direta possa admitir trabalhadores da seguinte forma:

1. Relação lícita de trabalho:

1.1. Servidor público concursado

1.1.1. servidor celetista

1.1.2. servidor estatutário

1.2. Servidor público não concursado

1.2.1. servidor exercente de cargo em comissão

1.2.2. servidor temporário

2. Relação ilícita de trabalho

(...)

Já com a alteração promovida pela citada emenda (EC nº 45/2004), a fixação desta Justiça passou a ser assim regida: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;” É evidente, portanto, que esta Justiça deixou de ser especialíssima, onde apenas julgava as relações empregatícias, passando a abranger as questões sobre toda e qualquer relação de trabalho, com exceção dos Estatutários e das jurídico-administrativas por força da liminar concedida na ADIN nº 3.395. Desta forma, a especialidade no tocante as questões sobre prestação de trabalho para o Estado passou a ser atribuição da Justiça Comum, enquanto que, para todo e qualquer outro tipo de relação que não as especificamente configuradas como estatutárias e jurídico-administrativas, por expressa determinação constitucional, deverão ser analisadas pela Justiça do Trabalho.

(...)

Assim, ainda que pela interpretação dada pela liminar mencionada, inegável a competência deste juízo em razão da matéria, motivo pelo qual, rejeito a exceção arguida, ressaltando, uma vez mais, a fim de evitar-se qualquer reclamação ao Excelso Supremo Tribunal Federal, que não se estará apreciando relação de servidores vinculados ao Estado por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo, mas sim, relações ilícitas de prestação de trabalho, as quais, por óbvio, não se inserem naqueles conceitos de tipicidade.” (grifos nossos)²⁴

“4 – CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS PARA PROGRAMAS DE SAÚDE, POR MUNICÍPIOS, SEM CONCURSO PÚBLICO – DANO MORAL COLETIVO – CARACTERIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO RESPONSÁVEL PELA CONDUTA ILÍCITA. Segundo o autor, a contratação ilícita dos profissionais da área de saúde sem concurso público, realizada pelos reclamados, caracteriza dano moral coletivo (dano social), pois causou e vem causando danos aos trabalhadores. De fato, no item 3 desta fundamentação ficou demonstrada a conduta ilícita do Município de Orizona – GO (1º

24 BRASIL. 13ª VARA DO TRABALHO DE BELEM/PA. FERREIRA, Mauro Volpini. Sentença prolatada em 20.5.2005 nos autos do Processo nº 00187.2005.013.8.00-0. Disponível em: <<http://www.trt8.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2009.

reclamado) e da Fundação Municipal de Saúde de Orizona, por meio dos seus representantes legais (Itamar Dias Teixeira e Maria de Fátima Silva Freire, respectivamente), de contratarem os profissionais que trabalham nos Programas de Saúde da Família e Agentes Comunitários de Saúde, sem concurso público, os quais estão relacionados às fls. 72/77. Ora, consoante o disposto no art. 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), essa conduta ilícita causa danos patrimoniais a interesses difusos e coletivos e, por conta disso, nasce a responsabilidade por danos moral e coletivo causados a todos os trabalhadores e à própria sociedade. Isto porque a modalidade de contratação experimentada pelo 1º e 4º reclamados ('Credenciamento', 'Prestação de Serviços' e 'Locação de Veículo') ceifou dos trabalhadores do Município e região a oportunidade de participarem de concurso público para ocuparem os postos de trabalho da área de saúde, ficando caracterizada a lesão a direitos difusos e coletivos. Nesse caso, ficou patente que o Sr. Prefeito, como mandatário do Município de Orizona – GO, e a Gestora do Fundo Municipal de Saúde de Orizona, descumpriram os princípios norteadores da Administração Pública elencados no art. 37, caput, da Constituição Federal, notadamente os princípios da legalidade e moralidade. Com isso, o Sr. Prefeito extrapou o mandato que lhe foi conferido no pleito eleitoral, ou seja, agiu com desvio de finalidade do seu mandato. Do mesmo, a Gestora do Fundo Municipal de Saúde também agiu em desvio de finalidade do seu mandato. Portanto, devem os mesmos responder, SOLIDARIAMENTE, pelo excesso cometido, por força do disposto na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Por outro lado, deve ser salientado que esse tipo de conduta ilícita vem sendo praticada desde a vigência da Constituição de 5.10.88. É que desde essa época são comuns as contratações de servidores públicos sem concurso público nas esferas estaduais e municipais e isso vem sendo tolerado, passivamente, pela sociedade, ao ponto de tudo parecer ser normal. Muitos queriam estar no lugar daqueles, mas, infelizmente, não estão por capricho do Administrador Público que não lhe deu a oportunidade de lá estarem. Além do mais, o autor da presente ação demorou muito tempo para enfrentar o

problema, mas nunca é tarde para começar. Por isso mesmo, percebe-se que essa conduta ilícita, apesar do dano por ela causado alcançar não só os trabalhadores como toda a coletividade, não se reveste que tamanha gravidade, visto que é tolerada pela sociedade. Portanto, a indenização por dano moral coletivo deve servir muito mais como medida pedagógica ao reclamado e ao Sr. Prefeito do que imposição pecuniária. Frise-se que, ao contrário do que entendem os reclamados, na ação civil pública é possível cumular pedido de condenação de fazer e não fazer com pedido de pena pecuniária. Veja-se o entendimento da jurisprudência sobre o assunto:

‘AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para, na defesa de interesses individuais homogêneos, postular a condenação de fazendeiro a cumprir a legislação trabalhista com grupo de trabalhadores rurais que lhe prestam serviços braçais por prazo determinado, inclusive com imposição de multa diária em caso de descumprimento. Já a indenização por danos morais coletivos, destinada ao FAT, considerando a restrita abrangência de interesses individuais homogêneos e as compreensíveis práticas consuetudinárias no sertão, pode ser reduzida para ter caráter apenas pedagógico. Recurso parcialmente provido.’ (TRT-18ª Reg. RO nº 00086-2005-251-18-00-4 – Recorrentes: Paulo Roberto Gomes Mansur e Recorrido: Ministério Público do Trabalho, Rel. Juiz Saulo Emídio dos Santos DJ/GO de 3.2.2006, p. 60)

‘AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. Em sede de ação civil pública é possível a cumulação de obrigação de fazer, a fim de coibir a continuidade da conduta lesiva do requerido, com indenização pelos danos sociais já causados. LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA AOS LIMITES TERRITORIAIS DO ÓRGÃO PROLATOR. A alteração realizada pela Lei nº 9.494/97 é ineficaz, na medida em que a competência territorial do juiz prolator nada tem a ver com a imutabilidade do julgado. O que deve levar em conta é a extensão do dano causado ou a ser reparado. Tratando-se de interesse essencialmente indivisível, na modalidade difuso, objeto de ação civil pública,

o efeitos da coisa julgada podem ultrapassar os limites jurisdicionais do prolator da sentença, como definido na OJ nº 130 da SDI-2 do C. TST. É de se atentar, ainda, para o fato de que a propositura de várias ações com o mesmo objeto poderia gerar decisões conflitantes, desgastando o sistema da ação civil pública e o próprio Poder Judiciário.’ (TRT-18ª Reg., RO nº 00205-2004-007-18- 00-3, Recorrentes: Ministério Público do Trabalho e Banco ABN AMRO Real S/A e Recorridos: Os mesmos, Rel. Juiz Gentil Pio de Oliveira, DJ/ GO de 3.11.2004, p. 65) Por conseguinte, demonstrada a ocorrência e a natureza gravidade do dano causado aos trabalhadores e à sociedade, deve o Município de Orizona-GO (1º reclamado) arcar com o pagamento de uma indenização por dano moral coletivo, no valor de R\$ 50.000,00, a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), devendo o Sr. Prefeito, Dalton Vieira dos Santos, e a Gestora do Fundo Municipal de Saúde de Orizona, Sra. Maria de Fátima Silva Freire, responder solidariamente pelo pagamento dessa indenização.”²⁵

Contudo, sobre alcance do art. 114 da CF o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar, em sede da ADIn 3.395-6, suspendendo toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF que incluísse na competência da Justiça do Trabalho a apreciação de causas que fossem instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico administrativo.

Sob esse fundamento, sustenta-se a ausência de relação trabalhista que justifique a competência da JT para decidir demanda em face do agente público, por se estar diante de uma relação administrativa.

Ademais, a Lei 8.429/92, em seu art. 1º dispõe que a improbidade administrativa decorre da prática de qualquer ato por agente público contra a administração direta, indireta, autárquica ou fundacional, e o

25 BRASIL. 3ª VARA DE ANÁPOLIS/GO. MARTINS, Dr. Sebastião Alves (juiz). ACP nº 00953.2005.053.18.00.8 e ACP nº 00972.2005.053.18.00.4. In: LOPES, Alpiniano do Prado. Ausência de concurso público e o dano moral coletivo. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília, nº 33, ano XVII, mar. 2007.

seu art. 12, ao tratar das penas aplicáveis, remete às sanções penais, civis e administrativas, dentre outras. Assim, não haveria alusão à relação de emprego ou trabalho, ainda que questionada a legalidade da contratação de servidores temporários.

A competência de que trata o artigo 114, I, da Constituição Federal teria relação com as ações movidas contra a administração pública direta e indireta enquanto pessoas jurídicas, não incluindo os agentes políticos, aos quais não se pode imputar a responsabilidade objetiva pelo ato administrativo, em face do princípio da impessoalidade.

Ainda no caso de contratação de empregados públicos sem o devido concurso, não seria uma demanda com fundamento na relação de trabalho, pois o que causa o prejuízo financeiro ao Estado é a contratação irregular. Tratar-se-ia, na verdade, de violação do direito difuso previsto no art. 37, II e § 2º, da CF, consistente na exigência da publicidade e da impessoalidade como requisitos de validade dos procedimentos de investidura em cargos e empregos públicos. O bem jurídico protegido constitucionalmente não guardaria qualquer relação com os direitos trabalhistas.

A responsabilização do agente público pelo ato de improbidade importaria em denúncia da lide, a qual não guarda relação com os princípios do direito processual do trabalho, uma vez que tende a gerar a demora do desfecho da demanda. Deveria, assim, o agente público, ser responsabilizado em ação própria de improbidade administrativa.

A jurisprudência dominante é nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO NULO. EX-PREFEITO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DA JUSTIÇA DO TRABALHO. NÃO PROVIMENTO.

1. Não se insere no âmbito de competência desta Justiça Especializada o processamento e julgamento de ex-prefeito em razão da prática de ato de improbidade administrativa por ocasião do exercício de seu mandato, ainda que o ato tenha origem na contratação de servidor sem a observância de concurso público, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal.

2. É que a competência de que trata o artigo 114, I, da Constituição Federal diz respeito às ações movidas contra a adminis-

tração pública direta e indireta enquanto pessoas jurídicas, não se incluindo aí os seus agentes políticos, aos quais não se pode imputar a responsabilidade objetiva pelo ato administrativo, em face do princípio da impessoalidade.

3. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AIRR-507/2007-100-03-40, Ministro Relator CAPUTO BASTOS, DJ 27/06/2008).

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE AGENTE PÚBLICO INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

1. Não compete à Justiça do Trabalho julgar o pleito relacionado à aplicação das sanções previstas pela lei de improbidade administrativa aos agentes políticos em razão da contratação irregular de servidores temporários, mesmo depois da Emenda Constitucional 45/04.

2. Primeiro, porque a ação de improbidade administrativa não seria oriunda da relação de trabalho entre os empregados e a Administração Pública, nos termos da competência fixada relativa ao ato administrativo pelo qual se contratou servidores públicos de forma irregular, de modo que poderia ser ajuizada de maneira autônoma, apenas em face da alegação de contratação sem prévia aprovação em concurso público, o que se verifica pela análise do teor dos arts. 1º e 4º, I, e 6º da Lei 4.717/65, independentemente da condenação da entidade pública ao pagamento de verbas trabalhistas.

3. Segundo, porque o art. 1º da Lei 8.429/92 deixa claro que a improbidade administrativa decorre da prática de qualquer ato por agente público contra a administração direta, indireta, autárquica ou fundacional, não existindo vínculo algum com a relação de emprego ou trabalho, ainda que questionada a legalidade da contratação de servidores temporários.

4. Dessa forma, não é a condenação trabalhista que causa o prejuízo financeiro ao Estado, que já contou com o labor dos trabalhadores, mas sim a contratação irregular, de forma que se trata na verdade da violação do direito difuso previsto no art. 37, II

e § 2º, da CF, consistente na exigência da publicidade e da impessoalidade como requisitos de validade dos procedimentos de investidura em cargos e empregos públicos.

5. Pelo exposto, fica claro que o bem jurídico protegido constitucionalmente pelo art. 37, II e § 2º, da CF detém natureza difusa e visa a preservar a publicidade e a impessoalidade dos atos administrativos, não guardando qualquer correlação com os direitos subjetivos trabalhistas. Recurso de revista não conhecido.

(RR-187/2005-013-08-00, MINISTRO-RELATOR IVES GANDRA MARTINS FILHO, DJ 19/10/2007).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIDOR CELETISTA. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

I. O servidor público celetista de empresa pública federal é passível de responder a ação de improbidade administrativa, nos termos do art.37, § 4º da CF e do art. 2º da Lei nº 8429/92.

II. Incompetência da Justiça do Trabalho para processamento e julgamento do feito, vez que não se trata de questão de direito privado entre empregado e empregador e sim da prática de atos que causam prejuízo ao erário e afronta aos princípios constitucionais.

III. Competência da Justiça Federal fixada em razão da matéria.

IV. Agravo de instrumento provido.

(AGTR 66812/CE, Rel. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Quarta Turma, Diário da Justiça - Data: 30/05/2006)

De fato, em que pesem os argumentos valiosos no sentido de privilegiar a unidade de convicção, bem como de que a LC 75 garantiria a todos os membros do Ministério Público da União a possibilidade de ingressarem com ação de improbidade, inclusive aos Procuradores do Trabalho, não há como negar que a Justiça do Trabalho é especializada para julgar demandas envolvendo *relação de trabalho*.

A natureza jurídica das ações civis públicas de improbidade administrativa é extraída dos próprios pedidos veiculados: condenação

do agente público em obrigações de não fazer, indisponibilidade de bens, ressarcimento ao erário, aplicação de multas, isto é, todos de natureza civil.

Embora alguns tribunais regionais trabalhistas, como acima exposto, tenham proferido acórdãos reconhecendo a competência da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho tem rechaçado interpretações nesse sentido. Segue transcrição de julgado analisando a questão:

PROCESSO Nº TST-RR-342900-95.2004.5.03.0091

A C Ó R D Ã O

4ª Turma

GMFEO/NC

RECURSO DE REVISTA. CONTRATO NULO. RESPONSABILIDADE DO PREFEITO. Esta Corte Superior já firmou sua jurisprudência no sentido de reconhecer a incompetência desta Justiça Especializada para julgar causas que envolvam a responsabilidade do Chefe do Executivo Municipal, decorrente da irregularidade na contratação de servidor, sem prévia aprovação em concurso público. Recurso de revista a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-3429/2004-091-03-00.6, em que são Recorrentes VÍTOR PENIDO DE BARROS e MUNICÍPIO DE NOVA LIMA e Recorrida MARIA DE FÁTIMA PATROCÍNIO.

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região condenou o segundo Reclamado (Vitor Penido de Barros) ao pagamento de adicional de insalubridade, por entender que cabe ao Administrador Público o pagamento, a título de indenização, das verbas reconhecidas e não deferidas à Reclamante, em face da nulidade da contratação (fls. 219/222). Dessa decisão o Reclamado (Vitor Penido de Barros) interpôs recurso de revista (fls. 245/254). A insurgência foi admitida por contrariedade à Súmula nº 363 desta Corte (decisão de fls. 257/258).

A Reclamante apresentou contrarrazões ao recurso de revista interposto. O Ministério Público do Trabalho opinou pelo não conhecimento do recurso de revista (parecer de fls. 271/277).

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

O recurso de revista é tempestivo, está subscrito por advogados regularmente habilitados e cumpre os demais pressupostos extrínsecos de admissibilidade.

1.1. CONTRATO NULO. RESPONSABILIDADE DO PREFEITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Para um melhor entendimento da matéria discutida, é necessário um breve relato dos fatos que transcorreram até o presente momento processual.

O Juízo da Vara do Trabalho de Nova Lima rejeitou a preliminar de incompetência desta Justiça Especializada para o julgamento do presente feito, arguida pelo Município-Reclamado, e julgou em parte procedente a reclamação trabalhista, para condenar o Município de Nova Lima a pagar à Reclamante os - minutos residuais, calculados sobre o salário nominal, e seus reflexos no FGTS -, e os honorários periciais. Indeferiu o pedido de adicional de insalubridade, com fundamento na Súmula nº 363 desta Corte (sentença de fls. 95/97).

Dessa decisão o Município-Reclamado e a Reclamante interpu- seram recurso ordinário.

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região rejeitou a preliminar de incompetência desta Justiça Especializada, arguida pelo Município-Reclamado, declarou a nulidade da sentença e determinou a inclusão da autoridade pública municipal no polo passivo da presente demanda. Determinou, ainda, o retorno dos autos à origem, para a citação da autoridade pública municipal, com a conseqüente reabertura da instrução processual (acórdão de fls. 117/120).

O Juízo da Vara do Trabalho de Nova Lima julgou improceden- tes os pedidos formulados na inicial em face do segundo Recla- mado (Vitor Penido de Barros) e procedentes em parte os pedidos

formulados em face do Município de Nova Lima, para condenar o Município-Reclamado a pagar à Reclamante os minutos residuais laborados e reflexos no FGTS (sentença de fls. 185/194).

Dessa decisão a Reclamante interpôs recurso ordinário, insurgindo-se contra o indeferimento do adicional de insalubridade e do fornecimento da guia DSS 8030 e do laudo pericial (fls. 204/207). O Tribunal Regional deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela Reclamada, para condenar o segundo Reclamado (Vitor Penido de Barros) ao pagamento do adicional de insalubridade, por entender que cabe ao Administrador Público o pagamento, a título de indenização, das verbas reconhecidas e não deferidas à Reclamante, em virtude da nulidade da contratação. Condenou, ainda, o Município-Reclamado a entregar a guia DSS 8030 e o laudo pericial, conforme postulado na petição inicial (fls. 219/222). A esse respeito, consignou o seguinte entendimento:

- Insurgiu a reclamante contra o indeferimento dos pedidos de pagamento do adicional de insalubridade e fornecimento de documentos. Restou incontroverso nos autos que a recorrente foi contratada sem aprovação prévia em concurso, conforme regra insculpida no artigo 37 da Lei Maior.

Portanto, a nulidade retratada nos autos é absoluta de efeitos ex tunc, retornando as partes ao status quo ante, por disposição legal, como se o ato nunca houvesse existido, produzindo efeito somente em relação aos salários no sentido estrito. A nulidade absoluta não se convalida pelo ajuste das partes envolvidas, tampouco pela natureza protetora da legislação trabalhista, norma de natureza infraconstitucional, não produzindo efeitos no mundo jurídico.

O ingresso da Autora no serviço público revelou-se irregular, como já ressaltado pela r. Sentença.

In casu, nos termos da Súmula 363 do Colendo TST, à contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público encontra óbice no respectivo artigo 37, II e parágrafo 2º, somente lhe conferindo direito ao

pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitando o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. *Por outro lado, cabe a verificação de que a contratação da reclamante produziu efeitos jurídicos distintos na esfera do Município e do administrador público, em face mesmo da impossibilidade de retroação do contrato de trabalho ao status quo ante, o que torna o Município responsável pela anotação da CTPS (artigos 194, 195 c/c art. 201 da Constituição), pelos salários em sentido estrito e pelo FGTS. Ao administrador público, que no caso é o Prefeito que integrou a lide, cabe o pagamento, a título de indenização, das demais verbas reconhecidas e não deferidas, por força da incidência da Súmula de nº 363/TST. Assim, no caso, a autoridade pública fica condenada nos valores devidos a título de adicional de insalubridade, grau médio, reconhecido no laudo pericial de f. 91. Ao Município, cabe a entrega do DSS 8030 e laudo técnico, conforme postulado na letra “c” de fl. 02.*

A propósito, esta Eg. Turma já teve o ensejo de decidir, quando do julgamento do R.O.- 00023-2004-074-03-00-6, Relator o eminente Juiz Luiz Otávio Linhares Renault que:

(...)

Com efeito, a presença da autoridade municipal resulta do dever constitucional do administrador público de prestar contas e decorre do Estado Democrático de Direito e da forma republicana de governo, além do que dispõe a Lei nº 8.429/92, cujo art. 11, inciso V, estabelece a responsabilidade do agente público, c/c o art. 12, inciso III, da mesma Lei. Neste sentido, a Carta Magna estabeleceu no parágrafo único, do art. 70, com redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, a obrigatoriedade de prestação de contas, por qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assumiu obrigações de natureza pecuniária. A Lei Complementar nº 101 de 04.05.2000 procurou recuperar a gestão-seriedade pela institucionalização de novos e rigorosos padrões de responsabilidade, conferindo-lhe efetividade.

Ensina Carmem Lúcia Antunes Rocha: 'Não se poderia pensar em República sem se pensar na paralela responsabilidade de todo aquele que detém ou exerce cargo público' (in *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, vol. 37, nº 04, outubro-dezembro/200 - pág. 114).

(....)

Revelando-se, assim, a ilegalidade da conduta, impõe-se, em obediência ao Estado Democrático de Direito, a responsabilização da autoridade municipal, na pessoa do Prefeito Municipal, que deve responder na forma do art. 37, parágrafo 2º., do inciso XXI, a título de indenização, no que tange às demais verbas – (fls. 220/221).

O segundo Reclamado (Vitor Penido de Barros) se insurge contra a condenação ao pagamento do adicional de insalubridade. Alega que – o Tribunal Regional do Trabalho, ao aplicar condenação à autoridade pública municipal, ao argumento de ter a mesma praticado ato ilícito, extrapolou sua competência constitucional estabelecida no art. 114 da CF/88 – (fl. 252). Sustenta que a competência para processar e julgar o Chefe do Executivo Municipal por ato ilícito é da Justiça Comum e não da Justiça do Trabalho. Aponta violação dos arts. 5º, LIII e LIV, 37, § 5º, e 114 da CF/88 e contrariedade à Súmula nº 363 desta Corte. Apresenta arestos para demonstração de divergência jurisprudencial.

Inicialmente, registre-se que, em virtude de o segundo Reclamado (Vitor Penido de Barros) ter sido condenado ao pagamento do adicional de insalubridade apenas em segunda instância (pois o Juízo de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos constantes da inicial em relação a ele), considera-se prequestionada a indicação de violação do art. 114 da Constituição Federal, tendo em vista que a referida violação nasceu na própria decisão recorrida. Incidência do entendimento contido na Orientação Jurisprudencial nº 119 da SBDI-1 desta Corte:

– Prequestionamento inexigível. Violação nascida na própria decisão recorrida. Súmula nº 297. Inaplicável. Inserida em 20.11.1997-.

Esta Corte Superior já firmou sua jurisprudência no sentido de reconhecer a incompetência desta Justiça Especializada para julgar causas que envolvam a responsabilidade do Chefe do Executivo Municipal, decorrente da irregularidade na contratação de servidor, sem prévia aprovação em concurso público.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

– [...]. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO PREFEITO. É da Justiça comum (art. 29, X, da CF/88), e não da Justiça do Trabalho (art. 114 da CF/88), a competência para decidir sobre a responsabilidade de prefeito ou ex-prefeito, decorrente de irregularidade na contratação de trabalhador pelo Município. Recurso de revista conhecido e não provido. [...] – (TST, RR – 623/2005-013-20-00.2, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DJ 12/06/2009).

– RECURSO DE REVISTA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A Justiça do Trabalho não tem competência para o julgamento de agentes públicos por ato de improbidade administrativa. Assim, mesmo que a situação decorra da contratação de servidores sem prévia realização de concurso público, em nítida afronta aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, não compete à Justiça do Trabalho o julgamento da matéria, que não tem pertinência com a relação de trabalho. Precedentes. Recurso de revista não conhecido – (TST, RR – 779/2005-105-08-00.2, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DJ 17/04/2009).

– RECURSO DE REVISTA. CONTRATO NULO. EX-PREFEITO. RESPONSABILIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. PESSOAL. ARTIGO 37, § 2º, DA CF/88. O Prefeito não é parte legítima para ser incluído no polo passivo da ação. Sendo administrador Público, dos seus atos consequência a aplicação do art. 37, §2º, da CLT, pela responsabilidade penal, civil e administrativa, cuja competência para apreciação não é da Justiça do Trabalho. Recurso de revista conhecido e desprovido. [...]

– (TST, RR – 2078/2002-011-15-00.0, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DJ 13/02/2009).

– RECURSO DE REVISTA – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. [...]. DENUNCIÇÃO DA LIDE – RESPONSABILIDADE PESSOAL DO ADMINISTRADOR. *Sendo certo que o vínculo – ainda que irregular – formou-se entre o Reclamante e a Administração – e, não, o administrador, agente público exercente de mandato –, não há falar em citação necessária do prefeito municipal que assinou o ato que se reputa nulo. Cabe ao Município, em ação própria, buscar o ressarcimento do erário junto à pessoa física que o administrava à época da contratação irregular. Precedente. [...]. Recurso de Revista não conhecido – (TST, RR – 625/2005-013-20-00.1, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DJ 14/11/2008).*

– [...]. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREFEITO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA. *Esta Justiça Especializada não é competente para julgar prefeito municipal por ato de improbidade administrativa, ainda que o ato tenha origem na contratação de servidor sem a observância de concurso público, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal. Efetivamente, nos termos do art. 114, I, da Constituição Federal, a competência desta Justiça Especializada é a de processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. No caso, entretanto, a condição do ex-prefeito é de agente político, e não de ente integrante da administração pública. Em relação à Lei 8.429/92, o seu art. 1º dispõe que a improbidade administrativa decorre da prática de qualquer ato por agente público contra a administração direta, indireta, autárquica ou fundacional, e o seu art. 12, ao tratar das penas aplicáveis, remete às sanções penais, civis e administrativas, dentre outras. Não há alusão à relação de emprego ou trabalho, ainda que questionada a legalidade da contratação de servidores temporários. Recurso de Revista não conhecido – (TST, RR – 278/2005-015-08-00.5, Relator Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2ª Turma, DJ 05/09/2008).*

– AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO NULO. EX-PREFEITO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. NÃO PROVIMENTO. 1. Não se insere no âmbito de competência desta Justiça Especializada o processamento e julgamento de ex-prefeito em razão da prática de ato de improbidade administrativa por ocasião do exercício de seu mandato, ainda que o ato tenha origem na contratação de servidor sem a observância de concurso público, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal. 2. É que a competência de que trata o artigo 114, I, da Constituição Federal diz respeito às ações movidas contra a administração pública direta e indireta enquanto pessoas jurídicas, não se incluindo aí os seus agentes políticos, aos quais não se pode imputar a responsabilidade objetiva pelo ato administrativo, em face do princípio da impessoalidade. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento - (TST, AIRR - 507/2007-100-03-40.4, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, DJ 27/06/2008).

Nesse contexto, a decisão regional em que se julgou a responsabilidade do segundo Reclamado (Vitor Penido de Barros) pelo pagamento do adicional de insalubridade, em face da nulidade da contratação da Reclamante, viola o art. 114 da Constituição Federal.

Diante do exposto, conheço do recurso de revista, por violação do art. 114 da Constituição Federal.

2. MÉRITO

2.1. CONTRATO NULO. RESPONSABILIDADE DO PREFEITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Esta Corte Superior firmou sua jurisprudência no sentido de reconhecer a incompetência desta Justiça Especializada para julgar causas que envolvam a responsabilidade do Chefe do Executivo Municipal, decorrente da irregularidade na contratação de servidor, sem prévia aprovação em concurso público.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de revista, para reconhecer a incompetência desta Justiça Especializada para jul-

gar a responsabilidade do Chefe do Executivo Municipal na presente ação.

Considerando que o presente feito tem matéria trabalhista e não pode ser cindido para o encaminhamento dos autos ao Juízo competente, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação ao pedido de responsabilidade do Chefe do Executivo Municipal.

ISTO POSTO

*ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, à unanimidade, conhecer do recurso de revista, por violação do art. 114 da Constituição Federal, e, no mérito, dar-lhe provimento, para reconhecer a incompetência desta Justiça Especializada para julgar a responsabilidade do Chefe do Executivo Municipal na presente ação e, conseqüentemente, julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito. Custas invertidas e dispensadas, na forma da lei. À unanimidade, conhecer do recurso de revista, por contrariedade à Súmula nº 363 desta Corte, e, no mérito, afastar a determinação de entregar a guia DSS-8030 e o laudo pericial à Reclamante.*²⁶

Em interessante conflito de competência submetido ao Superior Tribunal de Justiça, a questão foi colocada em debate. O Juízo Estadual determinou a remessa dos autos à Justiça do Trabalho, com base na Emenda Constitucional 45/2004, por entender estar presente na lide relação de trabalho. Contudo, o Juízo Trabalhista suscitou conflito de competência, a qual culminou da declaração de competência do Juízo suscitado:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO ESTADUAL E JUÍZO TRABALHISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. DESCONSTITUIÇÃO DE CONTRATOS

²⁶ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. ONO, Fernando Eizo. Processo nº TST-RR-342900-95.2004.5.03.0091. Disponível em: <<http://aplicacao2.tst.jus.br/consultau-nificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-342900-95.2004.5.03.0091&base=acordao&numProcInt=254870&anoProcInt=2006&dat aPublicacao=05/03/2010 07:00:00&query=>>> Acesso em: 10 set. 2010.

IRREGULARES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRABALHO. NATUREZA JURÍDICA EMINENTEMENTE CIVIL. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. *No caso dos autos, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo e o Ministério Público Federal ajuizaram contra o Instituto Estadual de Saúde Pública - IESP, ação civil pública que visa à desconstituição de contratos de prestação de serviços médicos firmados entre cooperativas e o Poder Público.*

2. *A Emenda Constitucional 45/2004, que deu nova redação ao art. 114 da Carta Magna, aumentou de maneira expressiva a competência da Justiça Laboral, passando a estabelecer, no inciso I do retrocitado dispositivo, que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.*

3. *Entretanto, na hipótese dos autos, não há falar em competência da Justiça do Trabalho para processar a referida ação civil pública, em razão da natureza eminentemente civil da lide. A demanda em questão possui natureza unicamente civil, conforme pode ser observado da simples leitura do pedido principal da ação, que requer a “condenação em obrigação de ‘não fazer’, consubstanciada na não celebração de novos contratos de prestação de serviços ou prorrogação dos já celebrados por intermédio de cooperativas médicas, empresas ou quaisquer outras formas de ‘terceirização’ de serviços médicos no âmbito da Administração Pública Estadual, em desacordo com a Constituição Federal e a Lei nº 8.080/90 (...), além da obrigação de ‘fazer’, consistente na adequada disponibilização da cobertura assistencial à população, valendo-se dos meios e condições necessários, dentro da regra de discricionariedade, com obediência aos princípios relativos à administração pública (...), sem prejuízo do regresso e responsabilização pela improbidade administrativa face aqueles que por qualquer ação/omissão tenham dado oportunidade de lesão ao erário” (fl. 15).*

4. Portanto, é manifesta a conclusão que a relação jurídica existente entre os autores e os réus não pode ser considerada como de índole trabalhista, mas de natureza jurídica eminentemente civil. Tal consideração não é alterada pela eventual procedência da ação civil pública e, conseqüentemente, pela possibilidade de rescisões de relações trabalhistas em decorrência da desconstituição dos contratos tidos como irregulares.

Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Suscitado – Juízo de Direito da Vara da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública de Vitória/ES –, para processar e julgar a ação. ²⁷ (grifos nossos)

Verifica-se, assim, que a questão segue sendo resolvida, nos principais tribunais, no sentido da incompetência da Justiça do Trabalho para julgar pedido de condenação de agente público por improbidade administrativa veiculado em ação civil pública.

7. Conclusão

Atos de improbidade administrativa são entendidos como aqueles que, acima de tudo, contrariam os princípios norteadores da administração pública.

Muito se discute acerca da possibilidade de se ajuizar ação civil pública para coibir atos de improbidade administrativa, utilizando-se o direito material da Lei de Improbidade e o rito da Lei 7.347/85.

No entanto, por tratar-se de interesses transindividuais, extrapolando o interesse exclusivo da pessoa jurídica que sofreu o dano e atingindo toda a sociedade, bem como em razão da permissão do art. 292, § 2º, do CPC, que permite a cumulação de ações, ficou assentado na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de veicular pedido de condenação de agente público por improbidade administrativa em ação civil pública.

²⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista-eletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&csSeq=11869883&csReg=200602249490&csData=20101005&csTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 01 dez. 2010.

Contudo, a Justiça do Trabalho não é competente para processar e decidir ações que tenham como objeto a responsabilização do agente público por atos de improbidade administrativa, uma vez que sua competência pauta-se pela “relação de trabalho” que dá origem à demanda.

Assim, prevalece nos principais tribunais, dentre eles o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal de Justiça, a tese de que nas demandas em comento não há relação trabalhista que justifique a competência da Justiça do Trabalho, bem como não se poderia imputar a responsabilidade objetiva pelo ato administrativo ao agente público, em face do princípio da impessoalidade.

Ademais, a natureza jurídica das ações civis públicas de improbidade administrativa é extraída dos próprios pedidos veiculados, os quais são de natureza civil (condenação do agente público em obrigações de não fazer, indisponibilidade de bens, ressarcimento ao erário, aplicação de multas).

Dessa forma, o pedido de condenação de agentes públicos por improbidade administrativa, por meio de ação civil pública, não poderá ser veiculada na Justiça do Trabalho, porquanto incompatível com a especialização desta, imposta constitucionalmente.

8. Referências

ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. *Princípio da Probidade Administrativa: Regime Iguatário no Julgamento dos Agentes Políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. Brasília: Brasília Jurídica Ltda. 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos: de acordo com a lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Atlas, 2001.

LOPES, Alpiniano do Prado. Ausência de concurso público e o dano moral coletivo. *In: Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília, n° 33, ano XVII, mar. 2007.

MATTOS, Viviann Rodriguez. A legitimidade passiva do administrador público em Ações Coletivas Trabalhistas. *In: RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio e outros (Org.). Ação Coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Os direitos humanos no direito penal reintegrador: a afirmação do direito penitenciário¹

Manuel Monteiro Guedes Valente²

*Prender é fácil,
mas reeducar e reinserir é muito difícil.*³

Sumário: 1. Introdução; 2. Fundamentos da prisão. O encontro com os direitos humanos; 3. O princípio da necessidade e da utilidade: uma nova Prisão; 4. A queda da utopia; 5. Alguns apontamentos finais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Prisão. Direito penitenciário. Princípios. Política Criminal.

1. Introdução

1. A viagem ao Direito humanitário penitenciário é um desafio atemorizado e respeitoso perante os dogmas positivistas de negação do ser com que muitos olham o recluso, pessoa não detentora de direitos pes-

1 Conferência proferida na Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo no ato de assinatura de Protocolo de Cooperação entre a Escola de Administração Penitenciária e a Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Investigação financiada pela Fundação para a Ciência e Tecnologia no âmbito do projecto (PTDC/CPO/64365/2006).

2 Diretor do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna de Portugal – ISCPPI. Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa e Professor da Universidade Autónoma de Lisboa e do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

3 Frase do autor.

soais como os demais cidadãos, e a prisão, método adequado a afastar os indivíduos perigosos do seio da comunidade humana, e o humanismo que deve orientar a nossa posição quanto à solução mais adequada possível em um mundo de mutabilidade constante. Este confronto dialéctico é um dilema diário e um grande desafio para encontrar linhas de equilíbrio entre o desejado em abstracto pela comunidade e o desejado em concreto na prossecução da realização da justiça. Os dois pólos não se encontram na nascente, mas tão só na foz: decisão jurisdicional de condenação ou de absolvição do suspeito da prática de um crime.

Esta busca de equilíbrio entre um Direito penal securitário, ou mesmo belicista ou do inimigo⁴, e o garantismo imbuído de humanismo dos penalistas defensores da afirmação dos Direitos humanos através do Direito penal integrador ou reintegrador é uma viagem de conquista de cada minuto de afirmação dos seres humanos. Não podemos proclamar qualquer Direito penal na nova ordem mundial, designada por muitos de ordem jurisdicional, sem que se respeitem os primados valorativos históricos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH): *v. g.*, «o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade»⁵.

A despersonalização da pessoa humana e a respectiva coisificação em prol da defesa absoluta inequívoca do Estado e do colectivo e a mistificação de que os criminosos são indivíduos perigosos não merecedores de serem tratados como cidadãos dotados de direitos e liberdades, foram dois pensamentos delatores da humanidade: conduziu o homem ao positivismo puro e à negação do ser humano nos Estados de direito formal e inseriu na ordem interna de cada Estado sistemas jurídico-políticos detractores da personalidade humana⁶ – *v. g.*, , segurança nacional, nazismo, fascismo, estalinismo.

4 Quanto ao direito penal do inimigo e ao desenvolvimento da teoria do sistema integral penal do inimigo, MANUEL M. GUEDES VALENTE, *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo. O «Progresso ao Retrocesso»*, São Paulo: Almedina Brasil, Lda., 2010.

5 Cfr. Preâmbulo da DUDH.

6 GUSTAV RADBRUCH, que era positivista até ao surgimento do nacional-socialismo, após 1945, defendeu que o positivismo «deixou “tanto os juristas quanto o povo desarmados contra leis ainda tão arbitrárias, ainda tão cruéis, ainda tão criminosas”». Cfr. ROBERT ALEXY, *Conceito e Validade do Direito*, (Tradução de GERCÉLIA BATISTA DE OLIVEIRA MENDES), São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 55.

Não obstante este nosso desabafo alerto-vos para não esperarem grandes novidades, nem grandes soluções deste mortal desconhecido, nem esperem qualquer solução. Esperem as dúvidas que nos açambarcam desde os primeiros dias em que nos dedicamos ao estudo do crime e das reacções jurídico-criminais e sociais ao seu «filho pródigo»: consequências jurídicas e respectiva execução. Desde já podemos-vos garantir e defender que os Direitos Humanos não se esgotam no quadro da legislação jurídico-criminal nem nas fases de persecução e julgamento criminal. Nestes quadros, muitos penalistas⁷ têm sido uma voz forte e crítica na defesa dos Direitos Humanos como materialização de um Direito penal material e processual garantista e humanista.

Um Direito penal que assenta em um equilíbrio entre a tutela de bens jurídicos e a defesa do delinquentes face ao Direito de punir do Estado e colhe como fim das sanções jurídico-criminais a reintegração do delinquentes – prevenção especial positiva – não pode continuar olhar para a terceira parte jurisdicional de intervenção penal como o ente pobre do sistema penal integral. A valência do Direito penitenciário como pressuposto essencial da e na reintegração do ser humano é, hoje, um desafio de todos os Estados de Direito e democrático material e social.

2. Sufragamos a constatação de NIEVES SANZ MULAS: muitos de nós, hoje aqui sentados, pensamos que *o encarceramento ou a doença, como a morte, é só para os outros*⁸. Esse lugar de ninguém – a “terra do nunca” e da inexistência ou da proscricção – é de todos e pode ser para todos. Não podemos fechar os olhos à desenfreada astúcia para, por um lado, querer aumentar as penas – principalmente as privativas da liberdade –, por se considerar que o temor e o respeito abstracto alcança-se, mas o concreto respeito pelas regras jurídicas desvanecese à primeira ventania do outono, e, por outro, para incriminar novas condutas de modo que aqueles que nos

7 Dos quais destacamos CLAUS ROXIN, URS KINDHAUSER, WINFRIED HASSEMER, ALBIN ESER, LUIGI FERRAJOLI, FIGUEIREDO DIAS, COSTA ANDRADE, GERMANO MARQUES DA SILVA, CESAR ROBERTO BITENCOURT, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, LANDROVE DÍAZ, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, PAULO JOSÉ DA COSTA JR., SANTIAGO MIR PUIG.

8 Cfr. NIEVES SANZ MULAS, *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad*, Madrid: Editorial Colex, 2000, p. 205.

acercam a segurança sejam imediatamente colocados na «ordem preestabelecida dos mais fortes», *i. e.*, sejam afastados do seio da comunidade.

Não duvidamos de que os crimes contra a vida, contra a integridade física, contra a liberdade, contra o património, contra a paz pública, afectam fortemente o íntimo de cada um de nós: ofendem os bens jurídicos individuais essenciais à vida em comunidade. Mas, também não duvidamos de que são este tipo de crimes que mais fomentam as audiências e venda de jornais, por enquanto outros crimes como *os económico-financeiros, os crimes fiscais e contra a previdência*, são esquecidos, *tabu* no nosso dia-a-dia ou neutralizados axiologicamente. Continuamos, todos, a considerar que criminoso é o outro, que a conduta do outro é que é mais grave, que a pena aplicada ao outro é sempre diminuta. A nossa conduta nunca é crime, sendo crime é sempre justificável ou não culpável e a pena que nos é aplicada, ou a um ente nosso querido, é sempre demasiado grave e pesada.

Trazemos à colação uma pergunta do ilustre penalista GERMANO MARQUES DA SILVA a um aluno em uma oral de Direito penal: “*que conduta deve ser considerada mais grave no ordenamento jurídico: matar ou não pagar impostos?*”. Sem dúvida que o aluno trémulo retorquiu que deve ser a *conduta matar*, crime de homicídio. É este o raciocínio que a todos nos prende. Deixamos de lado qualquer outra hipótese por considerarmos que a vida é o primeiro dos valores e bens jurídicos a tutelar pelo sistema integral do Direito penal. Um homicídio cria maior impacto imediato.

Mas, eis que surge a questão ôntica: quantas pessoas não morrem por não se pagar impostos, por impedir o Estado de possuir os proventos financeiros necessários para adquirir os fármacos ou o aparelho adequado ao tratamento de várias doenças. Face a esta interrogação, perguntamos como se pode medir e punir mais assídua e severamente o homicídio do que a fuga ao fisco⁹?

⁹ Não queremos afirmar que a vida não é digna de uma tutela jurídico-criminal intensa na qualidade e na quantidade atribuída pelos códigos penais. Queremos tão só provocar o debate e fazer despertar as consciências humanas quanto à gravidade de condutas, ditas de cidadania fiscal, e ao efeito perverso e detractor da sociedade e à não assumpção de uma censurabilidade jurídica e social.

Os nossos pensamentos ainda não encontraram uma resposta lógica e legítima, nem congruente com toda a quadridimensionalidade do sistema jurídico.

Os nossos ouvidos surdos apenas conseguem ouvir as vozes a pedir mais criminalização ou mais penas de prisão para o indivíduo que furta, que rouba, que danifica, que agride, que falsifica, que trafica, que contrabandeia, que mata. Mas, não ouvem qualquer pedido para que se criem condições humanas que evitem os caminhos vertiginosos do crime ou que se extingam as causas da incidência criminal: *p. e.*, não condenar a pena de prisão um indivíduo que praticou um crime de furto qualificado pela primeira vez por ser uma negação do Direito penal reintegrador de bens jurídicos e do agente do crime.

KARL POPPER alertou-nos para os “plúrimos mitos da opinião pública”, que poderá ter um fim bom, apesar de imprudente, mas também um objectivo pernicioso¹⁰. Ao lado desta cascata de emergência curativa com o aumento do *ius puniendi* do Estado, a sociedade em geral – o povo – manifesta-se contra os direitos fundamentais dos indiciados ou acusados, contra a benevolência dos juízes, contra os «diabos» dos advogados que apenas sabem emperrar o andamento da justiça e não deixam que a Polícia, o Ministério Público e o Juiz interpretem e apliquem a lei com a serenidade necessária ao exercício da sua função. Este mesmo povo defende o aumento de maiores atribuições e competências de investigação criminal para as polícias, maior capacidade de decisão dos juízes e diminuição dos recursos. Este mesmo povo defende um retrocesso na afirmação dos Direitos Humanos que são património da humanidade construído pelo suor e sangue vertido dos nossos antepassados.

O mesmo povo, manipulado pelo discurso palpiteiro e populista de políticos e especialistas de opinião¹¹, que reclama esta mudança de pa-

10 Cfr. MANUEL M. GUEDES VALENTE, *Consumo de Drogas: Reflexões sobre o Quadro Legal*, 3.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2006, p. 35.

11 Seguimos as expressões «populismos» e «palpiteiro» de EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI quando crítica os ventos de criminalização esquizofrénica e de promoção de excluídos sem que as mutações legislativas sejam sujeitas a um disrecreamento científico e conducentes a um direito punitivo irracional. Cfr. EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI, *Direito Penal do Inimigo*, (Tradução de SÉRGIO LAMARÃO), 2.ª Edição, Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 49-59 e 70-91 (74-75).

radigma, a negação dos Direitos humanos, elege o político condenado a pena de prisão com pena suspensa ou o político acusado ou condenado a pena de prisão maior com a execução suspensa por motivo de recurso. Vivemos um processo de implosão conceptual e de organização sistemática jurídica do povo.

Tudo em prol da segurança colectiva e da defesa da mãe sociedade. Contudo, esquece-se de que os arguidos, os indiciados, acusados e condenados, são seus filhos e merecem a mão protectora da sua mãe. Este povo olvida, por interesse directo, que os direitos fundamentais pessoais – Direitos Humanos – têm dimensão material igualitária independentemente da condição do ser humano, cuja restrição ou privação da liberdade se encontra jus internacional e jus constitucionalmente consagrada.

3. A atitude cognitiva e activa do povo resulta do silogismo simplista da dialéctica liberdade/segurança e prisão. O crime afecta a liberdade e a segurança. A prisão retira o criminoso da rua. Sem criminoso há mais liberdade e mais segurança. Logo, o criminoso terá de ser encarcerado. Simples e fácil, cómodo e instantâneo. O criminoso é um ser perigoso, é uma doença, é uma não pessoa. Coloquem-se nos grilhões e salve-se o Estado legal. Eis a solução apreçada pelos *palpiteiros* de serviço.

Não podemos, espíritos esclarecidos, estudar o fenómeno do crime de uma forma simplista. O crime e a conduta criminosa não são de análise silogística simplificada, nem de uma análise matemática. Do mesmo modo, acrescentamos que a legiferação, as sanções jurídico-criminais e respectiva execução, não podem ser silogisticamente tratadas.

Há diversas formas de alcançarmos a meta: devagar, rápido ou muito rápido. Depende da idade e da condição física de cada um de nós. Desta feita, a dialéctica liberdade/segurança e prisão deverá ser um estudo interdisciplinar e interinstitucional, partindo do pressuposto real, único e objectivo de que quem praticou um facto ilícito é um ser humano e não um objecto dos operadores judiciários em primeira linha e, posteriormente, da sociedade.

O recluso (preso) é um ser humano que tem de ser tratado com humanidade e com respeito pelos princípios da autodeterminação e autoconformação com o Direito. Não podemos exigir uma integração sem

auto-responsabilização do agente e esta depende do modo de intervenção formal e do respeito pelos valores legitimadores da acção penal.

A prisão é o caminho mais fácil. Imaginem que o médico vos diagnosticava um tumor numa perna e, para que a cura fosse mais eficaz, evitando que se espalhasse pelo corpo, antes de tentar os procedimentos medicinais adequados à doença com a perna no corpo, amputava a perna e mais tarde, extirpado o tumor, procurava voltar a colocar a perna no corpo. É uma imagem anedótica, mas hoje a medicina é capaz de tudo. Eficaz, talvez. Prudente, duvidamos.

Se A cometeu o crime X, perturbou a comunidade democraticamente organizada, para que não volte a perturbar, o caminho a seguir é colocá-lo na prisão e procurar que, fora da sociedade que o criou, inculcar as regras da socialização no meio da total desocialização. Assinamos a sentença do fracasso ou a sentença de morte do Direito penal integrador. Este pensar viola o art. 7.º da DUDH ao consagrar a proibição do incitamento à discriminação.

A dialéctica liberdade/segurança e prisão deve ser vista em um sentido científico amplo. Deve centrar a sua discussão científica nos pressupostos legitimadores e limitadores da intervenção integral penal: os princípios históricos e contemporâneos; os fundamentos; a nova era; e as alternativas. Este estudo dialéctico implica a afirmação do Direito penitenciário, dotado de juridicidade e jurisdicionalidade, como fracção do sistema integral penal reintegrador e edificado sob a égide dos Direitos humanos.

4. Outra questão introdutória e de relevante prisma prende-se com a lógica dos princípios históricos da pena de prisão, cujo teor escarpelizamos com o cuidado devido à nossa jovem idade. Não é nosso intuito abordar a história da prisão ou percorrer cada passo do seu percurso.

Queremos tão só relembrar o ensinamento de CESARE BECCARIA quando escreveu que os homens “só após terem passado por mil erros nas coisas essenciais à **vida** e à **liberdade**, cansados dos males sofridos e no extremo das suas forças, dispõem-se a **reconhecer as verdades mais palpáveis**, as quais, pela sua própria simplicidade, **escapam às mentes vulgares**, não habituadas a analisar os objectos, mas a captar as suas im-

pressões como um todo, antes por tradição que por exame”¹². A prisão surge para substituir penas cruéis degradantes e desumanas expostas ao público e ao escárnio do povo. Surgiu para dignificar a pessoa do delinquente de modo a reinseri-lo na sociedade activa.

Esta ideia pode ser encontrada no trabalho do Coronel MANUEL MONTESINOS¹³ como governador do presídio de Valência, cargo para o qual foi nomeado em 1835. MONTESINOS, humanista e eficiente, optou por diminuir o “rigor dos castigos e preferiu orientar-se pelos princípios de um poder disciplinar racional”. Quando assumiu a direcção do presídio a taxa de reincidência era de 30 ou 35% e passou para 1% e, em alguns momentos, desapareceu. Este sucesso deveu-se à comunicabilidade desenvolvida com os reclusos que gerou relações de confiança e de estímulo e promoveu a auto consciência. Exerceu o seu mandato com o equilíbrio entre a autoridade e a atitude pedagógica.

A prisão – efectiva – coarcta o direito à liberdade, limita-o com a ideia benévola de «reintegrar o agente na sociedade»¹⁴. Perigoso é, indubitavelmente, transformar a prisão preventiva em prisão efectiva, contrariando de fundo e ferindo o *princípio da presunção de inocência*¹⁵, consagrado no n.º 1 do art. 11.º da DUDH, no art. 5.º, inciso LVII da CRFB¹⁶.

Os caminhos tenebrosos da prisão demonstram a necessidade de olhar-mos para o sistema penitenciário com «O Novo Olhar» de que nos fala ANABELA M. RODRIGUES de modo a que possamos voltar a estar “na vanguarda de projectos, sistemas e realizações”¹⁷ históricas.

12 Cfr. CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e Das Penas*, (Tradução de LUCIA GUIDICINI e de ALESSANDRO BERTI CONTESSA), S. Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, Ltda., 1991, p. 41. Negrito nosso.

13 Quanto à acção de Montesinos na transformação de um presídio em um centro de reabilitação e reinserção comunitária com autoridade e pedagogia, CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão. Causa e Alternativas*, 3.ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 89-90.

14 Cfr. in fine n.º 1 do art. 40.º do CP português.

15 Quanto a este assunto, MANUEL M. GUEDES VALENTE et Alii, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado versus o Agente Provocador – Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2001, pp. 119 e ss..

16 Cfr. n.º 2 do art. 32.º da CRP.

17 Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária...*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 7.

Olhar que deve partir e chegar sempre do e para o recluso como um ser humano dotado de direitos (fundamentais pessoais) e adstrito a deveres. Só nesta linha de raciocínio podemos ver alguma brecha no mundo dos mortais e deixarmos a arrogância, que, como afirma NIETZSCHE, é a característica dos ignorantes.

O preso, que preenche o nosso pensamento com a ideia de «drama judiciário», convertido em «drama ignorado ou escondido»¹⁸, não pode ser olhado como o resultado da solução de um problema – crime/segurança –, mas como o início de um percurso cheio de vulnerabilidades merecedor de tutela¹⁹. Se olharmos para o Direito penal como um instrumento político, metódico de garantia de segurança, esgotamos o nosso olhar na planície securitária, medicamento exacerbadamente aclamado como promotor de uma sociedade sem infecção criminógena. Os perigos da política securitária emergem com mais clareza e mais profundidade no designado processo penal dotado de permanente e desejada eficácia coadjuvada por uma «*rentabilidade* da justiça»²⁰. Este processo origina a prisão de inocentes e a negação da justiça.

A evolução vanguardista e/ou conservadora da pena de prisão depende do momento sócio-económico comunitário, que por sua vez influi na visão que cada um de nós tem sobre o outro – se objecto ou se sujeito, se coisa ou se pessoa – e na visão que o Estado tem de cada um dos seus cidadãos.

Se optamos por um modelo de preservação total e «a todo o custo» do Estado e das suas estruturas inabaláveis, teremos um sistema integral penal securitário ou belicista – normas jurídicas materiais e processuais penais e penitenciárias securitárias, belicistas e penas expiatórias da intervenção dolosa e/ou negligente da comunidade quanto ao seu filho pródigo, permitindo-lhe a reintegração e reeducação em uma cela.

18 Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, O Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária..., pp. 8 e 9.

19 Neste sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, O Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária..., p. 9.

20 Quanto aos perigos da visão securitária da sociedade, Anabela Miranda Rodrigues, O Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária..., pp. 9 e 15. A eficácia – como irmã gémea da celeridade – pode ser um instrumento de socialização e reintegração do infractor, desde que funcione como limite e obstáculo à estigmatização e à proscricção, performances típicas dos nossos dias.

Mas, se optarmos por um modelo de preservação e valorização do Homem como ser humano e membro activo e útil da comunidade²¹, quer na perspectiva de homem ético quer na de homem político²², não duvidamos de que promovemos um sistema integral penal humanista: olha para o homem como um ser frágil e, sequentemente, pecador, ao qual devemos dar as oportunidades que JESUS CRISTO anunciou ao afirmar: «Quem nunca pecou, que atire a primeira pedra!».

2. Fundamentos da prisão. O encontro com os direitos humanos

5. A fundamentação da existência da pena de prisão enraíza-se na história e nos princípios que, nos últimos dois séculos, têm dado corpo a uma pena cabalmente conhecida por dessocializadora. Acompanhando o ensinamento de GERMANO MARQUES DA SILVA de que *as leis mudam, mas os princípios permanecem*, consideramos que os defensores da pena de prisão se refugiam em argumentos históricos e olvidam os princípios regentes do Direito penal do ser humano. Não devemos fugir da história nem esquecer-la nem arrumá-la em uma gaveta na nossa secretária, pois é uma aliada no estudo e na mutação de pensamento ou de acção. Mas, a história não encerra em si a verdade absoluta e o único caminho de acção e de intervenção penal, em especial no campo da execução das penas.

O fundamento actual da pena de prisão nasce com o início da afirmação do Estado de direito formal em que o indivíduo, não sendo o centro nevrálgico da intervenção estatal, ganha dimensão dentro do espírito do estado de legalidade e no abandono do estado de natureza. Esta acepção ganha expressão positiva na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, na Declaração Universal dos Direitos dos Cidadãos

21 O Homem, mais do que nascer igual e livre, nasce como membro participante da comunidade onde vive e desenvolve o seu ser e dever ser. O ser individual só é possível dentro do ser colectivo. Neste sentido, LÉON DUGUIT, *Fundamentos do Direito*, (Tradução de MÁRCIO PUGLIESI), São Paulo: Martin Claret, 2009, pp. 29-31.

22 Quanto à doutrinação destas teorias, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Filosofia do Direito*. Coordenadas de uma Reflexão sobre o Sentido Actual do Direito, (lições policopiadas), Lisboa: Universidade Católica Portuguesa – Centro de Publicações, 2002/2003, pp. 34-46, e JOHN RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, (Tradução de CARLOS PINTO CORREIA), Lisboa: Editorial Presença, 1993.

de 1789 e na Constituição francesa de 1893, cuja magnitude limitativa do poder estatal (do déspota) se pode beber na *Magna Charta* de 1215.

A afirmação da individualidade dotada de direitos de personalidade como a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a humanidade – expressão do pensamento kantiano – reflecte a força de bloqueio a quaisquer ingerências do poder punitivo que não se espelhasse na máxima *nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta, praevia, praeclara* e na intervenção penal do *quantum* necessário e na mutabilidade das sanções penais com o fundamento de não negação da pessoa humana, mas da sua reabilitação. A pena de prisão nasce para substituir a barbárie e a crueldade inerente as penas corporais, cumpridas como acto público e de expiação do mal, e a pena capital. Não se pode olvidar que esta mutabilidade assenta em uma lógica de afirmação de Direitos Humanos inalienáveis e inegociáveis sob pena de detracção capital da comunidade humana.

O nosso pensar não apela à extinção das penas privativas da liberdade – prisão, prisão domiciliária ou medidas de segurança – que são necessárias e úteis para uma determinada criminalidade e para determinado tipo de delinquente. O que nos preocupa é a aspereza da sua aplicação sistemática e o pequeno recurso medidas alternativas de privação da liberdade inscritas nos códigos penais actuais: *v. g.*, prisão por dias livres; o regime da semidetenção; pena de multa; ou a prestação de trabalho a favor da comunidade. Podemos acrescentar a este leque a vigilância electrónica, cujo regime se deve estender à própria substancialidade do Código Penal e não se ficar na mera, mas importante, aplicação como medida substitutiva da medida de coacção «prisão preventiva».

A humanidade da intervenção do sistema integral do Direito penal é um princípio reitor em todo o processo de reintegração dos bens jurídicos e de reinserção plena do delinquente na sociedade. Esta assumpção impõe que o princípio da *ultima ratio* da intervenção penal seja primado na decisão de aplicação da medida privativa da liberdade e seja um lema na respectiva execução. Como escrevera BECCARIA, na linha de MONTESQUIEU, “Toda a pena que não deriva da absoluta necessidade – ... – é tirânica”. Nesta linha de pensamento, toda a execução de pena, que não derive da necessidade de reeducar e reinserir com responsabilidade o delinquente e de evitar que este e outros possam delinquir, é desnecessária e, por conseguinte, estigmatizante, desumana e cruel, porque

abandona o valor da liberdade que deixa de existir “*todas as vezes que as leis permitem que em alguns casos o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa*”²³.

A negação da personalidade jurídica do recluso não é o fundamento das medidas privativas da liberdade, em especial da pena de prisão, caso se opte por este caminho violamos o direito humano do reconhecimento em qualquer lugar e situação da personalidade jurídica do ser humano²⁴. A opção pela perda total de direitos do recluso ou parcial, excepto a restrição ao direito à liberdade de locomoção plena, não se enquadra na arquitectura de um Direito penal reintegrador, mas estigmatizante e dessocializador.

6. Revolvendo as memórias do jovem sistema integral penal, encontramos os princípios que, durante muitos anos, legitimaram o recurso à pena de prisão como meio coercivo por excelência da valência dos fins do direito punitivo de *ultima ratio*: a prevenção geral – positiva e negativa – e a prevenção especial.

Esses princípios nasceram e cimentaram a ideia de que a sua interpretação e aplicação cumulativa, tendo em conta o indivíduo infractor, fundamentavam, por um lado, a convicção da sociedade de que a privação da liberdade compensaria o mal infligido por aquele e, por outro, a ideia geral de que a privação da liberdade infligiria um mal no infractor que lhe proporcionaria a possibilidade de se curar da doença maligna e de limitar o regresso à actividade delituosa.

Nos dois últimos séculos, são apontados sete princípios regentes da condição ou da necessidade penitenciária²⁵: o princípio da correcção; o princípio da classificação; o princípio da modulação das penas; o princípio do trabalho como direito e dever do cidadão; o princípio educação penitenciária; e o princípio das instituições anexas ao sistema penitenciário.

23 Cfr. CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, (Tradução de JOSÉ DE FARIA COSTA), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp. 64 e 105.

24 Cfr. art. 6.º da DUDH.

25 Sobre os princípios ou «as sete máximas universais da boa “condição penitenciária”», MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, (Tradução de RAQUEL RAMALHETE), 22.ª Edição, Petrópolis: Editora Vozes, 2002, pp. 224 e 225.

O **princípio da correcção** consiste na ideia de que a pena de prisão deve funcionar como instrumento de transformação da conduta do infractor, como meio de recuperação. Nas palavras de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, a pena privativa da liberdade encerra, em si mesma, uma “finalidade «correctiva» ” conducente à “recuperação social do delinquente”²⁶.

O **princípio da classificação** preconiza que os presos devem ser estratificados de acordo com a gravidade do crime que cometeram, com a sua idade, a sua formação, a sua cultura, a sua profissão, as disposições diferenciadas e as técnicas de intervenção psicossociológica de socialização do delinquente. Hoje, em Portugal, há a preocupação de não colocar menores com adultos. Existe um regime para menores entre os 12 e os 16 anos de idade que pode ser estendido aos 21 anos – Lei Tutelar educativa –, um regime especial para menores de 16 a 21 anos de idade – Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de Setembro – e o regime geral do Código Penal, e um regime de execução de penas diferenciado: não se encarceram indivíduos de certas profissões com os demais presos. A ideia de fundo é de louvar e de manter, mas o perigo reside na perversidade de colocar um polícia condenado por homicídio qualificado com um outro polícia condenado por extorsão.

O **princípio da modulação das penas** consigna que a pena aplicada deve ser adequada e evoluir de acordo com a regeneração do preso: subordina-se aquela à prevenção especial positiva. A *liberdade condicional* e a *substituição da pena de prisão pela prisão domiciliária* são um reflexo deste princípio secular, pois não faz sentido manter em prisão um indivíduo ressocializado, pois a necessidade e a utilidade da privação da liberdade extingue-se.

O **princípio do trabalho como direito e dever de cidadão** é a afirmação plena do ser humano e a dualidade invencível dos nossos dias. O trabalho do recluso não pode funcionar como uma segunda pena, mas como suavização da pena de prisão e como método integrador na sociedade. O problema do trabalho na prisão por parte do recluso,

26 Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, O Novo Olhar Sobre a Questão..., p. 11.

como afirma ANABELA MIRANDA RODRIGUES²⁷, afasta-se da questiúncula constitucional de restrição de direitos fundamentais e enraíza-se na dialéctica “da racionalidade e da estratégia” face ao efeito perverso que a obrigação ou imposição de trabalhar possa ter sobre o recluso, de modo a que não se sinta como “um objecto de um novo sofrimento” e, conseqüentemente, venha a “rejeitar a ocupação laboral”. Continuando, o direito/dever de trabalhar do recluso deve, primeiramente, partir do próprio e só a não-aceitação *injustificada* de trabalhar deveria ser sancionada. O trabalho nas prisões difere da pena substitutiva da pena de prisão *trabalho a favor da comunidade*, apesar dos fins se encontrarem.

O **princípio da educação penitenciária**, como afirma M. FOUCAULT, exige a educação pública do recluso é “*uma precaução indispensável ao interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento*”²⁸. Consideramos que não há correcção nem reintegração sem (re)educação de modo que se possa alcançar uma ressocialização geral e profissional.

O **princípio do controle técnico da prisão** preconiza que as pessoas, que diariamente lidam com o preso, devem ser detentoras de capacidades técnicas, éticas e morais capazes de influenciarem positivamente a transformação da conduta do recluso²⁹. Hoje, temos os serviços prisionais dotados de pessoal técnico especializado no trabalho de reeducação e reinserção do infractor³⁰. Não podemos entregar o controlo técnico dos reclusos a indivíduos como os descritos no filme *Slippeers*: agressores físicos e sexuais dos menores internados no estabelecimento de correcção e exemplo prático da degradação do ser humano integrante do sistema educativo coercivo.

O **princípio das instituições anexas ao sistema penitenciário** propõe que a assistência ressocializadora do recluso deve ser ampla: de-

27 Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, O Novo Olhar Sobre a Questão..., pp. 94 a 101.

28 Cfr. MICHEL FOUCAULT, Vigiar e Punir, p. 224.

29 Neste sentido se deve promover a formação adequada do Corpo da Guarda Prisional e dos técnicos que lidam diariamente com os reclusos. Neste sentido e na defesa de um Corpo da Guarda Prisional profissional e detentor de conhecimentos científicos próprios para a intervenção no espaço do sistema prisional, MANUEL M. GUEDES VALENTE, Natureza Jurídica do Corpo da Guarda Prisional, Lisboa: EDIUAL, 2008.

30 É neste sentido que devemos interpretar a Lei de Política Criminal do biénio 2009/2011, aprovada pela Lei n.º 39/2009, de 19 de Agosto.

ve-se verificar ao longo do tempo em que se mantém na prisão, no momento da sua saída e ao longo do seu percurso de ressocialização ou reclassificação. As instituições de reinserção social, formais e não formais, são, por excelência, as instituições adequadas ao desenvolvimento deste princípio. É aterrador, mas é verídico: «após ter cumprido a sua pena de prisão por crime de homicídio, ANTÓNIO é colocado em liberdade com apenas a sua roupa, com o dinheiro para ir da prisão para sua aldeia – onde não residia ninguém da sua família – e, apesar de várias insistências para o deixarem ficar na prisão, a resposta foi não»³¹. Como se pode falar em reintegração do ANTÓNIO? Será a lei que deve ser alterada? Não! O problema não está no ordenamento jurídico, mas nas pessoas membros integrantes das instituições que têm o dever de zelar para que a reintegração se processe sem a negação do ser em comunidade.

Estes princípios, ao longo dos dois últimos séculos, legitimaram a voz dos defensores da pena de prisão como a mais adequada à segurança da comunidade e à liberdade dos cidadãos. A prisão foi aceite e defendida como *benévola metamorfose do criminoso*.

Mas, ANTÓNIO sofreu duas condenações: a primeira, aplicada por um tribunal colectivo por ter cometido um crime de homicídio; a segunda, aplicada pela instância penitenciária por ter vivido e ter construído como sua casa física e moral a prisão. Não basta que se respeitem os direitos humanos ao longo da execução da pena de prisão ou da medida de segurança, impõe-se jus internacional e jus constitucionalmente que a o tempo de execução da pena ou da medida de segurança seja de reeducação para o direito e para a cidadania, o que exige do sistema penitenciário – subordinado a um direito penitenciário garantista e humanista – um trabalho de construção de raízes sólidas no seio da comunidade para onde regressará o ser humano, sob pena do sistema penitenciário ser promotor público da negação do princípio da igualdade: valor e direito humano³².

31 O nome é fictício e o relato frio e cru é de uma técnica dos serviços prisionais portugueses, cujo nome não pode ser revelado.

32 Cfr. art. 7.º da DUDH.

7. Com os olhos na história recente, reconduzimos o olhar para a problemática das penas privativas da liberdade – *v. g.*, prisão – duas vertentes do valor supremo da justiça: a liberdade. A primeira, como direito fundamental em concreto de cada cidadão, cujas garantias de defesa desse direito atravessam o nosso ordenamentos jurídico desde a Constituição até à mais drástica tutela jurídica: a penal. A segunda, como princípio inerente ao homem ético/político, cujas garantias efetivas emergem da Constituição e se materializam em todo o sistema integral penal: material, processual e penitenciário³³. A liberdade como Direito fundamental pessoal de proclamação universal³⁴ e “princípio de justiça do mais alto valor político”³⁵.

Da dialéctica liberdade e prisão – liberdade como bem supremo, de cujo antípoda emerge a sua privação máxima³⁶ – sobressai a dúvida da própria privação da liberdade em geral e da privação da liberdade por longos anos em particular. Dúvida que se entranha por discorrermos se haverá alternativa à pena de prisão que a substitua integralmente, principalmente relativo à criminalidade grave³⁷: *v. g.*, homicídio, tráfico de seres humanos, abuso sexual de menores, terrorismo, tráfico de droga e de armas, crimes fiscais, (...). A liberdade dos agentes deste tipo de crime seria propícia à sua prática. Raciocínio lógico e matemático, completado com a ideia de que a retribuição do mal se executa com maior fervor quando o agente de um determinado crime é condenado a grandes penas de prisão, aparecendo o juiz como o salvador dos «pobres e oprimidos». A nossa preocupação estende-se e alonga-se ao pensarmos que o cidadão e, até mesmo, as instâncias formais de controlo olham para a pena de prisão como uma *vindicta*.

33 Na vertente de liberdade como princípio, MANUEL M. GUEDES VALENTE, *Processo Penal – Tomo I*, 3.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 257-276.

34 Cfr. art. 1.º da DUDH, art. 1.º do PIDCP, artigos 4.º e 5.º da CEDH.

35 Cfr. HANS KELSEN, *A Justiça e o Direito Natural*, (Tradução de JOÃO BAPTISTA LOPES), Coimbra: Almedina, 2001, p.81.

36 Quanto a este assunto, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português*, São Paulo/Lisboa: Verbo, Vol. III, 1999, p. 67.

37 Quanto a este assunto, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Editorial Notícias, 1993, p. 112.

Os justiceiros levaram a MADALENA perante JESUS CRISTO que lhes lançou o desafio: “Quem nunca pecou que atire a primeira pedra!”. Desta passagem bíblica devemos retirar três ensinamentos: por um lado, a justiça não pertence aos justiceiros; por outro, a aplicação das penas emerge da autoridade – jurídica, ética e moral – do legislador, do intérprete e aplicador da lei; e, por último, a execução da pena não deve ser desumana e cruel.

A autoridade de acção do sistema penitenciário exige uma intervenção sob a égide dos Direitos Humanos e, desde logo, sob a garantia da sua efectividade: a submissão da intervenção penitenciária ao **princípio da jurisdicionalização**. As decisões, que incidem sobre os reclusos e que restrinjam os direitos e as liberdades não coarctados pela aplicação da prisão efectiva, devem estar sob o crivo da jurisdição quer sob a autorização prévia quer sob a apreciação e validação posterior. A serenidade da decisão exigida à jurisdição, mesmo em espaço do sistema prisional, é uma condição *sine qua non* da afirmação do direito penitenciário.

O juízo da aplicação da pena de prisão ou da medida de coacção ou da medida de segurança privativas da liberdade impõe, por um lado, a obrigação da fundamentação de facto e de direito e o exame crítico das provas que convenceram o juiz a decidir pela condenação e, por outro, a afirmação da garantia de defesa do direito concreto à liberdade e garantia do princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, da justiça, da solidariedade e da liberdade. A justiça, como “*uma simples maneira de conceber os homens*”³⁸, exige o afastamento das penas dotadas de atrocidade pela sua inutilidade e por reduzir aquele à condição de escravo, *i. e.*, à condição de *não pessoa*, a *coisa*. A execução da pena de prisão não pode ser contrária ao ideário de justiça e da dignidade da pessoa humana.

3. O princípio da necessidade e da utilidade: uma nova Prisão

8. Aos princípios enumerados, realçamos dois princípios essenciais e fulcrais na aplicação e na execução das medidas privativas da liberdade: por um lado, o princípio da **necessidade** de se aplicar a pena de

38 Cfr. CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e Das Penas*, S. Paulo: Livraria Martins Fontes, 1991, p. 46.

prisão ou a medida de coacção ou a medida de segurança privativas da liberdade; e por outro, o efeito positivo ou negativo – **utilidade** – a longo prazo da pena de prisão ou da medida de coacção ou medida de segurança privativas da liberdade.

Perguntamo-nos muitas vezes se um indivíduo, que cometeu uma conduta negativa típica, antijurídica, culpável e punível criminalmente considerada leve deve cumprir pena de prisão ou se deve se optar por uma pena alternativa não privativa da liberdade: *v. g.*, trabalho a favor da comunidade ou frequência obrigatória escolar³⁹. Não duvidamos que devemos ter em conta os ditames legais que estipulam uma e outra punibilidade, mas perguntamo-vos se não era altura de ampliarmos o campo de aplicação desta pena ou se já não é tempo de determinadas penas alternativas ou substitutivas passarem a pena principal.

Alocamos a este nosso discurso três vértices de reflexão: **a necessidade** de que o povo tem em defender o recurso à pena ou medida de coacção ou medida de segurança privativa da liberdade por parte do aplicador; **o labor do legislador** que expressa em lei as penas principais, as substitutivas e as acessórias; e **a execução** das penas se rege sob o paradigma de um Direito penitenciário regenerador e ressocializador. Em nenhum quadrante de intervenção do sistema integral penal pode o visado ser tratado como coisa e como escória da sociedade: mesmo tratando-se do maior psicopata da história da humanidade. Se a lei admitir esse tratamento e se a necessidade obrigar o legislador a optar por essa solução e se os operadores penitenciários cumprirem essa lei, face à CRFB, toda a actuação legiferante, hermenêutica e de execução não só está ferida de inconstitucionalidade material, como viola o primado da dignidade humana como «fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo». É o regresso ao passado.

Toda a intervenção estatal do sistema integral penal está presa ao princípio da necessidade e da indispensabilidade sob pena de ser tirâni-

³⁹ Quanto à frequência obrigatória escolar como pena a prever e aplicar no futuro Direito penal, MANUEL M. GUEDES VALENTE, “La Política Criminal y la Criminología en Nuestros Días. Una Visión desde Portugal”, in Derecho Penal y Criminología Como Fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez, (Dir. Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos e Eugenio Raúl Zaffaroni), Madrid: Dykinson, 1309-1318.

ca. Os operadores penitenciários devem reger a sua conduta sob o prisma de que o labor do dia-a-dia é o contributo para salvar a humanidade. Este salvamento só é possível se não actuarem sob a égide de um Direito que assenta na cura pela tortura e pela não subordinação à jurisdicionalização a restrição de quaisquer direitos dos reclusos.

9. Na afirmação do Direito penitenciário se impõe a visão e concretização do princípio da **utilidade** da pena privativa da liberdade. Importa apurar se o efeito foi ou não positivo e se a comunidade em geral e o infractor em especial admite a pena como útil aos fins da prevenção ou se a pena é mais um instrumento de dessocialização. Nesta linha, chamamos à colação a ideia beccariana de que as penas inúteis são atroztes e contrárias “à justiça e à natureza do próprio contrato social” com o qual os homens cederam “parte da própria liberdade”⁴⁰.

Os **juízos de utilidade** da pena devem ser uma realidade quer no plano legiferante quer no plano da *interpretação e da aplicação* da lei. Esta arquitectura impõe-se no plano do Direito penitenciário, cuja restrição de direitos do recluso implica que esteja justificada e limitada por juízos de utilidade. Interrogamo-nos muitas vezes porque é que, depois dos vários estudos desenvolvidos ao longo dos vários decénios que nos levam a concluir que **a prisão não socializa, mas dessocializa**, se continue a defender a ideia *presumivelmente inútil* de que a prisão serve os fins da prevenção geral e especial. A cada dia que passa, nos convencemos de que a prisão tem servido os fins da *vindicta* colectiva e individual personificada na decisão do tribunal.

Cabe-nos aqui abrir espaço de reflexão para que se concretize o ensinamento de ANABELA MIRANDA RODRIGUES: “*a sanção mais útil é a sanção aceite pelo condenado*”, que a par do estímulo pela sua participação, promove-se “*o seu sentido de responsabilidade*”. O estímulo e a responsabilidade passam pelos juízos de utilidade – efeitos positivos ou negativos – do intérprete e aplicador da norma punitiva.

A aceitação da sanção e o reconhecimento da responsabilidade da sanção é um dos arquétipos construtivos de um Direito penitenciário

40 Cfr. CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e Das Penas*, S. Paulo: Livraria Martins Fontes, 1991, pp. 45 e 47.

inserido no sistema integral penal subordinado à lógica de defesa e garantia dos direitos humanos dos reclusos e dos familiares que os visitam nos estabelecimentos penitenciários. A quebra da regra de aferição da utilidade da pena privativa da liberdade agrava-se com a edificação de um sistema jurídico penitenciário belicista e do inimigo e delator dos mais básicos direitos património da humanidade. Os direitos humanos, como afirma RAÚL ZAFFARONI⁴¹, não são uma «*mera “ideologia instrumental”, mas um certo grau de consciência mais ou menos universal que constitui uma ideologia programática para toda a humanidade*», que deve estar inculcada no Direito penitenciário.

4. A queda da utopia

10. A prisão que surge, utopicamente, como medida mais humana de intervenção do *ius puniendi* com o intuito de correcção e socialização do infractor e de substituição de penas cruéis e desumanas. Este ideário foi votado ao fracasso. A benevolência em que tanto se inspiraram os iluministas aparece metamorfoseada. Cumpriu-se o vaticínio de BECCARIA: que “às vezes os homens, com a melhor das intenções, causam o maior mal à sociedade”⁴².

A prisão apresentou-se inicialmente como inovação de um direito penal em nascença e em crescimento lento e consistente. Denuncia-se, hoje, como o “grande fracasso da justiça penal”⁴³. Encontramos residuais vantagens, e sufragando a posição de FIGUEIREDO DIAS⁴⁴, apontamos apenas três lógicas e aceites universalmente:

- a convicção da comunidade de que “a privação da liberdade é o único meio adequado de estabilização contrafáctica das suas expectativas, abaladas pelo crime, na vigência da norma violada”;

41 Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Em Busca das Penas Perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal, (Tradução de VANIA ROMADO PEDROSA e AMIR LOPEZ DA CONCEIÇÃO), Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 148.

42 Cfr. CESARE BECCARIA, Dos Delitos e Das Penas, S. Paulo: Livraria Martins Fontes, 1991, p. 56.

43 Cfr. MICHEL FOUCAULT, Vigiar e Punir, p. 221.

44 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português – As Consequências..., pp. 112 e 113.

- a privação da liberdade como mal, compensa o mal infligido pela conduta delituosa;
- e, ainda, a convicção de que a prisão serve a socialização do agente do crime.

Mas, as desvantagens são inúmeras e perversas face ao que se propõe alcançar e ao resultado final, onde se insere a manifestação do Direito penitenciário. Acompanhamos as desvantagens/inconvenientes apontadas por FIGUEIREDO DIAS⁴⁵:

- O peso da privação da liberdade depende da personalidade de quem é aplicada;
- As finalidades de socialização da execução da pena – prevenção especial – forçosamente sofrerá contrariades de dessocialização emergente do corte com a família, com os colegas de trabalho, com a afectação da reputação e do bom nome – honra –, com a subcultura do meio prisional, com o ambiente fortemente marcado pela névoa do crime.
- Os custos financeiros da pena de prisão.

Nesta linha apontamos como elementos de reflexão académico-científico-política as desvantagens enumeradas por MICHEL FOUCAULT⁴⁶:

- a ideia de que a prisão, como meio de prevenção geral e especial, permite diminuir a criminalidade malogrou: Os estudos científicos dos últimos anos demonstram que a criminalidade aumenta, transforma-se, multiplica-se e, ainda mais preocupante, aumenta o número de reincidências: o mundo da violência não germinou o mundo da não-violência;
- a prisão, designada por muitos e conhecida por todos como uma *escola do crime*⁴⁷, não devolve os infractores «corrigidos», mas, como afirma MICHEL FOUCAULT, “espalha na população delinquentes perigosos”, cujos artifícios e aperfeiçoamentos de *modus operandi* se desenvolveram e se cimentaram;

45 Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – As Consequências...*, p.113.

46 Cfr. MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, pp. 221 e ss..

47 Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE e JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Criminologia – O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

- O modo de vida dos presos – isolamento nas celas, o trabalho inútil – propícia ao aprimoramento do delinquente, cujo sentimento de medo, de incapacidade e, até mesmo de corrupção, dos guardas prisionais fomenta à sua proliferação;
- O meio prisional pode conduzir a que exista uma delinquência organizada hierarquicamente quer no interior quer no exterior da prisão, onde criam laço de amizade e de obediência;
- A saída da prisão e a forma como se encontram no seu habitat – sem trabalho, muitas vezes sem tecto, sem laços familiares e sem amigos ou desprezado e odiado por todos – cria a ocasião para a reincidência do ladrão;
- Várias vezes o preso é o único instrumento de subsistência da família e, após a prisão daquele, esta cai na miséria e na rua, propiciando que os seus filhos, quantas vezes crianças de idades inferiores a 10 anos, se dediquem à mendicância ou sejam introduzidos em redes de criminalidade de massa sob controlo de uma associação criminosa ou de uma estrutura criminal.

O fracasso da prisão não pode ser centrado na legislação ou nos regulamentos ou nos guardas prisionais ou no serviço de apoio de reinserção social. O fracasso é de toda a comunidade que apregoa a segunda oportunidade e que, ao primeiro bater da porta, não a abrem, antes a fecham à chave. Todos nós membros activos da comunidade democrática. Esta acepção deve orientar um Direito penal prévio humanizante reintegrador e um Direito penitenciário ressocializador.

A utopia da benevolência da correcção ou da possível reinserção promovida pela pena privativa da liberdade transformou-se em instrumento de poder e de abuso de poder, fomentando o medo e o terror sobre aqueles que discordam e defendem novas e diferentes ideias, caminhou e implementou-se democraticamente como peça essencial e crucial da defesa da sociedade, como meio de prevenção geral positiva e negativa, e, ainda, como maestro de reinserção e correcção do infractor. A «ilha de ninguém» sofre de metamorfose aguda e irreversível e negadora de um Direito penitenciário edificado sob os valores enformadores do Estado de direito democrático constitucional.

5. Alguns apontamentos finais

10. A filosofia dos ordenamentos jurídicos da actualidade deve consignar como princípio vertical e horizontal a *ultima ratio* das penas privativas da liberdade e a restrição de direitos do recluso deve não só obedecer à precedência de lei e sob a reserva de lei. Valor essencial e profundo da política criminal dos novos dias que deve ser complementada pela “previsão de penas de substituição generosa” de modo que a pena se reconforme “em sentido positivo, prospectivo e socializador”⁴⁸.

Desta feita, a nova política criminal deve reconhecer ao preso a necessidade de prestar o seu “*consentimento esclarecido*”, a importância de o colocar em condições de optar pela adesão à intervenção (motivação) e a elucidação das vantagens da utilização da noção de «contrato» quando se quiser obter a sua *participação* num programa de tratamento”. A teoria do consensualismo gera a **co-responsabilização na reinserção e na reeducação** parte da central ideia de que devemos colocar no meridiano da decisão o homem enquanto homem para que se traça o verdadeiro paralelo.

A par **teoria da consensualismo**, não olvidando a problemática da constitucionalidade de algumas alterações, gostaria de inventariar quatro propostas para uma nova política criminal de reeducação e reinserção do delinquent e para um futuro direito penitenciário:

- Que os agentes dos crimes menos graves passem todos pelo instituto da **suspensão provisória do processo**, materializando-se o famigerado *princípio da oportunidade* e, quando condenados, sejam integrados nos processos de reinserção comunitária, conforme impõem as leis de Política Criminal.
- Que se **amplie o regime do trabalho a favor da comunidade** e se imponha ao decisor a obrigação de fundamentação da sua não aplicação quando, face à moldura penal, seria possível substituir a pena de prisão por uma pena alternativa e, quando condenado, seja integrado em programas de ressocialização e reeducação para o direito e o viver em comunidade.

48 Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, O Novo Olhar Sobre a Questão..., p. 146.

- Prever-se a aplicação de **penas de pequena duração**, pondo em prática o princípio da celeridade processual, adequando-se a necessidade de execução à utilidade da execução. Reflectia-se a afirmação dos direitos humanos sob o chapéu do princípio da proporcionalidade material e processual penal e penitenciária.
- A aplicação da **vigilância electrónica** como pena de substitutiva da pena de prisão. **Proclamar os direitos humanos é fácil, mas vivenciá-los é muito difícil**, e este novo paradigma de execução de penas seria uma forma de inscrever os direitos humanos como «um programa de longo alcance de transformação da humanidade»⁴⁹.

Mudar não é fácil. O lavar as mãos, como PILATOS, gera actos de cobardia e de afastamento da comunidade prisional multifacetada e multicultural da égide de um Direito penitenciário integrado em um sistema integral penal reintegrador. Só o Direito que trata o recluso/preso com dignidade penal e respeita os direitos fundamentais pessoais vingará na construção de um mundo melhor e permitirá que **seja mais fácil reeducar e reinserir**.

Muito Obrigado!

49 Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Em Busca das Penas Perdidas..., p. 149.

Constitucionalização do direito, judicialização e ativismo judicial

Maria Carolina Carvalho¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de hermenêutica jurídica e interpretação. 3. Judicialização. 4. Postura ativista do judiciário. 5. Problemas surgidos com o ativismo judicial. 6. Conclusão. 7. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação. Hermenêutica. Ativismo judicial.

1. Introdução

Atualmente, no Brasil, a constituição conquistou de fato força normativa e efetividade. As normas constitucionais passaram a ser evocadas frequentemente em todos os ramos do direito, bem como passaram a ter aplicabilidade direta e imediata pelo Judiciário. A Constituição Federal nunca foi tão utilizada como nos dias atuais.

Nesse contexto, os direitos constitucionais em geral e os direitos sociais em particular converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.

O Judiciário se postou no papel de provedor das promessas constitucionais de direitos sociais, se imiscuindo nas funções políticas do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Sob o argumento de garantir a efetividade das normas constitucionais, o Poder Judiciário passou a conferir direitos sociais diretamente aos demandantes.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo, lotada na Procuradoria Judicial – PJ2, graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.

Nesse ponto, é importante analisar os motivos que levaram ao “alargamento” das funções do Judiciário com o passar do tempo. A redefinição do princípio da separação de poderes, a fim de se apurar se o mesmo serve de justificativa para a vedação do juízo de constitucionalidade de políticas públicas, ou se, inversamente, tal princípio sustenta as decisões judiciais sobre programas de ação governamental.

Necessário se faz passar por uma breve análise das transições do Estado, do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. Os contornos da moderna doutrina da separação de poderes foram delineados por Montesquieu, que concluiu *“tratar-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites(...). Para que não se possa abusar do poder, é preciso que pela disposição das coisas, o poder limite o poder.”*²

Montesquieu notou que em cada Estado existem três funções principais, que devem ser separadas em diferentes centros de poder: a de fazer as leis por um tempo ou para sempre; a de aplicar as leis criadas, de fazer a guerra e celebrar a paz; e a de castigar os crimes ou julgar os litígios envolvendo particulares.

Durante o período do Estado Liberal vigorou o império da lei em substituição ao império do monarca. Sustentou-se a supremacia do Poder Legislativo frente aos demais poderes públicos.

A ideia de supremacia do Poder Legislativo não se sustentou mais com o advento do Estado Social, no qual houve o agigantamento do Executivo e a necessidade de respostas legislativas rápidas às promessas do Estado voltado para o “welfare state” (bem-estar), o que gerou uma comunhão da função legislativa entre a Administração Pública e o Poder Legislativo.

De igual forma, a teoria da tripartição de Poderes de Montesquieu, a qual entendia a função jurisdicional como secundária, sendo o Judiciário um poder invisível e nulo (o juiz era visto como a “boca da lei”), não mais encontra guarida.

2 MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, Livro XI, Cap. IV, p. 173.

Desde a constituição dos Estados Unidos, o Poder Judiciário, incumbido do controle da constitucionalidade das leis, tem tido lugar de destaque na limitação e controle do Poder Público.

Já no Estado Democrático de Direito, tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, este supera o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social.

Ao Judiciário cabe a guarda da Constituição Federal, bem como a defesa das instituições democráticas, tendo como função primordial o controle de atos executivos e legislativos contrários à constituição.

Este controle constitucional não deve refletir a superioridade do Judiciário sobre o Legislativo ou Executivo, mas a supremacia da constituição, sobre as leis e os atos administrativos.

Na verdade, o que se tem hoje são funções públicas desempenhadas por diferentes órgãos, todos voltados ao implemento e à efetivação da constituição. A supremacia da constituição é o traço forte do Estado Constitucional, onde soberana é a constituição; o Estado (os três Poderes) é apenas um instrumento de efetivação dos ditames constitucionais.

2. Conceito de hermenêutica jurídica e interpretação

A nova hermenêutica constitucional, fenômeno invocado a justificar as ações do Supremo Tribunal Federal aos moldes de legislador positivo, vem recebendo diversos conceitos.

A superação do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram portas para uma gama de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação.

No pós-positivismo encontra-se a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, sob a égide do fundamento da dignidade da pessoa humana.

O Estado Constitucional de Direito se desenvolve a partir da Segunda Guerra Mundial, tendo como característica principal a subordinação da legalidade a uma constituição rígida. A validade das leis não depende

apenas da forma de sua elaboração, mas, sim, da compatibilidade de seu conteúdo com a constituição.

A constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas também determina os deveres de atuação. O direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos poderes públicos, bem como a Jurisprudência passa a exercer diferentes papéis, como a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos à luz das normas constitucionais.

Nesse contexto, delinear-se as múltiplas categorias do novo direito constitucional e da constitucionalização do direito, ou seja, da aplicação da Constituição Federal em todos os ramos do direito.

Antes da constitucionalização do direito, as questões judiciais eram resolvidas basicamente com a utilização do Código Civil, Penal, e demais leis ordinárias. A Constituição Federal não era tão alegada – tanto pelos demandantes quanto pelo Judiciário.

A reconstitucionalização da Europa, após a Segunda Guerra Mundial, redefiniu o lugar da constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. As novas ideias e a democracia produziram uma nova forma de organização política, que pode ser chamada de Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito.

No Brasil, o renascimento do direito constitucional ocorreu por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988, independentemente de suas vicissitudes e de suas emendas, foi capaz de promover a transição do Estado Brasileiro de um regime ditatorial e autoritário para um Estado Democrático de Direito. Após o período da ditadura militar, os constituintes buscaram garantir os direitos individuais e coletivos, detalhando-os minuciosamente.

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo, ou, ainda, a pós-modernidade. O pós-positivismo, embora não ignore o direito posto, vai além da legalidade estrita, buscando uma leitura moral do direito.

Ocorre que a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Com relação à aplicação do direito constitucional ocorreram três grandes modificações: a) reconhecimento da força normativa da Constituição; b) expansão da jurisdição constitucional; e c) desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional.

Quanto ao reconhecimento da força normativa da constituição, esta passou a desfrutar, além da supremacia formal, de uma supremacia material, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.

Desta forma, a constituição ingressou na paisagem jurídica brasileira exibindo força normativa nunca vista anteriormente.

Com relação à expansão da jurisdição constitucional, a denominada ação genérica ou ação direta, destinada ao controle por via principal (abstrato e concentrado), foi introduzida pela Emenda Constitucional nº16, de 1965.

No entanto, a jurisdição constitucional expandiu-se de fato a partir da Constituição de 1988, com a ampliação do direito de propositura e a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas.

Conforme os dados apresentados pelo Professor Luis Roberto Barroso em sua aula Magna sobre “constitucionalização do direito”, de 1988 até abril de 2005 já haviam sido ajuizadas 3.469 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn), 9 ações declaratórias de constitucionalidade e 69 arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Na tentativa de conter o número crescente de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal, a Emenda Cons-

titucional n° 45, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da *repercussão geral* da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso.

No que tange à terceira modificação no direito constitucional, ou seja, a nova forma de interpretação constitucional, esta é uma decorrência natural da força normativa da constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos.

Aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do direito, quais sejam: o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Ocorre que as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência a sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais, quais sejam: o da supremacia da constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

Os aplicadores do direito, percebendo que os critérios tradicionais de interpretação não solucionavam o problema de realização da vontade constitucional, passaram a utilizar novos conceitos e categorias de interpretação

Na interpretação tradicional a solução dos conflitos estava no sistema jurídico, cabendo ao intérprete exercer a função técnica do conhecimento, aplicando a norma ao caso concreto, mediante a subsunção.

No modelo atual de interpretação, tendo em vista que a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, a função do intérprete não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são como as regras – comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas, sim, normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios.

Saliente-se que a ocorrência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de aplicação do método da ponderação. A subsunção da norma ao caso concreto não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas.

Desta forma, a utilização da ponderação de normas ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas, colocando em uma balança os direitos contrapostos, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, procederá à escolha do direito que irá prevalecer em concreto, por representar mais adequadamente a vontade constitucional.

A ideia de constitucionalização do direito está relacionada com a expansão das normas constitucionais para todos os ramos do direito. Os valores, os fins públicos e os comportamentos mencionados nos princípios e regras da constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Portanto, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, bem como de suas relações com os particulares.

– O Poder Legislativo tem limitada, sua discricionariedade, na elaboração das leis, bem como deve atuar no sentido de realizar os direitos e programas elencados na constituição.

– O Poder Executivo também tem limitada sua atuação, na medida em que a constituição lhe impõe deveres e metas constitucionais a serem cumpridas.

– O Poder Judiciário deve ter como parâmetro o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como condiciona a interpretação de todas as normas do sistema à constituição.

Quanto aos particulares, a constitucionalização do direito estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liber-

dade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

Como assevera o Professor Luis Roberto Barroso a respeito de um novo modo de olhar e interpretar a constituição:

“Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.”³

A Constitucionalização do Direito é chamada por alguns doutrinadores de “*filtragem constitucional*”, que consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

A teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria “autossuficiente” da constituição, ou seja, todos os problemas podem ser solucionados na própria constituição. Acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais.

³ BARROSO, Luis Roberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, publicado na Revista THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v. 4, nº 2, jul/dez. 2006, p. 38.

No entanto, a consequência da aplicação da teoria da Constituição Dirigente é que o Estado e a política são ignorados. Ocorre que justamente por meio da política e do Estado é que a constituição será concretizada.

Na constitucionalização do direito ocorre o esvaziamento do papel do partido político, que é preenchido por outro órgão que assumirá a função de protagonista do debate e da prática constitucional: o tribunal. Os juízes e não mais a política partidária se investiram na função de concretizar a constituição.

A jurisdição constitucional foi alçada a garantidora da correta aplicação da normatividade, refugiando-se a doutrina na interpretação do tribunal constitucional.

Nesse sentido preleciona Gilberto Bercovici, no livro “A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada)”:

“A supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o “cume da soberania”, da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Desta forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano.”⁴

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal é o órgão que profere a última palavra das questões que lhe são suscitadas em caráter geral e vinculante. As decisões emanadas pelo tribunal constitucional, muitas vezes, criam comandos normativos que não podem mais ser questionados.

O risco da distância da constituição em relação ao Estado e à política, com a predominância dos tribunais constitucionais, é acarretar o abandono pela política democrática e partidária da própria constituição.

4 BERCOVICI, Gilberto, A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada). In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. (Org.). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v., p. 167-175.

3. Judicialização

Atualmente várias questões de repercussão política e social são levadas aos órgãos do Poder Judiciário para serem decididas. Essa situação representa o fenômeno chamado de judicialização.

Este fato envolve uma transferência de poder do administrador e dos membros do legislativo para juízes e tribunais, com alterações significativas na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Alguns fatores podem ser apontados como responsáveis pelo fenômeno da judicialização. O principal fator foi a redemocratização do País, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988.

Após o fim da ditadura militar, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.

A redemocratização também reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a procurar a proteção de seus interesses no Judiciário.

Nesse mesmo contexto a Constituição Federal de 1988 expandiu a competência da instituição do Ministério Público na proteção de interesses coletivos.

Resumindo: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

O segundo fato da judicialização foi a “constitucionalização abrangente”, que trouxe para a constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político e para a legislação ordinária. Isto foi, na verdade, uma tendência mundial, iniciada com a Constituição de Portugal e da Espanha.

A constituição brasileira é abrangente e analítica, com uma gama de diferentes matérias. Assim, na medida em que uma questão (seja de meio ambiente, educação, saúde) é disciplinada em norma constitucional, ela

se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

O terceiro fator da judicialização é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Nosso controle de constitucionalidade é tido como híbrido, pois combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano (incidental e difuso) e o europeu (concentrado – por meio de ação direta). Além do fato de a Carta Magna ter estabelecido um extenso rol de legitimados a propor essas ações, inúmeros órgãos e entidades públicas e privadas.

Frise-se que somente no ano de 2008 foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas (ADI – ADC e ADPF) questões como: pesquisas com células-tronco embrionárias; suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição; quebra de sigilo judicial por CPI; demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol; uso de algemas durante o julgamento, dentre tantas outras.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal analisou várias questões de temas diferentes, como políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos da reforma previdenciária; relação entre Poderes, como limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito; direitos fundamentais; possibilidade de progressão de regime para condenados pela prática de crimes hediondos.

A judicialização na realidade brasileira é um fato que decorre do modelo constitucional que foi adotado e não um exercício deliberado de vontade política. Caso uma norma constitucional permita que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao Judiciário cabe dela conhecer, decidindo a matéria.

Já o ativismo judicial, diferentemente da judicialização, é uma atitude, ou melhor, uma escolha de um modo específico e proativo de se interpretar a constituição. Em geral, o ativismo ocorre em situações de retração do Poder legislativo, de um descompasso entre a sociedade civil e a classe política, impedindo que as questões sociais sejam resolvidas de maneira efetiva.

4. Postura ativista do judiciário

O conceito de ativismo judicial está ligado à ideia de interferência do Poder Judiciário no campo de atuação dos demais Poderes. A postura ativista do Poder Judiciário se manifesta pela aplicação direta da constituição a situações não contempladas de forma expressa em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de evidente violação da constituição; bem como pela imposição de condutas ou de abstenções do Poder Executivo, principalmente em matéria de políticas públicas.

A origem do ativismo judicial se encontra na jurisprudência norte-americana. Primeiramente o ativismo teve natureza conservadora na atuação proativa da Suprema Corte Americana como amparo à segregação racial.

O Brasil, no momento atual, é um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção dos direitos sociais. Nota-se que até o fim dos anos 1990, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência de prestações positivas do Estado, em Juízo.

As intervenções judiciais nesta esfera eram raras, prevalecendo o conceito mais conservador do princípio da separação de poderes, no que tange à competência do Executivo na execução de políticas públicas.

Desta forma, prevalecia a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes, evitando aplicar diretamente a constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; bem como utiliza critérios mais rígidos para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e abstém-se de interferir na definição de políticas públicas.

Recentemente, essa atitude do Judiciário se inverteu, tornaram-se frequentes decisões do Judiciário determinando a entrega de prestações materiais constitucionalmente previstas.

A opinião leiga do público refletida na imprensa acolhe as decisões do Judiciário, consideradas como ativismo judicial por muitos doutrinadores e juristas, pois a população espera alcançar seu direito, sem se importar qual o Poder que o declara e o efetiva.

Em artigo sobre o tema, Oscar Vilhena Vieira destaca que o fenômeno não é tão novo e tem lugar a partir da fragilização do sistema representativo:

“A hiperconstitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do Judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinçamento do sistema representativo.

(...)a expansão da autoridade judicial começou a ser detectada, já no início do século passado, pelos realistas nos Estados Unidos, a partir de uma série de decisões liberais da Suprema Corte, no que se convencionou chamar de era Lochner. Nesse período, a Corte passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador, por intermédio da doutrina do devido processo legal substantivo. Por essa doutrina, a Corte não apenas se limita a verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, mas também a sua razoabilidade face aos princípios da constituição. No caso Lochner, a Corte invalida legislação de cunho social, produzida pelo Estado de Nova York, em face de princípios implícitos pretensamente na Constituição (VIEIRA, 2008, p.443).”⁵

A decisão do caso Lochner passou a ser usada na justificação das decisões do Supremo Tribunal Federal, para afastar a norma positiva e buscar o “justo direito”.

O avanço do ativismo judicial surge das escolas neoconstitucionalistas e do pós-positivismo. Seu estudo, no entanto, ainda é recente e os

⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. Revista Direito GV – v. 04 n°02. São Paulo – julho a dezembro de 2008, p. 443.

doutrinadores ainda se dividem em argumentos favoráveis ou não ao ativismo.

Não se nega a admissão de uma tutela jurisdicional com natureza de norma positivada para suprir a omissão do legislador. Justamente nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal superou sua consolidada jurisprudência, passando a dar eficácia concreta à ação constitucional de mandado de injunção.

Esta mudança de posicionamento ocorreu a partir do julgamento do Mandado de Injunção nº 670 (Brasil, MI nº 670, 2008), ocasião em que o Supremo Tribunal Federal passou a ditar uma fórmula normativa capaz de satisfazer o direito. Anteriormente, nas decisões de mandado de injunção, o Judiciário limitava-se a reconhecer a omissão do Congresso Nacional, ou de outro órgão do Poder Público, com a ineficaz declaração de mora estatal.

A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do mandado de injunção suprarreferido não ofendeu o princípio da separação de poderes, pois o próprio constituinte originário previu o cabimento da ação de mandado de injunção, sendo certo que a eficácia haveria de ser compreendida como mandamental e não puramente declaratória.

Desta forma, a permissão constitucional excepcional conferida ao Supremo Tribunal Federal para editar uma norma, ao conceder um mandado de injunção, apesar da postura ativa, não ofende o texto constitucional e não se confunde com o ativismo judicial.

Há relevantes diferenças entre a situação do mandado de injunção da atividade tipicamente do Poder Legislativo exercida pelo Judiciário. Uma das diferenças é o caráter transitório da norma ditada pelo Supremo Tribunal Federal, que haverá de ceder no momento em que o Congresso Nacional complementar o processo legislativo com a edição da lei integrativa da lacuna, quando, então, será substituída a decisão judicial normativa pelo conteúdo legislativo emanado pelo poder competente.

Recentemente o constituinte derivado criou mais uma hipótese de o Supremo Tribunal Federal assumir o papel legiferante, que é a edição de súmulas vinculantes, que possuem natureza jurídica de ato normativo.

No entanto, deve ser ressaltado que este instrumento, tal como formulado pelo legislador, serve apenas para evitar a propositura de inúmeras ações idênticas contra a insistência do Poder Público em reconhecer um direito consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Neste caso, não se trata de conferir ao Supremo Tribunal Federal o poder de legislar em sentido estrito, mas apenas de reproduzir em uma súmula o entendimento consolidado de sua jurisprudência constitucional, sem a criação de direito novo.

Ocorre que o instrumento da Súmula Vinculante tem sido utilizado com muita frequência. Somente no ano de 2008 foram editadas dez súmulas vinculantes, que se somaram às três outras pré-existentes. Os temas abordados foram variados, tais como: uso de salário mínimo como indexador (súmula 4); defesa técnica por advogado em processo disciplinar (súmula 5); remuneração de praças no serviço militar (súmula 6); não autoaplicabilidade do artigo 192, parágrafo 3º da Constituição e enquanto vigorou (juros reais de 12%) (súmula 7); prescrição e decadência do crédito tributário (súmula 8); recepção do artigo 127 da Lei de Execução Penal (súmula 9); reserva de plenário para afastar incidência de lei ou ato normativo (súmula 10); restrições ao uso de algemas (súmula 11); taxa de matrícula em universidade pública (súmula 12) e vedação do nepotismo nos três Poderes (súmula 13).

A edição de algumas das súmulas acima mencionadas provocou um debate público não apenas pelo conteúdo, mas em virtude de que a edição de súmula não se justificaria frente ao pequeno número de demandas sobre certos temas. Tal fato atribui ao Supremo Tribunal Federal um papel quase normativo.

Como exemplo dessa situação, pode ser citada a Súmula 13 que possui o seguinte teor: “*A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o 3º grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.*”

Anteriormente à edição dessa Súmula, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Resolução 07, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que proibia a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário, até o terceiro grau, para cargos em comissão e funções gratificadas. O entendimento foi no sentido de que, independentemente de lei específica, a proibição deveria ser extraída dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

Em seguida, ao julgar recurso extraordinário oriundo do Rio Grande do Norte, no qual se discutia a validade da nomeação de parentes de vereador e de vice-prefeito para cargos públicos, o Tribunal estendeu a vedação do nepotismo aos Poderes Executivo e Legislativo, aprovando a Súmula nº 13.

Outro exemplo emblemático de Súmula editada baseada em um único precedente, quando a Constituição exige reiteradas decisões, artigo 103-A da Constituição Federal, foi a que estabeleceu restrições ao uso de algemas.

O Tribunal, por unanimidade, anulou decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, em razão de o acusado ter sido mantido algemado durante toda a sessão de julgamento, sem necessidade.

Neste caso, o Tribunal entendeu que não havia justificativa socialmente aceitável para submeter o acusado a tal humilhação, o que violaria o princípio da dignidade humana e o princípio da não culpabilidade, inclusive por induzir os jurados na percepção de que se estaria diante de um acusado de alta periculosidade.

Como decorrência deste julgamento, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 11, com o seguinte teor:

“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

Finalmente, ainda há o ativismo judicial mediante a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria

de políticas públicas. Como exemplo evidente da ingerência do Judiciário nas políticas públicas, tem-se o fornecimento de medicamentos.

Nas Justiças Estaduais e Federais em todo o País, existem inúmeras decisões que condenam os entes federativos, às vezes os três, solidariamente, a custear medicamentos ou tratamentos médicos que não constam da lista e protocolos do Ministério da Saúde, ou das Secretarias Estaduais e Municipais.

Ocorre que a cada vez que uma decisão judicial concede uma prestação material (como fornecimento de medicamento ou tratamento) a um indivíduo, os recursos para fornecê-la saem do orçamento público, do planejamento de receitas e despesas, que já prevê a destinação daquela verba em uma visão macro, ou seja, em benefícios para toda a sociedade.

Neste contexto, uma decisão judicial que determine o fornecimento de um medicamento extremamente caro para o câncer ou um tratamento em clínica particular também muito dispendioso a uma única pessoa, o recurso para dispensa do referido medicamento sairá do orçamento, o qual já possui destinação específica, o que pode prejudicar inclusive a compra de medicamentos como paracetamol ou novalgina para toda a população.

Necessário ainda constatar que o acesso à justiça no Brasil está longe de ser igualitário. Assim, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger seus direitos, a classe média é responsável pela grande demanda de medicamentos especiais e mais caros no Judiciário.

Conclui-se, portanto, que o ativismo judicial em matéria de direitos sociais, que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material, pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos às camadas da sociedade mais abastadas.

Portanto, há limites impostos ao Poder Judiciário no exercício excepcional da função legislativa e executiva, no pretexto de cumprimento de seu dever estabelecido na Constituição Federal.

Como exemplo de decisão ativista, cita-se um caso, dentre outros, de ativismo judicial e ingerência do Poder Judiciário no âmbito do Le-

gislativo: RE nº 199522 – 2004, no qual o Ministério Público propôs ação civil pública contra a fixação de número de vereadores em diversos municípios do interior paulista, impugnando a conformação das leis orgânicas com o texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de um dispositivo específico da lei orgânica do Município de Mira Estrela quanto ao tamanho do parlamento local. Apesar de a Constituição dispor patamares máximos para a fixação do número de vereadores, em tabela progressiva, mas com margem ao exercício de autonomia política municipal, o STF editou uma fórmula pela qual a cada população deveria corresponder um número fixo de vereadores, reduzindo o número de vereadores daquele município e afastando qualquer discricionariedade por parte do legislador municipal.

Ainda com relação ao ativismo judicial, outro caso evidente foi a decisão sobre a fidelidade partidária: o Supremo Tribunal Federal, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Firmou-se, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das já expressamente previstas na Constituição.

5. Problemas surgidos com o ativismo judicial

As principais críticas ao ativismo judicial são os riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário.

– legitimidade democrática

Os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos. O fato de o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Executivo ou do Legislativo é identificado na teoria constitucional como “dificuldade contramajoritária”.

Os Estados Democráticos reservam uma parcela de poder político aos agentes públicos que não são eleitos pela população, cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial.

Os magistrados, ao aplicarem a constituição e as leis, não têm vontade política própria, ou, não deveriam tê-la, mas apenas estão concreti-

zando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, ou seja, pelos representantes do povo.

Essa crítica deve, no entanto, ser vista com certa prudência, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica de aplicação da lei ao caso concreto. Cabe ao juiz atribuir sentido a expressões vagas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, os magistrados são em muitas situações coparticipantes do processo de criação do direito.

Na verdade, entre democracia (poder fundado na vontade da maioria) e constitucionalismo (respeito aos direitos fundamentais), podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.

A constituição possui dois importantes papéis; um de participação política ampla, governo da maioria e a alternância no poder, o outro, de proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Nesse sentido, o Professor Luis Roberto Barros assim dispõe:

“E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípio – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas.”⁶

6 BARROSO, Luis Roberto. Texto publicado “Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática” Conjur – Retrospectiva 2008, p. 9 e 10.

Assim o Supremo Tribunal Federal deve respeitar as deliberações do Congresso, onde estão os legítimos protagonistas da vida política por serem os detentores do voto popular, com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, mas sempre fundamentando racionalmente suas decisões com base na própria constituição.

– politização da justiça

Em uma cultura pós-positivista, o direito se aproxima da ética, tornado-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. No entanto, a linha divisória entre direito e política nem sempre é nítida. A crítica de que uma decisão é política e não jurídica não procede.

O direito pode ser entendido como política na medida em que sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta pela constituição e leis. Sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social, bem como a subjetividade das decisões judiciais há de interferir com os juízos de valores que cada julgador possui.

Assim, a interpretação do direito sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e pelos limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

Por outro lado, o direito não é política no sentido de que não admite escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. Em rigor uma decisão judicial não será política, pois não há para o julgador livre escolha, discricionariedade plena. O juiz deverá sempre motivar suas decisões mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva.

– capacidade institucional do Judiciário e seus limites

Os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) interpretam a Constituição Federal e devem respeitar os valores e promover os fins nela previstos.

A doutrina tem mencionado a capacidade institucional e os efeitos sistêmicos como crítica ao ativismo judicial.

A capacidade institucional envolve a determinação de qual poder está mais capacitado a elaborar a melhor decisão em determinada ma-

téria. Por exemplo, temas complexos que abrangem aspectos técnicos ou científicos não podem ser decididos pelo juiz de direito, por falta de informação ou conhecimento específico.

Formalmente o Judiciário detém a competência para o pronunciamento definitivo, mas em situações como as descritas acima, normalmente o órgão julgador deve prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo para juízos discricionários dotados de razoabilidade.

Como exemplo da necessidade de estudos técnicos específicos, ou seja, questões de demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

Quanto aos efeitos sistêmicos, estes podem ser imprevisíveis e indesejáveis. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para efetuar a justiça no caso concreto. Ocorre que nem sempre o juiz dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões proferidas em processo individual, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

Como já mencionado anteriormente, exemplo dessa situação é a questão do fornecimento de medicamentos ou tratamentos, que, em certos casos, possuem efeito sistêmico indesejável, como a concessão de medicamento que não consta do Protocolo Clínico, que pode ser experimental e com valor econômico muito alto que não justifica sua concessão a um indivíduo em detrimento da sociedade.

Há várias decisões na área da saúde que colocam em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.

O Judiciário deve ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação; autocontenção, quando não possui a capacidade técnica para melhor decidir, como em geral ocorre nas políticas públicas.

A expansão do Judiciário também teve como contribuição a crise de representatividade, de legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, que se curvou inúmeras vezes ao Poder Judiciário, deixando as decisões importantes por conta daquele Poder.

Uma reforma política deve ser efetuada, atribuindo mais representatividade aos legisladores para que estes se posicionem mais firmemente nas suas funções.

6. Conclusão

A nova fase do pós-positivismo se reflete no Direito, no questionamento ao positivismo de Kelsen, na descrença no absoluto, na ampliação do poder do juiz, através da interpretação jurídica.

O juiz deixa de ser a boca da lei, como dizia Montesquieu, para ser o intérprete da norma. A interpretação tinha um sentido apenas cognitivo e não de criação.

As fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara na modernidade da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução.

A moderna doutrina jurídica já superou a ideia de que as leis possam ter o mesmo sentido sempre, produzindo uma única solução.

A objetividade possível do direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece, que podem decorrer da discricionariade atribuída pela norma ao intérprete; da pluralidade de significados das palavras ou da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto.

Portanto, constata-se que a aplicação do direito não é apenas um ato de conhecimento, isto é, a mera subsunção do caso concreto à norma, mas também um ato de vontade, ou seja, a escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam.

De acordo com o Professor Elival da Silva Ramos, deve-se compor adequadamente a relação entre regras e princípios. Caso se transforme a Constituição Federal em uma constituição meramente principiológica,

haverá o domínio do aplicador do direito e, conseqüentemente, do ativismo judicial.

Obviamente que as regras (norma de conduta) não solucionam todas as questões, elas são abstratas e os casos são concretos. Nessa lacuna é que se inserem os princípios, isto é, para fazer um contrapeso no sistema, mas a norma deve ser respeitada e aplicada.

Os princípios são instrumentos de flexibilização, contribuindo para a decisão do caso concreto, na interpretação das regras existentes.

Com a valorização excessiva dos princípios, estamos atribuindo um peso excessivo ao Judiciário. Este não pode definir o que é melhor para a sociedade em termos de políticas públicas. Essa visão macro deve ser decidida por políticas do Estado.

O Judiciário pode preencher as omissões do Legislativo, mas não o substituir em questões técnicas. A interpretação pode restringir ou ampliar as normas, porém, não pode sair da hipótese e ir diretamente ao fim. O princípio é que é o fim sem hipótese.

Atualmente a judicialização e o ativismo judicial são traços marcantes no Brasil. A judicialização decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance na política, na economia e em todos os setores sejam trazidas na forma de ações judiciais.

Desta forma, a Judicialização não decorre da livre escolha do Judiciário em intervir nos vários setores da sociedade, mas do próprio modelo de constituição adotado no Brasil.

O ativismo judicial, diferentemente da Judicialização, expressa uma postura de intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a constituição, potencializando o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.

Pode-se dizer que o ativismo representa um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte ou incapaz de produzir consenso.

Os riscos destes novos fenômenos, judicialização e ativismo judicial circulam pela legitimidade democrática, politização da justiça e

falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

De acordo com a nossa constituição, que além de analítica contém expressões de natureza vaga ou indeterminada, é justificável atribuir certo poder criativo ao intérprete judiciário; porém, havendo lei válida votada pelo Congresso Nacional, concretizando a constituição, deve o juiz acatá-la e respeitá-la.

Assim sendo, dentre as diferentes possibilidades de interpretar a constituição, as escolhas do legislador devem ser respeitadas pelo Judiciário, pois ao Legislativo é conferida a legitimidade popular na criação do ato normativo.

Quanto aos riscos de politização da justiça, estes não podem ser totalmente eliminados, pois a constituição é o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito.

Embora a interpretação constitucional tenha uma dimensão política, ela deve sujeitar-se à racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais. A Corte Constitucional somente deve agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

No tocante à capacidade institucional, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado.

O Judiciário é o guardião da constituição, devendo promover os direitos fundamentais, bem como os valores e procedimentos democráticos constitucionais, ainda que em face dos outros Poderes, que também devem respeitar a Carta Magna e pautar suas decisões por ela.

Porém, o Judiciário deve acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador e ser deferente para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como respeitar os precedentes, que contribui para a segurança jurídica, isonomia e eficiência dos sistemas.

A expansão do Judiciário demonstra claramente a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder legislativo. Necessário se faz uma reforma política, para que o legislativo tenha mais representatividade e credibilidade.

A fragilidade do sistema representativo que se encontra o Legislativo pode ser constatada na frase atribuída ao ex-Presidente do Senado Federal, Sr. José Sarney, que teria afirmado que nenhuma instituição é mais importante e necessária no Brasil que o Supremo Tribunal Federal.

Quando o Presidente do Senado Federal afirma a prevalência de outro poder sobre o seu próprio, é porque enxerga que a sua própria instituição perdeu a força.

Importante ainda ressaltar que as audiências públicas convocadas pelo Supremo Tribunal Federal possuem um quórum muito maior de participantes do que as audiências públicas para discussão de leis, promovidas pelo Legislativo, concluindo pelo desprestígio deste frente à população.

7. Referências

BARROSO, Luis Roberto. Texto “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, publicado na Revista THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed., São Paulo. Ed. Saraiva.

BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada)”. p. 167-175.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade*. São Paulo: Ed. RSC, 2006.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiras*. Comunicação apresentada na “XXV e

Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle” na França, no período de 4 a 5 de setembro de 2009.

SARMENTO, Daniel; Souza NETO, Claudio Pereira. (Coord.) *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*. Ed. Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, nº 4, Rio de Janeiro: FGV, 2006.

O princípio da verdade material do processo administrativo tributário

Maria do Carmo Quintão¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A Interpretação das normas tributárias; 3. Verdade material e princípios; 4. Princípio da verdade material nos diversos ramos do Direito; 5. Processo administrativo: conceito e princípios; 6. Princípio da verdade material x princípio dispositivo; 7. Lançamento e verdade material; 8. Visão prática do princípio da verdade material no processo administrativo; 9. O processo administrativo tributário no Estado de São Paulo; 10. Conclusões; 11. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação. Princípios. Princípio da verdade material. Lançamento. Processo Administrativo Tributário.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo retratar o estudo realizado acerca do tema “a verdade material no processo tributário administrativo”. O assunto é de extrema importância porquanto relacionado ao ato de lançamento e ao julgamento dos conflitos que daquele decorrem no âmbito administrativo e que tem repercussão na esfera judicial. Neste aspecto a atuação fiscal é decisiva porque afeta ambos os interesses em conflito: os do órgão público e os do contribuinte.

¹ Procuradora do Estado aposentada. Formada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, turma de 1990. Pós-graduação *lato sensu* em Direito Tributário pela ESPGE, turma 2008/2009 e Pós-graduação *lato sensu* em Direito do Estado na ESPGE, turma 2010/2011.

Sobre a matéria em foco não há unanimidade em um único ponto sequer, nem quanto ao conceito, nem quanto à aplicação e ao alcance do mencionado instituto. Ao contrário, as polêmicas remontam aos clássicos e persistem na atualidade, circunstância que, por si, demonstra o interesse do tema.

Sem dúvida, as divergências existem e cada doutrinador tem argumentos muito sólidos e coerentes para sustentar sua posição, pois se ampara em uma determinada concepção filosófica. Até mesmo tributaristas que comungam de uma mesma escola de pensamento apresentam divergências em um ponto ou outro.

Por conseguinte, cabe no presente estudo apenas constatar o que dizem os diversos autores e verificar em que medida as divergências entre eles ajudam a compreender o mais importante em matéria tributária, que é a correta aplicação da norma incidente no caso concreto, bem como sua interpretação na análise do ato de lançamento.

Para a abordagem do tema, o estudo foi dividido em tópicos que tentam focar a matéria sob diversos ângulos, com a finalidade de melhor compreensão de seu alcance e a pertinência de sua utilização.

Primeiro, foi abordado o tema da interpretação; em seguida, o conceito de princípios; ato contínuo, o conceito do princípio da verdade material, o conceito de lançamento e do procedimento que o antecede e, ainda, o de processo administrativo, conforme a perspectiva de diversos tributaristas, observando-se que não há qualquer unanimidade nessas matérias.

Por fim, buscou-se analisar o processo administrativo no Estado de São Paulo sob o prisma da verdade material, a fim de verificar em que medida é possível afirmar se o princípio em tela está ou não presente.

2. A interpretação das normas tributárias

A principal preocupação daquele que se propõe a estudar algum instituto jurídico é a de procurar estabelecer da melhor forma possível a sua interpretação, determinar a sua natureza jurídica e a sua função no sistema normativo. Cada uma dessas tarefas exige um método, um sistema de trabalho eficaz.

No artigo “Avaliação concreta da interpretação no Direito Tributário”², Alexandre Alberto Teodoro da Silva sustenta que o operador do Direito deve valer-se das ferramentas interpretativas à sua disposição para alcançar o sentido possível das normas com as quais se depara regularmente.

O autor sustenta a postura de que todas as normas devem ser interpretadas, até mesmo aquelas que prescrevem sobre interpretação. Sustenta, ainda, de igual modo, que as questões conceituais devem ser trabalhadas no plano científico.

Registra que a teoria geral da interpretação divide-se em três correntes: a jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores, que entrou em voga após 1970, por intermédio de Karl Larenz e John Rawls.

Com a jurisprudência dos valores, consoante afirma Alexandre Alberto Teodoro da Silva, ocorreu uma mudança de paradigma no ato de interpretar as normas do sistema legal, vez que a preocupação deslocou-se do conceito, do individualismo, da preponderância do interesse do Estado, para a busca da segurança jurídica, da justiça; corresponde, portanto, ideologicamente, ao Estado Democrático de Direito. Com essa mudança surgem teses novas, demandando a ponderação dos princípios em função de valores essenciais como a segurança jurídica e a justiça.³

Para o autor, *“a interpretação é uma atividade intelectual que se desenvolve à luz dos princípios informadores do ordenamento jurídico, com o fim de declarar o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas que conformam o sistema como um todo”*.⁴ Há ênfase nos valores fundamentais da justiça e da segurança jurídica, o que representa a opção estampada na Constituição Federal de 1988.⁵

2 SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da – Avaliação concreta da interpretação no Direito Tributário, *In*: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.1 p.1/3-14, 2008.

3 *ibid.*

4 *ibid.*

5 SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da – Avaliação concreta da interpretação no Direito Tributário, *In*: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.1 p.1/3-14, 2008.

3. Verdade material e princípios

São inúmeras as utilizações da expressão “verdade material” como qualificativo de um princípio que é denominador comum de vários ramos do direito. Todavia, há uma peculiaridade nesta constatação, pois na maioria das vezes, por parte dos tributaristas, a expressão relaciona-se ao interesse defensivo do contribuinte e, quando se reportam à atuação estatal, arrolam outros princípios, tais como o da anterioridade ou da legalidade, entre outros. Há autores que nem se referem ao princípio da verdade material.

Os administrativistas são os que mais mencionam a verdade material na atuação do Estado. Apontam clara implicação entre os ramos do direito administrativo e do direito tributário, sobretudo quanto à ação dos agentes fiscais que devem atuar em obediência aos princípios que regem a administração pública e uma série de outros, indispensáveis ao cumprimento das normas que o próprio Estado se impõe ao se relacionar com o contribuinte. Defensores dessa linha de pensamento citam o princípio da verdade material entre os que devem ser observados.

De modo geral, quando o administrado reage à atuação do Fisco, ele o faz alegando que teria ocorrido ofensa a um ou outro princípio e, no mais das vezes, sustenta ofensa ao princípio da verdade material. Cabe, então, verificar como esses conceitos se relacionam.

O Dicionário Jurídico de Plácido e Silva traz a noção de que princípios “*são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.*”⁶

Em todos os ramos do Direito os princípios cumprem função ímpar, havendo autores que os veem como normas e outros que os veem como valores. Dentre os vários autores, vale citar Kiyoshi Harada que conceitua princípios como “*normas do mais alto grau de abstração que permeiam o sistema jurídico*”. Para este autor, os princípios levam à interpretação do Direito em conformidade com os valores que representam.⁷

6 (In PLACIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico (edição Universitária), volume III J – P, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1990 pág. 447.

7 HARADA, Kiyoshi. Dicionário de Direito Público, 2ª edição revista e ampliada, São Paulo: MP Editora, 2005, pág. 302.

Roque Carraza comenta que a palavra “princípio” vem do latim *principium*, *principii* e encerra a ideia de começo, origem, base.⁸

Fabiana Del Padre Tomé, ao analisar os princípios que orientam a produção da prova no processo administrativo, sustenta que princípios são “*normas carregadas de forte conotação axiológica*”.⁹

Paulo de Barros Carvalho não fala do princípio da verdade material. Realça, porém, o aspecto dos valores subjacentes aos princípios gerais do sistema jurídico e, ao lado disso, consigna um instrumental para a interpretação dos preceitos que compõem esse sistema.

O autor registra a ocorrência de quatro sentidos distintos para o termo princípios: primeiro, os princípios são regras impregnadas de valor que exercem influência sobre grande parte do ordenamento jurídico; segundo, os princípios são normas que fixam importantes critérios objetivos; terceiro, os princípios significam o próprio valor e, quarto, os princípios estabelecem o limite, o objetivo para a compreensão do enunciado. Ensina, em seguida, que, nos dois primeiros significados, os princípios são “normas”; já nos dois últimos, os princípios são valores ou critérios objetivos.¹⁰

Para Paulo de Barros Carvalho, a consideração do princípio como “valor” ou como “limite objetivo” resulta em efeitos práticos. Se visto como valor, implica falar-se da Axiologia ou Teoria dos Valores, levando o intérprete para uma situação de subjetividade; se considerado como norma jurídica que fixa “limites objetivos” importa, de imediato, na “construção do sentido dos enunciados.” Anota, porém, o autor, que os limites, quando considerados em si mesmos não são valores, “*mas voltam-se para realizar valores, de forma indireta, mediata.*” Ressalta, também, que os princípios funcionam como linhas diretivas para ajudar na interpretação das normas, conferindo-lhes unidade e servindo de fator de agregação. Ressalta, ainda, que podem aparecer de forma expressa ou implícita.¹¹

8 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário, 3ª edição revista e atualizada pela Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pág. 24.

9 TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2005, pág.207.

10 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário, 19ª edição, revista. São Paulo: Saraiva, 2007 – pág. 159.

11 *ibid*, pág.159/163 e 164.

Constata-se, então, que mesmo havendo divergência entre os autores quanto ao conceito de princípios, existe um ponto comum quanto à gama de significados que comportam, pois indicam sempre a ideia de fundamento, base, suporte, sentido, direção, valor, vetor, enfim, meio para promover a interpretação das normas que formam o sistema jurídico e, também, para verificar ou impugnar os atos da Administração.

Vê-se, assim, que a noção de princípio é imprescindível ao Direito. E a verdade material, por seu turno, mostra-se como princípio porque representa um valor, um norte a ser perseguido na produção das provas do ato de lançamento e do auto de infração.

4. Princípio da verdade material nos diversos ramos do Direito

Diz a doutrina que no processo civil vigora para as partes, de forma quase absoluta, o princípio da disponibilidade processual, que é definido por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco como “... a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos.” Em razão desse princípio podem renunciar aos seus direitos ou, desistir da ação proposta, entre outras posturas, exceto quando se tratar de direito indisponível.¹²

Para o juiz, até por força da inércia e da imparcialidade – que caracterizam a prestação jurisdicional – vigora o princípio do dispositivo, ou seja, aquele segundo o qual o órgão julgador depende da iniciativa das partes, assim como depende de suas alegações para solucionar a causa.

Prescreve o Código de Processo Civil, no artigo 131, a livre apreciação da prova pelo juiz, estabelecendo, contudo, a condição de que o julgador indique os motivos que formaram a sua convicção.

Pelo que afirmam os autores acima referidos, o princípio do dispositivo tem um sentido liberal. Há, contudo, no processo, um caráter publicista que acabou determinando uma mudança de postura em relação à rigidez desse princípio, de modo a retirar o juiz da função de “mero expectador da batalha judicial”.¹³

12 GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA Antonio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, pág.60.

13 *ibid*, pág. 65.

Diante dessa perspectiva, dependendo da matéria tratada no processo, a verdade formal não se impõe de maneira tão exigente, como nas causas de direito de família, infortunistica. Anotam, no entanto, os referidos autores, que, de modo geral, para o processo civil, o órgão jurisdicional atém-se à verdade formal.¹⁴

José Carlos Barbosa Moreira ensina que “*domina o sistema do Código o princípio da iniciativa oficial na atividade de instrução, embora não sem restrições...*”¹⁵

Para Moacyr Amaral dos Santos, “*Juiz e partes são os sujeitos principais da relação processual, sem os quais não se completa*”.¹⁶ Destaca, porém, que o juiz desempenha o papel preponderante, em razão dos poderes que exerce para compor os litígios, na sua função estatal de prestar jurisdição. Sua análise enfoca, portanto, o aspecto dos poderes atribuídos ao juiz na condução do processo, a saber, poderes jurisdicionais (ordinatórios, instrutórios, finais, decisórios e satisfativos ou executórios) e poderes de polícia.

Comenta o autor que os poderes ordinatórios ou instrumentais são atribuídos ao juiz para dirigir o litígio nos termos do artigo 125 do Código de Processo Civil, tendo em vista a necessidade de prestação jurisdicional regular e de forma rápida às partes. Cuida-se, pois, de interesse de natureza pública para compor a lide e garantir a paz social.¹⁷

José Frederico Marques também analisa a função do juiz dando ênfase aos poderes que lhe foram atribuídos pela lei processual. Destaca que são de duas espécies: os poderes de solucionar o litígio e os ordinatórios, os que servem para conduzir o processo.¹⁸

Sobre o livre convencimento e verdade material ressalta o autor que o juiz, para prestar a jurisdição, vale-se da reconstrução do fato, e, na

14 Ibid, pág. 65/66.

15 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. Edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pág. 68.

16 SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo código de processo civil. 1º volume, 13 edição, São Paulo: Saraiva, 1987, pag. 333.

17 Ibid, pág. 336.

18 MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. Volume 1, 7ª edição, São Paulo: Saraiva 1988, pág. 342.

busca da verdade, é dupla a participação do órgão jurisdicional: “*primeiro (e essencialmente), ao apreciar os fatos que as provas reviveram; e, em segundo lugar, ao dirigir e presidir a produção de provas, nos atos instrutórios do procedimento*”. Esses poderes não significam, contudo, que o juiz supra o papel das partes. Sustenta que mesmo em se tratando de direito indisponível o juiz fica equidistante e atua em função de embasar o seu convencimento.¹⁹

Em Direito Penal, segundo muitos doutrinadores, vigora o princípio inquisitivo. Quando se trata, contudo, de matéria relativa a direitos indisponíveis, a postura do órgão jurisdicional pode ser um pouco mais ativa.

Fernando Capez afirma que o princípio da verdade material vigora no processo penal. Sustenta, porém, que comporta exceções, tais como as previstas nos artigos 155, 206, 207, 406 e 475, do Código de Processo Penal e artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. São situações em que há prevalência de outros princípios ou valores, também, fundamentais.²⁰

É praticamente consenso entre os penalistas a postura segundo a qual o órgão jurisdicional pode determinar, de ofício, a realização de provas para formar sua convicção. Aliás, a lei assim o permite, no artigo 156, do Código de Processo Penal, valendo nesse sentido as lições de José Frederico Marques.²¹

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco adotam posição semelhante acerca da aplicação do princípio inquisitório no processo penal.²²

A jurisprudência, por seu turno, indica a aplicação do princípio da verdade material em Direito Penal, se necessário para formar o conven-

19 MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. Volume 1, 7ª edição, São Paulo: Saraiva 1988, pág. 405.

20 CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 2. ed. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva 1998; pág.26.

21 MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal – vol. II. Campinas: Bookseller, 1997, pág.259.

22 GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTA Antonio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, pág.64.

cimento do órgão jurisdicional, consoante indicado por Camargo Aranha.²³

Ada Pellegrini Grinover, ao fazer referência a polêmicas entre os doutrinadores no campo do processo civil e processo penal acerca do conceito de “verdade material”, chama a atenção para o equívoco de alguns que tentam aplicá-lo de forma extremada. Ressalta a autora que a busca da verdade real não implica a liberdade absoluta de provas, de sorte a conceder poderes ilimitados ao juiz, com o objetivo de representar a “defesa social”. Pondera que a liberdade individual deve ser considerada.²⁴

Vicente Greco Filho sustenta que vigora no processo penal o princípio inquisitório, alertando, porém, que os poderes do juiz para determinar a produção de prova em decorrência do dever de observância ao princípio acusatório e em decorrência do dever de imparcialidade, são limitados, complementares aos deveres das partes de produzirem as provas. Apresenta, também, uma interpretação do art. 156, do CPP, em que o juiz não tem poderes absolutos.²⁵

No processo administrativo também vigora o princípio da verdade material, consoante ensinam alguns doutrinadores, dentre eles, Hely Lopes Meirelles.²⁶

Todavia, especificamente no processo administrativo tributário, não há consenso quanto ao alcance do princípio da verdade material. Imprescindível, então, começar a refletir em que consiste esse princípio.

Há várias concepções acerca do que seja verdade. Na maioria das vezes, quando os autores fazem menção ao princípio da verdade material, estão sustentando a necessidade de a prova retratar com fidelidade

23 ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. Da prova no processo penal. 3ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva 1994, pág.40.

24 GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, FERNANDES Antonio Scaranse, Gomes Filho, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal, 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997, pág. 106.

25 GRECO Filho, Vicente _____ Manual de processo penal. 4ª edição ampliada e atualiz. São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 217.

26 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16ª edição, atualizada pela Constituição de 1988, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 579/580.

a relação jurídica de direito material que deu ensejo ao processo, sem o que não seria possível viabilizar o conhecimento da causa, nem proceder ao correto julgamento.

Há, entretanto, outra concepção que sustenta ser possível no processo tão somente a verdade lógica. De acordo com essa visão, basta que exista uma “linguagem competente”, isto é, a linguagem das provas, segundo um procedimento específico.

Fabiana Del Padre Tomé assume, expressamente, essa segunda concepção de verdade. Para ela, a verdade é lógica.²⁷

A autora vai além. Afirma que a discussão sobre “verdade material *versus* verdade formal” não tem sentido, pois a verdade jurídica não é material nem formal, mas verdade lógica-semântica, construída a partir da relação entre as linguagens de determinado sistema.

Maria Rita Ferragut, ao discutir as presunções no direito tributário, faz um confronto entre presunções *hominis* e a verdade material, ressaltando, primeiramente, que prova não é o evento em si, mas a linguagem articulada sobre ele. De igual modo sustenta que a verdade material é inatingível, embora se constitua num dever. Dessa forma, a autora toma a verdade material como “princípio diretivo do procedimento e do processo administrativo tributário”, sustentando que o interesse público conduz à busca da verdade material.²⁸

Torna-se essencial observar, no entanto, que alguns doutrinadores não falam da verdade material como uma qualidade da prova a ser produzida ou como uma mera oposição entre “formal” e “real”, mas, sim, como um princípio a ser observado na produção da prova pelos agentes públicos, no ato de lançamento de ofício ou, posteriormente, pelo órgão de julgamento, no processo administrativo tributário que eventualmente advier desse lançamento.

Tendo em vista a percepção desta nuance em alguns doutrinadores, vale examinar a postura de cada um deles, para se ter uma ideia ampliada acerca da matéria.

27 TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2005, pág. 25.

28 FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário, 2ª edição, São Paulo: Quartier Latin, 2005, pág. 193.

Vittorio Cassone ressalta a necessidade de aplicação da verdade material em direito tributário, tendo em vista o controle de legalidade dos atos da Administração.²⁹

Jose Eduardo Soares de Melo cita exemplo concreto do que pode ocorrer no curso do processo administrativo, no qual a formalidade cede vez à busca da verdade real, assim como acontece com a juntada de um documento até em segunda instância.³⁰

Eduardo Domingos Bottallo também se refere à busca da verdade material no processo administrativo.³¹

Alberto Xavier menciona que vigora no procedimento administrativo de lançamento, na parte de investigação, o princípio da verdade material e não o dispositivo. Quanto ao órgão de julgamento, sustenta que se aplica o inquisitório, vez que dispõe do poder de determinar por sua iniciativa as diligências necessárias para apurar os fatos.³²

Não se cuida, no caso, de transportar automaticamente de outros ramos de direito a noção de princípio da verdade material, mas, sim, de verificar se é ou não aplicado no direito tributário, no processo administrativo. Para alguns doutrinadores, sim.

Constata-se, portanto, que o princípio da verdade material con-substancia-se numa diretriz, num norte, num valor a ser observado na atuação do Fisco, no ato de lançamento, sob pena de ofensa a outros preceitos fundamentais e, conseqüentemente, de não resistir à análise a que será submetida pelos órgãos de julgamento.

Insera-se, assim, entre os princípios do processo administrativo tributário e, mesmo que implícito, deve ser observado, de modo especial na atuação da Administração Pública, no ato de lançamento, no auto de

29 CASSONE, Vittorio – Processo tributário: teoria e prática/Vittorio Cassone, Maria Eugenia Teixeira Cassone, 8ª edição, 2ª reimpressão, São Paulo: Atlas, 2007, pág.48.

30 MELO, Jose Eduardo Soares de. Processo tributário administrativo Federal, Estadual e Municipal. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pag. 138/139.

31 BOTTALLO, Eduardo Domingos. Curso de Processo Administrativo Tributário. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006 (pag. 191).

32 XAVIER, Alberto. Princípios do processo administrativo e judicial tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pág.156.

infração e, ainda, no processo administrativo, pelo órgão de julgamento, já que tem a liberdade de prova para formar seu convencimento, caso entenda necessário.

Como se vê, a análise do tema sob o prisma da jurisprudência dos valores indica que o princípio da verdade material deve ser observado para se chegar à segurança jurídica, a qual deve ser perseguida, ante a mudança de paradigma na interpretação das normas, consoante mencionado por Alexandre Alberto Teodoro da Silva.³³

5. Processo administrativo: conceito e princípios

Como qualquer instituto jurídico, o processo administrativo tributário oferece dificuldades e desafios quando tomado como objeto de estudo. Pelo que se depreende dos ensinamentos de inúmeros doutrinadores, é possível conceituá-lo como o conjunto de atos que objetivam a solução de um litígio decorrente do lançamento de ofício e da aplicação de multa.

Persiste ainda a distinção entre processo e procedimento, até porque alguns autores adotam a nomenclatura de procedimento e não processo. Dentre esses encontra-se Yoshiaki Ichihara.

Em artigo que integra a obra coletiva *Processo Administrativo Tributário – Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho* –, Yoshiaki Ichihara sustentou haver optado pelo termo “procedimento”, citando os argumentos expendidos por Alexandre Barros Castro. Constatou-se que levou em conta a circunstância de que o mencionado autor considera processo aquele em que há jurisdição, tendo subjacente a ideia de que se trata da jurisdição aquela prestada pelo Poder Judiciário em razão de algumas particularidades.

Argumentou também que as normas processuais constituem matéria de competência da União. Já o poder de legislar sobre procedimento é competência concorrente, pelo que pode ser exercida pelos Estados-membros e Municípios, criando regras para seus respectivos procedi-

33 SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da – Avaliação concreta da interpretação no Direito Tributário, *In*: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.1 p.1/3-14, 2008.

mentos administrativos. Logo, o instituto criado pelos Estados e Municípios para solucionar as questões internas é o procedimento.³⁴

Paulo César Conrado, por sua vez, traz um enfoque diverso e enfatiza no conceito de processo a noção de conflito e o seu caráter instrumental em virtude da relação jurídica na qual se instala o conflito. Já a “*forma de organização dos atos que compõem, somados, o processo*”, chama de procedimento.³⁵ Afirma que processo é relação jurídica instrumental.³⁶

Pelos ensinamentos de Paulo César Conrado, pode-se concluir que não existe um “processo tributário” como um sistema de regras diverso do processo civil. Este autor argumenta que a expressão “processo civil” apresenta “caráter supletivo”, pelo que abrange os outros ramos do direito, exceto o penal. Há, então, no processo administrativo aquelas categorias que estruturam o processo civil, tais como: jurisdição, ação, petição, contraditório, etc.³⁷

Para Hely Lopes Meirelles, o que diferencia a jurisdição prestada pelo Poder Judiciário em relação ao julgamento do processo administrativo é a circunstância de produzir a coisa julgada material.³⁸

Especificamente sobre o processo administrativo tributário ou fiscal ensina: “*é todo aquele que se destina à fixação do alcance de normas de tributação em casos concretos pelos órgãos competentes tributantes ou à imposição de penalidade ao contribuinte.*”³⁹

Alberto Xavier dá ênfase aos princípios previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que prescreve o direito ao contraditório e à ampla defesa aos litigantes, tanto no processo judicial como no pro-

34 ICHIHARA, Yoshiaki. Procedimento Administrativo Fiscal – como direito e garantia fundamental do contribuinte e a sua eficácia, artigo publicado na coletânea Processo administrativo Tributário – Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007. Coordenação de Sergio André Rocha, pág.663/664.

35 CONRADO, Paulo Cesar. Processo Tributário, São Paulo:Quartier Latin, 2004, pág. 39.

36 *ibid*, pág. 24.

37 *ibid*.

38 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16ª edição, atualizada pela Constituição de 1988, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 578.

39 *ibid*, pág. 591.

cesso administrativo. Apresenta-o como meio para a solução de litígio.⁴⁰ Concebe o processo administrativo como uma entidade autônoma, completamente distinta do ato de lançamento.⁴¹ No lançamento, há um ato primário; no processo administrativo há um ato de revisão (secundário). Não aceita como possível um novo lançamento, mas, sim, a confirmação do lançamento ou a sua anulação. São procedimentos autônomos.⁴²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também vê o processo como instrumento. Conceitua-o “*como uma série de atos coordenados para a realização dos fins estatais...*”⁴³ A autora faz clara distinção entre processo e procedimento. Para ela, processo é instrumento para que a Administração atue. Já o procedimento é conceituado como “*conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos.*”⁴⁴ É, pois, um rito.

Fabiana Del Padre Tomé também faz distinção entre processo e procedimento administrativo. Para ela, procedimento é o que “*... tem por finalidade preparar o ato de lançamento*”.⁴⁵ Já o processo administrativo surge após a realização do lançamento, se o contribuinte impugná-lo. Ensina que processo e procedimento obedecem a regimes jurídicos distintos.

Há, portanto, um regime jurídico complexo e rígido para regulamentar a atuação dos agentes públicos que fazem o lançamento e outro regime jurídico para regular a atuação da Administração quando exerce a jurisdição no âmbito administrativo, no intuito de resolver os conflitos que surgem da relação Fisco e contribuinte.

No artigo “Procedimento e Processo Administrativo Tributário: Dupla Função Administrativa, com Diferentes Regimes Jurídicos”, José An-

40 XAVIER, Alberto. Princípios do processo administrativo e judicial tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pág. 5.

41 *ibid*, pág. 118.

42 *ibid*.

43 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22ª edição, São Paulo:Atlas, 2009, pág. 618.

44 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22ª edição, São Paulo:Atlas, 2009, pág.620.

45 TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2005, pág.270.

tonio Minatel reflete sobre princípios comuns e princípios específicos que norteiam as diferentes funções administrativas: as típicas e as atípicas.

Segundo o autor, constituem funções típicas tributárias: a inspeção, a fiscalização, o controle, a auditoria e o lançamento. São atípicas aquelas que buscam resolver litígios na esfera administrativa.

Conceitua processo como “*veículo ou como instrumento idealizado para solução de um litígio, produzindo uma norma individual e concreta que vai irradiar efeitos para dirimir uma controvérsia.*”⁴⁶

Do confronto entre as concepções, sobre processo, expendidas pelos autores estudados, pode-se concluir que, se em algum momento histórico havia dúvida quanto aos princípios incidentes no processo administrativo, hoje já não há mais. Na Constituição de 1988 o processo administrativo, no que se refere ao exercício da defesa, foi colocado no mesmo patamar do processo judicial e a ambos devem ser aplicados os princípios previstos no artigo 5º que cuida dos direitos e das garantias fundamentais.

Neste aspecto percebe-se claramente a opção do legislador pela jurisprudência dos valores. É a mudança de paradigma de que fala Alexandre Alberto Teodoro da Silva.⁴⁷

6. Princípio da verdade material x princípio dispositivo

Impõe-se verificar se no processo administrativo vigora o princípio do dispositivo ou do inquisitório e, ainda, como se apresenta a questão do princípio da verdade material.

Para Fabiana Del Padre Tomé, não se aplica no processo administrativo tributário o princípio da disponibilidade, mas, sim, do inquisitório ou da oficialidade, porque representa uma forma de controle de legalidade dos atos administrativos. A possibilidade de a Administração Pública rever os próprios atos decorre do princípio da legalidade e da autotutela.

46 MINATEL, José Antonio. Procedimento e Processo Administrativo Tributário: Dupla Função Administrativa, com Diferentes Regimes Jurídicos (In Processo Administrativo Tributário – Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho, ROCHA, Sergio André (Coord), São Paulo: Quartier Latin, 2007, pág. 325).

47 SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da – Avaliação concreta da interpretação no Direito Tributário, *In*: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.1 p.1/3-14, 2008.

Diante disso, uma vez instaurado o processo administrativo, cabe à Administração dar-lhe seguimento até a decisão final. Afirmar Fabiana Del Padre Tomé: “Logo, ainda que o contribuinte, por inércia, deixe de requisitar produção probatória, incumbe ao julgador determinar sua realização, caso a entenda necessária ao exame do caso concreto.”⁴⁸

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que no processo administrativo o princípio da oficialidade é mais amplo do que no processo judicial, porquanto implica o poder de instaurar o processo, promover a sua instrução e rever suas decisões.⁴⁹

O princípio da verdade material decorre do próprio regime jurídico administrativo, que impõe a estrita legalidade. Cuidando-se o crédito tributário de bem de interesse público indisponível, a sua constituição deve observar rigorosamente o procedimento estabelecido em lei, de modo que o registro de sua ocorrência retrate fielmente o que se passou, incluindo todas as circunstâncias que envolverem os fatos.

Caso o contribuinte reaja ao ato de lançamento e o repute irregular, o órgão de julgamento, ao examinar o caso, não fica restrito aos elementos de prova já produzidos, se não consegue com eles formar seu convencimento, podendo determinar, de ofício, as diligências que entender necessárias.

Alberto Xavier distingue os poderes dos órgãos de lançamento em relação aos poderes do órgão de julgamento no processo administrativo. Sustenta que no primeiro vigora o princípio inquisitório.⁵⁰

José Antonio Minatel sustenta que o princípio da verdade material está presente tanto na atividade típica quanto na atividade atípica da Administração Pública.⁵¹

48 TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2005, pág. 211.

49 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22ª edição, São Paulo:Atlas, 2009, pág. 625.

50 XAVIER, Alberto. Princípios do processo administrativo e judicial tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pág. 156.

51 MINATEL, José Antonio. Processo Administrativo Tributário (In Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho). Rocha, Sergio André (Coordenação), São Paulo: Quartier Latin, 2007, Coordenação de Sérgio André, (texto do autor: 322 até 345).

Outra questão relevante a ser tratada consiste em verificar a maneira como os doutrinadores analisam a aplicação do princípio da verdade material no processo administrativo.

Para Hely Lopes Meirelles, quando se referia ao processo administrativo de modo geral, a aplicação do princípio da verdade material ou da liberdade de prova pode até autorizar o “*reformatio in pejus*”.⁵²

Já Alberto Xavier, tratando exclusivamente do processo administrativo tributário, traz outra perspectiva. Para ele, é proibida a “*reformatio in pejus*” no processo administrativo, tendo em conta a função garantista da impugnação, pois implicaria julgamento “*ultra petita*”.

O autor não deixa de reconhecer que há, em tese, argumentos favoráveis à *reformatio in pejus*, considerando-se o princípio da verdade material. Vê-se, porém, por suas reflexões, que a solução será encontrada sopesando-se os princípios envolvidos na questão, de modo a prevalecer o direito à impugnação, implicando a impossibilidade de a decisão impor ao peticionário uma situação mais desfavorável do que aquela em que se encontrava antes de formular sua pretensão.⁵³

Para o autor, a garantia constitucional do recurso é incompatível com o princípio da “*reformatio in pejus*”, pelo que não deve ocorrer no processo administrativo tributário.

Na hipótese acima retratada, pode-se admitir que aplicar a *reformatio in pejus* por força do princípio da verdade material significaria ceder lugar à jurisprudência dos conceitos, enquanto levar em conta outros princípios igualmente importantes e, em razão disso, fazer prevalecer o direito de impugnar, implica fazer valer a jurisprudência dos valores. Consoante, afirmado por Alexandre Alberto Teodoro da Silva, há sempre que sopesar os princípios para que possa prevalecer aquele que mais se ajuste à opção estampada na Constituição Federal.⁵⁴

52 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16ª edição, atualizada pela Constituição de 1988, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág.581.

53 XAVIER, Alberto. Princípios do processo administrativo e judicial tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pág.; 172.

54 SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da – Avaliação concreta da interpretação no Direito Tributário, *In*: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.1 p.1/3-14, 2008.

7. Lançamento e verdade material

O lançamento é instituto de vital importância, por se tratar do ato administrativo que formaliza o crédito tributário, ou seja, o vínculo jurídico que concede ao Estado, na qualidade de sujeito ativo, o direito de exigir do sujeito passivo (contribuinte ou responsável) o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária imposta. Salienta Hugo de Brito Machado que, tendo em vista a terminologia utilizada pelo Código Tributário Nacional, crédito tributário e obrigação tributária são coisas distintas.⁵⁵

Conforme ensina Yoshiaki Ichihara, “*a obrigação sempre precede a constituição do crédito tributário.*”⁵⁶

Para nascer a obrigação tributária é essencial que ocorra o fato imponível, “*fato jurígeno*”, na expressão de Geraldo Ataliba.⁵⁷

Ruy Barbosa Nogueira aponta como elementos da obrigação tributária a lei, o fato, os sujeitos e o objeto. Afirma que “*a obrigação tributária é uma relação de Direito Público prevista em lei descritiva do fato pela qual o Fisco (sujeito ativo) pode exigir do contribuinte (sujeito passivo) uma prestação (objeto).*”⁵⁸

Para o autor “*é essencial a manifestação de vontade da lei (obrigação ex lege).*”⁵⁹

Luciano Amaro não vê distinção da obrigação tributária em relação à obrigação comum. Ressalta que sua natureza é revelada por meio de seu objeto.⁶⁰ Afirma também o autor que a relação jurídica mais im-

55 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 29ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 03/2008, pág.172.

56 ICHIHARA, Yoshiaki. Direito Tributário: uma introdução. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1986, pág.105.

57 ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 4ª edição ampliada e atualizada em função da Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990 (Coleção textos de direito tributário; v.8).

58 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, pág.141.

59 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, pág.142.

60 AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 14ª edição, revista. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 245.

portante do direito tributário é a que tem por objeto o pagamento do tributo. “*Esse vínculo se instaura com a ocorrência do fato gerador do tributo (situação material, legalmente prevista, que configura o suporte fático da incidência tributária).*”⁶¹

Hugo de Brito Machado expõe que a relação entre o Estado e o contribuinte é uma relação jurídica e não uma “*relação simplesmente de poder*”.⁶²

Há entre os doutrinadores divergência quanto ao conceito de lançamento. A maioria, porém, tece críticas à definição legal. De igual modo, a natureza jurídica do lançamento é outro ponto de divergência na doutrina. Alguns o conceituam como procedimento administrativo; outros, como ato administrativo.

Para Hugo de Brito Machado, lançamento é procedimento administrativo.⁶³ Sustenta também, quanto à natureza jurídica do lançamento, que já é quase unânime a concepção de que o lançamento “*não cria direitos*”. Para ele, o crédito representa um momento distinto. “*É um terceiro estágio na dinâmica da relação obrigacional tributária.*” O lançamento determina o crédito. “*Antes do lançamento existe a obrigação. A partir do lançamento surge o crédito*”. Defende, portanto, a postura segundo a qual o lançamento é constitutivo do crédito tributário e declaratório da obrigação correspondente.⁶⁴

José Antonio Minatel Filho comenta que para a formalização do lançamento há um procedimento.⁶⁵

Aliomar Baleeiro, atualizado por Mizabel Abreu Machado Derzi, conceitua o lançamento como ato jurídico.⁶⁶

61 *ibid*, pág. Pag.247/248.

62 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 29ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 03/2008, pág.120.

63 *ibid*, pág. 173.

64 *ibid*, pág.174.

65 MINATEL, José Antonio. (In: ROCHA, Sergio André (Coord) – Processo Administrativo Tributário – Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Quartier Latin, 2007, pág. 325).

66 BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro, 11ª edição atualizada por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2008, Pág. 784.

Paulo de Barros Carvalho também vê o lançamento como ato jurídico administrativo. Mais que isso: propõe claramente a adoção da Teoria dos Atos Administrativos como instrumento para se estudar o mencionado instituto, seja pelo que ensina a doutrina tradicional, seja pela concepção de Celso Antonio Bandeira de Mello. Ressalta, porém, a necessidade de serem feitas as devidas adaptações dos requisitos dos atos administrativos ao ato de lançamento.⁶⁷

Assim como Mizabel Abreu Machado Derzi, Paulo de Barros Carvalho sustenta que o lançamento tem os atributos da presunção de legitimidade e exigibilidade, mas não os da imperatividade e executividade.⁶⁸

Estevão Horvath também concebe o lançamento como ato e não como procedimento. Para ele, é ato jurídico administrativo. Apresenta um conceito de lançamento bem semelhante àquele construído por Paulo de Barros Carvalho. Contudo, ressalta que, no caso de lançamento por homologação, o ato tem caráter extintivo e, por isso, conceitua-o como “*modificativo*” ou “*extintivo*”.⁶⁹

Há ainda mais um conceito importante a ser discutido antes da abordagem do processo administrativo: o auto de infração, que não se confunde com o ato de lançamento.

Ambos são atos administrativos; têm, porém, conteúdos diferentes. Enquanto o lançamento representa a formalização do crédito tributário em seguida à ocorrência do fato gerador, o auto de infração impõe uma penalidade prevista na lei tributária que teria sido violada.

Paulo de Barros Carvalho distingue-os pela análise da norma individual e concreta incidente em cada caso. Para o autor, a diferença encontra-se no “*antecedente da estrutura normativa*”.⁷⁰

67 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 19ª edição, revista, São Paulo: Saraiva 2007, pág. 423.

68 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 19ª edição, revista, São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 445.

69 HORVATH, Estevão. Lançamento tributário e “autolanzamento”. São Paulo: Dialética, 1997, pág.38.

70 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário 19ª edição, revista, São Paulo: Saraiva 2007, pág.450.

Fabiana Del Padre Tomé destaca a distinção entre lançamento e auto de infração, em virtude de seus conteúdos semânticos. Observa, porém, que apresentam organização sintática semelhante, pois ambos são atos administrativos e devem observar os requisitos necessários à sua validade, perfeição e eficácia.⁷¹

Exatamente neste particular, na necessidade de observância aos requisitos de validade do ato administrativo, perfeição e eficácia, pode-se afirmar que tem relevância a aplicação do princípio da verdade material. É imperioso ao Fisco “*converter em linguagem competente*”⁷² todos os elementos da obrigação tributária e seus respectivos elementos probatórios, ainda que indiretos, para a devida comprovação da ocorrência do fato impositivo, sem o que não resistirá ao controle de legalidade e à obediência ao princípio da segurança jurídica.

8. Visão prática do princípio da verdade material no processo administrativo

Passa-se, a seguir, à análise de textos de alguns autores que estudam especificamente o processo administrativo editado pelo Estado ou Município em que atuam. Observa-se em todos eles que foi dada ênfase ao princípio da verdade material.

Angela Maria Melo de Souza, no cuidadoso estudo que desenvolveu sobre a matéria, sob o título “Verdade Material: Da Ação Fiscal ao Processo Tributário Administrativo”, reflete sobre a atuação do Fisco do Estado do Amazonas, a partir da constatação de um fato concreto bem significativo, o de que se fazia necessária a revisão de inúmeros processos na órbita administrativa.⁷³

Perpassa por todo o texto a preocupação em demonstrar que a verdade material deve ser buscada desde o início da ação fiscal até o pro-

71 TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2005, pág. 279.

72 Expressão utilizada por Fabiana Del Tomé, Maria Rita Ferragut, Paulo de Barros Carvalho e outros.

73 SOUZA, Ângela Maria Melo de. Verdade Material: Da Ação Fiscal do Processo Tributário Administrativo – Estudos de Direito Tributário (pág. 77 a 112).

cesso tributário administrativo como único meio de subsistir a prova do lançamento, ou seja, o crédito tributário.

Outro texto que também aborda o princípio da verdade material é da lavra de Ana Paula de Oliveira Adriano, que se propôs a examinar o processo administrativo tributário no Estado do Ceará.⁷⁴

Segundo sua perspectiva, ainda que as partes não aleguem, o órgão administrativo deve buscar a verdade objetiva dos fatos.

Pelo que se verifica do texto, a autora coloca o princípio da verdade material entre aqueles que informam o processo administrativo, o qual, segundo sua concepção, traz relevantes pontos positivos para a administração e os administrados.

Um terceiro texto a tratar de forma prática do princípio da verdade material é de autoria de Sandro Luiz Nunes, que se propôs a examinar o processo administrativo tributário no Município de Florianópolis.⁷⁵

Considera salutar a impugnação na esfera administrativa porque pode trazer alguns benefícios para o contribuinte, como o não pagamento de custas, a possibilidade de conhecer a defesa do ato impugnado e, também, para subsidiar eventual ação judicial.

Ao discorrer sobre a prova no curso do processo administrativo, ressaltou que não vigora o princípio do dispositivo, mas o princípio da verdade real.

Da leitura de suas reflexões verifica-se, especificamente quanto ao tema em debate, que o autor vê a verdade material como um princípio em vigor no processo administrativo do qual se vale a autoridade julgadora para solucionar os conflitos. Há, portanto, uma expectativa de que seja aplicado.

74 ADRIANO, Ana Paula de Oliveira. Do processo administrativo tributário no Estado do Ceará. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n° 1015, 12abr.2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8237>>. Acesso em: 24.02.2009.

75 NUNES, Sandro Luiz. O processo administrativo tributário no Município de Florianópolis. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n° 338, 10 jun.2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5267>>. Acesso em: 24.02.2009.

Dos textos analisados, ainda que o enfoque seja diferenciado e que cada um dos autores revele uma expectativa bem particular em relação ao modo como deveria ser o processo administrativo no respectivo Estado ou Município de sua atuação, pode-se constatar que trazem uma concepção do princípio da verdade material como de extrema relevância para se fazer justiça.

Os três autores colocaram o princípio da verdade material no mesmo patamar dos princípios constitucionais, ao lado de outros de importância fundamental, como o da legalidade, o do contraditório, o da ampla defesa. Veem-no, portanto, como uma diretriz a ser observada no processo administrativo tributário.

9. O processo administrativo tributário no Estado de São Paulo

É essencial esclarecer que por ocasião do início do presente trabalho discutia-se na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo o Projeto 692/08 para a mudança do processo administrativo tributário paulista. Pensou-se que levaria algum tempo para uma discussão ampla das inovações pretendidas. Porém, o projeto tramitou em caráter de urgência, sofreu algumas emendas, mas logo chegou à situação de Emenda Aglutinativa Substitutiva ao Projeto de Lei 692, de 2008. Pouco depois foi convertido na Lei 13.457, de 18 de março de 2009, publicado no DOE de 19/03/2009.

Houve algumas alterações com relação à lei anterior, mas a maior delas ocorreu quanto à possibilidade da tramitação do processo por meio eletrônico. Especificamente em relação aos princípios incidentes no processo administrativo houve alguma modificação, assim como com relação à prova.

Como constava na lei antiga, o primeiro dispositivo da lei nova, ao explicitar sua finalidade, tocou em conceitos fundamentais para a compreensão do processo administrativo tributário e da sua função no relacionamento do Fisco com o contribuinte.

Na condição de processo, implica que tramitará mediante uma série de atos ordenados pelo rito estipulado na própria lei, com o objetivo de chegar a uma decisão final sobre o litígio instaurado em decorrência da impugnação feita ao ato de lançamento ou à penalidade imposta.

Destarte, para a existência do processo administrativo, nos termos da Lei 13.457/09, é imprescindível a existência de litígio acerca dos tributos estaduais e as respectivas penalidades. As relações jurídicas tributárias constituem, portanto, o seu âmbito de incidência.

Eduardo Domingos Botallo levanta alguns elementos identificadores da função administrativa judicante: a configuração de um conflito na aplicação do direito, dada a resistência do contribuinte ao ato de lançamento; a atividade de interpretar as normas jurídicas incidentes nesse conflito e a finalidade de resolvê-lo.⁷⁶

O autor aponta, ainda, distinção entre a função administrativa judicante, a função jurisdicional e a função administrativa ativa.

A função administrativa judicante e a função administrativa ativa são exercidas pelo Poder Executivo. Todavia, a primeira apresenta características similares às da função jurisdicional prestada pelo Poder Judiciário, exceto pela circunstância de resolver de forma definitiva o conflito. Afirma que *“Tanto uma como a outra atuam substancialmente sob os mesmos pressupostos (identidade de momento), pelos mesmos meios (identidade de modo), e perseguem os mesmos objetivos (identidade de finalidade).”*⁷⁷

O artigo 2º, tanto na lei em vigor quanto na lei revogada, trata dos princípios incidentes no processo administrativo (publicidade, economia processual, motivação, celeridade). Cuida-se, como se sabe, de um rol exemplificativo. Muitos outros princípios incidem para orientar a correta decisão proferida no processo administrativo.

É mencionado também no artigo segundo, em observância às garantias constitucionais, que é assegurado ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, repetindo o comando constitucional.

As mudanças trazidas pela lei nova surgem a partir do artigo 3º, com vistas à adaptação a uma nova realidade: o processo virtual.

76 BOTTALLO, Eduardo Domingos. Curso de Processo Administrativo Tributário. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. pag. 57.

77 BOTTALLO, Eduardo Domingos. Curso de Processo Administrativo Tributário. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. pag. 58.

Outra mudança significativa foi o estabelecimento de um sistema expresso de preclusão no processo administrativo.

Cabe mencionar a existência de uma corrente doutrinária que não admite a preclusão no processo administrativo. Essa postura foi defendida por Luis Eduardo Schoueri e Gustavo Emilio Contrucci de Souza no artigo “Verdade Material no ‘Processo’ Administrativo Tributário” em que sustentam a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997, na parte referente à preclusão.⁷⁸

Ponto de vista diverso, para a questão da preclusão, foi suscitado por Luiz Fernando Mussolini Júnior no artigo “Processo Administrativo Tributário do Estado de São Paulo”.⁷⁹

No estudo em comento, no qual analisou a Lei 10.941/2001(hoje revogada) e a lei federal sobre processo administrativo, o autor levantou algumas questões interessantes e complexas que podem surgir no curso do processo administrativo. Dentre essas, interessa verificar, na presente pesquisa, a abordagem que fez sobre o tema “verdade material versus contraditório.”

Para dissertar sobre a questão, Luiz Fernando Mussolini Júnior levantou dois questionamentos. Primeiro perguntou se o princípio da verdade material autorizaria a juntada de provas a qualquer momento no curso do processo administrativo, incluindo a sustentação oral. Na segunda pergunta pretendeu verificar se essa permissão implicaria o comprometimento do princípio do contraditório.

Pelo que relata, havia antes a possibilidade de juntar documentos a qualquer momento.

Comentou que na lei federal sobre processo administrativo e também na lei paulista, no artigo 20, da Lei 10.941/2001(hoje revogada), a prova documental deveria ser juntada na impugnação, sem o que pre-

78 SCHOUERI, Luiz Eduardo e CONTRUCCI A DE SOUZA, Gustavo Emílio. Verdade material no “processo” administrativo tributário, in ROCHA, Valdir de Oliveira Rocha (Coordenador). Processo Administrativo fiscal, 3º volume. São Paulo: Dialética, 1998 (pag. 139-159).

79 MUSSOLINI JÚNIOR, Luiz Fernando. Processo Administrativo do Estado de São Paulo. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, 66, ano 14, janeiro-fevereiro de 2006 (pág. 256 até 275).

cluiria, com exceção das hipóteses de força maior ou documento referente a direito superveniente ou para refutar fatos ou razões levadas aos autos posteriormente pelo Fisco.⁸⁰

Concluiu sua reflexão respondendo negativamente à primeira pergunta e positivamente à segunda, ou seja, o princípio da verdade material não autoriza a juntada de documentos a qualquer momento, salvo naquelas hipóteses previstas na lei e eventual permissão em sentido diverso implica ofensa ao contraditório. Pode-se dizer que suas considerações continuam válidas para a lei atualmente em vigor.

No que se refere às provas, a grande novidade da Lei 13.457/09 foi a possibilidade de ser produzida por meio eletrônico.

Assim, como reflexo da utilização do processo virtual, a lei em vigor ampliou o número de artigos para dispor sobre a prova, visando, sobretudo, a disciplinar as formas de sua produção e o seu controle por meio eletrônico. Vão do artigo 18 até o artigo 22.

O direito à produção de prova significa a garantia dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como o da proibição das provas ilícitas.

A lei fez menção a todos os meios de prova. Quer dizer, portanto, que poderá ser tomado como base o disposto no artigo 332, do Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil traz um rol exemplificativo de prova, vez que admite até mesmo outros meios nele não especificados, ou seja, além da confissão, da prova documental, prova testemunhal, prova pericial, é possível provar o alegado por outros meios. O limite é a utilização de um meio moral e legítimo. Nesses termos, há observância ao prescrito no art. 5º, da Constituição Federal, ao determinar que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Ainda que, em matéria tributária, seja difícil pensar-se, por exemplo, em prova testemunhal, tendo em vista a natureza da relação jurídica de direito material envolvida, que demanda praticamente a redução das

80 MUSSOLINI JÚNIOR, Luiz Fernando. Processo Administrativo do Estado de São Paulo. *In*: Revista Tributária e de Finanças Públicas, 66, ano 14, janeiro-fevereiro de 2006, pág. 272.

ocorrências a documentos, deve ser admitida a sua produção, caso seja pleiteada, porque se constitui num meio lícito de prova.

Outra questão relevante acerca dessa matéria consiste na prova por presunção em decorrência de alguns fatos específicos.

Maria Rita Ferragut ensina que “*ao direito somente é possível conhecer a verdade por meio de provas*”⁸¹. Sem dúvida, não é possível alcançar os acontecimentos porquanto os eventos se esvaem com o tempo. Resta, pois, reconstruí-los por meio da linguagem. Assim, mesmo que o contribuinte tente ocultar um fato gerador, pode este ser provado de forma indireta, por meio de outros fatos, como ocorre na presunção.

É essencial levar em conta que a fiscalização tem o dever de comprovação, consoante as lições de Aurélio Pitanga Seixas Filho.⁸²

O artigo 19 da lei nova, que corresponde ao artigo 20 da lei revogada, trouxe, à primeira vista, mudança quanto à forma.

Quanto ao conteúdo, o artigo 19 da lei em vigor não trouxe mudança no teor do *caput*, que diz respeito ao momento em que devem ser produzidas as provas. A modificação ocorreu na supressão de um parágrafo. Antes eram dois. Agora há apenas o parágrafo único, tratando da necessidade de prova cabal para demonstrar a não juntada dos elementos probatórios no momento oportuno.

Verifica-se que foi suprimido o parágrafo segundo, que abria a possibilidade de exame de novas provas em fase recursal. Em contrapartida, abriu-se espaço para a garantia do contraditório, vez que a parte contrária deverá ser ouvida.

A grande novidade em termos de prova veio com a possibilidade de ser produzida por meio eletrônico. Para regular essa matéria foram reservados os artigos 21 e 22.

O artigo 21 cuida da transcrição de documento eletrônico e prescreve as hipóteses em que terá valor probante. Seu parágrafo primeiro

81 FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário, 2ª edição, São Paulo: Quartier Latin, 2005, pag. 78.

82 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Princípios de direito administrativo tributário. Revista Fórum de Direito Tributário. RFDT, Belo Horizonte, ano 6, nº 33, pag. 141-155.

prescreve em que consiste a “transcrição” e o parágrafo segundo estabelece a forma de comprovação de integridade do documento transcrito.

O artigo 22 trata da prova eletrônica com relação aos documentos emitidos pelo sujeito passivo nos casos de infração. Prescreve os requisitos dos demonstrativos apresentados pelo Fisco e a forma como o sujeito passivo pode contradizer os demonstrativos fiscais.

Tratando-se de procedimento completamente novo, possivelmente demandará algum tempo para sua utilização plena, para alcançar a pretendida economia e celeridade processual.

Da seção que trata da competência dos órgãos de julgamento interessa para o presente estudo o dispositivo que prevê a possibilidade de realização de diligência e, também, aquele que garante a livre apreciação da prova.

Ao possibilitar que o órgão de julgamento determine a realização de diligências necessárias à instrução do processo, parece adotar o princípio inquisitório ou da oficialidade. Possível afirmar-se, então, tomando como base os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, que esse poder contido no art. 25 da Lei 13.457/09 importa na aplicação do princípio da liberdade de prova ou da verdade material.

Se o órgão de julgamento determina a realização de alguma diligência, seu objetivo, ao que tudo indica, é o de perscrutar a perfeita correspondência entre os fatos narrados e a relação jurídica tributária que ensejou o conflito. Está, portanto, em busca da verdade material.

Pelos seus ensinamentos, Fabiana Del Padre Tomé tem postura diversa, pois afirma que o Código de Processo Civil e a legislação sobre o processo administrativo tributário adotaram o sistema da persuasão racional e adverte que a liberdade do julgador limita-se à prova dos autos.⁸³

Outro ponto que interessa discutir, em virtude da implicação com o princípio da verdade material, consiste no dispositivo do art. 34 da Lei 13.457/09, que prescreve os requisitos do auto de infração.

⁸³ TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2005, pág. 248.

Com efeito, os elementos do auto de infração consubstanciam a prova da ocorrência do fato típico tributário e o ilícito constatado. Essencial que espelhe a realidade, que seja elaborado em perfeita consonância com a lei e apresente clara motivação, para fazer valer o princípio da legalidade e, especialmente, o respeito aos direitos fundamentais do contribuinte, que poderá impugná-lo, se assim o quiser, no âmbito administrativo ou na esfera judicial.

Sem dúvida, o artigo 34 da Lei 13.457/09 expressa um comando rígido, pois estipula quais informações devem obrigatoriamente constar do auto de infração em cada um de seus incisos que têm uma função bem clara e específica para determinar os elementos da obrigação tributária.

Assim, os incisos e parágrafos do mencionado dispositivo têm como finalidade registrar de forma precisa o lançamento, todo o seu procedimento, de modo a permitir que seja analisado sob o enfoque dos princípios constitucionais e dos princípios da Administração Pública.

José Eduardo Soares de Melo, ao analisar a natureza jurídica do auto de infração, afirma que caracteriza um autêntico lançamento tributário.⁸⁴

Adverte quanto à necessidade de observância à legalidade, para resguardar os direitos e garantias do contribuinte e ressalta o caráter vinculado da atuação do Fisco.⁸⁵

Como se vê, a lei nova trouxe algumas normas que cedem vez ao princípio dispositivo, tais como o sistema de preclusão. Contudo, é possível afirmar que o princípio da verdade material está presente e deve orientar a atuação fiscal e essa exigência fica muito clara no artigo 34 da Lei 13.457/01, que trata do lançamento de ofício.

Pode-se afirmar também que o princípio da verdade material ainda encontrou abrigo no processo administrativo, quando o legislador permitiu ao órgão de julgamento a possibilidade de determinar a realização de diligências para formar o seu convencimento.

84 MELO José Eduardo Soares de. Processo tributário administrativo Federal, Estadual e Municipal. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pág. 115.

85 *ibid*, pág. 116.

Com efeito, nem poderia ser diferente, porque a Constituição Federal, fundamento de validade de todas as normas, indicou como referência a jurisprudência dos valores que, consoante comenta Alexandre Alberto Teodoro da Silva, objetiva a segurança jurídica.⁸⁶

10. Conclusões

1. Do estudo realizado pode-se concluir que a interpretação é ferramenta indispensável para compreender e aplicar qualquer norma jurídica, inclusive as tributárias que se referem à atuação do fisco, motivo pelo qual se procurou seguir os critérios de tão importante ciência para analisar como se apresenta o princípio da verdade material no processo administrativo tributário.

2. Com esse objetivo, qual seja, o de buscar “*a definição do possível sentido e alcance da norma jurídica em um determinado sistema*”,⁸⁷ foram pesquisados inúmeros textos de nossos doutrinadores que, de alguma perspectiva, trataram da questão, constatando-se que, embora não haja unanimidade sobre a forma de abordagem do princípio da verdade material, há relativa concordância quanto ao conceito de princípios em si, bem como da sua importância para o processo tributário.

3. Assim, verificou-se que princípios são normas explícitas ou implícitas dotadas de valores que devem orientar a atuação do Fisco durante todo o procedimento de lançamento e, durante o processo administrativo tributário que decorre da impugnação ao crédito tributário exigido, devem servir de referência e valor para a decisão do feito.

4. O princípio da verdade material tem lugar nos diversos ramos do Direito Público, em decorrência do princípio da oficialidade e da legalidade, especialmente para se chegar à segurança jurídica.

5. Deve estar presente, portanto, durante toda a ação fiscal, a fim de que a prova se construa com observância à estrita legalidade, à transpa-

86 SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da – Avaliação concreta da interpretação no Direito Tributário, *In: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v.1 p.1/3-14, 2008.

87 SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da – Avaliação concreta da interpretação no Direito Tributário, *In: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v.1 p.1/3-14, 2008.

rência e possa resistir à refutação a que o contribuinte tem direito pelo ato de impugnação.

6. Imprescindível que oriente o ato de lançamento, a elaboração do auto de infração, em toda a colheita da prova, que deverá observar os princípios constitucionais, os princípios do sistema tributário e os princípios da Administração Pública, a fim de que o crédito tributário se qualifique pela certeza, liquidez e exigibilidade, viabilizando o seu recebimento.

7. Ainda que se ventile do princípio da verdade material, quando do exame da defesa ofertada pelo contribuinte, a sua aplicação é mais rigorosa para o Fisco, na produção da prova do lançamento, pois como ato jurídico administrativo deve preencher os requisitos legais, sob pena de revisão de ofício, de rejeição pelo órgão de julgamento administrativo e, ainda, pelo Poder Judiciário.

8. Essencial lembrar, consoante consignado por Alexandre Alberto Teodoro da Silva, que houve mudança de paradigma, com a adoção da jurisprudência dos valores, levando à necessidade de sopesar os princípios incidentes no caso concreto, quando do julgamento do feito.

9. Para o contribuinte, o princípio da verdade material é visto como garantia.

10. Essa garantia alcança, segundo alguns autores, dentre esses Alberto Xavier (neste particular opondo-se a Hely Lopes Meirelles), que o mencionado princípio seja afastado para dar lugar a outros, tais como o da proibição do *reformatio in pejus*, na hipótese de a situação do contribuinte ficar mais gravosa em decorrência do manejo de defesa no processo administrativo.

11. O princípio da verdade material encontra-se presente tanto na função típica quanto na função atípica da administração pública.

12. Na primeira, por dever de ofício, em decorrência do princípio da legalidade, da oficialidade, da transparência, da segurança jurídica; na segunda, pela possibilidade de o órgão julgador permitir ou determinar a produção de provas que se fizerem necessárias para decisão do processo administrativo tributário.

13. No processo administrativo tributário paulista, regulado pela Lei 13.457, de 18 de março de 2009, pode-se afirmar que há espaço para

o princípio da verdade material porque existe a exigência de que o auto de infração preencha os requisitos legais; para o órgão de julgamento, existe a possibilidade de determinar, de ofício, a produção da prova que entender necessária, a par de atuar como controlador da atuação fiscal.

11. Referências

ADRIANO, Ana Paula de Oliveira. *Do processo administrativo tributário no Estado do Ceará. Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n° 1015, 12abr.2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+8237>>. Acesso em: 24 fev. 2009.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed., revista. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1994.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4. ed. ampliada e atualizada em função da Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

(Coleção de textos de direito tributário. v. 8).

BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atualizada por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARALDI, Tereza Cristina Albieri. *Metodologia da pesquisa científica em Ciências Humanas: o quê, para quê e como pesquisar?* In: Revista Artigos da Polícia Civil. Vol. XLVII, São Paulo: Gráfica da Academia de Polícia, 2004, p.126-146.

_____. *Anotações das aulas de Metodologia Científica ministradas no Curso de Pós-graduação lato sensu em Direito Tributário da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado*, março-abril de 2008: São Paulo.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Curso de Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006, p. 191.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 3. ed. revista e atualizada pela Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed., revista, São Paulo: Saraiva, 2007.

CASSONE, Vittorio – *Processo tributário: teoria e prática/Vittorio Cassone, Maria Eugenia Teixeira Cassone*. 8. ed., 2ª reimpressão, São Paulo: Atlas, 2007.

CONRADO, Paulo Cesar. *Processo Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

DINIZ, Maria Helena. “*Técnicas de Monografia Jurídica*”. Curso ministrado no dia 17/05/2008, no Instituto Internacional de Direito. São Paulo.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*. 2. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO Filho, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 2. Atos processuais a recursos e processos nos tribunais. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Manual de processo penal*. 4. ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scaranse; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Dicionário de Direito Público*. 2. ed., revista e ampliada. São Paulo: MP Editora, 2005.

HORVATH, Estevão. *Lançamento tributário e “autolançamento”*. São Paulo: Dialética, 1997.

ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito Tributário: uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

_____. *Procedimento Administrativo Fiscal – como direito e garantia fundamental do contribuinte e a sua eficácia*. Artigo publicado na coletânea *Processo administrativo Tributário – Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007. Coordenação de Sergio André Rocha, p. 661-688.

LIMA, Alcides Mendonça. *Dicionário do Código de Processo Civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 3-2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. V. II. Campinas: Booseller, 1997.

_____. *Manual de direito processual civil*. V. 1, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed., atualizada pela Constituição de 1988, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELO, José Eduardo Soares de. *Processo tributário administrativo Federal, Estadual e Municipal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MINATEL, José Antonio. *Processo Administrativo Tributário*. (In: *Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho*. Rocha, Sergio André (Coordenação), São Paulo: Quartier Latin, 2007, Coordenação de Sérgio André, (texto do autor: p. 322-345).

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MUSSOLINI JÚNIOR, Luiz Fernando. *Processo Administrativo do Estado de São Paulo*. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, 66, ano 14, janeiro-fevereiro de 2006, p. 256-275.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Sandro Luiz. *O processo administrativo tributário no Município de Florianópolis*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº 338, 10 jun. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5267>>. Acesso em: 24 fev. 2009.

PLACIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico* (edição Universitária), volume III J – P, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo código de processo civil*. 1º volume, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

SCHOUERI, Luiz Eduardo; CONTRUCCI A. DE SOUZA, Gustavo Emílio. Verdade material no “processo” administrativo tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira Rocha (Coordenador). *Processo Administrativo fiscal*, 3º volume. São Paulo: Dialética, 1998, p. 139-159.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios de direito administrativo tributário*. Revista Fórum de Direito Tributário. RFDT, Belo Horizonte, ano 6, nº 33, p. 141-155.

SILVA, A. A. T. Avaliação Concreta da Interpretação no Direito Tributário. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, V. 1, p. 1-3/14, 2008.

_____ Os Limites da Integração no Direito Tributário. Revista Tributaria e de Finanças Públicas. São Paulo, V. 56, p. 96-114, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed., revista e ampliada de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª tiragem, 1990.

SOUZA, Ângela Maria Melo de. *Verdade Material: da ação Fiscal do Processo Tributário Administrativo – Estudos de Direito Tributário*, p. 77-112.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2005.

XAVIER, Alberto. *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Considerações sobre a reforma previdenciária promovida pela emenda constitucional nº 20, de 1998, e a inviabilidade de manutenção de regimes previdenciários públicos autônomos

Rafael Augusto Freire Franco¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Breves notas sobre a gestão do sistema previdenciário paulista exercida pelo IPESP; 3. A Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998 – exclusividade na gestão previdenciária pública – mudança de paradigma; 4. Competência de gestão das carteiras autônomas após a emenda constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998; 5. Opção legislativa pela manutenção das carteiras autônomas e seus efeitos perante a Constituição Federal e a legislação federal regulamentadora; 6. Conclusões; 7. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência. Gestão pública. Regimes autônomos. Vedação.

¹ Procurador do Estado de São Paulo, designado Chefe da Consultoria Jurídica da São Paulo Previdência – SPPrev, Especialista em Direito pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1. Introdução

O regramento previdenciário nacional tem sido alvo de constantes mudanças nas últimas décadas. Dentre elas destacam-se aquelas operadas pelas Emendas à Constituição de nº 19 e nº 20, ambas de 1998; nº 41, de 2003; nº 47, de 2005; e nº 70, de 2012.

Alterações que foram seguidas, mesmo que tardiamente, pelas correspondentes regulamentações legais e administrativas, em especial no âmbito federal², num forte movimento intervencionista das políticas públicas de gestão de pessoal e previdenciária, renegando-se à inconstitucionalidade tudo aquilo que não guardasse estrito respeito às regras emitidas.

Por isso é que, nos dias atuais, não é rara a surpresa de muitos dos operadores do Direito ao se depararem com os desdobramentos prático-jurídicos ocasionados pela transformação que os temas previdenciários têm sofrido, em um claro viés uniformizador nacional, restritivo de direitos em relação aos benefícios e beneficiários, e sancionador em face do Poder Público em casos de inobservância.

Nesta perspectiva, apresentava-se o Estado de São Paulo, até recente data, como um dos entes federados cuja gestão do sistema previdenciário público necessitava de adequações relevantes.

2. Breves notas sobre a gestão do sistema previdenciário paulista exercida pelo IPESP

Previsto na norma do artigo 93³ da Constituição Estadual de 1935, e organizado inicialmente pelo Decreto nº 10.291, de 1939⁴, o primevo Instituto Previdenciário Paulista tinha como finalidades originais assegurar aposentadorias a servidores estaduais e municipais, e a reforma aos militares estaduais e bombeiros municipais. Atividades que guarda-

2 Destacam-se por sua importância regulatória e alterações de paradigmas as Leis Federais nº 9.717/98, 9.796/99 e 10.887/2004, e as Portarias MPS nº 154/2008 e nº 402/2008.

3 “Art. 93 – O Governo organizará o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado e dos Municípios, destinado a suportar os encargos da aposentaria e do montepio desses servidores, e a prestar assistência a estes e às suas famílias, nos termos que a lei determinar.”

4 Atualmente, pelo Decreto nº 30.550/89.

vam o devido nexos com a previsão da Carta Estadual e aquilo que se esperaria de uma entidade previdenciária⁵.

No entanto, e em soma a tais competências, sua organização regulamentar também previu a prática de atividades afastadas de sua natureza e de seus objetivos primordiais, fixando como finalidades parelhas a concessão de empréstimos imobiliários e, num grau relativo de afinidade, a prestação de assistência médica e hospitalar.

Outrossim, há tempos também ocorreu certa profusão de categorias de servidores e funções públicas, com as correspondentes regras previdenciárias – de algum modo *sui generis* – gerando grande dificuldade no estabelecimento e no pagamento das remunerações, proventos e pensões por tal entidade pública competente⁶.

Afora tais situações, ainda se verificou o engrandecimento político-legislativo de determinadas classes profissionais, que em certa medida obtiveram o partilhamento de responsabilidades com entes estatais, pelo incremento de relações jurídicas garantistas no aspecto previdenciário perante o IPESP⁷. Relações as quais, já se adianta, são ligadas precipuamente aos “regimes previdenciários autônomos”, assim chamados por serem constituídos por participantes das mais distintas categorias e naturezas jurídicas, não vinculadas ao funcionalismo público em sentido

5 “Artigo 2º – O Instituto tem por fim:

a) Assegurar:

1º) Aposentadoria aos funcionários estaduais e, nas condições adiante estabelecidas, aos municipais e aos dos institutos autônomos;

2º) Reforma aos militares estaduais e, sob aquelas mesmas condições, aos bombeiros municipais;

3º) Pecúlio ou pensão aos beneficiários dos contribuintes; auxílio para funeral e luto;

b) Conceder:

1º) Empréstimos hipotecários para a construção de casas a contribuintes e beneficiários;

2º) Empréstimo sob penhor, por intermédio do Monte de Socorro, a contribuintes ou não;

3º) Assistência médica e hospitalar, bem como outras vantagens facultadas em regulamento, a contribuintes e beneficiários.”

6 São exemplos, entre outros, os funcionários abrangidos pela Lei estadual nº 500/1974, os quais, por força do artigo 2º, §§ 2º e 3º, da Lei complementar estadual nº 1.010/2007, foram abarcados pelo regime público previdenciário no Estado de São Paulo, atualmente gerido pela São Paulo Previdência.

7 Economistas (Lei estadual nº 7.384/62), Advogados (Leis estaduais nº 10.394/70 e 13.549/09), Notários e Registradores extrajudiciais (Leis estaduais nº 10.393/70 e 14.016/10), Vereadores (Leis estaduais nº 951/76 e 8.816/94), servidores municipais (Lei estadual 6.047/61), etc.

estrito (hoje expressamente “atribuições de natureza não previdenciária”, nos termos da lei).⁸

Percebe-se, assim, que, desde seu início, a gestão previdenciária foi realizada pela Administração Pública Paulista, na figura do IPESP, de forma confusa em seus objetivos, nem sempre congruente ao caráter maior de seus objetivos, a previdência pública de seus próprios funcionários.⁹

3. A emenda constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998 – exclusividade na gestão previdenciária pública – mudança de paradigma

Como já dito alhures, o constituinte reformador do final da década de 1990 operou profundas transformações no sistema previdenciário nacional. A principal¹⁰ delas restou consubstanciada nos ditames da Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998.¹¹

Por meio dessa mutação, o artigo 40, da Lei Maior, passou a prever explicitamente, em seu “caput”, o âmbito de abrangência do regime público de previdência, fazendo-o valer unicamente para aqueles “titulares de cargos efetivos”, em quaisquer das esferas de governo.

“Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.” (grifos nossos)

8 É de notar que atualmente a gestão da previdência pública paulista (“atribuições de natureza previdenciária”) é realizada por órgão único, na figura da autarquia São Paulo Previdência, em conformidade à Lei federal nº 9.717/98.

9 Ressalva-se que tal prática nunca foi exclusiva no Estado de São Paulo, mas, sim, disseminada em todo o País. Algumas vezes por razões econômico-sociais, como é o caso das Carteiras de Servidores Municipais daqueles entes sem a possibilidade de manter regime próprio; outras, por estranhas conjunturas políticas, como são os casos dos regimes dos Advogados e dos Economistas.

10 Naquilo que toca ao presente estudo.

11 Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.

Esta restrição, que à primeira vista pode parecer não impactar naquilo que se entendia possível na gestão previdenciária em vigor no Estado de São Paulo, trouxe grandes reflexos ao que legalmente até então competia ao IPESP.

Isso porque, em decorrência de tal quadro constitucional, as pessoas políticas tiveram restringidas suas competências de criação, gestão e consequente manutenção dos regimes de previdência daqueles não enquadrados como servidores efetivos, ainda que mantidos em fundos fechados ou regimes distintos e custeados por fontes próprias.¹²

Esta é, inclusive, a interpretação dada pelo Ministério da Previdência Social no Parecer nº 082/2009/CGNAL/DRPSP/SPS/MPS¹³, no qual entendeu-se que, além da incompetência para criar e manter regime diverso do contido no artigo 40, da Constituição, também falece ao Estado – e às demais unidades da federação – a competência para arrecadar contribuições sociais que não sejam para manter o regime previsto no mesmo dispositivo.

A Constituição Federal concedeu competência exclusiva à União para instituir tributos na modalidade de contribuições sociais, espécie que financia a previdência social. Apenas duas exceções foram estabelecidas a esta regra. O art. 149, §1º (parágrafo único na redação original), concede aos Estados, o (sic) Distrito Federal e os (sic) Municípios competência para instituir contribuição destinada ao custeio do regime previdenciário de que trata o art. 40, ou seja, atualmente, apenas para os servidores titulares de cargo efetivo. (destaques no original)

Dessa forma, após a alteração de paradigma na regulação previdenciária nacional, com força constitucional, torna-se possível afirmar que qualquer norma local que contenha disposição contrária será tida como

12 Caso das Carteiras regradas pelas Leis estaduais nº 10.393/70 e 10.394/70.

13 Disponível em: <http://www.ipesp.sp.gov.br/Legislacao_2012.aspx>. Acesso em: 30/10/2012.

revogada¹⁴ pelo novel conteúdo, após 16 de dezembro de 1998, data de vigência da Emenda Constitucional n° 20¹⁵.

4. Competência de gestão das carteiras autônomas após a emenda constitucional n° 20, de 16 de dezembro de 1998

A despeito de toda a modificação operada no âmbito nacional, tardou o Estado de São Paulo na adequação de sua legislação aos parâmetros constitucionais contemporâneos.

Mesmo depois de regulada pela Lei Federal n° 9.717/98¹⁶, a Emenda Constitucional n° 20/98 não trouxe imediatos reflexos na gestão previdenciária bandeirante, a qual continuou a ser efetivada pelo Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – primevo IPESP – da mesma maneira e com os mesmos limites normativos.

Somente cerca de uma década depois, em meados do ano de 2007, é que o legislativo estadual, por meio da Lei Complementar Estadual n° 1.010/07 – criadora da São Paulo Previdência – modificou a estrutura administrativa da previdência pública e, em cumpri-

14 Conclusão dada como base no entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a superveniência de regramento constitucional revoga a espécie normativa anterior a ele contrária e incompatível. Não se trata de inconstitucionalidade superveniente, como sustenta parte da doutrina. Por todos, vide ADIn n° 02/DF, Ministro-relator Paulo Brossard, j. e, 06.02.92. DJU de 21.11.97. Ementa: EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que quinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (ADI 2, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001).

15 Vigência estipulada conforme artigo 16, da EC n° 20/98. Publicação no DOU de 16.12.98.

16 Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.

mento ao artigo 40, § 20, da Constituição Federal, instituiu órgão gestor único na unidade federativa, responsável pelo Regime Próprio dos Servidores Públicos e pelo Regime Próprio de Previdência dos Militares Estaduais¹⁷.

Entretanto, o mesmo diploma legal estipulou a extinção pura e simples do IPESP, absorvendo a SPPrev. apenas aquelas competências de índole previdenciária.

Artigo 36 – As atribuições conferidas pela legislação em vigor ao Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP, à Caixa Beneficente da Polícia Militar – CBPM, às Secretarias de Estado e às entidades da Administração indireta do Estado, bem como aos Tribunal de Justiça, Ministério Público e Universidades, relacionadas à administração e pagamento de benefícios previdenciários, serão assumidas pela SPPREV, conforme cronograma a ser definido por decreto. (grifos nossos)

Artigo 40 – A SPPREV deverá estar instalada e em pleno funcionamento, tendo assumido a administração e execução de todas as atividades que lhe são conferidas nos termos desta lei complementar, inclusive no que se refere aos Poderes Judiciário e Legislativo, e ao Ministério Público, em até 2 (dois) anos após a publicação desta lei complementar, período no qual os órgãos, entidades e unidades dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, e do Ministério Público, deverão fornecer à SPPREV, mensalmente, as informações relativas a dados cadastrais e folha de pagamento dos seus membros e servidores públicos, ativos e inativos, dos militares do serviço ativo, dos agregados ou licenciados, da reserva remunerada ou reformados, necessárias ao atendimento das exigências contidas na Lei federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, com alterações introduzidas pela Lei federal nº 10.887, de 18 de junho de 2004, e regulamentação própria .

¹⁷ Artigo 40, § 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

§ 1º – Concluída a instalação da SPPREV fica extinto o IPESP, sendo suas funções não previdenciárias realocadas em outras unidades administrativas conforme regulamento.

§ 2º – As funções previdenciárias da CBPM serão transferidas para a SPPREV, permanecendo a CBPM com as suas funções não previdenciárias, na forma a ser definida em regulamento. (grifos nossos)

Unicamente em 2010, com a edição da Lei estadual nº 14.016, é que tal situação restou melhor definida.

Definiu-se, então, que mantidas as obrigações legais e constitucionais delegadas à nova Autarquia (São Paulo Previdência), todas as demais competências – diga-se, aquelas não previdenciárias – antes mantidas pelo IPESP (Instituto de Previdência do Estado de São Paulo) passariam a ser responsabilidade de tal entidade, a qual passaria a ser denominada Instituto de Pagamentos Especiais¹⁸.

Artigo 9º – O Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP, criado nos termos do artigo 93 da Constituição Estadual, de 9 de julho de 1935, organizado como entidade autárquica pelo Decreto nº 10.291, de 10 de junho de 1939, e com seu atual Regulamento aprovado pelo Decreto nº 30.550, de 3 de outubro de 1989, passa a denominar-se Instituto de Pagamentos Especiais de São Paulo – IPESP, mantidas as suas atribuições de natureza não previdenciária. Parágrafo único – A estrutura organizacional do IPESP, estabelecida em decreto, atenderá às necessidades da Carteira das Serventias e da Carteira dos Advogados. (grifos nossos)

Artigo 10 – Constitui objetivo fundamental do Instituto de Pagamentos Especiais de São Paulo – IPESP a liquidação das seguintes carteiras:

I – Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo, de que trata a Lei nº 10.394, de 16 de dezembro de 1970, com as alterações da Lei nº 13.549, de 26 de maio de 2009;

¹⁸ Ambos passaram, portanto, a ser conhecidos pela mesma sigla, IPESP, o que tem causado outra leva de confusões no trato prático do tema.

II – Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, de que trata a Lei nº 10.393, de 16 de dezembro de 1970, com as alterações desta lei.

Parágrafo único – As demais atribuições do IPESP continuam sob sua responsabilidade até sua total extinção. (grifos nossos)

Com isso, os chamados regimes autônomos de previdência estadual, compostos por participantes não integrantes dos quadros dos servidores titulares de cargo efetivo no Estado, ou por militares estaduais, passaram a ser administrados, em regime de extinção, pelo recém-nomeado IPESP¹⁹.

5. Opção legislativa pela manutenção das carteiras autônomas e seus efeitos perante a Constituição Federal e a legislação federal regulamentadora

Diante das modificações legislativas operadas no Estado de São Paulo, a principal dúvida quanto aos efeitos trazidos pela Emenda Constitucional nº 20/98, frente às chamadas “carteiras autônomas” ou “regimes autônomos”, é a efetiva possibilidade de sua manutenção no sistema normativo estadual.

Tal se afirma, porque a opção do legislador paulista foi pela manutenção de tais sistemas em regime de extinção, apesar da nova sistemática constitucional proibitiva de tais atividades, iniciada a partir de 16 de dezembro de 1998.

No âmbito federal, e por provocação expressa da Superintendência do IPESP²⁰, a questão foi particularmente apreciada pelo já citado Parecer nº 082/2009/CGNAL/DRPSP/SPS/MPS²¹, do Ministério da Previdência Social²², o qual, nesse ponto, concluiu pela possibilidade

19 Nesse sentido, vide Leis estaduais nº 13.549/09 e 14.016/10, cujas modificações operaram mudanças nas Leis estaduais nº 10.394/70 e 10.393/70, respectivamente.

20 Ofício nº 054, de 23 de março de 2.009, do Sr. Superintendente do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, questionando a possibilidade de subsistência da Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas do Estado, até o pagamento do último benefício devido.

21 Disponível em: <http://www.ipesp.sp.gov.br/Legislacao_2012.aspx>. Acesso em: 30/10/2012.

22 A quem cabe regular tais posturas, nos termos da Lei federal nº 9.717/98:

de manutenção apenas da gestão dos benefícios referentes àqueles que tivessem implementado todos os requisitos para sua concessão, legalmente previstos em seus respectivos regimes até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98.

Ou seja, estipulou-se um verdadeiro “divisor de águas” com base na formação do direito e da situação fática consubstanciadora do respectivo regime, para cada participante ou dependente à época da reforma tratada.

A jurisprudência consolidada do Supremo manifesta-se no sentido da possibilidade da mudança de regimes jurídicos, não havendo que se falar em direito adquirido por quem não tenha reunido todos os requisitos para seu exercício. Ou seja, não se admite que, após a Emenda nº 20, servidores não titulares de cargo efetivo continuem a implementar os requisitos a se aposentar por um regime próprio administrado pelo Estado, ainda que em carteiras/fundos apartados dos relativos aos titulares de cargo efetivo.

Ocorre que, já pela leitura das Leis estaduais nºs 13.549/09 e 14.016, as quais passaram a reger os principais regimes autônomos subsistentes²³, é possível identificar que houve duvidosa continuidade na administração, pelo Estado, de benefícios devidos a participantes que, à época da transição constitucional, ainda não detinham todo o suporte fático de direito que possibilitasse os eventuais pagamentos a serem devidos²⁴.

A uma, porque tais normas mantiveram todos aqueles inscritos até a data de suas edições, depois de ultrapassada mais de uma década da EC nº 20/98, e mesmo que iniciada a participação depois de sua vigência.

Art. 9º Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:

I – a orientação, supervisão e acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei;

II – o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos nesta Lei.

23 Carteiras das “Serventias” e dos “Advogados”.

24 Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

A duas, porque permitiram a continuidade de vínculos dos participantes que não haviam incorporado ao seu patrimônio jurídico quaisquer dos benefícios até 16 de dezembro do ano fatídico, e que, por isso, detinham apenas expectativa de direitos a determinado regime jurídico²⁵.

– *Lei nº 13.549/09:*

Artigo 1º – Fica declarada em regime de extinção, nos termos desta lei, a Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo a que se refere a Lei nº 10.394, de 16 de dezembro de 1970.

Parágrafo único – Em consequência do disposto no “caput” deste artigo, ficam vedadas quaisquer novas inscrições ou reinscrições na Carteira dos Advogados, mantendo-se em seus quadros apenas os atuais segurados ativos e inativos. (grifos nossos)

25 É posição pacífica do Colendo Supremo Tribunal Federal a impossibilidade de asseguramento de regimes jurídicos antes de sua incorporação ao patrimônio do particular, em especial nas questões previdenciárias: “O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP contra o art. 2º e a expressão “8º”, contida no art. 10, ambos da Emenda Constitucional 41/2003, que tratam dos critérios para a aposentadoria e revogam o art. 8º da Emenda Constitucional 20/98. Salientando a consolidada jurisprudência da Corte no sentido da inexistência de direito adquirido a regime jurídico previdenciário e da aplicação do princípio *tempus regit actum* nas relações previdenciárias, entendeu-se não haver, no caso, direito que pudesse se mostrar como adquirido antes de se cumprirem os requisitos imprescindíveis à aposentadoria, cujo regime constitucional poderia vir a ser modificado. Asseverou-se que apenas os servidores públicos que haviam preenchido os requisitos previstos na EC 20/98, antes do advento da EC 41/2003, adquiriram o direito de aposentar-se de acordo com as normas naquela previstas, conforme assegurado pelo art. 3º da EC 41/2003 (“Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.”). Esclareceu-se que só se adquire o direito quando o seu titular preenche todas as exigências previstas no ordenamento jurídico vigente, de modo a habilitá-lo ao seu exercício, e que as normas previstas na EC 20/98 configurariam uma possibilidade de virem os servidores a ter direito, se ainda não preenchidos os requisitos nela exigidos antes do advento da EC 41/2003. Assim, considerou-se não haver óbice ao constituinte reformador para alterar os critérios que ensejam o direito à aposentadoria por meio de nova elaboração constitucional ou de fazê-las aplicar aos que ainda não atenderam aos requisitos fixados pela norma constitucional. Vencidos os Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello, que julgavam o pleito procedente. Precedentes citados: ADI 3105/DF e ADI 3128/DF (DJU de 18.2.2005); RE 269407 AgR/RS (DJU de 2.8.2002); RE 258570/RS (DJU de 19.4.2002); RE 382631 AgR/RS (DJU de 11.11.2005). ADI 3104/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 26.9.2007. (ADI-3104)” – Informativo STF nº 481.

– Lei nº 14.016/10:

Artigo 1º – Fica declarada em extinção, nos termos desta lei, a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado a que se refere a Lei nº 10.393, de 16 de dezembro de 1970.

Artigo 2º – A Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, financeiramente autônoma e com patrimônio próprio, por não se enquadrar no regime de previdência complementar e demais normas previdenciárias, passa a denominar-se Carteira de Previdência das Serventias Notariais e de Registro – Carteira das Serventias, e a reger-se, em regime de extinção, pelo disposto nesta lei.

§ 1º – Em consequência do disposto no “caput” deste artigo, fica vedada, a partir da data da publicação desta lei, a inclusão de contribuinte facultativo na Carteira das Serventias, salvo aqueles eventualmente desligados após o advento da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.

§ 2º – Fica assegurado o direito de permanência na Carteira das Serventias aos contribuintes facultativos nela incluídos até a data da publicação desta lei. (grifos nossos)

Isso, sem se ater às legislações concernentes aos demais “regimes autônomos” de competência do primevo IPESP, as quais, sem revogação expressa ou outra providência legislativa, têm sua manutenção debatida perante o Poder Judiciário, causando constante prejuízo ao erário²⁶.

Não se ignora, entretanto, que a mera exclusão de cobertura de ditas “carteiras”, nos termos que postos pela Emenda Constitucional nº 20/98, poderia levar a infundáveis discussões jurídicas.

O que se observa é a possível incompatibilidade do trato legislativo estadual que poderá ocasionar sérias consequências de ordem política e econômica ao Estado de São Paulo e algumas de suas autoridades, nos termos da Lei federal nº 9.717/98.

²⁶ Um exemplo, nesse sentido, da prática jurídica, é a manutenção de benefícios pagos, por ordem judicial, a economistas, servidores municipais, etc.

Na hipótese, as sanções previstas em seu artigo 7º, pelo descumprimento da obrigação prevista no artigo 1º, inciso V, da mesma lei.

Art. 1º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:

(...)

V – cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares, e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal, vedado o pagamento de benefícios, mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios; (...) (grifos nossos)

Art. 7º O descumprimento do disposto nesta Lei pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e pelos respectivos fundos, implicará, a partir de 1º de julho de 1999:

I – suspensão das transferências voluntárias de recursos pela União;

II – impedimento para celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como receber empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União;

III – suspensão de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais.

Art. 8º Os dirigentes do órgão ou da entidade gestora do regime próprio de previdência social dos entes estatais, bem como os membros dos conselhos administrativo e fiscal dos fundos de que trata o art. 6º, respondem diretamente por infração ao disposto nesta Lei, sujeitando-se, no que couber, ao regime repressivo da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, e alterações subsequentes, conforme diretrizes gerais.

Parágrafo único. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto, a representação ou a

denúncia positiva dos fatos irregulares, em que se assegure ao acusado o contraditório e a ampla defesa, em conformidade com diretrizes gerais. (grifos nossos)

6. Conclusões

Apresentado o panorama legislativo em que os “regimes autônomos” de previdência, gestados e geridos pelo Estado de São Paulo se inserem, e demonstrada a alteração constitucional de paradigma sofrida com a edição da Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998, conclui-se pela necessidade de melhor adequação da legislação estadual sobre o tema, evitando-se que as sanções legalmente previstas na Lei federal nº 9.717/98, por seu descumprimento, possam ser aplicadas ao Governo Estadual e a parcela de seus dirigentes, dada a fixação de orientação interpretativa pelo gestor nacional do sistema previdenciário em sentido contrário.

A despeito de existirem elementos jurídicos defensáveis, que possam afirmar a autonomia do Estado, como unidade federada, para definir suas posturas administrativas e de gestão em questões puramente não previdenciárias, como o são os “regimes autônomos” em sua essência, a estipulação de posicionamento no âmbito federal pode causar a indevida e desnecessária querela judicial dos envolvidos, sobre fatos com alternativas viáveis e dependentes de proposições legais hábeis a sanar seus problemas.

7. Referências

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.717/98, de 27 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9717.htm>. Acesso em: 30 out. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.887/04, de 18 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.887.htm>. Acesso em: 30 out. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.796/99, de 5 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9796.htm>. Acesso em: 30 out. 2012.

Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2012.

Constituição do Estado de São Paulo de 1935. Disponível em <<http://al.sp.gov.br/doc-e-informacao/constituicoes/constituicoes-anteriores/constituicao-estadual-1935>> Acesso em: 30 out. 2012.

Lei complementar estadual nº 1.010/07. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma?id=71946>> Acesso em: 30 out. 2012.

Lei estadual nº 6.047/61. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma?id=41084>> Acesso em: 30 out. 2012.

Lei estadual nº 10.393/70. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma?id=28755>> Acesso em: 30 out. 2012.

Lei estadual nº 10.394/70. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma?id=28756>> Acesso em: 30 out. 2012.

Lei estadual nº 951/76. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma?id=45508>> Acesso em: 30 out. 2012.

Lei estadual nº 8.816/94. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma?id=13296>> Acesso em: 30 out. 2012.

Lei estadual nº 13.549/09. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma?id=156240>> Acesso em: 30 out. 2012.

Lei estadual nº 14.016/10. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma?id=159341>> Acesso em: 30 out. 2012.

Decreto estadual nº 10.291/35. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma?id=125627>> Acesso em: 30 out. 2012.

Decreto estadual nº 30.550/89. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma?id=24240>> Acesso em: 30 out. 2012.

Portarias nº 154/2008 e nº 402/2008. Disponíveis em: <<http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=445#portarias>> Acesso em: 30 out. 2012.

Parecer nº 082/2009/CGNAL/DRPSP/SPS/MPS. Disponível em: <http://www.ipesp.sp.gov.br/Legislacao_2012.aspx>. Acesso em: 30 out. 2012.

Codificação e ordenamento brasileiro no século XIX: notas à história do esboço de Teixeira de Freitas

Rafael Issa Obeid¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Panorama legislativo em meados do século XIX; 3. Concepção e estrutura do Esboço; 4. A unificação do direito privado e o fim da empreitada; 5. Depois de quase um século; 6. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Código Civil. Código Comercial. Histórico. Direito privado.

1. Introdução

Concebida em meio a pretensões liberais, a Carta Constitucional, outorgada em 1824, depois reconhecida como Constituição do Império, determinava em seu artigo 179, XVIII, a organização, “*o quanto antes*”, de um Código Civil e Criminal. Enquanto não implementado o mandamento constitucional e editado o Código Civil, foram aplicadas no país as leis, regimentos, alvarás e outras normas editadas pelos reis de Portugal até 1823, nos termos da Lei de 20 de outubro de 1821, aprovada pela então Assembleia Constituinte dias antes de sua dissolução.²

1 Procurador do Estado de São Paulo, Bacharel em História pela Universidade de São Paulo, Especialista em Processo Civil pela PUC-SP, Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo.

2 A Assembleia-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil iniciou seus trabalhos em 3 de maio de 1823, encarregada de elaborar um projeto de Constituição. O dissenso

Por força desta norma, a legislação de referência do Direito Civil então vigente correspondia ao Livro IV das Ordenações Filipinas de 1603, com inúmeras derrogações e acréscimos de diplomas legislativos esparsos. Eram comuns regras, em textos esparsos, específicas a respeito de questões imobiliárias e/ou ligadas ao direito de família, com influências, neste caso, do Direito Canônico.

Enquanto não editado o Código Civil, pensou-se até mesmo na adoção, com força de lei, do *Digesto Português*, “obra meio-codificadora, meio-expositiva” elaborada por José Homem Corrêa Telles em 1835, preparatória do Código Civil Português editado em 1867³. A proposta, apresentada por Euzébio de Queiros, ligado ao partido conservador e Ministro da Justiça em 1851, foi rejeitada pelo Instituto dos Advogados do Brasil. Os membros do Instituto pensavam que seria um retrocesso a adoção de uma obra portuguesa quando o que se esperava era a criação de um direito nacional necessário para regular as relações jurídicas do Estado em construção.

Alguns anos mais tarde, coube a Teixeira de Freitas, membro do Instituto, organizar e sistematizar o direito civil então vigente. O trabalho, contratado pelo Governo Imperial por influência de Nabuco de Araújo, foi iniciado em fevereiro de 1855 e culminou na aprovação, por Aviso Ministerial, com força de lei, de uma *Consolidação das Leis Civis* às vésperas do Natal de 1858. Na obra, o advogado baiano, após longa introdução em que expõe seu método, organiza a legislação reinol e nacional, comentando o articulado em várias notas, com nítida influência do sistema conceitual alemão.

entre os deputados das províncias foi um dos pretextos para o fechamento da Casa em 12 de novembro de 1823, culminando na outorga da Carta de 1824. A respeito da utilização do termo Carta ou Constituição, como acima referido, esclarecedora é a lição de Cecília Helena Salles de Oliveira no sentido de que “o instrumento jurídico de 1824, por ter sido outorgado pelo Imperador, chama-se ‘Carta Constitucional’ e assim foi tratado no primeiro reinado, particularmente pelas oposições parlamentares a D. Pedro. A partir, entretanto, das reformas de 1834 e 1840, discutidas e promulgadas pela Câmara e pelo Senado, tornou-se corrente o uso da expressão Constituição do Império”. Neste trabalho, far-se-á referência ao documento político como Constituição do Império. “O Conselho de Estado e o complexo funcionamento do governo monárquico no Brasil do século XIX”. *Almanack Braziliense* n° 5, maio de 2007, pp. 46-53. Disponível em www.almanack.usp.br.

3 Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.79.

Dois dias antes da aprovação da *Consolidação*, em 22 de dezembro de 1858, foi promulgado o Decreto 2.318, autorizando a contratação de um jurista para a confecção de Projeto de Código Civil do Império. O contratado, em 10 de janeiro de 1859, foi o autor da *Consolidação*.

Pretende-se com este trabalho fazer uma breve apresentação histórica do Projeto de Código Civil elaborado por Teixeira de Freitas, sem um objetivo analítico definido de seus dispositivos. Pela importância da obra, que espalhou sua influência por toda a América Latina e foi inovadora em diversos temas reaparecidos somente décadas mais tarde com a edição do BGB. de 1896, o *Esboço*, como modestamente o Projeto foi chamado por seu autor, mereceria outras tantas linhas caso se pretendesse mais do que destacar alguns aspectos de sua importância na história da cultura jurídica do século XIX.

2. Panorama legislativo em meados do século XIX

Importante frisar que, até meados do século XIX, o Poder Legislativo e o Governo Imperial preocuparam-se com a organização do Estado e com a reformulação das instituições coloniais. Um passar de olhos no trabalho das primeiras legislaturas do Parlamento do Império dá exemplos representativos dessa finalidade organizacional. Primeiro, com o esvaziamento do poder das Câmaras de Vila; depois, com a organização do Supremo Tribunal de Justiça, em 1828, criado pela Constituição para substituir os órgãos judiciais de cúpula da metrópole com jurisdição na colônia; pouco mais tarde, com a votação de uma Lei Orçamentária⁴.

Também datam da primeira metade do século o Código Criminal, promulgado em 1830, e o Código de Processo Criminal, de 1832. Neste último diploma, as regras não eram exclusivamente de Direito Processual, disciplina que ainda não constituía um objeto autônomo de estudo. Isso porque, além de definir as regras destinadas a regular o exercício do direito de ação e o desenvolvimento válido de um processo, as regras

⁴ Em outubro de 1831 foi aprovada lei organizando o Tesouro Público Nacional e as Tesourarias na província, dando cumprimento ao artigo 170 da Constituição do Império, extinguindo o Erário Régio. Andréa Slemian, *Sob o Império das Leis: constituição e unidade nacional na formação do Brasil*. São Paulo: Hucitec, 2009. p. 145-230.

processuais tratavam também da organização do Poder Judiciário⁵, tema caro à elite política da época em razão da possibilidade de nomeação e ocupação dos cargos de juízes e serventuários, cuja forma de provimento era definida nas leis de processo.

Como se vê, na primeira metade do século, foi secundária a discussão sobre a legislação privada. A preocupação estava voltada para a criação do aparato burocrático estatal. A finalidade primeira era colocar o Estado de pé.

Todavia, em meados do século XIX, com o aporte de capitais liberados com o fim do tráfico de escravos, determinado pela Lei Eusébio de Queirós, de 4 de setembro de 1850, o foco da produção jurídica legislativa passou da organização da burocracia estatal para as relações privadas, com discussões parlamentares que culminaram com a edição do Código Comercial, da Lei de Terras e seu respectivo regulamento, e da Lei Hipotecária.

A atividade econômica do País tornara-se mais complexa, mais volumosa, e o emaranhado de leis já não dava conta de auxiliar o aplicador a resolver com tranquilidade as relações da sociedade civil. O fluxo imigratório, crescente desde a proibição do tráfico, mostrou que as leis civis vigentes eram obsoletas também no que diz respeito à regulação das relações de família, notadamente o casamento entre pessoas que não professavam a fé católica.

Em 1865, Perdigão Malheiros, presidente do Instituto dos Advogados do Brasil, enviou ao Parlamento um projeto de organização da Ordem dos Advogados do Império, abordando questões com a finalidade de pôr ordem no foro. O pano de fundo de suas propostas e, principalmente, das reclamações que as acompanhavam, realçavam a ausência de um código de leis e do processo civil que garantissem unidade aos usos e interpretações do Direito no País.⁶

5 Paulo Macedo Garcia Neto. “A reforma judiciária de 1871” in Mota, Carlos Guilherme e Ferreira, Gabriela Nunes. *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro*. 1850-1930. São Paulo: Saraiva, 2010, 163-165.

6 Eduardo Spiller Pena. *Os pajens da casa imperial*. Campinas: Editora Unicamp, 2005, p. 47.

Neste panorama surgiram a *Consolidação das Leis Civis* e o *Esboço*, escritos por Teixeira de Freitas, membro do Instituto dos Advogados do Brasil, a pedido do Governo Imperial. A elaboração de ambos, como se sabe, não garantiria a desejada padronização dos usos forenses e a unidade ao direito nacional, o que começaria a ocorrer somente na transição do Império para a República, com alterações no sistema processual, intensamente debatidas a partir da década de 1870⁷. Entretanto, a obra de Teixeira de Freitas deixou um enorme legado ao direito nacional e estrangeiro de sua época, perpetuando-se pela herança deixada aos codificadores da posteridade.

3. Concepção e estrutura do Esboço

O *Esboço* de Teixeira de Freitas foi apresentado ao público aos poucos, entre 1860 e 1865, com a publicação de fascículos. Em 1860 foi publicado o fascículo dedicado ao Título Preliminar, do Lugar e do Tempo, contendo regras de sobredireito, e a Parte Geral. Em 1861, publicava-se o primeiro fascículo dedicado à Parte Especial, contendo apenas as duas primeiras seções do livro dedicado aos Direitos Pessoais, porque a terceira seção apareceria apenas entre os anos de 1864 e 1865, juntamente com o livro dedicado aos Direitos Reais.

Ao todo foram publicados 4.908 artigos, muitos deles desdobrados em diversos parágrafos. Além dos dispositivos publicados, havia

⁷ No que diz respeito ao processo civil, a partir de 1860, mesmo adversários políticos, como o liberal Nabuco de Araújo, de cuja pena foi originado o regulamento dos Tribunais do Comércio, e o conservador Cândido Mendes de Almeida, senador e jurista organizador de uma versão atualizada das Ordenações Filipinas, estavam de acordo quando o assunto era a instabilidade jurídica decorrente da ausência de jurisprudência causada pelo fato de poderem as Relações das províncias julgar de maneira contrária à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça do Império. Sobre esse tema, José Reinaldo de Lima Lopes lembra que: “Uma afirmação corrente entre alguns dos autores mais importantes do Segundo Reinado insistia na inexistência de uma jurisprudência nacional e, conseqüentemente, na existência de orientação dos Tribunais. Essa orientação chamava-se ainda normalmente de *doutrina*, visto que pela análise do caso concreto o tribunal ou autoridade fixava um entendimento da regra geral. Nabuco de Araújo e Cândido Mendes de Almeida, durante os debates sobre a reforma judiciária de 1871, expressavam exatamente essa ideia de ausência de jurisprudência. O Supremo Tribunal de Justiça nos seus 43 anos de existência, diziam ambos de forma um pouco diferente, fora incapaz de fixar a doutrina nacional ou a jurisprudência orientadora” “Consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado (1842-1889). A formação da cultura jurídica brasileira” *almanack brasiliense* n° 5, maio de 2007, p. 5. Disponível em www.almanack.usp.br.

mais 108 que chegaram à tipografia e se perderam, e outros 200 artigos manuscritos em aperfeiçoamento à parte final, dedicados à herança, ao concurso de credores e à prescrição, que não chegaram a ser publicados⁸ nem mesmo nas edições comemorativas posteriores editadas pelo Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, em 1952 e 1983.⁹ Não se sabe o paradeiro desses 308 artigos, mas Teixeira de Freitas fez referência a eles em sua correspondência.

Talvez pela forma dispersa em que a obra foi publicada e à míngua de um texto sintético, natural em uma obra inacabada, o *Esboço* não ganhou a mesma profusão que a *Consolidação das Leis Civis*, não se firmando, ao contrário do que ocorreu com esse compêndio, como obra de formação dos juristas da segunda metade do século XIX, o que justifica a ausência de edições completas por mais de meio século, mas não retira a influência da obra que, pelo rigor científico e exaustão com que trata os temas, determinou os rumos da legislação civil posterior.

O *Esboço* adotou uma organização dicotômica das matérias e nisto inovou para a sua época. Na Parte Geral (Livro I) cuidou das pessoas (seção I), bens (seção II) e fatos (seção III). A Parte Especial ficou sistematizada em três partes, cada uma correspondente a um livro. Na ordem, o Livro II tratava dos *Direitos Pessoais*, cuidando *Dos direitos pessoais em geral* (seção I), *Dos direitos pessoais nas relações de família* (seção II) e dos *Direitos pessoais nas relações civis* (seção III); o Livro III dedicou-se aos *Direitos Reais*, dispondo sobre *Direitos Reais em Geral* (seção I), *Direitos Reais sobre coisa própria* (seção II) e *Direitos Reais sobre coisas alheias* (seção III)¹⁰.

8 A respeito da configuração do *Esboço*, especialmente no que concerne à parte do texto que se perdeu, ver interessante nota escrita pelo Professor Ignácio M. Velasco Poveda em seu *Os esponsais no direito luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 122, nota 260.

9 As edições posteriores reuniram todos os fascículos em dois tomos. O curioso é que muito antes da edição brasileira de 1952, na Argentina, em razão de seu Código Civil ter clara inspiração no Código de Teixeira de Freitas, foram publicadas duas edições do *Esboço* até 1909. Haroldo Valladão. *História do direito especialmente do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 145, nota 9.

10 Esta divisão leva em consideração a sistematização constante das edições do *Esboço* tal como veio a público. Todavia, enquanto eram publicados os fascículos, Teixeira de Freitas melhor sistematizou seu projeto, consolidando uma “*Tábua Sintética*”, que constituiria um índice definitivo da versão final dos trabalhos constantemente revistos por seu autor na medida em que meditava sobre seus estudos com o intuito de aperfeiçoá-los. Hoje se sabe, graças aos estudos

Como se vê, a parte geral do esboço dedicava atenção às pessoas e às coisas, seguindo o modelo da *Consolidação*, inovando, porém, ao se dedicar também aos fatos, por confessa influência dos escritores da escola germânica. Adotando o mesmo critério estabelecido na *Consolidação*, Teixeira de Freitas divide a parte especial conforme a eficácia – real ou pessoal – dos direitos subjetivos conferidos pelo sistema aos sujeitos de direito.

A grande inovação, todavia, ficaria a cargo de um Título Preliminar, no ponto em que, claramente inspirado pela obra de Savigny, adota o critério do domicílio destinado a regular os conflitos de lei no espaço e no tempo. É uma crítica ao Código Civil Francês que, com a mesma finalidade, adotava em seu título preliminar o critério da nacionalidade. Com a adoção de um *Título Preliminar*, o Código Napoleônico inaugura uma nova fase do direito, característica da modernidade, ao transferir do campo da doutrina ao da legislação a elaboração e o uso dos conceitos jurídicos.¹¹ Freitas compreende o papel da legislação em sua época sem, contudo, abdicar de seu olhar crítico e espírito de aperfeiçoamento. Prova disso é o aproveitamento da ideia desse Título, adequando-o aos critérios que lhe pareciam os melhores e que, ao final, prevaleceram.¹²

Curioso notar que Teixeira de Freitas dispensa uma grande atenção à fundamentação dos primeiros oitocentos artigos do *Esboço*. Nos demais

de Silvio Meira, que essa *Tábua*, encontrada entre os documentos do Conselheiro Nabuco de Araújo, arquivados no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, deve ser atribuída a Teixeira de Freitas. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império – vida e obra*, 2ª edição, Brasília, Cegraf, 1983. p.190.

11 José Reinaldo de Lima Lopes. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 22. O autor, fazendo menção a estudo de Bartolomé Clavero, observa que “é bem significativo da mudança das ideias mais gerais sobre o direito e sua definição o fato de que os códigos modernos e contemporâneos – ou a legislação positiva em geral – tenham incorporado, como normas positivas nas respectivas partes gerais e introdutórias, dispositivos definidores de fontes, validade e vigência das normas, definições de pessoas e negócios e assim por diante. Tais assuntos eram tratados anteriormente, sobretudo como matéria de doutrina e eventualmente colocados na legislação em pontos que não nos pareceriam “naturais”. Ao longo da modernidade ganharam o estatuto “natural” de direito positivo.”

12 A ideia desse *Título Preliminar* no Projeto de Código Civil não foi aceita com absoluta tranquilidade pelos juristas coevos. A comissão revisora do projeto chegou a advertir que nem do contrato assinado entre o Governo Imperial e o jurista, nem da *Consolidação das Leis Civis*, obra preparatória do Código, havia previsão de um título preliminar.

artigos, a partir do Livro dedicado à parte especial, não foi dispensada a mesma atenção na justificação do raciocínio, com a apresentação precisa das fontes, muito provavelmente em razão da escassez do tempo para a entrega do Projeto contratado com o Governo Imperial, uma vez que o prazo, previsto para 31 de dezembro de 1861, já havia sido prorrogado.

Os primeiros artigos remetem às leituras de Freitas para a elaboração do Projeto, algumas já conhecidas porque referidas em notas, repletas de referências bibliográficas, da *Consolidação das Leis Civis*. São encontradas citações de Domat, Demolombe, Zachariae, Troplong, Dalloz, Pothier, Thibaut, Ortolan e Savigny. Nesta época, na escassez de bibliotecas públicas, cabia aos próprios estudiosos encomendar, com os livreiros da Corte, obras oriundas da Europa. As edições francófonas eram as mais difundidas. Em seu texto, Freitas refere-se às traduções francesas de Savigny, feitas por F. d'Audelage e M. Ch. Guenoux, para a elaboração do seu trabalho¹³.

Também são inúmeras as menções às fontes latinas, principalmente no que diz respeito aos direitos das obrigações, “*abeberando-se nos mananciais eternos dos clássicos romanos, através das institutas de Gaio, das de Justiniano e do Digesto*” sem, contudo, esclarecer de onde são retiradas, razão pela qual “*oferece ao investigador um emaranhado de citações, que para serem identificadas requerem consulta exaustiva*” das fontes.¹⁴

No que diz respeito ao Livro III, dedicado aos direitos reais, o autor do *Esboço* limita-se a redigir os artigos e parágrafos, sem apresentar

13 Na lição de Nelson Saldanha, “o impacto da obra de Savigny e dos seus companheiros de Escola, o desenvolvimento dos estudos de Direito romano, alimentados por descobertas históricas e por refinamentos filológicos, a conversão do generalizante racionalismo iluminista em pesquisa concreta de instituições e institutos, tudo isso, com as grandes linhas temáticas do saber jurídico europeu da primeira metade do século XIX, chega à América Latina como um legado positivo. Um legado altamente positivo que se acrescenta aos legados coloniais e aos fermentos doutrinários da época da independência, que ocorreu em marcos históricos mais ou menos correlatos na maioria dos países dos continentes. (...) Começa-se a ler Savigny (sobretudo as edições francesas do Direito Romano e do Tratado da Posse); retoma-se Pothier; estuda-se Ortolan, cuja *Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, aparecida em 1827, incluía a famosa “Generalisation du Droit Romain”, que teve larga influência”. “História e sistema em Teixeira de Freitas” in SCHIAPANI, Sandro (Org) *Augusto Teixeira de Freitas e Il diritto latinoamericano*. Padova: CEDAM, 1988, p. 57-58.

14 Sílvio Meira. Op. Cit., p. 230.

notas ou comentários de pé de página nem referir a fonte de onde foram inspirados os dispositivos. Impressiona a minúcia com que os temas são tratados, da qual se infere conhecimento profundo do autor com relação às fontes romanas e a influência destas em sua obra. Como exemplo, a extensa regulamentação das servidões, instituto ao qual foram dedicados quase duzentos artigos na seção destinada aos direitos reais sobre coisas alheias (artigo 4.731 *usque* 4.908). Alguns desses artigos foram desdobrados em até 12 parágrafos.

Deve ser notado que das edições do *Esboço* não constou o livro que seria destinado às disposições gerais aos direitos pessoais e reais, sistematizado, mas não desenvolvido por Teixeira de Freitas. Neste livro estariam as normas referentes à herança, ao concurso de credores e à prescrição. Entendeu o autor que seria melhor tratar desses temas em livro próprio em razão da peculiaridade dos institutos. A herança, tratada na *Consolidação* como um direito real, não poderia figurar mais neste livro específico, dada a sua peculiar natureza de universalidade de direitos, contendo, além dos reais, também direitos pessoais.

Ainda no que diz respeito aos direitos reais, deve ser destacada a posição de Freitas concernente à aquisição da propriedade, adotada desde a *Consolidação das Leis Civis*. O autor, neste ponto, não se curvando às influências do Código Napoleônico, entende necessária a tradição para a transmissão do domínio, realçando as diferenças entre os direitos reais e os pessoais. Apegando-se ao direito romano e ao direito português pré-liberal, tanto a *Consolidação* quanto o *Esboço* esposaram o entendimento de que o mero acordo de vontades gera somente efeitos obrigacionais, e não os reais como estabelecido pelo já citado *Digesto Português* de Correia Telles, influenciado pelo Código Civil Francês.

Quanto a este aspecto da obra de Teixeira de Freitas, interessante a posição de Estevan Lo Ré Posada, no sentido de que a *Consolidação*, neste ponto, “*consubstancia a conservação da tradição jurídica luso-brasileira: em uma sociedade em que a propriedade latifundiária apresentava grande importância em todo o conteúdo de sua obra se reflete a posi-*

ção central ocupada pela propriedade, principalmente a imobiliária”¹⁵. Mesmo sendo inovador em muitos aspectos, é aceitável que algumas práticas coloniais de origem portuguesa permanecessem na obra de Teixeira de Freitas, homem do século XIX.

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, “*a transição de um direito colonial para um direito nacional é um misto bastante particular de ruptura e continuidade*”¹⁶. Freitas, por questões de ordem prática, manteve em alguns pontos a tradição herdada do direito lusitano; porém, o seu rigor científico, em comunhão com sua criatividade, permitiu que o seu projeto de Código Civil rompesse com modelos de seu tempo, deixando um legado àqueles que o sucederiam na difícil tarefa de codificação do direito privado.

4. A unificação do direito privado e o fim da empreitada

A consagração da *Consolidação das Leis Civis*, com a aprovação do Governo Imperial e seu difundido acolhimento no meio jurídico, não incentivou o autor a se acomodar. Ao contrário, seguiu em busca da perfeição científica; criava mais do que assimilava das suas leituras, olhando tudo com desconfiança, inclusive a própria obra.

Já no *Esboço* tem-se “*pela primeira vez na história das ideias jurídicas do Brasil, um corpo de normas comuns ao Direito Civil e ao Direito Comercial, precedida de uma parte geral introdutória*”.¹⁷ Antes do autor, conforme observação de José Carlos Moreira Alves, encontravam-se críticas à dicotomia do direito privado em Montanelli, autor, em 1847, de *Introduzione Filosofica allo Diritto Commerciale positivo*, no qual combate a divisão do direito privado em dois códigos. Todavia, a obra “*não era conhecida por Teixeira de Freitas que à mesma posição chegara*

15 *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a “Introdução à Consolidação das Leis Civis”*. São Paulo: USP. Dissertação de Mestrado, 2006, p. 16.

16 “Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX”. in Istvan Jancso (org.) *Brasil: formação do Estado e da Nação*. São Paulo-Ijuí: Hucitec, 2003, p. 200.

17 Ignácio Maria Velasco Poveda, “Três Vultos da Cultura Jurídica Brasileira: Augusto Teixeira de Freitas, Tobias Barreto de Menezes e Clóvis Beviláqua” in Bittar, Eduardo C. B., *História do Direito Brasileiro*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 36.

por força de meditação própria, e, deixando o terreno da pura abstração, se propunha a efetivá-la em projeto de código unificador”.¹⁸

Após a entrega do *Esboço* para revisão da Comissão de Juristas constituídas pelo Governo Imperial¹⁹, o autor, muito à frente de seu tempo, propõe, em ofício de 20 de setembro de 1867 enviado ao Ministro da Justiça Martin Francisco Ribeiro de Andrada, a unificação do direito privado. No texto do ofício, remetido à Seção de Justiça do Conselho do Estado, órgão auxiliar do poder moderador que concentrava grande parte da discussão jurídica nacional, Teixeira de Freitas propunha a criação de um Código Geral e de um Código Civil. Este deveria dar conta das matérias tratadas pelo Código Comercial de então, excluídas as regras de direito administrativo e de processo constantes do diploma.

Quanto ao Código Geral, esclarecedor conteúdo do ofício que integra o relatório da consulta do Conselho do Estado resolvida em 1º de julho de 1868:

O governo quer um projeto de Código Civil para reger como subsídio como complemento ao Código de Comércio; intenta conservar o Código comercial existente com a revisão que lhe destina: e hoje as minhas ideias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de Leis Civis, não distinguem do todo dessas Leis algum ramo, que exija um Código de Comércio.

18 “A unificação do direito privado brasileiro – de Teixeira de Freitas ao Novo Código Civil”. in. Azevedo, Antonio Junqueira; Tôres, Heleno Taveira; Carbone, Paolo (Coord.) – *Princípios do Novo Código Civil e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008 p. 367. Ainda segundo Moreira Alves, em 1857, já havia entendimento, esposado por Pimenta Bueno, logo na introdução da sua obra *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, de que o Direito Comercial guardava identidade com o Direito Civil, contendo modificações em algumas relações para adequá-lo à empresa mercantil. Todavia, o trabalho não constituía uma crítica à dicotomia do direito privado nem propunha a unificação dos códigos.

19 A Comissão, já referida na nota nº 10, começou seus trabalhos em 20 de abril de 1865 e até meados de agosto só havia analisado 20 dos 4.908 artigos. Freitas respondia por escrito a todas as críticas de seus integrantes, presididos por Caetano Alberto Soares, protagonista da polêmica a respeito da liberdade de filho de escrava liberta em testamento com cláusula de servir os herdeiros do senhor. Por apego ao dogmatismo e orientado por seus estudos de Direito Romano, Freitas entendia que a prole deveria servir os herdeiros enquanto vissem, arrancando críticas de Caetano Alberto Soares, entre outros, membro do Instituto dos Advogados do Brasil. Sílvia Meira, op. cit., p. 217-243.

(...)

O meio de sair de tais embaraços, de sanar todos os inconvenientes, de reparar os erros do passado, de fixar conhecimentos jurídicos, de estabelecer a unidade da legislação e de extremar os verdadeiros limites da codificação só o acharemos na composição de dois Códigos(...)

O projetado Código Geral conterá todas as disposições necessárias, assim as das matérias superiores como as das disposições de cada um dos Códigos particulares, de modo que nestes últimos nada se defina. Conciliamos destarte o preceito com a necessidade. No Código Geral as Leis que ensinam, nos outros Códigos as Leis que mandam. O Código Geral para os homens da ciência, os outros Códigos para o povo. (...)

O Projetado Código Geral será muito mais que um Código de definições. Compreenderá todas as matérias do 1º Livro do nosso esboço do Código Civil sobre – pessoas – coisas – e fatos, elevando-as, porém, à sua derradeira altura.²⁰

A Seção do Conselho, composta por José Thomaz Nabuco de Araújo, Francisco de Salles Torres Homem e pelo Visconde de Jequitinhonha, aprova a proposta de fusão dos Códigos nos seguintes termos:

A nova ideia é de difícil execução, mas não deve por isso ser repelida in limine, quando quem se propõe a executá-la é o bacharel Teixeira de Freitas que tantos abonos tem dado de sua alta capacidade.(...)

A Seção de Justiça é portanto de parecer que seja aceita a proposta, a qual importa somente a novação do método da codificação e a prorrogação do tempo

Vossa Majestade Imperial Decidirá o que for melhor.²¹

²⁰ Carotá, José Prospero Jeová da Silva. *Imperiaes resoluções tomadas sobre as consultas da Secção de Justiça do Conselho de Estado desde 1842 quando começou a funcionar até hoje*. Rio de Janeiro: Garnier: 1884, v. 2, p. 1383-1384. Disponível em www.brasiliana.usp.br.

²¹ Idem. p. 1387.

O parecer favorável não chegou a ser submetido à resolução imperial. Em 1869, José de Alencar, na circunstância Ministro da Justiça, expôs os motivos para não levar a cabo a proposta. Em suma, entendeu que o contrato já estava rescindido porquanto o seu autor não havia apresentado o projeto no termo contratado e a revalidação acarretaria ônus para o governo. Em 07 de novembro de 1872, com a saúde mental abalada, Freitas é convidado pelo então Ministro da Justiça Duarte de Azevedo para uma conferência e ambos concordam quanto ao fato de estar rescindido o contrato para a elaboração do projeto. Menos de um mês depois, em 03 de dezembro de 1872, Nabuco de Araújo assinava contrato para elaboração de um novo projeto de Código Civil (Decreto 5.164, de 11 de dezembro de 1872)²².

5. Depois de quase um século...

Quase cem anos e vários projetos se passaram entre o comando do Constituinte do Império para a edição de um Código Civil e a sua efetiva promulgação no século XX. Muitas críticas foram feitas a Freitas por seus contemporâneos que, embora realçassem o brilhantismo e o espírito inovador do *Esboço do Código Civil*, criticavam a sua falta de síntese e a demora do autor na apresentação de um projeto final.

Todavia, o escritor vive o seu tempo e Freitas, assim como todos os demais juristas empenhados na elaboração de um projeto de Código Civil, tinha à sua volta a cultura jurídica do século XIX, cujo alguns fatores, apontados pela historiografia recente, colaboraram no atraso na edição do Código ou, pelo menos, foram paliativos para a exigência de promulgação imediata.

Dentre esses fatores, pode-se destacar a questão abolicionista e a difícil classificação do elemento servil na ordem jurídica²³; a existência

22 José Carlos de Matos Peixoto. “A Codificação de Teixeira de Freitas”, *Revista Forense*, v. 77, 1939, pp. 15-28. Neste ensaio, o Catedrático de Direito Romano da Universidade do Brasil faz uma crítica severa a José de Alencar, dizendo que, com sua atitude, o Ministro, romancista e civilista “desce ao nível de um burocrata, miúdo e pontilheiro, a esquadrihar no orçamento óbices insuperáveis às grandes realizações” O curioso é que a íntegra do parecer da Seção de Justiça do Conselho do Estado citado acima deixa claro que o proponente não pedia aumento de despesa.

23 Keila Grinberg. *O fador dos brasileiros. Cidadania, escravidão e direito civil no tempo de Antonio Pereira Rebouças*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.

de um Código Comercial, que serviu em parte como direito privado comum enquanto não surgiu o Código Civil²⁴; bem como as dificuldades para regular as relações de família em uma sociedade que adotava o catolicismo como religião oficial.²⁵

Freitas compreendeu o seu tempo; isto o projetava à frente dele em muitos aspectos, mas não podia deixar de ser um homem do século XIX. A sua obra inovadora, sem descuidar da tradição nos pontos em que a razão prática indicava e o seu rigor científico permitia, representou para o Direito Privado, na segunda metade do século XIX, a formação da primeira geração de juristas nacionais.

6. Referências

ALVES, José Carlos Moreira. “A unificação do direito privado brasileiro – de Teixeira de Freitas ao Novo Código Civil”. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.) – *Princípios do Novo Código Civil e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CAROATÁ, José Prospero Jeová da Silva. *Imperiaes resoluções tomadas sobre as consultas da Secção de Justiça do Conselho de Estado desde 1842 quando começou a funcionar até hoje*. Rio de Janeiro: Garnier: 1884, V. 2. Disponível em: www.brasiliana.usp.br. Acesso em: 25 mai. 2010.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1896.

_____, *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça – Fundação Universidade de Brasília, 1983.

24 José Reinaldo de Lima Lopes. O Direito na História. São Paulo: Atlas. 3a edição, p. 271. No mesmo sentido o recente artigo de Paola D’Andretta Iglezias, “A legislação comercial e o movimento de Codificação Civil no Segundo Reinado” p. 169-186, in Mota, Carlos Guilherme e Ferreira, Gabriela Nunes. *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro. 1850-1930*. São Paulo: Saraiva, 2010.

25 Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, “esta questão dos casamentos civis não se pode esquecer como fundamental nos obstáculos à edição do Código Civil”. *O Oráculo de Delfos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279.

GRINBERG, Keila. *O fador dos brasileiros. Cidadania, escravidão e direito civil no tempo de Antonio Pereira Rebouças*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

IGLÉZIAS, Paola D'Andretta. "A legislação comercial e o movimento de Codificação Civil no Segundo Reinado". In: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes. *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro. 1850-1930*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004.

_____. "Consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado (1842-1889). A formação da cultura jurídica brasileira." *Almanack Brasiliense* n. 5 (maio de 2007), p. 3-36, disponível em: www.almanack.usp.br. Acesso em: 23 mar. 2009.

_____. "Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX". In: JANCSO, Istvan (Org.) *Brasil: formação do Estado e da Nação*. São Paulo-Ijuí: Hucitec, 2003.

_____. *O oráculo de Delfos*. São Paulo, Saraiva, 2010.

MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império – vida e obra*. 2. ed., Brasília, Cegraf, 1983.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GARCIA, Paulo Macedo Neto. "A reforma judiciária de 1871". In: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes. *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro. 1850-1930*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Cecília Helena Salles de. "O Conselho de Estado e o complexo funcionamento do governo monárquico no Brasil do século XIX". *Almanack Braziliense* n° 5, maio de 2007, p. 46-53, disponível em www.almanack.usp.br. Acesso em: 23 mar. 2009.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. "A Codificação de Teixeira de Freitas". *Revista Forense*, V. 77, 1939, p. 15-28.

PENA, Eduardo Spiller. *Os pajens da casa imperial*. Campinas: Editora Unicamp, 2005.

VALLADÃO, Haroldo. *História do direito especialmente do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a “Introdução à Consolidação das Leis Civis”*. São Paulo: USP. Dissertação de Mestrado, 2006.

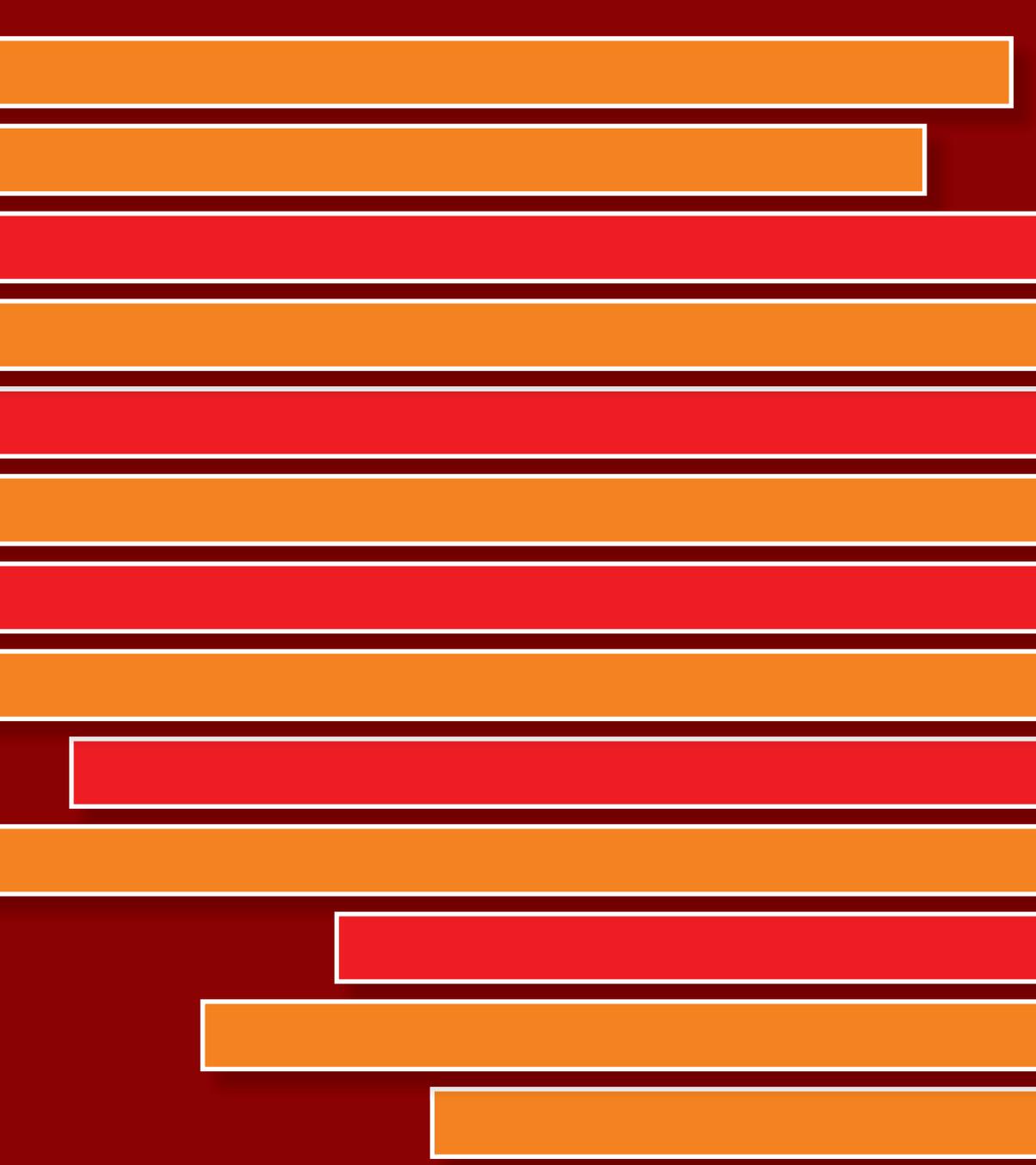
POVEDA, Ignácio M. Velasco. *Os esponsais no direito luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SALDANHA, Nelson. “História e sistema em Teixeira de Freitas”. In: SCHIAPANI, Sandro (Org.) *Augusto Teixeira de Freitas e Il diritto latinoamericano*. Padova: CEDAM, 1988, p. 57-58.

SLEMIAN, Andréa. *Sob o Império das Leis: constituição e unidade nacional na formação do Brasil*. São Paulo: Hucitec, 2009.

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial
GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO