



Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará

Centro de Estudos e Treinamento - CETREI



Nº19/2018



Revista da Procuradoria Geral do Estado

Centro de Estudos e Treinamento
CETREI

Fortaleza
2018

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará
Nº 19 / 2011-2018

Redação

Centro de Estudos e Treinamento – CETREI
Av. Dr. José Martins Rodrigues, 150 – Edson Queiroz
CEP. 60811-520 – Fortaleza – Ceará
cetrei@pge.ce.gov.br – Fone: (85) 3459-6351

Toda correspondência deve ser dirigida ao **Centro de Estudos e Treinamento – CETREI**.

Os artigos são de exclusiva responsabilidade de seus autores. As opiniões neles manifestadas não correspondem necessariamente às opiniões da Procuradoria Geral do Estado.

Os trabalhos aprovados por superiores hierárquicos representam também a opinião dos órgãos por eles dirigidos.

É permitida a transcrição das matérias com a devida citação da fonte.

COORDENAÇÃO DA REVISTA

Procurador-Chefe do CETREI

CONSELHO EDITORIAL

Antônio Augusto Cançado Trindade	Luiz Roberto Barroso
Carlos Aires Brito	Juvêncio Vasconcelos Viana
Carlos Weis	Maria do Socorro Demétrio Ximenes
César Barros Leal	Matteus Viana Neto
Daniel Quintas dos Santos Colares	Paulo Bonavides
Deusdedit Rodrigues Duarte	Paulo Hiram Studart Gurgel Mendes
Bleine Caúla Queiroz	Ricardo Maurício Freire
Fernando Antônio Costa de Oliveira	Rommel Barroso da Frota
João Renato Banhos Cordeiro	Mantovanni Colares Cavalcante
Juarez Freitas	Theresa Rachel Couto Correia
Valter Moura do Carmo	Valmir Pontes Filho

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

DIRIGENTES

Procurador-Geral do Estado

Juvêncio Vasconcelos Viana

Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Tributário

Ariano Melo Pontes

Procurador-Geral Adjunto de Consultoria Administrativa e Contencioso-Geral

João Régis Nogueira Matias

Corregedora

Cláudia Maria Martins de Saboya

Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial

Iuri Chagas Carvalho

Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal

Ariano Melo Pontes

Procurador-Chefe da Consultoria Geral

Rafael Machado Moraes

Procuradora-Chefe da Procuradoria do Processo Administrativo Disciplinar

Inês Silvia de Sá Leitão Ramos

Procurador-Chefe da Dívida Ativa

Paulo Roberto Mourão Dourado

Procurador-Chefe do Centro de Estudos e Treinamento

César Oliveira de Barros Leal

Procurador-Chefe da Procuradoria do Meio Ambiente

Germano Vieira da Silva

Procuradora-Chefe da Procuradoria da Administração Indireta

Caroline Moreira Gondim

Procuradora-Chefe da Procuradoria da Licitação

Antônia Simone Magalhães Oliveira

Coordenadora Administrativo Financeira

Rosa Maria Chaves

2018

1



Sumário

ARTIGOS

- O ensino de Mediação de Conflitos na Formação Policial: Avanços e Fragilidades
Ana Karine P. C. Miranda e Glaucéria Mota Brasil 9
- ITCD: Competência para a Concessão de Isenções para os Hipossuficientes
Celina Carvalho Feitosa 33
- O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Audiência de Custódia
César Barros Leal 45
- Política Pública e Poder Judiciário
Rebeca Ferreira Brasil e Antônio Germano Magalhães Júnior 63
- O Segredo na Reflexão Teórica Jurídico-Política
Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori e Sergio Cademartori 83
- A Constitucionalidade da Quebra do Sigilo Bancário e Ffiscal pela Administração Tributária
Derberth Paula de Vasconcelos e José Airton Feijão Neto 109
- A Cumulação do ICMS - Importação com o ICMS - Substituição Tributária: Hipótese de Bis in Idem?
Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Francisco Antonio Nogueira Bezerra 127

Prazo Prescricional nas Ações Indenizatórias contra a Fazenda Pública: Entendimento Equivocado da 1ª Seção do STJ ao Aplicar Previsão do Decreto n.º 20.910/32. Violação aos Princípios da Isonomia e Supremacia do Interesse Público
Renyelle da Silveira Vasconcelos e Fredy Bezerra de Menezes..... 145

Juizados Especiais Cíveis a partir de seu Perfil Constitucional
Juvêncio Vasconcelos Viana 165

Lei de Responsabilidade Fiscal: Controle nos Municípios
Luis Claudio Pontes Mascarenhas 187

A Possibilidade do Arresto Online Antes da Citação do Devedor e sua Interligação com os Princípios da Máxima Efetividade Executiva e Celeridade Processual
Rui Tavares Dantas Filho..... 205

PARECERES

Ariano Melo Pontes 221

Caroline Moreira Gondim 231

Croaci Aguiar 277

Daniel Feitosa de Menezes 285

Rommel Barroso da Frota 295

TRABALHOS FORENSES

Daniel Feitosa de Menezes 337

José Emmanuel Sampaio de Melo 365

Lício Justino Vinhas da Silva 379



ARTIGOS

1



O ENSINO DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA FORMAÇÃO POLICIAL: AVANÇOS E FRAGILIDADES¹

Ana Karine P. C. Miranda

Advogada; Mediadora; Mestre em Políticas Públicas e Sociedade.

Glaucíria Mota Brasil

Doutora em Serviço Social; Professora da Uece.

INTRODUÇÃO

O tema da segurança pública tem despertado grande interesse da sociedade e ocupado lugar de destaque na agenda política nacional e internacional. O aumento dos índices de criminalidade, o crescimento do sentimento de insegurança pública e a percepção coletiva de que o enfrentamento da criminalidade e o controle da violência são responsabilidades de todas as instâncias governamentais (federal, estadual e municipal) apresentam-se como hipóteses para explicar a centralidade conquistada por essa temática no país desde meados dos anos oitenta².

A despeito do modelo de policiamento adotado no Brasil e das limitações impostas pela literalidade do texto constitucional, significativas ações³ no âmbito das políticas de segurança têm sido implementadas no Brasil, nas últimas duas décadas.

- 1 O presente trabalho foi apresentado na VIII INTERNATIONAL CONFERENCE: "TIME FOR MEDIATION. LEADERSHIP AND ACTION FOR CHANGE" - World Mediation Forum – Spain -Valencia, 18 – 20 October, 2012. O mesmo faz uso de dados e resultados produzidos pelo Projeto de Pesquisa: "Os limites e potencialidades da nova formação policial nas parcerias das Academias de Polícia com a Universidade no Ceará", financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) (2008-2011), sob a coordenação da Profa. Glaucíria Mota Brasil.
- 2 KAHN, Túlio; ZANETIC, André. *O Papel dos Municípios na Segurança Pública*. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2010.
- 3 Para aprofundamento ver documentos oficiais: Programa Nacional de Direitos Humanos (1996); I Plano Nacional de Segurança Pública (2000); II Plano Nacional de Segurança Pública (2003) -Projeto Segurança Pública para o Brasil;



Parte-se do pressuposto de que tanto a descentralização político-administrativa promovida pela Constituição Federal de 1988 quanto à emergência de novas possibilidades de compreensão e tratamento dos conflitos sociais para além do método penal estabeleceram as bases para a constituição de um novo modelo de segurança pública, menos centrado no papel repressivo e reativo do Direito Penal e do Sistema de Justiça Criminal⁴, e mais na construção de alternativas democráticas e dialogais para a gestão dos conflitos e da violência.

Nesse contexto, a proposta deste artigo é colocar em discussão a formação profissional do policial militar e sua interface com a mediação de conflitos (por meio da análise da disciplina “Mediação de conflitos”), tomando como unidade amostral o Curso de Formação de Soldados de Fileiras da Polícia Militar do Ceará, turma do ano de 2007. A escolha por este Curso de Formação em específico se deu pelo mesmo ter sido o primeiro que preparou soldados para atuar sob uma nova filosofia de policiamento no Estado cearense, o policiamento orientado pela estratégia do policiamento comunitário, o qual passa a exigir desses policiais uma abordagem diferenciada⁵

Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – Pronasci (2007-2010).

- 4 De acordo com Eduardo Cerqueira Batitucci (2008, p. 1) “o Sistema de Justiça Criminal é formado pelas organizações do campo da Segurança Pública, isto é, as Polícias, o Ministério Público, as Defensorias Públicas, o Judiciário e o Sistema Prisional. Como conjunto de ações produzidas pelo Estado, cabe ao Sistema de Justiça Criminal oferecer à população, através de políticas públicas e serviços, a segurança pública, o provimento de Justiça e a Judicialização das demandas individuais e sociais e o processamento, custódia, tratamento e ressocialização de criminosos ou delinquentes, representando, portanto, atividade fundamental e, em certo sentido, definidora do próprio Estado. Apesar das complexidades institucionais necessárias para o cumprimento de tão importante tarefa, o Sistema de Justiça Criminal brasileiro ainda padece de um baixo grau de integração institucional (Sapori, 2007; Zaverucha, 2007; Kant de Lima, 2008), isto é, ainda existem conflitos axiológicos, institucionais, procedimentais e mesmo operacionais entre os atores do sistema no cumprimento de suas missões organizacionais”.
- 5 Remete-se “abordagem diferenciada” a reflexão de BEGOCHEA, Jorge Luiz Paz et al.(2004, p.119): “É possível ter uma polícia diferente numa sociedade democrática? A concretização dessa possibilidade passa por alguns eixos. Primeiro, por mudanças nas políticas de qualificação profissional, por um programa de modernização e por processos de mudanças estruturais e culturais que discutam questões centrais para a polícia: as relações com a comunidade, contemplando a espacialidade das cidades; a mediação de conflitos do cotidiano como o principal papel de sua atuação; e o instrumental técnico e valorativo do



com a população, momento em que o conhecimento das técnicas de mediação de conflitos se faz importante e necessário, na perspectiva de uma segurança cidadã que deve atuar mais na prevenção, na administração dos conflitos sociais.

1. DESAFIOS À CONSTRUÇÃO DE UMA SEGURANÇA PÚBLICA CIDADÃ

Diante do crescimento da violência e da criminalidade que tem atingido diferentes setores da sociedade brasileira, pode ficar sem resposta a seguinte pergunta: quais potencialidades e limites se apresentam no caminho da implementação de uma política de segurança pública voltada para a prevenção dos crimes? Segundo a pesquisa “O que pensam os profissionais da segurança pública no Brasil” realizada, pelo Ministério da Justiça (MJ) via Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em 2009, com cerca de 10% dos profissionais da área da segurança pública do Brasil⁶, constatou-se que a formação policial é completamente deformada e que 95% dos casos que precisam da PM (Polícia Militar) não são de confrontos. Mas a polícia continua a se reproduzir como se fosse um miniexército, não por acaso continua como reserva⁷ do Exército brasileiro.

“Para o Estado é mais fácil punir que prevenir. Cria Pit Bull⁸ para morder o povo.” A afirmação compreende o trecho do depoimento

uso da força e da arma de fogo. São eixos fundamentais na revisão da função da polícia.

- 6 Os pequenos números de respondentes da Polícia Federal (PF), da Polícia Rodoviária Federal (PRF) e das Perícias independentes impediram que essas instituições fossem incluídas na amostra. Portanto, a pesquisa contou com a participação de 64.130 mil profissionais da segurança pública do país, tendo como foco as Polícias Militares (PM), as Polícias Cíveis (PC), as Guardas Cíveis Municipais, os Bombeiros Militares e os agentes penitenciários. Os peritos que integram os quadros das Polícias Cíveis foram incluídos na categoria “agentes da PC”, que foi criada para incorporar todos os não-delegados.
- 7 Constituição Federal de 1988. Art. 144, § 6º - As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias cíveis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2010.
- 8 O *Pit Bull* tinha uma reputação de cão leal e confiável durante as primeiras décadas do século passado. Nos últimos anos, contudo, esta imagem mudou. Seus membros têm sido considerados como extremamente violentos e ‘merecedores’



concedido pelo Policial A⁹ (23 anos de profissão, ensino superior, Fortaleza/CE) que desperta à reflexão de várias questões (explícitas e implícitas) presentes no *ser* e *deve-ser* do *habitus*¹⁰ da formação dos profissionais de segurança pública do cidadão. O *habitus* compreende a capacidade de uma determinada estrutura social ser incorporada pelos agentes por meio de disposições para sentir, pensar e agir (BOURDIEU, 2003; BARREIRA *et al.*, 2006).

A primeira reflexão é que a função policial deixa de ser o “braço forte” do Estado que está assentado na segurança nacional (vigente durante a ditadura militar), e passa a ser o “braço forte no Estado Democrático de Direito”, entretanto esta mudança vem carregada de fatores controversos. Segundo, o policial muitas vezes ao fazer cumprir a lei, continua sendo violento, já que determinadas leis são uma violência contra a sociedade. Em terceiro, a prática dos agentes responsáveis pela Segurança Cidadã para um efetivo trabalho de caráter preventivo, democrático e dinâmico deve ser realizada por um sujeito social, que por si mesmo já implica em ética e reflexão de seus atos. E em quarto, este sujeito policial deve refletir sobre a cultura e os valores introjetados em sua instituição, e fundar novos princípios necessários para o fortalecimento da ética dentro das instituições policiais, criando, deste modo, maior vínculo e identificação com a sociedade que serve. (CARVALHO, 2007).

Essa perspectiva remete à “constituição da organização policial como formadora de um ofício específico, marcado pela duplicidade: agente do exercício do monopólio da violência física legítima e, simultaneamente, agente de produção do consenso¹¹.” (TAVARES-DOS-SANTOS, 2009, p. 71).

de banimento em alguns países. Para piorar as coisas, os maus criadores muitas vezes deixam de treinar seus cães para não agredirem humanos. Pelo contrário, treinam os cães para serem os mais violentos possíveis. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Pit_bull. Acesso em: 25 set. 2010.

9 Ao longo deste estudo, coletaram-se depoimentos de policiais que contribuem como interlocutores, optou-se pela não definição de uma dada área para realização da pesquisa e consequente preservação da identidade dos policiais, evitando-se possíveis exposições.

10 O conceito de *habitus* desenvolvido pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu objetiva pôr fim à antinomia indivíduo/sociedade dentro da sociologia estruturalista. (BOURDIEU, 2003).

11 Mota Brasil (2008) expõe que a função de mediar conflitos é inerente às atividades da polícia, uma vez que essa se insere na *fronteira dos conflitos*.



Frente a estas reflexões, ALMEIDA (2010, p. 362-8) nos questiona: “qual a relação dessa trama complexa e incerta das instituições e de seus indivíduos, dispostos nos espaços sociais diferenciados pelos sistemas de classificação, com o desafio das reformas nas polícias?” E indaga sobre o desafio da relação polícia e comunidade, já que ambos são partícipes e responsáveis pela segurança pública.

Lidar com a ambiguidade em que os policiais se encontram – a polícia cidadã e a polícia de antigamente; superar as práticas de improvisação, em busca de uma polícia proativa e preventiva; sobrepular a cultura autoritária (polícia/sociedade), para alçar práticas democráticas e preparar o policial para lidar com os conflitos sociais do cotidiano que podem evoluir para graves delitos – são alguns de muitos desafios, conforme apresenta ALMEIDA (2010), já incorporados historicamente no imaginário e na cultura brasileira sob fortes tensões e incertezas que contribuíram para a noção de “polícia cidadã”.

2. SEGURANÇA PÚBLICA, ATUAÇÃO POLICIAL E MEDIÇÃO DE CONFLITOS: UMA INTERFACE

A sociedade em seu processo civilizatório compreende mudanças e transformações tecnológicas, culturais, econômicas, sociais, entre outras. Em decorrência destas transformações, a cada dia têm surgido novas situações, diferentes conflitos e questionamentos a respeito das políticas públicas de segurança.

[...] cada vez mais a sociedade brasileira tem compreendido que segurança pública não corresponde a um problema necessariamente de polícia, mas a um dever do Estado e uma responsabilidade coletiva. As medidas nessa área demandam ações complexas e articuladas entre instituições, sociedade e distintas esferas do poder público. (TEIXEIRA, 2005, p. 5).

O conceito tradicional de segurança pública restringe-se à ação policial ostensiva e repressiva contra o crime. Contrapondo-se a essa abordagem tradicional e pouco eficaz no Brasil e em outros países, tem-se buscado – como objetivo específico ou transversalmente às outras áreas de trabalho – instigar a participação da sociedade nas políticas públicas de segurança centradas mais nas ações de prevenção e redução da violência, para a modernização e democratização do circuito criminal brasileiro, compreendendo, mais especificamente,



os dispositivos policiais e de justiça. Dessa maneira, se objetiva essencialmente estimular a atuação efetiva da sociedade civil por meio de instrumentos que possam apoiar sua participação, quer na formulação e implementação, quer no acompanhamento e na avaliação das políticas públicas de segurança.

Destarte, a segurança pública¹² pode ser entendida como um conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado cujo objetivo é planejar e executar ações e oferecer estímulos positivos para que os cidadãos possam administrar os seus conflitos.

No Brasil, a ação direta na área da segurança pública e no combate à criminalidade tem sido preponderantemente de responsabilidade das instituições de segurança pública (Polícia Federal, Polícia Civil, Polícia Militar, Corpo de Bombeiros Militar¹³ e as Guardas Municipais). Diretamente, não há dúvidas de que os agentes da segurança pública e defesa civil¹⁴ são fundamentais para a realização dessa ação profissional. A sociedade e o Estado entregam a esse servidor público as atividades de garantia da segurança de todos. Haja vista as responsabilidades atribuídas aos profissionais da área da segurança pública, seja ele de qualquer instituição de segurança, é necessário que sejam acompanhadas de condições reais para a realização desse mister.

Mudanças na segurança pública envolvem reformas na polícia e estas passam necessariamente pela formação de um novo

12 Para maior aprofundamento sobre a temática verificar: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 114. LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. (organizadores). *A violência multifacetada: estudos sobre a violência e a segurança pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. LIMA, Renato Sérgio de. PAULA, Liana de. (organizadores). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?* 1 ed. 1 reimpressão. São Paulo: Contexto, 2008. BARREIRA, César (Org.). *Questão de Segurança: políticas governamentais e práticas políticas*. Coleção Antropologia da Política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

13 Cabe ressaltar que em alguns estados do Brasil, a exemplo do Piauí, o Corpo de Bombeiros Militar foi incorporado à Secretaria Estadual de Defesa Civil, tendo em vista, serem compreendidos como organizações que desempenham atribuições análogas. Disponível em <http://www.defesacivil.gov.br/sindec/estados/estado.asp?estado=pi> Acesso em 11 jan. 2011.

14 A Defesa Civil está associada ao conjunto de ações preventivas, de socorro, assistenciais, reabilitadoras e reconstrutivas, destinadas a evitar ou minimizar desastres, preservar o moral da população e restabelecer a normalidade social. A finalidade da Defesa Civil é promover a segurança global da população, em circunstâncias de desastres naturais, antropogênicos e mistos. Disponível em: <http://www.defesacivil.mg.gov.br/>. Acesso em 11 jan. 2011.



profissional para a gestão pública de segurança, que está inserido em uma dinâmica de conflitualidades¹⁵ que é o seu campo de atuação diária, no qual se estabelecem teias de relações de poder que poderão ser mediadas ou não por ele.

Para tanto, o ideal na construção de uma coletividade mais justa e fraterna passa pela educação em direitos humanos. Assim, “os enfrentamentos atuais para a construção da democracia no Brasil passam, necessariamente, pela ética e pela educação para a cidadania” (SOARES, 1997, p. 12). E a mediação é um instrumento hábil para o desenvolvimento desta proposta, por ser um mecanismo de educação em direitos humanos onde um terceiro media a vontade das partes por meio da construção do consenso.

A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. (SALES, 2007, p. 15).

A mediação possibilita a visualização dos envolvidos no desentendimento de que o *conflito*¹⁶ é algo inerente à vida em sociedade¹⁷, não trazendo apenas malefícios, pois possibilita

15 Ver TAVARES-DOS-SANTOS, José Vicente. As conflitualidades como um problema sociológico contemporâneo. *Revista do Programa de Pós-graduação em sociologia da UFRGS*, Porto Alegre, ano 1, n.1, 1999. ALCÂNTARA JUNIOR, J. O. Georg Simmel e o conflito social. *Caderno Pós Ciências Sociais*. São Luís, v. 2, n. 3, jan./jun. 2005.

16 Para maior aprofundamento sobre o tema verificar SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983. _____. A metrópole e a vida mental. In: Velho, Otávio Guilherme. (Org.). *O fenômeno urbano*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1979. MORAES FILHO, Evaristo. (Org.). *Simmel*. São Paulo: Ática, 1983. SANTOS, José Vicente dos. As conflitualidades como um problema sociológico contemporâneo. *Revista do Programa de Pós-graduação em sociologia da UFRGS*, Porto Alegre, ano 1, n.1, 1999. ALCÂNTARA JUNIOR, J. O. Georg Simmel e o conflito social. *Caderno Pós Ciências Sociais* - São Luís, v. 2, n. 3, jan./jun. 2005.

17 Na atualidade, as referências genéricas estão expressas nas mais diversas formas de violência; o entendimento sobre os conflitos sociais vem assumindo uma importância relevante para a compreensão da realidade social moderna, na medida em que, a violência estaria ocupando papel significativo e interferindo na



a mudança, o progresso nas relações, sejam elas pessoais ou interpessoais profissionais ou afetivas, familiares ou de amizades, enfim, quando evidente a insatisfação surge, concomitantemente, a necessidade de transformação da realidade inerente ao conflito.

Por meio da mediação, buscam-se os pontos de convergência entre os envolvidos na contenda que possam amenizar a discórdia e facilitar a comunicação. Muitas vezes as pessoas estão de tal modo ressentidas que não conseguem visualizar nada de bom no histórico do relacionamento entre elas. A mediação estimula, através do diálogo, o resgate dos objetivos comuns que possam existir entre os indivíduos que estão vivendo o problema.(...).Na mediação procura-se evidenciar que o conflito é natural, inerente aos seres humanos. Sem o conflito seria impossível haver progresso e provavelmente as relações sociais estariam estagnadas em algum momento da história. Se não houvesse insatisfação, as situações da vida permaneceriam iguais, constantes. Portanto, o conflito e a insatisfação tornam-se necessários para o aprimoramento das relações interpessoais e sociais. O que se reflete como algo bom ou ruim para as pessoas é a administração do conflito. Se for bem administrado, ou seja, se as pessoas conversarem pacificamente ou se procurarem a ajuda de uma terceira pessoa para que as auxilie nesse diálogo – será o conflito bem administrado. Se as pessoas, por outro lado, se agredirem física ou moralmente ou não conversarem, causando prejuízos para ambas, o conflito terá sido mal administrado. Assim, não é o conflito que é ruim, pelo contrário, ele é necessário. A sua boa ou má administração é que resultará em desfecho positivo ou negativo. (SALES, 2007, p. 15-16).

Dessa maneira, a mediação tenta demonstrar que é possível uma solução para o conflito em que ambas as partes ganhem¹⁸, tentando, por meio do diálogo, restaurar as benesses que fizeram

própria rotina social. O conflito é um elemento dos mais corriqueiros e intensos nas diversas sociedades e, ao mesmo tempo, um componente relativamente pouco estudado em consonância à sua relevância. Assim, destaco a importância do conflito como um elemento integrante das interações sociais. (ALCÂNTARA JUNIOR, 2005, p.9).

18 Para maior entendimento e aprofundamento sobre a teoria do ganha-ganha, que é defendida pelos autores Richard Bolstad e Margot Hamblett, defensores da transformação por meio da comunicação, pode ser visualizada em artigo disponível em: <<http://www.golfinho.com.br/artigos/artigodomes1299.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2009.



parte da relação, reconhecer e conhecer os conflitos reais oriundos dos conflitos aparentes perfilados pelos envolvidos, suscitar o questionamento da razão real do desentendimento, provocar a cooperação mútua e o respeito ao próximo ao analisar que cada pessoa tem a sua forma de visualizar a questão, facilitar a compreensão da responsabilidade que cada um possui em face do problema e na sua resolução e, assim, encontrar uma saída onde todos aceitem, concordem e acreditem que a divergência será solucionada.

No modelo tradicional de solução de conflitos – Poder Judiciário –, existem partes antagônicas, lados opostos, disputas, petição inicial, contestação, réu, enfim, inúmeras formas de ver o conflito como uma disputa em que um ganha e o outro perde. Na mediação a proposta é fazer com que os dois ganhem – ganha-ganha. Para se alcançar esse sentimento de satisfação mútua, é necessário se discutirem bastante os interesses, permitindo que se encontrem pontos de convergência, dentre as divergências relatadas. (SALES, 2007, p. 18)

Nos primeiros anos da década de 2000, a mediação se destaca no Brasil, em contextos com altos índices de vulnerabilidade e violência, como instrumento que auxilia na resolução de controvérsias e na prevenção à má administração de tais conflitos. Dessa forma, as pessoas passaram a resolver seus próprios conflitos, conscientizando-se dos seus direitos e deveres. Esse momento atual é identificado por Boaventura de Souza Santos (2000a, 2000b) como o movimento em prol do direito emancipador em contraposição ao direito regulador.

Nesses parâmetros, a mediação de conflitos passa a ser referência nacional, por meio do Programa Justiça Comunitária que é transformado em política pública, como expõe o ex-Ministro da Justiça, Tarso Genro, “[o] Ministério da Justiça orgulha-se de ter elevado esta experiência exitosa à condição de política pública, por meio do PRONASCI – Programa Nacional de Segurança com Cidadania, possibilitando assim sua replicação por todas as regiões do país”. (BRASIL, 2008, p. 8).

Nessa perspectiva, a *política de mediação* passa a ser integrada às ações de políticas públicas nas áreas do judiciário¹⁹, segurança,

19 Considerando que cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em



habitação²⁰ e educação²¹, muito embora ainda não possam ser mensurados com precisão os recursos²² orçamentários direcionados a sua implementação.

No Estado de Minas Gerais, pode-se relatar a experiência de associação entre segurança pública e mediação de conflitos realizada pelo Projeto Mediar implantado, no ano de 2006, junto ao Centro Setorial de Polícia Comunitária, dentro das instalações da 5ª Delegacia Distrital, da 4ª Delegacia Seccional Leste, na cidade de Belo Horizonte.

[...] o Projeto Mediar possui como premissa que: “ao buscar soluções para os problemas que deterioram a qualidade de vida das comunidades locais e ao envolver os cidadãos nesse processo, a polícia poderia, com a cooperação de outros órgãos, contribuir para reforçar laços sociais, favorecer a população a gerir os seus próprios problemas e por extensão, prevenir crimes”. (CARVALHO, 2007, p. 26).

especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu, no âmbito do Poder Judiciário, a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos, por meio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.

20 A Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos tem por finalidade estabelecer princípios, diretrizes e ações de prevenção e mediação nos conflitos fundiários urbanos, em conformidade com a Constituição Federal, artigo 1º, inciso III, artigos 6º, 182 e 183; Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) e na Medida Provisória 2220/2001. Em 2009, o Ministério das Cidades e o Conselho das Cidades, por meio do Grupo de Trabalho de Conflitos Fundiários Urbanos, organizou seminários regionais de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos, nos estados do Paraná, Goiás, Pará, São Paulo, Rio de Janeiro e Recife. No período de 28 a 30 de outubro de 2009, participei do seminário realizado na cidade de Recife, momento que reuniu os principais agentes públicos e da sociedade civil para identificar os principais desafios desta política nacional.

21 Para aprofundar, ver CHRISPINO, Álvaro; CHRISPINO, Raquel S.P. *Políticas Educacionais de Redução da Violência: Mediação do Conflito Escolar*, São Paulo: Editora Biruta, 2002.

22 Em setembro de 2008, tendo em vista a implementação da política de Democratização do Acesso à Justiça no Brasil, o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ), lança o edital do Projeto “PACIFICAR”, que visa à seleção de projetos de fomento a prática de mediação, composição e demais formas de resolução não violenta de conflitos, nas faculdades de Direito. O referido Edital prevê a aplicação de recursos orçamentários e financeiros no montante de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), sendo considerado um marco em investimentos na política de mediação.



A mediação de conflitos como “nova” orientação/estratégia de atuação policial, baseada na Segurança Cidadã, apresenta um caráter preferencialmente preventivo. Além disso, a mediação visa não apenas reduzir o número de crimes, mas também reduzir o dano das partes e da comunidade e modificar os fatores ambientais e comportamentais, pois a sua metodologia implica numa “nova mentalidade” no modo de ser e estar a serviço da comunidade e, conseqüentemente, numa mudança de postura profissional do policial perante o cidadão.

No Estado do Ceará²³, ao analisar as demandas policiais e a sua relação com a formação dos agentes de Segurança Pública da cidade de Fortaleza, foi verificado que de acordo com a relação dos dez bairros da capital cearense com maior número de ocorrências policiais registradas na Coordenadoria Integrada de Operações de Segurança (CIOPS) da Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS) – setor que recebe as ligações da população por meio do número de emergência 190 e compila as ocorrências que dão entrada nas delegacias –, no período de 2000 a 2008, os tipos de conflitos apresentados mostram que, em média, 70% dos casos que geram as ocorrências policiais se caracterizam por serem conflitos de natureza social (briga de família e perturbação do sossego alheio), surgidos entre pessoas que possuem vínculos afetivos e relações continuadas (famílias, vizinhos, amigos) que, por não conseguirem dialogar para bem administrar as controvérsias vividas, transformam discussões em agressões ou até em crimes de maior potencial ofensivo, como o homicídio.

Percebe-se a existência de uma convergência de objetivos entre a mediação e a atuação policial sob o aspecto da proposta de uma segurança cidadã. Considerando, segundo o pesquisador José Tavares-dos-Santos, que esta significa uma forma de convivência social orientada pela tolerância, pela proteção social e pela eficiência policial frente às conflitualidades da vida em sociedade (Palestra realizada na 58ª SBPC, Fortaleza, 2005). Assim, possui um denominador na

23 Para aprofundar ver relatório da pesquisa *Cartografia da Criminalidade e da Violência em Fortaleza* (2010), realizada pelo Laboratório de Direitos Humanos, Cidadania e Ética (LABVIDA/UECE), Laboratório de Conflitualidades e Violência (COVIO/UECE) e o Laboratório de Estudos da Violência (LEV/UFC) e o), com financiamento do Ministério da Justiça, da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) e da Prefeitura Municipal de Fortaleza (PMF) sob a coordenação da profa. Glaucéria Mota Brasil.



convivência com os diferentes na construção e vivência dos direitos humanos, da justiça social, da cultura de paz e do desenvolvimento humano e social.

3. PLANO NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA: O DESPERTAR PARA A FORMAÇÃO DE UMA POLÍCIA CIDADÃ

A partir do ano de 2000, com a criação do primeiro Plano Nacional de Segurança Pública (I PNSP), o Governo Federal²⁴ revelou sua preocupação quanto à formação, qualificação e valorização dos profissionais da área da segurança pública, propondo ações que pudessem garantir uma reforma substancial nas políticas de segurança pública, ou seja, que refletissem na atuação das polícias estaduais e, conseqüentemente, na redução dos índices de violência e criminalidade.

No mesmo ano em que o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP)²⁵ elabora o I PNSP, a pedido do Governo Federal, também formula um documento para orientar a formação policial, denominado “Bases Curriculares para a Formação dos Profissionais de Segurança do Cidadão”. Estas passam a nortear as instituições responsáveis pela formação do quadro de operadores da segurança pública nos Estados, assim como “uma ferramenta de trabalho que auxilie a homogeneização dos cursos de formação e o planejamento curricular” (BRASIL, 2000, p. 6). Com as Bases Curriculares já se era possível observar a inserção de algumas disciplinas de fundamentação humana, como Direitos Humanos, Ética e Cidadania, Sociologia do Crime e da Violência, etc.

Em 2002, o II Programa Nacional de Direitos Humanos (II PNDH) também assinalava a importância de se acrescentar à formação das Academias de Polícia, conteúdos específicos de direitos

24 O Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso (FHC), anunciou, em 20 de junho de 2000, o Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP), constituído por quinze (15) temas, distribuídos em quatro (4) capítulos, que prevêem 124 ações.

25 No tocante à segurança pública, o fato de FHC ter sido reeleito já no primeiro turno teria facilitado as condições político-institucionais para reverter o débito herdado do primeiro mandato. Nesse sentido, reunindo especialistas, consultores, estudiosos, pesquisadores e operadores do sistema de segurança pública, o Ministério da Justiça apresentou, em 2000, o I Plano Nacional de Segurança Pública (I PNSP).



humanos. Essa preocupação se fez presente na redação do II PNDH, que marcava a necessidade de se modificar o currículo nacional de formação dos operadores de segurança, acrescentando-lhe disciplinas de cunho social e humano. Objetivava o Programa (2002) nessa área:

Estimular o aperfeiçoamento dos critérios para seleção e capacitação de policiais e implantar, nas Academias de Polícia, programas de educação e formação em direitos humanos, em parceria com entidades não-governamentais.

Incluir no currículo dos cursos de formação de policiais módulos específicos sobre direitos humanos, gênero e raça, gerenciamento de crises, técnicas de investigação, técnicas não-letais de intervenção policial e mediação de conflitos.

Dois anos após a elaboração do II PNDH, já no Governo de Luís Inácio Lula da Silva (2003-2006), o Estado resolve fazer uma revisão no modelo de orientação que estava sendo dado à segurança pública. Dessa maneira, em 2003, é implantado um novo Plano Nacional de Segurança Pública, denominado “Projeto Segurança Pública para o Brasil”, que foi recebido com respeito pela população, até mesmo por seus adversários políticos, pois era nítido o reconhecimento obtido ante o fracasso das políticas de segurança truculentas, responsáveis pela degradação das instituições policiais ao propor mudanças na constituição de uma “nova polícia” para a sociedade brasileira. É o início de uma nova maneira de se pensar e fazer segurança pública no Brasil.

O Projeto Segurança Pública para o Brasil (2003) estabelece como “nova polícia” aquela orientada por uma nova abordagem, com um novo tipo de sujeito na sua gestão. A nova aliança entre sociedade e Estado exige profundas mudanças na polícia (valores fundamentais, identidade institucional, cultura profissional e padrão de comportamento), objetivando a construção de um projeto sustentável de paz.

Nesse contexto, a qualificação e a formação dos profissionais da área da segurança pública passam a ser realizadas com outras bases orientadas pela ética, pela cidadania e pela educação em direitos humanos. Aqui, a busca por parcerias com as Universidades e outras instituições educacionais torna-se o maior diferencial dessa nova proposta de educação policial.

Como o Projeto Segurança Pública para o Brasil (2003) orientava a aproximação das Academias de Polícia com as Universidades, viu-



se a necessidade da constituição de um novo referencial nacional para a formação em segurança pública. No mesmo ano é desenvolvida a “Matriz Curricular Nacional para a Formação em Segurança Pública” (2003), que irá propor novos instrumentos para nortear a formação das forças de segurança.

A Matriz Curricular Nacional (MCN), em sua primeira versão, foi apresentada em 2003 num amplo Seminário nacional sobre segurança pública. Dois anos mais tarde, em 2005, a Matriz sofreu sua primeira revisão e passou a ser denominada por Matriz Curricular em Movimento (MCM), agregando mais dois documentos: Diretrizes Pedagógicas para as Atividades Formativas dos Profissionais da Área de Segurança Pública e Malha Curricular.

Mesmo com o desenvolvimento desses mecanismos para nortear a formação dos agentes de segurança pública, não é possível observar disciplinas voltadas à temática de mediação de conflitos. Geralmente, ela está inserida em algum conteúdo a ser ministrado por outra disciplina. No caso das Bases Curriculares (2000), a mediação de conflitos pode ser encontrada na disciplina “Processo de tomada de decisão aplicada” e na Malha Curricular (2006) em “Fundamentos da Gerência Integrada em Situações de Crises e Desastres”, porém, em ambas, é proposta de maneira muito incipiente.

Somente em 2008, quando o Governo Federal²⁶ lança em uma versão modificada e ampliada da Matriz Curricular Nacional para ações formativas dos profissionais da área de Segurança Pública, que se podem verificar alterações nas cargas-horárias das disciplinas, sendo dado um maior enfoque às disciplinas voltadas à resolução pacífica de conflitos, à valorização profissional, à saúde do trabalhador, à ética e aos direitos humanos.

A partir desse momento, a mediação de conflitos passa a ser ministrada como uma disciplina autônoma, denominada, “Prevenção, Mediação e Resolução de Conflitos²⁷”, e inserida na Área Temática IV (Modalidades de Gestão de Conflitos e Eventos

26 Período do segundo mandato do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva (2007-2010).

27 Até 2006, foram capacitados em todo o Brasil 661 agentes de segurança pública em cursos de mediação e resolução pacífica de conflitos. Estatísticas da capacitação dos Agentes de Segurança Pública em cursos de mediação e resolução pacífica de conflitos. *Você sabia?* (cedido pela Renaesp/Senasp) Disponível em: http://www.segurancaadada.org.br/index.php?option=com_musicbox&task=view&Itemid=250&catid=147&id=7. Acesso em 10 ago. 2010.



Críticos) da MCN, com uma carga horária de 4% do total da carga horária do curso de formação.

A mediação de conflitos passa a ser reconhecida como um conteúdo indispensável à formação policial, pois fomenta uma efetiva práxis cidadã e democrática no momento em que facilita a administração de controvérsias por meio do diálogo inclusivo com vistas à promoção da cultura de paz.

4. A EXPERIÊNCIA DO CEARÁ NA FORMAÇÃO POLICIAL MILITAR: O CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADOS DE FILEIRAS DE 2007

No Ceará, a nova proposta curricular para a formação do quadro de praças da Polícia Militar iniciou-se em 2001, a partir de um convênio firmado entre a Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS), na época denominada de Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania (SSPDC), a Polícia Militar (através do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças) e a Universidade Estadual do Ceará (UECE), por meio do Instituto de Estudos e Pesquisas e Projetos (IEPRO) e do Centro de Educação (CED), correspondendo a um conjunto de reformas e mudanças iniciadas pelo Governo Tasso Jereissati (1995-1998), a partir do “Caso França”.²⁸ (BARREIRA e MOTA BRASIL, 2002, p. 152)

Nessa parceria da SSPDC com a Fundação Universidade Estadual do Ceará (FUNECE), houve uma integração entre a Academia de Polícia Militar (APM) e a Universidade, não só na discussão como na implementação dos cursos, sobretudo dos cursos de formação. Essa integração compreende a participação de instrutores das academias de polícia militar e civil no ensino de disciplinas consideradas mais

²⁸ O agente João Alves da França denunciou o envolvimento de policiais civis e militares em assaltos, tráfico de drogas, contrabando de armas e extorsão. Este fato ocasionou uma das maiores crises na área da segurança pública, uma vez que envolveu o então delegado geral da Polícia Civil Francisco Quintino Farias, que tinha sido secretário de Segurança Pública do Estado (1993-1994), além de nove delegados, oito comissários, 13 policiais e nove PMs. Em consequência das apurações, são afastados 26 policiais e nove delegados. Francisco Quintino Farias foi denunciado por prevaricação e corrupção passiva. O Governo do Estado realizou, então, uma série de mudanças administrativo-institucionais na área da segurança pública e criou a Secretaria da Segurança Pública e Defesa da Cidadania (SSPDC) em substituição à Secretaria de Segurança Pública (JORNAL O POVO, 2007 *apud* BRASIL, 2000, p. 139).



operacionais, enquanto que as disciplinas de fundamentação teórica, do domínio das Ciências Sociais e Humanas, ficavam a critério dos professores da Universidade. (MOTA BRASIL *et al.*, 2009).

No caso do Curso de Formação de Soldados de Fileiras de 2007²⁹, essa integração se deu desde as fases do concurso, no qual, a primeira, a terceira e a quarta fases ficaram a cargo da FUNECE, por intermédio da Comissão Executiva do Vestibular da Universidade Estadual do Ceará (CEV/UECE), enquanto que a segunda fase foi realizada sob a responsabilidade da SSPDS, por intermédio do Hospital Militar do Ceará e dos Institutos de Perícia do Estado³⁰.

Durante o Curso de Formação, a integração se deu através da coresponsabilização da Universidade Estadual do Ceará (UECE) e da Academia de Polícia Militar do Ceará (APM/CE) no ensino das disciplinas. A APM/CE ficou responsável por ministrar quatorze (14) disciplinas, enquanto a UECE, por quinze (15) disciplinas. Vale ressaltar que a UECE ministrou as disciplinas de fundamentação social, humana e jurídica e a APM/CE, por meio de instrutores militares, ministrou disciplinas técnico-operativas.

O Curso de Formação de Soldados de Fileiras da Polícia Militar do Ceará de 2007 apresentou algumas características que o fez singular aos demais cursos de formação de soldado da PMCE já realizados no Estado. A primeira característica é o de que esse curso seria o primeiro a introduzir as modificações curriculares propostas pelo documento Matriz Curricular em Movimento (MCM), elaborado em 2006 pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), dando início, assim, a uma nova Malha Curricular. Segundo, por ser o primeiro curso para a capacitação de soldados que viriam a

29 Para maior aprofundamento ver **relatório da pesquisa** “Violência Urbana, Polícias Militares Estaduais e Políticas Públicas de Segurança” (CE, RS, PA, MT, PE, DF), 2008; **relatório da pesquisa** “Os impactos da nova formação policial no programa “Ronda do Quarteirão”: uma experiência inovadora de policiamento comunitário”, 2010; CRUZ, Lara Abreu. O tradicional e o moderno da formação do Policial Militar: uma análise do Curso de Formação de Soldados do Ronda do Quarteirão. **Monografia** – Graduação em Serviço Social, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2010.

30 A primeira fase correspondia a uma prova objetiva de conhecimentos gerais; a segunda fase a um exame médico-odontológico-toxicológico; a terceira fase foi destinada ao teste de aptidão física e a quarta e última fase do concurso uma avaliação psicológica. Com exceção da segunda fase, a qual era de caráter eliminatório, todas as demais possuíam tanto caráter classificatório quanto eliminatório.



compor o programa Ronda do Quarteirão³¹, orientado pela filosofia do policiamento comunitário. Terceiro, por ter sido o último Curso de Formação a ser realizado por meio do convênio³² estabelecido entre a Polícia Militar do Ceará (PMCE) e Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS) com a Universidade Estadual do Ceará (UECE).

Como o programa Ronda do Quarteirão já estava com a data de implantação atrasada, então, para atender as pressões e exigências políticas em torno de sua execução, a carga horária do Curso de Formação de Soldados de Fileiras foi reduzida de 1.078 horas/aula para 715 horas/aula, o que representou uma diminuição no período de capacitação, de seis meses para três meses.

Levando em consideração essa redução da carga horária total do CFSdF/07, e ainda que o mecanismo legal norteador da formação policial militar de 2007, ou seja, a Matriz Curricular em Movimento, não trazia em sua Malha Curricular uma disciplina voltada à mediação de conflitos e, mesmo assim, no CFSdF/07 foi ministrada uma disciplina voltada para esta temática, denominada, “Eficácia Pessoal e Mediação de Conflitos”³³, nos interessou analisar como essa disciplina foi ministrada.

31 Ceará, Mato-Grosso, Rio de Janeiro e Pará são os Estados-membros precursores na implementação da filosofia de policiamento comunitário. No caso do Ceará, o Programa de Governo, implementado pelo governo Cid Gomes (2007-2010), denominado ‘Ronda do Quarteirão’ Para fundamentar esta assertiva, verificar reportagem veiculada por jornal de distribuição nacional. CAMPOS, Fábio. Em Fortaleza, Ronda é tão bem avaliado quanto Lula. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/opovo/colunas/politica/818896.html>>. Acesso em: 10 jul. 2010. O programa ‘Ronda’ tem como objetivos: • Diminuir os índices de criminalidade e violência; • Melhorar a satisfação da população com o atendimento policial, mediante ações de policiamento comunitário; • Promover a cidadania através da participação dos integrantes das comunidades no diagnóstico, análise e solução dos problemas de segurança; • Fortalecer a confiança da comunidade nos órgãos de segurança pública; • Melhorar a qualidade de vida das comunidades assistidas; • Reduzir a sensação de insegurança nas comunidades atendidas pelo programa. (Projeto Ronda, 2007, p. 11).

32 Em 2008, o governo Estadual decidiu contratar o Centro de Seleção e de Promoção de Eventos (CESPE) da Fundação Universidade de Brasília (UNB) para realizar o concurso e a formação dos policiais que integrariam o programa Ronda do Quarteirão em 2009. Retomando a parceria com a UECE para seleção de 2009 e formação em 2010, de outro contingente de policiais para integrar o programa “Ronda do Quarteirão”. (CRUZ, 2010).

33 Dentre as cinco metas iniciais previstas no programa Ronda, apresenta-se: Elaborar grade curricular específica para a formação dos policiais que atuarão



5. O ENSINO DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO CURSO DE FORMAÇÃO DOS POLICIAIS MILITARES DO PROGRAMA RONDA DO QUARTEIRÃO

Apresentando-se como uma meta a ser cumprida pelo programa “Ronda”, a inserção da disciplina ‘Mediação de conflitos’ na grade curricular do Curso de formação dos aspirantes a policiais, revela a tendência inicial de implementação de uma proposta de polícia voltada para a prevenção primária, ou seja, “o problema da criminalidade é tratado em sua raiz” (SABADELL, 2003, p. 11).

Na Malha Curricular (2006) não consta essa disciplina, apesar de já apresentar como área temática (IV) Modalidades de Gestão de Conflitos e Eventos Críticos, correspondendo à disciplina ‘Fundamentos da Gerência Integrada em Situações de Crises e Desastres’, em que um de seus objetivos é o de desenvolver no profissional em formação a capacidade de avaliar situações de risco a partir de cenários de forma a intervir em eventos adversos.

Diante disso, ao iniciar a análise do conteúdo da disciplina denominada “Eficácia Pessoal e Mediação de Conflitos” (ministrada no Curso de formação de soldados de fileiras em 2007), verificase que esta não traz ementa³⁴ anexada à apostila, ficando difícil compreender do que trata a apostila, quais os objetivos previstos, como está dividido o conteúdo programático, a metodologia de ensino-aprendizagem que será utilizada, a forma de avaliação e os referencias bibliográficos utilizados.

A apostila apresenta-se dividida em 19 (dezenove) capítulos, porém, em uma análise mais aprofundada, pode-se constatar que ela está dividida em dois módulos – o de Eficácia Pessoal e o de

no Programa, incluindo as disciplinas: Polícia Comunitária, Direitos Humanos e Mediação de Conflitos. (Projeto Ronda do Quarteirão, 2007, p. 11). De acordo com o Ministério da Justiça, já estão sendo implementados cursos para formação de profissionais da área de segurança pública voltada para o policiamento comunitário com a teleologia baseada na educação em direitos humanos e mediação de conflitos, denominado Curso Nacional de Multiplicador de Polícia Comunitária, inserto na Matriz Curricular Nacional para a Polícia Comunitária, nomeado pela Portaria SENASP, nº 14, de 26/04/06, publicado no Diário Oficial da União de 08/05/06. Para maior aprofundamento sobre o tema visualizar matéria sobre o assunto. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJE9CFF814ITEMID006F145729274CFB9C3800A06505110PTBRNN.html>>. Acesso em: 07 jul. 2010.

34 A ementa é uma descrição discursiva que resume o conteúdo conceitual ou conceitual-procedimental de uma disciplina.



Mediação de Conflitos – cada um com suas subunidades. Até o capítulo sete são tratados textos mais voltados para a Eficácia Pessoal, ainda que não estejam tão claros sobre isso. São textos com escasso embasamento teórico-científico, sem referências e sem um objetivo bem delimitado acerca do que se pretende compreender, são eles: I) Visão Sistêmica; II) A Fixação em Eventos; III) O inimigo está lá fora; IV) Quanto mais você insiste, mais o sistema resiste; V) Causa e Efeito estão distantes no tempo e no espaço; VI) Tempo de Espera: quando as coisas acontecem, finalmente; VII) Fatos, Crenças e Armadilhas. Assemelham-se a textos de aconselhamento da literatura de autoajuda.

A partir do capítulo oito até o dezenove a apostila aborda conceitos e procedimentos para que o profissional da segurança pública saiba lidar em momentos de riscos, ameaças e resistências (remete-se a uma abordagem direcionada ao gerenciamento de crises). Os capítulos abordados são os seguintes: VIII) Uma ampla visão do conflito; IX) Sensibilidade: exercitando os sentidos; X) Maestria Pessoal, Estabelecer e Manter *Rapport*; XI) Lidando com a resistência; XII) Padrões de Metamodelos; XIII) A magia da linguagem; XIV) Gerenciamento de Crises; XV) Classificação dos grupos de risco ou ameaças e níveis de resposta; XVI) Fases da Confrontação; XVII) A resposta imediata; XVIII) Elementos Operacionais Essenciais; XIX) Negociação e Síndrome de Estocolmo. Observamos que a temática de mediação de conflitos passa ao largo da proposta apresentada pelo curso.

Apesar de apresentar-se muito densa, na apostila podemos perceber que o objetivo da disciplina é desenvolver no profissional em formação a habilidade para identificar, analisar e solucionar eventos críticos, bem como, desenvolver a capacidade para enfrentar situações de crise, por meio do conhecimento de alternativas táticas e decidindo de acordo com os aspectos legais. Como na apostila não consta a ementa, fica inviável verificar: a descrição detalhada das competências que se pretende desenvolver nos discentes e, se a proposta da disciplina coincidente com o conteúdo presente no material de apoio.

Enfim, tal análise trás a tona inquietações sobre a organização e avaliação metodológica dos cursos de formação dos profissionais de segurança pública, tendo em vista que as disciplinas que compõem a grade curricular dos referidos cursos devem se pautar nas orientações previstas na Matriz Curricular Nacional vigente,



com o foco a garantir o aperfeiçoamento do processo ensino-aprendizagem, à contextualização e à aplicação situacional dos conteúdos apresentados.

6. CONSIDERAÇÕES E REFLEXÕES

As instituições de segurança pública responsáveis pelo planejamento, execução e avaliação da formação na área da segurança pública deveriam compartilhar o momento de (re)pensar os investimentos e o desenvolvimento das ações formativas necessárias e fundamentais para a qualificação e o aprimoramento dos resultados das instituições que compõem o Sistema de Segurança Pública frente aos desafios e às demandas da sociedade. Atualmente, vive-se num contexto sócio-econômico e político demarcado por crises institucionais e sociais nos seus variados âmbitos. Em decorrência disso, a responsabilização da ocorrência de inúmeros conflitos que se aglutinam é direcionada especialmente para os Poderes Públicos de um modo geral. O tema da criminalidade torna-se recorrente nos assuntos cotidianos em virtude das crescentes índices de violência na sociedade brasileira. Nesse cenário de crises, busca-se a efetiva implementação de formas de administração pacífica de conflitos, em contraponto à tentativa, muitas vezes, frustrada de resolução do Estado, por meio de medidas repressivas e excludentes dos conflitos para conter a insegurança causada pela violência. Ações muitas vezes equivocadas que estão exigindo mudanças nas práticas tradicionais puramente reativas das polícias brasileiras.

É importante ressaltarmos que a proposta de mudança na formação policial militar no Estado do Ceará, considerando a inclusão da disciplina “Eficácia pessoal e Mediação de conflitos” no CFSdF/07, significou um avanço, apresentando-se como um ensaio inicial para os cursos de formação que estariam por vir, pois teve pretensões de mudar o pensar e o fazer policial na política de segurança pública estadual. Embora reconhecendo a necessidade da construção de uma polícia cidadã voltada para uso de metodologias preventivas de contenção da criminalidade, aliadas a proposta de implementação de uma disciplina de mediação no curso de formação dos soldados da Polícia Militar do Ceará, os objetivos não foram atingidos como se pode constatar nas análises dos depoimentos registrados pelo presente trabalho.



Nesse sentido, a mediação de conflitos, apresenta-se como um dos conteúdos indispensáveis às ações formativas, que devem estar alinhados ao conjunto de competências cognitivas, operativas e atitudinais dos profissionais de segurança pública. Pois, a mediação presente na formação policial pode contribuir para bem administrar conflitos sociais e para restaurar as relações existentes na comunidade, dando um caráter de cidadania ativa ao tratamento das divergências, assim como garante a promoção, defesa e garantia dos direitos humanos numa sociedade que não está imune dos conflitos e divergências.

Assim, conclui-se que é necessário (re)pensar a intencionalidade das atividades formativas, pois o investimento no capital humano e a valorização profissional tornam-se imprescindíveis para atender as demandas que estão colocadas para as polícias, superar os desafios para se inovar na prática da justiça inclusiva frente à dinâmica social e, assim, contribuir para a efetividade das organizações de segurança pública.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA JUNIOR, J. O. Georg Simmel e o conflito social. *Caderno Pós Ciências Sociais* - São Luís, v. 2, n. 3, jan./jun. 2005.

ALMEIDA, Rosemary de Oliveira. *Cidadania e policiamento comunitário. Segurança Violência e Direito. Fascículo 09*. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, 2007. Disponível em <http://www.dailymotion.com/video/x3f17x_seguranca-violencia-e-direito-09> Acesso em 12 mar. 2010.

_____. Segurança pública, polícia, comunidade: indivíduos e instituições (cap. 16). In: BARREIRA, César. (org.) *Violência e conflitos sociais: trajetórias de pesquisa*. Campinas, SP: Pontes Editores, 2010.

BARREIRA, César e MOTA BRASIL, Glaucíria. Academias de polícia e universidade: parcerias e resistências. *Coleção Segurança Pública e Democracia*. Rio Grande do Sul, v.1, p. 151-164, 2002.

BARREIRA, Irllys Alencar F. (org.) et al. *Teorias Sociológicas Contemporâneas: Elias, Foucault e Bourdieu*. Fortaleza: Edições UFC, 2006.



BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. *Sistema de Justiça Criminal em Belo Horizonte: diagnóstico e perspectivas*. Revista Pensar BH – Políticas Sociais, nº 21, 2008.

BEGOCHEA, Jorge Luiz Paz et al. *A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã*. São Paulo em perspectiva, 2004, 18(1): p.119-131.

BOLSTAD, Richard, HAMBLETT, Margot. *Ganha-ganha*. Disponível em: <<http://www.golfinho.com.br/artigos/artigodomes1299.htm>>. Acesso em: 28 set. 2009.

BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL, M.G.M. *A segurança pública no “Governo das Mudanças”: moralização, modernização e participação*. São Paulo, 2000. 325p. Tese Doutorado em Serviço Social. - Programa de Estudos Pós-Graduados em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 64*.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Bases Curriculares para a Formação dos Profissionais da Área de Segurança do Cidadão*. Brasília: MJ, 2000.

----- . Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Matriz Curricular Nacional para a Formação em Segurança Pública*. Brasília: MJ, 2003.

----- . Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Projeto Segurança Pública para o Brasil*. Brasília: MJ, 2003.

----- . Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Matriz Curricular em Movimento, Diretrizes Pedagógicas e Malha Curricular*. Brasília: MJ, 2006.

_____. Ministério da Justiça. *Justiça Comunitária: uma experiência*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

CAMPOS, Fábio. *Em Fortaleza, Ronda é tão bem avaliado quanto Lula*. O Povo. Fortaleza, 12 set. 2008. Disponível em:<<http://www>.



opovo.com.br/opovo/colunas/politica/818896.html>. Acesso em: 10 jul. 2010.

CARVALHO, Ellen Márcia Lopes Santos de. *Mediação de conflitos em um Distrito Policial: uma estratégia preventiva de polícia comunitária*. Belo Horizonte, Escola Superior Dom Helder Câmara, 2007. 59p. *Monografia* (Pós-Graduação *lato sensu* em Segurança Pública e Direitos Humanos). Escola Superior Dom Helder Câmara, 2007.

CEARÁ. Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social. *Projeto Ronda do Quarteirão*, 2007.

CRUZ, Lara Abreu. *O tradicional e o moderno da formação do Policial Militar: uma análise do Curso de Formação de Soldados do Ronda do Quarteirão*. *Monografia – Graduação em Serviço Social*, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – MJ. *SENASP investe em capacitação de polícia comunitária*. 2007. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/>> Acesso em: 07 jul. 2010.

MOTA BRASIL, M. G. (org.) *A Face feminina da Polícia Civil: gênero, hierarquia e poder*. Fortaleza: EdUECE, 2008.

MOTA BRASIL, M. G. LIMA, V. F. e CRUZ, L. A. *Potencialidades e Limites da Formação Policial: a experiência do Ceará nas parcerias da Universidade com a Academia da Polícia Militar*. Relatório Final da Pesquisa Violência Urbana, Polícias Militares Estaduais e Políticas Públicas de Segurança – FINEP/VIPOSEG (2006-2008). Fortaleza, Ceará, 2009.

SABADELL, Ana Lucia. *O conceito ampliado da segurança pública e a segurança das mulheres no debate alemão*. In: *A violência multifacetada: estudos sobre a violência e a segurança pública*. César Barros Leal e Heitor Piedade Júnior, organizadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade*. Florianópolis: Conceito Editora. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*. Porto Alegre: Editora Edipro, 2000a.



SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. Porto Alegre: Editora Edipro, 2000b.

SAPORI, L. F. *Segurança Pública no Brasil: desafios e perspectivas*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SOARES, Maria Victória Benevides. Educação, Democracia e Direitos Humanos *In: Jornada Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos*. São Paulo. Maio de 1997.

TAVARES-DOS-SANTOS, José Vicente. *Violências e conflitualidades*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2009.

TEIXEIRA, Paulo Augusto Souza. *Os Conselhos e Cafés Comunitários de Segurança Pública/RJ no Contexto Democrático*. VI RAM - Reunião de Antropologia do Mercosul, Montevidéu, nov. 2005.

ZACCHI, J. M. Prevenção da violência: avanços e desafios na ordem do dia. *In: Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança*. São Paulo: ILANUD, 2002.

ITCD: Competência Para a Concessão de Isenções Para os Hipossuficientes

Celina Carvalho Feitosa

Procuradora do Estado

A aplicação do benefício da isenção tributária é tema de grande relevância na esfera do Direito material e fonte de inúmeras controvérsias, especialmente quando a interpretação se dá no âmbito do Poder Judiciário, onde, aos princípios e normas de Direito Público, se somam as recompreensões do órgão jurisdicional e a situação econômico-financeira do contribuinte.

É o que ocorre, por exemplo, com o Imposto Sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doações – ITCD, previsto no artigo no art. 155, inciso I, da CF/88, regulado através da III Seção, do Título III, do Primeiro Livro do CTN, e instituído, no Estado do Ceará, através da Lei nº Lei 13.417/2003. Esta lei, em harmonia com a natureza pública do Direito Tributário, estabeleceu as seguintes hipóteses de isenção:

Art.6º. São isentas do imposto

I - as transmissões causa mortis:

a) de bem imóvel urbano, desde que constitua o único bem imóvel a ser partilhado e que a sua avaliação seja igual ou inferior a 20.000 (vinte mil) Ufirce's;

Redação original: a) de bem imóvel urbano utilizado como residência de qualquer dos herdeiros, desde que constitua o único bem imóvel a ser partilhado;

b) de imóvel rural de área não superior a três módulos rurais, assim caracterizados na forma de legislação pertinente, desde que feitas a quem não seja proprietário de imóvel de qualquer natureza;

c) em que o valor total do acervo hereditário seja igual ou inferior a três mil Unidades Fiscais de Referência do Estado do Ceará - Ufirces.

d) de créditos oriundos de vencimento, salário, remuneração, honorário profissional, direitos trabalhistas, inclusive Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, Programa de Integração Social – PIS, e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP, e benefícios da previdência oficial ou privada,



não recebidos em vida pelo autor da herança, limitada a isenção ao valor equivalente a 5.000 (cinco mil) Ufirces;

II - as transmissões causa mortis ou por doação:

- a) de imóveis estabelecidos em núcleos oficiais ou reconhecidos pelo Governo, em atendimento à política de redistribuição de terras, desde que feitas a colono que não seja proprietário de imóvel de qualquer natureza;
- b) de bens e direitos a associações comunitárias e a entidades de moradores de bairros, favelas e similares, atendidas as condições estabelecidas no art.4º, §3º desta Lei.

Parágrafo único. Na hipótese da alínea “d” do inciso I: I - será considerada a soma dos valores dos créditos transmitidos; II - o valor que exceder o montante alcançado pela isenção será levado ao cômputo do valor total do acervo hereditário.”

Conforme se observa, entre as hipóteses de isenção fixadas pelo legislador estadual, não há a de hipossuficiência do contribuinte, isto é, das pessoas atendidas pela justiça gratuita. Apesar disso, vem se tornando corriqueiro no âmbito do Poder Judiciário, especialmente entre os órgãos de primeiro grau, conceder-se isenção desse tributo aos usuários dos serviços da Defensoria Pública, sob o fundamento jurídico material do direito de herança que, nesse modo de entender, deve ser assegurado à condição de hipossuficiência do interessado.

Para conferir autoridade à essa postulação os interessados trazem, em prol de seus argumentos, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, em interpretação por demais elementar, pretende autorizar, ou seja, atribuir competência ao Judiciário para conceder diretamente tais isenções e, mais, conceder isenções não previstas em lei. Em melhores palavras e em última instância, essa interpretação gera a necessidade de se definir a competência para conceder *isenções:se exclusiva do Poder Legislativo; ou se, residualmente, estendida aos poderes Judiciário e Executivo.*

Essa tese, ao que tudo parece indicar, alça o direito de herança à categoria de direito individual fundamental, sobrepondo-o à expressa vontade da lei. Nesse entender, o direito individual (à herança) estaria (provavelmente) a preencher lacuna normativa deixada pelo legislador (ausência de isenção para os hipossuficientes), através de técnica de integração da legislação. Ter-se-ia, na hipótese, a aplicação da equidade, onde o aplicador na norma jurídica amenizaria o rigor



normativo para realizar justiça no caso concreto, reconhecendo isenção não prevista em lei.

Registre-se, de início, que a integração da legislação tributária está disciplinada no art. 108 do CTN que, em seu § 2º, dispõe que *o emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido*. Assim, é forçoso reconhecer que a tese aqui analisada conflita flagrantemente com essa limitação legal. Ocorre, no entanto, que os seus defensores estariam, supostamente, a apresentar um fundamento jurídico hierarquicamente superior, ou seja, *o direito à herança*, que, como já informado, teria força superior, por se tratar de direito fundamental.

Os seus defensores, ao que tudo indica, olvidam que, em Direito Tributário, as isenções, assim como a criação de tributos, somente podem ser instituídas mediante lei, o que não ocorre na hipótese ora estudada. Nessas matérias, o princípio da estrita legalidade, nos mesmos termos e eficácia com que incide em matéria penal, não sendo permitido aos órgãos jurisdicionais e aos agentes da administração definir novas hipóteses além daquelas indicadas no texto normativo (e, no caso, lei ordinária).

Nos casos de isenções tributárias, a CF/88 cercou a matéria de maior rigor, não se conformando com a simples legalidade estrita, impondo o que a doutrina tem denominado de *estrita legalidade qualificada*. É o que se depreende do § 6º do art. 150 da *Lex Legum*:

Art. 150. Omissis.

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo no disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, g.

A concessão de isenção, como se vê, terá que ser feita por meio de lei (como regra geral, lei ordinária e, excepcionalmente, por lei complementar), sendo que esse ato normativo terá que *regular exclusivamente a matéria*. Desse modo, a Carta Constitucional veda que a lei de isenção cuide de outras matérias estranhas ao Direito Tributário. Nesses termos, o constituinte procurou garantir o máximo de transparência e visibilidade na outorga desses benefícios fiscais, impedindo o legislador infraconstitucional (detentor do poder



de tributar) de concedê-los em leis que disciplinem relações não tributárias.

Mais que isso, o dispositivo constitucional aqui destacada (§ 6º) exige que a lei de isenção seja *específica da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios*, cada um no âmbito de suas atribuições e competências. Assim, não é possível concessão de isenções por um Ente Político distinto daquele que detém o poder de tributar: sendo o ITCD um imposto estadual, só o estado pode conceder isenções e, mesmo assim, mediante lei ordinária. Essa regra encontra-se ainda com maior clareza no inciso III do art. 151 da CF/88:

Art. 151. É vedado à União:

III – instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

A legalidade estrita, por si só, dá à isenção a qualidade de abstração e generalidade, fazendo com que todos os sujeitos passivos que se enquadrem em sua hipótese de incidência a recebam. É por essa razão que o § 2º do art. 108 do CTN veda a aplicação da equidade *para dispensar pagamento de tributo devido*, uma vez que só será *devido* na inexistência de regra expressa de isenção. Ressaltando-se que a falta de regra expressa equipara-se a ausência de legalidade estrita. Nessa lógica, a interpretação sistemática confirma, por este ângulo, a validade da regra codificada (§ 2º do art. 108 do CTN), atestando a sua compatibilidade como o Sistema Constitucional Tributário em vigor.

Noutra direção, há de se destacar que só ocorre a integração da legislação tributária, assim como em qualquer outro ramo do direito, quando se verifica casos de lacunas na norma jurídica, o que não se aplica no presente caso. A lei do ITCD cearense define as suas hipóteses de incidências e de isenções. Nessa lei tem-se, como regra geral, a de incidência do tributo sobre todas as transmissões que venham a se realizar dentro de seu campo de atuação; as isenções se apresentam como regras excepcionais, que afastam a incidência do tributo sobre operações indicadas. Dessa forma, a ausência de isenção implica incidência do tributo, ou seja, implica que a operação está sob o comando da regra geral. Não há, portanto, qualquer lacuna que justifique a integração da legislação.



A tese do direito à herança como fundamento para concessão da isenção, como já restou evidenciada, vai de encontro ao princípio da estrita legalidade. Isso posto, restaria configurado, pelo menos em tese, uma antinomia de princípios (legalidade e direito à herança). Entretanto o direito à herança, nada mais é que um desdobramento lógico-jurídico do direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CF/88), e este sabidamente não representa obstáculo para a tributação. Nesse aspecto, o obstáculo constitucional conhecido é o do *princípio da capacidade econômica de contribuição*, a saber:

Art. 145. Omissis.

§ 1º *Sempre que possível* os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e atividades econômicas do contribuinte.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente decidindo que essa limitação não se aplica aos impostos patrimoniais, ou seja, aos impostos reais, razão pela qual não admite, fora das hipóteses constitucionalmente estabelecidas, a fixação de alíquotas progressivas ou mesmo diferenciadas:

EMENTA: IPTU. Progressividade. Inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 2.715/89 do Município de Osasco. *Esta Corte, ao julgar o RE 153.771, firmou o entendimento de que, em se tratando de imposto de natureza real como era o caso do IPTU, não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte para adotar a progressividade com relação a impostos dessa natureza. Tendo o imposto de transmissão de bens imóveis a natureza de imposto real, o acórdão recorrido, por não admitir que ele seja progressivo, não ofendeu o disposto no artigo 145, § 1º, da Constituição.* Por isso, o mesmo Plenário, ao julgar o RE 228.735, declarou a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei n. 2.175/89 do Município de Osasco. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF- T 1, RE nº 233054/SP, rel. Min Moreira Alves, DJ de 25/02/2000, Vol 1980-07, p. 1293, Decisão por unanimidade).

Nesse tipo de imposto o próprio bem (a *res*) é suficiente e bastante para atestar a capacidade econômica do contribuinte. Caso



contrário, em diversos municípios brasileiros o IPTU seria letra morta, já que, neles, a maioria dos imóveis urbanos estariam dentro da faixa econômica do público atendido pela justiça gratuita; idêntica situação ocorreria no IPVA.

Tem-se, como conclusão, que não existe antinomia entre o direito à herança (à propriedade) e o princípio da estrita legalidade tributária.

Mesmo assim, o legislador estadual considerou a capacidade econômica dos sujeitos passivos ao conceder as isenções elencadas no art. 6º da Lei nº Lei 13.417/2003, acima transcrito. Serão tributados, no entanto, todos os demais bens e direitos que deixem de preencher os requisitos nela estabelecidos; sendo esse o motivo que leva o Estado a tributar alguns usuários dos serviços da Defensoria Pública.

Outra dificuldade para adoção da tese em estudo é a limitação estabelecida no art. 111 do CTN, que exige interpretação literal para os casos de isenção:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção.

Nesses termos, o Código Tributário impede interpretações extensivas, que conduzam a autoridade aplicadora da lei a conceder isenções sem expressa previsão. Contra essa limitação poder-se-ia arguir que o Poder Legislativo não teria competência para definir técnicas e métodos de interpretação, sob pena de sobrepor-se aos demais Poderes do Estado.

Não obstante, repousa nesse comando normativo (art. 111 do CTN) uma clara limitação ao poder de tributar, na medida em que veda interpretações que estendam (ou restrinjam) os benefícios fiscais legalmente outorgados. É dizer, a isenção não pode ser obstaculizada (assim não pode ter suas hipóteses ampliadas) através do emprego de simples métodos de interpretação.

A limitação ao poder de tributar aqui referida é a própria legalidade estrita, nada além; só a lei concede isenção, nunca o agente público, ou o agente político, mediante o emprego da hermenêutica. Essa regra é de conteúdo constitucional, se aplicando ao Estado, por conseguinte, a todos os seus Poderes.



Tratando das limitações ao poder de tributar, o inciso III, do art. 146 da Constituição federal de 1988, assim dispõe:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

O CTN (considerado lei complementar em sentido material) regula o princípio da legalidade em diversos artigos, e, em especial, naqueles que compõem o Título I, do Segundo Livro, sob o título *Legislação Tributária* (arts. 96 usque 112). O art. 111 é apenas um deles, no qual ficam definidos os poderes do aplicador da legislação tributária ao interpretá-la.

Há de se concluir que a vigente Constituição Federal veda a concessão de isenções não previstas em lei tributária específica; veda a concessão de isenções não prevista em lei, por ato de autoridades públicas de quaisquer dos Poderes; veda a concessão de isenções não previstas em lei, mediante o emprego de técnicas interpretativas; e, por fim, veda a concessão de isenções não previstas em lei, mediante técnicas integrativas da legislação tributária.

Outra questão de fundamental relevância é a de determinar se, nos casos de isenções condicionadas, é dada ao Judiciário competência para reconhecê-las sem previsão expressa em lei tributária, quando a atividade se materializa através de atos tipicamente jurisdicionais (destacando-se que frequentemente são conferidas aos três Poderes da Federação competências administrativas tributárias, a exemplo das taxas judiciárias, mas, nesses casos, os atos ali praticados são de natureza administrativa e não jurisdicional).

A concessão de isenções condicionadas, a rigor, é ato que compõe o procedimento administrativo intitulado de lançamento. Esse procedimento representa uma série de atos juridicamente definidos, muitas vezes encadeados e harmoniosos que, conjugados, materializam o *lançamento*. A concessão ou não de isenção é, nesses termos, ato que integra o *lançamento* do crédito tributário, posto que, concluindo que o sujeito passivo não tem direito ao benefício, a autoridade administrativa declarara o valor a ser recolhido (lançará o crédito tributário, nos termos do art. 142, do CTN); caso contrário (concluindo que o sujeito passivo tem direito à isenção), deixará de declarar o crédito tributário, pois nessa hipótese crédito não existirá, já que a isenção é uma das hipóteses exclusão, nos termos do art. 175, inciso I, do CTN, *in verbis*:

Art. 175. *Excluem o crédito tributário:*



I - a isenção;

ALBERTO XAVIER, *in Do lançamento - Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*, obra que, indubitavelmente é a de maior fôlego já produzida em solo pátrio acerca do lançamento do crédito tributário, discorrendo sobre o tema, preleciona:

Como já mais de uma vez se sublinhou, o lançamento é ato administrativo pelo qual a Administração aplica a norma tributária material a um caso concreto. Nuns casos, essa aplicação tem por conteúdo reconhecer a tributabilidade do fato e, portanto, declarar a existência de uma relação jurídica tributária e definir o montante da prestação devida. Noutras hipóteses, porém, da aplicação da norma ao caso concreto resulta o reconhecimento da não tributabilidade do fato e, portanto, da não existência no caso concreto de uma obrigação de imposto. Nos primeiros, a Administração pratica um ato de conteúdo positivo; nas segundas, um ato de conteúdo negativo.

O reconhecimento da não tributabilidade do fato e a consequente prática do ato negativo podem, todavia, resultar ou da não verificação de qualquer dos elementos de que se compõe o tipo legal (o fato tributário, na sua acepção normativa) ou da verificação de fatos impeditivos, como são as isenções. (Autor e obra citados, Editora Forense, 2ª. Edição, p. 100/101, 1998).

Como se percebe, classificando o lançamento como um ato jurídico de conteúdo *positivo* ou *negativo*, entende o autor citado que a declaração de isenção estaria, como realmente está, no âmbito do procedimento do lançamento, sendo, assim, matéria afeta à autoridade administrativa que detém a competência para constituir o crédito tributário, ou declarar sua exclusão, isto é, à autoridade administrativa.

Não é demais lembrar que o *lançamento do crédito tributário* é atividade de competência *privativa da autoridade administrativa*, ou seja, dos agentes do Fisco, nos precisos termos do art. 142, do CTN, a seguir transcrito:

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



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

Não há, em doutrina autorizada, quem divirja da assertiva de que, no Sistema Tributário Brasileiro somente a autoridade administrativa pode realizar o lançamento do crédito tributário, conforme se pode constatar:

Por ora, devemos saber que o lançamento tributário tem as seguintes características essenciais:

é um ato privativo da autoridade administrativa. Uma vez nascida a obrigação tributária, pela ocorrência do fato gerador respectivo, mister se faz o concurso de alguma pessoa para constatar tal realidade, e formalizar o crédito tributário. O Código Tributário Nacional esclarece que somente o sujeito ativo, através da autoridade administrativa, é que tem competência para realizar o lançamento (art. 142: “compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento”). Portanto, o lançamento tributário é um ato ou uma série de atos exclusivo, privativo, específico, da autoridade administrativa, que culmina num ato jurídico administrativo (Américo Masset Lacombe, Ives Gandra da Silva Martins, Alberto Xavier, Paulo Barros Carvalho, José Souto maior Borges e outros), Outra pessoa, diferente da autoridade administrativa, não pode realizar o lançamento tributário. Somente quando procedido através da autoridade administrativa é que o lançamento tributário passa a ter eficácia jurídica. A competência para a realização do lançamento tributário é inerente às autoridades administrativas fiscais. Trata-se de ato de administração, que compete ao governo através de seus servidores, dotados de atribuições privativas, existindo vários atos para a obtenção de um ato final. Todos os atos do lançamento, afirma o professor Ruy Barbosa Nogueira, estão interligados e mantêm uma relação de continuidade porque colaboram num mesmo fim”, qual seja, formalizar o crédito tributário. (Bernardo Ribeiro de Moraes, *in Compêndio de Direito Tributário*, segundo Volume, Ed. Forense, 2.^a edição, p. 389, 1994).

Hugo de Brito Machado é ainda mais claro a esses respeito:

A constituição do crédito tributário é da competência privativa da autoridade administrativa. Só esta pode fazer o lançamento. Ainda que ela apenas homologue o que o sujeito passivo fez, como acontece nos casos do art. 150 do CTN, que cuida do lançamento dito por homologação. Sem essa homologação não



existirá, juridicamente, o lançamento. E não estará por isto mesmo constituído o crédito tributário. Ainda quando de fato seja o lançamento feito pelo sujeito passivo, o Código Tributário Nacional, por ficção legal, considera que a sua feitura é privativa da autoridade administrativa, e por isto no plano jurídico, sua existência fica sempre dependente quando feito pelo sujeito passivo, de homologação da autoridade competente. (Hugo de Brito Machado, *in Curso de Direito Tributário*, Editora Forense, 5ª edição, p. 109, 1992).

No mesmo sentido é a lição de Ruy Barbosa Nogueira:

O lançamento é uma atividade privativa da administração, embora, como veremos, comporte a colaboração do contribuinte e/ou de terceiros." (Ruy Barbosa Nogueira, *in Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, 15ª edição, p. 219, 1999).

O lançamento configura um ato jurídico e, como tal, encontra-se regrado em disciplina legal própria, que prevê sua realização e define seu ritual específico, assim, como ocorre outros tantos atos de igual jaez. A definição da competência do agente público também se encontra definida na legislação, não podendo, pois, deixar de ser observado esse regramento.

Mutatis Mutantis, ocorre na espécie assim como no registro de uma escritura pública de compra e venda de um bem imóvel, no registro de um automóvel, de uma embarcação, de uma aeronave, etc., onde somente a autoridade competente pode realizar tais atos. Por consequência, nem mesmo o Poder Judiciário através de seus magistrados poderá substituir o Oficial de Registro de Imóveis, o DETRAN ou a Capitania dos Portos.

De igual sorte é o lançamento do crédito tributário, onde nem mesmo a autoridade judiciária poderá substituir o agente da Administração definido por lei como competente para realizar o lançamento e, no caso, reconhecer ou não o direito à isenção.

Não, há nessa afirmação, qualquer ofensa à independência do Poder Judiciário ou ao primado do *monopólio da prestação jurisdicional*, esculpido no inciso XXXV, do art. 5.º, da Constituição Federal.

Ao contrário, o *princípio da separação dos poderes* impõe que a Administração realize com independência os atos a ela reservados, para que, posteriormente, caso sejam questionados pelos interessados, o Poder Judiciário possa julgá-los, reparando



possíveis vícios. Ou seja, ao Poder Judiciário é reservada a superior competência de prestar a tutela jurisdicional, à qual se encontra submetida, inclusive, a Administração e seus agentes.

Caso a autoridade fazendária cometa ilegalidades no lançamento e, por consequência, deixe de reconhecer isenção devida, compete ao juiz reparar a ilegalidade declarando a existência do direito, tornando insubsistente o lançamento e determinando ao fisco que adote as providências administrativas necessárias para dar pronto atendimento à decisão judicial (tais como: não inscrever o débito na Dívida Ativa ou, se já inscrito, que seja tornada sem efeito a inscrição, etc.).

Assim, como ao juiz de direito não compete realizar registro de escrituras públicas, de veículos automotores, etc., não compete, igualmente, realizar lançamentos de créditos tributários e conceder isenções. É óbvio que lhe é reservado, dentro do *devido processo legal*, determinar que o registro seja feito, quando a autoridade competente ilegalmente se recusa a fazê-lo ou determinar as correções desses atos, quando realizado com vícios sanáveis ou, ainda, sua nulidade nos casos em que essa hipótese se configura.

Nesses pilares é que o art. 179 do CTN se baseia, ao tratar das isenções condicionadas, na forma que adiante se vê:

Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para concessão.

Há, como se observa, uma absoluta sintonia entre as regras do artigos 142 e art. 179, onde se atribui competência privativa para a autoridade administrativa realizar o procedimento de lançamento e conceder isenção, vez que, como já restou demonstrado, o despacho concessivo ou denegatório da isenção integra o procedimento do lançamento. Indeferindo-se o pedido de isenção teríamos um lançamento positivo de crédito tributário; caso fosse concedida a isenção, teríamos um lançamento negativo de crédito tributário.

A interpretação que ora se dá à matéria está em perfeita consonância com a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que assim já expressou seu entendimento:

Processual Civil e Tributário. Recurso Especial. Art. 105, inciso III, "a", da Constituição da República. INVENTÁRIO. Imposto



de transmissão causa mortis. Isenção. Competência do Juiz do Inventário. Artigos 179 do CTN e 1013 do CPC. Alegada violação ao direito local. Aplicação da Súmula n. 280/STF.

O artigo 179 do Código Tributário Nacional, ao regular a concessão de isenção pela autoridade administrativa, não ofende a regra inserida no art. 1013 do Código de Processo Civil, aplicável à autoridade jurisdicional no processo de inventário, onde compete ao Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, julgar o cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*.

Assim, o Juiz do processo do inventário, além de determinar o cálculo do imposto, é competente para declarar sua isenção, porquanto a competência da autoridade administrativa fiscal prevista pelo Código Tributário Nacional não exclui a competência do Magistrado. (RESP. 173.305/RJ, de 19.03.2002. Rel. Min. Franciuli netto, 2.^a Turma, DJ de 23/09/2002, v.u. p. 299).

Diz a 2.^a Turma do STJ que o art.179, interpretado sistematicamente com o art. 1013 do CPC, permite ao juiz, *depois de ouvida a Fazenda Pública, julgar o cálculo do imposto de transmissão causa mortis*. Isto significa que ao juiz cabe, após determinar à autoridade fazendária que proceda ao cálculo do imposto e verifique se a hipótese é, ou não, de isenção tributária, julgar o lançamento (positivo ou negativo).

A decisão corrobora a interpretação exposta, segundo a qual ao Judiciário cumpre a atribuição de coibir e corrigir eventuais erros ou excessos da Administração em sua atividade lançadora, mas não conceder isenções. Entender o contrário seria deixar de observar o *princípio do monopólio da prestação jurisdicional*, ferindo de morte o inciso XXXV, do art. 5.^o, da CF/88.

A decisão do STJ, nos termos aqui postos, encontra-se em perfeita harmonia com a regra dos arts. 142 e 179, do CTN, assim como a do art. 1.013, do CPC. Assim sendo, espelha uma rica e substancial interpretação sistemática que faz prevalecer o princípio da Unicidade do Direito, pelo qual o Direito é uno e indivisível e, conseqüentemente, harmonioso por imperativo lógico.

O PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

César Barros Leal

Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Doutor em Direito e pós-doutor.

1. INTRODUÇÃO

Mergulho no tempo para uma breve incursão histórica e relembro, em toda sua exuberância, o teor da Declaração francesa, que serviu de preâmbulo à Constituição da França de 1791 e que sinalizou, com letras douradas, a existência de princípios imutáveis que haveriam de se impor a todos os povos, em todos os tempos, indicando como direitos essenciais, imprescritíveis e universais, a liberdade, a segurança e a resistência à opressão.

Muito depois, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, inspirada nas constituições pioneiras do México de 1917 e de Weimar de 1919, ampliou anteriores declarações de direitos, indigitando não apenas os direitos tradicionais – civis e políticos –, senão também os direitos econômicos, sociais e culturais como o direito ao trabalho, ao descanso e ao lazer, à saúde, à educação, à habitação, à participação na vida cultural e à proteção especial da maternidade e à infância, direitos que consabidamente se agregam aos civis e políticos e os completam, uma vez que as duas categorias são interdependentes e indivisíveis. A dicotomia entre esses direitos, aliás, foi superada ulteriormente pela Declaração de Viena

Exuberante em sua dicção, a Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma que todos nascemos livres e iguais em dignidade e direitos; que todos temos direito à vida, à liberdade e à segurança; que ninguém deve ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; e que todo homem tem direito a ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei e merece assim seu amparo. É certo que, a partir dela, deu-se início à edificação de um novo ramo do direito (hoje reconhecidamente autônomo da ciência jurídica): o



Direito Internacional dos Direitos Humanos (*International Human Rights Law*), iniciado timidamente após a 1ª Guerra Mundial, mas consolidado com o fim da 2ª Guerra e tudo o que ela representou de cruel, de terrível para a humanidade (em particular os horrores do nazismo, a barbárie dos campos de concentração), num processo de universalização dos direitos humanos que se materializou, em ponto grande, com a elaboração de tratados, convênios, pactos etc., de amplitude regional e global. É a fase legislativa desse direito de proteção que vem a ser o direito internacional dos direitos humanos, cristalizado nos documentos que compõem a Carta Internacional de Direitos Humanos da ONU.

Sublinhe-se que, após a proclamação em Paris da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram gradualmente surgindo os sistemas europeu, interamericano e africano de proteção dos direitos humanos³⁵, que se somaram aos sistemas nacionais de proteção, aos denominados direitos internos.

35 *O Sistema de Proteção Europeu*: Um dos mais antigos e evoluídos sistemas regionais, o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, está fundamentado no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, França, também chamado Tribunal de Estrasburgo ou Corte Europeia de Direitos Humanos, órgão judicial com função consultiva e contenciosa ao qual se encaminham denúncias de violações dos direitos humanos previstos no Convênio Europeu de Direitos Humanos e nos Protocolos 1, 4, 6 e 7, ratificados por alguns Estados. Até o ano de 1998 eram dois os órgãos que compunham o sistema (o Tribunal e a Comissão Europeia de Direitos Humanos), porém o Protocolo n. 11, do Convênio Europeu de Direitos Humanos, suprimiu a Comissão como *filtro das demandas*, que passaram a ser diretamente apresentadas ao Tribunal. Este tem seu presidente, dois vice-presidentes e dois presidentes de seção com mandato de três anos. Em cada uma das quatro seções se formam, por um ciclo de doze meses, comitês de três juízes, encarregados de filtrar as denúncias. Há salas de sete membros dentro de cada seção que funcionam de modo rotativo e a Grande Sala, composta de dezessete juízes, por um período de três anos.

O Sistema de Proteção Africano: A mais nova Corte regional, a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, começou a se tornar realidade. Ela se soma à Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, criada em 1987, um ano depois da entrada em vigor da Carta Africana (Banjul, Gâmbia). Seu Protocolo, adotado em 1998, está em vigência desde 25 de janeiro de 2004. Dois anos depois seus 11 juízes foram eleitos. Faltam-lhe a adoção do Regulamento e a definição de sua sede permanente (até agora compartilha a sede com a Comissão em Gâmbia). Tem-se notícia de que a Assembleia de Chefes de Estado e de Governo da União Africana aprovou uma Resolução que estabeleceu a fusão da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos e a Corte Africana de Justiça.

O Sistema de Proteção Interamericano: O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos se compõe, *ex vi* do art. 33 da Convenção Americana



Flávia Piovesan, procuradora do estado de São Paulo, Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Secretária Nacional de Direitos Humanos (no governo interino de Michel Temer), deixa claro, em diversos textos, que vislumbra, nessa progressiva internacionalização dos direitos humanos, o desenhar de uma cidadania universal, da qual emanariam direitos e garantias internacionalmente assegurados.

Com efeito, cidadãos do mundo, sujeitos de direito internacional: é o que somos e seremos sempre, na dimensão de nossa condição humana.

Tem sido, aliás, um longo caminho, uma trajetória de avanços e retrocessos, de passos ora lentos, ora rápidos, a partir do direito internacional clássico (que via o Estado como único sujeito de direito internacional) até o direito internacional dos direitos humanos. Hoje, os sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos estão cada vez mais fortalecidos, fazendo toda a diferença na afirmação e proteção desses direitos.

Entre os instrumentos de proteção dos direitos humanos, criados a partir do surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cumpre citar: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos

sobre Direitos Humanos (em vigência desde 18 de julho de 1978), de dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (com sede em Washington) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (com sede em San José, Costa Rica). *A Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Órgão da OEA, criado em 1959, está integrado por sete membros, expertos de reconhecida autoridade moral e versados em direitos humanos, eleitos pela Assembleia Geral da OEA a partir de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados membros. Os comissionados, que não são representantes dos Estados nem dos governos, têm um mandato de quatro anos, prorrogável por uma única vez. A Corte Interamericana de Direitos Humanos: Órgão jurisdicional do sistema interamericano de proteção, criado em 1969, está integrado por sete juízes naturais de Estados membros da OEA (eleitos, segundo o art. 52 da Convenção Americana: a título pessoal entre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida autoridade em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais conforme a lei do país do qual sejam nacionais ou do Estado que os proponha como candidatos).* (Texto colhido, com ajustes, do livro *Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: Viagem pelos Caminhos da Dor*, Paraná: Editora Juruá, 2020, pp. 364-367)



Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção Internacional contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos Destinado a Abolir a Pena de Morte (1989) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

De um dos instrumentos aludidos nos ocuparemos neste texto: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), centrando-nos em seu artigo 9º (3), que concorreu para a criação e o desenvolvimento de uma importante ferramenta de contenção do Estado Penal (limitação do *ius puniendi*) e de humanização do processo penal, o que implica uma boa dose de prevenção do crime (secundária e terciária) e o desafogo das prisões: a audiência de custódia.

2. O PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Aprovado em 16 de dezembro de 1966 pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, com entrada em vigor aos 23 de março de 1976, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, compõe, junto com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos foram ratificados pelo Brasil em 1992) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a já mencionada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Dividido em seis partes com 53 artigos, tem-se na terceira parte (a mais extensa) o elenco dos direitos apelidados de primeira geração³⁶,

³⁶ Uma nomenclatura que julgamos inadequada, tal como explicitado na apresentação da revista n. 14 do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, firmada por mim e pelo Prof. Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, Juiz da Corte Internacional de Justiça: Há que destacar, em primeiro plano, a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais). Ao propugnar por uma visão necessariamente *integral* de todos os direitos humanos, o IBDH adverte para a impossibilidade de buscar a realização de uma categoria de direitos em detrimento de outras. Quando se vislumbra o caso brasileiro, dita concepção se impõe com maior vigor, porquanto desde seus primórdios de sociedade predatória até o acentuar da crise social agravada nos anos mais recentes, nossa história tem sido até a atualidade marcada pela exclusão, para largas faixas populacionais, seja dos direitos civis e políticos, em distintos movimentos, seja dos direitos econômicos,



entre os quais se citam o direito à vida; a proibição da tortura; o direito à liberdade e à segurança; a vedação da prisão arbitrária; e o direito a tratamento digno e humano. A seguir, reproduzo alguns de seus artigos:

6.1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

7. Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes...

9. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

9.2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

9.4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene.

sociais e culturais. A concepção integral de todos os direitos humanos se faz presente também na dimensão temporal, descartando fantasias indemonstráveis como a das "gerações de direitos", que têm prestado um desserviço à evolução da matéria, ao projetar uma visão fragmentada ou atomizada no tempo dos direitos protegidos. Todos os direitos para todos é o único caminho seguro. Não há como postergar para um amanhã indefinido a realização de determinados direitos humanos.



10. 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

10.2.a. As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada.

10.2.b. As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.

10.3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

Deixo de consignar outros direitos porque não relacionados com a temática que nos ocupa, registrando, porém, que, conforme o artigo 2.1., os Estados Partes do Pacto se comprometem a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos nele reconhecidos, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição.

3. O PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E O QUADRO PERVERSO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Regresso ao final do mês de outubro de 2005 quando, integrando a delegação brasileira, de caráter interministerial, participei da exposição e defesa, por parte do Governo Federal, do 2º Relatório do Brasil acerca do cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, em Genebra, Suíça (responsável pelo monitoramento da aplicação do Pacto). Cogitava-se da observância do disposto no art. 40, consoante o qual os Estados Partes se comprometem a apresentar relatórios sobre as disposições que hajam adotado e que deem efeito aos direitos reconhecidos no Pacto e sobre o progresso que hajam logrado no concernente ao gozo desses direitos: a) no prazo de um ano a contar da data de entrada em vigor do Pacto, com respeito



aos Estados-partes interessados; b) sucessivamente, cada vez que o Comitê venha a pedi-lo. Tais relatórios indicam os fatores e as dificuldades, se os houver, que afetem sua aplicação.

Na obra já citada, relato que, no *Palais Wilson*, tive de responder oralmente a perguntas acerca de três itens:

- a) o plano de ação brasileiro relativo às condições prisionais inadequadas e à capacidade populacional insuficiente, assim como os critérios utilizados na dotação de recursos para os estabelecimentos penais estaduais (perguntava-se em que medida a capacidade e as condições desses estabelecimentos melhoraram e se pedia para que comentássemos sobre o projeto de estabelecer diretrizes para a administração das prisões em consonância com o Pacto);
- b) as medidas tomadas para simplificar e acelerar os procedimentos de liberação de prisioneiros e de compensação pelo confinamento prolongado arbitrário, aclarando as razões desse “extraordinário” fenômeno;
- c) a disponibilidade e a eficácia dos mecanismos de queixa relativamente a abusos sistemáticos cometidos contra os direitos humanos dos habitantes das prisões, cadeias públicas e outras formas de custódia.³⁷

Percebeu-se, então, de forma manifesta, que a preocupação subjacente e prioritária dos membros do Comitê era o grande número de presos à espera de julgamento (em alguns casos alcançando níveis alarmantes), os quais habitam as prisões dos Estados-Membros das Nações Unidas, o que colabora desmedidamente para aviltar as condições dos centros de reclusão, em sua grande maioria precários e superpovoados, cenários de abandono, arbitrariedades, violência, torturas, num cabal desprezo à dignidade dos cativos e ao arripio do que preconiza o Pacto.

A par das críticas feitas ao modelo decadente do sistema penitenciário brasileiro, prevaleceu o interesse de perseguir respostas para o enfrentamento de suas mazelas, de suas fragilidades, dos abusos nela cometidos, da tortura que persiste intramuros (sete anos depois, o Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes das Nações Unidas registrava ter recebido “relatos repetidos e consistentes de torturas e maus-

³⁷ *Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: Viagem pelos Caminhos da Dor*. Paraná: Editora Juruá, 2010, p. 113.



tratos em São Paulo e outras unidades federativas), acenando-se para um vasto leque de opções que abrangem não apenas a provisão de meios financeiros necessários à otimização dos equipamentos e dos serviços e, por consequência, o aprimoramento da administração prisional, senão também o estimo às iniciativas e às boas práticas que permitam, v.g., humanizar o cárcere, diminuir o período de clausura e liberar aqueles que permanecem em seu interior além do tempo fixado na sentença, uma absurdidade que é mais frequente do que se imagina e foi enfatizada em Genebra.

4. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

De acordo com cifras exibidas pelo Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente (ILANUD), fundado em 1975 e ligado ao Conselho Econômico e Social da ONU, com sede em San José, Costa Rica, mais de 70% dos presos, em um número expressivo de países da América Latina, são provisórios, o que confirma a utilização abusiva do aprisionamento, uma excrescência que nos incumbe erradicar a todo custo.

Muitas têm sido as medidas adotadas, em diferentes países, para intentar reduzir o número de presos provisórios: a despenalização dos delitos menores, é dizer, de menor gravidade; a ampliação da liberdade condicional, a liberdade vigilada, a liberdade antecipada e a prisão doméstica (em certos lugares, o emprego proporcional e equilibrado dos regimes semiaberto e aberto); o uso efetivo das sanções alternativas à pena privativa de liberdade, especialmente para certos grupos de sancionados (algo que, para muitos, deve ser feito com extremo cuidado, a fim de evitar a expansão da rede de controle que fortaleceria o caminho para a onipresença de um Estado policial); o monitoramento eletrônico a distância como instrumento de controle e alternativa à prisão³⁸; a promoção de mecanismos de

³⁸ Importante ter em conta: O substancial é a convicção que se sedimenta paulatinamente não apenas do estrepitoso fiasco e da consequente residualidade da privação de liberdade, o mais pesado elo de uma cadeia de punições que se perpetuam no tempo, mas também de que o monitoramento eletrônico não pode ser superficialmente categorizado como bom ou mau; é em seu emprego positivo ou negativo onde reside a resposta. Como diz Concepción Arenal, penitenciarista espanhola, inspetora de prisões femininas, um de cujos lemas era: "Odeie o delito e se compadeça do delinquente": "Não há que acusar as boas teorias das más práticas." (BARROS LEAL, César. *Vigilância Eletrônica à*



conciliação, de mediação, de justiça restaurativa³⁹ com reparação às vítimas; a remição da pena pelo trabalho, pela educação e pela leitura; a ampliação do quadro de defensores públicos que permitam, com o apoio dos juízes de execução, assegurar o direito dos presos a seus benefícios de pré-liberdade; a determinação de que o número de encarcerados não ultrapasse a capacidade da unidade penal, consoante limite de vagas e taxas de ocupação, que devem ser de conhecimento público, de conformidade com as boas práticas e os princípios estabelecidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, assim como as recomendações das Regras de Mandela; e, por fim, a adoção excepcional da prisão preventiva, sendo bem-vinda a prática, exitosa em muitos países, da audiência de custódia.

Distância: Instrumento de Controle e Alternativa à Prisão na América Latina. Paraná: Editora Juruá, p. 123)

- 39 Leia-se: Ante o fiasco unanimemente reconhecido da pena privativa de liberdade (parafrazeando Elías Neuman, ninguém pode cobrir com os dedos de uma mão os sóis desta evidência, visível como um escorpião num prato de leite), máxime em sua ilusória proposta de ressocialização, de reabilitação, além da inaptidão dos modelos hegemônicos e autoritários de controle e a notória incapacidade do direito penal convencional, de matiz repressivo, de vencer os desafios da criminalidade contemporânea (por isso o chamam “tigre de papel”) robuste-se cada vez mais, no processo penal e na execução da pena, a percepção de que se requer uma mudança significativa no paradigma da justiça criminal, com a adoção de novos conceitos, de estratégias mais eficazes e legítimas, entre as quais se incluem as formas ou vias alternas de punição e resolução de disputas (instâncias geralmente não judiciais, oficiosas, celebradas por autores como Eugenio Raúl Zaffaroni), em especial através de medidas construtivas, de consenso, como a conciliação e a mediação. Fazemos referência a uma prática de justiça muito diferente dos padrões ordinários da justiça penal, esta de corte nitidamente dissuasório, retributivo-punitivo, baseada no excesso de formalismos, na estrita legalidade, e uma relação traumática, adversarial, por vezes hostil (uma *cerimônia de degradação*, na linguagem de Garfinkel), marcada pelo distanciamento (um *diálogo entre surdos*), cujos atores principais são estatais – polícia, promotor de justiça e juiz – já que o delito é visto, num contexto bipolar (bidimensional), como uma desconformidade autor-Estado, *id est*, como uma ofensa contra o Estado (a presumida vítima, o principal lesado), pondo-se acento na ruptura das leis, na violação do bem jurídico tutelado e na culpa do agente, numa ótica retroativa, com ênfase no passado, “*esquecendo-se que, em sua base, há geralmente um conflito humano, gerador de expectativas outras, bem distintas, além da mera pretensão punitiva estatal*”. E ignorando-se, *ut retro*, quase por completo a vítima, desprezada em sua identidade e humanidade, sem voz na resposta penal/estatal, convertida em *estátua de pedra*. (BARROS LEAL, César. *Justiça Restaurativa: O Amanhecer de uma Era. Aplicação em Prisões e Centros de Internação de Adolescentes Infratores*. Paraná: Editora Juruá, 2010, pp. 49-50).



Mas o que é a audiência de custódia?

Inspirada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (assim como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica), a audiência de custódia tem por fim garantir o contato da pessoa presa 24 horas depois da prisão em flagrante, embora na prática, por múltiplas razões, dificilmente esse prazo seja cumprido.

A audiência de custódia serve para que o juiz: analise a legalidade e a necessidade da prisão, bem como verifique eventuais maus-tratos ao preso (consta ser frequente este relato). No momento da audiência, com a presença do representante do Ministério Público e de um advogado/defensor público, o juiz poderá: relaxar a prisão em flagrante legal; decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão; manter solta a pessoa de quem se suspeita haver cometido determinado delito, caso não seja preciso aplicar uma medida cautelar.

Diz o art. 9º (3) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.

Este artigo do Pacto foi reproduzido pelo art. 7º (5) da Convenção sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992: Toda pessoa, detida ou retida, deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu cumprimento em juízo.

Importa citar também: a) o art. 306 do Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941): A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto



de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas”; b) o art. 310 do mesmo Código: Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011) I - Relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011); II - Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011); III. Conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único: Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, que, aliás, não conseguiu mudar, como se esperava da reforma de 2011, o paradigma da prisão como *prima ratio*).

Ante o reconhecimento da insuficiência dos artigos apontados (na sistemática sob exame o juiz só tem contato com o cidadão preso na data de seu julgamento, o que pode verificar-se meses ou anos posteriormente à sua prisão), o projeto de lei (PLS 554/2011, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares⁴⁰), ora tramitando

40 Leia-se: “(...)” § 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. § 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310. § 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado. § 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes



no Congresso Nacional, prevê, com o fim de alterar o Código de Processo Penal (compatibilizando-o com o Pacto e a Convenção), a obrigatoriedade da apresentação do preso ao juiz e a realização da audiência de custódia (corrigindo, assim, uma gravíssima lacuna no sistema cautelar em vigor), vinte e quatro horas depois da prisão em flagrante, com inúmeras vantagens, referidas pelos estudiosos, entre as quais impende repisar: a) afiança ao preso o direito de ser julgado em um prazo razoável; b) garante o direito de defesa e o contraditório; c) inibe e protege o indivíduo de maus-tratos e da tortura durante e depois da prisão; d) assegura o respeito às suas garantias individuais e à sua dignidade como ser humano, pedra angular do instituto.

Nesta mesma linha, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), numa parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Ministério da Justiça, deu início ao projeto Audiência de Custódia (recomendando sua implantação em todo o território nacional), com a finalidade de viabilizar com a máxima rapidez a apresentação a uma autoridade judiciária dos presos em flagrante. Da audiência participam também o representante do Ministério Público e um advogado/defensor público. O projeto prevê, por igual, uma estrutura diversificada que inclui a criação/estruturação de centrais de alternativas penais; centrais de vigilância eletrônica; centrais de serviços e assistência social; e câmaras de mediação penal, incumbidas de apresentar à autoridade judiciária opções ao aprisionamento provisório.

Mediante a Resolução n. 213, de 15.12.2015, o CNJ havia disposto sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de vinte e quatro horas. Eis o preâmbulo que transcrevemos por sua riqueza e abrangência:

CONSIDERANDO o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); CONSIDERANDO a decisão nos autos da Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade

das testemunhas. § 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.”



judicial competente; CONSIDERANDO o que dispõe a letra “a” do inciso I do art. 96 da Constituição Federal, que defere aos tribunais a possibilidade de tratarem da competência e do funcionamento dos seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos; CONSIDERANDO a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente; CONSIDERANDO o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) e o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos; CONSIDERANDO o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, revelando o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente; CONSIDERANDO que a prisão, conforme previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas; CONSIDERANDO que as inovações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, impuseram ao juiz a obrigação de converter em prisão preventiva a prisão em flagrante delito, somente quando apurada a impossibilidade de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar diversa da prisão; CONSIDERANDO que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; CONSIDERANDO o disposto na Recomendação CNJ 49 de 1º de abril de 2014; CONSIDERANDO a decisão plenária tomada no julgamento do Ato Normativo 0005913-65.2015.2.00.0000, na 223ª Sessão Ordinária, realizada em 15 de dezembro de 2015.

O art. 1º da Resolução é categórico ao determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja de modo obrigatório, em até 24 horas



da comunicação do flagrante, apresentada à autoridade judicial competente, e ouvida acerca das circunstâncias em que se deu sua prisão ou apreensão. Não nos deteremos na análise dos dezesseis artigos subsequentes (porque ultrapassaria o propósito deste artigo), mas chamamos a atenção do leitor para o Protocolo I (documento que tem por fim apresentar orientações e diretrizes sobre a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para aqueles apresentados nas audiências de custódia, contendo: os fundamentos legais e a finalidade das medidas cautelares diversas da prisão; as diretrizes para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diferentes da prisão; os procedimentos para acompanhamento das medidas cautelares e inclusão social) e o Protocolo II (documento que, por sua vez, visa a orientar tribunais e magistrados sobre procedimentos para denúncias de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, onde se consignam: a definição da tortura; as condições adequadas para a oitiva do custodiado na audiência; os procedimentos para coleta do depoimento da vítima de tortura; os procedimentos concernentes à coleta de informações sobre práticas de tortura durante a oitiva da pessoa custodiada; os procedimentos para coleta do depoimento da vítima de tortura; um questionário para auxiliar na identificação e registro da tortura durante oitiva da vítima; e as providências em caso de apuração de indícios de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

No estado do Ceará (sou cearense, o que explica a referência pontual), o Tribunal de Justiça instituiu, através da Resolução n. 14/2015 do Órgão Especial, ad referendum do Tribunal Pleno, obrigatoriedade da efetivação de audiência de custódia, presidida por autoridade judiciária competente, para apresentação da pessoa presa em flagrante delito. Reproduzo a seguir alguns de seus artigos:

Art. 1º. Fica instituída, no âmbito da jurisdição da Comarca de Fortaleza, a obrigatoriedade da realização de audiência de custódia, para fins de apresentação à autoridade judiciária competente, assim definida nos termos do art. 7º, desta Resolução, de todas as pessoas presas em flagrante delito. Art. 2º. A autoridade policial remeterá ao Juízo competente para a realização de audiências de custódia, em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão, o respectivo auto de prisão em flagrante, para o fim de atender à comunicação de que trata o art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal. § 1º. Protocolizado na



Secretaria do Juízo, esta certificará se o auto está devidamente instruído com nota de culpa e exame de corpo de delito da pessoa presa, remetendo-o, em seguida, mediante despacho do juiz, à Central Integrada de Apoio à Área Criminal (CIAAC) para fins de pesquisa quanto aos antecedentes criminais e eventuais restrições à liberdade do flagranteado. § 2º. Antes de determinar a remessa do auto à CIAAC, o juiz poderá avaliar, à vista dos elementos presentes, se o caso comporta, desde logo, o relaxamento da prisão ilegal ou a concessão da liberdade, independentemente da apresentação do preso. § 3º. Devolvido o auto com as informações coletadas pela CIAAC, o que deverá ocorrer com a máxima brevidade possível, a pessoa detida será requisitada à autoridade policial para a realização da audiência de custódia e os autos de prisão aguardarão em Secretaria a realização da respectiva audiência. § 4º. Nas hipóteses em que a prisão em flagrante for comunicada durante finais de semana, feriados ou outros períodos em que funcione o regime de plantão, observar-se-á o previsto no art. 8º, inciso III, desta Resolução. Art. 3º. Comparecendo o flagranteado, o juiz procederá a sua pronta oitiva, certificando-se, porém, que a ele tenha sido dada a oportunidade de, antes da audiência, ter contato prévio e razoável com defensor constituído, acaso assim tenha figurado por ocasião da lavratura do auto de prisão ou até o momento da abertura da audiência, ou, do contrário, com Defensor Público.

A primeira audiência de custódia no Ceará foi levada a efeito em 2016 pela Vara Única de Audiências de Custódia de Fortaleza. Tratava-se de um crime de receptação e a apresentação ocorreu apenas quatro dias depois da detenção. O preso, posto que tinha bons antecedentes, emprego e residência fixa, ganhou liberdade provisória. A experiência do Ceará foi objeto de debate no XXII Fórum Nacional de Direito Penitenciário: Audiência de Custódia, ocorrido de 20 a 21 de junho de 2016 pelo Centro de Estudos e Treinamento da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, em associação com o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão do Ministério da Justiça.

Nos dias subsequentes, de 22 a 24 de junho, o Conselho Nacional de Justiça levou a cabo, na sala de sessões da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), o 2º Seminário sobre Tortura e Violência no Sistema Prisional e no Sistema de Cumprimento de Medidas Socioeducativas – Atuação do Poder Judiciário no Enfrentamento à Tortura, com o objetivo de “fortalecer a atuação e o engajamento dos juízes na prevenção, identificação e combate à tortura, em especial quando detectadas em audiências de



custódia". No evento se promoveram oficinas para treinamento dos juízes, assim como para intercâmbio de experiências dos diferentes tribunais das 27 unidades federativas. Informou-se, então que o CNJ registrou cerca de 2,7 mil denúncias de maus-tratos e torturas (excessos e abusos policiais) contra pessoas autuadas em flagrante em todo o país.

A ideia fundamental que preside a audiência de custódia é garantir a celeridade, prevista no Pacto e na Convenção, permitindo-se, tal como foi dito antes, examinar a prisão sob diferentes perspectivas (ocorrência de maus-tratos e tortura, legalidade, necessidade e adequação da permanência da prisão ou concessão eventual da liberdade), impondo-se ou não medidas cautelares. É sempre recomendável, neste contexto, excluir o ingresso de alguém por um tempo indeterminado no sistema penitenciário. Afinal, estar-se-á também desafogando as prisões, o que por si só é um mérito insofismável num país com mais de 600.000 reclusos, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia nas cifras globais de encarceramento⁴¹, com déficit de vagas superior a 230 mil). Mas não só sobre redução do superpovoamento carcerário aqui se versa; o relevante é igualmente impedir que o indivíduo se submeta a toda sorte de influências negativas (prisionização) em espaços saturados onde tudo se potencializa, onde tudo se exacerba como, por exemplo, a falta de assistência material e jurídica, a minguada oferta de trabalho, os conflitos interpessoais, a violência (física, moral e sexual), o tráfico de drogas e a corrupção.

Entrevistado sobre o projeto, o Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, consciente da mudança de cultura provocada pela audiência de custódia, a qualifica como um "salto civilizatório" e aduziu: "Nós estamos, com esse passo, não apenas dando efetividade a um princípio importantíssimo, que é o da dignidade da pessoa humana, mas também cumprindo uma obrigação que o país assumiu ao assinar tratados internacionais" (entrevista publicada na Internet). O Ministro Luiz Fux, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5240, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil contra o CNJ (que o STF em boa hora julgou improcedente), afirmara

41 A população carcerária do Brasil se converte na 3ª maior do mundo caso se considerem as pessoas que estão em prisão domiciliar.



em seu voto que as audiências de custódia demonstram ser eficientes na medida em que impedem prisões ilegais e desnecessárias.

Em numerosos países pertencentes à Organização dos Estados Americanos (OEA), têm-se tomado providências congêneres, de apresentação rápida em juízo: México (os suspeitos devem ser conduzidos a um juiz no prazo de 48 horas ou serem libertados), Colômbia (o prazo é de 36 horas), Chile (o prazo é de 12 horas para encaminhamento a um promotor, cabendo-lhe, por sua parte, conduzir a um juiz no prazo de 24 horas) e Argentina (o prazo vem a ser de 6 horas). Os nomes variam: audiência de flagrante, audiência de controle de detenção etc., mas a essência é a mesma e o mérito compartilhado pela maior parte das 35 nações que integram a Organização dos Estados Americanos (OEA).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o já mencionado Comitê de Direitos Humanos da ONU, o lapso temporal entre a prisão de um acusado e seu comparecimento perante uma autoridade judiciária não deve ser largo, ou seja, o prazo há de ser razoável, nos termos do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: No âmbito judicial e administrativo, são garantidos a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Muitos se opõem à audiência de custódia, alegando ser um mero recurso para diminuir os índices da população prisional e assinalando que os juízes correm o risco de procederem a julgamentos apressados, sem terem muitas vezes à sua disposição elementos bastantes para uma decisão isenta de erros (à maneira de exemplo: a possibilidade de ausência de uma ficha criminal atualizada, que informe, de modo idôneo, a eventual existência de processos em outros estados). É evidente que isso ocorre; nada é perfeito. Mas, diga-se com realce, é notório o êxito dessa iniciativa que se desenvolve atualmente, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, e que deverá resultar numa diminuição gradual e significativa do número de presos provisórios; e isso, em definitivo, terá, sem qualquer nesga de dúvida, uma fabulosa repercussão no sistema presidial, devendo ser aclamado com a ênfase que se exige na celebração das boas práticas.

Fazendo minha profissão de fé, com a ênfase determinada por minhas convicções, vejo a audiência de custódia não como uma panaceia (alguns incorrem neste equívoco), senão como uma



resposta vigorosa, entre outras, para superar os impasses de uma área intensamente afetada pela negligência, pelo desmazelo com que sempre foi tratada por quem deveria, ao revés, assumir a tarefa e a responsabilidade de operar mudanças.

Os que batalham para que a audiência de custódia se firme em nosso país, expurgando eventuais imperfeições (até porque estamos engatinhando em sua aplicação prática e um longo caminho se descortina, de contínua aprendizagem), apostam num tempo a médio e/ou longo prazo, em que os presos provisórios constituam uma mínima parcela da população intramuros. Lograr este objetivo é um grande passo para o enfrentamento de outras mazelas presentes neste universo, permitindo-nos sonhar com uma execução penal digna, respeitosa dos direitos humanos da massa de encarcerados.

Arremato, banhado de otimismo, com a reflexão de Eduardo Galeano, o excepcional escritor e jornalista uruguaio, autor de “As Veias Abertas da América Latina”, preso pela ditadura militar nos anos 70 e exilado na Espanha até 1985, tendo falecido em abril de 2015: “A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar!”

POLÍTICA PÚBLICA E PODER JUDICIÁRIO

Rebeca Ferreira Brasil

Mestre em Planejamento e Políticas Públicas - Uece,
Especialista em Direitos Humanos pela URCA; Bacharela em Direito
pela Unifor; Professora na Faculdade Grande Fortaleza-FGF.

Antônio Germano Magalhães Júnior

Graduado em Pedagogia pela UFC; Graduação em História
pela Uece; Doutor e pós-Doutor em Educação.

1. POLÍTICA PÚBLICA

Entende-se por políticas públicas, segundo Kauchakje (2007, p. 61-62), as formas de planejamento que o governo executa visando coordenar os meios e recursos do Estado e do setor privado com o objetivo de efetivar as ações anteriormente consideradas politicamente relevantes, ou seja:

Em outras palavras políticas públicas implicam atividade de organização do poder e são instrumentos de ação do governo com as seguintes características: implicam a fixação de metas, diretrizes ou planos governamentais; distribuem bens públicos; transferem bens desmercadorizados; estão voltados para o interesse público, pautado nos embates entre interesses sociais contraditórios e são base de legitimação do Estado.

Kauchakje (2007, p. 67-68) ainda ressalta o impacto que a política pública proporciona na sociedade, ao acentuar que “toda política pública é uma forma de intervenção na vida social, estruturada a partir de processos da articulação de consenso e de embate entre agentes sociais com interesses diversos decorrentes de suas posições diferenciadas nas relações econômicas, políticas, culturais e sociais. Dessa forma, política pública vai além de meros planos governamentais ou metas a serem atingidas pelo Poder Público.

Eros Grau (2000, p.21), por sua vez, defende o argumento de que a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público



na vida social. Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p 730) vai além, asseverando que políticas públicas não são apenas as ações governamentais, mas também as omissões:

[...] a política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Verifica-se, portanto, que a formulação de políticas públicas é um processo bem complexo que o Poder Público enfrenta ao estabelecer suas prioridades, metas e objetivos, seja em qualquer um dos seus poderes.

Em resumo, política pública é a estratégia de governo traçada pelo Poder Público, onde são estabelecidas suas prioridades, determinado o destino de seu orçamento público, as metas a serem alcançadas, o objetivo a ser atingido. Frise-se que a política pública deve ser formulada e executada indistintamente por todos os que fazem parte do Poder Público, ou seja, pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

2. POLÍTICA PÚBLICA NO BRASIL

No Brasil, formulação e execução de políticas públicas é um fenômeno recente. Foi somente em 1930 que o Poder Público, no Brasil - nitidamente patrimonialista, cujo quadro funcional era composto por pessoas indicadas por autoridades e muitas vezes sem qualificação profissional compatível com seus afazeres, não havendo ainda uma estruturação formal das funções a serem exercidas pelos funcionários ou sequer estatuto dispendo acerca dos direitos e responsabilidades dos servidores - passou a ser burocrático, ou seja, expedientes públicos passaram a ser escritos para permitir seu controle, o quadro funcional foi transformado em estável e profissionalizado, atuando com base na legislação sancionada conforme as regras do Direito positivo. Essas mudanças, considerando os escritos de Max Weber, proporcionam maior intensidade e extensão no serviço público, precisão, continuidade, disciplina, rigor, confiança, e calculabilidade



para o governante e para os cidadãos, sendo “a forma mais racional de exercício de dominação” (1998, p. 145). O Poder Público, dessa forma, era essencialmente burocrático, ou seja, baseado em leis e, com base nelas, é que o Estado poderia estritamente atuar.

Somente a partir dos anos 50, em consequência dos estudos realizados pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL, com sede em Santiago no Chile, foi desenvolvida a teoria que defende o modelo de planejamento de políticas públicas denominado planejamento econômico ou planejamento do desenvolvimento. Essa teoria baseada no método histórico-estrutural surgiu em decorrência da preocupação com o desempenho do Poder Público que assolava as grandes nações da época que vivenciavam a crise econômica inaugurada com a primeira grande escassez mundial de petróleo. Nesse período, as administrações públicas ao redor do mundo foram pressionadas a equilibrarem suas finanças, já que nelas prevaleciam os altos índices de inflação provocados pelo descompasso entre a arrecadação e os gastos públicos. Ao Brasil, da mesma forma, após uma fase de intenso crescimento da função pública denominada “milagre econômico”, foi exigido uma política de austeridade econômica e equilíbrio fiscal para se adequar à nova conjuntura mundial. No Brasil, esse processo teve início a partir do primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso com a criação do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE em 1995 (BRASIL, 1995, p. 9). Embora mencionado ministério tenha se limitado à esfera do executivo federal, ele apresentou diretrizes para a gestão pública, iniciando o debate sobre a reforma do Judiciário (Bresser Pereira, 1996, p 123).

3. POLÍTICA PÚBLICA NO JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário teve seu leque de atuação ampliado a partir da promulgação da atual Constituição Federal brasileira (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), por dois motivos. Primeiramente, houve a previsão de inúmeros direitos considerados intrínsecos à natureza humana, os chamados direitos humanos. Além disso, o artigo 5º, inciso XXXV do mencionado diploma legal preceitua que o Poder Judiciário tem a tarefa de realizar o *munus* judicante a cargo do Estado, ao acentuar que nenhuma lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo poderá ser subtraída ao seu exame. É o direito a jurisdição. É o direito ao acesso à Justiça. Nascia,



nesse momento, o Estado Social. Segundo Sadek (1999, p. 213), com a Constituição Federal de 1988, houve considerável ampliação do papel do Poder Judiciário na sociedade:

A Constituição de 1988, seguindo essa tendência, redefiniu profundamente o papel do Judiciário no que diz respeito à sua posição e à sua identidade na organização tripartite de poderes e, conseqüentemente, ampliou o seu papel político. Sua margem de atuação foi ainda alargada com a extensa constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivos, em medida que não guarda proporção com os textos legais anteriores. Assistiu-se, pois, a dois movimentos simultâneos: de um lado, a uma politização do Judiciário e, de outro, a uma judicialização da política. Dessa forma, a Carta de 1988 pode ser vista como um ponto de inflexão, representando uma mudança substancial no perfil do Poder Judiciário, alçando-o para o centro da vida pública e conferindo-lhe um papel de protagonista de primeira grandeza.

Ocorre que o Poder Judiciário também deveria se adequar a essa política de austeridade. Arantes (2007, p 129) retrata essa fase do Poder Judiciário que, da mesma forma como os outros poderes públicos, precisava se harmonizar à atual conjuntura econômica, política e social de crise e de necessidade de um novo tipo de administração:

[...] o Judiciário, que se havia expandido na fase anterior justamente para participar da implementação da legislação social, em vez de retroagir na mesma proporção que o Estado social em crise, viu-se ainda mais exigido nesse contexto dúbio de escassez de recursos públicos e de direitos legislados abundantemente. Se na fase anterior já era difícil garantir a efetividade desses direitos pela via judicial, agora a situação de crise do Estado torna o quadro mais dramático, combinando elevação das demandas e baixa capacidade de resposta do Judiciário.

Muitas inovações jurídicas foram implementadas com o fito de tornar o Poder Judiciário mais célere e eficiente, podendo-se destacar: 1) a criação de juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Estadual (lei 9.099 de 26 de setembro de 1995) e no contexto da Justiça Federal (lei nº 10.259, de 12 de julho de 2002); 2) criação dos requisitórios de pequeno valor (RPV) no lugar dos precatórios para pagamentos de condenações transitadas em julgado contra a



Fazenda Pública federal, estadual, distrital e municipal; 3) vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de 2º grau (art.93, XIII da CF/88); 4) criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, com a consequente previsão de cursos oficiais de preparação, 5) súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal (art.103-A, §1º da CF/88); e 6) instalação de justiça itinerante (art. 125, §7º da CF/88), dentre outras. As atividades administrativas, entretanto, continuavam sendo planejadas, executadas e fiscalizadas de forma isolada em cada unidade judiciária.

Para compreender, entretanto, essa realidade judicial, é importante esclarecer que, para cumprir sua função, o Poder Judiciário depende de várias estruturas que lhe são externas. Por exemplo: 1) dos advogados, públicos ou privados, defensores e representantes do Ministério Público, responsáveis pela proposição de demandas perante o Poder Judiciário; 2) do Poder Legislativo, que edita normas reguladoras dos direitos e deveres com base nos quais o Poder Judiciário julga suas demandas e regula ainda os processos, ou seja, a forma pela qual o ato de julgar será produzido; 3) das polícias judiciárias; e 4) dos serviços notariais e de registros. Desse modo, não se pode restringir a crise do Judiciário aos seus membros e à estrutura estatal, devendo todo o sistema judiciário ser avaliado. Além disso, é preciso ter a noção da estrutura e organização do Poder Judiciário. O Judiciário está praticamente dividido em três graus de jurisdição: primeira instância, em que a Justiça emana do juiz singular e pode ser reapreciada em instância superior; a segunda instância constitui-se de órgão colegiado que, além de proceder ao exame dos recursos interpostos, tem competência originária para apreciar certas ações; terceira instância, representada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). Tem, assim como os tribunais de justiça dos Estados, competência originária para determinados assuntos, além de apreciar as decisões recorridas dos tribunais de segunda instância.

Nota-se que a estrutura do Poder Judiciário é complexa, assim como os problemas por ele enfrentados. As estruturas e as funções estatais não evoluem no mesmo passo das mudanças que se operam na sociedade. Exige-se uma estrutura estatal não onerosa, ágil, eficiente e capaz de suprir as exigências sociais e econômicas em um mundo cada vez mais globalizado. A lentidão do Judiciário é, portanto, a crise das estruturas e do funcionamento do Estado no cumprimento do seu poder-dever de administrar a Justiça e realizar a paz social. Para



Gaetane (2007, p. 123), o Judiciário esbarra nos mesmos desafios que enfrenta o Estado brasileiro: profissionalização do serviço público mediante institucionalização do sistema de mérito, controle de gastos públicos e combate à corrupção, melhoria da qualidade do gasto público e da produtividade do trabalho, aprimoramento dos processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas, assim como de assimilação dos princípios norteadores do funcionamento da administração brasileira.

Para Silva (2006, p. 29), o Judiciário necessita de reformas que ultrapasse as estruturas físicas e processuais; e necessário que a cultura jurídica se apoie em outras ciências, como a Administração, para solucionar seus problemas:

O desafio que é posto ao Judiciário de realizar a promessa democrática, assentada na Constituição, de acesso a uma ordem justa passa necessariamente por uma reforma do sistema judiciário. Não só uma reforma de estruturas e processos, mas principalmente, uma mudança na mentalidade dos operadores do direito e da sociedade como um todo, uma mudança de cultura. Para vencer esse desafio, a ciência da Administração apresenta-se como instrumento valioso, na medida em que possui, atualmente, uma gama expressiva de técnicas e métodos de planejamento, gestão e controle, tais como o planejamento estratégico, a gestão por processos e gestão do conhecimento. A evolução que se operou na administração empresaria, motivada pela crescente demanda por novos produtos e serviços e pela necessidade de uma readaptação permanente das empresas, tornou imperiosa uma mudança cultural para que as organizações mantivessem sua competitividade. Nesse processo, ganharam espaço práticas de gestão participativa e a valorização dos recursos humanos. Os níveis operacionais passaram a ter voz e a opinião de clientes e funcionários se firmou como elemento essencial à tomada de decisão.

Hess (2008, p. 48) define quais as reformas de que o Poder Judiciário necessita, sendo estas de quatro grandes ordens: a) estruturais do Judiciário, o que engloba a informatização de suas unidades, a virtualização dos procedimentos e instrumentalização dos atos judiciais em comunicação com os operadores do Direito; b) institucionais, como o julgamento de repercussão geral, por decisão de recurso extraordinário de matéria constitucional, súmulas impeditivas de recursos e súmulas vinculantes; c) procedimentais, por via de legislação complementar do Estatuto da Magistratura, e



ordinária federal para a celeridade processual, mediação e conciliação; e d) recursos humanos, por meio da mudança de mentalidade do operador do direito que, algumas vezes desvirtua a finalidade da lei, utilizando-a para postergar a prestação jurisdicional, escolas de magistratura com cursos para aperfeiçoamento e promoção dos juízes por merecimento, limitação de faculdades de Direito e, por fim, exigência de experiência e cursos de ingresso nas provas da Ordem dos Advogados e concursos públicos.

Renault (2004, p 153) acentua que o Judiciário necessita de uma modernização de sua gestão, com a incorporação de novas tecnologias de informação, padronização de procedimentos racionais, simplificação de sistemas operacionais, capacitação de pessoal e desburocratização:

Não se pretende inventar a roda. Pretende-se captar as melhores experiências de gestão e valorizá-las, torná-las públicas e provocar sua implementação em outros locais. Muitos juízes pelo país afora já implementaram iniciativas inovadoras que demonstram a possibilidade real de melhoria de funcionamento da máquina administrativa – sem alterações legislativas

Renault (2004, p 154) ressalta, ainda, a importância dessa modificação, defendendo a reformulação de paradigmas sedimentados no seio do Judiciário, ao acentuar que:

O poder Judiciário precisa se modernizar para prestar mais e melhores serviços à população brasileira. A ineficiência da máquina pública a serviço da Justiça traz enormes prejuízos ao país: torna a prestação jurisdicional inacessível a maior parte da população: transforma a vida dos que têm acesso ao Judiciário numa luta sem fim pelo reconhecimento de seus direitos; dificulta o exercício profissional de advogados particulares e públicos, membros do Ministério Público, Defensores públicos e serventuários da justiça; penaliza injustamente os magistrados em sua missão de fazer justiça e, ainda, inflaciona o chamado custo Brasil. O mau funcionamento do Poder Judiciário interessa aos que se valem de sua ineficiência para não pagar, para não cumprir obrigações, para protelar, para ganhar tempo – mas não interessa ao país”.

Desse modo, embora a função essencial do Poder Judiciário, a jurisdicional, seja a de julgar, aplicando a lei ao caso concreto e conflituoso, sob a provocação do interessado e com efeitos definitivos, para desempenhá-la, o Judiciário necessita executar



atividades administrativas como organizar sua unidade de trabalho, gerir recursos e serviços disponíveis para a execução de suas tarefas, planejar, avaliar por exemplo. Assim, para a consecução de seus objetivos, o Judiciário executa todas as atividades que sejam necessárias a prestar a jurisdição, como a realização de concursos, contratação e treinamento dos servidores, execução de obras e compra de materiais de consumo. Essa relação entre atividade judiciária e administrativa, entretanto, vem se modificando ao longo dos anos.

Inicialmente, prevaleceu a ação individual dos magistrados que administravam e traçavam políticas para suas unidades, isoladamente, não existindo a troca de experiências entre as unidades. O magistrado, em face de sua autonomia, administrava seu tempo, distribuía competências entre os servidores que o assessoram no exame dos processos; ditava, assim, o ritmo e a organização de sua unidade judiciária. As práticas de administração jurisdicional, portanto, eram muito particulares, amoldadas à realidade e à experiência de quem administrava.

O Poder Judiciário, entretanto, é composto por, aproximadamente, 88 unidades autônomas, onde o juiz exerce também a função de administrador, ficando responsável pela escolha das prioridades de sua unidade judiciária no que se refere à organização interna, aos procedimentos internos e ao uso dos recursos disponíveis. Assim, prevalece, nesse cenário, uma diferenciação entre as realidades vivenciadas pelos “judiciários”, havendo várias políticas traçadas pelos mais diversos magistrados nas inúmeras unidades judiciárias.

Essa desigualdade não se restringia somente ao recurso material, alastrando-se, da mesma forma, para o âmbito propriamente da área administrativa, cabendo ao juiz determinar, por exemplo, a quem delegar poderes, o que priorizar, como fiscalizar, como avaliar, quais as metas. Desse modo, cada unidade judiciária estabelecia sua política, ficando a sociedade e o Poder Público (no caso, o Judiciário), dependentes da discricionariedade da pessoa física do juiz como agente público.

A consequência do grande número de unidades que compõem o Poder Judiciário nacional e a falta de integração entre elas, segundo Botini, é o aumento gradual da ineficiência da instituição da justiça, por exemplo, com a demora em seus julgamentos. O mencionado autor (2005, p. 123) assim resume a dificuldade vivenciada pelo Judiciário nacional:



A existência de inúmeras Justiças e Ministério Público, decorrente de nossa organização federativa, deve ser compensada por políticas de interação que permitam a troca de informações e um trabalho harmônico e racional no combate a criminalidade... A morosidade decorre da dificuldade em organizar as atividades, obter documentos e padronizar procedimentos, para possibilitar a integração de atos judiciais e de manifestações de instituições competentes para elucidação dos fatos.

Essa realidade, entretanto, paulatinamente se modifica. Consoante informa Baracho (2012, p. 37), desde a década de 1990, algumas unidades do sistema judiciário já faziam planejamento estratégico, porém muitas dessas iniciativas não tiveram continuidade, seja pela sua completa interrupção, seja pela mudança de todo o planejamento estabelecido a cada mudança bienal da administração. Essa instabilidade política acarretou, além de outros problemas, a excessiva lentidão no julgamento dos conflitos na sociedade pelos magistrados, a disparidade entre as realidades das unidades judiciárias de responsabilidade desses magistrados, falta de planejamento dos recursos financeiros disponíveis ao Poder Judiciário, descrença da população em relação à Justiça, dentre outros. Havia, portanto, políticas isoladas de cada unidade judiciária. Não existia uma política pública institucional da Justiça brasileira. Existiam diversos tribunais com autonomia administrativa e financeira, na qual cada unidade judiciária formulava sua política e sua gestão a critério do magistrado. Foi somente após a criação de um órgão especial que tem como função principal a formulação de políticas a serem seguidas por todas as instituições judiciárias que se materializou, definitivamente, a importância das políticas públicas no seio do Poder Judiciário, buscando estabelecer padrões e diretrizes nacionais. Esse órgão, instituído pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 e instalado em 14 de junho de 2005, é o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Sua missão, segundo a atual Constituição Federal da República do Brasil, em seu artigo 103-B, é definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional de todo o Poder Judiciário, ou seja, desenvolver políticas públicas.

4. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A criação do Conselho Nacional de Justiça foi receptáculo de inúmeras críticas dos próprios magistrados, mediante, por exemplo, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), que o consideravam um



verdadeiro controle externo que prejudicaria a atividade jurisdicional e ofenderia o princípio constitucional da separação e independência dos poderes. Prova disso é que a proposta de criação desse órgão se deu em 1992, sendo reformulada e aprovada mais de dez anos depois. Vários debates foram realizados para que, enfim, se pudesse entrar em consenso quanto à composição do novo órgão e sua competência, embora ainda haja na atualidade interposição de ações no Supremo Tribunal Federal questionando sobre as ações do Conselho Nacional de Justiça. Apesar, porém, do forte corporativismo da magistratura nacional, o Brasil vivenciava, conforme Sampaio (2007, p 107/108), intensa atribulação da vida social e política do País, o que favoreceu a criação do Conselho Nacional de Justiça:

No final dos anos 1990, o assunto virou prioridade de governo, outra vez, motivada por decisões judiciais que desagradaram ao governo. A gota d'água teria sido o atraso na venda da Vale do Rio Doce (FRANCO, 1997, p.27). Duas leis foram aprovadas em 1999, as de número 9.868 e 9882, disciplinando a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Reafirmavam-se os efeitos contra todos e a eficácia vinculantes das decisões do Supremo Tribunal, proferidas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, ao tempo que procuravam atenuar as críticas que se faziam a seu viés autoritário com a abertura do processo às entidades representativas da sociedade para emissão de pareceres, os amici curiae, e com a possibilidade de audiência públicas, embora ambas as hipóteses estivessem nas mãos discricionárias do relator. Simultaneamente, algumas vezes no Congresso Nacional começaram a alardear quanto corruptos eram os juízes, nomeadamente os da Justiça do Trabalho, e, por isso, necessário um controle externo e não corporativo de sua atividade.

[...]

A insistência de Antônio Carlos Magalhães para instalar a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Judiciário provocou a reação de diversos setores, não apenas contra o que parecia uma intimidação e um desrespeito à magistratura, mas também favorável a uma discussão transparente e aberta em torno das reformas que o Judiciário reclamava. Assim era como parecia para o presidente do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, a julgar que a Comissão prestava um “desserviço” ao



País (FREITAS, 1999). Não houve como frear a CPI, que acabou por trazer aos olhos do público parte do que se denunciava, sendo exemplar o caso de Nicolau dos Santos Neto e as obras do TRT de São Paulo.

O Conselho Nacional de Justiça é composto por 15 membros sendo nove integrantes da própria instituição. Ora, descarta-se então o controle externo. Além disso, na própria emenda constitucional que o criou, foi estabelecido que o CNJ é órgão integrante do Poder Judiciário, não sendo assim alheio à estrutura judiciária. Em relação à sua competência, por sua vez, ela é estritamente disciplinar, administrativa e financeira, não interferindo na essência do ato de julgar do juiz. Esse órgão fiscaliza os deveres funcionais do magistrado, previstos em lei específica, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, e formula políticas públicas para o Poder Judiciário, e fiscaliza a administração dos recursos financeiros e humanos por parte dos tribunais.

Com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), iniciou-se o processo de formulação de políticas públicas a serem adotadas por todo o Poder Judiciário em caráter universal, ou seja, por todas as unidades judiciárias indistintamente, respeitando as suas peculiaridades. O CNJ é composto de representantes de todos os segmentos da magistratura, representantes dos advogados, do Ministério Público e da sociedade. Essa composição eclética pretende tornar o Poder Judiciário mais atento aos anseios dos mais variados segmentos que, direta e indiretamente, são atingidos pela atividade-fim dessa instituição judicial. Com essa metodologia, as mais diversas categorias, ou seja, advogados públicos e privados, promotores, magistrados e o próprio cidadão, têm a oportunidade de se expressarem, defendendo suas opiniões e, acima de tudo, entrando em consenso para que realmente as medidas adotadas pelo CNJ sejam efetivamente executadas.

O CNJ utiliza-se de encontros, resoluções, recomendações, metas a serem alcançadas e outras formas de comunicação e políticas públicas para uma padronização das formas de atuação, bem como para proporcionar maior agilidade e eficiência à tramitação dos processos, melhorar a qualidade do serviço jurisdicional prestado e ampliar o acesso do cidadão brasileiro à Justiça.

Constam expressamente entre as competências constitucionais do CNJ: zelar pela autonomia do Judiciário e pelo cumprimento



do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações; definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário; receber reclamações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do Poder Público ou oficializados; julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas; e elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País.

Em resumo, o CNJ tem a tarefa principal de supervisionar a atuação administrativa e financeira do Judiciário, coordenando e planejando as atividades administrativas desse poder, por exemplo, adotando mecanismos de controle eficaz da atividade administrativa dos vários órgãos jurisdicionais. Desse modo, o CNJ é responsável pela formulação da política estratégica do Poder Judiciário, com o objetivo principal de aumentar o grau de correção e eficiência da justiça brasileira, para, enfim, garantir a segurança jurídica e a transparência por que a sociedade tanto anseia na atualidade por parte do Poder Público em geral.

A gama de atividades que o CNJ desenvolve vai desde a fomentação de pesquisa para mapear os problemas enfrentados pelos órgãos judiciários até a inserção social e o incentivo a práticas solidária, desde, por exemplo, o desenvolvimento de programas que promovam a dignidade da pessoa humana. Frise-se que o CNJ também incentiva a participação da sociedade civil na formulação de suas atividades por intermédio dos fóruns, momento em que o cidadão expressamente opina sobre a atuação do Poder Judiciário, podendo, até mesmo, sugerir mudanças ou aprimoramentos. A participação da sociedade também é ensejada em audiências públicas e consultas públicas, estas últimas, desenvolvidas também da internet. Nesses momentos, a sociedade poderá manifestar publicamente suas insatisfações e sugestões para o aperfeiçoamento das práticas forenses, podendo até mesmo direcionar as políticas administrativas adotadas pelo Judiciário nacional.

O Conselho também incentiva a participação da sociedade no fortalecimento da Justiça desde o envolvimento de voluntários



qualificados na solução dos problemas da comunidade, sem a necessidade de ir até o Judiciário ou aplicar obrigatoriamente as normas jurídicas positivadas. Usam-se, nesses casos, muitas vezes, o bom senso e a experiência desse voluntário que, na sua maioria, é uma pessoa com senso de justiça e pacificador. Em relação, ainda, à sociedade, o CNJ objetiva também ampliar a noção de direito que o cidadão comum possui no seu dia a dia, fornecendo noções, por exemplo, o conceito de direito e dever, quais os direitos que a Constituição Federal do Brasil prevê para todo e qualquer cidadão, o que é lei, a quem deve o cidadão desrespeitado de algum modo em seus direitos procurar para solucionar seu caso.

O CNJ possui ainda o poder regulamentar de propor as atividades aos órgãos judiciários por meio, principalmente, das resoluções que deverão ser seguidas, respeitadas e cumpridas efetivamente por tais órgãos. Com essas resoluções, o CNJ atua regulando a própria organização, a administração judiciária e os deveres funcionais das carreiras ligadas direta ou indiretamente ao Judiciário.

Embora o seu intento inicial seja o controle administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário, o CNJ tem por objetivo extirpar do seio do poder público o corporativismo que gangrena a função principal do Estado, qual seja, o bem comum da sociedade e não de determinadas classes ou pessoas. É com a atribuição disciplinar que o CNJ pretende solucionar tal questão. Isso se dará com base no fortalecimento da atividade de fiscalização, principalmente, dos membros da magistratura (juízes e membros dos tribunais), e das faltas praticadas no exercício das atribuições funcionais de julgador e de administrador da máquina judiciária.

O CNJ também prioriza a transparência em suas atividades, na medida em que divulga as atividades por ele desenvolvidas por meio da comunicação social e órgãos da imprensa de forma sistemática, em linguagem acessível e didática. Tal exigência também se reflete nos demais órgãos judiciais fiscalizados. Para Dallari (2008, p. 153), essa característica é fundamental para que a sociedade possa ter maior credibilidade na instituição da Justiça, tendo conhecimento amplo das políticas públicas e programas desenvolvidos pelo Poder Judiciário:

Para que o povo respeite verdadeiramente o Judiciário é necessário que este deixe claro, pelo fornecimento de informações precisas e de modo facilmente compreensível aos principais órgãos da



imprensa, quais são suas rendas e de que modo são gastos os recursos que lhe são destinados.

É imprescindível ainda ressaltar que o CNJ, ciente de que o Poder Judiciário é uma organização complexa e que envolve uma diversidade de órgãos e instituições para o efetivo desenvolvimento de suas funções estatais, procura desenvolver mecanismos de cooperação entre todos os envolvidos direta e indiretamente na função jurisdicional. Desse modo, o CNJ celebra acordos com órgãos públicos e entidades privadas, a fim de estabelecer ações estratégicas, conjuntas, para o bom funcionamento da instituição da Justiça no Brasil. Como exemplo, pode ser citado o desenvolvimento de sistemas que compartilhem ou forneçam informações entre o Poder Judiciário e a Polícia Federal e/ou Estadual, a Receita Federal, as instituições bancárias, departamentos de trânsito, dentre outros. A realização de cursos para troca de experiências e aprimoramento de conhecimentos comuns às mais diversas áreas dentro das várias instituições e órgãos que integram o Poder Judiciário também é uma atividade incentivada pelo CNJ, com o fito de aprimorar a função desempenhada por este Poder.

Em síntese, o CNJ pode ser definido como órgão central de formulação de políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Poder Judiciário de forma universal, ou seja, a serem adotadas por todos os órgãos judiciais, sem deixar de compreender a realidade de cada localidade, respeitando suas peculiaridades e potencialidades.

Permanecendo autônomos e independentes no exercício de sua função jurisdicional, os tribunais e juízes terão o CNJ como órgão que centraliza e articula as ações e iniciativas a gestão administrativa, que eram operadas de maneira difusa e divergente. As ações do CNJ, portanto, voltam-se à elaboração de um planejamento nacional, objetivando o aumento da eficiência, da racionalização e da produtividade do sistema judiciário, bem como o maior acesso à Justiça. O Conselho Nacional de Justiça, assim, formula uma gama de políticas públicas a serem implementadas não somente pelo Poder Judiciário, mas também com a participação de todos os integrantes do sistema judiciário e da sociedade em si. A política de promoção de acesso à Justiça é uma delas. Por via dessa política, o CNJ busca aproximar a sociedade do Judiciário por meio do incentivo à realização de mutirões de audiências de conciliação. No ano de 2011, seguindo essa diretriz, a Justiça Federal no Ceará promoveu o mutirão de



conciliação relativamente ao Sistema Financeiro de Habitação (SFH), tendo as partes entrado em acordo em 44,17% (na primeira edição que se realizou de 27 de junho a 1º de julho) e 36,55% (na segunda edição, efetivada de 12 a 23 de setembro) das audiências designadas na tentativa de solucionar o conflito entre a Caixa Econômica Federal e seus mutuários que se sentiam insatisfeitos com o saldo devedor do respectivo contrato de financiamento da casa própria.

A política de eficiência e transparência do Poder Judiciário é outro exemplo de política pública formulada pelo Conselho Nacional de Justiça na atualidade. A política de eficiência é materializada mediante o estabelecimento de metas que os tribunais devem cumprir anualmente. Por exemplo, no ano de 2012, foram estabelecidas 19 metas, dentre as quais a de nº 02, pretendendo que 50% das ações iniciadas em 2007 sejam julgadas pela Justiça Federal.

Em relação à política de transparência, por meio da Resolução nº 102, de 15 de dezembro de 2009, do Conselho Nacional de Justiça, os tribunais são obrigados a disponibilizar em seus endereços eletrônicos oficiais o valor dos vencimentos de seus integrantes, por exemplo, dos magistrados, diretores de secretaria e assessores. Os tribunais também são obrigados a disponibilizar à sociedade o número de processos distribuídos, julgados e arquivados mensalmente em todas as suas unidades judiciárias. Com base nesses dados, é feito um diagnóstico do Poder Judiciário, sendo constatadas, por exemplo, a taxa de congestionamento nas unidades judiciárias e a carga de trabalho dos juízes. O intuito do Conselho Nacional de Justiça é promover desde essa política, uma cultura de planejamento e gestão estratégica no Poder Judiciário, pois, ao serem diagnosticados seus problemas, é dado o primeiro passo para se traçar com precisão estratégias com vistas à solução dos entraves que persistem na estrutura judiciária.

Com a política de transparência, também foi unificada a numeração dos processos em todo o Poder Judiciário. Agora não fica a critério de cada tribunal a escolha do tipo de numeração de seus processos, mas deve seguir as diretrizes da Resolução nº 65/2008 do Conselho Nacional de Justiça. Por exemplo, na Justiça Federal no Ceará, seus processos passaram a ser identificados da seguinte forma. Cada tribunal tem seu código identificador, por exemplo, o Tribunal Regional da 5ª Região é o número 05. E cada unidade judiciária que integra determinado tribunal também tem seu código identificador, por exemplo, a Justiça Federal no Ceará é o número



81, sendo a seção de Fortaleza identificada pelo número 00. Essa unificação da numeração processual tornou o Poder Judiciário mais acessível, pois o cidadão saberá com facilidade onde seu processo está sendo julgado.

Há também o desenvolvimento da política da gestão documental pelo Conselho Nacional de Justiça. Essa política visa à preservação e à divulgação de documentos de valor histórico que possam existir nos acervos dos processos arquivados do Poder Judiciário. Destaca-se o fato de que, no setor de arquivo, estão localizados inúmeros tipos de ações que não estão mais em processamento nas unidades judiciárias seja porque a parte vencedora já recebeu o que foi determinado em decisão final transitada em julgado, ou porque a parte vencedora não executou a sentença, dando prosseguimento à ação, ou porque a parte vencida não tem bens disponíveis para pagar o que foi determinado em sentença transitada em julgado, ou porque o processo foi extinto sem julgamento do mérito, dentre outros. Só pode, entretanto, ser alvo dessa política da gestão os processos que não sejam de natureza criminal, que possuam sentença transitada em julgado e cujo o prazo de permanência tenha se esgotado. Por exemplo, nas ações de execução fiscal, esse prazo é de cinco anos, a contar da data do trânsito em julgado.

Com a política da gestão de documentos, há a organização do acervo dos processos arquivados, a seleção dos processos que estão enquadrados nas regras de descarte previstas na Resolução nº 23/2008 do Conselho da Justiça Federal (CJF), a retirada das peças desses processos selecionados consideradas importantes conforme a mencionada resolução, e, após o prazo legal, o descarte do que restou dos processos selecionados e a guarda das peças selecionadas em lugar específico. Os restos dos processos que serão descartados são doados a entidades filantrópicas para reciclagem de papel.

O Conselho Nacional de Justiça também desenvolve a política de virtualização da justiça. Pretende-se com essa política adequar o Poder Judiciário às modificações advindas com a Terceira onda, ou seja, com a revolução da tecnologia da informação. Vários programas estão sendo desenvolvidos e aprimorados pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo como principal ferramenta a internet, com o objetivo de auxiliar a atividade jurisdicional. Por exemplo, podem ser citados o Bacenjud que é sistema que interliga a Justiça ao Banco Central e às instituições bancárias, para agilizar a solicitação de informações e o envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional, via



internet; e o Infojud que é um sistema, via internet, que interliga o Judiciário e a Receita Federal, na qual há o fornecimento de informações cadastrais e de cópias de declarações de imposto de renda. Assim, o que antes demoraria dias para a resposta dessas solicitações judiciais, agora o seu cumprimento é quase que imediato graças a utilização dessas ferramentas tecnológicas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a formulação de políticas públicas pelo Poder Judiciário é um fenômeno que, embora recente, se consolida ao longo dos anos como forma de tornar o trabalho desenvolvido pelas instituições judiciais mais eficientes, com maior credibilidade social e, principalmente, com maior transparência. O cuidado, portanto, com a formulação de políticas públicas em seu próprio ambiente demonstra que o Poder Judiciário está, assim como os demais poderes, se adequando aos anseios sociais de democracia plena, em que as autoridades públicas devem prestar contas de seus serviços, devendo se caracterizar pela eficiência, transparência e, acima de tudo, por ser acessível a todos, indistintamente.

O papel do planejamento e da gestão judiciária é então fundamental para consolidação da formulação e execução de políticas públicas no próprio seio do Poder Judiciário. Com esteio nessa idealização advinda do planejamento que a Justiça se prepara, gere seus recursos e executa suas funções, para enfim se alcançar o objetivo almejado. Apesar de estar iniciando na seara da gestão, o Poder Judiciário é capaz de formular políticas públicas e implementá-las em seu próprio âmbito. A importância dessa nova face do Poder Judiciário nacional é imprescindível para a consolidação da democracia no Brasil, na qual a eficiência, transparência e, acima de tudo, a fiscalização pela sociedade de todo e qualquer serviço prestado pelo Poder Público devem estar arraigadas na conduta, tanto das autoridades públicas quanto de todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, R. "Judiciário: entre a Justiça e a Política". In: AVELAR, L.; Cintra, A. O. (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad- Adenauer-Stiftung; São Paulo: Unesp, 2007.



BARACHO, A. *A adoção e implementação do planejamento estratégico: o caso do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco, sob a ótica dos seus stakeholders relevantes*. Dissertação apresentada como requisito complementar para a obtenção do grau de Mestre em Administração em 2012. Disponível em <www.dca.ufpe/propad/dissertacoes_mestrado_02_12.php>. Acesso em 6 de fevereiro de 2013.

BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: ed. Unijuí, 2006.

BOTINI, Pierpaolo Cruz, *Reforma do Judiciário e Segurança Pública*. 18 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.tribunaldodireito.com.br/2005/setembro/pg20.htm>. Acesso em: 03 de setembro de 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013 (Série Legislação Brasileira).

BRESSAN, Suimar; PACHECO, Eliezer. *Introdução à Teoria da Sociedade e Estado*. Ijuí: Ed. Unijuí, 1987.

COELHO, L. F. *Saudade do futuro: transmodernidade, direito, utopia*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998. p. 353.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAETANE, Francisco. *Modernização do Estado e Controle Externo: O desafio do alinhamento estratégico*. 2007. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/promoex_sc/documentos/ivforum_palestra1_modernizacao_estado_e_controle_externo_francisco_gaetani.ppt> Acesso em 03 de setembro de 2012.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.21.



HERKENHOFF, João Baptista. *Para onde vai o Direito? : Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

HESS, Heliana Maria Coutinho. *A modernização do Acesso à Justiça nos 20 anos de Constituição Federal*. 25 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=91>. Acesso em 03 de setembro de 2012.

KAUCHAKJE, S. *Gestão Pública de Serviços Sociais*. Curitiba: IBPEX, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. "Controle judicial das chamadas políticas públicas". In: MILARÉ, Edis, Coordenador. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p 730.

SADEK, M. T. "O Poder Judiciário na reforma do Estado". In: Bresser-Pereira, L.C.et.al (orgs.), *Sociedade e Estado em transformação*. Brasília: ENAP, 1999.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 107/108.

SILVA, Cláudia Dantas Ferreira da. *Administração Judiciária: planejamento estratégico e a Reforma do Judiciário*. JUSNAVEGANDI. Teresina, ano 10. n 976, 4 mar 2006. Disponível em: <http://www.jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id-8062>. Acesso em 03 de setembro de 2012.

SOUZA, Amaury de; LAMOUNIER, Bolívar. "A feitura da nova Constituição: um reexame da cultura política brasileira". In: LAMOUNIER, Bolívar (org.). *De Giesel a Collor: o balanço da transição*. São Paulo: Sumaré, 1990, p. 81-104.

RENAULT, Sérgio Rabelo Tamm. *A Reforma Possível*. 08 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.tribunaldodireito.com.br/2004>. Acesso em: 03 de setembro de 2012.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da teoria compreensiva*. Brasília. Editora da Universidade de Brasília, 1998, vol 1.

1



O SEGREDO NA REFLEXÃO TEÓRICA JURÍDICO-POLÍTICA

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Mestre e Doutora em Direito; Professora da Unilasalle.

Sergio Cademartori

Doutor e pós-Doutor em Direito; Professor da Unilasalle.

1. INTRODUÇÃO

O segredo como prática de dominação política, ou como instrumento de poder⁴², acompanha a trajetória histórica do Estado. Corporificada hoje na noção de “segredos de Estado”, a ação do governo que se oculta escondendo suas práticas, encontra-se presente nas reflexões de quase todos aqueles que erigem a política como campo privilegiado de estudo. De fato, desde o nascedouro daquela instituição conhecida como “forma-Estado”, atravessada por um lento processo de laicização do poder a partir da Baixa Idade Média Ocidental e a subsequente consolidação de governos absolutistas, se encontram práticas secretas dos governantes no centro dos processos de tomada de decisão a respeito do destino de seus subordinados.

Neste ensaio, busca-se analisar o percurso que o tema teve através do pensamento de alguns autores do campo político-jurídico, a fim de enquadrá-lo, em momento posterior, no Estado Democrático de Direito, a partir de um enfoque garantista, tentando verificar de que forma o segredo imbrica-se ou encontra guarida em suas instituições, práticas e valores e as possibilidades de sua sobrevivência em um regime democrático, seja através de legislações restritivas do acesso a ações e documentos, seja esclarecendo as práticas secretas do Estado que podem apresentar-se como benéficas.

42 Adota-se aqui uma definição relacional de poder. De acordo com Bobbio: “A mais conhecida e também a mais sintética das definições relacionais é a de Robert Dahl: ‘A influência [conceito mais amplo, no qual se insere o de poder] é uma relação entre atores, na qual um ator induz outros atores a agirem de um modo que, em caso contrário, não agiriam’ (1963, trad. it., p. 68).” (BOBBIO, N. Estado, poder e governo. In: _____. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de M. A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 78)



Com essa finalidade, por segredos de Estado entender-se-á aqui todo conhecimento, informação ou ação que, por ter em vista a manutenção da dominação, é destinada pelos detentores do poder do Estado a manter-se oculta do público.

2. A TEORIA DOS SEGREDOS DE ESTADO E A LAICIZAÇÃO DO PODER

A Baixa Idade Média foi um momento muito profícuo para o lançamento das bases teórico-doutrinárias a respeito do assunto dos segredos de Estado. Segundo Kantorowicz

La expresión Secretos de Estados como concepto del absolutismo tiene un fondo medieval. Es un tardío brote de aquel hibridismo secular-espiritual que, como resultado de las infinitas relaciones entre Iglesia y Estado, puede hallarse en cada uno de los siglos de la Edad Media [...].⁴³

O recorte dado pelo autor ao tema propõe a correlação entre a doutrina eclesiástica medieval e o absolutismo precipuamente considerado; contudo, essa doutrina encontra-se até hoje fortemente arraigada entre muitos teóricos do Estado contemporâneo⁴⁴. As razões pelas quais esta concepção de segredo de Estado acabou permeando as relações seculares de dominação foram, dentre outras:

Con el Papa como *princeps* y *verus imperator* el aparato jerárquico de la Iglesia romana [...] mostró tendencia a convertirse en el prototipo perfecto de una monarquía absoluta y racional sobre una base mística, mientras que simultáneamente el Estado mostró una creciente tendencia a convertirse en una semi-Iglesia, y, en otros respectos, en una monarquía mística sobre una base racional.⁴⁵

A laicização do poder se estruturou a partir da usurpação das funções pontificais do papa e do bispo. Mas, ao fazê-lo o aspecto simbólico do poder real como algo divino, passou a permear o discurso legitimatório da nova dominação. Convém não esquecer que os apelos de legitimação – entendida esta como criação de motivos de justificação interior da dominação, de acordo com Weber⁴⁶ – do

43 KANTOROWICZ, E. Secretos de Estado: un concepto absolutista y sus tardíos orígenes medievales. s/tradução. *The Harvard Theological Review*, p. 65-91, número XLVIII, 1955, p. 55.

44 cf. infra, WEBER e BOBBIO, dentre outros.

45 KANTOROWICZ, E. Secretos de Estado, p. 66.

46 cf. WEBER, M. *Economía y Sociedad*. Traducción De J.M. Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.



poder real faziam-se por remissão à esfera religiosa, naquele especial mecanismo de poder que se convencionou chamar de “monarquia de direito divino”. Esclarece Kantorowicz:

El ‘pontificalismo’ real, pues, parece descansar en la creencia legalmente establecida de que el gobierno es un *mysterium* administrado sólo por el alto sacerdote real y sus indiscutibles funcionarios, y que todas las acciones realizadas en nombre de esos ‘secretos de Estado’ son válidas *ipso facto* o *ex opere operato*, prescindiendo incluso del valor personal del rey y de sus seguidores.⁴⁷

Pelo que se vê, ocorre um mais ou menos longo processo de simbiose entre Igreja e Estado (talvez o termo mais apropriado fosse “troca de papéis”), que vai desembocar nos Estados absolutistas. De fato, como enuncia Pierangelo Schiera,

[...] o Absolutismo apresenta-se-nos em sua forma plena como a conclusão de uma longa evolução, a qual, através da indispensável mediação do cristianismo como doutrina e da Igreja romana como instituição política universal, conduz, desde as origens mágicas do poder, até a sua fundação em termos de racionalidade e eficiência.⁴⁸

Nesta “racionalidade” e nesta “eficiência” muito colaboraram os burocratas iniciados no direito romano, como conta Perry Anderson:

La afirmación de una *plenitudo potestatis* del papa dentro de la Iglesia estableció el precedente para las pretensiones posteriores de los príncipes seculares, realizadas a menudo, precisamente, contra las desorbitadas aspiraciones religiosas. Por otra parte, y del mismo modo que los abogados canonistas del papado fueron los que construyeron e hicieron funcionar sus amplios controles administrativos sobre la Iglesia, fueron los burócratas semiprofesionales adiestrados en el derecho romano quienes proporcionaron los servidores ejecutivos fundamentales de los nuevos estados monárquicos.⁴⁹

Assim, o segredo de Estado passa a fazer parte da prática política do nascente Estado moderno. Nesta fase da história, faz-se presente a figura de um arguto pensador florentino, cujo pensamento

47 KANTOROWICZ, E. Secretos de Estado, p. 73.

48 SCHIERA, P. Verbete “absolutismo”. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Diccionario de Política*. Tradução de J. Ferreira et al. Brasília: UnB, c1986, p. 02 - grifo acrescentado

49 ANDERSON, P. *El Estado Absolutista*. Traducción de S. Juliá. México: Siglo XXI, 1982, p. 23



acompanha a formação do Estado nascente: trata-se de Nicolau Maquiavel.⁵⁰ Este dedica o sexto capítulo do Livro III de seus *Discorsi*⁵¹ ao tema da conjura, já que por meio desta “[...] han perdido la vida y el estado más príncipes que en la guerra abierta”⁵². A conjura constituiu-se num contrapoder invisível que deve ser combatido também de forma astuciosa e, sobretudo, secreta.⁵³

3. SEGREDO DE ESTADO, OPINIÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA

Pelo que se vê, parece inescapável ao governante, sob algumas circunstâncias, apelar aos *arcana* para manter-se no poder. Mas ter como princípio tal prática, mesmo para subjugar movimentos sediciosos, pode acarretar efeitos perversos, caso se adotam princípios mais próximos de uma Democracia⁵⁴. Pelo menos na leitura de outro

50 BOBBIO, N. La Crisis de la democracia y la lección de los clásicos. In: _____; PONTARA, G.; VECA, S. *Crisis de la democracia*. Traducción de J. Marfá. Barcelona: Ariel, 1985, p. 22

51 O capítulo dedica-se a analisar contra quem as conjuras são feitas (contra a pátria ou contra um príncipe), bem como suas causas. (MAQUIAVELO, N. *Discursos sobre la primeira década de Tito Lívio*,)

52 MAQUIAVELO, N. *Discursos sobre la primera década de Tito Lívio*, p. 302

53 Veja-se a seguinte passagem: “No quiero sin embargo dejar de advertir al príncipe o la república contra los que se haya conspirado que, cuando descubran una conjura [...] si encuentran que es grande y poderosa, no la desenmascaren hasta que estén dispuestos a aplastarla con fuerzas suficientes, pues si obra de otra manera, verán su propia ruina. Por eso, deben utilizar toda su habilidad para el disimulo, ya que los conjurados, al verse descubiertos, acuciados por la necesidad, pierden todo respeto.” (MAQUIAVELO, N. *Discursos sobre la primera década de Tito Lívio*, p. 324 - grifo acrescentado)

54 Este ensaio adota o conceito de Democracia esposado por Norberto Bobbio. Para este autor, a única maneira de se compreender a Democracia enquanto contraposta a outras formas autoritárias de governo, é aquela que a considera como “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem ‘quem’ está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais ‘procedimentos’.” Para que a decisão seja considerada decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras que estabelecem quais os indivíduos autorizados a tomar as decisões que irão vincular todos os membros do grupo e quais os procedimentos. Bobbio acrescenta três condições para a existência da Democracia. A primeira diz respeito aos sujeitos que irão tomar as decisões coletivas: “um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de integrantes do grupo.” É preciso um juízo comparativo com base nas circunstâncias históricas para saber o número necessário daqueles que têm direito ao voto, a fim de considerar um regime democrático ou não. A segunda condição relaciona-



filósofo político um pouco posterior a Maquiavel, quem coloca em termos lógicos e eticamente irrefutáveis como negativa a adoção da prática da ação secreta. Trata-se de Baruch Espinosa, que em sua obra póstuma, ao propor um Estado ideal sem os vícios que percebia nos principados de então, diz a respeito:

Reconheço, aliás, que não é muito possível manter secretos os desígnios de semelhante Estado. Mas todos devem reconhecer comigo que, mais vale que o inimigo conheça os desígnios honestos de um Estado, que permaneçam ocultos aos cidadãos os maus desígnios de um déspota. Os que podem tratar secretamente dos negócios do Estado, têm-no inteiramente em seu poder e em tempo de paz, estendem armadilhas aos cidadãos, como as estendem ao inimigo em tempo de guerra. Que o silêncio seja frequentemente útil ao Estado, ninguém o pode negar; mas ninguém provará também que o Estado não pode subsistir sem o segredo. Entregar a alguém sem reserva a coisa pública e preservar a liberdade é completamente impossível, e é loucura querer evitar um mal ligeiro para admitir um grande mal. O mote daqueles que ambicionam o poder absoluto foi sempre que é do interesse da cidade que os seus negócios sejam tratados secretamente, e outras sentenças do mesmo gênero. Quanto mais estas se cobrem com o pretexto da utilidade, mais perigosamente tendem a estabelecer a escravidão.⁵⁵

Outro não é o pensamento de Jeremy Bentham quando, em 1776, ao discorrer sobre as diferenças entre um governo livre e um despótico, salienta, dentre outras condicionantes, a de que no governo livre exista um “[...] derecho concedido a los súbditos para examinar

se às modalidades de decisão. Neste caso a regra fundamental é a da maioria. Finalmente, pela terceira condição as alternativas postas aos chamados a decidir deverão ser reais e os mesmos devem ser colocados em posição de escolher entre uma ou outra. Como corolário, tem-se que o Estado liberal é um pressuposto histórico e jurídico do Estado democrático, já que deverão ser garantidos aos chamados a decidir os direitos de liberdade (de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião etc.). (BOBBIO, N. *O Futuro da democracia in* _____. *O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo* Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986, p. 18,19 e 20) Resumindo, a democracia é “um conjunto de regras [...] para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue”. O bom governo democrático é aquele que respeita rigorosamente as regras, donde se conclui, “tranquilamente, que a democracia é o governo das leis por excelência”. (BOBBIO, N. *Governo dos homens ou governo das leis*. In: _____. *O Futuro da Democracia*, p.170-1).

55 ESPINOSA, B. de. *Tratado Político*. Tradução de M.S. Chauí et al. São Paulo: Abril, 1983.



y analizar públicamente los fundamentos que asisten a todo acto de poder ejercido sobre ellos". E mais adiante: "[...] la proposición de que la legislatura tiene el deber de hacer accesible el conocimiento de su voluntad al pueblo es algo que estoy dispuesto a subscribir sin reservas".⁵⁶

A preocupação benthamiana com a transparência das ações estatais e de seus fundamentos é coetânea ao surgimento de um fenômeno chamado de "opinião pública". Termo de difícil conceituação, dele diz Bonavides que não tem uma definição precisa: dependendo do autor, ela seria a opinião de todo o povo, ou apenas da classe dominante, ou ainda das classes instruídas. Parece ele concordar com Jellinek, quando este afirma que em grandes linhas a opinião pública é "o ponto de vista da sociedade sobre assuntos de natureza política e social".⁵⁷

Nicola Matteucci lembra o vínculo entre opinião pública e formação do Estado moderno, eis que ocorre ali o monopólio do poder e da esfera pública, com a privação da sociedade corporativa da política, relegando o indivíduo à esfera privada da moral. Historicamente, porém, o conceito teve uma trajetória errática. Se para Hobbes a opinião pública tem uma conotação negativa, por introduzir no Estado absolutista o germe da corrupção e da anarquia, para Locke a "lei da opinião é uma verdadeira lei filosófica, servindo para julgar a virtude ou vício das ações". De acordo com Rousseau, opinião pública é a "verdadeira constituição do Estado". Kant, respondendo à pergunta "Que é o Iluminismo?", diz que consiste em fazer uso público da própria razão em todos os campos; é o uso que dela se faz como membro da comunidade e dirigindo-se a ela. Este uso público tem dois destinatários. Por um lado, se dirige ao povo, para que se torne cada vez mais capaz de liberdade de agir; por outro, se dirige ao soberano, o Estado absoluto, para mostrar-lhe que é vantajoso tratar o homem não como a uma "máquina", mas segundo a dignidade.⁵⁸

Já em Hegel, a opinião pública fica situada no mesmo patamar que a sociedade civil, sem o vezo da universalidade, em face da

56 BENTHAM, J. *Fragments sobre el gobierno*. Traducción de J.L. Ramos. Madrid: Aguilar, 1973, p. 114, parágrafo 24 e p. 130, parágrafo 9.

57 apud BONAVIDES, P. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 564, 567.

58 MATTEUCCI, N. Verbete "Opinião Pública". In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira et al. Brasília: UnB, c1986, p. 842-843.



desorganização desta última. Assim a “opinião pública”, para Hegel, é a manifestação dos juízos, opiniões e pareceres dos indivíduos acerca de seus interesses comuns.⁵⁹

Para Marx, a opinião pública é falsa consciência, ideologia, pois numa sociedade dividida em classes, mascara os interesses da classe burguesa: o público não é o povo, a sociedade burguesa não é a sociedade geral, o *bourgeois* não é o *citoyen*, o público dos particulares não é a razão.⁶⁰

Como visto, para entender quais eram originalmente as funções da opinião pública, deve-se examinar como se dá o nascimento do Estado moderno. Com o desmantelamento da sociedade feudal, a qual era imediatamente política (cada estado se autorregulamentava, o senhor feudal era detentor do poder econômico e político simultaneamente, não havia um órgão que detivesse o monopólio da violência legítima etc.), surge o Estado moderno, surgimento este que se dá sob o signo da separação da esfera política (o aparelho estatal) da esfera privada dos cidadãos (o conjunto das relações sociais entre proprietários privados).

Mas esta esfera privada acaba desenvolvendo uma dimensão “pública” à medida em que começam a surgir algumas instituições – jornais, salões de conferência, assembleias de cidadãos, cafés etc. – que irão erigir-se em lugares de discussão e polarização das correntes de opinião presentes na sociedade burguesa. Com isso, “[...] a esfera pública política [...] intermedia, através da opinião pública, o Estado e as necessidades da sociedade.”⁶¹

A opinião pública advém assim como instância política central nas relações entre as esferas política e privada sob o Estado moderno. É através dela que a burguesia tenta impor limites à atuação da autoridade, ao tempo em que combate o segredo como característica da atuação estatal, pois quer submeter essa última à luz da razão ilustrada.

Ora, a própria função da opinião pública neste período corresponde à realização, no campo social, do ideal da Ilustração. Esta, por sua vez, corporifica a pretensão iluminista que apresenta, no campo político, a intenção precípua de desvendar os segredos do soberano, assim como no campo da ciência, quer descortinar

59 MATTEUCCI, N. Verbete “Opinião Pública”, p. 844.

60 MATTEUCCI, N. Verbete “Opinião Pública”, p. 844.

61 HABERMAS, J. *Mudança estrutural na esfera pública*. Tradução de F. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 96 e p.46.



os segredos da natureza.⁶² De fato, o Iluminismo é uma tendência duradoura, caracterizada por uma atitude racional e crítica, que tem como função o combate ao mito e ao poder, e que:

Aplicada ao homem e às instituições humanas [...] significa que não há mais zonas de sombras no mundo social e político. [...] Não há mais interditos, espaços extraterritoriais protegidos pelo privilégio da invisibilidade [...] Não há mais investigações proibidas [...].⁶³

A função desse movimento filosófico tem uma intenção política evidente:

Se a Ilustração quer liberar um espaço de visibilidade irrestrita, é principalmente para desmascarar os opressores. [...] Descrevendo as engrenagens incompreensíveis do *ancien régime*, Michelet escreve: 'O que havia de mais tirânico na velha tirania era sua obscuridade [...]'. O poder é essa zoologia imunda que pulula no pântano e rasteja na noite. Sua força está em sua invisibilidade. É a partir dela que o poder estende seus tentáculos, vendo tudo e não sendo visto por ninguém [...].⁶⁴

Se, por um lado, as relações entre o império da opinião pública e a luta pela Democracia não são *prima facie* evidentes nesse período histórico, é certo que algumas das mais importantes liberdades democráticas surgem a partir das reivindicações da Ilustração, como afirma Schmitt:

Los filósofos de la Ilustración del siglo XVIII eran partidarios de un despotismo ilustrado, pero veían en una opinión pública ilustrada el control de toda la actividad estatal y una segura garantía contra cualquier abuso del poder del Estado. Libertad de manifestación del pensamiento y libertad de Prensa se convirtieron así en instituciones políticas. De ahí reciben el carácter de derechos políticos y dejan de ser secuela como en el proceso americano, de la libertad de conciencia y de religión. El ejercicio de la libertad de Prensa, de la libertad de manifestación de opiniones políticas, no sólo es un ejercicio dentro

62 Sobre "Iluminismo", cf. ADORNO, T.; HORKHEIMER, M. *Dialética do Esclarecimento*. Tradução de G. Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. 253 p., principalmente o capítulo "O Conceito de Esclarecimento", p. 19 e p. 52.

63 ROUANET, S. P. Olhar Iluminista. In: NOVAES, A. et al.(orgs.). *O Olhar*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988. p. 125 e p. 129

64 ROUANET, S. P. Olhar Iluminista, p. 129



de la esfera privada de la libertad, sino actividad pública, desempeño de una cierta función pública, el control público.⁶⁵

Assim, as máximas de Espinosa e Bentham a respeito da transparência na relação senhor-súdito serão elevadas a máximas de direito público sob a pena de Kant, em seu “Apêndice” à “Paz Perpétua”⁶⁶. De fato, o filósofo, ao discorrer sobre o desacordo entre a moral e a política procura estabelecer máximas de ação que conciliem as duas áreas, encontrando em uma proposição básica essa conciliação.

Nominada por ele de “fórmula transcendental do direito público”, tem essa proposição o seguinte enunciado: “Todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não se conciliar com a publicidade são injustas”. E explica a seguir:

Este princípio não tem de ser considerado simplesmente como *ético* (pertencente à doutrina da virtude), mas também como *jurídico* (concernente ao direito dos homens). Pois uma máxima que eu não posso deixar *tornar-se pública* sem ao mesmo tempo frustrar minha própria intenção que tem de *ser ocultada* se ela deve ter êxito e para a qual não posso me *declarar publicamente* sem que por isso seja levantada indefectivelmente a resistência de todos contra meu propósito, não pode vir esse contratrabalho necessário e universal, por conseguinte inteligível *a priori*, de todos contra mim de nenhum outro lugar a não ser da injustiça <Ungerechtigkeit> com que ela ameaça a todos.⁶⁷

Adiante, é ainda na publicidade que o escritor alemão vai encontrar o ponto de junção entre o direito público e a política. Observe-se este trecho:

[...] eu proponho outro princípio transcendental e afirmativo do direito público, cuja forma seria esta:

‘Todas as máximas que *necessitam* da publicidade (para não malograr em seu fim) concordam com o direito e a política unido’.

Pois, se elas podem alcançar seu fim somente pela publicidade de seu fim, então têm elas de ser conformes ao fim geral do público (a felicidade), concordar com o qual (fazê-lo satisfeito com seu

65 SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Traducción de F. Ayala. Madrid: Alianza, 1982, p. 242.

66 cf. KANT, I. *À Paz Perpétua*. Tradução de M. A. Zingano. Porto Alegre: L& PM, 1989. 85 p.

67 KANT, I. *À Paz Perpétua*, p. 73.



estado) é a tarefa própria da política. Se, porém, este fim deve ser alcançável *somente* pela publicidade, isto é, pelo afastamento de toda desconfiança contra as máximas da política, então estas têm de estar em concórdia também com o direito do público, pois unicamente nele é possível a união dos fins de todos.⁶⁸

Vê-se assim como é importante no pensamento kantiano o problema da publicidade: torna-se ela o ponto de imbricação entre moral, direito público e política. Pois, se é possível estabelecer-se fundamentação moral para as ações relativas ao direito público (“direito de outros homens”) como quer Kant, tal é somente possível na esfera da publicidade, dado que o que é “público” (não privado) somente pode ser exercido em “público” (não secreto).

4. A RAZÃO DE ESTADO, O “SEGREDO DO CARGO” E A DEMOCRACIA

Já no século XX encontramos em Carl Schmitt⁶⁹ uma aguda análise do segredo de Estado a partir de seus fundamentos teórico-políticos. Diz ele o seguinte:

1. A partir do esgotamento da visão teológica e patriarcalista do nascimento do reino dos homens, no século XV, a política passou a desenvolver-se como ciência;
2. o conceito básico dessa nova ciência é a Razão de Estado;
3. num grau ainda mais elevado que o conceito de Razão de Estado, encontra-se na literatura surgida nesse período, o conceito de *arcanum* político;
4. “[...] el concepto de *arcanum* político y diplomático, incluso allí donde significa secretos de Estado, no tiene ni más ni menos de místico que el concepto moderno de secreto industrial y secreto comercial [...]”;
5. conseqüentemente, isso “[...] demuestra el simple sentido técnico del *arcanum*: es un secreto de fabricación.”⁷⁰

Transcrevendo a análise de Arnold Clapmar (1574 – 1604), Schmitt assevera ainda que: 1) cada ciência tem seus *arcana* e todas utilizam certos ardis para atingir seus fins; 2) mas no Estado sempre são necessárias certas manifestações de liberdade para tranquilizar o

68 KANT, I. *À Paz Perpétua*, p. 79.

69 cf. SCHMITT, C. *La Dictadura*. Tradução de J. D. García. Madrid: Revista de Occidente, 1968. 338p.

70 SCHMITT, C. *La Dictadura*, p. 45 e ss.



povo (*simulacra*, instituições decorativas) ; 3) os *arcana reipublicae* são as verdadeiras forças propulsoras internas do Estado (o que move a história universal não são quaisquer forças econômicas ou sociais, mas “[...] el cálculo del Príncipe y su Consejo secreto de Estado, el plan bien meditado de los gobernantes, que tratan de mantenerse a sí mismos y al Estado, [...]”); 4) dentro dos *arcana*, é de se distinguir os *arcana dominationis*; 5) pois se os *arcana imperii* referem-se às diversas técnicas para manter o povo tranquilo (certa participação nas instituições políticas, liberdade de imprensa, de manifestações etc.); 6) de seu lado, os *arcana dominationis* referem-se à proteção e defesa das pessoas que exercem a dominação durante acontecimentos extraordinários, rebeliões e revoluções, e os meios empregados para sair-se bem nessas circunstâncias; 7) e, finalmente, os *arcana* são “[...] planes y prácticas secretos, con cuya ayuda son mantenidos los *jura imperii*”, sendo estes por sua vez diferentes direitos de soberania especialmente o direito de promulgar leis.⁷¹

O segredo de Estado é tratado por Schmitt como um conhecimento científico inacessível aos não iniciados, tendo em vista a manutenção do *status quo*. De outra parte, pela transcrição que ele faz das teorias de Clapmar, nota-se que o que está subjacente a esta doutrina é uma visão conspiratória da História (a História é feita por poucos privilegiados: o Príncipe e seus conselheiros é que fazem a História, não as forças sociais). E mais ainda, a *praxis* de governar é vista aí como **ciência**, atualizando a risca tradição surgida com Maquiavel.

De seu lado, Max Weber⁷², ao analisar a “sociologia da dominação”, abre um parágrafo específico para referir-se à dominação através da “organização”, esta tida por ele como a estrutura social permanente para fins de governo. Este tipo de dominação está embasado na “vantagem do pequeno número”

([...] es decir, en la posibilidad que tienen los miembros de la minoría dominante de ponerse rápidamente de acuerdo y de crear y dirigir sistemáticamente una acción societaria racionalmente ordenada a la conservación de su posición dirigente.)⁷³

E qual o valor dessa vantagem? É o próprio autor que responde:

71 SCHMITT, C. *La Dictadura*, p. 45-49.

72 WEBER, M. *Economía y sociedad*. Traducción de J.M. Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

73 WEBER, M. *Economía y sociedad*, p. 704.



La 'ventaja del pequeño' número adquiere su propio valor por la *ocultación* de las propias intenciones por las firmes revoluciones y saber de los dominantes. Todo esto se hace más difícil e improbable a medida que aumenta su número. Todo aumento del 'secreto del cargo' constituye un síntoma de la intención que tienen los dominadores de afirmarse en el poder o de su creencia en la amenaza creciente que se cierne sobre el mismo. Toda la dominación que pretenda la continuidad es hasta cierto punto una *dominación secreta*.⁷⁴

No centro deste moderno tipo de dominação encontra-se o mecanismo do segredo, da ocultação. O segredo conforme Weber constitui-se em importante mecanismo de poder no cerne de qualquer estrutura burocrática. Observe-se, a respeito, a seguinte passagem:

Toda burocracia procura incrementar esta superioridad del saber profesional por medio del *secreto* de sus conocimientos e intenciones. El gobierno burocrático es, por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad. La burocracia oculta en la medida de lo posible su saber y su actividad frente a la crítica.⁷⁵

E adiante, ao tratar da publicidade administrativa, pondera:

[...] la mayor fuerza del funcionalismo consiste en la conversión, a través del concepto del "secreto profesional", del saber relativo al servicio en un saber secreto, o sea en un medio, en última instancia, para asegurar a la administración contra los controles.⁷⁶

Para Norberto Bobbio, o segredo de Estado constitui-se num dos principais obstáculos à implementação de uma Democracia plena. Parte ele da ideia de que atualmente o Estado apresenta aspectos de representatividade ampliada que superam a concepção original do Estado representativo clássico, moldado na ideia britânica da existência de um parlamento que corporificaria os interesses da sociedade. Tome-se, para exemplificar, o seguinte trecho:

Aquilo que nós, para resumir, chamamos estado representativo teve sempre que se confrontar com o Estado administrativo, que é um Estado que obedece a uma lógica de poder completamente diferente, descendente e não ascendente, secreta e não pública,

74 WEBER, M. *Economía y sociedad*, p. 704.

75 WEBER, M. *Economía y sociedad*, p. 744.

76 WEBER, M. *Economía y sociedad*, p. 1100



hierarquizada e não autônoma, pendente ao imobilismo e não dinâmica, conservadora e não inovadora etc.⁷⁷

Assim, o segredo é característica importante daquilo que Bobbio considera como “Estado administrativo”, que é o conjunto de aparelhos administrativos centralizados e centralizadores.

O autor concorda com a afirmação que a Democracia é o governo do poder visível. E ainda, que a Democracia é o governo do poder público em público, já que a palavra “público” pode assumir dois significados: não-privado e não-secreto.⁷⁸

A visibilidade como inerente ao regime democrático vem da reunião dos cidadãos atenienses congregados na *ágora* ou na *eclesia*, onde todos os problemas inerentes à cidade eram debatidos à luz do dia.⁷⁹

Como prova da sobrevivência da ideia da publicidade como inerente ao regime democrático, traz o autor à colação uma passagem de Michele Natale, bispo de Vico, ao tempo da Revolução Francesa:

Não existe nada de secreto no regime democrático? Todas as operações dos governantes devem ser reconhecidas pelo povo soberano exceto algumas medidas de segurança pública, que ele deve conhecer apenas quando cessar o perigo.⁸⁰

E continua:

Este pequeno trecho é exemplar porque enuncia em poucas linhas um dos princípios fundamentais do estado constitucional: o caráter público é regra, o segredo a exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos, já que o segredo é justificável apenas se limitado no tempo [...].⁸¹

Não é apenas o Estado Constitucional ou o Estado de direito que deve ter a publicidade como regra, mas muito mais o Estado Democrático de Direito, pois este é definido por ele como “[...] o governo direto do povo ou controlado pelo povo (e como poderia ser controlado se se mantivesse escondido?).”⁸²

77 BOBBIO, N. *Qual socialismo? Debate sobre uma alternativa*. Tradução de I. Freazza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 72 - grifo acrescentado

78 BOBBIO, N. A Democracia e o poder invisível. In: _____. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de M. A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 83-84

79 BOBBIO, N. A Democracia e o poder invisível, p. 84

80 apud BOBBIO, N. A Democracia e o poder invisível, p. 86

81 BOBBIO, N. A Democracia e o poder invisível, p.86

82 BOBBIO, N.A Democracia e o poder invisível, p. 87



Desta forma, o autor acrescenta mais uma característica à sua definição procedimental de Democracia, a qual contempla a resposta à pergunta: quem controla o poder? A publicidade entra aí como elemento fundamental para possibilitar este controle pelo povo e seus representantes. A publicidade é fundamental para estabelecer distinção entre o regime absolutista e o constitucional “[...] e, assim, para assimilar o nascimento ou renascimento do poder público em público.”⁸³

E atualmente a publicidade torna-se imperiosa eis que o controle dos súditos por parte do Estado se faz mais total a cada dia:

A medida que aumenta la capacidad del estado para controlar los ciudadanos debería aumentar la capacidad de los ciudadanos para controlar al estado. Pero este crecimiento paralelo está muy lejos de verificarse. Entre las diversas formas de abuso del poder está, actualmente la posibilidad, por parte del estado, de abusar del poder de información [...].⁸⁴

E é por isso que o autor destaca o poder invisível, junto à privatização do público e à ingovernabilidade, como os três aspectos notórios da crise da Democracia.⁸⁵

Em outra obra⁸⁶, ainda, redefinindo a sua noção de Democracia como sendo idealmente “[...] o governo do poder visível, ou o governo cujos atos se desenvolvem em público, sob o controle da opinião pública”, revela os mecanismos que o poder autocrático (e, como referido acima, também o Estado administrativo) se utiliza para escapar ao olhar da opinião pública:

O poder autocrático foge do controle público de duas maneiras: ocultando-se, ou seja, tomando suas próprias decisões no ‘conselho secreto’ e ocultando, ou seja, através do exercício da simulação e da mentira, considerada como instrumento lícito de governo.⁸⁷

No mesmo ensaio, ao estabelecer uma tipologia das formas de poder invisível, Bobbio resume-as em três: um poder invisível dirigido **contra** o Estado (máfias, grupos terroristas etc.); um segundo tipo de poder invisível que age à sombra do Estado (associações secretas como a Loja Maçônica P-2, por exemplo); e

83 BOBBIO, N. A Democracia e o poder invisível, p. 87.

84 BOBBIO, N. La Crisis de la democracia y la lección..., p.24.

85 BOBBIO, N. La Crisis de la democracia y la lección..., p.05-25.

86 BOBBIO, N. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Tradução de J. Ferreira. Brasília: UnB/Polis, 1988. 240 p.

87 BOBBIO, N. *As Ideologias e o Poder em Crise*, p. 208.



[...] finalmente, o poder invisível como instituição do Estado: os serviços secretos, cuja degeneração pode dar vida a uma verdadeira forma de governo oculto. Que todos os Estados tenham seus serviços secretos é um mal, diz-se, necessário. Ninguém ousa por em dúvida a compatibilidade do Estado democrático com o uso dos serviços secretos. Mas estes são compatíveis com a democracia apenas num contexto: que sejam controlados pelo governo, pelo poder visível, que por sua vez deve ser controlado pelos cidadãos, de modo que sua ação seja dirigida sempre e apenas para a defesa da democracia.⁸⁸

A esta última forma de poder secreto é que se dá relevo no presente trabalho, pois o que interessa aqui é justamente tentar rastrear as relações entre o poder oculto exercido pelo Estado e a Democracia.

Assim, se entende a Democracia como “poder visível”, no sentido ampliado que ora lhe dá o autor, vê-se que a vitória desse poder sobre o poder invisível “[...] jamais se completa plenamente: o poder invisível resiste aos avanços do poder visível, inventa modos sempre novos de se esconder e de esconder, de ver sem ser visto”. Por isso, a dicotomia público/privado, no sentido de manifesto/secreto, é para ele

[...] uma das categorias fundamentais e tradicionais, mesmo com a mudança dos significados, para a representação conceitual, para a compreensão histórica e para a enunciação de juízos de valor no vasto campo percorrido pelas teorias da sociedade e do Estado.⁸⁹

Hannah Arendt, filósofa preocupada com tudo que diga respeito à dignidade humana, brilhante analista do fenômeno totalitário, também tratou do segredo e suas relações com sociedades e regimes democráticos ou não. De fato, encontram-se esparsas em várias obras suas referências ao fenômeno do segredo como prática política. Para ela, a visibilidade é parte inescindível do espaço político, como o demonstra a seguinte passagem:

Se a função do âmbito público é iluminar os assuntos dos homens, proporcionando um espaço de aparições onde podem mostrar, por atos e palavras pelo melhor e pelo pior, quem são e o que podem fazer, as sombras chegam quando essa luz se extingue por

88 BOBBIO, N. *As Ideologias e o Poder em Crise*, p. 210-211

89 BOBBIO, N. *Estado, poder e governo*, p. 30-31



‘fossos de credibilidade’ e ‘governos invisíveis’, pelo discurso que não revela o que é, mas o varre para sob o tapete, com exortações morais ou não, que, sob o pretexto de sustentar antigas verdades, degradam toda uma trivialidade sem sentido.⁹⁰

A preocupação da filósofa com a transparência e a verdade no espaço público torna-se quase obsessiva, acompanhada de uma indignação genuinamente moral com uma prática que, ela reconhece, faz parte da história política do Ocidente:

El sigilo – que diplomáticamente se denomina ‘discreción, así como los *arcana imperii*, los misterios del Gobierno – y el engaño, la deliberada falsedad y la pura mentira, utilizados como medios legítimos para el logro de fines políticos, nos han acompañado desde el comienzo de la Historia conocida. La sinceridad nunca ha figurado entre las virtudes políticas y las mentiras han sido siempre consideradas en los tratos políticos como medios justificables.⁹¹

Ao tentar uma explicação psicológica para isso, a autora suspeita que “Puede que sea natural que quienes ocupan cargos electivos [...] piensen que la manipulación es quien rige las mentes del pueblo, y, por consiguiente, quien rige verdaderamente al mundo”. Assim, ela crê que os governantes possam ter uma visão conspiratória da política, o que tenta demonstrar, com um exame sociológico do caso dos *Pentagon Papers* durante a administração Nixon nos EUA.⁹²

Mas o verdadeiro triunfo do segredo e da manipulação sobre a livre circulação de ideias no espaço público dá-se quando este é abolido: sob um sistema totalitário. É aqui que o segredo faz “metástase”, abrangendo em sua totalidade as esferas do poder. Em sua análise sobre o totalitarismo⁹³, diz-nos Arendt: durante a fase de ascensão ao poder dos movimentos totalitários, estes imitam algumas características de organização das sociedades secretas; quando chegam ao poder, “se instalam à luz do dia”, criando uma “verdadeira sociedade secreta”, que é a política secreta.⁹⁴

90 ARENDT, H. *Homens em tempos sombrios*. Tradução de D. Boltmann. São Paulo: Cia das Letras, 1987, p. 8. No mesmo sentido, o comentário da autora in *Entre o passado e o futuro*, p. 293.

91 ARENDT, H. La Mentira en política: reflexiones sobre los documentos del Pentágono. In: _____. *Crisis de la República*. Traducción de G. Solanda. Madrid: Taurus, 1973, p. 12.

92 ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*, p. 26.

93 ARENDT, H. *O Sistema Totalitário*. Tradução de R. Raposo. Lisboa: Dom Quixote, 1978. 622 p.

94 ARENDT, H. *O Sistema Totalitário*, p. 542



E sobre o papel proeminente desta política secreta:

Os serviços secretos já foram rotulados corretamente de um Estado dentro do Estado, e isto não se aplica apenas aos despotismos, mas também aos governos constitucionais e semiconstitucionais. A simples posse de informações secretas sempre lhes deu nítida superioridade sobre todas as outras agências do serviço público, e constituiu franca ameaça aos membros do governo.⁹⁵

Para Arendt, o segredo é o mecanismo central, a pedra de toque da ação política nos regimes totalitários. Nas palavras de Celso Lafer

Hannah Arendt tem uma percepção muito clara da relevância do direito à informação como meio para se evitar a ruptura totalitária. Com efeito, uma das notas características do totalitarismo é a negação, *ex parte principis*, da transparência na esfera pública e do princípio da publicidade [...] ⁹⁶

Em contrapartida, o acesso às informações governamentais numa Democracia é parte inseparável da prática política, como meio de controle do poder por parte dos governados, da conduta dos governantes.⁹⁷

A publicidade é, para Arendt, a pré-condição para que se possa até mesmo falar em política, já que esta é definida pela autora como “[...] o campo de comunicação e de interação que assegura o poder do agir conjunto”. O que implica em concluir-se que, sob regimes totalitários, desaparece toda e qualquer possibilidade de ação política, tomada nesse sentido; trata-se de um conjunto de práticas de pura dominação.⁹⁸

Têm-se ainda em Arendt uma reflexão sobre a importância prática da manutenção do princípio da publicidade na esfera pública. Como relata Lafer:

Com efeito, na esfera do público, entendida como o comum, os enganados pela mentira reagem aos enganadores minando a

95 ARENDT, H. *O Sistema Totalitário*, p. 530

96 LAFER, C. *A Reconstrução dos direitos humanos...*, p. 242

97 É por essa razão que, no mundo moderno, a representação política democrática, que substitui a ágora da polis, só pode ter lugar na esfera do público, e um Parlamento só pode ser representativo, como aponta Carl Schmidt, se existe a crença de que sua atividade específica reside na publicidade. Neste sentido, numa democracia a publicidade é a regra básica do poder e o segredo a exceção, o que significa que é extremamente limitado o espaço dos *arcana imperii*, ou seja dos segredos de Estado.”(LAFER, C. *A Reconstrução dos direitos humanos...*, p. 243-244)

98 LAFER, C. *A Reconstrução dos direitos humanos...*, p. 245



comunidade política. É por isso que a prevalência *ex parte principis* dos *arcana imperii* provoca, dialeticamente, os *arcana seditionis ex parte populi*. Estes também são destrutivos do espaço público da democracia, pois podem levar à ditadura anônima dos grupos terroristas clandestinos, que também se valem da mentira e da dissimulação, cientes da clássica lição de MAQUIAVEL: Se poucos podem travar uma guerra aberta contra o poder autocrático, a todos é dado conspirar em sigilo contra o Príncipe. Poder invisível e contrapoder invisível são, em verdade, duas faces da mesma moeda.⁹⁹

Enfim, o que ressalta das obras arendtianas citadas, é uma preocupação com a ética no espaço público, reivindicando para a prática política uma dimensão moral que muitos autores de ciência política insistem em subtrair.

No Brasil, encontramos preocupação com o tema em poucos autores, dentre os quais ressalta João Almino¹⁰⁰. Para ele, existem segredos fabricados a partir do poder do Estado contra a publicização do espaço privado, contra os quais o único antídoto é a ausência de censura. Diz o autor que o segredo, além de dominante como prática política nos regimes não democráticos, é também peça importante dentro das democracias, como estratégia governamental. Adotando uma perspectiva kantiana, entende que a publicidade deve prevalecer sempre, como imperativo categórico da política não importando os motivos ou objetivos para sua exclusão. Mas isto só valeria para uma Democracia “sem adjetivos” “[...] pois uma democracia adjetivada teria que por algum fim acima dos meios – e o segredo e a mentira seriam apenas meios”.¹⁰¹

É enfático ao asseverar que “nenhuma ‘causa nobre’ definida de maneira técnica pelo Estado pode legitimar o uso do segredo”. A constituição de uma esfera pública política legitimamente democrática torna-se, para ele, tarefa a ser construída pela sociedade:

Só a prática política poderá fazer o segredo de Estado desvendar-se ante o direito à informação. O sujeito do direito à informação é o cidadão. [...] O direito à informação, seja exercido pelo jornalista ou por qualquer cidadão, não deve sofrer formalmente restrições de

99 LAFER, C. *A Reconstrução dos direitos humanos...*, p. 256.

100 ALMINO, J. *O Segredo e a informação*. Ética e política no espaço público. São Paulo: Brasiliense, 1986. 117 p.

101 ALMINO, J. *O Segredo e a informação*, p. 13-16.



qualquer natureza, embora na prática possa curvar-se ante o segredo empiricamente aceito como legítimo.¹⁰²

A preservação dos segredos visa a subtrair o governo ao controle dos cidadãos como forma de se evitar o julgamento de suas ações pela sociedade, ao passo que cria um saber circunscrito a poucos visando ao exercício de um poder exclusivo. Para ele as razões invocadas pelos Estados “protetores” para manter o povo na ignorância de suas ações são as de que essa prática impediria a corrupção do povo bem como o protegeria do inimigo. Alcinha essas práticas de “paternalismo elitista autoritário”.¹⁰³

O autor ressalva expressamente que em alguns casos a preservação do segredo possa ser entendida como legítima¹⁰⁴. Mas essa legitimidade deve ser negociada socialmente, como pré-condição de sua aceitação pela sociedade.¹⁰⁵ Assim, a questão central em relação ao tema dos segredos de Estado versa sobre a autolimitação pela sociedade de seu direito à informação partindo da discussão prévia sobre os casos – circunscritos e bem delimitados – nos quais deve prevalecer o segredo. A partir dessa discussão, é necessário estabelecer critérios rígidos para a preservação de sigilo, o qual, nunca é demais lembrar, acompanhando Bobbio, deve ser sempre exceção que não faça a regra valer menos.

5. A ABORDAGEM GARANTISTA DA TRANSPARÊNCIA E DO DIREITO À INFORMAÇÃO DOS CIDADÃOS

Com a consolidação da democracia constitucional nos países ocidentais, o direito a ser informado passa a constituir-se em direito fundamental, em seguimento ao disposto no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (o direito “*to receive information*”).

Tal circunstância leva inexoravelmente a analisar a partir de um viés garantista esse direito, já que se entende aqui que o garantismo é a teoria do Estado e do Direito que dá conta de forma mais adequada da estrutura e da função da forma política do Estado

102 ALMINO, J. *O Segredo e a informação*, p. 17-18.

103 ALMINO, J. *O Segredo e a informação*, p. 17-18.

104 Embora o autor não apresente seu conceito de “legitimidade”, infere-se do texto que ela pode ser entendida como “adequação” da ação estatal aos valores da sociedade”. Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho à página 100: “[...] a própria sociedade aceitará os limites a seu direito à informação se estes forem legítimos.”

105 ALMINO, J. *O Segredo e a informação*, p. 100.



Constitucional de Direito. Empreende-se essa análise examinando as reflexões do grande teórico do garantismo, Luigi Ferrajoli, hoje o principal jusfilósofo italiano.

Para Ferrajoli¹⁰⁶, a informação constitui o objeto de dois direitos distintos: o direito de informação como direito ativo de liberdade (denominadas por ele de *liberdades de* ou *faculdades*)¹⁰⁷ e como direito social passivo consistente em uma expectativa positiva (direito a receber informações).

Restringindo a análise a este segundo sentido - o direito a receber informações - verifica-se que o mesmo é um direito autônomo e coletivo que pertence a todos e a cada um simultaneamente¹⁰⁸. Por isso requer o mesmo explícitas garantias constitucionais (sendo as garantias primárias as obrigações dos poderes públicos a prestar as informações, e as garantias secundárias a possibilidade de exigí-las em juízo, ou seja a sua justiciabilidade).

Explicitando seu pensamento, Ferrajoli divide a transparência pública em duas dimensões: em primeiro lugar, *ex parte principis*, a transparência dos poderes públicos e a informação sobre a sua gestão são uma precondição elementar da democracia, e mesmo antes disso, do direito público (recorda ele a fórmula transcendental do direito público kantiana)¹⁰⁹.

Em segundo lugar, *ex parte populi*, a informação relativa aos assuntos públicos é a condição necessária para o exercício do direito de voto consciente (isto é, com total conhecimento)¹¹⁰. Em reforço, evoca a passagem de Tocqueville na qual este afirma que a soberania do povo e a liberdade de imprensa são duas coisas correlatas.

Resumindo, entende ele que *“La fondatezza, la correttezza e la completezza dell’informazione pubblica sono dunque essenziali così alla trasparenza, alla legalità, alla rappresentatività e alla responsabilità dei pubblici poteri, come al controllo popolare e all’esercizio consapevole del diritto di voto”*¹¹¹. Por isso, reivindica a constitucionalização das garantias do máximo acesso possível (tanto ativo quanto passivo) à informação e à comunicação políticas¹¹².

106 Cf. FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*, vol. 2, Bari: Laterza, 2007, p. 419.

107 Id, pp. 336-7.

108 Id., p. 419.

109 Id., p. 420.

110 Id, ibid.

111 Id, Ibid.

112 Id, p. 421.



Como se vê, a partir de uma perspectiva garantista, o direito fundamental à informação (correlativo à transparência governamental) é uma imposição do constitucionalismo democrático que está a exigir a construção do máximo de garantias para possibilitar o pleno acesso dos cidadãos às ações e informações estatais.

6. CONCLUSÃO

Examinado o segredo na política a partir de alguns de seus teorizadores e críticos, desde a Idade Média até os dias atuais, passe-se, nesta parte final, a tecer algumas considerações a partir das reflexões que a pesquisa realizada ensejou.

No quadro de monopolização de poder dos Estados Moderno e Contemporâneo, opera-se um processo de separação do público e do privado. Por um lado, a vida cotidiana do cidadão passa a dizer respeito somente a ele próprio, desde que no recesso de sua intimidade. Daí consagrarem-se os direitos de liberdade, tais como os estampados na Constituição brasileira no seu art. 5º.

Paralelamente, e como reflexo da maior participação dos cidadãos na formação da vontade política governamental, dá-se o processo de publicização do poder. Agora, o que é público (não privado), deve ser exercido no meio do público (não secreto). O controle do poder, regra paradigmática das modernas Democracias representativas, somente pode ter lugar quando os cidadãos têm acesso às práticas governamentais. Assim, o acesso do grande público ao conhecimento das ações do governo constitui-se em pilar fundamental para a estruturação de um regime democrático.

Desta forma, ações consequentes com o princípio da publicidade na política têm sido implementadas através de normas jurídicas em diversos países democráticos. Embora o processo de publicização encontre limites - nas legislações encontra-se a barreira dos "Segredos de Estado em nome da Segurança Nacional" - é inegável que um tremendo esforço está em desenvolvimento em busca da transparência. Assim, no Brasil, têm surgido mecanismos como os Portais da Transparência, ao nível governamental, bem como, na sociedade civil, organizações como a Transparência Brasil, dirigidas ao combate à opacidade. Mas essa luta está longe de ser vencida.

Na verdade, a tendência de generalização do segredo na Administração Pública parece derivar da resistência do poder tradicional, entendido como aquele que vê a política como coisa



privada. A própria ideia habermasiana de “Estado neo-mercantilista” parece indicar essa forte tendência¹¹³.

De qualquer forma, a ideia de “Razão de Estado”, apontada acima por Schmitt, enquanto doutrina que embasa a ação paternalista do governo sobre os súditos, solapa a ideia democrática. Enquanto consequência de uma separação entre a ética e a política (os “imperativos morais” do Estado são distintos daqueles dos cidadãos) tornou-se nefasta pela sua hipertrofia.

Assim, a luta pela transparência representa, em última análise, uma tentativa de recuperar uma dimensão ética para a política, afastando a ideia de que a finalidade do Estado seja outra que não a de propiciar o aumento do bem-estar dos cidadãos.¹¹⁴

Paradoxalmente, o Segredo é um mecanismo inescapável à lógica política de uma forma-Estado que, como o Contemporâneo, apresenta fortes traços intervencionistas na esfera econômica. Aqui assume o Segredo de Estado aquela feição apontada por Schmitt que assimila esse tipo de segredo àquele das empresas privadas. Quando o Estado erige-se em mais um agente econômico, torna-se ineludível apelar a certas práticas secretas, dignas dos grandes grupos comerciais. Na feroz competição do mercado, ali onde o Estado regula, ao mesmo tempo ingressando como mais um agente, todo cuidado (Segredo) é pouco: a prática secreta nesse campo pode tornar-se benéfica para o erário. Nota-se assim uma publicização do privado (a atividade econômica), o que implica conceder-se uma grande relevância ao direito administrativo, pois o Estado, além de agente econômico, torna-se o gerente dos interesses sociais.

Acumulador e distribuidor de riquezas, o Estado utiliza-se do Segredo dentro de sua capacidade ativa de conjuntura, que muitas vezes se vê obrigado a adotar, para equilibrar e refrear determinadas ações dos outros agentes econômicos, buscando satisfazer o interesse público.

De qualquer sorte, a transparência apresenta-se hoje como imposição do Estado Democrático de Direito, que está a exigir legislação cada vez mais restritiva do sigilo de ações e documentos. Infelizmente, não é o que se tem verificado nos últimos tempos,

113 cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural na Esfera Pública*, p. 269.

114 Sobre uma concepção instrumental do Estado como aparato político a serviço dos valores, bens e interesses considerados superiores pela sociedade, cf. Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Traducción de P. Andrés Ibañez et.al. Madrid: Trotta, 1995, caps. 13 e 14.



dada a edição de normas protetivas da classificação documental com prazos cada vez mais longos de desclassificação, até atingir-se a possibilidade de sigilo eterno. Enfim, esse é um obstáculo que deverá ser derrubado como condição para que a sociedade conheça a sua história e, conhecendo-a, possa participar do processo democrático de forma efetiva.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS:

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Tradução de G. Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ALMINO, João. *O Segredo e a informação*. Ética e política no espaço público. São Paulo: Brasiliense, 1986.

ANDERSON, Perry. *El Estado Absolutista*. Traducción de S. Juliá. México: Siglo XXI, 1982. 592p.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de M. B. Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1972. 352p.

_____. *Homens em tempos sombrios*. Tradução de D. Boltmann. São Paulo: Cia das Letras, 1987. 249 p.

_____. La Mentira en política: reflexiones sobre los documentos del Pentágono. In: _____. *Crisis de la República*. Traducción de G. Solanda. Madrid: Taurus, 1973. 234 p.

_____. *O Sistema Totalitário*. Tradução de R. Raposo. Lisboa: Dom Quixote, 1978. 622 p.

BENTHAM, Jeremy. *Fragmentos sobre el gobierno*. Traducción de J.L. Ramos. Madrid: Aguilar, 1973.

BOBBIO, Norberto. A Democracia e o poder invisível. In: _____. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de M. A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986a. p.83-106

_____. A Grande dicotomia: público/privado. In: _____. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de M. A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987a. p. 13-31

_____. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Tradução de J. Ferreira. Brasília: UnB/Polis, 1988.



_____. Estado, poder e governo. In: _____. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de M. A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987b. p.55-134

_____. Governo dos homens ou governo das leis. In: _____. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986b.

_____. La Crisis de la democracia y la lección de los clásicos. In: ____; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia*. Traducción de J. Marfá. Barcelona: Ariel, 1985. p.5-25

_____. O Futuro da democracia in _____. *O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, c1986.

_____. *Qual socialismo?* Debate sobre uma alternativa. Tradução de I. Freazza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 627p.

ESPINOSA, Benedictus de. *Tratado político*. Tradução de M.S. Chauí et al. São Paulo: Abril, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Traducción de P. Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1995. 991p.

_____. *Principia Iuris*, vol. 2, Bari: Laterza, 2007, p. 419.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural na esfera pública*. Tradução de F. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. 398 p.

KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. Tradução de M. A. Zingano. Porto Alegre: L& PM, 1989. 85 p.

KANTOROWICZ, Ernest. Secretos de Estado: un concepto absolutista y sus tardíos orígenes medievales. s/tradução. *The Harvard Theological Review*, p. 65-91, número XLVIII, 1955.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

MAQUIAVELO, Nicolás. *Discursos sobre la primeira década de Tito Lívio*. Tradução de A.M. Arancón. Madrid: Alianza, 1987.



MATTEUCCI, Nicola. Verbetes "Opinião Pública". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira et al. Brasília: UnB, c1986.p. 842-845

PLATÃO. *A República*. Tradução de E. Menezes. São Paulo: Hemus, [19_?].

ROUANET, Sérgio Paulo. Olhar Iluminista. In: NOVAES, Aduino et al.(orgs.). *O Olhar*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988. p. 125-148

SCHIERA, Pierangelo. Verbetes "absolutismo". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira et al. Brasília: UnB, c1986. p.1-7

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de F. Ayala. Madrid: Alianza, 1982. 380 p.

_____. *La Dictadura*. Traducción de J.D. García. Madrid: *Revista de Occidente*, 1968. 338p.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Traducción De J.M. Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

1



A CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Derberth Paula de Vasconcelos

Advogado.

José Airton Feijão Neto

Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará o polêmico e controvertido tema da possibilidade de quebra do sigilo fiscal e bancário pela administração tributária sem a necessidade de autorização judicial para tanto. A discussão doutrinária é ferrenha, oscilando entre aqueles que chancelam a possibilidade e aqueles que não são favoráveis.

A matéria já foi submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, por meio de 5 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs), quais sejam: ADIn n. 2.386 e n. 2.397 (apensadas à ADIn n. 2.390) e ADIn n. 2.406 (apensada à ADIn n. 2.389). Enquanto não forem julgadas as ações, permanecem válidos e constitucionais os dispositivos da Lei Complementar n. 105/2001, lei esta que será tratada mais adiante.

Tentaremos demonstrar que é possível haver harmonia entre o direito constitucional à privacidade e da inviolabilidade de comunicação de dados e a obtenção de informações, por meio da quebra de sigilo fiscal e bancário, diretamente pelo Fisco.

2. O DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL À INVIOALIBIDADE DA VIDA PRIVADA E DA COMUNICAÇÃO DE DADOS

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 nasceu com o sentimento e preocupação de desfazer os efeitos da ditadura que findara, que desrespeitava direitos individuais e coletivos daqueles



que eram contrários ao regime político imposto. Tendo em vista isto, a nossa Carta Maior previu em seu art. 5º, *caput*, incisos X e XII, como direito fundamental a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da comunicação de dados, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A doutrina majoritária coloca a privacidade como gênero, do qual são espécies a intimidade e a vida privada. Aquela diz respeito às informações que versem exclusivamente sobre o indivíduo, aquilo que não se compartilha com ninguém, os seus pensamentos, desejos e sentimentos, o que forma a personalidade de cada um; já esta se refere aos fatos e dados que envolvem a relação de convivência, dizendo respeito apenas àqueles que travam essa relação privada.

A Constituição Brasileira não permite a violação de dados referentes à intimidade, à vida privada, proibindo a interceptação da comunicação, mas no momento em que esteja ocorrendo e não dos dados em si considerados, sendo vedado, portanto, a interceptação no instante em que ocorre. Analisando a perspectiva de a mera obtenção de dados em si ser o fator determinante que aponte para a violação do direito à vida privada, temos uma interpretação equivocada do inciso XII do art. 5º da Carta Magna, uma vez que induz o contribuinte a um possível descumprimento da obrigação acessória, qual seja, a título de exemplo, a entrega de sua declaração de renda e patrimônio para fins de imposto de renda. O contribuinte alegaria que se trata de um formato eletrônico de dados e que, portanto, estaria amparado pelo sigilo. Tal raciocínio, contudo, opõe-se à real interpretação que o dispositivo merece.

Insta reforçar, portanto, que a Constituição proíbe a interceptação indevida de dados por aqueles que não possuem justo



motivo para ter acesso, não os dados em si mesmos, ou seja, os dados comunicados, caso contrário, a administração ficaria quase que impossibilitada de exercer o seu poder de vigilância, dificultando bastante qualquer investigação administrativa.

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os dispostos no artigo 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados para servir de escudo protetivo para o exercício e prática de atividades ilícitas, tampouco para afastar ou abrandar a responsabilidade civil ou penal do agente. Os direitos e garantias fundamentais não são ilimitados ou absolutos, podendo ser relativizados a partir da análise de um caso concreto.

A única exceção repousa na parte *in fine* do inciso XII do art. 5º da Carta Política, quando menciona a comunicação telefônica como passível de quebra de sigilo, desde que se tenha prévia autorização por ordem judicial. O fundamento reside no fato de que o objeto da quebra se perde, caso não haja a captação no exato instante. Reservamo-nos a não desenvolver tal exceção, tendo em vista seus desdobramentos serem para fins penais e processuais penais.

É cediço que o contribuinte tem o dever de informar ao Fisco as variações e acréscimos que ocorrem em seu patrimônio, não podendo omitir ou modificar informações de tamanha importância para fins de tributação. O sujeito passivo da relação jurídico tributária tem obrigação legal de fornecer tais dados, não havendo faculdade para tanto, sob pena de, não havendo a observância de tal conduta, caracterizar crime contra a ordem tributária, encontrando respaldo legal na Lei 8.137/90:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

Assim também se manifesta o tributarista Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, em seu artigo sobre o mesmo tema:

Ademais, esse dever do sujeito passivo do tributo de nada omitir ou esconder à Administração tributária, e o conseqüente direito de o Fisco ter acesso a todos os dados que espelhem os rendimentos, o patrimônio e as atividades econômicas dos contribuintes, inclusive os dados informatizados bancários,



têm respaldo constitucional, ainda, nos poderes implícitos: se a Constituição atribui competência aos entes da Federação para tributar – que é o mais, o fim, para que todos os direitos sejam proporcionados aos cidadãos, obviamente, confere a eles o menos, o meio – o direito/dever de fiscalizar esses tributos eficientemente (CF, artigo 37, *caput*).¹

Em meio a esta retórica argumentativa, é de suma importância considerar o fato de que o sigilo bancário tem seus efeitos aplicáveis àqueles que não guardam qualquer tipo de vínculo ou interesse em relação a dados bancários.

3. O SIGILO BANCÁRIO E FISCAL SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição outorgou aos entes federativos – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – o poder de tributar, conferindo-lhes a prerrogativa instituir tributos, uma vez que é a partir da arrecadação, sobretudo de impostos, que o Estado consegue captar receitas para sustentar a máquina administrativa e propiciar a toda a sociedade uma vida justa e solidária – como prescreve o art. 3º, I, CF – através, precipuamente, de prestação de serviços públicos, dando aos cidadãos a efetiva satisfação do que está sendo feito com o valor contribuído. Tratando-se, portanto, de dinheiro público, o Estado tem o dever de empregá-lo da maneira mais eficiente em benefício do contribuinte.

Tendo em vista que a mais comum e importante forma de lançamento dos tributos é por homologação – aquele em que o contribuinte auxilia o fisco no exercício dessa atividade, recolhendo o tributo antes de qualquer atuação da administração, com escopo no montante que ele mesmo mensura, é o que alguns autores chamam de “pagamento antecipado” - é imprescindível que o Estado possua um mecanismo de fiscalização por demais eficaz, a fim de evitar a sonegação fiscal. Podemos enxergar a tríade fiscalização – arrecadação – satisfação (ao contribuinte) como sendo institutos/grandezas diretamente proporcionais entre si, a medida que quanto maior e mais rígido for o ato fiscalizatório, cresce, por conseguinte, o recolhimento de tributos, dando ensejo ao maior retorno pelo Estado à sociedade.

A crescente globalização da economia e a realização constante de negócios e comércio por meio virtual dificulta o Fisco, por vezes, a constatar a ocorrência dos mais diversos fatos geradores, deixando de tributar e, conseqüentemente, de recolher o que lhe é legalmente



devido. Face a isso, reforça-se ainda mais a necessidade de eficiência dos meios de fiscalização.

A Carta de Outubro reserva um capítulo (Capítulo VI - Da tributação e do orçamento) específico para tratar sobre a atividade tributária do Estado, mas o dispositivo que possui maior relação com o sigilo bancário é o art. 145, § 1º (princípio da capacidade contributiva) merecendo destaque dois pontos, a partir de sua leitura.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O primeiro ponto se refere ao fato de que são os próprios contribuinte e terceiros que têm a obrigação de prestar essas informações elencadas (patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte), sendo de sua inteira responsabilidade o teor e conteúdo nelas dispostas. Portanto, como os contribuintes estão obrigados, por força de lei, a declarar, não se pode sustentar que tais dados bancários se mantenham sigilosos à Administração tributária, sob a justificativa de violação ao direito da privacidade e da inviolabilidade da comunicação de dados, visto que a revelação desses dados ao Fisco não é uma faculdade, mas uma obrigação do contribuinte; também porque não se trata de informes que digam respeito apenas ao indivíduo, mas de matérias do interesse da fiscalização e da arrecadação tributária. É de suma importância o acesso a essas informações bancárias, a fim de que o Estado possa alcançar a justiça fiscal e a concretização dos princípios da igualdade e da legalidade, que devem reger uma relação jurídico-tributária, preceitos todos eles que a própria Constituição impõe que devam ser atingidos.

O segundo ponto reside no seguinte trecho do art. 145, § 1º “[...] facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, IDENTIFICAR, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei[...].” em que há uma autorização constitucional para a relativização do direito à inviolabilidade da vida privada e comunicação de dados, sem necessidade de prévia



autorização judicial, posto que se trata apenas de dados gerais e cadastrais incapazes de revelar algo sobre a vida privada de um indivíduo. Apesar de haver essa possibilidade de transferência direta de informações entre as instituições financeiras e o Fisco, este, todavia, tem a obrigação legal de manter o sigilo dos dados recebidos perante terceiros, sob pena de, nesse caso, termos uma ofensa ao direitos previstos nos incisos X e XII do art. 5º, CF. Sobre essa questão bem se pronuncia o ilustre doutrinador Eduardo Sabbag:

O § 1º do art. 145 da CF estabelece que os impostos deverão ser graduados individualmente, buscando-se a justiça fiscal por meio do postulado da capacidade contributiva. Na atividade fiscalizatória, tal postulado deve ser prestigiado ao mesmo tempo em que se preserva a posse das informações patrimoniais de que dispõe a autoridade lançadora, para levar a cabo a exigência do tributo. *A título exemplificativo, o agente fiscal, ao verificar os dados da declaração de imposto de renda do contribuinte, que indicam as rendas, os saldos bancários, as transações imobiliárias e as variações patrimoniais, deverá pautar-se com a discricção que o sigilo lhe impõe, sendo-lhe defeso propalar de modo irresponsável quaisquer desses dados, os quais lhe incumbe preservar.*²

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é constituir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF). É essencial para a concretização dessa solidariedade e justiça que cada um pague seus tributos devidos de acordo com sua capacidade contributiva (ou seja, quem pode mais, paga mais, quem pode menos, paga menos), não tendo o Estado que sobrecarregar os honestos contribuintes com tributos com valores cada vez mais elevados, para suprir a falta de arrecadação por parte daqueles que fogem da tributação, uma vez que esta é a fonte de captação e recursos do Estado. Uma fiscalização tributária dotada de meios mais eficazes propicia uma redução dessa evasão e sonegação fiscal. Quando se alcança uma sociedade justa e solidária, ter-se-á uma sociedade livre. A forma que o Estado possui para construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, é por meio da cobrança de tributos, sobretudo de impostos, pois é a partir daí que se capta recursos para investir na sociedade, melhorando a vida dos cidadãos que a compõe, dando-lhes uma possibilidade de viver com mais dignidade.



É sabido que a nossa Carta Política visa proteger a ordem econômica brasileira, observados alguns princípios. Dentre estes, podemos destacar o da livre concorrência, previsto no inciso I do artigo 170. Ora, a incidência tributária é um dos maiores, senão o maior encargo financeiro que um comerciante ou um empresário possuem, logo, como se terá uma concorrência livre e leal no mercado se existem alguns que não recolhem e não declaram seus rendimentos, atividades econômicas e variações patrimoniais de maneira correta? Esses sonegadores terão mais vantagens no mercado, pois os valores que deveriam ter sido recolhidos a título de tributação, serão direcionados para investimentos na sua própria atividade, criando uma concorrência desleal e injusta no mercado nacional para aqueles que cumprem suas obrigações corretamente. Na tentativa de combater isso, a própria Constituição estabelece que *a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da livre concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros* (art. 173, § 4º). O não reconhecimento de meios céleres e eficientes de fiscalização tributária contribui bastante para a geração de uma concorrência desleal e injusta no mercado nacional.

As autoridades administrativas fiscais competentes não possuem qualquer interesse em invadir, muito menos revelar dados e fatos que pertencem à vida privada dos contribuintes, estando até proibidos de fazer isso, do contrário sofrerão sanções administrativas e civis, como também configura crime funcional. Não se deseja a arrecadação a qualquer custo, mas apenas o que for legalmente devido.

Muitos daqueles que temem a quebra do sigilo fiscal e bancário pela administração, sem prévia autorização judicial, são os que realizam a sonegação fiscal, uma vez que não querem ser compelidos a pagar o que realmente é devido, desejam continuar a burlar o Fisco. Nesse sentido também se posiciona o nobre magistrado Ricardo César Mandarinho Barreto:

Diante disso, revela-se exagerada essa sensibilidade nacional, quando se fala em quebra de sigilo bancário. A sociedade é tomada por uma espécie de estresse coletivo. É um verdadeiro “Deus nos acuda”, parece que o holocausto está próximo, que a cidadania foi extirpada e a democracia está nos estertores. Em parte, toda essa comoção resulta na luta obstinada dos grandes contribuintes, aqueles que vivem da sonegação, em especial, para pretenderem manter privilégios, sob a justificativa de que o Estado não fornece serviços adequados e que é lícito



resistir ao pagamento dos tributos. Com isso, cria-se a cultura da sonegação, “moralmente” justificada, fruto de uma relação aética entre o fisco e contribuinte. Essa relação resulta da falta de respeito de certos administradores públicos para com os cidadãos, revelado-se, na atualidade, pela abusiva edição diária de medidas provisórias, usurpando a competência legislativa, criando situações mais vexatórias do que aquelas experimentadas na época da ditadura com os decretos-lei. O aumento da contribuição previdência dos servidores, pretendido em passado recente, e a resistência em atualizar as tabelas do imposto de renda pessoa física são exemplo disso. Há medidas provisórias que, em esbulho a princípios fundamentais, só perdem mesmo para os famigerados atos institucionais, de triste memória. O que é lamentável é o fato de algumas mentes lúcidas do nosso país deixarem-se envolver por um “discurso humanitário”, de falsos princípios, para, ingenuamente, trabalharem em favor dos sonegadores.³

O conteúdo da “vida econômica” dos contribuintes armazenado nas instituições financeiras deve, ou pelo menos deveria, ter sido declarado, posto que se trata do cumprimento de obrigação estipulada por determinação legal. A verificação realizada pelo Fisco tem a finalidade de constatar a veracidade da declaração realizada, eventuais dados que diverjam dos já comunicados só demonstrarão que houve violação ao dever de declarar. Não há o que temer, a menos que o contribuinte queira propositadamente esconder algo.

Versando sobre o tema em análise, insta ressaltar o julgamento do Acórdão da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em um Recurso Ordinário (RO nº 16.897/RJ), que indeferiu pedido da SERASA, para não repassar à Administração estadual dados cadastrais, alegando sigilo, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SÚMULA 266/STF. INAPLICABILIDADE. ÓRGÃO OFICIAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES CADASTRAIS. ART. 55, § 4º, DO CDC. POSSIBILIDADE.

1. Afasta-se a incidência da Súmula 266 do STF - não cabe mandado de segurança contra lei em tese. A ação mandamental está dirigida contra um ato administrativo, a Notificação nº 3.044. Além disso a norma legal que fundamenta o ato coator possui inegáveis efeitos concretos, restando autorizado, no particular, o manejo do *mandamus* contra disposição legal. 2.



A atividade econômica da recorrente já revela que os dados requisitados não estão protegidos legalmente por sigilo. A SERASA repassa informações cadastrais de consumidores de forma onerosa a quem os solicita. Descabida é a recusa ao Poder Público Estadual, representado por seu órgão de defesa do consumidor, baseada em sigilo de dados que são transmitidos cotidianamente a outros interessados. 3. A notificação expedida pelo órgão estadual de defesa do consumidor em nada prejudica qualquer segredo industrial ou comercial da impetrante. O ente público não atua no mercado e nem pode utilizar as informações requeridas para fazer concorrência com a recorrente. 4. Caso o ente público utilize ou divulgue tais informações em finalidades outras que não estejam vinculadas à defesa do consumidor, caberá ao titular dos dados divulgados postular a responsabilização por eventual dano moral. 5. Os concessionários de serviços públicos estão impedidos de informar aos serviços cadastrais de consumidores, por força de norma local - Lei Estadual fluminense nº 3.762/02 -, a situação de inadimplência dos seus usuários. 6. O ato de verificar se a recorrente ainda tem acesso a esse tipo de informação configura etapa de uma apuração que, nos termos do art. 55, § 4º, do CDC, se inclui no rol de atribuições legais dos órgãos oficiais de defesa do consumidor. 7. Recurso ordinário improvido.

(STJ, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 03/08/2004, T2 - SEGUNDA TURMA)

Todos esses preceitos constitucionais e o real cumprimento de todos demonstram a constitucionalidade da transferência direta do sigilo bancário para a Administração tributária e dos dispositivos presentes na Lei Complementar nº 105/2001, lei esta que será tratada no tópico seguinte.

4. O SIGILO BANCÁRIO SOB A ÉGIDE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL, A DIVERGÊNCIA DOCTRINÁRIA E A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL CONTROVERTIDA DA LC 105/2001

Como tema precípua deste trabalho, reportamo-nos a discutir a constitucionalidade da quebra do sigilo bancário como um mecanismo eficaz para facilitar a atividade do Fisco perante a sociedade. Há de se falar numa transferência desse sigilo à



Administração tributária, independentemente de ordem judicial, no intuito de constituir uma fiscalização mais efetiva, viabilizando, dessa maneira, uma arrecadação honesta e necessária, garantindo a proteção do princípio da capacidade contributiva. É este o caminho que defendemos, uma vez que acreditamos ser o que melhor atende aos anseios não somente da sociedade, mas do Estado brasileiro de igual forma, já que as operações bancárias são realizadas com uma maior transparência.

É antiga, tanto na doutrina, como na jurisprudência, a polêmica existente em torno do sigilo bancário. É um assunto que sempre foi alvo de discussões envolvendo as controvertidas opiniões que eram dadas. A Lei Complementar nº 105/2001 acirrou ainda mais o debate sobre a matéria, podendo o seu surgimento ser considerado um divisor de águas no que concerne à definição do caráter do sigilo bancário. Em cima da análise dos artigos 5º e 6º da citada Lei, que tratam justamente da transferência do sigilo bancário para a Administração tributária, e de ponderações a nível infraconstitucional, doutrinário e jurisprudencial, vamos nos imiscuir na profundidade do tema.

Alguns doutrinadores e estudiosos do objeto deste trabalho enxergam o sigilo bancário como protegido pelo direito do resguardo do indivíduo, inserido na personalidade do mesmo e amparado por cláusula pétrea constitucional. Em contrapartida, outros operadores do tema se colocam a favor da utilização das informações financeiras pelas autoridades fiscais, sem prévia ordem judicial, como um meio de proporcionar maior eficácia ao princípio da capacidade contributiva do contribuinte, presente no artigo 145, §1º, da Carta Magna, além de defenderem uma sobreposição do interesse público ao particular em prol da sobrevivência do Estado.

Face aos que defendem não ser permitido às autoridades fiscais transpor diretamente o sigilo bancário, com escopo na forma estatuída no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, existe uma corrente favorável à medida restritiva, de maneira que esta entende que a lei infraconstitucional não viola as garantias constitucionais do cidadão, entre as quais podemos citar a intimidade, a vida privada e os dados bancários, contanto que estejam em consonância com os critérios da lei e haja interesse público que o justifique. É exatamente essa a linha de pensamento que adotamos neste trabalho.

Os artigos 195, *caput*, e 197 do Código Tributário Nacional, em conluio, trazem em seu bojo, em suma, a permissão do exame e prestação de informações por pessoas, físicas ou jurídicas, públicas



ou privadas, acerca de bens, negócios ou atividades que dispuserem sobre terceiros, ficando livres de tal obrigação as pessoas que estejam legalmente obrigadas a guardar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão. No caso dos bancos e banqueiros, a obrigação de manter sigilo restringe-se a terceiros aos quais não foram conferidos pela Constituição ou por leis o direito de acesso direto aos dados e informes bancários, não acontecendo o mesmo em relação à Administração tributária, quando esta detém o direito a esse acesso.

O jurista Paulo de Barros Carvalho, com relação à matéria em comento, dispôs da seguinte maneira:

Em princípio, todas as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, devem colaborar com as autoridades administrativas, prestando as informações de que dispuserem acerca de bens, negócios ou atividades de terceiros, quando instadas a fazê-lo. É da essência dos atos administrativos a finalidade de ordem pública, de modo que as colaborações prestadas aos agentes, no exercício regular de suas atribuições funcionais, se incorporam àquele objetivo que visa ao bem comum.⁴

Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 encontram seu fundamento estatuído no artigo 145, §1º, da Constituição Federal, que trata da personalidade e graduação dos impostos conforme a capacidade contributiva do sujeito passivo, dando à Administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, a faculdade de, observados os direitos individuais e nos termos da lei, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Desta forma, é com o aval do mencionado dispositivo constitucional que o Fisco poderá exercer, mediante o acesso aos dados bancários dos contribuintes, o seu dever de controle e fiscalização.

No estudo do artigo 5º da Lei Complementar nº 105/2001, não há o que desenvolver acerca dos §§1º e 3º, uma vez que apenas discriminam as operações financeiras para efeito do dispositivo. Observemos, portanto, que, nos termos do §2º, as informações que as instituições financeiras têm o dever de transferir à Administração tributária devem se limitar à individualização dos titulares, das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, com o correspondente número de inscrição no CPF ou CNPJ da pessoa que efetuou essas movimentações financeiras, sem que haja a inserção



de qualquer elemento hábil a identificar a origem ou natureza destes gastos. Tais dados, recebidos pela Receita Federal, são cruzados com as demais informações existentes nos sistemas de sua Secretaria, mais especificamente, os rendimentos declarados anualmente, por força de lei, pelas pessoas físicas e jurídicas. É válido afirmar que esses dados genéricos cadastrais não estão abarcados pelo direito à vida privada e à intimidade no que diz respeito ao Fisco, embora o sejam no tocante a terceiros particulares não autorizados nos moldes da Constituição e da lei. Em meio a isso, não se pode atribuir a este parágrafo qualquer tipo de inconstitucionalidade, tendo em vista que aquilo que é permitido ser transferido ao Fisco não guarda qualquer relação com a vida privada de quem quer que seja.

O §4º do artigo 5º da Lei Complementar nº 105/2001 vem apontar o procedimento utilizado caso sejam verificados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, detectados a partir do cruzamento com outras informações já constantes nos sistemas da Secretaria da Receita Federal, nomeadamente, os rendimentos declarados a cada ano pelas pessoas físicas e jurídicas, conforme já fora mencionado no presente trabalho. Neste caso, a autoridade interessada competente poderá instaurar um procedimento investigatório junto aos próprios contribuintes selecionados, podendo solicitar as informações e os documentos que desejar, devendo valer-se de fundamentação sólida comprobatória, bem como proceder a realização de fiscalização ou auditoria para uma adequada apuração dos fatos.

Vale destacar que, no caso dos §§2º e 4º, já analisados nos parágrafos anteriores, não há uma quebra do sigilo bancário, mas sim uma transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal. Isso é reforçado justamente pelo §5º do artigo 5º da mesma Lei, quando afirma a conservação das informações a que se refere o citado artigo sob sigilo fiscal, sob seu afago.

O artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 vem dispor acerca do rito que deve ser observado para que possa ser apurada eventual irregularidade tributária. Sendo detectados indícios de ocorrência desta, como já foi explicado, poderá ser instaurado um procedimento de fiscalização junto aos contribuintes selecionados ou às instituições financeiras, o que viabiliza a requisição e o exame dos documentos que a autoridade administrativa necessitar. Contudo, só poderá haver o exame, pelas autoridades e agentes fiscais tributários dos entes da Federação, quando houver processo administrativo



instaurado ou procedimento fiscal em curso e que seja considerado indispensável pela autoridade competente. Vale ressaltar, de acordo com o que está disposto no parágrafo único do mesmo artigo, que o resultado de todas as diligências empreendidas será mantido em sigilo, observada a legislação tributária.

Sobre o assunto tratado, acompanhemos abaixo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

STJ – T2 – AgRg no Resp nº 1.063.610/SP - TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA ADMINISTRAÇÃO – POSSIBILIDADE, DESDE QUE COMPROVADA A PRÉVIA ABERTURA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E SEJA A MEDIDA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – SÚMULA 83/STJ – ALEGAÇÃO NOVA DE ABERTURA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ. 1. Não se nega que a Administração, após a LC 105/01, pode ter acesso às informações bancárias do contribuinte, na forma instituída pela Lei nº 10.174/01, sem a intervenção judicial, mas isto se dá apenas quando existente procedimento administrativo. 2. A Corte de origem nega a existência de processo administrativo. A UNIÃO alega a existência. Controvérsia que não pode ser objeto de recurso especial. Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.

Acolhemos, portanto, a constitucionalidade da lei estudada, uma vez que autoriza o acesso direto das autoridades e agentes fiscais às informações bancárias nos casos pertinentes. Esses agentes são obrigados, pelo artigo 198 do Código Tributário Nacional, a preservar o sigilo fiscal das informações recebidas, configurando uma espécie de “barreira” para que os informes bancários não cheguem a terceiros estranhos.

Diante do que foi estudado até aqui, notamos que não se trata efetivamente de uma “quebra do sigilo bancário”, mas de uma transferência do mesmo para o sigilo fiscal.

A título de informação, destacamos abaixo as advertências dos artigos 10 e 11 da Lei Complementar em comento:

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.



Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

Em sequência, cumpre-nos analisar os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da constitucionalidade ou não da quebra do sigilo bancário. Vamos debater a configuração da capacidade contributiva dentro de uma noção de quebra de sigilo à luz do STF e à luz do STJ. Trataremos desta quebra pela Receita Federal dentro de uma ótica de garantias fundamentais.

Dois questionamentos nos pregam dúvidas, quais sejam: Poderá a Receita Federal promover a quebra do sigilo bancário sem ordem judicial? A Receita Federal, com base na Lei Complementar nº 105/2001, tem legitimidade e espaço constitucional para, sem pedir autorização prévia ao Poder Judiciário, quebrar o sigilo bancário do contribuinte e com isso promover a constituição e cobrança do crédito tributário? O confronto de posicionamentos entre STF e STJ repousa exatamente sobre essas duas perguntas.

O STF entende que a Lei Complementar nº 105/2001 deve ser interpretada conforme a Constituição, de maneira que a autoridade fazendária não tem legitimidade para promover a quebra do sigilo bancário sem que haja ordem judicial prévia, na medida em que a garantia constitucional à intimidade, descrita no artigo 5º, incisos X e XII, da Carta Política, é uma cláusula que exige a participação de um “órgão equidistante”, de uma entidade imparcial, ou seja, o Poder Judiciário. Portanto, o STF entende que a quebra do sigilo bancário pela Receita não é uma atividade válida, de modo que a constituição do crédito tributário é nula. Assim decidiu o Supremo, por maioria, no seguinte julgado de 2010:

STF – RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 389808 PR - SIGILO DE DADOS AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade



quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção a quebra do sigilo submetida ao crivo de órgão equidistante o Judiciário e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal parte na relação jurídico-tributária o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

O STJ, por outro lado, entende pela constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, na parte em que autoriza ao Fisco a promoção da quebra do sigilo bancário sem ordem judicial prévia. Então nos perguntamos: Com que fundamento o STJ sustenta a viabilidade da quebra do sigilo bancário pela Receita Pública sem a ordem judicial? A resposta está no exatamente no artigo 145, §1º, da Constituição Federal, no nível da capacidade contributiva. O STJ faz uma relativização de princípios e entende que o princípio da reserva da jurisdição no tocante à garantia da intimidade é mitigado quando confrontado com o princípio da capacidade contributiva, seja este numa visão de justiça, pessoalidade ou segurança e efetividade do processo tributário. O STJ relativizou o artigo 5º da Lei Maior e otimizou a capacidade contributiva, entendendo que a lei pode autorizar à Administração tributária a quebra do sigilo bancário do contribuinte. Assim decidiu o STJ, no seguinte julgado de 2009:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL:
AgRg no REsp 1174205 RS 2009/0248639-8

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, PARÁGRAFO 1º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPROVIMENTO. 1. “1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN. 2. O § 1º, do artigo 38,



da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados. (...) 13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos. 14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto." (REsp nº 1.134.665/SP, Relator Ministro Luiz Fux, in DJe 18/12/2009, sob o rito dos recursos repetitivos). 2. Agravo regimental improvido.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, resta concluir que o art. 145, § 1º, CF representa uma exceção ao sigilo bancário (art. 5º, X e XII, CF), autorizando o repasse direto de dados bancários da instituição financeira para a Administração tributária, possibilitando acesso direto a dados que contribuam para a identificação do patrimônio, atividades econômicas e rendimentos.

Adotamos, como já dito diversas vezes durante o seguimento deste trabalho, a posição favorável à constitucionalidade da quebra do sigilo bancário sem prévia ordem judicial, ou seja, a defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista tratar-se de um mecanismo mais transparente e mais próximo da noção de justiça, evitando impunidades decorrentes de irregularidades tributárias.

Esta solução assegura, com maior eficácia, o cumprimento mais efetivo dos princípios constitucionais, destacando a dignidade da pessoa humana e a isonomia (representado, principalmente, pela fiel observância ao princípio da capacidade contributiva) a título de importância para o indivíduo.

Como já posto na parte introdutória do presente artigo, cinco ações de diretas de inconstitucionalidade sobre a matéria em tela



esperam julgamento, contudo, caso venha a prevalecer no Supremo interpretação diversa ao que está sendo defendida neste trabalho, o poder de tributar conferido pela nossa Carta Política perderia sua força. Pouco adiantaria ter concedido tamanho poder, se na própria Constituição ou em lei complementar não se contemplar uma efetiva e eficaz faculdade de a Administração poder fiscalizar os contribuintes.

Mostra-se incompatível com a ideia de Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput* e art. 3º, I, ambos da CF) a possibilidade de um mau contribuinte poder dificultar ou tornar ineficiente o exercício da atividade do Fisco de coletar dados para uma eventual investigação. Além do que já foi explicitado, cabe também destacar que se o Fisco fosse esperar pela autorização do Poder Judiciário para ter acesso aos dados bancários dos contribuintes em investigação, em muitos dos casos se perderia o objeto – em virtude da atual morosidade em que se encontra, devido, principalmente, ao alto número de processos e recursos judiciais admitidos –, pois haveria a decadência dos créditos sonegados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Ricardo César Mandarino. Sigilo bancário: direito à intimidade ou privilégio. *Revista da AJUFE*, ano 21, n. 69, p. 245-259, jan/mar. 2002.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 5ª edição. São Paulo: Ed. Noeses. 2010.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 28ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros. 2012

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 2007.

CAVALCANTE MELO, Augusto Carlos. O sigilo fiscal e sua "quebra": análise das previsões legais excepcionantes à luz da Constituição. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Ano 2008, v. 16, n. 82, mês set/out, p. 44-57.

FIGUEIREDO, Marcelo. O sigilo bancário e fiscal - algumas dimensões jurídico-políticas. *Interesse Público: revista bimestral de direito público*. Ano 2002, v. 4, n. 16, mês out/dez, p. 64-88.



LORENCINI, Bruno César. O sigilo bancário e fiscal à luz do direito à privacidade e hipóteses de relativização. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Ano 2010, v. 18, n. 94, mês set/out, p. 67-95.

LUSTOZA, Helton Kramer. A quebra do sigilo bancário em investigação fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Ano 2007, v. 15, n. 72, mês jan/fev, p. 190-213.

MACIEL, Everardo. Sigilo bancário e evasão fiscal. *Revista Jurídica Consulex*. Ano 2008, v. XII, n. 276, mês jul, p. 42-43.

OLIVEIRA DE CASTILHOS, Núbia Nette Alves. O sigilo fiscal e o fornecimentos de informações protegidas ao Tribunal de Contas da União: uma leitura à luz do texto constitucional e do art. 198 do Código Tributário Nacional. *Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT*. Ano 2009, v. 7, n. 41, mês set/out, p. 135-145.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 2012.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo bancário e fiscal na República Federativa do Brasil. *Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT*. Ano 2013, v. 11, n. 64, mês jul/ago, p. 9-77.

WASSERMAN, Rafael / MINATEL, Gustavo Froner. Arrolamento de bens e direitos e o sigilo fiscal. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Ano 2010, n. 29, mês dez, p. 309-319.

WEISS, Fernando Lemme. O sentido e abrangência do sigilo fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. Ano 2010, n. 78, mês jul, p. 69-84.

A CUMULAÇÃO DO ICMS - IMPORTAÇÃO COM O ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: HIPÓTESE DE BIS IN IDEM?

Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo

Advogado; Professor Universitário; Mestre em Direito.

Francisco Antonio Nogueira Bezerra

Procurador do Estado do Ceará; Mestre em Direito; Professor Universitário.

1. INTRODUÇÃO

Ao delimitar as competências e limitações ao poder de tributar, a Constituição Federal autorizou aos Estados e ao Distrito Federal a instituição do Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS). Dentre os aspectos de incidência desse tributo, a Constituição, em seu art. 155, § 2º, IX, “a”, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 33 de 2001, autorizou aos entes competentes a possibilidade de incidência do ICMS sobre a importação de bens ou mercadorias provenientes do exterior, independentemente de se tratar de bem destinado a consumidor final ou ao ativo fixo de empresas.

Em paralelo à competência para tributar, a Constituição, no § 7º do seu art. 150, dispositivo inserido pela Emenda Constitucional nº 3 de 1993, possibilita aos entes tributantes a cobrança antecipada, mediante lei, de tributo cujo fato gerador venha a ocorrer posteriormente. Trata-se da chamada substituição tributária progressiva ou “para frente”, que legitima ao ente público presumir que o fato gerador irá ocorrer futuramente e recolher o tributo que considerar devido, resguardada a repetição de indébito no caso de o fato gerador não vir a ocorrer na prática.

Ao se cumular a cobrança do ICMS sobre produtos importados com o ICMS por substituição tributária progressiva, queda o questionamento se há configuração de uma hipótese de *bis in idem* tributário, que, por sua vez, trata-se de uma dupla incidência



tributária sobre um mesmo fato gerador provocada por normas concorrentes editadas pelo mesmo ente político.

Por meio do presente estudo, busca-se verificar os critérios constitucionais e legais para a instituição do ICMS especificamente quanto à possibilidade de tributação de importações de bens e mercadorias, assim como sua compatibilidade com o instituto da substituição tributária progressiva. Demonstra-se o que viria a ser *bis in idem* em matéria tributária, bem como analisa-se se há, de fato, uma dupla incidência de normas sobre o mesmo fato gerador no caso de cumulação do ICMS sobre importação com o ICMS pela substituição tributária progressiva.

2. A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

O poder de tributar é inerente à existência do Estado e ao exercício do poder político. É por meio da tributação que esse Estado obtém meios financeiros necessários ao custeio de suas atividades essenciais. Assim, toda e qualquer atuação estatal enseja gastos que têm, por fonte primordial de receitas, a tributação. O surgimento do Estado Constitucional moderno e as limitações ao exercício arbitrário do poder político não deixaram de exercer influência sobre o poder de tributar, que passou, de tempos de arbitrariedade confiscatória para um exercício limitado e legitimado (ao menos em tese) pela soberania da vontade popular.

O direito tributário é, em si e por si, um direito eminentemente constitucional, que, por sua vez, mantém guarnição no Estado Democrático de Direito, justificador e balizador dos direitos e garantias constitucionalmente previstos. O conceito de democracia voltado especificamente para o direito tributário enseja uma aceitação popular dos tributos instituídos, como uma forma de se observar a concordância do titular do poder político com seu efetivo exercício por seus representantes. É dessa necessária representação da vontade popular que surgiu, nas colônias britânicas na América, a expressão *no taxation without representation*¹¹⁵, símbolo da gênese do princípio da legalidade em matéria tributária e da posição do legislativo como porta-voz do povo no exercício do poder político.

115 “Não há tributação sem representação”, uma invocação da necessidade de aceitação popular no âmbito tributário, originada quando a Grã-Bretanha tentou majorar os impostos sobre as treze colônias na América, um dos estopins da Independência Americana.



Da tendência atual a uma participação proativa do chamado Estado Social surge a necessidade de se ampliar a arrecadação como forma de garantir o sustento dessas novas atividades, o que se dá, primordialmente, por meio dos tributos (HOLMES; SUNSTEIN, 2000). Esse anseio em conferir ao Estado maiores competências de atuação acaba por elevar os gastos fiscais, acarretando um necessário aumento de sua arrecadação. Cumpre assinalar os limites que se impõe quanto ao exercício do poder de tributar, expressos ou implícitos, no interesse de conter o avanço estatal sobre os direitos fundamentais dos contribuintes. Na síntese de Aliomar Baleeiro (2006, p. 2):

Nos países de Constituição rígida e de controle judiciário das leis e atos administrativos, os princípios que a Ciência das Finanças apurou em sua compósita formação política, moral, econômica ou técnica são integrados em regras estáveis e eficazes. Funcionam como limitações ao poder de tributar.

[...]

O sistema tributário movimenta-se sob complexa aparelhagem de freios e amortecedores, que limitam os excessos acaso detrimetosos à economia e à preservação do regime e dos direitos individuais.

Os limites à atuação estatal são de ordem prioritariamente legal e constitucional. O início da relação jurídico-tributária dá-se quando a Constituição Federal prescreve à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para, mediante lei ordinária (em regra, podendo ser por meio de lei complementar em casos expressos), instituir tributos (SCHOUERI, 2012).

Em atenção ao princípio da legalidade, os entes tributantes podem instituir os tributos cuja competência lhes forem atribuídas. Em outro diapasão, a Constituição submete à lei complementar a determinação das normas gerais do sistema tributário nacional, a serem observadas pelos entes federativos no exercício de sua competência legislativa, podendo, desde que expressamente autorizados, prescrever de forma diversa da norma geral (MACHADO, 2012).

Dessa forma, a Lei Fundamental, em seu art. 155, II, prescreve aos Estados e ao Distrito Federal a competência para, mediante lei ordinária, instituírem o Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de



transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS). O inciso XII do § 2º do mencionado artigo prevê a necessidade de lei complementar para regular determinadas matérias, em âmbito geral, para este imposto.

À lei complementar nº 87 de 1996 (Lei Kandir) coube regular as normas gerais a serem respeitadas pelos Estados e pelo Distrito Federal no exercício de sua competência tributária, além, por óbvio, do Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição como lei complementar. No Estado do Ceará, a lei estadual nº 12.670 de 1996 instituiu o ICMS e prescreveu, dentre as mais diversas matérias, duas que tomam maior destaque por apresentarem relevantes controvérsias judiciais: a hipótese de incidência do ICMS sobre importação e o regime de substituição tributária sobre fatos geradores futuros, ambos objeto de estudo a seguir.

3. A INCIDÊNCIA DO ICMS NA IMPORTAÇÃO

Objeto de intermináveis controvérsias doutrinárias quanto à terminologia adequada, dentre as quais se destacam as obras de Alfredo Augusto Becker (2010) e Paulo de Barros Carvalho (2013), predomina a denominação hipótese de incidência para designar a norma juridicante que abstratamente atribui a um fato comum da vida uma consequência jurídica. É uma previsão legal que descreve um fato comum e a ele atribui significância jurídica. Na doutrina de Geraldo Ataliba (2000, p. 58):

A h.i. [hipótese de incidência] é primeiramente a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual do fato; é o seu desenho).

É, portanto, mero conceito, necessariamente abstrato. É formulado pelo legislador fazendo abstração de qualquer fato concreto. Por isso é mera “previsão legal” (a lei é, por definição, abstrata, impessoal e geral).

Essa abstração é, portanto, a hipótese que, se materializada, fará incidir a norma instituidora do tributo. Percebe-se que a determinação da hipótese de incidência se dá no plano legal e dentro dos limites impostos no plano constitucional. Dessa forma, a Constituição prescreve as orientações gerais quanto à instituição dos tributos de competência dos entes federativos, orientações que



devem, por óbvio, ser observadas pela lei que vier a instituir o tributo. A conclusão desse raciocínio é que não cabe à lei alterar ou ampliar os preceitos constitucionais, sob risco de se transpassar os limites da competência tributária, como alerta Roque Antonio Carrazza (2009).

No âmbito do ICMS, a Constituição Federal e a LC 87/96 traçaram quatro diretrizes como critérios materiais passíveis de incidência. Em suma, o constituinte autoriza ao legislador ordinário instituir as seguintes hipóteses de incidência: 1) Operação relativa à circulação de mercadorias; 2) Serviços de transporte interestadual e intermunicipal; 3) Serviços de comunicação; e 4) Entrada de bem ou mercadoria importada do exterior. É válido ressaltar que parte da doutrina traz outra categoria, referente ao ICMS sobre energia elétrica.

Na primeira situação, a lei definirá como hipótese de incidência do ICMS a operação relativa à circulação de mercadorias em que haja uma alteração da sua titularidade jurídica. Não é o mero trânsito geográfico que determina esse ato de promover a circulação, e sim uma mudança da titularidade. É por esse motivo que o ICMS não incide sobre o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa sem que haja alteração de sua titularidade. Nesse sentido é o art. 155, II da CF c/c o art. 2º, I da LC 87/96.

Ainda, em virtude de se utilizar o termo “mercadoria”, não estão os Estados ou o Distrito Federal autorizados a tributar a operação de circulação de qualquer coisa que não se amolde ao conceito de mercadoria. Considera a doutrina e a jurisprudência como mercadorias aqueles bens destinados ao comércio. Dessa forma, conforme conclui Hugo de Brito Machado (2012, p. 381), “os bens destinados ao consumo ou ao ativo fixo do estabelecimento não são mercadorias. Tampouco o serão mercadorias os bens importados por quem com eles não vai comercializar”. Bens destinados ao consumo próprio, evidentemente, não serão comercializados, assim como os bens destinados ao ativo fixo de empresas. Dessa forma, somente aquelas mercadorias que se encontrem na situação específica de comercializáveis poderão sofrer a incidência deste imposto.

No segundo e no terceiro caso, há a incidência do ICMS sobre serviços não compreendidos pela competência tributária dos Municípios (Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza, ISS). Tributa-se a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, conforme art. 155, II da CF e art. 2º, II e III da LC 87/96, ressalvada a possibilidade de cobrança



cumulada de ICMS e ISS nas prestações de serviços que incluam a entrega de mercadoria, desde que expressamente previsto nos termos da LC 116/03.

A quarta hipótese, prevista no art. 155, § 2º, IX, “a” da CF, com redação dada pela Emenda à Constituição nº 33 de 2001, determina a incidência do ICMS sobre a importação de bem ou mercadoria proveniente do exterior, independente de ser produto destinado ao ativo fixo ou ao consumidor final. No texto da Lei Fundamental resta prescrito:

Art. 155. compete aos estados e ao distrito federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2.º o imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;

Com a redação atual, abre-se um critério material *sui generis* para o ICMS. Enquanto a regra geral é que o tributo incida sobre a operação de circulação de mercadorias comercializáveis (não destinadas ao consumidor final ou ao ativo fixo), há, nesse caso, a possibilidade de se tributar a mera entrada de produto ou mercadoria proveniente do exterior. Irrelevante é questionar se o bem importado será destinado à comercialização, ao consumidor final ou ao ativo fixo. Tributar-se-á a operação igualmente. Aponta Roque Antonio Carrazza (2009, p. 83) que, ao “prevalecer esta nova redação, terá agora que pagar ICMS a pessoa física que vier a importar bens para



uso próprio, ainda que sem caráter de habitualidade e sem exercer o comércio”.

A EC 33/2001 contrariou a jurisprudência e a doutrina dominante, que considerava intributável a importação de bens feita por consumidor final não destinada ao comércio. Justamente por ter alterado de forma substancial um dos critérios materiais de incidência do ICMS, a doutrina majoritária tece críticas a essa incidência. Hugo de Brito Machado (2012) e Roque Antonio Carrazza (2009) endossam as críticas à desarrazoada tributação do ICMS sobre importação a consumidor final. Contudo, apesar da absoluta pertinência do posicionamento doutrinário, é fato que a incidência de ICMS sobre bens importados está assegurada pela Carta Magna, enquanto viger com a atual redação.

Seguindo a alteração constitucional ocorrida em 2001, a já mencionada LC 87/96, foi alterada pela LC 114/2002 de modo a compatibilizar-se com o novo regime de incidência do ICMS sobre importações, passando a dispor que o tributo incide “sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade” (art. 2º, § 1º, I da LC 87/96).

Ora, presentes estão, portanto, as autorizações da Constituição (competência tributária) e os termos da Lei Complementar (normas gerais) para que os Estados e o Distrito Federal possam instituir, por meio de Lei, as hipóteses de incidência do ICMS em seus territórios (MATTOS, 2006). Dentro dos limites expostos, estes entes detêm competência para proceder ao recolhimento do ICMS sobre a importação de bens e mercadorias que ingressem do estrangeiro.

4. A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA NO ICMS

Ao instituir a hipótese de incidência do ICMS, nos termos expostos alhures, a norma deverá dispor sobre a chamada regra matriz de incidência tributária. Paulo de Barros Carvalho (2013) cunhou esta expressão para designar os elementos essenciais que a norma de incidência deve prever para a identificação da ocorrência do fato gerador. Somente preenchidos todos os cinco critérios expostos é que pode-se considerar originada a obrigação tributária correspondente.

Em brevíssima síntese, são os critérios material (matéria tributável sujeita à incidência), temporal (momento de ocorrência



do fato gerador), espacial (onde ocorreu o fato gerador, o que também determina do sujeito ativo), pessoal (sujeitos ativo e passivo da relação) e quantitativo (base de cálculo e alíquotas). Uma vez preenchidos os cinco critérios, surge a relação jurídica que vincula sujeitos ativo e passivo e cujo objeto é o pagamento do tributo.

O instituto da substituição cinge-se à sujeição passiva da obrigação tributária. Podem ser sujeitos passivos desta obrigação o contribuinte, que é aquele que pratica o fato gerador (aquele que faz surgir a obrigação) ou o responsável, aquele cujo dever decorre de expressa previsão em lei (art. 121 do CTN). Conforme Alfredo Augusto Becker (2010, p. 592), na substituição, o fato gerador (o qual denomina fato-signo presuntivo) é praticado por um indivíduo e o dever de adimplir a obrigação tributária dele correspondente é destinado a outro indivíduo:

O fenômeno da substituição opera-se no momento político em que o legislador cria a regra jurídica. E a substituição que ocorre neste momento consiste na escolha pelo legislador de qualquer outro indivíduo em substituição daquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência fato-signo presuntivo.

A doutrina tece uma classificação entre diferentes formas de responsabilidade: a responsabilidade por transferência e por substituição. Diz-se responsabilidade por transferência a situação na qual, no momento do surgimento da obrigação tributária, o dever de pagar recai sobre um sujeito passivo e, posteriormente, esse dever é transferido a outro sujeito passivo (responsável por transferência). Na responsabilidade por substituição, no exato momento em que ocorre o fato gerador surge, para o substituto, o dever de pagar o tributo. A obrigação, neste caso, surge concomitantemente à prática do fato gerador.

A responsabilidade por substituição subdivide-se, ainda, em regressiva (ou “para trás”) e progressiva (ou “para frente”) e tem por critério de classificação a posição do substituído na cadeia produtiva. Assim, é “para trás” quando o substituído encontra-se em momento anterior ao substituto. Dessa forma, o fato gerador é praticado pelo substituído (em momento anterior), e será pago pelo substituto em momento posterior. Há, portanto, um diferimento do pagamento do tributo, que será concentrado em um único sujeito em momento posterior à ocorrência do fato gerador.



A responsabilidade tributária por substituição “para frente” ocorre quando o substituído ocupa uma posição posterior na cadeia produtiva. Há, nesse caso, não um diferimento da obrigação de pagar, mas sua antecipação. O substituto encontra-se em momento anterior na cadeia produtiva e deverá recolher o tributo referente aos fatos geradores antes que estes tenham ocorrido. A doutrina repousa fartas críticas a essa forma de substituição tributária por concentrar em um único sujeito passivo, antes da própria ocorrência do fato gerador, a responsabilidade pelo pagamento dos tributos relativos aos fatos geradores que o Fisco presume que irão ocorrer naquela cadeia produtiva (MANEIRA, 2003). Essa forma de substituição tributária foi inserida na Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, que, dentre outras disposições, fez incluir o § 7º ao art. 150 da CF, *in verbis*:

Art. 150. [...]

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Institucionalizou-se prática que consiste da possibilidade de se cobrar um tributo antes da prática do fato gerador. Tem sede a figura do “fato gerador presumido”, um instituto que legitima à administração presumir que o fato gerador irá ocorrer, bem como proceder ao recolhimento do tributo de forma antecipada, garantida a restituição caso o fato gerador não venha a ocorrer. Os entes tributantes dispõem, portanto, da possibilidade de realizar o recolhimento do tributo com fulcro na presunção relativa da superveniente ocorrência do fato gerador.

5. CONCEITO DE *BIS IN IDEM* E BITRIBUTAÇÃO

A dupla incidência no âmbito tributário engloba os conceitos de *bis in idem* e bitributação. Ambos os casos são situações em que há a incidência de mais de uma norma sobre um mesmo caso concreto. Sabendo-se que a incidência das normas em matéria tributária se dá nos deslindes dos cinco critérios da regra-matriz de incidência tributária, a dupla incidência de normas sobre um caso concreto presume a prévia existência de duas ou mais normas que



guardem entre si uma relação de identidade quanto ao fato gerador. Dessa forma, *bis in idem* e bitributação afiguram-se como casos de dupla incidência em matéria tributária. Este é o primeiro requisito de verificação dos fenômenos, de forma que, se não há uma dupla incidência, por certo não há de se falar em *bis in idem* ou bitributação.

Uma vez identificado o ponto nodal que une os conceitos em debate, deve-se partir à verificação dos pontos que os diferenciam. Nesse aspecto, tem-se que *bis in idem* é a dupla incidência de normas provenientes de um mesmo ente federativo, enquanto na bitributação ocorre uma dupla incidência de normas provenientes de entes diversos. Este é o segundo requisito. Aponta Regina Helena Costa (2009, p. 50):

A bitributação significa a possibilidade de um mesmo fato jurídico ser tributado por mais de uma pessoa. Diante de nosso sistema tributário, tal prática é vedada, pois cada situação fática somente pode ser tributada por uma única pessoa política, [...] Inviável, portanto, que haja mais de uma pessoa política autorizada a exigir tributo sobre o mesmo fato jurídico.

Já o *bis in idem* é ideia distinta, traduzida na situação de o mesmo fato jurídico ser tributado mais de uma vez pela mesma pessoa política, sendo permitido pelo sistema pátrio desde que expressamente autorizado pela Constituição [...]

Dessa forma, para ocorrência de bitributação, deve haver uma dupla incidência sobre um mesmo fato gerador e essa dupla incidência deve ser provocada por normas provenientes de entes distintos. Para verificação de *bis in idem*, deve haver uma dupla incidência sobre um mesmo fato gerador, e essa dupla incidência deve ser provocada por normas provenientes do mesmo ente tributante.

Muito se questiona se a cumulação do ICMS sobre importação com o ICMS pela substituição tributária seria um caso de *bis in idem*, já que, no Estado do Ceará, ambos serão cobrados no mesmo momento, desde que se enquadrem nas duas hipóteses de incidência. Em uma análise superficial, verifica-se que está presente o segundo critério de verificação (a norma é proveniente do mesmo ente tributante). Entretanto, em um estudo esmerado, verifica-se que não há a dupla incidência sobre um mesmo fato gerador, primeiro dos requisitos. Ocorre que, como exposto alhures, ambas as figuras tratam de fatos geradores absolutamente distintos. O ICMS sobre importação tem por fato gerador a importação de bem ou mercadorias, enquanto o



ICMS pela substituição tributária tem um fato gerador presumido, que ainda irá ocorrer. Ora, no primeiro caso o fato gerador está visível e identificável de plano, enquanto, no segundo, há uma mera expectativa de que venha a ocorrer, e essa mera expectativa autoriza o Fisco a fazer o lançamento do tributo.

Portanto, resta evidente que esta cobrança não configura hipótese de *bis in idem* tributário vez que está ausente o requisito da dupla incidência. Por se tratarem de fatos geradores absolutamente distintos (a importação e os fatos geradores presumidos), desfigura-se a necessária dupla incidência normativa. Assim, embora as hipóteses de incidência questionadas sejam provenientes do mesmo ente político, não há uma identidade concorrencial quanto aos seus fatos geradores, o que seria critério primordial à existência de *bis in idem*.

6. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ

Personagem sempre questionada nas lides que se assentam sobre a exigência do ICMS sobre importação cumulado com o ICMS substituição tributária, a legislação do Estado do Ceará prescreve as hipóteses de incidência dos dois casos supra mencionados, sempre com base nas limitações constitucionais e na sua competência tributária.

Não raro alega-se a inconstitucionalidade da cobrança do ICMS sobre importação e do ICMS substituição tributária por suposta afronta à competência tributária constitucional. Muitos alegam que trata-se de suposto *bis in idem* sobre as operações mercantis desenvolvidas pelos sujeitos passivos. Entretanto, a legislação do Estado do Ceará assenta-se em absoluta consonância com os limites constitucionais de sua competência. O ICMS, conforme exposto anteriormente, tem diversas hipóteses de incidência, dentre as quais se destacam, para o presente estudo, a operação de circulação de mercadorias e a importação de bens ou mercadorias do exterior. Vejamos, pois a matéria constitucional aplicável:

Art. 155. compete aos estados e ao distrito federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e



intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2.º o imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;

Verifica-se no inciso II do art. 155, CF que há incidência do ICMS sobre a operação de circulação de mercadorias. Nesse caso, a circulação, com mudança na titularidade do bem, é que determina, no caso concreto, a ocorrência do fato gerador dessa hipótese de incidência. Assim, aquele que, no exercício de sua atividade comercial, vier a fazer circular juridicamente determinada mercadoria estará a praticar o fato gerador do ICMS.

Ocorre que, para fins de facilitar a fiscalização e a arrecadação, em respeito ao princípio da praticidade, a Constituição Federal, em seu art. 150, § 7º, instituiu a substituição tributária progressiva, ou “para frente”, já mencionada no presente estudo em momento oportuno, e que consiste na possibilidade de cobrança antecipada do tributo cujo fato gerador ocorrerá futuramente. Este instituto, que visa à maior eficiência na fiscalização, está previsto na Constituição, *in verbis*:

Art. 150. [...]

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Ao se cumular os dois dispositivos constitucionais, verifica-se que é possível a cobrança do ICMS sobre operações de circulação de mercadorias que presumidamente irão ocorrer na cadeia produtiva,



concentrando a responsabilidade pelo seu pagamento na figura do substituto tributário. Dessa forma, o substituto deverá recolher, antecipadamente, os tributos relativos aos fatos geradores que ocorrerão posteriormente. No Estado do Ceará, a Lei Estadual nº 12.670 de 1996 institui o ICMS nestes termos:

Art. 2º - São hipóteses de incidência do ICMS:

I - as operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

[...]

IV - a entrada de mercadoria ou bem importado do exterior por pessoa física ou jurídica;

V - a entrada, neste Estado, decorrente de operação interestadual, de:

a) mercadoria sujeita ao regime de pagamento antecipado do ICMS na forma que dispuser o Regulamento;

Centremo-nos na hipótese de incidência prevista no inciso V do dispositivo colacionado. Tem-se que seu fato gerador ocorrerá no momento em que houver a entrada no território estadual da mercadoria sujeita à substituição tributária (art. 3º, XV da Lei Estadual nº 12.670 de 1996), nos conformes da competência constitucional. Em razão da substituição, a Lei Estadual determina que um terceiro vinculado ao fato gerador (mas que não o tenha praticado) será responsável pelo seu pagamento, conforme se observa a seguir:

Art. 18 - A responsabilidade pelo pagamento do ICMS na condição de substituto tributário poderá ser atribuída em relação ao ICMS incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, que seja contribuinte do ICMS.

[...]

§ 4º - As mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária são aquelas relacionadas no Anexo Único desta Lei.



O art. 18 da precitada lei determina o regime de substituição tributária para fins de ICMS incidente sobre operações antecedentes (substituição “para trás”), concomitantes ou subsequentes (substituição “para frente”) para algumas mercadorias, elencadas em anexo à Lei, dentre as quais pode-se destacar, a título de exemplo, os gêneros alimentícios, a gasolina automotiva e alguns produtos hortifrutícolas.

Ora, em síntese, no caso da hipótese de incidência relativa à circulação de mercadorias em virtude da substituição tributária, considera-se ocorrido seu fato gerador no momento da entrada desta mercadoria no território do Estado do Ceará (art. 2º, V, Lei Estadual nº 12.670 de 1996). Embora se possa considerar certa atecnia do legislador ao considerar a ocorrência do fato gerador na substituição progressiva, vez que, na prática, o fato gerador ocorrerá posteriormente (fato gerador presumido), não há menor indício de inconstitucionalidade nas disposições em comento.

Dessa forma, ao se fazer ingressar no Estado do Ceará mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, há o dever de recolher o tributo em substituição aos contribuintes dos fatos geradores que presumidamente ocorrerão, resguardada a imediata restituição no caso de sua não-ocorrência (art. 150, § 7º, CF c/c art. 22 Lei Estadual nº 12.670 de 1996). Por conta da substituição progressiva, surge uma obrigação tributária no momento em que a mercadoria ingressa no território. Este é o primeiro fato gerador do caso em análise.

Não há de se confundir a hipótese de incidência previamente relatada com a incidência do ICMS sobre importação. Nesse caso, há respeito a outra hipótese de incidência tributária e, conseqüentemente, um fato gerador distinto. Esta hipótese de incidência do ICMS está expressamente prevista no supra colacionado art. 155, § 2º, IX, “a”. A Lei Estadual nº 12.670 de 1996 traz a hipótese de incidência e o momento do fato gerador do ICMS sobre Importação em seu art. 2º, IV e art. 3º:

Art. 2º - São hipóteses de incidência do ICMS:

I - as operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

[...]



IV - a entrada de mercadoria ou bem importado do exterior por pessoa física ou jurídica;

Art. 3º - Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

[...]

VI - do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior.

É o caso de mercadoria proveniente do exterior que ingressa no território do ente federativo. Percebe-se que, quando a mercadoria foi importada e passou pelo devido trâmite na aduana, houve a ocorrência deste fato gerador em questão, que, nos termos do CTN, é causa necessária e suficiente ao surgimento da obrigação tributária principal, qual seja, o dever de pagar o tributo devido (art. 114, CTN). Ocorrido o fato gerador, surge a respectiva obrigação tributária, que deverá ser quitada pelo sujeito passivo quando de sua cobrança. É este o segundo fato gerador do caso em análise.

Em atinência a todo o exposto, é perceptível que as hipóteses de incidência supra descritas são absolutamente distintas. Em primeiro aspecto, surge o dever de pagar o tributo com base nos fatos geradores presumidos que serão praticados pelos substituídos e cujo recolhimento deverá ser realizado antecipadamente (art. 155, II, c/c art. 150, § 7º, CF). Em segundo aspecto, surge o dever de pagar o tributo com base no fato gerador da importação de bem ou mercadoria proveniente do estrangeiro (art. 155, § 2º, IX, "a", CF).

Ao se congregarem estas conclusões ao conceito de *bis in idem* tributário, verifica-se que não há sua configuração em virtude da ausência de um de seus requisitos fundamentais: a dupla incidência sobre um mesmo fato gerador. Como os fatos geradores são distintos e vinculados a hipóteses de incidência distintas, não há que se falar em hipótese *bis in idem*. Apesar de os tributos serem cobrados no mesmo momento (a entrada no território do ente), esse critério temporal é apenas um dos cinco critérios que sagram a regra-matriz de incidência tributária, e, portanto, é insuficiente à configuração do *bis in idem*, que exige uma absoluta identidade. Ocorrem duas incidências normativas sobre fatos geradores distintos: uma sobre a importação da mercadoria e outra sobre os fatos geradores que serão praticados posteriormente em virtude da responsabilidade por substituição progressiva.



7. CONCLUSÃO

Em atinência ao que restou evidenciado após as explanações alhures, verifica-se que a incidência do ICMS sobre a importação é assegurada pela Constituição Federal em seu art. 155, § 2º, IX, “a”, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 33 de 2001. Igualmente constitucional é a possibilidade de cobrança antecipada do tributo cujo fato gerador ainda não ocorreu, com fulcro no instituto da substituição tributária progressiva, embora seja, no âmbito doutrinário, plenamente criticável. Por meio da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, fez-se inserir o § 7º ao art. 150 da CF, segundo o qual é lícito aos entes tributantes procederem ao recolhimento do tributo cujo fato gerador presumidamente ocorrerá em momento posterior, assegurada a restituição imediata em caso de sua não ocorrência.

Em legítimo uso dos preceitos constitucionais expostos, os entes tributantes podem instituir, por meio de lei, a incidência do ICMS sobre a importação de bens e mercadorias provenientes do exterior, cujo fato gerador é o próprio ingresso no território do ente tributante, bem como a incidência do ICMS pela substituição tributária progressiva em relação aos fatos geradores que ocorrerão em momento posterior, mas cujo recolhimento pode ser antecipado por expressa autorização constitucional.

A cumulação destes institutos pode confundir o intérprete do direito que se fizer de análise meramente superficial. Não raro questiona-se um suposto *bis in idem* quando da cobrança do ICMS sobre importação cumulado com o ICMS por substituição tributária. Entretanto, em análise esmerada, percebe-se que não se configura o caso de dupla incidência em virtude de existirem fatos geradores absolutamente distintos e independentes. Por um lado, o fato gerador é a importação de bem ou mercadoria. Neste caso, o fato gerador já ocorreu e é facilmente identificável. Por outro lado, há a presunção de que outros fatos geradores irão ocorrer naquela cadeia produtiva, e, por conta destes fatos geradores futuros, incide a substituição tributária. Evidenciada a ocorrência de fatos geradores distintos, resta desconfigurada a hipótese de *bis in idem*, estando a cobrança perfeitamente balizada pelos preceitos constitucionais da tributação.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. rev. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei nº 5.172 de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. *Lei Complementar nº 87 de 1996*. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.

CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CEARÁ. *Lei nº 12.670 de 1996*. Dispõe acerca do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS -, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis96/12670.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000.



MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MANEIRA, Eduardo. Da substituição tributária “para a frente” no ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 95, ago. 2003.

MATTOS, Aroldo Gomes de. *ICMS: Comentários à legislação nacional*. São Paulo: Dialética, 2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



PRAZO PRESCRICIONAL NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: ENTENDIMENTO EQUIVOCADO DA 1ª SEÇÃO DO STJ AO APLICAR PREVISÃO DO DECRETO N.º 20.910/32. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Renelle da Silveira Vasconcelos

Graduada em Pedagogia pela UFC; Graduada em Direito pela Unifort.

Fredy Bezerra de Menezes

Procurador do Estado do Ceará.

1. INTRODUÇÃO

No que diz respeito à prescrição nas ações que versam sobre reparação civil contra a Fazenda Pública, constata-se que há divergências entre doutrinadores e jurisprudências quanto a qual prazo prescricional deve ser aplicado. Uns defendem que se aplica a prescrição quinquenal, consoante dispõe o Decreto 20.910/32, enquanto outros defendem o prazo trienal estabelecido no Art. 206, § 3º, V do Código Civil de 2002.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao julgar recurso especial (Resp n.º 1.251.993) admitido sob a égide do artigo 543-C do CPC (Recurso Repetitivo), manifestou entendimento de que a pretensão referente às ações indenizatórias contra a Fazenda Pública prescreve em 5 anos. A decisão que negou provimento ao



recurso especial foi unânime, tendo como relator o Ministro Mauro Campbell Marques.

De acordo com a decisão que negou provimento ao recurso especial, o prazo prescricional a ser aplicado nas ações de reparação civil contra a Fazenda Pública é de cinco anos, conforme dispõe o Art. 1º do Decreto 20.910/32, e não o prazo de 3 anos do Art. 206, § 3º, V do Código Civil, por entender que o Art. 1º do aludido Decreto não foi revogado pelo Código Civil de 2002.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu que não se podia aplicar o Art. 10 do Decreto n.º 20.910/32 às leis posteriores ao referido Decreto, sob o argumento de que a redação expressa no artigo 10 apenas é aplicável às disposições vigentes na época que o Decreto entrou em vigor.

Afirmou, ainda, que o atual entendimento do próprio STJ é de que, nas ações indenizatórias movidas em face da Fazenda Pública, aplicava-se o prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto n.º 20.910/32, e não o prazo trienal inserido no Código Civil de 2002.

O motivo destacado pelo STJ pela adoção da prescrição quinquenal reside no fato de que o Decreto n.º 20.910/32 seria de natureza especial, pois teria sido criado com o objetivo de regular a prescrição nas ações de quaisquer natureza ajuizadas contra a Fazenda Pública, o que não se poderia dizer do artigo 206 previsto no Código Civil de 2002. Pois este é norma geral, ou seja, tem apenas o condão de regular o assunto prescrição de forma genérica, de modo que não modificaria as leis extravagantes específicas, como também não permitiria a revogação da norma de caráter especial.

Todavia, a decisão proferida pela 1ª Seção do STJ traz grandes prejuízos ao Erário, de forma que beneficia o particular em relação à Fazenda Pública quanto ao prazo prescricional. Como consequência, ocorre a violação ao princípio da supremacia do interesse público, haja vista o não reconhecimento por parte do STJ de que o interesse público se sobrepõe ao particular.

Além disso, é imperioso destacar que 1ª Seção do STJ, ao julgar o tema, não observou a cláusula da reserva de plenário inserida no Art. 97 da Constituição Federal, muito menos a súmula vinculante n.º 10 do STF, vez que a decisão afastou a aplicação do Art. 10 do Decreto n.º 20.910/32, sob o argumento que o referido artigo somente seria aplicado às leis anteriores a vigência do decreto.

No entanto, para chegar a tal entendimento, era imprescindível que o assunto fosse apreciado pela maioria dos ministros membros da



Corte Especial do STJ, consoante dispõe o Art. 97 da CF, corroborado pela súmula vinculante n.º 10 do STF, e não apenas pela 1ª Seção do STJ, como de fato aconteceu, haja vista que, na prática, houve a negativa de aplicação do referido artigo 10, assemelhando-se a uma declaração de inconstitucionalidade.

Com base nessas considerações, a proposta do presente artigo visa demonstrar que a decisão proferida pela 1ª Seção do Tribunal Superior de Justiça - STJ no Recurso Especial Repetitivo (Resp n.º 1.251.993) viola os artigos 5º, caput e 97 ambos da CF de 88, e a Súmula Vinculante n.º 10 do STF, bem como ofende os princípios da isonomia e da supremacia do interesse público.

Para isso, fez-se uma análise qualitativa do Acórdão prolatado pela 1ª Seção do STJ no mencionado recurso repetitivo, e dos Embargos de Declaração que questionaram o entendimento do STJ. Nesse sentido, buscou-se por meio de doutrinadores, legislação e artigos científicos, os fundamentos contrários ao julgamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no intuito de defender a aplicação do prazo prescricional trienal em detrimento do prazo quinquenal.

2. DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS NA DECISÃO DO RECURSO REPETITIVO ESPECIAL

O recurso especial (Resp n.º 1.251.993) interposto pelo Município de Londrina foi analisado sob forma de recurso repetitivo. Na realidade, o recurso repetitivo nada mais é que um procedimento de julgamento previsto pelo Art. 543-C do Código Processual Civil utilizado quando houver muitos recursos que abordem fundamentos idênticos, ou seja, a questão de direito é tratada de forma igual, para todos os recursos, com intuito de uniformizar o entendimento jurisprudencial sobre a matéria analisada.

Assim, o presidente ou vice-presidente do tribunal a quo seleciona um ou mais recursos, após verificar que estes contêm maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial, os quais passarão a servir como representante da matéria controversa.

Feito isso, ficarão suspensos no tribunal de origem os demais recursos com teses idênticas, até o julgamento definitivo do STJ sobre o recurso representativo de controvérsia. Tudo deve estar em conformidade com a Resolução n.º 8 do STJ, de 07 de Agosto de



2008, que estabelece os procedimentos referentes aos julgamentos dos recursos especiais.

No caso em comento, o recurso repetitivo especial apreciado pela 1ª Seção do STJ tinha como principal objetivo dirimir a controvérsia no que tange ao prazo prescricional em ações de indenização, nas quais a Fazenda Pública encontra-se no polo passivo da demanda, tendo em vista que o conflito residia sobre qual prazo deveria ser aplicado: o de 5 anos disposto no Art. 1º do Decreto n.º 20.910/32 ou de 3 anos inserido no Art. 206, §3º, V do Código Civil de 2002.

Ressalte-se que o tema não estava pacificado à luz da doutrina e jurisprudência pátrias. Na realidade, as divergências de opiniões estavam presentes, inclusive, nas Turmas do STJ, posto que haviam julgados que defendiam a aplicação do prazo trienal, enquanto outros entendiam que o prazo quinquenal continuava prevalecendo, mesmo com o advento do novo Código Civil.

No entanto, conforme extraído no relatório e voto do recurso repetitivo (Resp n.º 1.251.993), o entendimento estaria pacificado no STJ, no sentido de que o prazo prescricional a ser aplicado nas ações indenizatórias em face da Fazenda Pública é o quinquenal previsto no Decreto n.º 20.910/32.

A decisão da 1ª Seção do STJ entendeu que, nas ações indenizatórias ajuizadas em face da Fazenda Pública, aplicar-se-á o prazo quinquenal, disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32, em detrimento do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

Também destacou que o Decreto n.º 20.910/32, criado para regular a prescrição quinquenal nas ações ajuizadas contra a Fazenda Pública, possui natureza especial, ao contrário do dispositivo previsto no Código Civil, que aborda o assunto de forma genérica. De modo que o artigo 206, §3º, inciso V, somente regula as questões de âmbito privado, posto que o mesmo não estabeleceu expressamente que a prescrição nas ações de reparação civil se aplicaria à Fazenda Pública, haja vista que os artigos que tratam sobre temas de direito público supostamente sempre lhe fazem referência de forma expressa. Portanto, o Código Civil não trouxe alteração ao Decreto n.º 20.910/32, nem permitiu a revogação deste, que tem caráter especial.

Não obstante, decidiu pelo afastamento da regra prevista no Art. 10 do Decreto n.º 20.910/32, ao afirmar que a Constituição Federal vigente não concederia tratamento diferenciado à Fazenda Pública em relação ao particular.



A 1ª Seção, ao entender pela inaplicabilidade do art. 10 do Decreto 20.910/32, destacou que o aludido artigo deveria ser interpretado utilizando os critérios histórico e hermenêutico, posto que não houve redução do prazo prescricional para Fazenda Pública com o advento do novo Código Civil.

Com isso, observou-se que o STJ fez uma interpretação gramatical do Art. 10, ao dizer que o termo “não altera”, inserido em sua redação, teria o condão de não modificar apenas as prescrições de prazos menores de normas vigentes anteriores à promulgação do Decreto 20.910/32. Isso porque a intenção do legislador era proteger determinadas situações já existentes em razão de sua edição, e citou como exemplo o artigo 1º, §1º do Decreto 20.230/31, que estabelecia o prazo prescricional de cinco anos para a Fazenda e de um ano para a parte, no tocante a prescrição alfandegária, instituída no art. 666 da Consolidação das Leis das Alfândegas.

Logo, de acordo com a interpretação do STJ, o art. 1º do Decreto 20.910/32, que estabelece o prazo de 5 anos, é o que deve prevalecer para a Fazenda Pública, e não o prazo menor disposto no Código Civil de 2002. Esse entendimento também serviria para afastar novas interpretações que poderiam ser feitas, caso houvesse modificação do prazo prescricional com a criação de novo dispositivo normativo, de modo que o prazo quinquenal do Art. 1º daquele Decreto não foi revogado, portanto, não pode ser reduzido em virtude de norma posterior. A exceção seria na hipótese de edição futura de norma especial que determine a revogação do Art. 1º, seja de forma implícita ou expressa.

Além disso, a 1ª Seção considerou que o prazo de 3 anos do Código Civil não pode ser aplicado, pois ocasionaria “efeitos desastrosos”, tendo em vista que o mesmo prazo também deveria ser adotado no que diz respeito aos créditos da Fazenda Pública. Não haveria sentido aplicar prazos diferenciados para as dívidas e créditos da Fazenda, de maneira que o prazo trienal nas ações de reparação civil seria estendido aos créditos fazendários, o que acarretaria em sua redução.

No entanto, os fundamentos utilizados pela 1ª Seção do STJ não merecem consideração, posto que a decisão contém vícios, o que a torna nula, além de estar equivocada, conforme será demonstrado adiante.



3. DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO DECRETO N.º 20.910/32 E DA PRESCRIÇÃO TRIENAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

É cediço afirmar que o Decreto n.º 20.910, de 06 de Janeiro de 1932, foi criado com o fito de regular a prescrição quinquenal em favor da Fazenda Pública, beneficiando-a em relação ao particular. O Art. 1º do mencionado Decreto definiu o prazo de 5 anos nas ações de quaisquer natureza, *in verbis*:

Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Observa-se que o artigo acima envolve apenas a União, os Estados e Municípios, posto que não inseriu as autarquias e fundações públicas. Então, somente no ano de 1942, dez anos depois, veio o Decreto – Lei n.º 4.567/42 e estabeleceu que a prescrição quinquenal do Decreto n.º 20.910/32 também abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criadas no âmbito federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.

Posteriormente, foi criada a Lei N.º 9.494/1997, que trata sobre a aplicação das ações de tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Todavia, a mesma acabou sendo alterada pela medida provisória N.º 2.180-35 de 2001, que introduziu o Art.1º-C, o qual dispõe sobre o prazo prescricional de 5 anos para se propor ação indenizatória decorrente de danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado.

Não obstante, o Art. 10 do Decreto n.º 20.910/32 assevera que “o disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de prazos menores, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas as mesmas regras”. Ou seja, caso outra lei fixe prazo inferior a 5 anos, esta não será alterada pelo aludido Decreto, devendo ser aplicado o que for mais favorável à Fazenda Pública.

O Código Civil de 1916, instituído pela Lei n.º 3.071/1916, ao abordar a prescrição, tratou de determinar prazos diferenciados ao particular e à Fazenda Pública. Inicialmente, o antigo código estabeleceu, em seu Art. 177, o prazo de trinta anos nas ações que



envolviam direitos pessoais, e 10 anos nas que versavam sobre direitos reais, ambos entre presentes.

Quanto aos ausentes, fixou o prazo de 20 anos, contados da data em que estas ações poderiam ter sido ajuizadas. Porém, com o advento da Lei n.º 2.437/55, alguns artigos do Código de 1916 sofreram alterações, dentre eles o Art. 177, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 177. As ações pessoais prescrevem ordinariamente em vinte anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

O legislador reduziu o prazo para 20 anos às pessoas presentes, seja para propor ação que envolvesse direito pessoal ou real, já os ausentes dispunham de 15 anos para exercerem o direito à pretensão. Quanto à Fazenda Pública, estabeleceu no Art. 178, prazo diverso do artigo anterior, conforme se observa abaixo, já adaptando o Código Civil ao que estava previsto no Decreto N.º 20.910/32:

Art. 178 Prescreve:

[...]

§ 10 Em 5 (cinco) anos:

[...]

VI – as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma a ação. Os prazos dos números anteriores serão contados do dia em que cada prestação, juro, aluguer ou salário for exigível;

A prescrição abrangia as dívidas passivas da União, Estados e Municípios, além das ações formuladas em face da Fazenda Pública no âmbito federal, estadual e municipal, o que incluía também as pretensões de reparação civil. Ressalte-se que a fixação do prazo de 5 anos não foi alterada por lei posterior até o advento do Código Civil de 2002.

Com isso, é possível constatar que a intenção do legislador em fixar prazo menor à Fazenda Pública em relação ao particular nada mais foi que atribuir-lhe uma prerrogativa, posto que a Fazenda Pública dispor de prazo diferenciado não seria apenas um mero privilégio, e sim a confirmação de que o Código Civil daquela época



já reconhecia o princípio da supremacia do interesse público, que será melhor abordado adiante.

Com a revogação do Diploma Civil de 1916 e o advento do novo Código Civil de 2002 pela Lei n.º 10.406/2002, houve uma modificação quanto aos prazos prescricionais, que diminuíram consideravelmente em relação aos prazos previstos no Diploma de 1916. O Art. 205 do novo código revogou o prazo de 20 anos ao dispor que “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Assim, o prazo que antes era de 20 foi reduzido para 10 anos, independentemente de a ação versar sobre direitos pessoais ou reais, e ainda fez a ressalva de que caso haja prazo menor definido em lei, este será aplicado.

Nas ações de reparação civil, o artigo 206, parágrafo 3º, inciso V do novo Código Civil estabeleceu que o prazo prescricional é de 3 anos:

Art. 206. Prescreve:

[...]

§ 3º Em três anos:

[...]

V - a pretensão de reparação civil;

Tendo em vista que o Código Civil definiu o prazo de 3 de anos em se tratando da pretensão de reparação civil, constata-se que houve uma unificação dos prazos, haja vista que o referido artigo não especifica que o prazo deve ser aplicado somente nas relações de caráter privado. Saliente-se que ao contrário do Diploma anterior, que estabelecia prazos diferentes à Fazenda Pública e Particular, o novo Código não fez diferença quanto as partes.

Daí, conclui-se que o prazo prescricional de 3 anos aplica a ambos. Nesse sentido é o pensamento de Paradatz:

Assim, tendo o Código Civil reduzido de 20 (vinte) para 3 (três) anos o prazo prescricional para demandas envolvendo responsabilidade civil, deve-se concluir que essa alteração aplica-se também em favor dos entes públicos, em absoluto respeito aos princípios orientadores das relações publicísticas.

Com isso, é possível observar que, em nenhum momento, houve qualquer omissão do legislador ao regular a prescrição contra



a Fazenda Pública no Código Civil vigente. Na realidade, constata-se que a intenção dele foi apenas unificar os prazos que eram diferenciados no código anterior. Até mesmo porque, é importante salientar que a Fazenda já gozava de prerrogativas no Código Civil de 1916, haja vista que o particular tinha somente o prazo de 5 anos em face daquela, enquanto às demandas entre particulares, aplicava-se inicialmente do prazo de 30 anos, o qual foi posteriormente reduzido para 20 anos.

Logo, percebe-se que o legislador havia aplicado o princípio da supremacia do interesse público, princípio este que também não foi esquecido durante a elaboração do novo código, especialmente no que se refere à prescrição.

Além disso, há de se ressaltar que o referido Código de 2002 não regula apenas as relações de direito privado, pois estabelece normas de ordem pública, como, por exemplo, o Art. 1.521 que preconiza os casos de impedimento para o matrimônio. Portanto, o fato de o legislador não ter estabelecido expressamente no Código Civil de 2002 que o prazo trienal do Art. 206, §3º, inciso V aplicar-se-ia à Fazenda Pública não significa que o mencionado prazo seja aplicado apenas nas relações envolvendo os particulares. Ao contrário, ao prever genericamente a matéria, quis o legislador que tal prazo fosse aplicado indistintamente à Fazenda Pública e aos particulares.

Portanto conclui-se que não há mais distinção entre um e outro, pois tanto para demandas entre particulares ou em face da Fazenda Pública, aplica-se o mesmo prazo, qual seja, o de 3 anos contido no novo Código Civil, para pretensão de reparação civil. Na verdade, esse deveria ter sido o entendimento da 1ª Seção, que preferiu distorcer a interpretação do Art. 206, §3º, V do Novo Código Civil, para aplicar o Art. 1º do Decreto N.º 20.910/32.

4. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio da supremacia do interesse público é de extrema importância para realização das atividades estatais que buscam alcançar os interesses da coletividade. De maneira que esse princípio é inerente a atuação do Estado, conforme as palavras do doutrinador Hely Lopes Meirelles (2013, p. 110):

O princípio do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência



do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; [...] Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados, mas essa desigualdade advém da lei, que, assim, define os limites da própria supremacia.

Destarte, a supremacia do interesse público está pautada pela lei, e implícita em nossa Carta Magna, haja vista que Administração Pública somente deve agir conforme dispõe a legislação, com respeito ao princípio da legalidade consoante preconiza o artigo 37, *caput* da CF de 88.

Outrossim, saliente-se que o princípio da Supremacia do Interesse Público deve ser aplicado quando houver determinada situação ou conflito entre um interesse particular e um interesse público coletivo, devendo prevalecer o interesse público.

Por tal princípio, entende-se que, sempre que houver conflito entre um particular e um interesse público coletivo, deve prevalecer o interesse público. Nesse sentido é o entendimento de Diógenes Gasparini (2011, p.96):

Com efeito, nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos. Assim, ocorre na desapropriação, na rescisão por mérito de certo contrato administrativo e na imposição de obrigações aos particulares por ato unilateral da Administração Pública, a exemplo da servidão administrativa.

Ressalte-se que a prevalência do interesse público sobre o particular constitui uma das prerrogativas conferidas à Administração Pública, até porque a mesma atua por conta de tal interesse, ou seja, o legislador, na edição de leis ou normas, deve orientar-se por esse princípio, levando em conta que a coletividade está num nível superior ao do particular.

Sobre o referido princípio, o estudioso Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.96) defende que se trata de um princípio inerente a qualquer sociedade:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de existência. [...] Afinal, o princípio em causa é pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos



de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativos, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Assim, o princípio da supremacia do interesse público, apesar de não estar expresso na Constituição, com os princípios destacados nos artigos 5º e 37, ficou implícito na Carta Magna, podendo-se inferi-lo da leitura do Art. 5º incisos XXIV e XXV e Art. 170, III, ambos da CF, quando dispõe sobre a desapropriação, requisição e função social da propriedade.

Com efeito, é imperioso destacar que a decisão do STJ no recurso repetitivo viola o princípio da supremacia do interesse público, na medida em que o Decreto n.º 20.910/32 foi criado com o intuito de assegurar as prerrogativas da Fazenda Pública, a fim de beneficiar o Fisco e favorecer os Entes Públicos, beneficiando, assim, toda a coletividade.

Portanto, percebe-se um grande equívoco, vez que, nas ações de reparação civil contra o ente público, aplica-se a prescrição de 5 anos, enquanto que nas relações de interesse privado, aplica-se o prazo de 3 anos. Verifica-se, no caso em apreço, flagrante desrespeito ao aludido princípio.

5. CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO

A cláusula de reserva de plenário, também conhecida como princípio do colegiado, está expresso no Art. 97 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Assim, conforme preconiza o artigo transcrito acima, nas situações em que for arguida a inconstitucionalidade de dispositivo de lei ou ato normativo, faz-se necessário o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do respectivo Órgão Especial, quando existente, para que seja possível declarar a inconstitucionalidade suscitada.



No julgamento do recurso extraordinário nº 508.108/SP, o Supremo Tribunal Federal analisou matéria que versava sobre a inobservância da cláusula de reserva de plenário. O tema já havia sido exaustivamente decidido na Suprema Corte e a jurisprudência já estava consolidada, inclusive, com o provimento de alguns recursos extraordinários, reconhecendo a nulidade dos acórdãos dos Tribunais *a quo*, por violarem a cláusula da reserva de plenário.

Em decorrência da matéria abordada no referido recurso extraordinário, o STF editou a súmula vinculante nº 10 estabelecendo que “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF de 88, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Assim, o STF reforçou o conteúdo embutido no Art. 97, tornando imprescindível a observância do quórum qualificado, até mesmo como forma de manter a segurança jurídica e evitar que os Tribunais driblassem o mencionado dispositivo, desrespeitando assim, a reserva de plenário.

Ademais, ficou estipulado na Súmula que, por mais que não seja declarada a inconstitucionalidade de maneira expressa, não pode um órgão fracionário dos tribunais afastar a incidência, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo. Tal decisão apenas será possível pela maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do seu órgão especial.

No caso em comento, faz-se necessário apontar que o julgamento do recurso especial (Resp. nº. 1.251.9939) está eivado de vícios, uma vez que o órgão fracionário do STJ deixou de atender a cláusula de reserva de plenário prevista na Carta Magna (artigo 97), e a Súmula Vinculante n.º 10 do STF.

O acórdão prolatado no recurso repetitivo, o qual firmou o entendimento sobre a aplicação do prazo prescricional quinquenal em detrimento do prazo trienal do Código Civil, foi proferido apenas pela Primeira Seção do STJ, e não pela maioria absoluta dos membros da Corte Especial do Egrégio Tribunal Superior.

Portanto, ao modificar o critério legal, impondo que o prazo prescricional quinquenal deve ser aplicado nas ações de reparação civil em face da Fazenda Pública, ao invés de aplicar o prazo menor, conforme previsto no Art. 10 do Decreto n.º 20.910/32, resta óbvio que foi afastada a incidência, do mencionado dispositivo legal,



inserindo-se a situação em liça nos termos da referida Súmula Vinculante.

6. DOS FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS À DECISÃO NO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO

A discussão sobre qual prazo prescricional deve ser aplicado às ações de reparação civil contra a Fazenda Pública já havia sido levada a apreciação do egrégio Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, as turmas do STJ divergiam sobre a aplicação do prazo. No Recurso Especial nº. 1.137.354 – RJ, interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, a 2ª Turma do STJ entendeu que o prazo a ser aplicado nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública é de 3 anos, conforme demonstra a ementa a seguir:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO. DECRETO No 20.910/32. ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA TRÊS ANOS. 1. O legislador estatuiu a prescrição de cinco anos em benefício do Fisco e, com o manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, estipulou que, no caso da eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o prazo quinquenal seria afastado nesse particular. Inteligência do art. 10 do Decreto no 20.910/32. 2. O prazo prescricional de três anos relativo à pretensão de reparação civil – art. 206, § 3o, V, do Código Civil de 2002 – prevalece sobre o quinquênio previsto no art. 10 do Decreto no 20.910/32. 3. Recurso especial provido. (Processo: Resp nº 1.137.354 - RJ (2009/0165978-0) Órgão julgador: 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Castro Meira, 08/09/2009)

De acordo com o relator, Ministro Castro Meira, o impasse sobre a prescrição resolve-se com o artigo 10 do Decreto 20.910/32, ao estabelecer que o próprio Decreto não modificará as prescrições de prazos menores contidas em leis e regulamentos, estas inalteradas. Portanto, seria legítima a aplicação do prazo prescricional de 3 anos previsto no Código Civil de 2002.

Nesse sentido, impende ressaltar que também a 1ª Turma do STJ havia decidido outrora pela aplicação do prazo de 3 anos, ao julgar o Recurso Especial n.º 1.066.063/RS, consoante demonstra a ementa abaixo:



RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO INJUSTA. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PRAZO PRESCRICIONAL. CONTAGEM. NOVO CÓDIGO CIVIL. I - Trata-se de ação de indenização por danos morais, ajuizada contra a União, pelo fato de a autora haver sofrido prisão injusta decretada pela Justiça Federal. II - A teor do artigo 2.028 do novo Codex, a lei anterior continuará a reger os prazos, quando se conjugarem os seguintes requisitos: houver redução pela nova lei e, na data de vigência do novo Código, já se houver esgotado mais da metade fixado pela lei revogada (Decreto nº 20.910/32, no caso). III - In casu, não foi observado o segundo requisito, porquanto entre a data do evento danoso (09.04.2002) e a vigência do novo Código Civil (janeiro/2003), transcorreu menos de 1 (um) ano, não chegando à metade do prazo anterior, ou seja, pelo menos dois anos e meio. Dessa forma, a contagem do prazo prescricional é a de 3 (três) anos, fixada pelo artigo 206, § 3º, V, do Codex, e deve ser contada a partir da vigência dele. Precedente citado: REsp nº 982.811/RR, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, julgado em 02.10.2008. IV - Recurso especial improvido (STJ - REsp: 1066063 RS 2008/0129512-0, Relator: Ministro Francisco Falcão, Data de Julgamento: 11/11/2008, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 17/11/2008)

O aludido Recurso Especial foi interposto em face da União, tendo como relator o Ministro Francisco Falcão, que negou provimento ao recurso. A decisão considerou que o prazo a ser aplicado na ação indenizatória questionada é o de 3 anos, previsto no Art. 206, § 3º, V do Código Civil de 2002.

Como a adoção da prescrição trienal do CC de 2002 não contava com a unanimidade dos ministros STJ, algumas decisões trataram de aplicar o prazo contido no Art. 1º do Decreto 20.910/32. No julgamento do recurso repetitivo (Resp n.º 1.251.993), a 1ª Seção declarou que o tema já estava pacificado no Superior Tribunal de Justiça, apesar dos diversos entendimentos divergentes.

Com efeito, no que se refere à prescrição contra a Fazenda Pública nas ações de reparação civil, faz-se necessário estabelecer uma relação entre a interpretação da lei com os princípios da isonomia e da supremacia do interesse público.

É fato que a interpretação equivocada dada pela 1ª Seção do STJ gerou controvérsias. O eminente doutrinador Leonardo Carneiro da Cunha (2013, p.94), Procurador do Estado de PE, defendendo o prazo



trienal, manifestou-se contrário ao respeitável acórdão do referido recurso especial:

Não soa razoável a interpretação pelo STJ ao disposto no art. 10 do Decreto nº 20.910/32. Considerada a finalidade das disposições normativas editadas a respeito do assunto, o significado a ser daí extraído é o de que a Fazenda Pública deve beneficiar-se de prazos menores, não se compatibilizando com tal orientação a conclusão segundo a qual aquele art. 10 refere-se apenas a prazos anteriores, existentes antes da edição do Decreto nº 20.910/32.

Com isso, verifica-se que o entendimento do STJ, ao afastar a incidência do art. 10 do Decreto nº 20.910/32, desconsidera a prerrogativa da Fazenda Pública, ao aplicar-lhe prazo prescricional maior de que o fixado entre particulares, afastando a incidência do mencionado dispositivo legal. Não obstante, interpretou erroneamente a redação do referido artigo, ao considerar que o prazo trienal do Código Civil não se sobrepõe ao prazo quinquenal do Art. 1º, em razão daquela ser lei posterior ao Decreto.

Nesse diapasão, importa destacar que, nos Embargos de Declaração opostos pelas Procuradorias Gerais da União, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e de Londrina, contra ao Acórdão que negou provimento ao Recurso Especial, questionou-se dentre outros fatores, a violação ao princípio da isonomia consagrado no Art. 5º, caput da Constituição Federal.

Alegaram que o STJ distorceu a aplicação do referido princípio, quando decidiu que, nas ações de indenizações ajuizadas em face da Fazenda Pública, aplicar-se-á o prazo quinquenal, disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32, que seria de natureza especial, em detrimento do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, tendo em vista que referido Diploma não fez qualquer distinção entre particulares e Fazenda Pública, no que pertine à fixação dos prazos prescricionais.

Ora, se o princípio da isonomia busca igualar situações semelhantes que estão em desigualdade, a decisão proferida pelo STJ é totalmente equivocada e controversa, pois o entendimento pela adoção do prazo quinquenal gera desvantagem e, conseqüentemente, prejuízo à Fazenda Pública, vez que concede ao particular o prazo prescricional de 5 anos para ajuizar a Fazenda Pública pleiteando



indenização, enquanto o prazo para ação contra outro particular é de 3 anos.

Ademais, a prescrição a ser aplicada em face da Fazenda deve ser a de 3 anos, visto que ao Fisco sempre foi conferido o posicionamento mais benéfico. Logo, revela-se incoerente desconsiderar o disposto no Código Civil que unificou os prazos. Segundo Braga, a redução do prazo prescricional à Fazenda Pública está amparada pelo princípio do bem comum:

[..] a fundamentação do tratamento diferenciado quanto aos prazos prescricionais em favor do Estado – com o estabelecimento de prazos mais exíguos – vem escudada no princípio de proteção do bem comum (representado pelo erário). Na verdade a existência ficcional da pessoa do Estado tem como um de seus objetivos fundantes a administração e distribuição do conjunto de bens que pertencem a todos. Disto resulta a conclusão de que a proteção do Estado é a própria proteção da sociedade como um todo, fazendo prevalecer os seus interesses em face de situações individuais ou coletivas que não representem a comunidade. Além disto, o estabelecimento desta diferenciação nos prazos de prescrição extintiva – coadunados com o princípio de proteção do bem comum – guarda raízes na própria tradição do direito que sempre contou com normas estabelecendo prazos menores para a prescrição em face do Estado.

O princípio do bem comum diz respeito ao bem da comunidade que é representada pelo Estado. Tendo em vista que o interesse público está relacionado ao bem comum, o interesse particular não pode ser atendido em detrimento do bem comum da sociedade. Em razão disso, não é coerente aplicar prazo maior àquele que tem interesse particular, de forma que se sobreponha ao bem comum.

Nesse sentido, constata-se que permitir ao particular dispor do prazo quinquenal do mencionado decreto afronta os princípios da isonomia e da supremacia do interesse público, haja vista que o particular fica numa posição de vantagem em relação à Fazenda Pública. Esse também é o entendimento de Paradatz:

Certo que o prazo para as demandas de reparação civil contra a Fazenda Pública previsto na legislação especial não ficou, e nem poderia ficar, imune à profunda alteração instituída pelo Código Civil de 2002, que inaugurou um novo sistema eivado de princípios, exigindo das regras especiais a necessária compatibilização.



Não há justificativa técnica e razoável para se entender que, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, os prazos prescricionais nas ações pessoais a serem exercidas contra a Fazenda Pública seriam mais extensos que àqueles previstos para as ações propostas contra os particulares em geral, em flagrante prejuízo ao princípio da supremacia do interesse público.

Assim, o interesse Estatal deve prevalecer sobre o particular, em razão do princípio da supremacia do interesse público. Todavia, na presente situação ocorre o contrário. Na verdade, o que restou demonstrado é que o referido princípio foi desconsiderado pela 1ª Seção do STJ, posto que, além da decisão trazer prejuízos ao Erário, também extinguiu um dos privilégios garantido aos Entes Públicos.

No que se refere à forma como o Recurso Repetitivo foi analisado, impende repetir que se violou o disposto no Art. 97 da Constituição Federal e na súmula vinculante n.º 10 do STF, quando do julgamento do recurso, tendo em vista que, somente pela maioria absoluta dos membros de sua Corte Especial, o STJ poderia afastar a incidência do artigo 10 do Decreto n.º 20.910/32 no caso em comento.

Assim, os ministros que compuseram a 1ª Seção não observaram os dispositivos acima, pois a decisão proferida deveria ter sido julgada pela maioria absoluta dos membros da Corte Especial do STJ, e não somente por uma Seção, de modo que o julgamento desrespeita a cláusula da reserva de plenário, motivo pelo qual se faz necessário que o caso seja analisado pela Corte Especial do STJ antes de ter seu mérito julgado pelo STF.

Nesse diapasão, conclue-se que se faz premente a anulação do acórdão do Recurso Especial n.º 1.1251.993, para fins de que o órgão especial do STJ decida acerca da incidência do artigo 10 do Decreto 20.910/32 aos prazos fixados em leis posteriores à sua edição.

7. CONCLUSÃO

Apesar de o Código Civil de 2002 não ter consignado expressamente que o prazo prescricional fixado para as ações indenizatórias aplica-se à Fazenda Pública, não se pode entender que esta ficou excluída, ao contrário, até porque no Diploma anterior, quando fixa prazos diferenciados em relação à Fazenda, o fez sempre em benefício desta.



Com o advento do Código Civil de 2002, observou-se que o intuito do legislador nada mais foi do que unificar os prazos anteriormente distintos. Assim, o legitimado teria o prazo de 3 anos para ajuizar ação de reparação civil, seja contra outro particular, seja em face da Fazenda Pública.

Nesse sentido o Art. 10 do Decreto n.º 20.910/32, quando assegura a aplicação de prazos prescricionais menores que o quinquenal contido no Art. 1º do referido diploma, tratou de prever as situações em que determinada lei ou regulamento estabelece prazo inferior, como é o caso do prazo trienal definido no Art. 206, § 3º, V do Código Civil de 2002, o qual deve ser aplicadas demandas indenizatórias propostas em face da Fazenda Pública.

Ademais, não se pode esquecer a importância que o princípio da supremacia do interesse público representa no Ordenamento Jurídico brasileiro, vez que confere à Administração Pública certas prerrogativas, dentre elas, os prazos prescricionais reduzidos.

Assim, não há justificativa plausível em permitir que a prescrição quinquenal continue sendo aplicada nas ações de reparação civil contra a Fazenda Pública, enquanto que entre particulares o prazo é de 3 anos, pois tal fato demonstra claramente que o interesse particular está sendo privilegiado em detrimento do interesse público.

Nessa esteira de entendimento, faz-se mister salientar que tal decisão viola o princípio da igualdade, na medida em que traz prejuízos ao Erário e conseqüentemente gera desvantagens à Fazenda Pública em relação ao particular.

Ficou constatado que houve violação ao artigo 97 da CF e da Súmula vinculante n.º 10 do STF, haja vista que a 1ª Seção do STJ deixou de atender a cláusula de reserva de plenário prevista na Carta Magna. O referido órgão fracionário afastou a incidência do Art. 10 do Decreto n.º 20.910/1932, o que somente poderia ter sido realizado pelo voto da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial do STJ.

Nesse diapasão, resta evidente que o egrégio Superior Tribunal de Justiça não enfrentou, como deveria, as questões ora suscitadas, tendo afastado a incidência do referido dispositivo legal, não respeitou a cláusula de reserva de plenário, o que torna o acórdão passível de nulidade.

Desta forma, impõe-se que a questão seja analisada pela Corte Especial do STJ, observando-se o disposto constitucional do Art. 97 da Constituição Federal e na súmula vinculante n.º 10, antes do mérito ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal, caso seja



mantido o entendimento adotado pela 1ª Seção do STJ no Resp n.º 1.251.993.

REFERÊNCIAS

1. BRAGA, Carlo Fabrício Campanile. *Reparação de danos em face do Estado. Prazo prescricional e integridade do direito*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/15045/reparacao-de-danos-em-face-do-estado/>>. s.d. Acesso em: 10.09.2013.
2. BRASIL. *Decreto n.º 20.910/32*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm>. Acesso em: 05 set. 2013.
3. _____. *Lei n.º 9.494/1997*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm>. Acesso em: 02 set. 2013.
4. _____. *Medida Provisória n.º 2.180-35 de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2180-35.htm>. Acesso em: 13 set. 2013.
5. _____. *Lei n.º 3.071/1916* que instituiu o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 16 set. 2013.
6. _____. *Lei n.º 10.406/2002* que instituiu o Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 04 set. 2013.
7. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11ª ed. São Paulo: Dialética. 2013. p. 94.
8. GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 16 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 96.
9. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32 Ed. São Paulo: Malheiros: 2013. p. 110.
10. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 25 Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 96.
11. PARADATZ, Cláudia. *Repensando a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública sob a ótica do interesse público*. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/repensandofazenda.doc>. s.d. Acesso em 17 set. 2013.

1

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS A PARTIR DE SEU PERFIL CONSTITUCIONAL

Juvêncio Vasconcelos Viana

Procurador-Geral do Estado do Ceará; Doutor em Direito; Professor Universitário.

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho insere-se no contexto do chamado “acesso à justiça”.

Observe-se que, quando falamos de “acesso a justiça”, não estamos nos restringindo a um estudo puramente formal do poder de ação (seus elementos, condições etc.), mas sim aludindo a uma análise crítica e a uma preocupação com os *obstáculos* (reais, concretos) que se colocam diante do cidadão até a obtenção (por esse) de uma prestação jurisdicional de qualidade, acima de tudo, pronta e efetiva.

São muitos obstáculos, os quais vão desde os de natureza puramente econômica ou material até outros de ordem cultural e intelectual. O próprio “modo de ser do processo”, solene, carregado de formalidades, coloca-se como ameaça séria àquele *processo de resultados* que tanto se deseja.

Tomada a consciência de tais obstáculos, começam a vir as “respostas” - no plano do direito positivo, inclusive - em relação àqueles.

Visando, exatamente, vencer ditos obstáculos econômicos (v.g., custas e despesas processuais elevadas) e outros ligados à própria formação e desenvolvimento solene do processo, bem como superar o problema da chamada “*litigiosidade contida*”,¹¹⁶ o ordenamento jurídico brasileiro previu, de início, ainda na década de oitenta, os denominados *Juizados de Pequenas Causas*, introduzidos pela Lei 7.244, de 7.11.1984.

116 Expressão de certa preferência de Kazuo Watanabe.



A experiência com esses Juizados, em vários estados da Federação,¹¹⁷ foi bastante positiva, fazendo com que o Constituinte de 1988, os trouxesse para âmbito da Lei Maior (art. 98, inc. I, Constituição).¹¹⁸

Ali, já ampliando o conceito do instituto, fez-se a menção à criação de Juizados não apenas Cíveis, mas também Criminais, voltados os últimos às *infrações penais de menor potencial ofensivo*. Embora não nos voltemos ao estudo desses em nosso trabalho, de qualquer sorte, é impossível não deixar de registrar o grande avanço que os mesmos trouxeram para sistema, com a introdução de medidas autocompositivas no território da jurisdição penal (*v. infra*).

No mais, especificamente quanto ao nosso tema, é de se ver que a Constituição traçou algumas balizas e características fundamentais, quais sejam:

- a) *previsão de juízes togados e leigos, para esses Juizados;*
- b) *cuidar da conciliação, julgamento e execução de determinadas causas;*
- c) *serem competentes para as chamadas “causas cíveis de menor complexidade”;*
- d) *empregar procedimento oral e sumaríssimo;*
- e) *julgamento de recursos por turmas de juízes primeiro grau.*

Outro ponto relevante foi que a Constituição Federal levou-nos a uma situação de obrigatoriedade quanto a implementação desses Juizados nas Justiças dos Estados.

Isso porque, vale recordar, a antiga Lei das Pequenas Causas (Lei n. 7.244/84, art. 1º.), apenas *autorizara* ao Poder Público a criação dos Juizados de Pequenas Causas, gerando uma facultatividade instituidora daqueles para Estados, Distrito Federal e Territórios.

A Lei Maior e, depois, a Lei 9.099/95 (LJE), ao contrário, foram impositivas, assinando, inclusive, no caso da lei federal, um prazo (06 meses) para a criação e instalação daqueles Juizados Especiais (*vide arts. 93 a 95, LJE*).¹¹⁹

Inclusive, enquanto não eram implementados aqueles órgãos, vários Tribunais da nação, por resolução, determinavam que Varas

117 Mas nem todas as unidades da federação, àquela época, valiam-se de tais Juizados, vale recordar.

118 No plano infraconstitucional, os *Juizados Especiais (Cíveis e Criminais)* foram disciplinados através da Lei 9.099, de 26.9.1995.

119 No Ceará, foi a Lei 12.553, de 27-12-1995 que regulamentou o sistema da Juizados no Estado.



Cíveis comuns assumissem cumulativamente a competência e o procedimento para conhecer e julgar das “causas cíveis de menor complexidade”,¹²⁰ conceito que então entrava no lugar do de “pequenas causas”.

A União, inicialmente, criaria Juizados apenas no Distrito Federal e Territórios, cujas Justiças lhes cabe organizar.

Contudo, o *modelo* de processo dos juizados “pegou” e houve a opção de criação dos *Juizados Especiais Federais*, através, primeiro, de uma reforma constitucional (EC n. 22, de 18-3-1999, que introduziu um parágrafo único no art. 98 Const.), segundo, mediante uma lei federal regulamentadora da matéria (Lei n. 10.259/2001),¹²¹ superando-se, assim, conhecido dogma do processo dos Juizados, qual seja, o da não participação de pessoa jurídica de direito público interno, ali, como parte.

Registre-se que um passo a mais foi dado.

Naquela mesma linha, quanto aos entes fazendários, foram criados, com aspectos procedimentais bem similares, os *Juizados Especiais da Fazenda Pública*, através da Lei Federal n. 12.153, de 22/12/2009.

O texto constitucional, ainda vale o registro, referiu-se ao fenômeno dos *juizados* em mais de uma oportunidade.

Dois dispositivos da lei maior adotavam terminologias similares: o art. 24, inc. X, aludia a “pequenas causas”; o art. 98, inc. I, reportava-se a “juizados especiais”. Chegou-se mesmo, no início, a semear a dúvida se estávamos ou não cogitando de dois “juizados”.

De qualquer sorte, já àquela época, a doutrina procurava apontar a identidade entre ambos,¹²² e, no final, a própria legislação federal (Lei n. 9.099/95) assumiu tal premissa.

120 Nessa linha: “Enquanto não instalados em numero suficiente os Juizados Especiais, sua competência poderá ser exercida pelos demais órgãos de primeiro e segundo grau da Justiça Ordinária” (art. 29, LC n. 851, de 9-12-1998, do Estado de São Paulo).

121 Daquela lei (n. 10.259/2001), podemos tomar as seguintes notas relevantes: a) aplicação subsidiária da LJE; b) previsão de uma competência territorial absoluta; c) possibilidade de concessão, inclusive de ofício, de tutela de urgência; d) não haverá duplo grau obrigatório (art. 13) nem prazos dilatados (art. 9º); e) inovando no plano recursal, conta com um “pedido de uniformização da interpretação de lei federal” (art. 14); f) após o trânsito em julgado, abre-se uma mera fase de execução.

122 Nessa linha, THEÓDORO JUNIOR, Humberto, *As inovações no Código de Processo Civil*, 6a. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 110/111.



2. UMA NOTA DE DIREITO COMPARADO

A adoção, no plano do positivo, da figura dos Juizados - atenta a esses não somente como um novo órgão judiciário, mas, acima de tudo, como uma nova maneira de ser do processo -, constituiu verdadeiro "marco" no que tange à abolição de velhos conceitos do processo,¹²³ mitigando as exigências formais dos procedimentos cíveis e incentivando as máximas da oralidade. Era, então, melhorar o acesso a jurisdição com uma nova postura, nova filosofia e uma nova estratégia.¹²⁴

É perfeitamente possível vislumbrar, na colocação desses Juizados em nosso sistema, forte influência do processo da *common law*, de suas chamadas *Small Claims Courts*.

Daquela experiência alienígena (especialmente, a norte-americana), podemos anotar, à título exemplificativo:

- a) previsão de alçada a partir do valor da causa;
- b) apresentação de pedido de forma oral;
- c) o advogado tornando-se figura rara;
- d) uma fase de execução sem maior trato procedimental ou solenidades;
- e) possibilidade do emprego da arbitragem.¹²⁵

Uma rápida olhada para o sistema brasileiro dos Juizados e encontraremos, rapidamente, a adoção daquelas ideias. Confira-se, por exemplo, os arts. 3º, inc. I; 14, §1º.; 9º.; 52, incs. II e VII; 24, todos da LJE.

Vamos ao exame dos caracteres constitucionais que mencionamos.

123 Ainda na época da "Lei das Pequenas Causas" (1984), Cândido Rangel Dinamarco preconizava: "A Lei das Pequenas Causas pretende ser o marco legislativo inicial de um movimento muito ambicioso e consciente no sentido de rever integralmente velhos conceitos de direito processual e abalar pela estrutura antigos hábitos enraizados na mentalidade dos profissionais, práticas irracionais incompatíveis com a moderna concepção democrática do exercício do poder através da Jurisdição" (*Manual das Pequenas Causas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p.1).

124 Cf. FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, tomo III, 7ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 8.

125 Cf. LACASTRA NETO, Caetano. *Juizado Especial de Pequenas Causas no Direito Comparado*, São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, pp. 33-35.



3. JUIZADOS PARA CONCILIAÇÃO, JULGAMENTO E EXECUÇÃO

Os Juizados Especiais foram instituídos para a *conciliação, julgamento e execução* nas causas de sua competência.¹²⁶

A busca de soluções alternativas (ainda que intra-processuais) e o reconhecimento de que o juiz não possui apenas uma função *juizadora*, mas também um papel *conciliador*, são tendências modernas do processo como um todo. Observe-se, como exemplo confirmatório disso, o aumento dos poderes conciliatórios do juiz, no plano do processo comum, regido pelo CPC (art. 125, IV).

Nos juizados, esse papel (e essa busca) sempre foi algo muito marcante.

Há, no processo dos Juizados, todo um momento previsto à conciliação, contando-se, inclusive, com a previsão de um auxiliar do juiz voltado exatamente para esse trabalho, qual seja, o conciliador.¹²⁷

O conciliador cumpre o relevante papel de *amortizar o impacto dos jurisdicionados, conduzindo as partes a um bom termo, equalizando seus conflitos. Embora não exercendo a jurisdição, constituem elemento fundamental à eficiência da Justiça. Sua colaboração agilizará consideravelmente os trabalhos, ensejando maior produtividade ao juízo* (Fátima Nancy Andrichi).¹²⁸

Obtida a conciliação, dá-se termo ao processo.¹²⁹ Todavia, para que o acordo celebrado produza seus efeitos jurídicos (título executivo), deve contar com a homologação pelo juiz togado. O juiz togado não estará obrigado, é certo, a proceder a homologação, v.g., se essa contemplou matéria alheia ao conflito.

Não obtida a conciliação, poderá ser tentado o juízo arbitral, mas na forma específica da LJE (art. 24). Observe-se que, ali, a decisão do arbitro ainda pressupõe homologação do juiz togado para sua eficácia.

126 Na mesma linha, vide o art. 1º. LJE.

127 Na verdade, todos os protagonistas dali – juiz togado, juiz leigo e conciliadores – podem atuar nessa fase conciliatória (art. 22, LJE).

128 Afinal, permite-se que o juiz se dedique mais àqueles processos em que a conciliação não foi alcançada.

129 Essa fase de conciliação pode ser estendida a outros procedimentos judiciais (art. 58, LJE). Além desses momentos *intraprocessuais*, não podemos esquecer a utilíssima hipótese do art. 57 da LJE. Essa, uma possibilidade bem mais ampla, exercitável junto a qualquer juízo (não apenas perante Juizados), já incorporada, inclusive, à legislação codificada (inc. V, art. 475-N, CPC).



Não obtida conciliação nem instituído o juízo arbitral, vai-se imediatamente à fase de instrução (art. 27, LJE).

É importante notar que, não obstante toda a relevância dessa fase para o processo dos Juizados, é preciso tomar muito cuidado na condução da mesma, evitando-se abusos ou pré-julgamentos.

O processo e julgamento das causas ... Está-se referindo, nesse ponto, à tutela jurisdicional de conhecimento, prestada pelo processo do mesmo nome.

Faz-se, nos Juizados, a adoção de um procedimento único para aquele tipo de processo: o *procedimento sumaríssimo*, marcado por intensa dose de informalidade e oralidade.

Execução. Os Juizados são competentes, desde o advento da LJE, para realizar atividade executiva com fundamento quer em títulos judiciais quer em títulos extrajudiciais (art. 3o., §1º., incs. I e II; ainda, arts. 52 e 53).

Aqui, houve uma clara evolução.

Originariamente, a Lei n. 7.244/84 (LPC) alijou, por completo, a execução forçada dos Juizados (art. 40), situação que foi, tempos depois, atenuada pela Lei n. 8.640, de 31.03.93, que autorizou a execução nos Juizados, mas com as regras do CPC .

A lei 9.099/95, por sua vez, seguindo o comando da Constituição, trouxe regras próprias para a execução (arts. 52 e 53, LJE). Ali, é fácil notar a adoção de uma maneira descomplicada para sua instauração e bastante informalismo para a implementação de medidas de força e expropriatórias.

Tutelas de urgência. Apesar do silêncio da lei e de alguma posição contrária na doutrina (a nosso ver, totalmente improcedente), a tutela de urgência, seja de índole cautelar ou antecipatória, tem cabimento sim no processo de Juizados.

Chegou-se a sustentar que, sendo o processo de rito sumaríssimo, sequer haveria de se cogitar da necessidade de tais institutos na seara dos Juizados.

Discordamos, por completo, de tal perspectiva. A celeridade e a brevidade são intuitos da lei, mas isso não quer dizer que, na prática forense, seja efetivamente assim (e sabemos que, infelizmente, não é), e que não ocorram situações onde a tutela de urgência tenha de ser prestada.

Soa-nos evidente que a tutela cautelar, por exemplo, deverá ser prestada pelos Juizados, quando o processo (principal) que tem



curso ali estiver com a utilidade e a eficácia de seu provimento final comprometidas pelo tempo.

Pensar diferente, seria admitir, em sede de juizados, passível de descumprimento a promessa constitucional de tutela jurisdicional nos casos de ameaça de direito (inc. XXXV, art. 5º., Const.).

4. JUIZADOS E OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO

O processo dos Juizados conta com *princípios* informativos que lhe são muito próprios.

O art. 2º. da LJE vem e aponta “critérios” - na verdade, princípios - os quais são de fundamental importância para a aplicação e interpretação da própria Lei 9.099/95 e solução de problemas nos Juizados, v.g., para o pronunciamento de nulidades (art. 13, LJE).

Diante de casos concretos, o magistrado deverá, portanto, afastar-se das soluções que sejam previstas no CPC ou em leis especiais, sempre que estas entrem em conflito com qualquer desses “critérios informativos”. São eles:

a) *Oralidade* - A própria Constituição, em sua cláusula maior, diz que adotar-se-á, ali, um *processo oral*. Sim, é certo que se toma uma forma oral para a prática dos atos processuais. Tentou-se elevar aquele princípio ao seu grau máximo.

É claro que, quando falamos em um processo oral (e a Constituição faz alusão a isso), esse vem recheado de todos os seus sub-princípios, os quais, costuma-se dizer, representam um “todo incidível”.

Com a ideia de oralidade vêm junto as notas do: a) imediatismo – exigindo-se um contato direto do juiz com as partes e as provas; b) identidade física do juiz – uma consequência do primeiro sub-princípio, prevendo que o magistrado deveria ser o mesmo do começo ao fim da instrução oral. Trata-se de uma ideia bastante mitigada, hoje em dia;¹³⁰ c) concentração - uma única ou poucas audiências, em curtos intervalos; d) irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Na confirmação da adoção de tal princípio, na LJE, temos: a) redução a escrito somente dos atos essenciais da audiência (§3º., art. 13 e art. 36); b) petição inicial e defesa orais (arts. 14 e 30); c) embargos de declaração orais (art. 49); d) execução e embargos;

¹³⁰ Observe-se a vigente redação do art. 132, CPC, alterado que foi pela lei n. 8.637, de 31.3.93.



b) *Simplicidade e Informalidade* – o desconforto com o processo cheio de solenidades, capaz de levar-nos facilmente a nulidades por não observância de ritos exigia resposta. Daí, a invocação expressa a tais princípios numa clara linha de atenuação do formalismo reinante no CPC.

Confirmatório desses temos: a) liberdade de formas para a solicitação de atos em outras comarcas; b) vedação aos editais; c) mandato verbal ao advogado; d) súmula do julgamento valendo por acórdão; e) comparecimento espontâneo das partes e apresentação de pedidos contrapostos.

Fica o alerta, contudo, de que “informalidade” não pode ser confundida com falta de segurança jurídica no plano daquele processo, com cada unidade de Juizado fazendo tocar o procedimento a seu jeito e modo. Convém mesmo algum tipo de iniciativa da Administração Judiciária no sentido de, didaticamente, uniformizar posturas e entendimentos.

c) *Economia processual* – esse princípio busca o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Sempre foi presente em nosso sistema de processo, mesmo no CPC, cabendo recordar institutos tais como o da reconvenção, conexão, litisconsórcio etc. A ideia é assegurar *mais* resultado prático com o *mínimo* de dispêndio de esforço e atividades.

d) *Celeridade* – é claro, com simplicidade no trato do processo e economia processual, o resultado haveria de ser exatamente maior brevidade no trato da causa. Tem-se aqui a invocação expressa, no campo específico dos juizados de uma ideia que não lhe é exclusiva (também é assim no CPC, vide inc. II, art. 125) e que, hoje, é reforçada constitucionalmente (inc. LXXVII, art. 5º, Const.).

O mesmo art. 2º. LJE ainda diz “... *buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação*”.

Já vimos a relevância de tal momento para o processo dos juizados e que esse investe nas formas alternativas de solução dos conflitos.¹³¹

Não se pode deixar de registrar, ainda, que o sistema da LJE foi absolutamente inovador no âmbito da jurisdição penal, trazendo medidas despenalizadoras - v.g., a) composição civil com extinção de punibilidade (art. 74, parágrafo único); b) transação penal (art. 76);

¹³¹ Também se admite, não podemos esquecer, a arbitragem.



c) lesões corporais culposas ou leves sujeitas a representação da vítima (art. 88); suspensão condicional do processo (art. 89).

Em todas essas medidas, sobressai um viés comum: *o consenso*.

Com tais medidas despenalizadoras o Direito Penal brasileiro começava, então, a adotar tendências modernas (e mundiais), sinalizadoras da utilização da prisão como *ultima ratio*, ampliativa do rol das penas ou medidas alternativas.¹³²

Apesar da referência expressa daquela norma (art. 2º. LJE, parte final) apenas à conciliação e transação, pensamos que estão abertas, ali, todas as possíveis medidas de composição amigável.

Nada obsta, por exemplo, que, na oportunidade da conciliação, possamos ter o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia ou a simples desistência da ação.

Por fim – mas não menos importante - não se pode esquecer que há todo um modelo processual constitucional a ser seguido e que o intérprete da lei de maneira alguma dele poderá se afastar.

Em meio àquele modelo – o qual conta com normas de organização judiciárias e de toda uma jurisdição constitucional - aparecem diversos princípios tutelares do processo, princípios que buscam assegurar um *processo justo* às partes (contraditório, isonomia processual, juiz natural, vedação de provas ilícitas etc.).

Então, é certo que o magistrado não poderá se afastar dos princípios informativos de que fala a LJE (art. 2º.), mas também, não obstante aquele informalismo e celeridade ali preconizados, aquele (o juiz) não poderá, antes de tudo, considerada a situação hierárquica do ordenamento, se afastar daqueles (sub)princípios integrantes da garantia-mor do devido processo legal.

Por exemplo, temos que, segundo a LJE, não obtida conciliação nem instituído o juízo arbitral, vai-se imediatamente à fase de instrução (art. 27). Quer dizer, frustrada a conciliação ou o juízo arbitral, vai-se à instrução e julgamento na mesma data.¹³³

Óbvio que as ideias de economia e celeridade não poderiam ser levadas a grau absoluto. Será, de fato, conduzido o procedimento diretamente à sua fase de resposta e instrução, mas, como ressalva a própria lei, “desde que não resulte prejuízo para a defesa”.

132 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; e GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*, 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 39.

133 Previsão essa que não passa de mera consequência do subprincípio da concentração (supra).



Esse é uma forma de recordar, no plano legal, que mesmo aquelas ideias do art. 2º da LJE não podem se sobrepor aos princípios maiores da devido processo (v.g., contraditório, ampla defesa).

Esse o ponto. Há que se tomar sérios cuidados para que o afã de atender aos princípios recordados no plano da norma infraconstitucional não traga sacrifícios inaceitáveis às garantias superiores do devido processo.

5. CAUSAS CÍVEIS DE MENOR COMPLEXIDADE

Sempre envolveu certa polêmica definir, no plano legal, o que seria uma “pequena causa”.

Ponderava-se, por exemplo, a forma totalmente arbitrária a que se chegaria a sua definição ou, ainda, que uma causa de pequeno valor poderia, em certas situações, representar para o litigante menos favorecido economicamente a totalidade de seu patrimônio.

Criticava-se, assim, o legislador de 1984 por ter escolhido o valor do pedido do autor como critério único e final da fixação de competência dos Juizados.¹³⁴ Chegou-se mesmo a dizer que “a utilização exclusiva deste critério para a fixação da competência desses juizados tenderia a criar uma Justiça de pior qualidade para os cidadãos economicamente desfavorecidos, violando, assim, o princípio constitucional da isonomia entre os cidadãos”.¹³⁵

Argumentava-se também que “inexistem direitos subjetivos ‘de primeira classe’, dignos de um procedimento solene, e direitos subjetivos ‘de segunda classe’, que podem ser tratados sem as garantias inerentes ao procedimento-padrão; deveria, assim, o legislador buscar um ‘ponto de equilíbrio’ entre os interesses da celeridade e os da eficiência instrumental, só cogitando de procedimentos diversos do procedimento-padrão quando a natureza do direito material exija o acréscimo de atos processuais, ou sua supressão ou inversões na ordem procedimental”.¹³⁶

Atenta, de certo, a essas críticas e ponderações, buscando atender ao texto do art. 98, I, Const., a Lei n. 9.099/95 (LJE), em seu art. 3º, cuidou de definir as denominadas “causas cíveis de menor

134 Vide o art. 3º. da Lei 7.244/84 (LPC).

135 FUX, Luiz. A ideologia dos Juizados Especiais, *Revista de Processo* n. 86, abr-jun, 1997, p. 213

136 CARNEIRO, Athos Gusmão. Juizados de Pequenas Causas, in *Participação e Processo*, coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 333.



complexidade”, conceito que veio em substituição à anterior noção de “pequenas causas” e fez isso, ora valendo-se do critério de valor atribuído à causa, ora dando primazia à matéria levada a juízo.

Em alguns casos, todavia, apenas a verificação do valor da causa ou somente a matéria ali discutida não bastarão para identificar a admissibilidade da demanda em sede de Juizados Especiais. A qualidade da parte da envolvida, por exemplo, também foi eleita pela própria LJE como parâmetro selecionador das demandas que podem ou não ser conduzidas aos Juizados Especiais Cíveis.

Seguindo o rol apresentado por aquela norma (art. 3º, LJE),¹³⁷ temos como passíveis de serem levadas aos Juizados:

a) *as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo (inc. I, art. 3º.)* – o valor da causa,¹³⁸ nesse ponto, cumpre seu conhecido papel de critério definidor de competência.¹³⁹ Para aquele fim, deve ser verificado o valor do salário mínimo à época do ajuizamento da demanda, ainda, tomando-se como base o salário mínimo nacional.¹⁴⁰

Quanto à competência dos Juizados Especiais Federais é considerada, por força de disposição específica, a alçada de sessenta salários (art. 3º, Lei 10.259/2001).

Havendo litisconsortes, é razoável que se verifique o valor da causa pela quantidade de litigantes, por cabeça.

Causas que comportam procedimento especial, ainda que com valor dentro da referida alçada, não poderão ser trazidas à via dos Juizados.¹⁴¹

Eventuais equívocos na fixação do valor da causa poderão ser objeto de correção quer mediante “impugnação” (a qual não precisará

137 Segundo o Enunciado n. 30 do Fórum Permanente dos Juizados: “É taxativo o elenco das causas previstas no art. 3º da Lei n. 9.099/95”.

138 Sobre o valor da causa, vide arts. 258 a 260, CPC.

139 Chegou, na época (1995), a haver certa incoerência sistêmica, vez que os Juizados, os quais deveriam referir-se a causas de menor valor, chegavam com uma alçada então superior àquela então prevista para o juízo comum (vinte salários), nos casos de procedimento sumário. Isso, posteriormente, restou corrigido com uma nova redação para o inciso I do art. 275, trazida pela Lei n. 10.444, de 7-5-2002 (sessenta salários).

140 Vide Enunciado n. 50 do Fórum Permanente.

141 Nesse sentido veio o Enunciado n. 8 do Fórum Permanente dos Juizados: “As ações cíveis sujeitas aos procedimentos especiais não são admissíveis nos Juizados Especiais”.



vir em peça própria, como na disciplina do CPC),¹⁴² quer pela atuação de ofício do juiz. Afinal, nessa última hipótese, sempre se entendeu como legítima a atuação oficial do Juiz para fixar o correto valor da causa, quando uma das partes, driblando critérios legais, almeja modificar a competência ou cabimento de recurso.¹⁴³

Se houver o acolhimento da impugnação, estabelecendo-se valor superior a quarenta salários, teremos duas soluções: “a) o autor renuncia ao excedente de seu crédito e prossegue a demanda observando o limite legal (art. 3º, §3º.), perdendo definitivamente parte do direito material, ou; b) o juiz extingue o processo sem julgamento do mérito por falta de pressuposto de desenvolvimento do processo (art. 51, inc. II)”.¹⁴⁴

b) *as enumeradas no art. 275, II, CPC (inc. II)* - nesse caso, a LJE é remissiva ao rol do CPC que prevê as causas que seguem procedimento sumário, independentemente do valor. Aqui, como naquele outro dispositivo, emprega-se um critério puramente “qualitativo”, da natureza da causa, não importando o critério “quantitativo” (valor da causa).

Em outros termos, as causas do art. 275, II, CPC, também poderão ser levadas aos Juizados independentemente do valor que lhes seja atribuído. Entendeu-se, no final, que as restrições do § 3º. do art. 3º. e do art. 39, ambas da LJE, restringir-se-ão somente àquelas hipóteses competenciais que levam em conta o valor dado à causa.¹⁴⁵

É certo que existem outras causas, não contidas no rol do CPC, às quais se destinam procedimento sumário. Há entendimento que

142 Entendendo que, havendo impugnação ao valor da causa pelo autor, o procedimento observado será o do art. 30 LJE e não o do art. 261 do CPC, cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*, 6a. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 122. De qualquer sorte, ainda que em preliminar de contestação, incumbe ao réu o ônus de apontar os elementos necessários à correção do valor.

143 “A modificação do valor da causa, por iniciativa do magistrado, à falta de impugnação da parte, somente se justifica quando o critério estiver fixado na lei ou quando a atribuição constante da inicial constituir expediente do autor para desviar a competência, o rito procedimental adequado ou alterar a regra recursal” (STJ – 4ª. Turma, RESP n. 120.363-GO, rel. Min. Ruy Rosado, j. 22.10.97, DJU 15.12.97).

144 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos, in *Revista do Advogado* n. 50, p. 19.

145 “As causas cíveis enumeradas no art. 275, II do CPC admitem condenação superior a 40 salários mínimos e sua respectiva execução, no próprio Juizado” (Enunciado n.58 do Fórum Permanente).



interpreta restritivamente o disposto no inc. II, art. 3º. LJE, para dizer que não cabe o rito do Juizado para revisionais, adjudicação compulsória, usucapião especial, dentre outras que a legislação extravagante manda assumir rito sumário.¹⁴⁶

c) a ação de despejo para uso próprio (inc. III) – apesar da Lei 8.245/91, em seu art. 80, ter estabelecido, de maneira programática, que “para os fins do inciso I do art. 98 da Constituição Federal, as ações de despejo poderão ser consideradas como causas cíveis de menor complexidade”, a LJE disse bem menos do que podia, elegendo apenas uma modalidade de ação de despejo. Assim, “nos Juizados Especiais só se admite a ação de despejo prevista no art. 47, inciso III, da Lei n. 8.245/91”;¹⁴⁷

d) as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo (inc. IV) – cabem, assim, quaisquer dos interditos possessórios (reintegração, manutenção e proibitório), mas, aqui, desde que observado o parâmetro do valor.

A LJE, inovando em relação a anterior (Lei das Pequenas Causas), traz o tema da execução (*v. infra*). A princípio, qualquer título executivo, judicial ou extrajudicial, bem como qualquer tipo de prestação (dar, pagar, fazer e não fazer), podem ser levados para o Juizado Especial. Há de se observar, todavia, os limites quantitativos (art. 3º, §§ 2o. e 3o.) e pessoais (art. 8o.)¹⁴⁸ trazidos pela própria lei.

Há limitações à competência dos Juizados, ora decorrentes da matéria, ora advindas da qualidade do litigante.¹⁴⁹

São, dali, excluídas as causas: a) de natureza alimentar – entenda-se, de *alimentos* devidos em decorrência do parentesco; b) falimentares - que vão para o juízo indivisível da falência; c) fiscais; d) de interesse da Fazenda Pública; e) acidentes de trabalho; f) resíduos – ou seja, fundadas em disposições de última vontade, restos de um legado que se transmite; g) estado e capacidade das pessoas – seguindo antiga linha restritiva, observada, por exemplo, no procedimento sumário.¹⁵⁰

146 FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; e LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 68.

147 Enunciado n. 4 do Fórum Permanente dos Juizados.

148 Estão excluídas dos Juizados Estaduais, por exemplo, a execução fiscal e a execução contra a Fazenda Pública, *ex vi* do art. 8o., LJE.

149 Os Juizados Especiais Federais também seguem essa linha, observe-se o §1º do art. 3º no art. 6º, incs. I e II, LJE.

150 Vide pr. único do art. 275, CPC.



Ante tais exclusões, não obstante a regra do art. 11, LJE, ficam reduzidas, sensivelmente, as situações de intervenção do Ministério Público no processo dos Juizados.¹⁵¹

Há também o entendimento de não serem admissíveis as ações coletivas nos Juizados Especiais Cíveis.¹⁵²

6. JULGAMENTO DE RECURSOS POR TURMAS DE JUÍZES PRIMEIRO GRAU

Outra nota do texto constitucional (art. 98, I) foi já afirmar que não caberiam recursos das causas dos Juizados para os Tribunais de Apelação.

Assim, seguindo essa premissa, no que tange aos recursos cabíveis, a LJE somente faz menção expressa a duas modalidades: um recurso (inominado) da sentença; e os embargos declaratórios.

Quanto aos pronunciamentos interlocutórios, ali, não caberá agravo (nem retido nem na forma de instrumento), fruto do princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, inerente ao princípio-mor da oralidade.¹⁵³

Assim, não haverá preclusão das matérias que forem sendo decididas no meio do caminho,¹⁵⁴ as quais aguardarão debate quando do recurso da decisão final.

Nos Juizados Federais, caberá recurso das decisões interlocutórias que *defiram* cautelares ou antecipações de tutela. Observe-se a literalidade do art. 5º, Lei n. 10.259/2001.

A rigor, deve caber tal recurso tanto da decisão que defere como da que indefere a tutela de urgência.¹⁵⁵ Esse não é, todavia, um ponto pacífico.

151 Sobre o tema, cf. BELLINETTI, Luiz Fernando. A intervenção do Ministério Público nos Juizados Especiais Cíveis, in *Revista de Processo* n. 87, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 1997, pp. 97-99; e FARIAS, Cristiano Chaves de. Os Juizados Especiais Cíveis como instrumento de efetividade do processo e a atuação do Ministério Público, in *Revista de Processo* n. 117, São Paulo: Revista dos Tribunais, set-out 2004, pp. 135-159.

152 Enunciado n. 32 do Fórum Permanente dos Juizados Especiais.

153 Nesse sentido veio o Enunciado n. 15 do Fórum Permanente dos Juizados: "Nos Juizados Especiais não é cabível o recurso de agravo".

154 É importante que a parte vá cuidando do registro dessas no termo ou ficha de audiência.

155 Dizendo não haver sentido na posição restritiva (apenas no caso de deferimento), cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional de urgência nos



Da sentença, diz a lei, caberá *recurso*¹⁵⁶ (o “recurso inominado”, como se convencionou chamar). Não é uma apelação e com ela não se confunde. Cabe para as sentenças, de mérito ou não. Estão excluídas, contudo, as sentenças homologatórias de conciliação e de laudo arbitral.¹⁵⁷

“Por regra geral, o recurso não está sujeito a hipóteses que o motivem ou justifiquem porque sua *cognitio* se estende a qualquer tipo de erro ou injustiça da sentença *a quo*, assim como a qualquer tipo de irregularidade que possa invalidar essa mesma instancia *a quo*. Desse modo o recurso possui um conteúdo muito mais amplo e genérico que qualquer outro tipo de recurso previsto no Código de Processo Civil, podendo denunciar tanto os erros *in iudicando* como os vícios *in procedendo* da instância processual *a quo*”.¹⁵⁸

Esse recurso vai para um órgão do próprio Juizado: a Turma Recursal. A “turma” não tem *status* de tribunal. Pensamos que o juiz que deu a sentença não pode integrar essa turma julgadora.¹⁵⁹

Não há hierarquia entre os tribunais de segundo grau e tais “Turmas”, de sorte que a solução encontrada nos acórdãos destas é final, não havendo recurso para o Tribunal de Justiça.

Nessa fase, foge-se do tratamento geral da lei, segundo o qual a presença do advogado é facultativa.

Na fase recursal, a parte não contará com capacidade postulatória, sendo necessária a presença de advogado nesse momento. As razões de tal obrigatoriedade estão ligadas ao aspecto técnico, discussão de *error in procedendo* etc.

O recurso é interposto no prazo de dez dias (art. 42).¹⁶⁰

Juizados Especiais Federais, in *Revista Dialética de Direito Processual* n. 2, São Paulo: Dialética, nov/2007, p. 11.

156 A forma singular da expressão é empregada propositadamente. Isso ratifica o entendimento do não cabimento de agravos.

157 Segundo Oreste Nestor Laspro, se “a sentença de primeiro grau homologou laudo arbitral ou conciliação das partes, pode qualquer uma delas, diante da impossibilidade de recorrer para a turma de recursos, interpor diretamente o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal” (Alguns aspectos dos recursos no Juizado Especial, in *Revista do Advogado* n. 50, p. 40).

158 CUNHA, J. S. Fagundes. *Recursos e impugnações nos Juizados Especiais Cíveis*, 2ª. ed., Curitiba: Ed. Juruá, 1997, p. 69-70.

159 Entendendo que não há impedimento do juiz sentenciante em integrar a turma, CAVALCANTE, Montovani Colares. “Recursos nos Juizados Especiais”, 1a. ed., Dialética, São Paulo, 1997, p. 25.

160 Também será de dez dias o prazo para sua resposta.



Nos Juizados Federais, as pessoas públicas ali autorizadas a litigar não terão prazo dilatado para ofertar seu recurso.¹⁶¹

O preparo será realizado de forma diversa da que prevista para o CPC (onde o pagamento é feito antecipadamente e a comprovação vem no ato da interposição), estando a técnica da LJE, hoje, defasada em relação àquela assumida pelo código.

Interpõe-se o recurso e seu preparo é realizado 48hs após aquela interposição. O valor a ser recolhido é aferido na forma do par. único, do art. 54.¹⁶²

“O recurso inominado será julgado deserto quando não houver o recolhimento integral do preparo e sua respectiva comprovação pela parte, no prazo de 48 horas, não admitida a complementação intempestiva (art. 42, §1º. da Lei n. 9.099/95)”.¹⁶³

Não haverá necessidade do preparo para o litigante que gozar dos benefícios da assistência judiciária.

De regra, o recurso terá somente o efeito devolutivo (art. 43).

No âmbito dos Juizados Federais, ao contrário dos estaduais, “o recurso interposto apresenta ambos os efeitos devolutivo e suspensivo, pois as disposições que tratam o cumprimento da sentença exigem o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo que, à toda evidência, nada impede que parte do conteúdo condenatório já tenha sido antecipado liminarmente”.¹⁶⁴

O efeito suspensivo do recurso poderá ser requerido - ao juiz ou ao relator,¹⁶⁵ os quais poderão deferir-lo motivadamente.

Caberá a interposição adesiva? Há controvérsias quanto a esse tema. No final, sagrou-se entendimento do Fórum Permanente dos Juizados de que *não cabe recurso adesivo em sede de Juizado Especial, por falta de expressa previsão legal*.¹⁶⁶

161 Consequência da regra mais ampla de não dilatação dos prazos processuais daquele processo (art. 9º, Lei n. 10.259/2001).

162 Ver ainda quando a despesas o pr. único do art. 54 e a sucumbência nessa fase, art. 55, caput.

163 Enunciado n. 80 do Fórum Permanente.

164 BORGES, Tarcísio Barros. Juizados Especiais Federais Cíveis: reexame das inovações da Lei n. 10.259/2001, após cinco anos de sua vigência, in *Revista Dialética de Direito Processual* n. 56, São Paulo: Dialética, nov/2007, p. 132-133.

165 Entendendo que a concessão do efeito suspensivo é ato da Turma e não do Relator, CAVALCANTE, Montovani Colares. *Recursos nos Juizados Especiais*, p. 37.

166 Enunciado n. 88.



É cabível (até salutar, diríamos) a sustentação oral.

Há quem sustente que o juiz não deveria intervir no recebimento do recurso.¹⁶⁷ Para os que entendem que o magistrado tem competência para a admissibilidade do recurso, negado seguimento a esse pelo juiz, caberia uma *reclamação* à Turma.¹⁶⁸

Da sentença nos Juizados Cíveis, não há reexame necessário porque seus beneficiários ali não atuam. Nos Juizados Federais, a incidência desse instituto é vedada expressamente.¹⁶⁹

Cabem os embargos de declaração (art. 48), quer da sentença, quer do acórdão das turmas. Há algumas notas peculiares quanto a esses: a) no plano da sua admissibilidade, ainda prevê-se a “dúvida”; b) admite interposição oral; c) ainda possui eficácia suspensiva do prazo do recurso superveniente.

Quanto ao erro material, “aquele perceptível *primo ictu oculi* e, sem maior exame, a traduzir desacordo entre a vontade do juiz a e expressa na sentença”,¹⁷⁰ seguindo a sistemática tradicional,¹⁷¹ será corrigível de ofício,¹⁷² a qualquer tempo (pr. único art. 48, LJE).

São exemplos desses: os meros erros de digitação; quando o juiz diz que “julga improcedente o pedido para condenar o réu”; a omissão do nome de algum litisconsorte.

Julgado o recurso inominado, virá seu acórdão. Mas cuida-se de um “acórdão” com menos formalidades (art. 46, LJE).

Caberá algum recurso dessa decisão?

Não caberão embargos infringentes,¹⁷³ afinal, de julgamento de apelação não se cuida.

Sem dúvida, ante a previsão da lei, caberão embargos declaratórios (supra).

Não caberá recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, visto que a situação não pode ser tida como um julgamento

167 CAVALCANTE, Montovani Colares. Op. cit., p. 36.

168 DINAMARCO, op. cit., p. 103.

169 Art. 13 da Lei n. 10.259/2001.

170 STJ, RESP n. 15.649, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro.

171 Confira-se, no CPC, o art. 463, I.

172 Ou mediante simples requerimento da parte, ainda que tenha havido coisa julgada.

173 Noutro sentido, pela admissibilidade dos infringentes, cf. CUNHA, J. S. Fagundes. *Recursos e impugnações nos Juizados Especiais Cíveis*, 2^a. ed., Curitiba: Ed. Juruá, 1997, p. 185.



de última instância por “Tribunal”, como requer o art. 105, inciso III, da Constituição.¹⁷⁴

Caberá, todavia, Recurso Extraordinário, haja vista que se cuida de uma decisão tomada em última instância.¹⁷⁵

Deve-se tomar cuidado com o antigo requisito do prequestionamento e, doravante, como a moderna exigência da repercussão geral.

Competirá ao Presidente da Turma Recursal o juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário. Caberá agravo de instrumento (art. 544, CPC) da decisão que negue seguimento a esse.

Nos Juizados Federais, há ainda a previsão do pedido de uniformização de interpretação de lei federal (art. 14, Lei n. 12.259/2001). A esse se tem reconhecido a natureza de recurso.¹⁷⁶ Mas esse pedido somente cabe em casos divergências sobre questões de direito material, não processual.

O pedido fundado em divergência: a) entre Turmas da mesma Região – deverá ser julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador; b) entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ – será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal.

É previsto um amplo contraditório para esse pedido. Poderão ser pedidas informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização, sendo ouvido também o Ministério Público.

Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo (*amicus curie*), poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

O memorial ou a sustentação oral do *amicus curie* tem por objetivo auxiliar o tribunal para que este possa proferir uma decisão acertada, ou com vista a sustentar determinada tese jurídica em defesa de interesses de terceiros que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão. Isso “pluraliza” o debate da questão, democratizando o procedimento.

174 Vide sumula 203 do STJ.

175 “Contra as decisões das Turmas Recursais são cabíveis somente os embargos declaratórios e o Recurso Extraordinário” (Enunciado n. 63).

176 BORGES, Tarcísio Barros. Juizados Especiais Federais Cíveis: reexame das inovações da Lei n. 10.259/2001, após cinco anos de sua vigência, in *Revista Dialética de Direito Processual* n. 56, São Paulo: Dialética, nov/2007, p. 135.



Com efeito, “a admissão de terceiro na condição de *amicus curie*, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões pois viabiliza, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representam os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais”.¹⁷⁷

Quanto às ações de impugnação, vemos que é possível sim o emprego de mandados de segurança contra atos do Juiz da unidade de Juizados ou da Turma Recursal. Nesses casos, a competência será da Turma Recursal para processar e julgar o writ.¹⁷⁸

BIBLIOGRAFIA

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Primeiras reflexões sobre o Pedido de Uniformização de Interpretação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, in *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, coord. Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 461-467.

BELLINETTI, Luiz Fernando. A intervenção do Ministério Público nos Juizados Especiais Cíveis, in *Revista de Processo* n. 87, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 1997, pp. 97-99.

BORGES, Tarcísio Barros. Juizados Especiais Federais Cíveis: reexame das inovações da Lei n. 10.259/2001, após cinco anos de sua vigência, in *Revista Dialética de Direito Processual* n. 56, São Paulo: Dialética, nov/2007, p. 118-138.

177 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Primeiras reflexões sobre o Pedido de Uniformização de Interpretação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, in *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, coord. Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 466. No mesmo sentido, cf. CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curie* nos Juizados Especiais Federais Cíveis, in *Revista Dialética de Direito Processual* n. 60, São Paulo: Dialética, mar/2008, p. 109.

178 “Cabe exclusivamente às Turmas Recursais conhecer e julgar o mandado de segurança e o habeas corpus impetrados em face dos atos judiciais oriundos dos Juizados Especiais” (Enunciado n. 62).



CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional de urgência nos Juizados Especiais Federais, in *Revista Dialética de Direito Processual* n. 2, São Paulo: Dialética, nov/2007, p. 7-14.

CAVALCANTE, Montovani Colares. "Recursos nos Juizados Especiais", 1a. ed., Dialética, São Paulo, 1997.

BORGES, Tarcísio Barros. Juizados Especiais Federais Cíveis: reexame das inovações da Lei n. 10.259/2001, após cinco anos de sua vigência, in *Revista Dialética de Direito Processual* n. 56, São Paulo: Dialética, nov/2007, p. 132-143.

CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curie* nos Juizados Especiais Federais Cíveis, in *Revista Dialética de Direito Processual* n. 60, São Paulo: Dialética, mar/2008, p. 102-112.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Juizados de Pequenas Causas, in *Participação e Processo*, coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 332-343.

CUNHA, J. S. Fagundes. *Recursos e impugnações nos Juizados Especiais Cíveis*, 2ª. ed., Curitiba: Ed. Juruá, 1997.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Manual das Pequenas Causas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, tomo III, 7ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Os Juizados Especiais Cíveis como instrumento de efetividade do processo e a atuação do Ministério Público, in *Revista de Processo* n. 117, São Paulo: Revista dos Tribunais, set-out 2004, p. 135-161.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; e LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, 1ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FUX, Luiz. A ideologia dos Juizados Especiais, *Revista de Processo* n. 86, abr-jun, 1997, p. 204-213.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; e GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*, 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



LACASTRA NETO, Caetano. *Juizado Especial de Pequenas Causas no Direito Comparado*, São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

LASPRO, Oreste Nestor. Alguns aspectos dos recursos no Juizado Especial, in *Revista do Advogado* n. 50, p. 35-40.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos, in *Revista do Advogado* n. 50, p. 15-19.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*, 6a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

1



LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL: CONTROLE NOS MUNICÍPIOS

Luis Claudio Pontes Mascarenhas

1. INTRODUÇÃO

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 (denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), publicada no Diário Oficial da União, de 05 de maio de 2000, adentra no mundo jurídico para regulamentar o artigo 163, incisos I, II, III e IV e o artigo 169, da Constituição Federal de 1988. Busca a Lei de Responsabilidade Fiscal valorizar o planejamento, o controle e a economicidade na gestão financeira de natureza pública, em todas as esferas de governo e em todos os poderes da Federação, determinando que a violação às suas disposições tipificará crime de responsabilidade ou crime comum, de acordo com a legislação incidente. Dispõe sobre princípios fundamentais e normas gerais de finanças públicas, estabelecendo na Administração Pública a gestão fiscal responsável.

Podemos definir responsabilidade fiscal como sendo o cuidado na arrecadação das receitas e na realização das despesas públicas. Nesse sentido, o gestor obriga-se a agir com planejamento e transparência. Encontra fundamento constitucional em conformidade com o disposto no artigo 30 da Emenda Constitucional nº 19, que fixou prazo de 180 (cento e oitenta) dias para apresentação ao Poder Legislativo, por parte do Poder Executivo, do projeto de lei complementar referido no artigo 163 da Constituição Federal.

O texto legal, aplicável a todos os entes da federação, subordina amplamente o regime da atividade administrativa, com especial cuidado na questão da assunção de dívidas sem a devida autorização orçamentária. Essa determinação é mais evidente com referência aos entes da Federação, mas também abraça genericamente todas as entidades estatais, mesmo aquelas que não estão enquadradas pelo conceito de empresa estatal dependente.

É, de forma indiscutível, um divisor importante na luta pelo planejamento eficaz, modernização fiscal e moralização da



Administração Pública no Brasil. Ela estabelece uma nova cultura de administração das finanças públicas. Constitui-se numa ferramenta valiosa para que os Tribunais de Contas, o Ministério Público e, também, o Poder Judiciário possam, de forma pragmática, controlar as ações dos administradores públicos e punir maus gestores do dinheiro do contribuinte. O resultado é, na seara do Executivo, uma mobilização coletiva para fiscalizar o Presidente, os Governadores e os Prefeitos, evitando mau uso do patrimônio e das verbas públicas.

2. PROPÓSITOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A LRF estabelece elementos estruturais para a sedimentação do planejamento e do controle fiscal dos entes federados, com o propósito de estabelecer princípios, regular, dar transparência, viabilizar meios de acompanhamento e de punição, tudo como forma de facilitar a gestão e de reduzir as ocorrências de desmandos administrativos em nosso país.

Na exposição de motivos da LRF (PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 18/1999) estão elencados seus propósitos, dentre os quais destacam-se os que seguem:

- i. Imposição dos limites de gastos com pessoal a cada um dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios, definindo assim responsabilidade específica para o Legislativo e o Judiciário;
- ii. Utilização do conceito de receita tributária disponível, para servir de base aos limites relativos às despesas de pessoal e de dívida;
- iii. Dilatação dos prazos para enquadramento aos limites definidos para as principais variáveis das finanças públicas, quando verificadas mudanças drásticas na política monetária e cambial e desde que sejam reconhecidas como tal pelo Senado;
- iv. Ampliação do prazo para liquidação de Restos a Pagar, com objetivo de melhor adaptá-lo às especificidades de Estados e Municípios, bem como limitar os Restos a Pagar para cada um dos Poderes;
- v. Introdução de regra de transição para os entes que não estejam enquadrados nos limites referentes à dívida quando da entrada em vigor da lei; e



vi. Definição de regra, antes restrita à União, em suas relações com os Governos estaduais, que impede os Estados de transferir recursos aos Municípios para atendimento de ações e serviços públicos próprios desse entes.

No seu corpo, a Lei, ordena um conjunto de procedimentos, limites e metas para o uso dos recursos públicos nas três esferas (União, Estados e Municípios) e nos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). A intenção é que não se gaste mais do que se arrecada e que se estabeleça um limite de endividamento para as unidades federadas; impedindo que governantes deixem problemas que irão aflorar nas administrações posteriores. É pois, na sua essência, um autêntico código a ser observado na conduta gerencial dos administradores públicos, em todas as suas dimensões.

Carvalho Filho (2004, p.790) ensina que:

O grande objetivo desse diploma reside na obtenção de equilíbrio nas contas públicas, para tanto prevenindo riscos e corrigindo desvios, tudo mediante o cumprimento de metas de resultados entre receita e despesa.[...]

Trata-se de diploma avançado e indispensável no cenário do país

Em razão da citada ferramenta legal, os governantes, ordenadores de despesas e, porque não dizer, todos os agentes públicos, devem obediência às normas e limites na administração das finanças públicas. O Senador Jefferson Péres (2000, p. 72), relator do projeto da LRF, assim definiu o novo regime de gestão fiscal:

[...]implica a instituição de mecanismos de controle do endividamento e das despesas públicas, particularmente das despesas ditas obrigatórias de caráter continuado, assim como a implementação de política fiscal calcada em estratégias e metas previamente definidas[...]

A Lei em comento objetiva assegurar a austeridade fiscal necessária e visa ainda promover as ações indispensáveis ao desenvolvimento, devidamente bem alicerçado, do novo padrão de atuação do setor público. Para isso, a Lei de Responsabilidade Fiscal define os limites e regras de ajustes para os componentes dos gastos e as normas que buscam os benefícios da prudência e da transparência na gestão das finanças dos entes federados.

A LRF foi, portanto, o marco inicial para o estabelecimento de um novo regime fiscal no Brasil, constituindo-se como parte



integrante do processo de reforma do Estado, reforma essa no sentido de estabelecer um novo aparelhamento administrativo, representado pela Administração Pública no seu mais amplo sentido. Isso em função da complexidade das funções estatais estarem abalando, dia a dia, os fundamentos da administração clássica, exigindo-se, portanto, novas formas e meios de prestação dos serviços afetos ao Estado. Faz-se necessário, no entanto, perceber que a tarefa é por demais dificultosa, considerando a nossa complexa organização administrativa, com sobreposição de órgãos e entidades públicas e a gama expressiva de organismos que formam o aparelhamento estatal.

3. EIXOS FUNDAMENTAIS

Formam as balizas da LRF: o planejamento, a transparência, o controle e, por fim, a responsabilização.

Vejamos abaixo como o já citado relator do projeto da LRF discorre sobre as diretrizes que compõem a lei em comento.

[...]estão desenhadas no sentido de garantir a produção de resultados fiscais mais favoráveis ou positivos, estimulando o gradual crescimento do patrimônio líquido estatal, a concomitante redução do endividamento, o equilíbrio do fluxo de caixa e a diminuição do ímpeto de criação de encargos para o Estado. (PERES, 2000, p. 72).

O conceito de planejamento no Direito Público e também na Administração Pública não é novidade, mas na LRF fica repaginado em busca de uma nova dimensão. Ela, a lei, em muitos pontos, ressalta a necessidade do gestor público planejar, com objetivo inafastável de: identificar ações, prever situações e definir o que deseja e o que deve fazer, de forma concreta, para alcançar as metas delineadas.

O Planejamento foi refinado com o surgimento de limites, objetivos e condições para a renúncia, para a arrecadação de receitas e para a geração de despesas. A Lei resgata a importância do planejamento na definição das prioridades. Os orçamentos deixam de ser peças de faz de conta, na medida em que deles são excluídas as alucinações administrativas. Ainda hoje, percebe-se que os orçamentos têm sido muito mal elaborados. Muitas vezes, a receita que está ali prevista, nunca vai ser alcançada. Num passado recente, havia casos de municípios em que os valores efetivamente arrecadados não representavam a metade do que era proposto no orçamento. Dessa forma, o gestor sentia-se autorizado a contratar



e pagar gastos muito acima da real capacidade orçamentária. Na verdade, os orçamentos públicos devem ser apresentados com base em planejamento elaborado com sentimento de realidade, considerando o nível dos recursos que as entidades poderão dispor, vinculados com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e com os Planos Plurianuais. Com a LRF, o orçamento é trabalhado nesse ambiente, não se colocando tudo aquilo que se quer colocar, mas elegendo apenas o que for possível. Na verdade, a carência é imensa e, assim sendo, quase todos os setores em que se podem alocar recursos necessitam, de fato, ser contemplados. Mas o ponto é que não há dinheiro disponível para resolução de todas as carências da coletividade. Dessa forma, o administrador público deve ser realista e definir quais são as prioridades, elegendo o que é possível realizar diante da escassez de recursos. Estamos falando de verdade orçamentária baseada nas metas e nos indicadores que devem nortear as ações pertinentes às finanças públicas. Como ensina Pedro Lino (2001, p. 33):

[...] para o bom controle de custos e a avaliação dos resultados dos programas desenvolvidos com recursos orçamentários, devem-se ademais fixar indicadores socioeconômicos, essenciais, sem dúvida, para a medição objetiva da eficiência, eficácia e economicidade na administração orçamentária e financeira.

A Transparência da gestão fiscal é um dos pilares em que se apóia a Lei. Pressupõe a adoção de linguagem simples, acessível, compreensível pelo cidadão, de forma que o controle social possa ser exercitado. A transparência exige ainda a disponibilização prévia e ampla do planejamento e a divulgação dos resultados da gestão pública, permitindo identificar as receitas e despesas, possibilitando a participação popular na elaboração orçamentária e na fiscalização de sua execução. A LRF viabiliza uma analítica gestão das receitas e das despesas públicas, dando eficácia e legitimando as opções (vinculadas ou discricionárias) do governante. Inaugura conceitos na Administração Pública, como o da contabilidade de custos, que torna viável saber quanto o ente federado gasta por setor ou atividade desenvolvida, informando à sociedade sobre o custo de certo serviço ou atividade mantida pelo executivo, viabilizando, também, instrumentos mais amplos à fiscalização do Tribunal de Contas, satisfazendo, em última análise, ao princípio da economicidade.

O Controle foi otimizado com a ampliação das ações de fiscalização dos Tribunais de Contas e do Ministério Público,



proporcionando que os referidos órgãos possam averiguar e detectar com mais amplitude o comportamento da administração e dos gestores dos recursos públicos. A LRF estabelece mecanismos reais de controle, implementação e acompanhamento dos orçamentos, não permitindo, por exemplo, que obras não constantes no Plano Plurianual, com duração superior ao do exercício, sejam realizadas. A Lei Complementar nº 101 impõe critérios mais severos acerca das projeções de receitas e condiciona a assunção de obrigações à devida autorização orçamentária.

A Responsabilização é algo básico e elementar, onde ocorrer prática irregular de poder haverá responsabilização. O nosso sistema jurídico valora diversas espécies de responsabilidades aplicáveis aos agentes públicos, mediante a específica ação praticada, seja ela de ordem patrimonial, política, por improbidade administrativa, fiscal e outras. A responsabilização ocorre sempre que há descumprimento das regras de gestão fiscal, punindo o ente federado com restrições orçamentárias e punindo os agentes responsáveis, de acordo com a legislação aplicável (via de regra com esteio no Código Penal e, ou, na Lei de Improbidade Administrativa).

O descumprimento das determinações previstas na LRF deverá acarretar ao órgão ou ao titular do poder, punições como as que seguem:

- Impedimento da entidade para o recebimento de transferências voluntárias;
- Proibição de contratação de operações de crédito e de obtenção de garantias para a sua contratação;
- Pagamento de multa com recursos próprios (podendo chegar a 30% dos vencimentos anuais) do agente que lhe der causa;
- Inabilitação para o exercício da função pública por um período de até cinco anos;
- Perda do cargo público;
- Cassação de mandato; e
- Prisão, detenção ou reclusão.

Ainda nesse contexto, asseveramos que qualquer ação ou omissão que fere os deveres de legalidade, honestidade e imparcialidade e, de forma específica, à responsabilidade fiscal, constituem improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública. Dessa forma, independente das sanções penais e administrativas, fica o agente responsável por ato de improbidade administrativa sujeito ao que segue:



- ressarcimento integral do dano;
- perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- perda da função pública;
- suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos;
- pagamento de multa civil até duas vezes o valor do dano; e
- proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de cinco anos.

4. METAS PRIORIZADAS

Constituem as principais metas da Lei de Responsabilidade Fiscal: a) prevenir déficits imoderados e reiterados; b) limitar a dívida pública a níveis prudentes; c) preservar o patrimônio público líquido; d) limitar o gasto público continuado - despesas de pessoal e decorrentes de manutenção de investimentos; e) amplo acesso da sociedade às informações sobre as contas públicas.

Nesse contexto, a LRF define mecanismos adicionais de controle das finanças públicas, dentre os quais se destacam:

1. GASTOS COM PESSOAL – Impõem limites de gastos com pessoal, como percentual das receitas, para os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Se o gestor verificar que o limite para despesa com pessoal foi ultrapassado, deverá tomar providências para se adequar, no prazo de oito meses. Mas, se depois disso, continuarem a existir excessos, ele sofrerá penalidades.

2. DÍVIDA PÚBLICA - Fixa limites para a dívida pública. Os parâmetros são definidos também como percentuais das receitas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Isto significa que os gestores deverão obedecer a relação entre a dívida e sua capacidade de pagamento. Lembrando sempre que: se o governante verificar que ultrapassou os limites de endividamento, deverá tomar providências para se enquadrar, dentro do prazo de doze meses, reduzindo o excesso em pelo menos 25%, nos primeiros quatro meses. Mas, se depois disso, existir excesso, a administração pública ficará impedida de contratar novas operações de crédito.

3. METAS FISCAIS - A LRF define o estabelecimento de metas fiscais trienais. Isso permite que o governante consiga planejar as receitas e as despesas, devendo corrigir os problemas que possam surgir no meio do caminho. Além disso, fica facilitada a prestação de



contas à sociedade, porque se sabe o que está sendo realizado e como está sendo feito para se alcançar os objetivos.

4. COMPENSAÇÕES - A Lei estabelece que nenhum governante poderá criar uma nova despesa continuada por prazo superior a dois anos - sem apontar sua fonte de receita ou a redução de uma outra despesa.

5. ANO DE ELEIÇÃO - A Lei de Responsabilidade Fiscal impõe restrições adicionais para controle dos gastos públicos em anos de eleição, com ênfase para o seguinte: a) fica impedida a contratação de operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (ARO); b) é proibido ao governante contrair despesa que não possa ser paga no mesmo ano. A despesa só pode ser transferida para o ano seguinte se houver disponibilidade de caixa; e c) é proibida qualquer ação que provoque aumento da despesa de pessoal nos Poderes Legislativo e Executivo dentro dos 180 dias anteriores ao final da legislatura ou mandato.

Assim sendo, para uma gestão segura, os administradores públicos devem observar os dez mandamentos da gestão fiscal responsável, que estão abaixo elencados conforme Nascimento & Debus (2001, p.61):

I - Não terás crédito orçamentário com finalidade imprecisa nem dotação ilimitada (Art.5º, § 4º);

II - Não farás investimento que não conste do Plano Plurianual (Art. 5º, § 5º);

III - Não criarás nem aumentarás despesa sem que haja recursos para o seu custeio (Art.17, § 1º);

IV- Não deixarás de prever e arrecadar os tributos de tua competência (Art. 11);

V - Não aumentarás a despesa com pessoal nos últimos seis meses do teu mandato (Art.21, II, Parágrafo Único);

VI- Não aumentarás a despesa com a seguridade social sem que a sua fonte de custeio esteja assegurada (Art. 24);

VII - Não utilizarás recursos recebidos por transferência para finalidade diversa da que foi pactuada (Art. 25, § 2º);

VIII - Não assumirás obrigação para com os teus fornecedores, para pagamento posteriori, de bens e serviços (Art. 37, IV);



IX- Não realizarás operação de ARO (Antecipação da Receita Orçamentária), sem que tenhas liquidado a anterior (Art. 38, IV, "a"); e,

X- Não utilizarás receita proveniente de alienação de bens para o financiamento de despesas correntes (Art. 44).

5. A RESPONSABILIZAÇÃO NA GESTÃO FISCAL DOS MUNICÍPIOS

Considerando as três esferas de poder, a municipal é que tem ligações mais diretas com o povo, pois se responsabiliza por todas as ações na organização da cidade e na ordenação dos serviços públicos. Dessa forma, o poder municipal pode ser considerado uma rede de relações sociais, econômicas e políticas atuando em prol da população.

Assim, torna-se imprescindível a conscientização da importância do município e as consequências da LRF sobre os mesmos (SENA; ROGERS, 2007).

A Lei de Responsabilidade Fiscal definiu procedimentos e condutas para os prefeitos e para a gestão dos municípios, que ficam vinculados às normas de finanças, com limites para administrar essas receitas públicas, apresentando contas de qual o montante e como foram aplicados os recursos da sociedade. A LRF objetiva, portanto, disponibilizar ferramentas, parâmetros e limites para ajudar na organização e na gestão financeira das cidades, atrelando maior responsabilidade aos seus gestores. Constituindo-se, pois, em um código de conduta a ser observado na gestão da coisa pública.

Nesse sentido, discorre Marçal Justen Filho (2005, p.595):

Esse diploma veiculou normas acerca de finanças públicas, reduzindo drasticamente a margem de liberdade que propiciava irregularidades na gestão da coisa pública [...]

.....

A Lei de Responsabilidade Fiscal é uma tentativa de pôr fim a esse descalabro. Inúmeros mecanismos foram adotados, especialmente para dar transparência ao endividamento e à gestão dos recursos financeiros. Impôs-se sancionamento às pessoas políticas que não respeitarem limites de endividamento. Esse sancionamento consiste em inúmeras restrições e



mandamentos, reduzindo-se a margem de atuação dos entes endividados.

Um sistema eficaz de gestão e acompanhamento dos movimentos fiscais, requer instrumentos que possibilitem aos órgãos de controle as ferramentas adequadas para identificar os responsáveis por desmandos na direção financeira dos entes federados.

Nesse contexto, ocorrendo desvios aos ditames da LRF e sendo possível identificar com fidelidade o responsável pela conduta irregular, essa administração sofrerá as sanções previstas, em consonância com a ilegalidade cometida. Sem dúvidas, significou avanço no ordenamento jurídico pertinente à Administração Pública em nosso país. O gestor sabe que, mais do que o simples dever de agir com correção, é sua responsabilidade acompanhar com cuidado os movimentos da sua administração para evitar que erros, mesmo sem dolo, ensejem problemas de aprovação das suas contas e, como resultado, tenha que suportar alguma penalidade. Na prática, é de se esperar que a possibilidade de responsabilização proporcione otimização administrativa, com conseqüente redução dos desmandos.

Estamos assim, diante de um inovador instrumento legal que impõe a necessidade de obediência aos princípios que regem as ações de gestão fiscal e financeira no ambiente da Administração Pública.

Norteiam, portanto, a LRF, dispositivos legais que disciplinam os gastos, estabelecem limites para as despesas e impõem metas para a aplicação dos orçamentos disponíveis, prevendo penalidades para os responsáveis pelos desmandos, incluindo aí, para o mau gestor, a esfera penal. Tudo isso com a clara finalidade de atender ao interesse público, na medida em que se busca, com uma melhor gestão, benefícios à sociedade.

Esse objetivo, satisfação do interesse coletivo, só será alcançado se houver responsabilidade na administração fiscal e financeira dos recursos públicos municipais. Para isso, a LRF define com clareza os meios de acompanhamento e responsabilização, prevendo sanções aplicáveis aos prefeitos faltosos.

Sendo assim, os gestores municipais devem prezar pelo bom comportamento administrativo, buscando de forma incansável adequar a máquina administrativa da prefeitura ao regramento positivado pela Lei Complementar nº 101/2000. Para isso é imprescindível que a gestão municipal seja modernizada e contemple



um planejamento estratégico que possibilite aos gestores uma análise das competências, das metas prioritizadas, da busca e manutenção de talentos e, em especial, dos recursos financeiros possíveis de serem captados e utilizados de forma eficiente.

A possibilidade de responsabilização pessoal do agente público, inovação da LRF, veio ao encontro do anseio da sociedade, que espera ver efetivado, de forma sistemática, o controle e a consequente penalização do gestor que não soube respeitar o poder concedido pelo povo para administrar a coisa pública, tudo isso sem afronta ao princípio da impessoalidade da gestão.

É importante citar que a LRF estabelece as ferramentas necessárias para que o prefeito e a sua equipe tenham condições de estabelecer uma administração eficaz e responsável, definindo os termos e requisitos para o correto exercício da gestão financeira e patrimonial na sua cidade. Sabendo, em contrapartida, que os desvios serão punidos na esfera administrativa por ilícito contra a gestão pública e na esfera criminal, se assim restar tipificado.

A responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa tem raiz no § 4º do art. 37 da CF, que prevê as penas de suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível. A matéria é disciplinada pela Lei nº 8.429, de 02/06/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), que, nos seus artigos 1º e 2º, deixa expresso que essa espécie de responsabilidade é atribuível a todo e qualquer servidor público, a qualquer pessoa que exerça função pública, ainda que transitoriamente e sem remuneração, sendo investido por meio de mandato, cargo, emprego ou função, tanto na administração direta quanto na indireta, e ainda em entidades que recebam subvenções, benefício ou incentivo do Poder Público ou para cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido.

A LRF define sanções para aqueles que desrespeitarem suas disposições. As punições são aplicadas, via de regra, com base no Código Penal e na citada Lei nº 8.429/92. Dentre as penas estão a perda do cargo e a inabilitação, por até 5 (cinco) anos (oito anos em se tratando de Presidente da República), para o exercício de função pública. De acordo com o art. 59, compete ao Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, ao sistema de controle interno de cada Poder e, ainda, ao Ministério Público, a fiscalização do cumprimento das normas da LRF.



Conclui-se que a sociedade, paulatinamente, vem entendendo que os recursos públicos não surgem do nada, pelo contrário, vem do esforço e do bolso dos administrados. Assim sendo, o movimento pela ética nas relações políticas dá sinais de vitalidade, contribuindo para mudança na mentalidade e na postura da Administração Pública. Dessa forma, mesmo que lentamente, a previsão de responsabilização dos prefeitos e câmaras municipais pelos desvios administrativos tem levado ao caminho de uma nova e salutar cultura de zelo com os destinos dos recursos públicos, possibilitando, com uma pitada de otimismo, vislumbrar avanços significativos na seara da gestão municipal brasileira.

6. AS PRESTAÇÕES DE CONTAS

Todo aquele que atua em nome de outro deve prestar conta de sua atuação, devendo existir um controle dos atos praticados. Essa afirmação é plenamente aplicável para a Administração Pública, considerando que a sociedade pode e deve solicitar as contas de todos os agentes públicos. Dessa forma, não sendo prudente esperar daqueles que estão no poder um autocontrole, faz-se necessária a criação de órgãos com a missão de controle no sistema administrativo de forma geral. Para o Direito Administrativo, esses órgãos representam uma matéria de significativa relevância, refletida em restrições para o administrador quanto ao uso da máquina pública que está sob sua gestão, tudo para atendimento dos interesses da coletividade.

O controle sobre os atos da Administração Pública deve permitir o acompanhamento da adequação de suas atividades às normas fundamentais positivadas pelo poder político. Esse controle tem uma tendência preventiva, sugerindo que a própria administração estabeleça conjunto de regras e de deveres que possa prevenir o arbítrio e que leve ao regular funcionamento dos serviços públicos.

Conforme a LRF, no âmbito municipal, os prefeitos e os presidentes das câmaras municipais estão obrigados à prestação de contas. Manda a tradição que as contas sejam apresentadas pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo, isto é, deverão ser encaminhadas pelo Prefeito do Município à Câmara Municipal e ao respectivo Tribunal de Contas, que, após análise, emitirá parecer prévio. Ademais, a LRF estabelece como obrigatório o envio de cópia das respectivas contas, até o final do mês de abril, para o Poder Executivo do respectivo Estado, para posterior remessa ao



Poder Executivo da União, objetivando a consolidação das contas nacionais. Importante observar que o descumprimento desse prazo obsta ao Município recebimento de transferências voluntárias e impede ainda contratação de operação de crédito, salvo as destinadas ao refinanciamento principal atualizado da dívida mobiliária.

É exigência legal que as prestações de contas acima citadas sejam publicadas, para que a sociedade saiba se as contas dos seus gestores foram aprovadas, aprovadas com ressalvas ou reprovadas.

O Tribunal de Contas tem a responsabilidade de avaliar e emitir parecer sobre o equilíbrio financeiro do município, analisando as receitas obtidas e as despesas efetivadas, indicando, ainda, que medidas foram realizadas pela administração para atingir as metas do planejamento, tanto quanto à otimização na arrecadação como, também, quanto às medidas tomadas para racionalizar as despesas municipais.

Para isso, é necessário que a gestão pública formule ações e metas que busquem otimizar sua política tributária, lançando sistematicamente todos os valores referentes aos tributos de sua competência.

7. A FISCALIZAÇÃO DAS CONTAS PÚBLICAS

A fiscalização das contas dos gestores e demais responsáveis pelos recursos públicos da Administração Direta e Indireta, bem como as contas daqueles que derem causa a perda ou prejuízo ao erário público, são de competência dos Tribunais de Contas.

A CF de 1988, mesmo mantendo a natureza jurídica dos julgados efetivados pelos Tribunais de Contas, estabelece na forma expressa pelo § 3º do artigo 71, que as decisões desses tribunais, quando definem imputação de passivo (débito ou multa), têm eficácia de título executivo. Consignando, portanto, exceção constitucional ao princípio da unidade de jurisdição, admitindo, por essa via, competência privativa dos Tribunais de Contas para o julgamento das contas dos gestores e demais responsáveis pelos valores públicos. Preserva, no entanto, a possibilidade de verificação pelo Poder Judiciário quanto à obediência ao princípio constitucional do devido processo legal (competência, forma, ampla defesa, contraditório, etc), como vemos no julgado que segue:

Ementa: Ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de



revisão na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou terna de ilegalidade manifesto. Mandado de segurança não conhecido. Supremo Tribunal Federal: MS-7280. Rel.Min. Henrique D'Avilla.

Nesse contexto, o STF restringe o uso do mandado de segurança:

Ementa: Mandado de segurança denegado. Os julgamentos de Tribunais de Contas, no uso da atribuição conferida pelo art. 77 da Constituição, só poderão ser cassados por mandado de segurança quando resultem de ilegalidade manifesta ou abuso de poder. Supremo Tribunal Federal; MS-5490-RJ, Rel. Min. Antônio Villas Boas.

Cabe, portanto, aos Tribunais de Contas a análise dos atos pertinentes à utilização dos recursos públicos, isso com objetivo de apurar se os atos da gestão municipal estão em conformidade com as normas e com os princípios constitucionais. São órgãos de controle criados como mecanismo de defesa da sociedade e a favor dos interesses da própria democracia, atuando como fiscalizador das operações relativas às receitas e às despesas públicas, devendo apreciar, fiscalizar, julgar contas, promover inspeções para verificação de dados, realizar auditorias, sugerir procedimentos, prestar informações, aplicar punições, sustar atos e, ainda, representar sobre irregularidades encontradas na gestão pública.

O acompanhamento da gestão municipal é efetivada por meio de fiscalização ordinária das finanças públicas. A LRF, por sua vez, estabelece elementos estruturais para a sedimentação do controle fiscal dos municípios por suas instituições e pela sociedade.

A fiscalização visa estabelecer acompanhamento permanente no intuito de regular e cobrar transparência como forma de reduzir descalabros nas finanças dos municípios. Ainda está a Administração Pública a depender da montagem de uma estrutura fortificada e atuante de fiscalização, quase inexistente nos pequenos e médios municípios.

O normal é pensar que todo orçamento deve ter equilíbrio, mas no mundo positivo do direito isso não estava expressamente dito em norma alguma. Como resultado, com poucas exceções, a Administração Pública tende a gastar mais do que arrecada, fazendo com que um bom número de municípios se encontrem em situação de insolvência, sem dinheiro para providenciar até mesmo os serviços essenciais. Infelizmente a realidade é que os gestores municipais



se caracterizam exatamente por gastar de forma demasiada, comprometendo de forma irresponsável as futuras administrações.

Percebe-se, então, que os Tribunais de Contas podem atuar tanto de forma corretiva, quando, por exemplo, julgam as contas dos municípios, como de forma preventiva, quando alertam aos gestores sobre a proximidade dos gastos aos limites fixados pelas normas, buscando, com essas ações, impedir o endividamento exacerbado para os cofres públicos.

8. CONCLUSÃO

A eficácia da LRF é condicionada à atuação de toda a sociedade, que deve compreendê-la e divulgá-la, objetivando assegurar sua plena aplicação. Representa um avanço em termos de Administração Pública, cabendo à sociedade brasileira se manifestar e exigir seu cumprimento. Chega de gestores habituados a mandar e desmandar nos recursos públicos que estão sob sua responsabilidade pois ela alcança, sem exceções, todos os agentes públicos. Dessa forma, na proporção em que os gestores públicos a respeitam, agindo com compromisso, a sociedade sai ganhando, seja por meio de uma menor carga tributária ou por meio da aplicação adequada dos recursos ou, ainda, por meio de programas sociais que atendem às camadas mais humildes e carentes da população. Sendo empossados, cabe aos prefeitos, e aos demais integrantes da sua equipe gestora, apurar e denunciar aos órgãos responsáveis pela fiscalização e cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, os erros praticados pela administração anterior, sob pena de também responderem na seara civil e criminal em razão da omissão que cometem. Representar e mover as ações que possibilitem a apuração e a punição dos infratores é dever de todos, incluindo o Ministério Público, mas principalmente é dever daqueles que foram eleitos pelo povo para administrar as prefeituras (Executivo) e para fiscalizar o cumprimento da boa gestão (Legislativo).

Mas o objetivo maior da LRF não é a punição, ela se apresenta como um código de conduta que possibilita ao administrador público perseguir um bom planejamento para o ente federado sob sua gestão fiscal. Trata-se não apenas de instrumento de moralização, mas também de instrumento norteador para o regular cumprimento das obrigações contratualmente assumidas, já que no seu bojo traz



procedimentos organizacionais para o gestor, o que facilita e torna efetiva a atividade administrativa.

Inferimos, por fim que, independente do porte da Prefeitura, o planejamento é um recurso fundamental na busca de uma administração eficaz, e que, nesse contexto, a Lei de Responsabilidade Fiscal atua como a ferramenta capaz de proporcionar elementos legítimos de gestão, minimizando, por essa via, a margem de erros na Administração Pública Municipal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei nº 8429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Vade Mecum*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALHEIROS. Olavo. Lei de responsabilidade fiscal: *Guia de orientação para as prefeituras*. Brasília: Centro de documentação e informação da Câmara dos Deputados, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LIMA, Caroline. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e os Contratos Administrativos*. (ONLINE). Disponível: <http://www.escriorioonline.com>, 2003.

CONGRESSO NACIONAL, *Exposição de motivos interministerial*, Projeto de Lei Complementar nº 18, Brasília, Diário Oficial da Câmara dos Deputados, 1999.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral e NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. *Os municípios e a lei de responsabilidade fiscal*. Brasília: ESAF, 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. *A Responsabilidade do Agente Político*. *Jus Navigandi*, Teresina, Disponível em: <http://jus.com.br/artigos>, Junho 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*, 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.



ANDRADE, Rogério Vieira. *A Lei De Responsabilidade Fiscal e Sua Aplicação*. (ON LINE). Disponível:<http://artigos.netsaber.com.br>.

LINO, Pedro. *Comentários à lei de responsabilidade fiscal: lei complementar nº 101/2000*. São Paulo: Atlas, 2001.

SENA, L. B.; ROGERS, P. *Análise agregada dos municípios mineiros de grande porte quanto a adequação à lei de responsabilidade fiscal (LRF)*. 2007. Anais do XIV Congresso Brasileiro de Custos – João Pessoa - PB, Brasil, 05 de dezembro a 07 de dezembro de 2007.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo e DEBUS, Ilvo. *Entendendo a lei de responsabilidade fiscal*, 3. ed. Brasília: ESAF, 2001.

PERES, Jefferson, *Responsabilidade Fiscal: o governo a serviço do cidadão*, Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, 2000.

TOLEDO JR., Flávio C. de e ROSSI, Sérgio Ciquera. *Lei de responsabilidade fiscal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: NDJ, 2001.

NÓBREGA, Marcos Antônio e FIGUEIRÊDO, Carlos Maurício - BNDES - *Os Municípios e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. (On Line) Disponível: www.bndes.gov.br/SiteBNDES, Maio de 2001.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Lei de Responsabilidade Fiscal: Dúvidas Mais Frequentes*. (ON LINE). Disponível; <http://www.planejamento.gov.br>, 2000.

FIGUERÊDO, Carlos Maurício Cabral et alii. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. Recife: Nossa Livraria, 2000.

1



A POSSIBILIDADE DO ARRESTO ONLINE ANTES DA CITAÇÃO DO DEVEDOR E SUA INTERLIGAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA MÁXIMA EFETIVIDADE EXECUTIVA E CELERIDADE PROCESSUAL

Rui Tavares Dantas Filho

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho busca realizar uma análise sobre a possibilidade da constrição de bens passíveis de serem penhorados antes da citação da parte devedora, notadamente através do arresto online, Bacenjud, medida provisória esta prevista e regulamentada no art. 653, c/c 655-A, ambos do Código de Processo Civil, nas situações em que o devedor se encontrar em local incerto e/ou não sabido, notadamente quando o mesmo não for localizado pelo oficial de justiça no endereço informado.

Nesse diapasão, parte-se de um pressuposto sistemático do princípio da máxima efetividade do processo executivo conjuntamente com os princípios da efetividade e celeridade processuais, assim como da economia processual, prerrogativas estas que se encontram interligadas e associadas à ciência jurídica, sendo basilares no contemporâneo ordenamento constitucional.

A matéria abordada vem ganhando relevo em nosso atual sistema jurídico, especialmente em virtude da procura por uma maior efetividade na execução processual, voltada para a plena satisfação da parte exequente e aplicação analítica dos preceitos processualísticos, possibilitando, assim, uma maior eficiência do Poder Judiciário no momento da prestação de sua tutela jurisdicional.

A existência de regulamentação normativa autorizando o arresto, quando não for encontrado o devedor, funciona como embasamento para a constrição online, possibilitando a utilização de



um variado leque em prol dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico.

Com efeito, busca-se demonstrar que a índole executiva se volta, mais incisivamente, para a localização de bens passíveis de satisfazerem a execução processual, e não para o amplo exercício do contraditório e da ampla defesa pela parte devedora. Nesse contexto, trabalha-se a interligação de tais aspectos contidos na ciência jurídica para analisar a possibilidade da convivência harmônica, em nosso ordenamento jurídico, de tais prerrogativas, interligando previsões normativas que, a primeira vista, seriam inconciliáveis.

As fontes deste artigo são os ensinamentos oferecidos pela doutrina especializada na matéria, assim como o posicionamento jurisprudencial que vem sendo perfilhado nos diversos tribunais do nosso país, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, que vem pacificando a matéria abordada no presente trabalho, sendo perseguida, ainda, a obtenção de dados descritivos mediante contato direto ou interativo com a situação de estudo.

Por fim, através da explanação do assunto proposto, busca-se encontrar maneiras de aumentar a efetividade e celeridade na prestação jurisdicional controlada pelo Estado, com o escopo de que a tutela desejada e acionada pela parte interessada seja realmente e efetivamente proporcionada, de maneira a satisfazer os interesses daquele que necessita do amparo jurisdicional de maneira plena e integral.

2. A DIFERENCIAÇÃO EXISTENTE ENTRE O ARRESTO DO ART. 813 E SS. DO ARRESTO INSERIDO NO ART. 653

Em uma primeira abordagem sobre o assunto, cuida anotar a diferenciação existente entre o arresto que se encontra regulamentado pelo artigo 653, do que se faz presente nos artigos 813 a 821, ambos previstos no Código de Processo Civil.

Partindo do último enquadramento legal indicado, que se encontra inserido no Livro III, Capítulo II, do CPC, que norteia sobre os Procedimentos Cautelares Específicos, vale salientar que o arresto, embora não satisfaça o direito material do credor, possibilita garantir o resultado pretendido no processo movido pela parte credora, proporcionando exequibilidade e segurança ao crédito pretendido.



Regulamentando sobre o assunto, os artigos 813 e 814, CPC, veiculam as regras delineadas para a aplicação do arresto, sendo possível chegar-se a conclusão da imprescindível presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* nesse tipo de medida processual, na hipótese de sua aplicação baseada nos parâmetros dos artigos mencionados.

No entendimento de Scarpinella Bueno (2011, p. 278) “o arresto é ‘processo cautelar’ voltado ao asseguramento do resultado útil de execuções por quantia certa contra devedor solvente”, e continua, no parágrafo seguinte, discorrendo que:

Considerando que nelas a finalidade última da prestação da ‘tutela jurisdicional executiva’ é a expropriação de bens componentes do patrimônio do executado para satisfazer o crédito do exequente (arts. 612 e 646), disponibiliza, o legislador, nos arts. 813 a 821, um procedimento próprio para evitar que a dissipação do patrimônio do executado comprometa, em alguma medida, o atingimento daquele objetivo. É para tal finalidade que concebeu-se a ‘cautelar de arresto’. (2011, p. 278)

De acordo com as lições acima apresentadas, o arresto busca viabilizar a futura expropriação dos bens da parte devedora, garantindo, dessa maneira, a satisfação dos interesses da parte credora, que é exatamente a quitação do débito exequido. Nesse espeque, a medida em destaque busca igualmente impedir que o devedor atue, de alguma forma, com a dilapidação fraudulenta de seus bens, frustrando os interesses do credor.

Trata-se, portanto, de inequívoco ato cautelar, consistindo na apreensão judicial de bens da esfera patrimonial do devedor contra a vontade deste, em busca de evitar o insucesso da pretensão do credor. Na compreensão de Theodoro Júnior, o arresto:

Assegura a viabilidade de futura penhora (ou arrecadação, se se tratar de insolvência), na qual virá a converter-se ao tempo da efetiva execução. É figura cautelar típica, com as nítidas marcas da prevenção e da provisoriedade, posta a serviço da eliminação do perigo de dano jurídico capaz de pôr em risco a possibilidade de êxito da execução por quantia certa. Garante, enquanto não chega a oportunidade da penhora, a existência de bens do devedor sobre os quais haverá de incidir a provável execução por quantia certa. (2004, p. 421-422)



Noutra senda, o arresto contido no artigo 653, do CPC, possui o escopo de preparar a efetivação da futura penhora, direcionando-se à expropriação do bem apreendido. Para que tal medida ocorra, basta que o devedor não seja encontrado, assim como que sejam localizados bens passíveis de penhora. Abordando o assunto, importante resgatar o entendimento do renomado jurista Câmara, que discorre o seguinte, *in litteris*:

Determina o art. 653 do CPC que, em não sendo encontrado o executado, deverá ser realizado o arresto de tantos bens quantos bastem para garantir a realização do crédito exequendo. Este arresto, porém, não se confunde com o instituto previsto nos arts. 813 a 821 do CPC. O arresto a que se refere o art. 653 do CPC é um ato de apreensão provisória de bens do executado, destinado a garantir a execução, de natureza extremamente controvertida. [...] Ora, o arresto a que se refere o art. 653 do CPC não exige, para ser realizado, o *periculum in mora*. Basta o mero fato (de verificação puramente objetiva) de não se encontrar o executado para a realização da citação. (CÂMARA, 2007, p. 301-302)

Como se infere, enquanto que o arresto contido nos artigos 813 a 821, do CPC, possui nítido caráter preventivo e assecuratório, o arresto previsto no art. 653, do CPC, representa uma medida de antecipação da penhora, propiciando a futura constrição do bem a ser penhorado. Tais finalidades, por derradeiro, fizeram com que o arresto fosse denominado pela doutrina pátria de “pré-penhora”, exatamente por antecipar a penhora incidente sobre o bem apropriável, viabilizando a superveniente penhora do bem arrestado.

Em virtude das divergências existentes, parte da jurisprudência pátria posiciona-se no sentido de ser incabível a incidência do arresto online nos moldes do art. 653, do CPC, vez que a medida processual epigrafada possuiria caráter excepcional e provisório, devendo ser aplicado apenas após a diligência de citação do devedor.

Nesse enredo, existem alguns que defendem que seria o arresto “um ato privativo do Oficial de Justiça, insuscetível de ser transferido ao Supervisor do Sistema Financeiro” (AI n. 2008.00.2.003062-7, rel. Des. Silva Lemos, j. 21.5.2008). Entretanto, tal entendimento não se revela o mais apropriado e consentâneo com o modelo processual adotado em nosso sistema jurídico, principalmente



quando abordado sob um viés sistemático da Ciência Jurídica, na qual a amplitude e pluralidade dos princípios praticamente exige uma mútua interferência.

Com efeito, deve o arresto previsto no art. 653, do CPC, ser aplicado sistematicamente com os demais princípios que norteiam a seara processualística, com o fim de, como dito em linhas anteriores, garantir eficiência do Poder Judiciário na prestação de sua tutela jurisdicional, ao proporcionar medidas efetivas e eficientes destinadas a satisfação do débito que se encontra inadimplido.

3. DA MÁXIMA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E SUA INTERLIGAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E CELERIDADE PROCESSUAIS

Partindo de um pressuposto sistemático a ser adotado em nossa seara processualística, torna-se imprescindível uma abordagem analítica dos princípios que regulamentam o direcionamento do processo executivo, dentre os quais, o princípio da máxima efetividade da execução, associando-se a este os princípios da efetividade e celeridade processuais.

De acordo com os ensinamentos de Lopes (2008), o processo, como instrumento a serviço da jurisdição, deve viabilizar a atuação dos princípios e valores consagrados na Constituição Federal. Nesse diapasão, o processo deve buscar proporcionar as prerrogativas asseguradas em nosso atual sistema jurídico, haja vista que são direitos inerentes e essenciais para a construção de uma sociedade mais equilibrada e justa.

A efetividade, portanto, se situa como a realização prática da própria finalidade a qual o processo se propõe a concretizar, visando o cumprimento real dos fins que são inerentes à essencialidade da Ciência Jurídica. É a obtenção daquilo que o processo se dispõe a alcançar, viabilizando os ideais perseguidos pelo sistema processual vigente em nosso contemporâneo ordenamento jurídico.

Nessa mesma linha de compreensão, Barroso, ao discorrer sobre o conceito de efetividade, afirma o seguinte, *in litteris*:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (1996, p. 220)



Sendo a efetividade a realização prática e a “materialização” do objetivo finalístico do processo, torna-se lapidar o estreito relacionamento existente entre os princípios em destaque, para que ocorra a produção de uma prestação jurisdicional mais próxima do ideal social. Nesse passo, derivando inclusive do devido processual legal, o princípio da efetividade possibilita o direito fundamental à tutela executiva, proporcionando a integral satisfação dos interesses do credor na busca da reparação do débito inadimplido.

Segundo Marinoni (2003) o direito fundamental à prestação jurisdicional deve ser vista como um direito capaz de proporcionar efetividade ao direito substancial. Assim, o próprio direito pleiteado, conforme Didier (2013) além de reconhecido, deve ser efetivado. Logo, não basta o deferimento processual da pretensão aforada pelo credor perante o Poder Judiciário, como também a entrega de mecanismos dotados de capacidade para satisfazer integralmente as necessidades da parte credora.

Abordando o princípio da máxima efetividade da execução, tal máxima busca exatamente proporcionar o cumprimento dos objetivos e finalidades sociais relacionadas à execução, especialmente a arrecadação da melhor forma de viabilizar a satisfação do direito do credor, com o intuito de extirpar qualquer retardamento e custos dos atos judiciais.

Desse modo, a arremate online se compatibiliza perfeitamente aos princípios supracitados, permitindo ao credor obter rapidamente o crédito colimado, evitando os dispendiosos procedimentos para a obtenção do valor devido, dentre os quais, a da alienação em hasta pública do imóvel penhorado, nos termos do art. 686, do CPC.

Não é preciso maiores desenvolturas para vislumbrar que o princípio epigrafado coaduna-se perfeitamente com os princípios da efetividade e celeridade processuais, na medida que os resultados pretendidos e almejados devem ser alcançados com o menor dispêndio possível de tempo e gastos processuais.

Como discorre Alexy, mencionado por Marçal Justen Filho (2012, p. 105) “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.

Com parâmetro na sistemática principiológica vigente em nosso ordenamento jurídico, a interligação dos princípios processuais com a previsão normativa do art. 653, do CPC, não é apenas um



instrumento possível de ser utilizado, como também necessário para a plena obtenção da finalidade da qual o processo se incumbiu.

Não obstante, ocorre ainda observância à ordem preferencial preconizada no art. 655, do Código de Processo Civil, que prevê preferencialmente o dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira como o primeiro bem a ser penhorado pelo credor, gerando, inclusive, a viabilização da economia processual, por proporcionar o resultado prático e eficaz com o mínimo de atos processuais possíveis.

A medida epigrafada, portanto, se harmoniza inteiramente com diversos princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico. Dessa forma, sua aplicação deve ser realizada sempre que possível, dentro das possibilidades jurídicas existentes e conforme as especificidades verificadas no caso concreto.

4. DA POSSIBILIDADE DO ARRESTO ONLINE ANTES DA CITAÇÃO DO DEVEDOR

Diante dos enfoques abordados e aprofundados, verifica-se que a própria legislação, baseada em um modelo processual constitucional, possibilita ao credor a utilização de medidas constritivas, passíveis de serem concedidas antes mesmo da citação da parte devedora. Nesse espeque, o artigo 653, do Código de Processo Civil é lapidar ao expressar que *“O oficial de justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução”*.

A partir do texto acima epigrafado, a primeira observação que deve ser realizada é a de que é possível a constrição de bens da parte devedora antes mesmo de sua citação, sendo tal medida processual expressamente prevista no artigo supramencionado.

Dentro de tal possibilidade legal, meio este incontestado na presente conjuntura jurídica, é possível alcançar uma segunda conclusão, que é exatamente a inexistência de preceito normativo que vede que o arresto ocorra através da constrição online. Logo, com base nos princípios da celeridade e efetividade processuais, assim como da máxima efetividade da execução, chega-se a conclusão de que o arresto online, antes da citação da parte devedora, encontra guarida dentro do contemporâneo ordenamento constitucional, assim como legitimidade para sua plena aplicação em processos nos quais a parte devedora encontrar-se em local incerto e/ou não sabido.



Trata-se, de maneira irrefutável, de um mecanismo favorável não apenas à parte credora, como também ao próprio Poder Judiciário, haja vista que possibilita uma maior celeridade e efetividade processuais, reduzindo o tempo de litígio dentro da esfera judiciária, proporcionando, ainda, economia processual, por reduzir a quantidade de atos processuais para a consecução do objetivo colimado pelo processo.

Não obstante, o arresto online, nos moldes preconizados, busca igualmente assegurar a efetivação da penhora desejada, assim como proporcionar o resultado útil do próprio processo, viabilizando a concretização do princípio da máxima efetividade da execução, da mesma maneira que a observância à ordem preferencial encartada no art. 655, do CPC.

Com efeito, uma vez que o arresto online dos valores depositados em conta bancária não representa efetivamente a penhora, mas apenas uma pré-penhora dos mesmos, tal medida apresenta não apenas caráter preparatório à efetivação da futura penhora, como também intuito satisfativo, voltada a assegurar a satisfação da execução promovida e garantir o cumprimento do princípio da Máxima Efetividade da Execução.

Coadunando-se com o exposto, em recente decisão publicada em novembro de 2013, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça admitiu o bloqueio online, antes da citação, contra o devedor não localizado. Vejamos a ementa, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXECUTADOS NÃO LOCALIZADOS. ARRESTO PRÉVIO OU EXECUTIVO. ART. 653 DO CPC. BLOQUEIO ONLINE. POSSIBILIDADE, APÓS O ADVENTO DA LEI N. 11.382/2006. APLICAÇÃO DO ART. 655-A DO CPC, POR ANALOGIA.

1.- "1. O arresto executivo, também designado arresto prévio ou pré-penhora, de que trata o art. 653 do CPC, objetiva assegurar a efetivação de futura penhora na execução por título extrajudicial, na hipótese de o executado não ser encontrado para citação. 2. Frustrada a tentativa de localização do executado, é admissível o arresto de seus bens na modalidade on-line (CPC, art. 655-A, aplicado por analogia). (...)." (REsp 1.370.687/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 15/08/2013).



2.- Recurso Especial provido, para permitir o arresto online, a ser efetivado na origem. (Resp 1.338.032/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, julg. 05/11/2013, Dje 22/11/2013 – T3 -)

Com tal posicionamento, a Terceira Turma confirmou outra recente decisão julgada pela Quarta Turma, unificando a compreensão sobre a matéria nas duas Turmas de direito privado do Superior Tribunal de Justiça. Nesse diapasão, a Quarta Turma, em publicação oriunda de abril de 2013, no processo nº 0465990-50.2011.8.13.0000, permitiu a incidência do arresto online nos moldes abordados no presente trabalho, sendo afirmado pelo Ministro Antônio Carlos, na oportunidade, que:

A legislação prevê medidas judiciais constritivas passíveis de deferimento sem a prévia oitiva da parte contrária. O arresto executivo, também denominado de prévio ou pré-penhora, de que trata o artigo 653 do CPC, consubstancia a constrição de bens em nome do executado, quando não encontrado para citação.

Tal posicionamento, inclusive, confirma e se harmoniza ao *decisium* prolatado pela Segunda Turma, especializada em matérias de Direito Público, que igualmente acolheu a utilização do Bacejud como mecanismo de viabilização do arresto provisório, como medida cautelar. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ARRESTO VIA BACENJUD. POSSIBILIDADE.

[...] 4. O sistema Bacenjud pode ser utilizado para efetivar não apenas a penhora on line, como também o arresto on line. Preenchidos os requisitos legais, o juiz pode utilizar-se do Bacenjud para realizar o arresto provisório previsto no art. 653 do Código de Processo Civil, bloqueando contas do devedor não encontrado. Em outras palavras, é admissível a medida cautelar para bloqueio de dinheiro via Bacenjud nos próprios autos da execução. Nesse sentido é a orientação firmada pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.184.765/PA, submetido ao regime de que trata o art. 543-C do Código de Processo Civil, em que ficou restabelecida a decisão do Juízo Singular, que, em 30.01.2008, determinara, com base no poder geral de cautela, o “arresto prévio” (mediante bloqueio eletrônico pelo sistema Bacenjud) dos valores existentes em contas bancárias da empresa executada e dos co-responsáveis (Rel. Min. Luiz Fux, DJe 3.12.2010). 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ,



Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 07/04/2011, T2 - SEGUNDA TURMA)

Nesse passo, o Ministro ressaltou que essa modalidade de arresto tem o objetivo de garantir que a futura penhora seja concretizada, satisfazendo a execução movida e prestigiando os princípios da celeridade e efetividade processuais.

Tal medida não depende da citação do devedor, até porque, “se houver citação, não haverá o arresto, realizando-se desde logo a penhora”. Com efeito, a medida ainda coaduna-se com a ordem preferencial normatizada no art. 655, do Código de Processo Civil, em que o dinheiro ocupa o primeiro lugar da ordem de preferência.

O próprio art. 655-A, do CPC, prevê o bloqueio online como um mecanismo voltado a possibilitar a futura realização de penhora, tendo tal medida o escopo de recolher informações sobre a existência de valores depositados, com o conseqüente arresto e indisponibilidade dos bens lá encontrados. Vejamos a previsão legal, *in fine*:

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

Noutra senda, válido asseverar que a finalidade primordial do processo de execução é a realização de um direito que se encontra amparado por título executivo, seja judicial ou extrajudicial, com o intuito de sanar um inadimplemento deflagrado.

Tal espécie de tutela jurisdicional, apesar da necessidade da observância aos preceitos constitucionais, dentre os quais o contraditório e a ampla defesa, se dá para assegurar um direito do credor, aplicada para satisfazer os interesse da parte exequente. Desse modo, o principal escopo da medida executiva é exatamente a localização de bens passíveis de satisfazerem os interesses do credor.

Tanto que, mesmo não sendo localizado o devedor, o art. 653, do CPC, permite o arresto dos bens encontrados. Sobre esse entendimento, interessante transcrever o entendimento lecionado pelo jurista Fux, que assim discorre, *infra*:



A índole não contraditória do processo de execução torna mais importante encontrarem-se os bens do que a própria pessoa do devedor, muito embora não se os exproprie sem conceder possibilidade de o executado manifestar-se nos autos. Por essa razão, 'se o oficial de justiça não localizar o devedor após diligências devidamente certificadas, mas encontrar bens penhoráveis, deve arrestá-los', garantindo a utilidade da execução. [...] (2004, p. 1399)

De fato, a razão finalística do processo de execução não é a discussão do direito litigado, mas, como dito alhures, a satisfação da pretensão apresentada pela parte credora, sendo vital para o alcance dos ideais perseguidos e almejados pelo processo a utilização de medidas realmente efetivas e baseadas na sua finalidade essencial.

Assim, o modelo processual vigente em nosso sistema jurídico deve atender as necessidades do direito apresentado ao Poder Judiciário, atuando efetivamente para sua concretização. Acerca da efetividade da satisfação do crédito perseguido pelo credor, pertinente destacar o entendimento de Corrêa, que assim expende, *in litteris*:

[...] ocorre que o devido processo legal – e a consequente efetividade da prestação jurisdicional – não é princípio que se opere unicamente em favor do devedor, garantindo-lhe ampla oportunidade de defesa, inclusive anterior à penhora – exceção de pré-executividade – , atingindo também o credor, que tem direito à efetiva satisfação do crédito que perfaz as exigências legais, sendo dever do Estado atender sua pretensão, de forma concreta e efetiva, a partir do momento em que assumiu o monopólio da jurisdição, o que também decorre do direito fundamental ao devido processo legal. (2002, p. 192)

Como se infere, o recente provimento, pela da Terceira Turma do STJ, possibilitando o arresto online antes da citação do devedor, pacificou, junto à Segunda Seção do Superior Tribunal, a matéria em vertigem, sendo de grande importância e relevância para a efetividade processual a sua observância por parte dos demais tribunais e magistrados presentes em nosso país.

Nesse eito, relevante mencionar, ainda, que a Segunda Turma, inserida na Primeira Seção, especializada em matérias de Direito Público, igualmente possui entendimento favorável, o que revela que o assunto em tela vem sendo abordado de maneira uníssona perante o Superior Tribunal de Justiça, viabilizando um entendimento uniforme do nosso ordenamento jurídico sobre o assunto.



5. CONCLUSÃO

Através das explicações apresentadas, é possível chegarmos à conclusão de que o arresto online, antes da citação do devedor, é uma temática recente e que vem sendo uniformizada junto ao Superior Tribunal de Justiça, que vem perfilhando a compreensão de que o sistema Bacenjud pode ser utilizado não apenas para realização da penhora online, como também para o arresto online, nas hipóteses em que o devedor encontrar-se em local incerto e/ou não sabido, como medida satisfativa e assecuratória da pretensão apresentada pelo credor da lide processual.

Nesse ensejo, é possível vislumbrar que a matéria analisada configura um mecanismo plenamente lícito e viável de ser aplicado no contemporâneo ordenamento jurídico, satisfazendo inteiramente as finalidades que se encontram inseridas no modelo processual adotado em nosso país.

A inexistência de vedação normativa expressa, cumulada com os princípios da máxima efetividade executiva, efetividade e celeridade processuais demonstra que tal medida processual se revela em consonância com as finalidades processualísticas embutidas na Constituição Federal, garantindo celeridade, efetividade e economia processuais.

Desse modo, verifica-se que vem sendo construído um modelo processual que satisfaça as necessidades sociais, sendo plenamente viável, à luz de uma aplicação sistemática dos princípios que regem nosso ordenamento jurídico, a possibilidade do arresto online antes da citação do devedor, quando este encontrar-se em local incerto e/ou não, havendo plena compatibilidade de tal medida com os princípios da efetividade e celeridade processuais, especificamente da máxima efetividade da execução.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil* - Volume II. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CORRÊA, Luciane Amaral. *O Princípio da Proporcionalidade e a Quebra do Sigilo Bancário e do Sigilo Fiscal no Processo de Execução. A Constituição concretizada – Construindo pontes com o público*



e o privado. (Org. Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109236

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112307

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. O Direito à Efetividade da Tutela Jurisdicional na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

1



PARECERES

1

Parecer nº ____/2013

Processo nº 12265272

Interessado(a): Gabinete do Governador do Estado

Procurador: Ariano Melo Pontes

**EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL
DO ESTADO DO CEARÁ**

Trata-se de consulta formulada pelo eminente Secretário Executivo do Gabinete do Governador do Estado, na qual narra que o Estado firmará contrato de gestão com organização social para execução do PROJOVEM e solicita manifestação desta Procuradoria-Geral do Estado para esclarecer “se as organizações sociais estão entre as entidades beneficiadas da isenção da COFINS sobre receita ou faturamento”.

A Procuradoria Fiscal emitiu parecer no sentido de que as receitas das organizações sociais decorrentes do contrato de gestão submetem-se à incidência da COFINS, por inexistir norma isentiva.

É o sintético relatório. Passo à manifestação.

Faz-se necessário esclarecer, de início, que existe interesse de natureza financeira do Estado na resposta a esta consulta. Isso porque, se incidente a COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) sobre a receita ou faturamento da organização social decorrente de contrato de gestão, este ajuste será onerado exatamente com o valor do tributo, que recairá, ainda que de forma indireta, sobre o próprio ente público.

Passando à análise do caso, creio que merece reforma o parecer emitido pela Procuradoria Fiscal.

De logo, cumpre explicitar que realmente inexistente qualquer norma isentiva das receitas de organizações sociais decorrentes de contratos de gestão firmados com o Poder Público.

Nada obstante, a questão há de ser resolvida pela não-incidência do tributo, eis que a receita sob exame escapa à hipótese legal.

Sob esse enfoque, necessário se faz analisar o art. 195, inciso II, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, verbis:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos



Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

b) a receita ou o faturamento

Anteriormente, o art. 195 da Carta Magna vigia com a seguinte redação:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

A previsão constitucional anterior à Emenda Constitucional nº 20/1998 foi o fundamento para a instituição da COFINS, tratada na Lei Complementar nº 70/91, que previu:

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Vale anotar que a Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, chegou a alargar o conceito de faturamento, nestes termos:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

Essa alteração do conceito legal de faturamento, porém, deu-se antes do advento da Emenda Constitucional nº 20/98, sendo, de conseguinte, tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como se observa nestes julgados:

EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. COFINS. LOCAÇÃO DE BENS. REGIME CONSTITUCIONAL ANTERIOR À EC 20/1998. CONCEITO DE FATURAMENTO. LIMITES.



A decisão agravada está em harmonia com a tradicional jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal acerca do conceito constitucional de faturamento, inscrito no art. 195, I, da Carta de 1988, no sentido de equivaler à receita bruta advinda da venda de mercadorias e da prestação de serviços. Precedentes do Plenário: RE 150.755, DJ 20-08-1993; ADC 1, DJ 16-06-1995; REs 390.840, 357.950 e 346.084, DJ 15-08-2006. Embora se identifiquem decisões dissonantes, esta robusta orientação do Tribunal Pleno não foi superada. E enquanto não o for, há de ser respeitada. Logo, revela-se ilegítima a incidência, no regime pretérito à EC 20/1998, da COFINS sobre a receita advinda da locação de bens, dados os limites do conceito constitucional de faturamento, que não alcança receitas provenientes de fontes diversas da alienação de mercadorias e da prestação de serviços. Agravo regimental conhecido e não provido. (RE 396514 AgR-AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 07-12-2012 PUBLIC 10-12-2012 RDDT n. 210, 2013, p. 194-202)

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobre põe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de



receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (RE 346084, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 01-09-2006 PP-00019 EMENT VOL-02245-06 PP-01170)

No mesmo sentido: AI 630.153-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-9-2010, Segunda Turma, DJE de 15-10-2010; RE 517.737-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 27-8-2010; AI 630.171-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 27-10-2009, Segunda Turma, DJE de 20-11-2009; AI 418.898-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-9-2009, Primeira Turma, DJE de 16-10-2009; AI 622.252-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009; RE 585.235-QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 10-9-2008, Plenário, DJE de 28-11-2008, com repercussão geral; RE 410.691-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 23-5-2006, Primeira Turma, DJ de 23-6-2006; RE 455.889-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, DJE de 25-9-2009.

Dessarte, à luz da Constituição, da legislação infraconstitucional e da jurisprudência do Pretório Excelso, dessume-se que a COFINS pode incidir sobre a receita bruta decorrente de:

- 1) vendas de mercadorias;
- 2) vendas de mercadorias e serviços;
- 3) vendas de serviços de qualquer natureza.

É essa, sinteticamente, a hipótese de incidência da COFINS atualmente.

Então, firmada essa premissa, concluir-se-á, com relativa tranquilidade, que as receitas das organizações sociais oriundas de contratos de gestão firmados com o Poder Público, em regime de parceria, não podem sofrer a incidência da COFINS.

Cumprе lembrar que o contrato de gestão assume feição essencialmente diversa dos contratos empresariais (ordinariamente tributados pela COFINS), na forma da Lei Federal nº 9.637/98, que “dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências”. Eis a redação legal:



Seção III

Do Contrato de Gestão

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

Art. 6º O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.

Parágrafo único. O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

Sobre o tema, interessante é a lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

A necessidade de ser ampliada a descentralização na prestação de serviços públicos levou o Governo a prever a instituição do Programa Nacional de Publicização – PNP, através da Lei nº



9.637, de 15/05/1998, pela qual algumas atividades de caráter social, hoje exercidas por pessoas e órgãos administrativos de direito público, poderão ser posteriormente absorvidas por pessoas de direito privado, segundo consta expressamente do art. 20. A absorção implicará, naturalmente, a extinção daqueles órgãos e pessoas e a descentralização dos serviços para a execução sob o regime de parceria.

(...)

Essas pessoas a quem incumbirá a execução dos serviços públicos em regime de parceria com o Poder Público, formalizado por contratos de gestão, constituem as organizações sociais. Advirta-se, porém, que não se trata de nova categoria de pessoas jurídicas, mas apenas de uma qualificação especial, um título jurídico concedido por lei a determinadas entidades que atendam às exigências nela especificadas. Não integram o sistema formal da Administração Pública; assumem, entretanto, a qualidade de entidades parceiras do Poder Público, visando à execução de determinadas tarefas de interesse público.

(...)

Uma vez qualificadas como organizações sociais, o que resultará de critério discricionário do Ministério competente para supervisionar ou regular a área de atividade correspondente ao objeto social (art. 2º, II), as entidades são declaradas como de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais e podem receber recursos orçamentários e usar bens públicos necessários à consecução de seus objetivos, neste último caso através de permissão de uso (arts. 11 e 12). Admissível será, ainda, a cessão especial de servidor público, com ônus para o governo, vale dizer, o governo poderá ceder servidor seu para atuar nas organizações sociais com a incumbência do pagamento de seus vencimentos (art. 14).

(...)

Devidamente qualificadas, as organizações sociais celebram com o Poder Público o que a lei denominou de contratos de gestão, com o objetivo de formar a parceria necessária ao fomento e à execução das atividades já mencionadas. Apesar da denominação adotada, não há propriamente contrato nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro convênio, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há a contraposição de interesses que



caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a objetivos de interesses comuns. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio. (Manual de Direito Administrativo. 24ª edição, rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2011, p. 327/328)

Em outro trecho, o mesmo autor, tratando da dispensa de licitação, reforça o raciocínio:

De acordo com a lei reguladora, essas entidades celebram com o Estado ajuste específico denominado contrato de gestão – instrumento que formaliza o vínculo jurídico entre os pactuantes, estabelece os objetivos do ajuste e define os direitos e obrigações dos signatários. Em que pese a denominação constante da lei, o ajuste não estampa propriamente um ‘contrato’, assemelhando-se muito mais, em razão de sua fisionomia e objeto, à modalidade de convênio – este sim, instrumento compatível com o regime de parceria que serve de núcleo para aquele negócio jurídico. Exatamente em virtude dessa natureza real é que o Estatuto afastou o regime de competição próprio das licitações e incluiu as contratações como mais um ahipótese de dispensa. (p. 236)

Analisando, então, a feição dos contratos de gestão firmados entre o Poder Público e organizações sociais, tem-se que, em verdade, não há venda de serviços, mas instituição de parceria em prol do interesse público.

Cumprir lembrar, ainda, que só poderão ser qualificadas como organizações sociais “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” (art. 1º da Lei Federal nº 9.637/98).

Estabelece-se, portanto, regime de parceria com entidade privada sem fins lucrativos, com a finalidade de perseguir interesse público, a cujo atingimento se obrigam os contratantes.

Por conseguinte, à falta de venda de serviços ou mercadorias, não se verifica a ocorrência de fato gerador da COFINS, estando-se, então, diante de situação de não-incidência do tributo.

Nessas condições, os contratos de gestão não devem, em princípio, prever verba para o pagamento da COFINS.



Não se pode olvidar, porém, que, como órgão integrante da Administração Pública, a Receita Federal do Brasil provavelmente prestigiará o princípio da legalidade, afastando-se, pois, das decisões do Supremo Tribunal Federal que beneficiem pessoas ou entidades específicas e que não sejam dotadas de força vinculante e efeitos erga omnes.

Assim, é bastante provável que as organizações sociais, defrontando-se com fiscalizações fazendárias, sofram autuações fiscais, caso não recolham a COFINS sobre a receita oriunda dos contratos de gestão.

Crê-se, pois, que a melhor solução seria a realização de consulta tributária perante a Receita Federal do Brasil.

Impende frisar que tal consulta deve ser manejada pelas organizações sociais, e não pelo Estado, que não detém, na espécie, relação direta com o ente tributante.

Caso a resposta à consulta seja negativa, caberá ao Estado aditar os contratos, para dar o suporte financeiro necessário às organizações sociais.

Todavia, ainda nessa hipótese, parece razoável que, no ajuste, conste cláusula que obrigue a organização social a pleitear, em juízo, a exoneração da cobrança, devendo aquela, ainda, promover o depósito judicial do montante sob discussão para que, se vencedora, restitua ao Estado o tributo com que este, mesmo indiretamente, tenha arcado.

Ante o exposto, reformo o parecer, para firmar as seguintes conclusões:

- 1) não incide COFINS sobre a receita das organizações sociais decorrentes de contratos de gestão firmados em regime de parceria com o Estado;
- 2) os contratos de gestão não devem prever verba para o pagamento da COFINS;
- 3) as organizações sociais devem, por orientação e sob a supervisão do Estado, promover consulta sobre o assunto perante a Receita Federal;
- 4) caso a resposta à consulta seja desfavorável à tese aqui defendida, os contratos de gestão devem ser aditados para dar o suporte financeiro necessário ao pagamento da COFINS;
- 5) nessa hipótese, deve constar, no ajuste ou em aditivo, cláusula que obrigue a organização social a pleitear, em



juízo, a exoneração da cobrança da COFINS sobre as receitas decorrentes do contrato de gestão, devendo aquela, ainda, promover o depósito judicial do montante sob discussão para que, se vencedora, restitua ao Estado o tributo com que este, mesmo indiretamente, tenha arcado.

Submeto este parecer à apreciação do Procurador-Geral do Estado.

Fortaleza, 29 de outubro de 2013

ARIANO MELO PONTES

Procurador-Geral Adjunto (CCT) – PGE/CE

1

Parecer n. 0716/2012

Processo n. 03124175-1

Origem: SESA

Interessado: Manoel Marinheiro Filho

Procuradora: Caroline Gondim Puster

Ementa: Pensão por Morte. Cônjuge varão. Óbito ocorrido na vigência da Lei nº 10.776/82. Não comprovação da invalidez. Parecer Normativo n. 001/2006. Mudança de Interpretação. Parecer Normativo n. 002/2006. Decreto n. 30.699/2011.

I- Pensão Definitiva concedida antes do advento do Parecer Normativo n. 001/2006 (DOE de 24/07/2006). Aplicação do Parecer Normativo n. 002/2006 e Art. 2º, inciso XIII, da Lei n. 9.784/99. A data da concessão do benefício deverá ser a do seu requerimento.

II- Pensão Definitiva concedida após o Parecer Normativo n. 001/2006. Ofensa ao entendimento consolidado no âmbito desta Procuradoria. Decreto n. 30.699, de 10/10/2011. Retirada da eficácia normativa. O benefício deverá ser concedido a partir de 14 de outubro de 2011.

III-Nos procedimentos de Pensão por Morte em que, entre a data do óbito e o requerimento do cônjuge supérstite, tenha transcorrido mais de cinco anos, restou operada a prescrição, salvo se o benefício estava sendo pago a dependente integrante do mesmo núcleo familiar.

I - RELATÓRIO

1. Cuida-se de processo de Pensão por Morte, originário da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, decorrente do falecimento em 08 de agosto de 1998 (certidão de óbito à fl. 03-PGE), da ex-servidora Maria Vilauba da Silva Marinheiro, auxiliar de serviços gerais, nível/referência 04, matrícula funcional nº 011785-1-2, tendo como beneficiário o cônjuge supérstite Manoel Marinheiro Filho (certidão de casamento à fl. 06-PGE).

2. À fl. 19-PGE, consta ato concessivo da Pensão Provisória, publicado no DOE de 29/05/2003. A Pensão Definitiva, por sua vez, foi indeferida nos termos do Parecer n. 8559/2006 (fl. 32/36 - PGE), da lavra do Dr. Raimilan Seneterri da Silva Rodrigues, reformado



mediante Despacho datado de 18/12/2006 da então Procuradora-Chefe desta Consultoria, Dra. Maria do Socorro Demétrio Ximenes, devidamente aprovado pelo Procurador-Geral do Estado, em 26/12/2006 (fl. 36-PGE).

3. A Pensão Definitiva restou concedida nos moldes do ato de fl. 46PGE, publicado no DOE de 16 de fevereiro de 2007.

4. Submetido à apreciação do Tribunal de Contas, o Ministério Público da Corte de Contas, através do Parecer n.º 0099/2008 (fls. 66/67-PGE), datado de 20 de junho de 2008, manifestou-se no sentido de que, o dispositivo que exige o requisito invalidez para o deferimento de pensão a cônjuge varão, em consonância com as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, afronta o princípio da isonomia. No mesmo sentido, a Resolução n. 1280/2010 (fl. 79-91-PGE).

5. É o relatório. Segue Parecer.

II - PARECER

6. De início, deve-se consignar que os preceitos legais aplicáveis à pensão por morte são aqueles em vigor quando do óbito do segurado, que, no caso, ocorrera no dia 08 de agosto de 1998. É o que se denomina Princípio *lex tempus regit actum*.

7. No mesmo desiderato é o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos o que dispõe a Súmula n.º 340:

Súmula 340 - A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

8. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou, *in verbis*:

...É de frisar que a regência da pensão faz-se a partir dos quadros fático e legal existentes à data da morte do servidor...(MS 23.816-0/BA. Min Rel. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Ementário n.º 2045-1. DJ 28.09.2001)

9. A Constituição Estadual, sobre a pensão por morte, em seu art. 331, § 2º, inciso III (redação original), assevera:

Art. 331



(...)

§ 2º Os planos de Previdência Social a serem desenvolvidos pelo IPEC, mediante contribuição do segurado, atenderão, nos termos da lei, a:

I – cobertura dos eventos de morte e reclusão;

II – concessão de auxílios para segurados de baixa renda;

III – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo.

10. Pelo transcrito, evidencia-se a presença de normas de eficácia contida, que, segundo a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais delineada por José Afonso da Silva¹, têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, haja vista que uma norma infraconstitucional poderá restringir sua abrangência.

11. Na espécie, a norma vigente à época do óbito era a Lei nº 10.776, de 17.12.1982, DOE de 02.02.1983, que dispõe sobre o Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC, em seu art. 7º, inciso I, elenca como dependente dos segurados do regime próprio de previdência apenas o marido inválido, vejamos:

Art. 7º - São considerados dependentes:

I – a esposa, o marido inválido, os filhos de qualquer condição e os enteados, enquanto solteiros e menores de 21 (vinte e um) anos, ou quando inválidos, e a ex-esposa, salvo se esta: a) divorciada, contrair novo casamento; b) divorciada, desquitada ou judicialmente separada não for beneficiária de pensão alimentícia do ex-marido; c) se encontrar na situação prevista no art. 234 do Código Civil, devidamente comprovada.

12. Com a edição do Parecer Normativo n. 001/2006, publicado no Diário Oficial de 24 de julho de 2006, firmou-se o entendimento no sentido de que, falecida a servidora na vigência da Lei n. 10.776/82, o cônjuge varão somente ostentaria a condição de dependente se comprovada a sua invalidez². O Parecer restou assim ementado:

1 SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6a ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

2 Esse também foi, por um longo período, o entendimento assente no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, em julgados mais recentes passou



EMENTA: Pensão. Cônjuge Varão. Prevalência da lei vigente à época do óbito. Prescrição. Falecida a servidora antes do advento da lei complementar estadual nº12/99, o cônjuge varão somente faz jus à pensão por morte se comprovada sua invalidez. ii – necessidade de revisão de eventuais benefícios deferidos em desacordo com a legislação aplicável no momento do óbito. iii – óbitos posteriores à lei complementar estadual nº12/99 autorizam a concessão de pensão ao cônjuge sobrevivente, varão ou virago, independentemente de invalidez ou de outro critério, ressalvadas as restrições expressas no próprio texto legal. iv – os cônjuges beneficiários de pensão, inválidos ou não, nos termos da lei complementar estadual nº12/99, assim como o varão inválido, se o falecimento do servidor antecede a dita lei complementar, podem sofrer os efeitos da prescrição parcelar, mas não da nuclear, enquanto a administração, direta ou indiretamente, não lhes negar o direito reclamado.

13. Insta consignar, todavia, que, até a aprovação do mencionado parecer, por um curto período e na já vigência da Lei Complementar n. 12/99, entendeu-se que com o advento da Constituição Federal de 1988, em respeito ao princípio da Isonomia, os cônjuges – varão e virago – deveriam ter tratamento uniforme no que tange à condição de dependente para fins de concessão de pensão por morte e a legislação aplicável à espécie deveria ser a vigente na data do requerimento de pensão e não na data do óbito (o que ensejou a aplicação da LC n. 12/99 que não distinguia os cônjuges).

14. Assim, por se tratar de mudança critério interpretativo, tem-se por vedada a aplicação retroativa da nova interpretação. É o que dispõe o art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei n. 9.784/99, nesse tocante, aplicável aos Estados-membros, senão vejamos:

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

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

a entender que, com o advento da Constituição Federal de 1988, não mais se poderia haver distinção entre homens e mulheres a autorizar tratamento desigual para a concessão da pensão por morte.



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

15. Considerando-se que o Parecer Normativo n. 001/2006 é o termo inicial da mudança de interpretação sobre o tema, a rigor, as conclusões nele consubstanciadas somente podem ser aplicadas às pensões concedidas a partir da data da sua publicação, não podendo alcançar os processos cujos benefícios já haviam sido concedidos de forma definitiva por esta Procuradoria.

16. Assim o é em razão do princípio da segurança jurídica, baseada no princípio da confiança, que se traduz na necessidade de se preservar atos administrativos consumados, mormente em face de mudança de interpretação administrativa, pois se a Administração adota uma determinada interpretação como correta e a aplica em casos concretos não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que foram interpretados de forma incorreta. Isso não significa que a interpretação da lei não possa mudar, o que não é possível é fazer a nova interpretação retroagir de modo a atingir casos já decididos com base em interpretações anteriores, tidas como válidas no momento em que foram adotadas. É o que restou consolidado por meio do Parecer Normativo n. 002/2006 desta Consultoria.

16. Na espécie, observa-se que a pensão definitiva foi concedida ao viúvo (não inválido) sob a égide do Parecer Normativo n. 001/2006, logo não há de se cogitar de retroatividade de entendimento da Administração.

18. Explica-se.

19. A depender da intervenção da formação e da composição vontade administrativa, os atos administrativos se dividem em: atos simples, compostos e complexos. No particular, interessa-nos este último, que, consoante lição de José dos Santos Carvalho³, “atos complexos são aqueles cuja vontade final da Administração exige a intervenção de agentes ou órgãos diversos, havendo certa autonomia, ou conteúdo próprio, em cada uma das manifestações”.

20. E continua o mestre: “Quanto aos efeitos, temos que os atos que traduzem a vontade final da Administração só podem ser

³ In *Manual de Direito Administrativo*. 20ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 125.



considerados perfeitos e acabados quando se consuma a última das vontades constitutivas de seu ciclo”.

21. O ato administrativo que concede a pensão por morte é, portanto, ato complexo, vez que a sua formação que pressupõe a conjugação das vontades do Poder Executivo e Legislativo, havendo autonomia em cada uma das manifestações.

22. No mesmo desiderato, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é uníssono, senão vejamos:

Registre-se que esta Corte mantém o entendimento de que o ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão é um ato complexo, que somente se aperfeiçoa após seu exame e registro perante a Corte de Contas, porquanto submetido a condição resolutive. (Recurso Extraordinário 195.861/ES, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 17.10.1997; e Mandados de Segurança 24.754/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ 18.02.2005; 25.072/DF, 25.090/DF, 25.113/DF e 25.192/DF, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJ 27.4.2007, 1º.4.2005 e 06.5.2005; 25.256/PB, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 24.3.2006; e 25.552/DF e 26.085/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 30.5.2008 e 13.6.2008)

23. A concessão da pensão provisória instituída pela Lei Complementar nº 31⁴, de 05.08.2002, é situação precária, de cognição sumária, lastreada tão somente na verossimilhança do direito, o que autoriza a sua alteração ou não confirmação quando da concessão da pensão definitiva, não gerando, pois, direito adquirido (art. 4º da LC nº 31/00).

24. Assim, tem-se que somente o ato da Administração que concede a pensão definitiva pode ser considerado como início do ciclo de formação do ato complexo que se consuma com o registro do Tribunal de Contas.

25. Portanto, nesse caso, não há que se falar em ofensa ao Parecer Normativo n. 002/2006 por violação ao princípio da segurança jurídica

4 Art.1º. O Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e dos Membros de Poder do Estado do Ceará - SUP-SEC, instituído pela Lei Complementar nº12, de 23 de junho de 1999, e pela Lei Complementar nº21, de 29 de junho de 2000, concederá, em caráter precário, de exame superficial, pensão provisória aos dependentes do segurado falecido, até que a pensão definitiva tenha o seu valor definido e a sua regularidade reconhecida, ou negada, pelos órgãos competentes”.



decorrente de aplicação retroativa de mudança de interpretação adotada pela Administração.

26. No que se refere à possibilidade de revisão do ato administrativo concessor da pensão definitiva, analisado sob o enfoque da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵, somente tem início após o julgamento da sua legalidade pela Corte de Contas, *in verbis*:

(...) É dizer, o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 somente se inicia a partir da publicação do acórdão do Tribunal de Contas da União que aprecia a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão. Nesse sentido, colaciono os trechos das seguintes ementas: "(...) 2. O ato de aposentadoria consubstancia ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas. Submetido a condição resolutiva, não se operam os efeitos da decadência antes da vontade final da Administração. 3. O Tribunal de Contas da União, ao julgar a legalidade da concessão de aposentadoria, exercita o controle externo a que respeita o artigo 71 da Constituição, a ele não sendo imprescindível o contraditório. Precedentes [MS n. 24.784, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 19.05.2004; MS n. 24.728, Relator o Ministro GILMAR MENDES, DJ 09.09.2005; MS n. 24.754, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ 18.02.2005 e RE n. 163.301, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 28.11.97]. (...) (Mandado de Segurança 25.072/DF, redator p/o acórdão Min. Eros Grau, Plenário, DJ 27.4.2007)

(...) III. Contraditório, ampla defesa e devido processo legal: exigência afastada nos casos em que o Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo que lhe atribui a Constituição (art. 71, III), aprecia a legalidade da concessão de aposentadoria ou pensão, só após o que se aperfeiçoa o ato complexo, dotando-o de definitividade administrativa. IV. Tribunal de Contas da União: controle externo: não consumação de decadência administrativa, por não se aplicar o prazo previsto no art. 54 da L. 9.784/99, dado o não aperfeiçoamento do ato complexo de concessão." (Mandado de Segurança 25.409/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 18.5.2007).

(...) 3. O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de que, sendo a aposentadoria ato complexo, que só se aperfeiçoa com o registro no Tribunal de Contas da União,

⁵ Decisões extraídas do julgamento do Mandado de Segurança/28223/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 04 de dezembro de 2009.



o prazo decadencial da Lei n. 9.784/99 tem início a partir de sua publicação. Aposentadoria do Impetrante não registrada: inoportunidade da decadência administrativa. (...) (Mandado de Segurança 25.552/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 30.5.2008).

A incidência do disposto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, a revelar que a Administração Pública decaiu do direito de anular os próprios atos após decorridos cinco anos, pressupõe situação jurídica aperfeiçoada. Isso não ocorre quanto à aposentadoria quer se tome como a motivar ato complexo, quer se considere submetido o ato primeiro - do tomador dos serviços - a condição resolutive negativa, estampada na ausência de homologação pela Corte de Contas. Daí os reiterados pronunciamentos do Tribunal afastando, na espécie, a incidência do preceito - Mandado de Segurança nº 24.859-9/DF, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 27 de agosto de 2004, da relatoria do ministro Carlos Velloso, e Recurso Extraordinário nº 195.861-8/ES, de minha relatoria, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de outubro de 1997. (Mandado de Segurança 26.919/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJe 23.5.2008).

27. Desse modo, considerando que a concessão da pensão definitiva foi posterior a 24/07/2006, tem-se como plenamente possível o seu indeferimento, vez que outorgada em desacordo com o Parecer Normativo n. 001/2006.

28. No entanto, o Decreto n. 30.699, de 10/10/2011, DOE de 14/10/2011, retirou a eficácia normativa do Parecer Normativo n. 001/2006 possibilitando o reexame dos requerimentos de pensão formulados por viúvos não inválidos, mas com efeitos a partir da sua publicação, in verbis:

Art.1º Fica retirada a eficácia normativa do Parecer nº 001/2006, da Procuradoria Geral do Estado.

Art. 2º A perda da eficácia normativa referida no Art. 1º deste Decreto autoriza o reexame de pedidos de pensão formulados por viúvos não atingidos por invalidez referidos no Parecer nº 001/2006, com efeitos a partir da data de publicação deste Decreto, em atenção ao disposto no Art.2º, XIII, da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 2009 (sic).

Art.3º O disposto neste Decreto não autoriza a concessão de benefícios fulminados pela prescrição de fundo de direito, seja em razão da ausência de requerimento em até cinco anos do



falecimento do servidor, seja motivado pelo decurso de igual prazo da negativa da Administração sem insurgência, judicial ou extrajudicial.

III - CONCLUSÃO

29. Pelo exposto, opina-se no sentido de que sejam acatados os seguintes entendimentos:

- A) Nos procedimentos de Pensão por Morte em que, entre a data do óbito e o requerimento do cônjuge supérstite, tenha transcorrido mais de cinco anos, restou operada a prescrição, salvo se o benefício estava sendo pago a dependente integrante do mesmo núcleo familiar.
- B) Nos procedimentos em que a Pensão Definitiva foi concedida antes do advento do Parecer Normativo n. 001/2006 (DOE de 24/07/2006), em obediência ao Parecer Normativo n. 002/2006 e art. 2º, inciso XIII, da Lei n. 9.874/99, a data da concessão do benefício deverá ser a do seu requerimento.
- C) Nos procedimentos em que a Pensão Definitiva foi concedida posteriormente ao Parecer Normativo n. 001/2006 (DOE de 24/07/2006), portanto, contrariamente ao entendimento consolidado no âmbito desta Procuradoria, com a retirada de sua eficácia mediante o Decreto n. 30.699, de 10 de outubro de 2011, o benefício deverá ser concedido a partir de 14 de outubro de 2011 (data da publicação do decreto).

30. O presente feito se enquadra na situação prevista no item 40, C, motivo por que discordo do Parecer de fl. 99-100-PGE.

31. Finalmente, no que tange às parcelas já recebidas, tem-se que não há que se falar em ressarcimento ao erário, uma vez que foram recebidas de boa-fé pelo interessado, pois o pagamento foi autorizado por esta Procuradoria.

32. É o Parecer, *s.m.j*

33. À consideração superior.

Fortaleza, 03 de março de 2012.

Caroline Gondim Puster
Procuradora do Estado
Orientadora de Célula

1

Parecer n. 0591/2012

Processo n. 07249290-2

Origem: SEDUC

Interessado(a): Maria Socorro Ramos da Ponte

Procuradora: Caroline Gondim Puster

Ementa: I- Aposentadoria. Art. 40, §§ 3º e 8º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003. Forma de cálculo dos proventos. Medida Provisória nº 167/2004, convertida na Lei nº 10.887/2004. Média das remunerações. Forma de reajustamento. Art. 15 da Lei n. 10.887/2004 (alterado posteriormente pela Lei n. 11.784/2008) combinado com art. 83 da Orientação Normativa do Ministério da Previdência Social n. 02/2009 e art. 157 da Lei n. 9.826/74, com redação dada pela Lei n. 13.578/05.

1-Requisitos para a concessão da aposentadoria implementados até 31/12/2003. Legislação anterior. Paridade e Integralidade. Art. 3º da Emenda Constitucional n. 41/2003. Direito Adquirido.

2-Requisitos implementados entre 31/12/2003 e 19/02/2004. Integralidade (art. 40, §3º, CF c/c art. 8º, LC n. 12/99). Não há direito à paridade (art. 40, §8º, CF). Reajuste na mesma data e índice/percentual estabelecido para os reajustes anuais dos servidores do Estado.

3-Requisitos implementados após 20/02/2004. Média das remunerações (art. 1º da Lei n. 10.887/2004). Reajuste, a depender do período. Concessão entre 20/02/2004 e 30/06/2004. Exercício de 2004. Mesma data e índice estipulado para revisão da remuneração dos servidores públicos estaduais. No período de janeiro de 2005 a dezembro de 2007. Reajuste na mesma data dos benefícios do RGPS, mas pelos índices estipulados pelo Estado. Período de 01/01/2008 a 06/10/2011. Reajuste na mesma data e índice estabelecido para os benefícios de RGPS, salvo se suspensão pelo Chefe do Poder Executivo a aplicação do art. 15 da Lei n. 10.887/2004, com redação que lhe foi conferida pelo art. 171 da Lei n. 11.784/2008. A partir de 07/10/2011 (ADI 4582). Reajustes na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do RGPS. Índices estipulados pelo Estado.



II – Pensão. Art. 40, §§ 7º e 8º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003. Forma de cálculo e reajuste.

1-Óbitos ocorridos até 31/12/2003. Legislação vigente (EC n. 20/98). Paridade e Integralidade. Não incidência art. 40, §§ 7º e 8º, CF, com redação dada pela EC n. 41/2003.

2-Óbitos ocorridos entre 01/01/2004 e 19/02/2004. Art. 40, § 7º, da CF, com redação dada pela EC n. 41/2003. Reajuste na mesma data e índice/percentual estabelecido a remuneração dos servidores públicos pelo Estado do Ceará.

3-Óbitos a partir de 20/02/2004. Reajuste, a depender do período. Concessão entre 20/02/2004 e 30/06/2004. Exercício de 2004. Revisão na mesma data e pelo índice aplicado à remuneração dos servidores públicos estaduais. Período de janeiro de 2005 a dezembro de 2007. Reajuste na mesma data dos benefícios do RGPS, mas pelos índices estipulados pelo Estado. No período de 01/01/2008 a 06/10/2011. Reajuste na mesma data e pelo índice estabelecido para os benefícios de RGPS, salvo se suspensão pelo Chefe do Poder Executivo a aplicação do art. 15 da Lei n. 10.887/2004, com redação que lhe foi conferida pelo art. 171 da Lei n. 11.784/2008. A partir de 07/10/2011 (ADI 4582). Reajustes na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do RGPS. Índices estipulados pelo Estado.

I- RELATÓRIO

1. Cuida-se de processo de Pensão por Morte, originário da Secretaria de Educação do Estado do Ceará, decorrente do falecimento em 17 de julho de 2007 (certidão de óbito à fl. 04-PGE), do ex-servidor Pedro Acrísio da Ponte, aposentado na função de Professor Especializado, referência 22, matrícula funcional n. 079704-1-2, tendo como beneficiário o cônjuge supérstite Maria Socorro Ramos da Ponte (certidão de casamento à fl. 06-PGE).

2. O ex-servidor foi aposentado compulsoriamente por invalidez em 29 de outubro de 2006 (Laudo médico n. 2006/026301), com fundamento no art. 40, §1º, inciso I, §§ 3º, 8º e 17 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003, nos termos do ato de fl. 97-PGE, DOE de 04 de fevereiro de 2011, julgado legal pelo Tribunal de Contas do Estado mediante a Resolução n. 0501/2011 (documento anexo).



3. Como o benefício de pensão por morte decorre de aposentadoria concedida com base na média das remunerações, não se aplicando a regra da paridade, mas o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal (redação da EC n. 41/2003) para que se possa aferir o valor da pensão a ser concedida a partir da data do óbito, necessário que se defina a forma de reajustamento do benefício de aposentadoria e, posteriormente, as atualizações que deverão sobre ela incidir.

4. É o relatório. Segue Parecer.

II- PARECER

5. O art. 40, § 3º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003, que trata da forma de cálculo dos proventos de aposentadoria, substituindo a regra anterior mediante a qual o servidor tinha os proventos calculados com base na remuneração do cargo em que se aposentava, assevera:

Art. 40.

§ 3º - Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

6. Pelo transcrito, evidencia-se a presença de norma de eficácia contida, que, segundo a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais delineada por José Afonso da Silva¹, tem aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, haja vista que uma norma infraconstitucional poderá restringir sua abrangência.

7. Com a edição da Medida Provisória nº 167, de 19.02.2004, DOE de 20.02.2004, posteriormente convertida na Lei nº 10.887, de 18.06.2004, DOE de 21.06.2004, estabeleceu-se que o cálculo dos proventos de aposentadoria teria por base a média aritmética simples das remunerações do servidor, *in verbis*:

Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da

¹ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6a ed., São Paulo: Malheiros, 2003.



Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

8. Destarte, somente é possível a aplicação da nova regra de cálculo dos proventos a partir da data da publicação da aludida espécie normativa, o que importa dizer que apenas as aposentadorias concedidas após 20/02/2004 poderão ser calculadas com base na média das remunerações.

9. Nesse sentido, é elucidativo art. 61 da Orientação Normativa nº 02, de 31/03/2009, DOE de 02/04/2009, *verbis*

Art. 61. No cálculo dos proventos das aposentadorias referidas nos art. 56, 57, 58, 59, 60 e 67, concedidas a partir de 20 de fevereiro de 2004, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações ou subsídios, utilizados como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

10. Segundo preleciona José dos Santos Carvalho Filho², “pacificou-se o entendimento de que o direito à aposentadoria se rege pela lei da época em que o servidor reuniu os requisitos para a obtenção do benefício, ainda que, por ser possível, não tenha formulado o respectivo pedido”. É o que se denomina Princípio *lex regit actum*.

11. No mesmo desiderato é o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal no enunciado de súmula nº 359, senão vejamos:

Súmula nº 359 - Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos

² *Manual de Direito Administrativo*. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.659



necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.

12. Se de um lado, resta incontestemente a impossibilidade de se aplicar retroativamente o regramento introduzido pela Medida Provisória, de outro, imprescindível é a fixação da forma de cálculo dos proventos para os servidores que tenham implementado os requisitos necessários à concessão da aposentadoria entre 31 de dezembro de 2003³ e 19 de fevereiro de 2004.

13. É cediço que as normas de eficácia contida são aquelas que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência ulterior para a sua aplicação, mas preveem meios normativos que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade⁴. Entretanto, tem-se que a aplicabilidade em sua plenitude pressupõe a ausência total de normatização sobre o assunto, ou seja, é necessária a inexistência de lei federal e estadual.

14. Assim o é porque o art. 24, § 2º, da Carta Magna, assevera que “Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as peculiaridades locais”.

15. Dessa forma, perquirindo se existe norma estadual tratando da forma de cálculo dos proventos de aposentadoria, deparamo-nos com o art. 8º⁵ da Lei Complementar nº 12, de 23.06.1999, DOE de 28.06.1999, senão vejamos:

Art. 8º - Os proventos serão calculados com base na remuneração do segurado no cargo em que se der a sua aposentadoria e corresponderão à totalidade do subsídio ou vencimento, quando em atividade, respeitado o teto remuneratório aplicável.

3 Inobstante o art. 3º da Emenda Constitucional n. 41/2003 tenha garantido o direito adquirido à aposentadoria com base na legislação então vigente aos que tenham preenchido os requisitos para inativação até 31/12/2003, ao servidor deverá fazer opção expressa pela regra de aposentadoria, pois como a mencionada norma entrou em vigor na data acima referida, a rigor, alcança as situações ocorridas na sua vigência.

4 Conceito extraído do Livro do Luis Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 213

5 Posteriormente, em face da previsão contida no art. 24, §4º, CF/88 (“A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”), o art. 8º da LC nº 12/99 foi suspenso com o advento da MP nº 167/2004.



16. Logo, o valor dos proventos no que se refere às aposentadorias em que os requisitos foram implementados entre a data da publicação da Emenda Constitucional nº 41/2003 e da Medida Provisória nº 167/2004 será o valor correspondente à remuneração do servidor no cargo em que se der a inativação, mas **sem** direito à paridade, consoante demonstrado adiante.

17. O outro ponto a ser enfrentado relaciona-se ao reajustamento dos benefícios previdenciários decorrente da alteração do art. 40, § 8º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003, vejamos:

Art. 40.

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

18. Com a nova redação, percebe-se que o constituinte reformador extirpou - como regra do regime de previdência funcional - o critério da paridade como forma de reajustamento dos benefícios, determinando apenas uma diretriz a ser seguida pelo legislador ordinário, qual seja a preservação, em caráter permanente, do valor real.

18. Essa é a conclusão que se extrai da combinação do § 8º do art. 40 da Carta Magna com o art. 7º⁶ da Emenda Constitucional nº 41/2003, que manteve o critério de paridade apenas para os aposentados e pensionistas até 31/12/2003 e para os que, até esta data, já haviam preenchido os requisitos necessários à concessão desses benefícios.

20. Pela regra constitucional, tem-se que, aos servidores e seus dependentes não albergados pela exceção acima transcrita, devem-se aplicar as regras vigentes na data em que preencherem os requisitos

6 Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.



para a concessão de aposentadoria e pensão, vez que, enquanto não consumado o fato gerador do benefício, constituem mera expectativa de direito.

21. Estabelecendo os critérios para a aplicação do art. 40, § 8º, CF/88, o art. 15 da Lei nº 10.887/2004, na redação sua original, limita-se a definir a data em que deve ocorrer o reajuste dos proventos de aposentadoria e das pensões do regime de previdência funcional, senão vejamos:

Art. 15 – Os proventos de aposentadoria e as pensões de que trata os arts. 1º⁷ e 2º⁸ desta Lei serão reajustados na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social.

22. Observa-se que não há qualquer referência ao índice a ser utilizado para a revisão, mas União, por meio do Ministério da Previdência Social, no exercício da competência atribuída pelo art. 9º, inciso II⁹, da Lei nº 9.717/98¹⁰, expediu a Orientação Normativa

7 Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

8 Art. 2º Aos dependentes dos servidores titulares de cargo efetivo e dos aposentados de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, falecidos a partir da data de publicação desta Lei, será concedido o benefício de pensão por morte, que será igual: I - à totalidade dos proventos percebidos pelo aposentado na data anterior à do óbito, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescida de 70% (setenta por cento) da parcela excedente a este limite; ou II - à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo na data anterior à do óbito, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescida de 70% (setenta por cento) da parcela excedente a este limite, se o falecimento ocorrer quando o servidor ainda estiver em atividade.

9 Lei nacional que estabelece as normas gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos – RPPS - da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

10 A desobediência aos ditames da Lei nº 9.717/98 e Lei nº 10.887/04 implica o não recebimento do Certificado de Regularidade Previdenciária



do Ministério da Previdência Social nº 03, de 12.08.2004, DOU 17.08.2004, que, em seu art. 65, estatui:

Art. 65. Os benefícios de aposentadoria e pensão, de que tratam os art. 47, 48, 49, 50, 54 e 55 serão reajustados para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do RGPS, de acordo com a variação do índice definido em lei pelo ente federativo.

Parágrafo único - Na ausência de definição do índice de reajustamento pelo ente, os benefícios serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do RGPS.

23. Um parêntese: o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 25.871, referindo-se ao art. 9º da Lei nº 9.717/98 e art. 63 da Orientação Normativa nº 03/2004, assim se posicionou: “tal norma delegou competência ao Ministério da Previdência Social, para o estabelecimento de regras gerais sobre o regime de previdenciário, sem nenhuma ofensa ao art. 40, §8º, da Constituição da República, que alude apenas aos critérios legais de reajustamento, e não, à competência para a fixação de índices, e muito menos, ao art. 61, § 1º, c, que em nada se entende com reajuste de proventos”. Registra, ao final, que, “no âmbito do judiciário os proventos e pensões foram corrigidos, no exercício de 2005, com base em tais normas, como se extrai, exemplificativamente, do Proc. nº 319.522/2004, deste Supremo, do Proc. nº 4228/2004, do Superior Tribunal de Justiça, e do Proc. adm. nº 2005163219, do Conselho Nacional de Justiça”.

24. A decisão acima referida restou assim ementada:

– CRP, bem como, nos termos do art. 28 da Portaria nº 402/2008, as seguintes sanções: “Art. 28. O descumprimento do disposto na Lei nº 9.717, de 1998, e nesta Portaria pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e pelos respectivos fundos, implicará: 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; IV - suspensão do pagamento dos valores devidos pelo RGPS em razão da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999.



EMENTA: 1. MANDADO DE SEGURANÇA. Legitimidade. Passiva. Tribunal de Contas da União - TCU. Caracterização. Servidor público aposentado desse órgão. Proventos. Pedido de ordem para reajuste e pagamento. Verba devida pelo Tribunal a que está vinculado o funcionário aposentado. Efeito jurídico eventual de sentença favorável que recai sobre o TCU. Aplicação do art. 185, § 1º, da Lei Federal nº 8.112/90. Preliminar repelida. O Tribunal de Contas da União é parte passiva legítima em mandado de segurança para obtenção de reajuste de proventos de servidor seu que se aposentou. 2. SERVIDOR PÚBLICO. Funcionário aposentado. Proventos. Reajuste ou reajustamento anual. Exercício de 2005. Índice. Falta de definição pelo TCU. Adoção do índice aplicado aos benefícios do RGPS. Direito líquido e certo ao reajuste. MS concedido para assegurá-lo. Aplicação do art. 40, § 8º, da CF, cc. art. 9º da Lei nº 9.717/98, e art. 65, § único, da Orientação Normativa nº 3 de 2004, do Ministério da Previdência Social. Inteligência do art. 15 da Lei nº 10.887/2004. Servidor aposentado do Tribunal de Contas da União tem direito líquido e certo a reajuste dos proventos na ordem de 5,405%, no exercício de 2005.

25. No âmbito do Estado, as leis anuais que dispõem sobre revisão geral da remuneração dos servidores públicos civis e militares trazem expressamente a previsão de aplicação do índice nela estabelecido para os benefícios de aposentadoria e pensão em que os requisitos foram implementados a partir de janeiro de 2004.

26. Por outro lado, como o dispositivo que determina o reajustamento na mesma data em que se o der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social para as aposentadorias calculadas com base na média das remunerações e pensões decorrentes de óbitos ocorridos a partir de 20/02/2004 (arts. 1º e 2º da Lei nº 10.887/2004), não constava do texto da medida provisória, tendo sido introduzido apenas em 21/06/2004 pela Lei n. 10.887/04, imperioso é que se defina o momento em que deve ocorrer a revisão dos benefícios concedidos entre a data da publicação da Medida Provisória 167/2004 e 30/06/2004¹¹.

11 Os benefícios concedidos após 01/07/2004, somente serão reajustados em 2005, pois já estão de acordo com a Lei n. 13.512/2004, que trata da revisão geral referente ao exercício de 2004.



27. A Lei n. 10.887, conforme preconiza o art. 6^o¹² da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, tem efeito geral e imediato, podendo ser aplicada a todos os benefícios concedidos nos termos dos seus arts. 1^o e 2^o, a partir de 20/02/2004. Não se trata de aplicação retroativa, mas prospectiva, que é autorizada pelo entendimento uníssono da jurisprudência brasileira no sentido da ausência de direito adquirido a regime jurídico.

28. No entanto, inobstante tenha aplicação imediata, o critério legal estabelecido pela mencionada norma, **não** pode, no exercício de 2004, servir como parâmetro para reajustamento dos benefícios concedidos até 30/06/2004, uma vez que, conforme acima demonstrado, a data estipulada para o reajuste dos benefícios do RGPS foi o mês de maio, portanto, anterior à alteração do regime (modificação data de revisão).

29. Assim, caso se aplique tal norma para esses benefícios, não haverá reajuste referente ao ano de 2004, contrariando o dispositivo constitucional que assegura o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real (art. 40, § 8).

30. Portanto, utilizando-se do mecanismo de Interpretação Conforme, a conclusão a que se chega é no sentido de que o art. 15 da Lei n. 10.887/2004 tem aplicação imediata para as aposentadorias e pensões concedidas com fundamento nos arts. 1^o e 2^o a partir do primeiro reajustamento dos benefícios do regime geral de previdência social ocorrido na sua vigência, qual seja em maio de 2005.

31. Um parêntese: antes que se cogite de inconstitucionalidade formal do art. 15 da Lei n. 10.887/2004 no que tange a possibilidade de fixação, pela União, da data de reajuste dos benefícios do regime de previdência dos demais entes, o Estado do Ceará tem norma expressa no sentido de que *“Os proventos de aposentadoria e as pensões serão reajustados na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social”*. É a inteligência o art. 157 da Lei Estadual n. 9.826/74, com redação dada pela Lei n. 13.578, de 21 de janeiro de 2005. Portanto, pelo raciocínio acima delineado seja pela aplicação da norma geral prevista no art. 15 da Lei n. 10.887/04; seja pela incidência do art. 157 da Lei n. 9.826/74 (redação atual),

12 Dec n. 4657/42. “Art. 6^o A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.



no ano de 2005, os benefícios previdenciário serão reajustados na mesma data em que se der o reajustamento dos benefícios do RGPS.

32. Em síntese: a) no ano de 2004, os proventos de aposentadoria calculados com base na média das remunerações (art. 1º) e pensões concedidas nos termos do art. 2º da Lei nº 10.887/2004 após a edição da Medida Provisória nº 167, de 19.02.2004, DOE de 20.02.2004, serão reajustados na mesma data e pelo índice estabelecido nas leis de revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais; b) a partir de 2005, na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, mas pelos índices estipulados pelo Estado.

33. Posteriormente, a Lei nº 11.784, de 22.09.2008, resultado da conversão da Medida Provisória nº 431, de 14.05.2008, deu nova redação ao art. 15 da Lei nº 10.887/04, desta feita, estabelecendo como índice geral, a partir de janeiro de 2008, o aplicável aos benefícios do regime geral de previdência, *in verbis*,

Art. 15. Os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta Lei serão reajustados, a partir de janeiro de 2008, na mesma data e índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social, ressalvados os beneficiados pela garantia de paridade de revisão de proventos de aposentadoria e pensões de acordo com a legislação vigente.

34. A União, por sua vez, tentando solucionar a problemática da revisão dos proventos de aposentadoria e pensões, expediu, por intermédio do Ministério da Previdência Social, a Orientação Normativa nº 02/2009, de 31.03.2009, DOE de 02.04.2009, que, em seu art. 83, preconiza:

Art. 83. A partir de janeiro de 2008, os benefícios de aposentadoria de que tratam os arts. 56, 57, 58, 59, 60 e 67 e de pensão previstas no art. 66, concedidos a partir de 20 de fevereiro de 2004, devem ser reajustados para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, nas mesmas datas e índices utilizados para fins de reajustes dos benefícios do RGPS, excetuadas as pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com o art. 69.

§ 1º No período de junho de 2004 a dezembro de 2007, aplica-se, aos benefícios de que trata o caput, o reajustamento de acordo com a variação do índice oficial de abrangência nacional



adotado pelo ente federativo nas mesmas datas em que se deram os reajustes dos benefícios do RGPS.

§ 2º Na ausência de adoção expressa, pelo ente, no período de junho de 2004 a dezembro de 2007, do índice oficial de reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, aplicam-se os mesmos índices utilizados nos reajustes dos benefícios do RGPS.

§ 3º No primeiro reajustamento dos benefícios, o índice será aplicado de forma proporcional entre a data da concessão e a data do reajustamento.

35. Desse modo, com a alteração introduzida pela Lei nº 11.784/2008, todos os benefícios de aposentadoria e pensão (art. 1º e 2º da Lei n. 10.887/2004) concedidos pelo regime de previdência funcional, a partir de janeiro de 2008, deverão ser atualizados na mesma data e pelo mesmo índice do Regime Geral de Previdência Social.

36. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar proferida nos autos da ADI 4582, suspendeu os efeitos do art. 15 da Lei Federal n. 10.887/2004, com redação dada pelo art. 171 da Lei n. 11.784/2008, que obrigava os Estados e o Distrito Federal a aplicarem aos proventos de aposentados e pensionistas sem paridade o mesmo reajuste concedido pelo Governo Federal aos beneficiários do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e na mesma data.

37. Vejamos o que restou decidido pelo Pretório Excelso:

O Plenário deferiu pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, para restringir a aplicabilidade do que contido no art. 15 da Lei federal 10.887/2004, na redação conferida pelo art. 171 da Lei 11.784/2008, aos servidores ativos e inativos, bem como aos pensionistas da União (“Os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta Lei serão reajustados, a partir de janeiro de 2008, na mesma data e índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social, ressalvados os beneficiados pela garantia de paridade de revisão de proventos de aposentadoria e pensões de acordo com a legislação vigente”). Após retrospecto acerca das alterações normativas da matéria, a par da controvérsia de índole material, observou-se haver problemática alusiva à competência para dispor sobre revisão



de proventos. No ponto, ressaltou-se que a Constituição, ao se referir a “lei”, remeteria, de regra, à federal. Por sua vez, consoante o art. 24, XII, da CF, surgiria competência concorrente da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal para legislar sobre previdência social, proteção e defesa da saúde. Reputou-se forçoso concluir que a regência federal deveria ficar restrita, como previsto no § 1º do indicado art. 24, ao estabelecimento de normas gerais. Ademais, realçou-se não ser possível inferir que, no campo destas últimas, definir-se-ia o modo de revisão dos proventos dos servidores estaduais. Sob esse ângulo, entendeu-se, à primeira vista, relevante a alegação do mencionado ente federativo no que apontara o vício formal quanto à observância do preceito questionado aos respectivos servidores. Enfatizou-se que os citados artigos 1º e 2º do diploma legal versam o cálculo dos proventos no âmbito não só da União como também dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Além disso, frisou-se que, na Constituição gaúcha, haveria dispositivo a homenagear o princípio igualitário, considerados os servidores da ativa, os inativos e os pensionistas. Ponderou-se que, da mesma maneira que a normatização de revisão geral do pessoal da ativa caberia ao próprio ente federativo, competiria ainda a este legislar sobre o reajuste do que percebido pelos inativos e pelos pensionistas, sob pena de o sistema ficar capenga. Explicitou-se que, na espécie, ter-se-ia a regência da revisão do pessoal da ativa mediante lei estadual e dos inativos e pensionistas via lei federal. Ato contínuo, assinalou-se que nada justificaria esse duplo enfoque, cujo tratamento deveria ser uniformizado. ADI 4582 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 28.9.2011. (ADI-4582)

38. Sobre o início da eficácia da decisão cautelar em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de que o termo *a quo*, em regra¹³, é a publicação da ata de julgamento do pedido de medida cautelar no Diário Oficial da União, senão vejamos a Ementa relativa ao voto do Min. Celso de Mello, relator da Reclamação n. 3309 MC/ES:

EMENTA: CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. CONCESSÃO, COM EFEITO “EX NUNC”, DE MEDIDA CAUTELAR. A QUESTÃO DO INÍCIO DA EFICÁCIA DO PROVIMENTO CAUTELAR SUSPENSIVO

¹³ Nos casos de modulação dos efeitos da decisão previstos no art. 27 da Lei n. 9.868/99, o Tribunal, por maioria de dois terços, poderá decidir que a decisão somente terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.



DA APLICABILIDADE DOS ATOS NORMATIVOS QUESTIONADOS EM SEDE DE AÇÃO DIRETA. EFEITOS QUE SE PRODUZEM, ORDINARIAMENTE, A PARTIR DA PUBLICAÇÃO, NO DIÁRIO DA JUSTIÇA DA UNIÃO, DA ATA DE JULGAMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR, RESSALVADAS SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS EXPRESSAMENTE RECONHECIDAS PELO PRÓPRIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES: ADI 711-QO/AM, REL. MIN. NÉRI DA SILVEIRA - RCL 2.576/SC, REL. MIN. ELLENGRACIE - RTJ 164/506-509, REL. MIN. CELSO DE MELLO. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE, DE QUALQUER SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA PARA IMPUGNAR ATOS PRATICADOS EM MOMENTO ANTERIOR AO INÍCIO DA EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DO INSTRUMENTO RECLAMATÓRIO, CONSIDERADA A SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL (RTJ 134/1033). CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO, EIS QUE NÃO CARACTERIZADA, NA ESPÉCIE, HIPÓTESE DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DO JULGAMENTO EMANADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Rcl. 3309 MC/ES. Min. Rel Celso de Mello, decisão publicada no DJU de 4.8.2005)

39. Mais adiante, no voto proferido nos autos do processo acima mencionado, o eminente Relator preleciona:

Cabe lembrar, neste ponto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar questão de ordem suscitada na ADI 711/AM, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, definiu, como termo inicial da plena instauração de eficácia da medida cautelar concedida em ação direta, a data em que publicada, no Diário da Justiça da União, a ata da sessão do respectivo julgamento, ressalvadas as hipóteses excepcionais indicadas no precedente referido:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar deferida. Questão de Ordem. 2. A decisão que concede medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, possui eficácia, 'ex nunc'. Com a concessão da liminar, o ato normativo impugnado fica com sua eficácia suspensa, até o julgamento final. (...) 4. O deferimento da medida cautelar produz seus efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento no Diário da Justiça da União.(...).



40. Assim, tendo em vista que a concessão da medida cautelar tem (e, no caso específico, teve) efeitos *ex nunc*, a partir de 07/10/2011¹⁴ (data da publicação da Decisão no Diário Oficial da União, conforme documento anexo) e até julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade, no âmbito do Estado do Ceará, os benefícios de aposentadoria e pensão concedidos nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 10.887/2004 serão reajustados pelos índices estabelecidos nas leis anuais que promovem da revisão geral da remuneração dos servidores públicos civis estaduais, mas na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, conforme preconiza o art. 157 da Lei Estadual n. 9.826/74, com redação dada pela Lei n. 13.578/2005.

41. Por outro lado, salvo se afastada, pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, a aplicação o art. 171 da Lei n. 11.784/2008, que alterou a redação do art. 15 da Lei 10.887/2004, ou declarada a sua inconstitucionalidade, no período compreendido entre 01/01/2008 e 06/10/2011, deve-se aplicar o disposto no art. 15 da Lei n. 10.887/2004, com redação conferida pela Lei n. 11.784/2008, ou seja, as aposentadorias concedidas com base na média das remunerações (art. 1º da Medida Provisória n. 167/2004 e art. 1º da Lei n. 10.887/2004), bem como as pensões por morte decorrentes de óbitos ocorridos após 20/02/2004 (data da publicação da Medida Provisória nº 167/2004), deverão ser reajustadas na mesma data e pelos mesmos índices de reajustamento do Regime Geral de Previdência Social.

42. Desse modo, considerando que o art. 171 da Lei n. 11.784/2008, que conferiu nova redação ao art. 15 da Lei n. 10.887/2004, padece de vício formal de inconstitucionalidade e, possivelmente, ao final será declarada, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI n. 4582, a sua inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, sugere-se à submissão da matéria ao Governador do Estado para que, caso entenda se tratar de efetivamente de norma inconstitucional, determine suspensão da sua aplicação no âmbito administrativo.

14 ADI 4582 - 28/09/2011 Liminar deferida Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deferiu a medida cautelar. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falou pelo requerente o Dr. Nei Fernando Marques Brum, Procurador do Estado. Plenário, 28.09.2011. (<http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4058623>).



43. Resumindo¹⁵: os reajustes a serem concedidos pelo Estado deverão obedecer ao índice vigente na data em que se der o reajustamento do RGPS. Assim, no exercício de 2005, por exemplo, o reajuste do RGPS ocorreu no mês de maio, mas a lei estadual que definiu o percentual de aumento desse ano somente foi publicada no mês de julho, logo a atualização do valor dos proventos/pensão deverá ter por base a lei vigente no mês de maio, portanto, a lei anterior, e assim sucessivamente. Entre 01/01/2008 e 06/10/2011, os reajustes ocorrerão na mesma data e pelos mesmos índices do RGPS e, a partir de 07 de outubro de 2011 (ou seja, no exercício de 2012), os reajustes ocorrerão mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, mas pelos índices estipulados pelo Estado.

- Assim, tem-se que os reajustes devem ocorrer conforme abaixo indicado:

Ano	Data do reajuste (Estado)	Índice de reajuste
2004	Julho	Lei Estadual nº 13.512/2004

Ano	Data do reajuste (RGPS)	Índice de reajuste
2005	Maio	Lei Estadual nº 13.512/2004
2006	Abril	Lei Estadual nº 13.627/2005
2007	Abril	Lei Estadual nº 13.787/2006
2008	Março	Portaria MPS nº 77/2008*
2009	Fevereiro	Portaria MPS nº 48/2009*
2010	Janeiro	Portaria MPS nº 333/2010*
2011	Janeiro	Portaria MPS nº 568/2011*

* Caso não seja suspensa a aplicação da alteração introduzida pela Lei n. 11.784/2008.

Ano	Data do reajuste (Estado)	Índice de reajuste
2012	Janeiro	Lei Estadual

¹⁵ Em razão da complexidade do tema, procede-se a um breve resumo.



- Em caso de suspensão da aplicação da redação conferida pelo art. 171 da Lei n. 11.784/2008 ao art. 15 da Lei n. 10.887/2004, nos anos de 2008 a 2011, os reajustes serão da seguinte forma:

Ano	Data do reajuste (RGPS)	Índice de reajuste
2008	Março	Lei Estadual n. 13.908/2007
2009	Fevereiro	Lei Estadual n. 14.180/2008
2010	Janeiro	Lei Estadual n. 14.425/2009
2011	Janeiro	Lei Estadual n. 14.579/2010

44. Por fim, impende consignar que a partir de 2011, conforme inserto no art. 6º da Lei n. 14.867/2011, houve a antecipação da data-base de revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais para janeiro.

III - CONCLUSÕES

45. Ante todo o exposto, opina-se no sentido de que sejam adotados os seguintes entendimentos:

I - Se os requisitos para a concessão da aposentadoria foram implementados até 31 de dezembro de 2003, o benefício será concedido com base na legislação anterior, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional n. 41/2003, com direito à paridade e integralidade dos proventos, desde que haja expressa opção do servidor, em decorrência do direito adquirido.

II - Nos procedimentos de aposentadorias em que os requisitos foram implementados entre 31 de dezembro de 2003¹⁶ e 19 de fevereiro de 2004, o valor dos proventos deverá refletir a última remuneração do servidor no cargo em que se der a aposentadoria (integralidade). O benefício não tem direito à paridade, mas deve ser reajustado na mesma data e pelo mesmo índice/percentual estabelecido para os reajustes anuais dos servidores do Estado.

III- Nos procedimentos de aposentadoria calculada com base na média das remunerações (art. 1º da Lei n. 10.887/2004), os proventos serão reajustados, a depender do período, conforme a seguir indicado:

¹⁶ Quando os requisitos para aposentadoria forem preenchidos no dia 31/12/2003, o servidor, de acordo com o art. 3º da EC n. 41/2003, tem o direito adquirido à inativação com base na legislação então vigente.



a) Se a inativação for concedida entre 20 de fevereiro de 2004 e 30 de junho de 2004, no exercício de 2004, os proventos serão reajustados na mesma data e pelo índice estabelecido nas leis de revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais;

b) No período de janeiro de 2005 a dezembro de 2007, os todos os benefícios de aposentadoria com fundamento no art. 1º da Lei n. 10.887/2004 serão reajustados na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, mas pelos índices estipulados pelo Estado.

C) Salvo se suspensão pelo Governador do Estado a aplicação do art. 15 da Lei n. 10.887/2004, com redação que lhe foi conferida pelo art. 171 da Lei n. 11.784/2008, as aposentadorias, no período de 01 de janeiro de 2008 a 06 de outubro de 2011, serão reajustadas na mesma data e pelo índice estabelecido para os benefícios de Regime Geral de Previdência Social, conforme ANEXO I.

d) A partir de 07 de outubro de 2011, os benefícios de aposentadoria com fundamento no art. 1º da Lei n. 10.887/2004 serão reajustados na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, mas pelos índices estipulados pelo Estado.

IV - Nos procedimentos de pensão por morte, decorrentes de óbitos ocorridos até 31 de dezembro de 2003, o benefício será concedido com base na legislação então vigente, com direito à regra da paridade e integralidade, não incidindo, pois, a aplicação do disposto no art. 40, §§ 7º e 8º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003.

V - As Pensões por Morte decorrentes de óbitos ocorridos entre 1º de janeiro de 2004 e 19 de fevereiro de 2004, serão calculadas de acordo com o art. 40, § 7º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003 e serão reajustadas na mesma data e pelo índice/percentual estabelecido nas leis anuais de reajustamento dos servidores públicos pelo Estado do Ceará.

VI - Nos procedimentos de pensão por morte concedida com fundamento no art. 2º da Lei n. 10.887/2004, o valor do benefício será reajustado, a depender do período, conforme a seguir indicado:

a) Se o óbito ocorrer entre 20 de fevereiro de 2004 e 30 de junho de 2004, no exercício de 2004, o benefício será reajustado



na mesma data e pelo índice estabelecido nas leis de revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais;

b) No período de janeiro de 2005 a dezembro de 2007, os todos os benefícios de pensão com fundamento no art. 2º da Lei n. 10.887/2004 serão reajustados na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, mas pelos índices estipulados pelo Estado.

c) Salvo se suspensão pelo Governador do Estado a aplicação do art. 15 da Lei n. 10.887/2004, com redação que lhe foi conferida pelo art. 171 da Lei n. 11.784/2008, as pensões por morte, no período de 01 de janeiro de 2008 a 06 de outubro de 2011, serão reajustadas na mesma data e pelo índice estabelecido para os benefícios de Regime Geral de Previdência Social, conforme ANEXO I.

d) A partir 07 de outubro de 2011, as pensões concedidas com fundamento no art. 2º da Lei n. 10.887/2004 serão reajustadas na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, mas pelos índices estipulados pelo Estado.

VII – No primeiro reajustamento dos benefícios, o índice será aplicado de forma proporcional entre a data da concessão e a data do reajustamento (art. 83, § 3º, da Orientação Normativa MPS n. 02/2009).

45. Finalmente, insta registrar que, até o presente momento, todos os processos elencados no ANEXO II estão sobrestados nesta Consultoria aguardando definição sobre a forma de reajustamento que lhe deve ser aplicada.

46. É o parecer, s.m.j

47. À consideração superior.

Fortaleza, 15 de dezembro de 2011.

Caroline Gondim Puster
Procuradora do Estado
Orientadora de Célula



ANEXO I

- 2008

Ano	Portaria	Data do reajuste	Reajuste (%)
2008	77/2008	Março	5,00

- Tabela de reajuste para benefícios concedidos em data posterior a ao mês de abril de 2007:

Ano	Data do reajuste	Portaria n.	Data do início do benefício	Reajuste (%)
2008	Abril	77/2008	Até abril/2007	5,00
			Em maio/2007	4,73
			Em junho/2007	4,45
			Em julho/2007	4,13
			Em agosto/2007	3,80
			Em setembro/2007	3,19
			Em outubro/2007	2,93
			Em novembro/2007	2,62
			Em dezembro/2007	2,19
			Em janeiro/2008	1,2
			Em fevereiro/2008	0,51

- 2009

Ano	Portaria	Data do reajuste	Reajuste (%)
2009	48/2009	Fevereiro	5,92

- Tabela de reajuste para benefícios concedidos em data posterior ao mês de março de 2008:

Ano	Data do reajuste	Portaria n.	Data do início do benefício	Reajuste (%)
2009	Fevereiro	48/2009	Até março/2008	5,92
			Em abril/2008	5,38
			Em maio/2008	4,71



			Em junho/2008	3,72
			Em julho/2008	2,78
			Em agosto/2008	2,19
			Em setembro/2008	1,97
			Em outubro/2008	1,82
			Em novembro/2008	1,32
			Em dezembro/2008	0,93
			Em janeiro/2009	0,64

- 2010

Ano	Portaria	Data do reajuste	Reajuste (%)
2010	333/2010	Janeiro	7,72

- Tabela de reajuste para benefícios concedidos em data posterior ao mês de fevereiro de 2009:

Ano	Data do reajuste	Portaria n.	Data do início do benefício	Reajuste (%)
2010	Janeiro	333/2010	Até fevereiro/2009	7,72
			Em março/2009	7,39
			Em abril/2009	7,17
			Em maio/2009	6,58
			Em junho/2009	5,95
			Em julho/2009	5,51
			Em agosto/2009	5,26
			Em setembro/2009	5,18
			Em outubro/2009	5,01
			Em novembro/2009	4,77
			Em dezembro/2009	4,38

- 2011

Ano	Portaria	Data do reajuste	Reajuste (%)
2011	568/2011	Janeiro	6,41



- Tabela de reajuste para benefícios concedidos com data de início a partir de fevereiro de 2010:

Ano	Data do reajuste	Portaria n.	Data do início do benefício	Reajuste (%)
2011	Janeiro	568/2011	Em fevereiro/2010 ¹⁷	5,48
			Em março/2010	4,75
			Em abril/2010	4,01
			Em maio/2010	3,26
			Em junho/2010	2,82
			Em julho/2010	2,93
			Em agosto/2010	3,00
			Em setembro/2010	3,07
			Em outubro/2010	2,52
			Em novembro/2010	1,59
			Em dezembro/2010	0,55

¹⁷ Retificado no DOU de 4/1/2011. Redação original até fevereiro de 2010.

Parecer nº 0400/2011

Processo nº 10377801-2

Origem: PGE

Interessado(a): Regina Maria Barbosa Proença

Procuradora: Caroline Moreira Gondim

Ementa: Abono de Permanência. Previsão Constitucional. Arts. 2º, § 5º e 3º, § 1º, da Emenda Constitucional nº 41/03 e Art. 40, § 19, da Constituição Federal. Hipóteses Taxativas. Princípio da Legalidade Restrita.

I – Parecer nº3496/2010 desta Consultoria. Possibilidade de concessão nos casos de aposentadoria especial, independentemente de previsão constitucional. Aplicação do Princípio da Finalidade. No mesmo sentido, a Nota AGU/JD-2/2008 e Parecer nº 030/2010/DECOR/CGU/AGU, da Advocacia Geral da União.

II – Em consonância com os princípios ubi eadem ratio, idem jus, da segurança jurídica, proteção à confiança legítima e proibição de venire contra factum proprium, deve-se aplicar à espécie as conclusões do Parecer nº 3496/2010, para fins de concessão de abono de permanência com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005. Deferimento do presente pedido ou Revisão do Parecer nº 3496/2010.

I - RELATÓRIO

1. Cuida-se de requerimento formulado por Regina Maria Barbosa Proença, procuradora do estado, matrícula nº 131100110347718, com lotação na Procuradoria Geral do Estado, a fim de que lhe seja concedido o abono de permanência.

2. A origem fornece a documentação referente aos dados funcionais da servidora (fls. 05-12-PGE), termo de opção de permanência em atividade (fls. 07-27-PGE), bem como o quadro discriminativo de tempo de contribuição (fls. 05-06-PGE).

3. Consoante se depreende do quadro discriminativo de tempo de serviço/contribuição, a servidora implementou os requisitos exigidos para concessão de aposentadoria voluntária com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005.



4. É o relatório. Segue Parecer.

II - PARECER

5. O abono de permanência¹, introduzido para os servidores públicos pela Emenda Constitucional nº 41/03 em substituição à isenção da contribuição previdenciária instituída pela Emenda Constitucional nº 20/98, consiste no reembolso de valor equivalente ao da contribuição previdenciária para o servidor que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária e que opte em permanecer em atividade, sendo devido até a idade limite para a aposentadoria compulsória.

6. A Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, estabeleceu três hipóteses que ensejam o pagamento do abono, uma vez requerido pelo servidor público. São elas: a) art. 3º, § 1º, da EC nº 41/03; b) art. 2º, § 5º, da EC nº 41/03; e c) art. 40, § 19, da Constituição Federal.

7. A primeira hipótese, preservando o direito adquirido sob o pálio da legislação anterior, possibilita ao servidor que, até a publicação da mencionada norma, tenha cumprido todas as exigências para aposentadoria voluntária com proventos integrais ou proporcionais, desde que cumprido o período de carência de, no mínimo, 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se mulher, ou 30(trinta) anos de contribuição, se homem, opte por permanecer em atividade. É a inteligência do art. 3º, § 1º, da Emenda Constitucional nº 41/2003, *in verbis*:

Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos

1 O legislador constituinte reformador optou pelo abono de permanência em substituição ao favor tributário, por dois motivos: a) o primeiro é o novo critério de cálculo dos proventos de aposentadoria introduzido pela EC nº 41/2003, qual seja, a média das remunerações sobre as quais incidiu tributação, pois, sem o aporte das contribuições, a base de cálculo dos proventos seria reduzida; b) o segundo é decorrente do prejuízo causado aos cofres públicos pela imunidade tributária introduzida pela reforma anterior. Pelo modelo atual, o pagamento do abono fica a cargo do ente perante o qual o servidor adquiriu o direito, preservando-se, pois, a arrecadação dos fundos de previdência, uma vez que os valores pertinentes à contribuição previdenciária continuará sendo descontado.



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.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

8. Entre os dispositivos elencados, este é o único que possibilita a concessão do abono de permanência para qualquer modalidade de aposentadoria, bastando, para tanto, que a inativação seja voluntária e o servidor cumpra período de carência.

9. A segunda hipótese de abono de permanência em serviço encontra-se prevista no art. 2º, § 5º, da referida Emenda, para o servidor que, tendo ingressado no serviço público até 16/12/1998 e preencha os requisitos para aposentadoria voluntária previstos no *caput* do art. 2º da Emenda Constitucional nº 41/2003, optar por permanecer em atividade. Senão vejamos o que dispõe o dispositivo em comento:

Art. 2º. Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e



b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.

(...)

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

10. A última hipótese que, acrescentou ao art. 40 da Constituição Federal, o § 19, é dirigida ao servidor público que preencher os requisitos exigidos para inativação nos termos do art. 40, § 1º, inciso III, alínea *a*, da CF/88, ou seja, regra geral para aposentadoria voluntária (idade mínima de 60 anos e 35 anos de contribuição se homem, ou idade mínima de 55 anos e 30 anos de contribuição se mulher), vejamos:

Art. 40 – 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 e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do §3º.

(...)

III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

(...)



§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, (a), para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

(...)

§ 19 - O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecida no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.

11. No âmbito estadual, as situações que autorizam o pagamento do abono de permanência, estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 56/2004 (arts. 3º, § 5º² e 4º, §1º³, e alteração introduzida no

2 Art. 3. Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 168, §§ 3º, 6º e 7º, desta Constituição, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso”.

(...)

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória.

3 Art. 4º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor



art. 168, §8^o, da CE), constituem-se mera repetição das hipóteses previstas nos arts. 3^o, § 1^o e 2^o, § 5^o, da Emenda Constitucional n^o 41/2003 e art. 40, § 19, da Constituição Federal, com redação que lhe foi dada pela mencionada norma.

12. Encerrando o rol de preceitos relativos ao abono de permanência, a Orientação Normativa do Ministério da Previdência Social n^o 02, de 31 de março de 2009, de obediência obrigatória pelos entes federativos, em seu art. 86, *caput* e § 1^o, reproduz as hipóteses referidas nos itens 7, 9 e 10 como ensejadoras do pagamento da benesse, senão vejamos:

Art. 86. O servidor titular de cargo efetivo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas nos arts. 58 e 67 e que optar por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária, até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 57.

§ 1^o O abono previsto no *caput* será concedido, nas mesmas condições, ao servidor que, até 31 de dezembro de 2003, tenha cumprido todos os requisitos para obtenção da aposentadoria voluntária, com proventos integrais ou proporcionais, com base nos critérios da legislação então vigente, como previsto no art. 81, desde que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos, se homem.

13. Insta consignar que a União Federal, no exercício da competência legislativa concorrente⁵, editou a Medida Provisória n^o 1.723/1998, convertida na Lei n^o 9.717, de 27.11.1998, que dispõe sobre as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos – RPPS – da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que, por sua vez,

da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. n^o (sic) 40, § 1^o, inciso II, da Constituição Federal.

4 Art. 168. Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata o art. 330, *caput*, desta Constituição serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3^o e 6^o deste artigo.

(...)

§ 8^o O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecida no § 1^o, inciso III, alínea a, deste artigo e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória.

5 Conforme se depreende do art. 24, inciso XII, da Constituição Federal.



nos termos do art. 9º, inciso II, autoriza o Ministério da Previdência Social expedir Orientações Normativas estabelecendo parâmetros e diretrizes para o regime de previdência funcional.

14. A desobediência aos ditames da Lei nº 9.717/98 e Lei nº 10.887/04 implica o não recebimento do Certificado de Regularidade Previdenciária – CRP, bem como, nos termos do art. 28 da Portaria nº 402/2008, as seguintes sanções:

Art. 28. O descumprimento do disposto na Lei nº 9.717, de 1998, e nesta Portaria pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e pelos respectivos fundos, implicará:

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;

IV - suspensão do pagamento dos valores devidos pelo RGPS em razão da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999.

15. Pelos dispositivos transcritos, observa-se que, à exceção da previsão inserta no art. 3º, § 1º, da Emenda Constitucional nº 41/2003 que se refere à aposentadoria proporcional, o abono de permanência somente é devido nos casos em que o servidor, cumprindo as exigências para aposentadoria voluntária com proventos integrais, opte por permanecer em atividade.

16. Entretanto, existem situações que, embora presentes os critérios da voluntariedade da inativação e integralidade dos proventos, não foram elencadas como autorizadoras da concessão do abono. Nesse caso, tem-se por inviabilizada qualquer interpretação extensiva, pois o texto constitucional quando prevê a possibilidade de concessão do abono de permanência, remete expressamente ao regramento de aposentadoria que deverá ser preenchido pelo servidor.

17. Assim o é, porque, em decorrência do Princípio da Legalidade Restrita a que se submete a Administração Pública, “a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização



contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência oposição de lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação”⁶.

18. Por outro lado, a ideia que inspirou a criação do abono relaciona-se à economia que a permanência do servidor traz para o orçamento da previdência do regime próprio, pois, quando o servidor completa os pressupostos da inativação integral voluntária e permanece no trabalho, “a Administração economiza duas vezes: por não ter que pagar a aposentadoria e também por não ter que pagar remuneração para o servidor que será investido no cargo público no lugar daquele que se aposentou”⁷.

19. Com base nesse entendimento, a Advocacia Geral da União, por meio da Nota AGU/JD-2/2008, conferiu direito ao abono de permanência aos policiais federais que preenchessem os requisitos de aposentadoria especial e, posteriormente, o Parecer nº 030/2010/DECOR/CGU/AGU, estendeu o benefício aos policiais civis do Distrito Federal. No mesmo sentido, é o atual entendimento do Tribunal de Contas da União.

20. No mesmo desiderato, no âmbito do Estado do Ceará, o Parecer nº 3496/2010 (fl.30-35-PGE) desta Consultoria, devidamente referendado pelo Procurador-Geral do Estado, autorizou, diante da recepção pela Constituição Federal da Lei Complementar nº 51/85 nos moldes do Parecer nº 0656/2010, a extensão do abono de permanência aos policiais civis estaduais, se implementados os requisitos para aposentadoria especial.

21. A aposentadoria especial, prevista no art. 40, §4º, da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 47/2005, tem como objetivo compensar o exercício de atividade em condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física e atividades de risco e incentivar os portadores de deficiência física. Nesse caso, autoriza-se a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria em razão das peculiaridades a que estão sujeitos esses servidores.

6 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 65.

7 Ibrahim, Fábio Zambitte, TAVARES, Marcelo Leonardo e VIEIRA, Marco André Ramos. *Comentários à Reforma da Previdência*. Editora Impetus.



22. A aposentadoria diferenciada nos casos de atividades de risco e exercidas em condições especiais, segundo Feijó Coimbra (*Direito Previdenciário Brasileiro*, p. 155-156), citado por Eduardo Dias da Rocha⁸, justifica-se pela presunção de incapacidade pelo desgaste da atividade desempenhada, senão vejamos:

O fundamento da concessão da aposentadoria especial é (...) a incapacidade laborativa presumida pelo desgaste da atividade exercida. O que justifica presumir-se incapaz o trabalhador, em situação e lapso de tempo especiais, sem prévia perícia médica, atestadora dessa incapacidade, ou sem implemento da idade bastante, é o exercício da atividade reconhecida em lei como fator do desgaste físico atuante de forma pronunciada.

23. Se a Carta Magna autoriza a aposentadoria precoce, com requisitos e critérios diversos dos estabelecidos para a regra geral, inclusive independentemente da idade, em razão das condições desgastantes de trabalho a que estão submetidos esse grupo de servidores, não se pode admitir que, em contrapartida, haja um estímulo financeiro para que esses servidores permaneçam mais tempo expostos às condições de trabalho que justificaram a redução da sua vida funcional.

24. Na verdade, a única situação em que se pode cogitar na possibilidade de concessão da benesse no caso de aposentadoria especial é para os policiais que se enquadrarem no art. 3º, § 1º, da Emenda Constitucional nº41/2003, ou seja, preencherem os requisitos para aposentação com fundamento na LC nº 51/85 até 31/12/2003, uma vez que o mencionado dispositivo não estabelece o regramento de aposentação que deve ser implementado pelo servidor, logo, aplica-se a qualquer modalidade de aposentadoria.

25. No entanto, com a aprovação do mencionado parecer, o entendimento assentado no âmbito de Estado do Ceará⁹ foi no sentido de que “se o objetivo do abono foi, de certa forma, incentivar a permanência do servidor no serviço mesmo após ter ele direito

8 DIAS, Eduardo Rocha e MACEDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Ed. Método, 2008, p. 730.

9 É o que dispõe o art. 27 da Lei Complementar nº 58/2006, *in verbis*: Art.27. Os pareceres da Procuradoria-Geral do Estado, exarados pela Consultoria-Geral ou por outro órgão de execução programática, após aprovação do Procurador-Geral, encerram o assunto examinado na via administrativa e, normalmente, conterão ementa, relatório, fundamentação e conclusão.



a se aposentar, o mesmo deve ser perseguido também no caso de servidores que reúnam os requisitos para aposentadoria especial”.

26. Desse modo, percebe-se que a fundamentação utilizada para a concessão do abono aos policiais civis relaciona-se ao escopo normativo visado pelo texto constitucional com a criação desse instituto, eis a aplicação do princípio da finalidade, que “*por força dele a Administração subjugava-se ao dever de almejar sempre a finalidade normativa, adscrevendo-se a ela*”¹⁰, pois, “*em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é, ou seja, a conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com a sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la*”¹¹.

27. E continua o autorizado Celso Antonio Bandeira de Mello:

Encarta-se no princípio da legalidade o princípio da finalidade. Não se compreende uma lei, não se entende uma norma, sem entender qual o seu objetivo. Donde, também não se aplica uma lei corretamente se o ato de aplicação carecer de sintonia com o escopo por ela visado. Implementar uma regra de direito não é homenagear exteriormente sua dicção, mas dar satisfação aos seus propósitos. Logo, só se cumpre a legalidade quando se atender à sua finalidade.

28. Assim, pode-se concluir que, se a finalidade normativa foi prolongar a vida funcional do servidor público que completou os requisitos para aposentadoria integral voluntária, os fundamentos jurídicos utilizados para a concessão de abono de permanência no caso de aposentadoria especial devem ser aplicados às demais modalidades de inativação voluntária com proventos integrais previstas no arcabouço constitucional (princípio *Ubi eadem ratio, idem jus*, ou seja, onde houver a mesma razão, o direito deve ser o mesmo).

29. Isto porque, se, de um lado, não se pode relegar que a atividade administrativa deve se pautar pelo postulado da legalidade, nos moldes delineados pelo princípio da finalidade, de outro erige a necessidade de estabilização das relações jurídico-administrativas,

10 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op.cit, p. 95.

11 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op.cit, p. 95.



viabilizada, nesse tocante, pelo princípio da segurança jurídica (proteção à confiança legítima).

30. A segurança jurídica permite antever o comportamento da Administração diante de situações previamente conhecidas e por ela já decididas, com base na crença de que o direito deve ser previsível e as situações jurídicas estáveis; *é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso -, comportamento cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo*¹².

31. Com efeito, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, em razão deste princípio (*conjugadamente com os da presunção de legitimidades dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé*), firmou-se o correto entendimento de que as orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia¹³.

32. Sobre o assunto, José dos Santos Carvalho Filho¹⁴ assim se manifestou:

No direito comparado, especialmente no direito alemão, os estudiosos se têm dedicado à necessidade de estabilização de certas situações jurídicas, principalmente em virtude do transcurso do tempo e da boa-fé, e distinguem os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança. Pelo primeiro, confere-se relevo ao aspecto objetivo do conceito, indicando-se a inafastabilidade da estabilização jurídica; pelo segundo, o realce incide sobre o aspecto subjetivo, e neste se sublinha o sentimento do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado, dotados de presunção de legitimidade e com aparência de legalidade.

33. Como decorrência da subordinação da Administração Pública ao dever de coerência e boa-fé, que advém do princípio da segurança da jurídica, surge o instituto da proibição da não contradição, por meio do qual o titular de direitos ou prerrogativas públicas deve

12 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op.cit*, p. 111.

13 *op.cit*, p. 112.

14 CARVALHO, José dos Santos Filho. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 31.



respeitar a aparência criada por seu comportamento anterior nas relações jurídicas subsequentes, preservando a confiança gerada nos administrados. Assim, “a proibição de ir contra os próprios atos interdita o exercício de direitos e prerrogativas quando o agente procura emitir novo ato em contradição manifesta com o sentido objetivo dos seus atos anteriores, ferindo o dever de coerência para com o outro sujeito da relação sem apresentar justificção razoável”¹⁵. É o que se convencionou denominar de proibição de venire contra factum proprium ou teoria dos atos próprios.

34. Destarte, pela Doutrina dos Atos Próprios, restringe-se à adoção, pelo administrador público, de decisões contraditórias e incoerentes para uma mesma situação da vida e, por conseguinte, prestigia a “previsibilidade da ação estatal”¹⁶, por meio da salvaguarda da proteção à confiança legítima e a lealdade do Estado em suas relações com os administrados.

35. Finalmente, apenas a título de esclarecimento, oportuno consignar que a Emenda Constitucional nº 47/2005, de 05 de julho de 2005, fruto da aprovação da denominada “PEC Paralela”, segundo Pedro Lenza¹⁷, foi elaborada à época da EC nº 41/2003 “com objetivo de amenizar, melhorando as regras de transição, o seu impacto em relação àqueles que estariam sendo surpreendidos pelas novas regras”.

36. Inobstante o objetivo inicial da referida emenda tenha sido amenizar alguns dos efeitos da reforma anterior, a regra de transição para aposentadoria prevista no art. 3º¹⁸ é a modalidade que demanda

15 Extraído do artigo de autoria de Paulo Modesto, publicado no site: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-PAULO-MODESTO.pdf>

16 ATALIBA Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p.144.

17 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Ed. Método, 2006, p. 590.

18 Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;



o implemento dos requisitos mais rigorosos para inativação, uma vez que exige um período maior de efetivo exercício no serviço público e na carreira, a inexistência de redutor para a concessão de aposentadoria especial para professores, bem como a possibilidade de compensação entre tempo de contribuição e idade – diminuição de cada ano na idade para igual período de tempo de contribuição acima do mínimo previsto

37. A compensação prevista no inciso III do art. 3º, da mencionada emenda, foi criada como fomento ao Sistema de Capitalização no Regime Próprio de Previdência Brasileiro - que pretende garantir um regime de caráter efetivamente retributivo - e à preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, uma vez que um período contributivo mais extenso, quando da projeção atuarial a ser feita, irá repercutir de forma decisiva no valor que se reverterá na forma de proventos para o servidor e, por via de consequência, em razão da previsão de integralidade, mais se aproximará do valor sobre o qual efetivamente incidiu contribuição.

III - CONCLUSÃO

38. Ante todo o exposto, opina-se no sentido de que seja adotado um dos seguintes entendimentos:

1. Em consonância com o princípio da Legalidade Restrita, sugere-se a revisão do Parecer nº 3496/2010 - que autorizou a concessão de abono aos policiais civis estaduais que preenchessem os requisitos para regra de aposentadoria prevista na Lei Complementar nº 51/85 -, restringindo sua aplicação apenas aos casos de abono de permanência com fundamento no art. 3º, §1º, da Emenda Constitucional nº 41/2003, ou seja, para os policiais civis que implementaram os requisitos para aposentadoria especial até 31/12/2003.

2. Caso não seja acatado item anterior, entendendo-se que o princípio da legalidade restou obedecido com a aplicação do princípio da finalidade, bem como em razão do princípio da segurança jurídica, pautado na confiança legítima da gerada

II vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.



na requerente diante a aprovação do Parecer nº3496/2010 e considerando a proibição de *venire contra factum proprium* (Teoria dos atos próprios), conforme explicitado nos itens 33 e 34, tem-se como impositiva a concessão o presente abono de permanência, tendo em vista que foram implementados os requisitos para aposentadoria voluntária com proventos integrais com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005.

39. É o parecer, *s.m.j*
40. À consideração superior.

Fortaleza, 06 de janeiro de 2011.

Caroline Moreira Gondim
Procuradora do Estado

Parecer PROCADIN nº 10/2013

Processo SPU nº: 09231050-8

Origem: Fundação Universidade Estadual do Ceará - FUNECE

Interessado(a): Airton Alencar de Araújo

Procurador: Croaci Aguiar

EMENTA: DISTRIBUIÇÃO (NOMEN IURIS). INEXISTÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA. CRIAÇÃO DE CARGO OU TRANSFORMAÇÃO DE CARGO. MEDIANTE DECRETO. IMPOSSIBILIDADE.

A consulta em apreço versa sobre requerimento administrativo de Professor da Fundação Universidade Estadual do Ceará - FUNECE, no qual o Interessado solicita ascensão funcional para o cargo de Professor Associado com base na Lei nº 14.116, de 26 de maio de 2008 que foi regulamentada pelo Decreto nº 30.382, de 08 de dezembro de 2010.

Com o visio de solucionar o questionamento acerca da criação dos cargos de Professor Associado, por meio de diligência, foi solicitada à Secretaria de Planejamento e Gestão - SEPLAG manifestação sobre a existência de norma estadual (lei, decreto, etc) que tenha criado tais cargos, especificando se os provimentos e atribuições das funções mencionadas possuem correlação aos cargos de professor previstos no Anexo Único do Decreto nº 30.382/2010.

Retornando os autos à Secretaria de Planejamento e Gestão – SEPLAG, a Coordenadoria de Gestão e Processos, por meio da Folha de Informação e Despacho acostada aos autos, assevera que "(...) O cargo de Professor, Classe Associado, foi criado e incluído no Grupo Ocupacional do Magistério Superior, na carreira de docência Superior, com a edição da Lei nº 14.116/2008 (art. 19, seus parágrafos e incisos).".

Eis o Relatório.

Com objetivo de serem aplicadas as determinações insertas na Lei nº 14.116, de 26 de maio de 2008, foi expedido o Decreto nº 30.382, de 08 de dezembro de 2010, no qual foi prevista a distribuição dos cargos de Professor Integrante do Grupo Ocupacional Magistério Superior – MAS, criados pelas Leis nº 13.215 e 13.216, de



04 de abril de 2002, bem como os empregos públicos transformados em cargos de provimento efetivo pelo Decreto Estadual nº26.691, de 08 de agosto de 2002.

Acerca do instituto da distribuição, é certo que é a lei em sentido formal é o instrumento que desencadeia, em regra, o processo, já que em 2001, a Emenda Constitucional nº 32 alterou o Art. 84, VI, da Carta Maior, e determinou que somente fica outorgada ao Presidente da República a prerrogativa de “dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções e cargos públicos, quando vagos”.

Assim, quando se tratar de reorganização administrativa que não implique em aumento de despesa, equivalência de vencimentos, mesmo nível de escolaridade, compatibilidade entre as atribuições do cargo exercido, não se faz necessária a edição de lei, processando-se a redistribuição de cargos e funções por meio de decreto, desde que vinculado aos ditames da legislação que a autorizou (Art. 84, VI, “a” da Carta Maior).

Não obstante tal assertiva, é preciso saber qual instituto, no bojo do Decreto nº 30.383, se encontra previsto no Anexo Único. Sim, porque o que não se vê é o instituto da (re)distribuição de cargos de Professor Associado. Seja demonstrado, pois:

DECRETO Nº30.382, de 06 de dezembro de 2010.

DISPÕE SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DOS CARGOS DE PROFESSOR

INTEGRANTE DO GRUPO OCUPACIONAL MAGISTÉRIO SUPERIOR – MAG, CRIADOS PELAS LEIS Nº13.215 E 13.216, DE 04 DE ABRIL DE 2002, E SOBRE OS EMPREGOS PÚBLICOS

TRANSFORMADOS EM CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO PELO DECRETO Nº26.691, DE 08 DE AGOSTO DE 2002, COM LOTAÇÃO NA FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ – FUNECE, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ, no uso das atribuições que lhe confere o Art. 88, inciso IV e VI, da Constituição Estadual, e CONSIDERANDO o disposto no Artigo 6º da Lei nº14.116, de 27 de maio de 2008, que aprovou o Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos – PCCV, do Grupo Ocupacional



Magistério Superior – MAS, da Fundação Universidade Estadual do Ceará – FUNECE, da Fundação Universidade Regional do Cariri – URCA e da Fundação Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA; CONSIDERANDO a necessidade de proceder a promoção de Professores aptos a integrarem a Classe Associado, acrescentada pelo Art.6º da Lei nº14.116, de 27 de maio de 2008;

CONSIDERANDO as vagas excedentes nas Classes Auxiliar, Assistente e Adjunto;

DECRETA:

Art.1º Os cargos de Professor Integrante do Grupo Ocupacional Magistério Superior – MAS, criados pelas Leis nº13.215 e 13.216, de 04 de abril de 2002, bem como os empregos públicos transformados em cargos de provimento efetivo pelo Decreto Estadual nº26.691, de 08 de agosto de 2002, ficam distribuídos na forma do Anexo Único deste Decreto, em conformidade com as classes a que se refere o Art.6º da Lei nº14.116, de 27 de maio de 2008.

Art.2º As despesas decorrentes deste Decreto correrão à conta da dotação orçamentária da Fundação Universidade Estadual do Ceará –FUNECE.

Art.3º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art.4º. Revogam-se as disposições em contrário.

PALÁCIO IRACEMA, DO GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ, em Fortaleza, aos 06 de dezembro de 2010.

Cid Ferreira Gomes

GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

ANEXO ÚNICO

A QUE SE REFERE O ART.1º DO DECRETO Nº30.382, DE 06 DE DEZEMBRO DE 2010

SITUAÇÃO ATUAL			SITUAÇÃO PROPOSTA		
CARGO	REF	QUANTIDADE	CARGO	REF	QUANTIDADE
AUXILIAR	A,B,C	322	AUXILIAR	A,B,C	83
ASSISTENTE	D,E,F,G,H	333	ASSISTENTE	D,E,F,G,H	400
ADJUNTO	I,J,K,L,M	398	ADJUNTO	I,J,K,L,M	370
ASSOCIADO	N,O	-	ASSOCIADO	N,O	200
TITULAR	P	80	TITULAR	P	80
TOTAL	-	1133	TOTAL	-	1.133



O entendimento acima, é consequência da leitura do Anexo Único da norma infraconstitucional acima transcrita, no qual se constata que não há a indicação do número de empregos públicos transformados ou cargos de Professor Integrante do Grupo Ocupacional Magistério Superior – MAS criados pelas Leis nº 13.215 e 13.216, que corresponda à quantidade de cargos de Professor Associado.

Tal omissão é decorrente da inexistência da criação de cargos efetivos de Professor Associado, já que deve ser ressaltado que a Lei nº 14.116/2008, em seu artigo 19, não prevê a criação de cargos, mas regulamenta a promoção dos integrantes das carreiras do Grupo Ocupacional Magistério Superior – MAS, nos seguintes termos:

LEI Nº 14.116, DE 26.05.08 (D.O. DE 27 05.08)

Aprova o Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos – PCCV, do Grupo Ocupacional Magistério Superior – MAS, da Fundação Universidade Estadual do Ceará – FUNECE, da Fundação Universidade Regional do Cariri – URCA, e da Fundação Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

Faço saber que a Assembleia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei:

(.....)

Seção II

Da Promoção

Art. 19. O desenvolvimento funcional por promoção dos integrantes das carreiras do Grupo Ocupacional Magistério Superior – MAS, terá como requisito a obtenção de título de mestre ou doutor, conforme o caso, segundo o anexo II desta Lei.

§ 1º O acesso à classe de Associado dependerá dos seguintes requisitos:

I - ser portador do título de doutor;

II - cumprimento do interstício de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias na última referência da classe de Adjunto, a partir da data de publicação desta Lei.



III - ser aprovado numa avaliação de desempenho acadêmico, conforme critérios estabelecidos nas resoluções específicas dos colegiados superiores.

§ 2º O acesso à classe de Titular se dará, unicamente, mediante aprovação em concurso público de provas e títulos.

Neste sentido, não se pode olvidar que a criação do cargo deve ser minuciosa, contemplando, no mínimo, a enumeração de suas funções, carga horária, regime jurídico e vencimento, além da sua quantidade. A esse respeito, o Professor Diógenes Gasparini é enfático ao ensinar que a criação de cargos “significa sua institucionalização com denominação própria, quantidade certa, função específica e correspondente estipêndio”. (GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 250.)

No mesmo sentido, IVAN BARBOSA RIGOLIN (em parecer publicado no BDM – maio/2011, págs. 307/316, Ed. NDJ), assim se expressa: “Cargos são postos de trabalho autônomos, criados por lei em número certo e com vencimento fixado no ato criador.”

A jurisprudência pátria caminha nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO NORTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEIS MUNICIPAIS N.ºS 332 E 338/03, QUE CRIAM CARGOS EM COMISSÃO SEM, NO ENTANTO, DETERMINAR AS SUAS ATRIBUIÇÕES EM CLARA INFRINGÊNCIA AO ART. 37, CAPUT, II, DA CF E ART. 3.º, DA LEI N.º 12/91 - ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. VÍCIO CONSTATADO. INVALIDADE QUE SE DECLARA. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. SENTENÇA CONFIRMADA. [...]
3. Mérito. Consoante o art. 3.º, da Lei municipal n.º 12/91, cargo público é aquele criado por lei, em número certo, com denominação própria, remunerado pelos cofres municipais, ao qual corresponde um conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a funcionários públicos. De outra banda, a criação de cargos em comissão, nos termos do art. 37, II, da CF, só é possível para fins de direção, assessoramento e chefia.
4. Dessa feita, são nulos os referidos diplomas legais que criam cargos em comissão sem, no entanto, definir suas atribuições, vez que proporcionam desvio de função e impossibilitam a fiscalização para verificar se criados, exclusivamente, para os casos permitidos em lei. Não provimento. 5. PRELIMINARES



REJEITADAS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA. (TJRS, AC 70013063201. Relator: Des. Wellington Pacheco Barros. Julgado em 28/12/2005.)

Qual seria, então, o instituto previsto no Decreto nº 30.383? Não obstante o nomen iuris empregado no bojo do decreto, é certo que se trata de transformação de cargos públicos de provimento efetivo, cuja previsão se encontra no artigo 48, X, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, in verbis:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(.....)

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Entretanto, conquanto haja previsão do instituto da transformação de cargos públicos expressa na Constituição Federal (art. 48, X), tal preceitos têm em conta a simples modificação nominal das funções, sem mudança das atribuições do cargo extinto, das responsabilidades a ele pertinentes, da escolaridade exigida antes e depois da transformação, ou que não importem acréscimo considerável nos vencimentos correspondentes.

Ademais, no presente caso, mesmo que fosse aceito o instituto da transformação, é certo que é a lei em sentido formal que desencadeia, em regra, o processo de transformação de cargos, já que em 2001, a Emenda Constitucional nº 32 alterou o Art. 84, VI, da Carta Maior, em cujo texto prevê que somente foi outorgado ao Presidente da República a prerrogativa de “dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções e cargos públicos, quando vagos”.

Constata-se, pois, que Emenda Constitucional nº 32, ao albergar o instituto inovador em nosso ordenamento do decreto autônomo para extinção de cargos funções e empregos (art. 84, VI, b), não retirou da esfera legiferante do Poder Legislativo a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b.



Em síntese, quando se tratar de reorganização administrativa que não implique em aumento de despesa, equivalência de vencimentos, mesmo nível de escolaridade, compatibilidade entre as atribuições do cargo exercido, não se faz necessária a edição de lei, processando-se a redistribuição de cargos e funções por meio de decreto, desde que vinculado aos ditames da legislação que a autorizou (Art. 84, VI, “a” da Carta Maior).

Por outro lado, sempre que houver substancial mudança das atribuições, remuneração, requisitos de ingresso e grau de escolaridade dos cargos paradigmas, deve o instituto aplicado conformar-se ao princípio da unidade constitucional, harmonizando-se o sobredito preceito com a regra paralela do art. 37, II, da Carta Magna.

Em caso análogo, o STF reconheceu a existência de repercussão geral, entendendo pela inconstitucionalidade de decretos que versem acerca da reestruturação de cargos públicos, senão vejamos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PODER EXECUTIVO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECRETOS 26.118/05 E 25.975/05. REESTRUTURAÇÃO DE AUTARQUIA E CRIAÇÃO DE CARGOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INOCORRENTE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO. I - A Constituição da República não oferece guarida à possibilidade de o Governador do Distrito Federal criar cargos e reestruturar órgãos públicos por meio de simples decreto. II - Mantida a decisão do Tribunal a quo, que, fundado em dispositivos da Lei Orgânica do DF, entendeu violado, na espécie, o princípio da reserva legal. III - Recurso Extraordinário desprovido. (RE 577025, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-08 PP-01507 RTJ VOL-00209-01 PP-00430).

Desta feita, é de se concluir pela inconstitucionalidade da utilização de decreto para criar cargos novos ou transformá-los, sob o argumento de que se estaria distribuindo cargos já existentes. Portanto, não é cabível aplicação do Decreto nº 30.382, de 08 de dezembro de 2010, no qual foi prevista a distribuição dos cargos de Professor Integrante do Grupo Ocupacional Magistério Superior – MAS.

É o parecer. Salvo melhor juízo.



Submete-se à apreciação do Procurador Geral do Estado.

Fortaleza, 18 de janeiro de 2013

Croaci Aguiar
Procurador do Estado
OAB-CE nº 5.923

Parecer n°

Processo n° 0385470-81.2000.8.06.0001

Interessado(a): Eneas Magno Saraiva Neto

Procurador: Daniel Feitosa de Menezes

DESPACHO

Ref. SPU n° 12755153-0 (Processo n° 0385470-81.2000.8.06.0001 - MS)

Urgente

Trata-se de requerimento administrativo no qual o soldado da polícia militar Eneas Magno Saraiva Neto solicita a reconsideração do parecer desta PGE (proferido no SPU n° 12455255-2) que decidiu pela sua exclusão dos quadros da Corporação, em virtude de ter sido incluído na Administração Pública por ato de autoridade incompetente, e na ausência de ordem judicial neste sentido, não obstante a condição sub judice na qual se encontrava.

Segundo consta, o requerente se submeteu ao concurso público para provimento do cargo de Soldado de Fileiras da PMCE, regulamentado pelo edital n° 001/98, sendo reprovado, porém, no exame físico. Inconformado, impetrou o mandado de segurança em epígrafe para ser reintegrado ao certame, tendo sido acolhido o pleito, inclusive pelo Tribunal de Justiça, o que motivou a interposição de recursos extraordinário e especial.

Entretanto, ao analisar requerimento administrativo no qual o candidato postulava o recebimento de valores concernentes à bolsa a que faria jus por ocasião do curso de formação, a Procuradoria Judicial do Estado concluiu, à luz das informações colhidas junto ao Comando Geral da PMCE, que o requerente havia sido incluído nos quadros da Corporação sem que houvesse decisão judicial ordenando a nomeação, além de que o ato teria sido praticado por autoridade incompetente para prover cargos públicos.

Remetido o processo ao gabinete, o Procurador Geral do Estado concordou com a exclusão do requerente dos quadros da Administração Pública, sem se posicionar, porém, sobre a competência para a nomeação nos cargos de soldado da PMCE.



Sobreveio o presente pedido de reconsideração, fundamentado nas decisões de mérito proferidas na ação acima citada, favoráveis ao autor.

Distribuído o processo administrativo, colhe-se parecer do Dr. Jefferson de Paula Viana Filho, no qual se conclui pelo indeferimento do pleito.

É o breve relato. Passa-se ao mérito do pedido.

Conforme afirmado, trata-se de requerimento administrativo no qual soldado da Polícia Militar solicita a reconsideração do parecer que decidiu pela sua exclusão dos quadros da Administração Pública.

Os motivos que levaram à referida decisão administrativa podem ser assim sintetizados:

- inexistência de decisão judicial ordenando a nomeação e posse do autor no cargo público disputado;
- a ausência de trânsito em julgado do mandado de segurança impetrado pelo candidato, no qual discute a reprovação no exame físico, e, por fim,
- o vício de competência do ato que legitimou o Sr. Enéas Magno Saraiva Neto a ingressar nos quadros da PMCE (boletim do Comando Geral).

O parecer, segundo se infere, foi fundamentado no dever de autotutela da Administração Pública, bem exposta pela súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, a qual assim dispõe:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

O princípio da autotutela, segundo lição de José dos Santos Carvalho Filho¹, estabelece não apenas uma faculdade da Administração de rever os equívocos cometidos, *“mas também um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situação irregulares, permaneça inerte e desinteressada”*.

Não obstante o reconhecimento dessa capacidade, consagrada na doutrina e na jurisprudência, devemos sempre lembrar que a ação

¹ Carvalho Filho, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, pg. 33.



estatal encontra limites nos direitos e nas garantias individuais do cidadão.

Assim, se o poder não é ilimitado, ou absoluto, chega-se à inarredável conclusão de que a possibilidade de revisão dos atos administrativos deve obediência, pelo menos, a dois postulados fundamentais, quais sejam: os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Veja-se, a propósito, excerto jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SANÇÃO DE SUSPENSÃO POR 90 DIAS. CUMPRIMENTO DA PENALIDADE. COMPOSIÇÃO IRREGULAR DA COMISSÃO PROCESSANTE. ANULAÇÃO DO RELATÓRIO FINAL. ELABORAÇÃO DE NOVO RELATÓRIO. DEMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 19/STF.

(...)

5. É certo que o poder de autotutela conferido à Administração Pública implica não somente uma prerrogativa, como também uma obrigação de sanear os vícios e restabelecer o primado da legalidade em hipótese na qual se depara com equívocos cometidos nas incontáveis atividades que desempenha, conforme rezam as Súmulas 346 e 473, do STF e o art. 53 da Lei nº 9.784/99.

6. Nada obstante, há fatores excepcionais que inibem a atuação da Administração tendente a corrigir o ato imperfeito. Essas hipóteses extraordinárias são marcadas pelas notas fundamentais da segurança jurídica e proteção da boa-fé e visam precipuamente a assegurar estabilidade jurídica aos administrados e a impedir que situações já consolidadas sem qualquer indício de conduta capciosa do beneficiário possam vir a ser objeto de releitura - o que, diga-se, em casos mais extremos decorre de reprováveis personalismos e subjetivismos.

(MS 16.141/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/05/2011, DJe 02/06/2011) (destacamos)

Feitas essas breves considerações, consta que o requerente foi incluído nos quadros da Corporação Militar por ato do Comandante Geral da PMCE, registrado no boletim nº 185, de 28 de setembro de 2004, retroativo a 04 de agosto de 2003, data de início do



CFSdF/2003, em cumprimento a uma suposta determinação judicial exarada nos autos em epígrafe.

Verifica-se, primeiramente, óbice temporal na revisão do ato acima, posto que passados mais de 8 (oito) anos da inclusão do candidato como soldado da Polícia Militar, apoiando-se, por analogia, à Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal, mas que, diante de omissões legislativas estaduais e municipais pode ser considerada ao menos como orientação para aplicação nessas esferas de poder.

Como se sabe, a mencionada legislação, em seu artigo 54 estabeleceu um prazo decadencial, limitando o poder de autotutela, nos seguintes termos:

Art. 54 O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato, ser garantidas através do devido processo legal.

Nesses termos, bastante elucidativa a decisão tomada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça nos autos do RMS nº 24.430, *verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ISONOMIA SALARIAL CONCEDIDA PELO PODER PÚBLICO COM BASE EM PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE. VERBA DE REPRESENTAÇÃO CONFERIDA AOS PERITOS CRIMINAIS DESDE 1993. SUPRESSÃO POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA RAZOABILIDADE. CONVALIDAÇÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS. INTERREGNO DE MAIS DE DEZ ANOS. REDUTIBILIDADE SIGNIFICATIVA DOS PROVENTOS. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada



do poder de autotutela do Estado, e na convalidação dos efeitos produzidos, quando, em razão de suas consequências jurídicas, a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que sua invalidação.

2. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre a sua anulação será a melhor solução.

Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular.

3. O poder da Administração, destarte, não é absoluto, na seara da invalidação de seus atos, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo ou a convalidação dos efeitos jurídicos, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração.

4. O art. 54 da Lei 9.784/99, aplicável analogicamente ao presente caso, funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos (sejam eles nulos ou anuláveis) e permitindo, a contrario sensu, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno mínimo quinquenal, mediante a convalidação ex ope temporis, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício.

(...)

(RMS 24.430/AC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 30/03/2009)

Por outro lado, a citada norma elenca a boa fé como requisito fundamental para obstar a anulação do ato.

No presente caso, não se pode ignorar que o comportamento da própria Administração Pública gerou um sentimento de aparente



legalidade na situação do autor, gerando uma confiança no ato presumivelmente legítimo.

Conforme já exposto, o Poder Público foi o responsável pela inclusão do requerente nos quadros da Polícia Militar, ou seja, não havia, de fato, nenhuma decisão judicial que determinasse expressamente a nomeação e posse do candidato no cargo disputado.

Observa-se, inclusive, que todos os concorrentes que também estavam litigando na Justiça foram nomeados, no mesmo ato ora atacado, denotando um comportamento, aparentemente, a salvo de favorecimentos pontuais.

Deve ser destacado, ainda, que as decisões judiciais proferidas em desfavor do Estado do Ceará não foram reformadas, estando, portanto, vigentes, em acolhimento ao pleito do autor, afastando qualquer pecha de má fé na continuidade do exercício do cargo.

Mais uma vez, vale citar o festejado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, para quem a confiança *“traduz um dos fatores mais relevantes de um regime democrático, não se podendo perder de vista que é ela que dá sustentação à entrega dos poderes aos representantes eleitos”*².

Diante disso, e ressaltando os entendimentos em contrário, opino no sentido de reconsiderar o parecer que decidiu pela exclusão do requerente dos quadros da Corporação Militar, mantendo-o na função até o julgamento do recurso extraordinário interposto em face do acórdão do Tribunal de Justiça, caso favorável ao Estado.

Ao gabinete.

Fortaleza, 12 de novembro de 2012.

Daniel Feitosa de Menezes
Procurador Auxiliar da Chefia
Procuradoria Judicial

² Ob. cit. pg. 38.

Processos nºs 61802003, 23362010 e 68102009
Procurador: Daniel Feistosa de Menezes

Parecer da Chefia/PJ

Ref. Processos nºs 61802003, 23362010 e 68102009

Trata-se de parecer elaborado pelo Procurador André Luiz Sienkiewicz Machado, membro do núcleo de execuções da Procuradoria Judicial, no qual postula a redistribuição dos processos acima epigrafados à Procuradoria da Dívida Ativa (PRODAT), alegando, em suma, incompetência funcional para atuar nos feitos.

A documentação anexa às pastas revela a imposição de multas pelo Tribunal de Contas dos Municípios, na forma do artigo 13, inciso III, “b”, da Lei nº 12.160/1993, remetidas a este órgão para adoção das providências pertinentes à cobrança dos débitos.

Entendeu o parecerista pela remessa dos autos à Procuradoria da Dívida Ativa, com base nos seguintes argumentos:

- 1 – A Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios estabelecerá um inafastável dever de inscrição do débito na dívida ativa, através de uma leitura dos artigos 15, §1º e 23, inciso III, “b” e “c”;
- 2 – As normas gerais de Direito Financeiro, editadas pela União, sinalizariam pela imprescindibilidade da prévia inscrição;
- 3 – À falta de declaração de inconstitucionalidade dos mencionados dispositivos, caberia à Administração, apenas, o seu cumprimento.

Deve-se esclarecer, primeiro, que o tema ora em análise já foi objeto de manifestação pela Procuradoria Geral do Estado em referência aos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas do Estado.

Naquela oportunidade, prevaleceu o entendimento de que caberia à Procuradoria Judicial realizar a cobrança das multas impostas pelo TCE, sem que fosse necessária a inscrição em dívida ativa, não obstante os razoáveis argumentos indicando os benefícios advindos da utilização do procedimento legal das execuções fiscais ao caso.



Renova-se a discussão, com base em fundamento jurídico diverso, primordialmente na expressa previsão legal quanto à necessidade de inscrição dos débitos oriundos de acórdãos do TCM na dívida ativa. Vejamos, portanto, o que diz a Lei nº 12.160/1993 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios):

Art. 15. Verificada irregularidade nas contas, o Relator ou o Tribunal:

(...)

§1º. O responsável cuja defesa for rejeitada pelo Tribunal será cientificado para, em novo e improrrogável prazo estabelecido no Regimento Interno recolher a importância devida, sob pena de inscrição do débito na Dívida Ativa devidamente atualizada.

Mais adiante, em outro dispositivo, verifica-se:

Art. 23. A decisão definitiva será formalizada nos termos estabelecidos no Regimento Interno, por acórdão, cuja publicação no Diário Oficial do Estado constituirá objeto para:

(...)

III – no caso de contas irregulares:

(...)

b) inscrever-se o débito da Dívida Ativa;

c) que o título possua caráter executivo bastante para a cobrança judicial da dívida decorrente do débito ou da multa se não recolhida, no prazo, pelo responsável e após inscrita regularmente na Dívida Ativa.

Verifica-se que, diferentemente do que constatado nos casos de multas impostas pelo TCE, vige normatização que estabelece a obrigatoriedade de inscrição dos débitos oriundos do TCM em dívida ativa.

Ocorre que, com o advento da Constituição da República, o acórdão dos Tribunais de Contas passaram a ter eficácia de título executivo, não sendo possível à norma inferior estipular que a referida decisão só venha a se firmar como executável após realização de determinado procedimento administrativo, como a inscrição em dívida ativa.

Nesse sentido, qualquer leitura da alínea “c”, inciso III, do artigo 23, acima referido, que conclua pela imprescindibilidade de



inscrição na dívida ativa para fins de execução do débito, padece de inconstitucionalidade chapada¹, desobrigando, inclusive, o Poder Executivo de cumprir referida determinação legal, conforme autorizada doutrina²:

...o conhecimento tradicional acerca da possibilidade de o Estado descumprir lei que fundadamente considere inconstitucional não foi superado, como se colhe na jurisprudência e na doutrina que prevaleceram. Costuma-se lembrar, como uma primeira razão, o fato de que o Prefeito não figura no elenco do art. 103, de modo que pelo menos em relação a ele dever-se-ia aplicar o regime anterior, com a consequência curiosa de que, na prática, passaria o Chefe do Executivo municipal a ter, nessa matéria, mais poder que o Presidente e o Governador. Mas o principal fundamento continua a ser o mesmo que legitimava tal linha de ação sob as Cartas anteriores: o da supremacia constitucional. Aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição. A tese é reforçada por um outro elemento: é que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder.

Por outro lado, merece atenção redobrada o que dispõe o artigo 15, §1º, alíneas mencionadas.

Segundo o dispositivo, o não recolhimento da multa imposta pelo TCM, no prazo estipulado, acarretará na inscrição do débito na dívida ativa.

Agarra-se o parecer do colega à citada previsão legal, defendendo que a Administração, jungida ao princípio da legalidade, teria o dever de submeter à inscrição na dívida ativa as decisões condenatórias do Tribunal de Contas dos Municípios.

Alega, ainda, que a ausência de inscrição "*comprometeria a validade da execução direta em razão da inobservância de requisito/formalidade previsto(a) de forma específica e expressa no/pelo direito vigente...*"

Infirma-se, desde logo, referida argumentação, pois o fundamento de validade das execuções diretas dos acórdãos do TCM

1 Expressão muito bem utilizada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, na ADI-MC 1802/DF (julgada em 27/08/1998 e publicada no DJ 13/02/2004), nos casos de situações flagrantes, óbvias, claras, de contrariedade ao texto constitucional.

2 Barroso, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2 ed. - São Paulo: Saraiva, 2006.



se acha na Constituição Estadual, sendo esta norma cristalina em atribuir eficácia de título executivo às decisões da Corte de Contas, o que significa, repise-se, na não recepção, ou na inconstitucionalidade de regras que condicionem o processo de execução dessas decisões à adoção de qualquer procedimento administrativo prévio, conforme acima mencionado.

Além disso, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pacificou-se o entendimento de que as exigências legais de inscrição em dívida ativa dos créditos não tributários (Art. 39 da Lei 4.320/1964 e Artigo 2º da Lei 6.830/1980) não se aplicam às decisões proferidas pelos Tribunais de Contas³.

Esse entendimento deriva do fato de que, como o objetivo principal da inscrição de um crédito em dívida ativa é extrair o título executivo que vai lastrear a ação de execução, não haveria razões para assim se proceder quando a própria Lei Fundamental estabelece o caráter executivo das decisões impostas pelos Tribunais de Contas.

Por isso que, a despeito da previsão legal já enunciada, e para fins de cobrança das decisões definitivas oriundas do Tribunal de Contas dos Municípios, a Administração Pública não pode ser obrigada a inscrever o débito na dívida ativa, nada impedindo, porém, que o faça, desde que assim entenda mais conveniente ou oportuno ao interesse público na persecução do crédito.

Ao gabinete.

Fortaleza, 14 de dezembro de 2012.

Daniel Feitosa de Menezes
Procurador Auxiliar da Chefia
Procuradoria Judicial

³ Por todos: REsp 1112617 / PB.

Processo n.º 07220559-8, 07331480-3, 07389777-9 e 041224246-4

Origem: PGE

Interessado(a): Maria Júlia Vasconcelos Ximenes, Maria Socorro dos Santos, Robston dos Santos Ximenes

Procurador: Rommel Barroso da Frota

EMENTA: PENSÃO. DEFINIÇÃO DE BENEFICIÁRIOS. DISCUSSÃO DE PARCELAS INCORPORÁVEIS. I – Filho que supera a idade de pensionamento automático e cuja invalidez não é confirmada pela Perícia Médica Oficial do Estado não pode ser beneficiário, ainda que sobrevenha incapacidade civil, salvo se provada a concomitância entre o óbito do segurado e a dita invalidez. II - Sentença homologatória de acordo de união estável que foi firmada, entre outros, por curadora e curatelado, tendo o último disposto gratuitamente de seu suposto direito à pensão em relação à primeira é nula, não sendo, de qualquer sorte, a transação oponível ao Estado do Ceará, que dela não tomou parte. III – Verbas de caráter geral, percebidas apenas em função da condição de militar, na dicção do Supremo Tribunal Federal, admitem incorporação em proventos e, por tabela, na pensão. Entendimento do STF que, no caso específico de que se está a cuidar, foi aplicado, por precedentes daquela Corte, a verbas que usualmente não seriam incorporáveis. IV - O adicional de inatividade, salvo se vigente ordem judicial em sentido contrário, não pode ser calculado sobre os proventos, inclusive a gratificação de tempo de serviço. V – A indenização de representação, ainda quando incorporável, segundo o STF, em função da Lei Estadual nº 13.035/89 deve observar como base de cálculo a representação do Comandante da Polícia Militar no momento da entrada em vigor daquele diploma legal, sujeita apenas aos posteriores reajustes gerais, salvo declaração formal de inconstitucionalidade daquela norma. VI - As alíquotas da indenização de representação incorporada, sujeitam-se à variação ordenada pela Lei nº 11.601/89 e posteriores, se houver, cabendo análise posterior de eventual decesso quanto ao total dos proventos no momento da incidência daquele diploma legal, se houver comprovação dessa circunstância.



I - RELATÓRIO

01. Cogita-se de consulta acerca das verbas que devem integrar o benefício de pensão por morte no caso dos autos, bem como sobre a inclusão ou não do interessado Robston dos Santos Ximenes, na condição de filho maior inválido.

02. Dada a multiplicidade de questões envolvidas, cumpre realizar minucioso relato das diversas ocorrências havidas.

03. Primeiramente, tem-se quatro processos diferentes, a veicular pretensões também diversas, atentando, porém, para a circunstância de que há uma mistura de documentos de vários procedimentos, que foram acostados aos feitos erroneamente, o que implica a necessidade de, dentro de cada um, separar o que interessa a cada pretensão isoladamente.

04. No processo n° 041224246-4, tem-se requerimento de Maria Júlia Vasconcelos Ximenes para percepção da pensão na condição de divorciada do finado militar (fls. 04-PGE), com pensão alimentícia de 30% (trinta por cento) dos vencimentos líquidos (fls. 12-PGE).

05. No mesmo feito, há pleito de Robston dos Santos Ximenes para percepção de pensão (fls. 47-PGE), com cópia de sentença de interdição daquele interessado, por alienação mental, prolatada em 2005 (fls. 53/54-PGE) e laudo pericial, também de 2005, atestando a sua invalidez para o desempenho de atividades laborativas (fls. 52-PGE).

06. Ainda naqueles autos, foi proferido o Parecer n° 7009/06, determinando a exclusão das seguintes verbas da pensão: indenização de função policial militar e indenização moradia, por se concluir serem de natureza *propter laborem* (fls. 58/60-PGE).

07. Noticiou-se, então, decisão em sede do mandado de segurança n° 2000.15.4572-9 (fls. 83/96-PGE) que, contrariamente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ordenou que o adicional de inatividade e a gratificação de tempo de serviço de um conjunto de militares, dentre os quais o finado (fls. 99-PGE), fossem calculados “sobre o montante dos proventos dos impetrantes na forma prevista na Lei n° 11.167/81” (fls. 96-PGE). Tem-se notícia do provável trânsito em julgado (fls. 98-PGE), apesar de, no documento, não se esclarecer se está-se a tratar do mesmo caso (a numeração varia) e se a decisão ao final prevalecente foi ou não favorável ao *de cuius*.



08. O processo nº 07389777-9 informa a existência de decisão judicial que teria repercutido no rateio da pensão, mas, composto de apenas duas páginas, pouco esclarece sobre o referido *decisum*.

09. O processo nº 07331480-3 refere-se a um pronunciamento judicial nos autos do mandado de segurança nº 2007.0008.0357-8/0, impetrado por Maria Júlia Vasconcelos Ximenes, que se crê seja exatamente a ordem judicial de que cuida o feito referido no parágrafo precedente.

10. No *mandamus* de último citado foi deferida liminar para que a cota de pensão de Maria Júlia Vasconcelos Ximenes (30% - trinta por cento), em lugar de recair sobre os 50% (cinquenta por cento) destinados a cônjuge e companheiro, resguardando a cota pertencente à prole (os demais 50% - cinquenta por cento), incidisse sobre a totalidade da pensão (fls. 142/143-PGE – a numeração de folhas foi contínua desde o primeiro processo).

11. Segue-se o processo nº 07220559-8, no qual Maria Socorro dos Santos pleiteia pensão na condição de companheira, em razão de decisão homologatória de acordo no processo judicial nº 2005.0002.2468-7/0 (fls. 191/194-PGE). Acresça-se que, conforme a petição de acordo homologada (fls. 192/194-PGE), a interessada Maria Júlia Vasconcelos Ximenes não integrou aquela lide, embora tenha sido expressamente prevista a manutenção de sua pensão alimentícia no benefício *post mortem* (fls. 193-PGE, item 4), tendo o acordo sido firmado em 2007, após a interdição de Robston dos Santos Ximenes, que com ele supostamente anuiu.

12. Seguem-se vários documentos destinados a robustecer a alegação de invalidez de Robston dos Santos Ximenes (fls. 209/223-PGE).

13. O ato de pensão definitiva foi aprovado por esta Procuradoria através do Parecer nº 3253/2010 (fls. 246-PGE) e, remetido ao Tribunal de Contas do Estado, ensejou diligência que fez tornar o feito a esta Casa (fls. 253/255-PGE), dentre outros pontos para destacar que a pensão da companheira, tratando-se de inclusão *post mortem*, deveria observar a data do requerimento, não do óbito. Em novo pronunciamento, a Corte de Contas entendeu pela exclusão do redutor no caso de superação do teto do RGPS e pela inclusão das parcelas de indenização de moradia e indenização pela função policial militar (fls. 271/272-PGE).

14. Em extensa diligência (fls. 299/302-PGE), a Dra. Procuradora Orientadora de Célula anotou a diversidade entre o ato



de reserva do finado e as parcelas por ele percebidas por ocasião do óbito, que incluíram verbas não constantes do primeiro, a saber: indenização de representação, indenização de função policial militar, indenização de habitação militar, indenização de moradia militar, gratificação de risco de vida/saúde. Nessa oportunidade, indagou sobre o fundamento legal que justificou seu acréscimo aos proventos do falecido, decidindo, ainda, por um exame mais aprofundado da invalidez do interessado Robston dos Santos Ximenes, que motivou nova remessa à Perícia Médica do Estado e juntada de novos documentos.

15. A origem, em resposta àquela diligência, informou, às fls. 303-PGE, que:

a) a indenização de representação foi incorporada aos vencimentos do finado por ordem judicial que se lê às fls. 30/37-PGE;

b) as vantagens introduzidas pela Lei nº 11.167/86 foram estendidas a todos os inativos, de forma automática, apesar do art. 96 daquela norma legal exigir um apostilamento nos respectivos atos de inatividade;

c) as verbas de indenização de moradia, habilitação militar, função policial militar e gratificação de risco de vida e saúde *“já integravam os vencimentos do instituidor antes da edição da Lei nº 11.167/86, haja vista que as mesmas foram instituídas pela Lei nº 9.660/72 (em anexo)”*.

16. Apurou-se junto ao DETRAN que o interessado Robston dos Santos Ximenes é portador de carteira de habilitação, tornada definitiva em 2006, quando já sob curatela como absolutamente incapaz, renovada em 2010, sem que nada desabone sua conduta como motorista (fls. 324-PGE).

17. A perícia médica, às fls. 330-PGE, emitiu novo laudo sobre o interessado de último referido, alterando radicalmente seu anterior posicionamento e passando a entender que ele *“é portador de deficiência física, irreversível”*, que *“porém não o incapacita totalmente para o trabalho”*.

18. Tem-se, então, cópia do acórdão proferido no mandado de segurança nº 0022430-60.2007.8.06.0000 (antigo writ 2007.0008.0357-8/0, como se lê de fls. 335-PGE), em que concedida a segurança para definir o suposto direito de Maria Júlia Vasconcelos Ximenes a perceber 30% (trinta por cento) da totalidade da pensão



por morte, e não apenas da cota cabível a cônjuge e companheira (fls. 335/340-PGE), não havendo informação sobre o trânsito em julgado daquele pronunciamento.

19. Finalmente, às fls. 343v-PGE, foi formulada consulta sobre os pontos suscitados no item 01 supra, apontando, inclusive, para o despacho de fls. 299/302-PGE, acima referido, no qual discutidas diversas verbas componentes do benefício.

II - FUNDAMENTAÇÃO

20. Necessário, antes do mais, fixar os beneficiários da pensão por morte e suas respectivas cotas para, então, passar-se ao exame do valor do benefício.

21. No que se refere a Maria Júlia Vasconcelos Ximenes, ex-cônjuge com direito a alimentos, o Poder Judiciário, desde que transitado em julgado o mandado de segurança nº 0022430-60.2007.8.06.0000, aspecto cuja confirmação é condição para aplicação do presente Parecer no ponto, tem uma cota imutável, prefixada independentemente dos demais beneficiários e seus eventuais direitos: 30% (trinta por cento) do total da pensão.

22. Com relação, porém, a Robston dos Santos Ximenes, alegado filho maior inválido, não há como, na atual configuração dos autos, reconhecer-lhe a condição de beneficiário.

23. Deveras, conforme já salientado alhures, a perícia médica, às fls. 330-PGE, emitiu novo laudo sobre o interessado de último referido, alterando radicalmente seu anterior posicionamento e passando a entender que ele “*é portador de deficiência física, irreversível*”, que “*porém não o incapacita totalmente para o trabalho*”.

24. A incapacidade total e permanente para o trabalho é requisito indispensável à percepção de pensão para os filhos após a maioridade (segundo a legislação vigente à época do óbito) ou o limite de vinte e um anos (para falecimentos abrangidos pela Lei Complementar nº 92/11). O interessado nasceu em dezembro de 1984 (fls. 98-PGE) e o passamento de seu genitor se verificou em janeiro de 2005 (fls. 03-PGE). A única justificativa para a concessão de pensão em seu proveito, portanto, seria a invalidez para o trabalho.

25. Nesse sentido, a interdição daquele interessado, formalizada por sentença em agosto de 2005 (fls. 53/54-PGE), ainda que tenha transitado em julgado, aspecto que não se conhece e que constitui,



também, condição para aplicação do presente Parecer no ponto, é de menor relevância.

26. Com efeito, a invalidez para o trabalho, que pode ou não derivar de uma alienação mental, pressupõe a concomitância com o falecimento. Em outros termos: o filho maior deve ser inválido no momento do passamento, não depois.

27. E fato é que a sentença de interdição opera efeitos para o futuro, não tendo, regra geral, caráter retroativo, como dispõe a lei processual civil:

Art. 1.184. A sentença de interdição produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação. Será inscrita no Registro de Pessoas Naturais e publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela.

28. Somente ante pronunciamento judicial expresse poderia o decreto sentencial de interdição dispor de eficácia retroativa, conforme o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. ART. 169, I, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO-OCORRÊNCIA. ALIENAÇÃO MENTAL. PARTE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. ART. 1.184 DO CPC. EFEITOS DA SENTENÇA DE INTERDIÇÃO. REFORMA. CARGO HIERARQUICAMENTE SUPERIOR AO OCUPADO PELO AUTOR. PROCEDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Tratando-se o recorrido de incapaz em virtude de alienação mental, não há falar em prescrição de direito, nos termos do art. 169, I, do Código Civil de 1916.

2. A interdição resulta sempre de uma decisão judicial que verifica a ocorrência, em relação a certa pessoa, de alguma das causas desta incapacidade. A sentença que decreta a interdição, via de regra, exceto quando há pronunciamento judicial expresse em sentido contrário, tem efeito ex nunc. ..." (STJ, REsp 550.615/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 04/12/2006).

"AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR



MORTE. INCAPACIDADE ABSOLUTA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Tribunal a quo, com base em laudo pericial, consignou que a interdição da embargante ocorrera em janeiro de 2003, daí ser correto afirmar que essa condição impediu a fluência da prescrição, nos termos do art. 198, I, do Código Civil, reconhecendo o efeito da sentença que decretou a interdição como sendo *ex nunc*.

2. Para inverter o presente julgado no que tange aos efeitos da sentença da interdição demanda revolver o conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula n.º 7 do STJ.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STJ AgRg nos EDcl no Ag 1154424/MG, Rel. Ministro Celso Limongi (desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 28/02/2011)

29. Tratando de caso assemelhado ao presente (silêncio da sentença de interdição sobre o marco inicial da incapacidade), mais uma vez decidiu aquela Corte Superior, através de sua Terceira Seção, pelo que uniformizando a matéria:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ATO DE DEMISSÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES AFASTADAS. ORDEM DENEGADA. ...

2. A interdição resulta sempre de uma decisão judicial que verifica a ocorrência, em relação a certa pessoa, de alguma das causas desta incapacidade. A sentença que decreta a interdição, via de regra, exceto quando há pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, tem efeito *ex nunc*. Na espécie, a sentença judicial de interdição posterior à data da impetração não atribuiu ao ato declaratório efeito *ex tunc*... (STJ, MS 14.836/DF, Rel. Ministro Celso Limongi (desembargador convocado do TJ/SP), Terceira Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010)

30. Sem o respaldo do laudo médico oficial (dada a retratação da perícia) e ante a impossibilidade de retroação dos efeitos da interdição (que se deu meses após o falecimento do segurado), deve-se excluir o filho maior, visto que, quando do óbito, a lei não amparava o pensionamento além da maioridade (aplicação da Súmula n.º 340, STJ – “a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.”).



31. Definida a exclusão de Robston dos Santos Ximenes, sem prejuízo de renovação do pleito se comprovada sua invalidez no momento do óbito, com laudo pericial oficial que reconheça tal circunstância, cumpre avaliar os efeitos de tal ocorrência, vez que ele permaneceu recebendo pensão até o momento, ao que se pode concluir dos autos.

32. Usualmente, a percepção de pensão provisória enseja devolução dos valores vertidos indevidamente, como preconiza a Lei Complementar Estadual nº 31/00.

33. Duas considerações, contudo, afastam, no caso concreto, a aplicação daquela norma.

34. Primeiro, houve aprovação, por esta Procuradoria, através do Parecer nº 3253/2010 (fls. 246-PGE), de pensão definitiva também em proveito do interessado citado, na condição de maior inválido. Assim, a percepção de pensão com os auspícios desta Casa gerou uma presunção de boa-fé, que afasta a possibilidade de repetição ordinariamente verificada quando se está diante de simples pensionamento provisório.

35. Depois, os pagamentos havidos, ainda que retomados, não reverteriam aos cofres públicos, mas aos demais beneficiários, o que significa dizer que, na prática, o Estado do Ceará litigaria em prol do interesse de terceiros, o que é vedado pelo art. 6º do Código de Processo Civil.

36. Consequentemente, salvo se restar verificada obrigação do Estado do Ceará de adimplir novamente valores já pagos a Robston dos Santos Ximenes, não se vê necessidade de repetição dos montantes por ele percebidos, até, repita-se, pela ilegitimidade do ente público em assim proceder. A exclusão, portanto, deve, excepcionalmente, operar efeitos para o futuro, sem retroatividade, sob pena de se criar, justamente, o contexto que faria o ente público defender impropriamente supostos direitos de terceiros.

37. A par do exposto, causa espécie que o interessado, após sua invalidez decretada judicialmente, obtenha carteira de motorista, inclusive a renovando (fls. 324-PGE) e participe de processo judicial, sem intervenção do Ministério Público, no qual homologado acordo que favorece sua curadora, permitindo-lhe pleitear, também, a condição de beneficiária em detrimento do próprio curatelado, cujo percentual será reduzido pela inclusão de mais uma interessada na pensão. Tais aspectos, conquanto incidentais, são essenciais para



o deslinde de outras questões dos vários feitos ou, pelo menos, envolvem discussão de legalidade sobre a qual esta Procuradoria não pode se furtar, razão pela qual se passa a enfrentá-los.

38. Com relação à carteira de habilitação, impõe-se oficialiar ao DETRAN informando acerca da sentença de interdição, a fim de que aquela autarquia tome as providências pertinentes. No que se refere, contudo, ao acordo homologado judicialmente para reconhecer a união estável, a questão é de maior gravidade.

39. Referido acordo não pode ser chancelado pela Administração Estadual.

40. Primeiro, porque patente sua nulidade, vez que envolve interesse de um incapaz, qual seja, Robston dos Santos Ximenes. Ainda que não se tenha prova da invalidez permanente para o trabalho quando do óbito de seu genitor, é inequívoco que ele já estava interdito quando firmada a composição noticiada às fls. 191/194-PGE.

41. A ação de reconhecimento de união estável foi movida por Maria Socorro dos Santos contra vários réus, inclusive Robston dos Santos Ximenes, seu filho (fls. 48-PGE) e curatelado (fls. 53/54-PGE).

42. O conflito de interesses entre curadora e curatelado na espécie era óbvio: admitida a primeira como companheira, passaria a ter direito à pensão por morte, subtraindo, assim, parcela que caberia a seu filho incapaz em outro contexto. Impunha-se, desse modo, a nomeação de um curador especial, em consonância com o art. 9º do Código de Processo Civil:

Art. 9º O juiz dará curador especial:

I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

43. Poder-se-ia, é verdade, argumentar que essa nulidade interessa apenas às partes no processo e assim seria se o Poder Público estivesse diante de uma sentença de mérito, visto que sua desconstituição demandaria uma ação rescisória, para a qual seria discutível, num primeiro momento, a legitimidade do Poder Público. Não é, contudo, o caso. Trata-se de uma simples transação homologada judicialmente. E esse ponto é essencial para a não aceitação do reconhecimento da união estável no caso.

44. As transações, ainda quando chanceladas pelo Poder Judiciário, não obrigam terceiros, à luz do disposto no Código Civil:



Art. 844. A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.

§ 1º Se for concluída entre o credor e o devedor, desobrigará o fiador.

§ 2º Se entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores.

§ 3º Se entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a dívida em relação aos co-devedores.

45. É farta a jurisprudência sobre a matéria:

PROCESSUAL CIVIL. DENUNCIAÇÃO À LIDE. ACORDO ENTRE O AUTOR E O RÉU DENUNCIANTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO RÉU-DENUNCIADO JULGADOS PREJUDICADOS. NULIDADE. ART. 535 CPC. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA QUE HAJA UM NOVO PRONUNCIAMENTO ACERCA DA MATÉRIA DEDUZIDA.

1. A transação ocorrida na lide principal entre o autor e o réu-denunciante não aproveita e nem prejudica os terceiros, especialmente quando existe denunciação da lide, não extinguindo-se, automaticamente, portanto, a demanda secundária.

2. O acordo entre o autor e o réu-denunciante na demanda principal, do qual não fez parte o réu-denunciado, não substitui a sentença de procedência transitada em julgado, motivo pelo qual não há qualquer óbice para que, na segunda demanda, entre denunciante e denunciado, o réu invoque a ausência de responsabilidade do segurado para se eximir quanto ao ressarcimento 3. Recurso especial conhecido e provido para anular o acórdão que julgou os embargos de declaração, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que profira nova decisão. (STJ, REsp 316.046/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 23/03/2009)

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO EXTRA PETITA INOCORRÊNCIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO DA SENTENÇA EMBARGADA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. TRANSAÇÃO. EXTINÇÃO DE OPOSIÇÃO DE TERCEIRO. EFEITOS. INSUBSISTÊNCIA DA SENTENÇA EXEQUENDA.



... 7. O art. 844, do Código Civil de 2002, reproduzindo os termos do art. 1.031, do Código Civil de 1916 dispõe que “A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.” 8. “A transação só produz efeitos entre as partes que dela participam. Se efetuada, por exemplo, entre um condômino e um terceiro, mesmo tendo por objeto o bem comum, não aproveita, nem prejudica aos demais condôminos.

Washington de Barros Monteiro, analisando esses efeitos da transação, afirma: ‘A transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.

A transação oferece realmente pontos de contato com a sentença, mas com esta não se confunde. Em verdade, pela primeira, as partes decidem, por si e entre si, a demanda que as separa. A transação substitui a decisão que o magistrado viria a proferir, se a causa chegasse ao fim. Uma vez efetivada, equipara-se à sentença irrevogável, adquirindo todos os efeitos da coisa julgada e, como tal, oposta pode ser à outra parte.

Como todos os atos jurídicos em geral, rescinde-se por erro, dolo e coação, quer se refiram os vícios à coisa controversa, quer digam respeito às pessoas de que se trata.

A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervieram, ainda que diga respeito a coisa indivisível. Os efeitos dela não podem atingir aos que não transigiram. Em relação às pessoas que nela não intervieram, é res inter alios; consequentemente, não aproveita nem prejudica. Assim, feita por um dos herdeiros, não afeta aos demais, ainda que verse sobre coisa indivisível, porque não pode o transigente, só pelo efeito de sua vontade, arrebatar aos demais as ações que lhes competiam. A transação só produz efeitos entre as próprias partes e quanto à relação de direito entre elas existente. Ela dá origem a uma exceção, análoga à da coisa julgada.’ (...) (Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in “Comentários ao Novo Código Civil”, Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 330-331) 9. Assim é que a transação somente opera seus efeitos entre as partes que dela participaram, motivo pelo qual, ainda que tenha extinguido a sentença exequenda no que pertine à oposição, porquanto entre os opostos há um litisconsórcio singular que vincula a parte adversa quanto à solução da titularidade do direito vindicado, in casu, não atingiu a parte do título executivo judicial que decidiu a ação de desapropriação e determinou que a



Companhia Brasileira de Plantações restituísse à PETROBRÁS o valor recebido indevidamente pela área de 87.500 m², tida como sobreposta ao imóvel da opoente. É que na parte em que o direito não pertencia à opoente transatora, o acordo restou res inter alios.

10. Consectariamente a execução da sentença deveria prosseguir nesta parte remanescente em que não fora extinta porquanto não atingida pela transação efetuada entre opoente e expropriado... (STJ, REsp 696.817/AM, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/10/2006, DJ 26/02/2007, p. 551)

46. Há, é fato, recente precedente do Superior Tribunal de Justiça cuja ementa parece permitir uma conclusão diversa. É o seguinte:

RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DE EMPRESA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO. AJUIZAMENTO DE AÇÕES PELAS VÍTIMAS. ALEGADA CULPA DE TERCEIRO. AÇÃO DE REGRESSO. PRETENSÃO A RECEBIMENTO DE VALORES PAGOS PELA TRANSPORTADORA MEDIANTE ACORDO JUDICIAL. POSSIBILIDADE.

1. Uma transação judicialmente homologada diferencia-se de uma sentença judicial por sua gênese, não por seus efeitos. Tanto numa situação como na outra, a composição do litígio produz efeitos de por fim à controvérsia, e esses efeitos não podem ser ignorados, nem pelas partes do processo, nem por terceiros.

2. É cediça a diferenciação, proposta por Liebman, entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. A sentença é eficaz perante todos, mas imutável apenas para as partes do processo. Do mesmo modo, o acordo judicialmente homologado é um ato jurídico que tem existência e efeitos que se irradiam no ordenamento jurídico, não podendo ser reputado inexistente por terceiros juridicamente interessados no resultado do processo.

3. Se uma ação de indenização proposta em face da parte a quem se imputa responsabilidade objetiva pelo dano se encerra por acordo, é possível à empresa que indenizou a vítima exercer, em regresso, pretensão de restituição do valor pago em face do responsável final.

Nessa ação de regresso, o acordo funcionará como limite da indenização a ser restituída, mas não vinculará o responsável final, que poderá discutir todas as questões tratadas no processo



anterior, do qual emergiu a indenização. Mas o princípio da relatividade dos contratos não impede que a ação de regresso seja ajuizada.

4. Recurso especial conhecido e improvido. (STJ, REsp 1246209/RS, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 26/06/2012)

47. Realmente, quando se afirma que “uma transação judicialmente homologada diferencia-se de uma sentença judicial por sua gênese, não por seus efeitos. Tanto numa situação como na outra, a composição do litígio produz efeitos de por fim à controvérsia, e esses efeitos não podem ser ignorados, nem pelas partes do processo, nem por terceiros”, aparentemente se está a afastar a tradicional noção de res inter alios. Um exame mais aprofundado, contudo, revela que tal não ocorre. O voto vencedor bem o evidencia:

De fato, consoante ensina o renomado professor paulista, a transação homologada se comporta, quanto a seus efeitos, do mesmo modo que a sentença judicial.

A diferença entre uma e outra não está nas consequências reduzidas, mas na gênese do ato. A sentença é ato jurídico decisório praticado por terceiro, o Estado-juiz, após a conclusão de um iter cognitivo levado a efeito de acordo com as regras fixadas pelo sistema processual. A transação, por sua vez, tem sua gênese na autonomia da vontade das partes que, independentemente da intervenção do Estado quantos aos termos e motivos do acordo, chegam a uma solução de consenso para a lide, homologada em juízo.

Mas uma vez transitada em julgado a sentença ou homologada a transação, tanto um ato, como o outro, comportam-se da mesma forma, ou seja: vinculam plenamente as partes, mas não podem beneficiar ou prejudicar terceiros. Trata-se dos limites subjetivos da coisa julgada.

...

Sempre que a VEGA não ingressar nos autos, a sentença proferida nos processos entre as vítimas e a VIAÇÃO CANOENSE produzirá seus regulares efeitos, mas não será dotada da eficácia de coisa julgada. Portanto, não será nem imutável, nem indiscutível. Isso significa que em eventual ação de regresso ajuizada pela VIAÇÃO CANOENSE, a VEGA poderá discutir, tanto a existência de sua responsabilidade, como a correção do



montante pago a cada vítima, desde que demonstre que o valor a que foi condenada a VIAÇÃO CANOENSE é equivocado. A primeira sentença, com isso, será um ponto de partida para o juízo que julgará a segunda causa, mas em hipótese alguma o vinculará.

O acordo, assim, é um fato jurídico cuja existência não pode ser ignorada pela VEGA, autorizando a propositura da ação de regresso pela VIAÇÃO CANOENSE. Contudo, nessa ação de regresso, a VEGA, que não se vincula aos termos do acordo firmado entre a eventual vítima e a VIAÇÃO CANOENSE, poderá perfeitamente questionar todos os termos do processo anterior.

Poderá, assim, produzir prova de tudo o que entender cabível: de que a vítima com quem foi firmado o acordo não estava no ônibus no momento do acidente; de que a responsabilidade final da VEGA não existe porque ela não é culpada do acidente; e mesmo de que os valores incluídos no acordo são maiores que a condenação que se seguiria, caso a ação tivesse prosseguido até final julgamento. A única consequência do acordo, no segundo processo, é a de limitação da indenização a ser paga em regresso: a VEGA, caso seja considerada responsável pelo acidente, pagará apenas o valor que efetivamente seria devido à vítima, conforme as provas produzidas no segundo processo, limitado ao valor do acordo a que se chegou no primeiro processo."

48. Mutatis mutandis, o acordo havido é um fato jurídico que o Estado do Ceará não pode ignorar. Ele, porém, não o vincula, permitindo uma ampla análise (no caso administrativa, não judicial) da própria existência da união estável para gerar o direito à pensão. Assim é porque não há conteúdo decisório na sentença homologatória:

ACÇÃO ANULATÓRIA. TRANSAÇÃO. SENTENÇA MERAMENTE HOMOLOGATÓRIA. ARTS. 485, VIII, E 486 DO CPC.

O avençado pelas partes em acordo judicial, homologado pelo juiz sem nenhum conteúdo decisório, é desconstituível como os atos jurídicos em geral, na forma do art. 486 do CPC. Recurso especial não conhecido. (REsp 143.059/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 16.09.1997, DJ 03.11.1997 p. 56326)



49. Há mais. Posta a questão em termos estritos de Direito Material, a situação é ainda mais grave. Define o Código Civil que à curatela se aplicam, no que couber, as regras da tutela:

Art. 1.774. Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes.

50. Por seu turno, aquela mesma lei, no trecho referente à tutela, prevê:

Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz:

I - pagar as dívidas do menor;

II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;

III - transigir;

IV - vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido;

V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

Parágrafo único. No caso de falta de autorização, a eficácia de ato do tutor depende da aprovação ulterior do juiz.

51. Portanto, a realização da transação, no caso, dependeria de autorização judicial específica, o que não se verifica na cópia constante dos presentes autos. E mesmo tivesse havido essa autorização, ter-se-ia um outro óbice, esse insuperável, ainda segundo o mesmo *Codex*:

Art. 1.749. Ainda com a autorização judicial, não pode o tutor, sob pena de nulidade:

I - adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor;

II - dispor dos bens do menor a título gratuito;

III - constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor.

52. Os direitos pessoais de caráter patrimonial, inclusive à pensão, são bens móveis, na dicção do Código Reale:

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:



- I - as energias que tenham valor econômico;
- II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;
- III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

53. Logo, se a transação implicava, mesmo que por via oblíqua, que, gratuitamente, o curatelado abrisse mão, em favor de sua curadora, de um direito pessoal de caráter patrimonial (pela redução de sua cota na pensão), nem mesmo com autorização judicial isso poderia ocorrer, o que limita as opções da interessada, no plano judicial, à obtenção de uma sentença de mérito, não se prestando a tal fim uma outra, simplesmente homologatória, enquanto seu filho remanescer curatelado.

54. Por conseguinte, a sentença homologatória, máxime no presente caso, não se presta a obrigar o Estado do Ceará ao reconhecimento da união estável. Restam à interessada Maria Socorro dos Santos duas opções: obter pronunciamento judicial válido e de mérito sobre sua união estável ou valer-se da Lei Complementar nº 92/11 para realizar a prova administrativa do companheirismo, mas, de qualquer sorte, sem caráter retroativo, eis que o Poder Público pagará aos habilitados legalmente até o momento. No atual contexto, contudo, urge indeferir sua pretensão, conferindo à sua exclusão eficácia *ex nunc*, excepcionalmente, pelas mesmas razões invocadas nos itens 34 a 36 supra, observando-se apenas que a ressalva do item 36 se aplica, referindo-se, agora à requerente de último referida.

55. Remanescerá, ao final, então, apenas a interessada Maria Júlia Vasconcelos Ximenes, na condição de ex-cônjuge divorciada, com pensão correspondente a 30% (trinta por cento) da totalidade do benefício. Haverá aumento em razão da exclusão dos demais? Não.

56. Primeiro, porque se cuida de uma situação excepcionalíssima, gerada por uma ordem judicial, devendo a mesma ser cumprida integralmente. Afinal, "*sententia facit de albo migrom, de quadrato rotundum. (a sentença faz do branco, negro; do quadrado, redondo)*" (STJ, HC 2.145/DF, Rel. Ministro Pedro Acioli, Sexta Turma, julgado em 26/10/1993, DJ 29/11/1993, p. 25902).

57. Depois porque, abstraída a ordem judicial, ainda assim, a exclusão dos demais beneficiários não aproveitaria integralmente à divorciada, visto que isso significaria, na prática, ignorar a limitação



estabelecida na Carta Estadual. De fato, dispunha aquela norma à época do falecimento do segurado:

Art. 331. ...

§1º O Sistema Único de Previdência Social, mantido por contribuição previdenciária, atenderá, nos termos da Lei, a:

II – pensão por morte do segurado em favor:

a) do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, e do cônjuge separado judicialmente ou do divorciado, estes quando, na data do falecimento do segurado, estejam percebendo pensão alimentícia, por força de decisão judicial definitiva ou acordo judicial homologado e transitado em julgado;

b) dos filhos menores;

c) dos filhos inválidos e dos tutelados, exigida, quanto a estes últimos, a comprovação da dependência econômica em relação ao segurado;

...

§5º A pensão por morte decorrente de contribuição paga por qualquer ocupante de cargo, função ou emprego público da administração direta, autárquica e fundacional, ou por membros de quaisquer dos Poderes do Estado, inclusive do Ministério Público, somente poderá ter como beneficiários as pessoas indicadas no § 1º, inciso II, deste artigo, vedada a designação legal ou indicação de quaisquer outros beneficiários, inclusive netos. A pensão será paga metade às pessoas indicadas na letra a do inciso II, observados os percentuais estabelecidos na decisão judicial que fixou a pensão alimentícia, e metade, em partes iguais, aos indicados nas letras b e c do inciso II.

§6º Na falta dos beneficiários indicados na letra a do inciso II, do § 1º, ou quando por qualquer motivo cessar o pagamento a estes, a pensão por morte será paga integralmente aos beneficiários indicados nas letras b e c e vice-versa, observando-se sempre, na forma de rateio entre os concorrentes, o disposto no parágrafo anterior.

58. O §6º acima transcrito estabelece reversão entre as classes de dependentes que se encontram nas alíneas “a” a “c” do próprio art. 331, §1º, II, da Constituição Estadual, mas ressalva a necessidade de observância do §5º, o qual, explicitamente estabelece que a pensão



devida ao cônjuge divorciado não pode superar o percentual da pensão alimentícia fixado judicialmente a título de alimentos.

59. A regra é compatível com a própria razão de ser da pensão por morte: o ente estatal se substitui ao alimentante falecido, de modo a, no máximo, preservar a situação existente. Não existe, assim, espaço para um enriquecimento, uma melhoria na situação financeira do alimentando em razão do óbito. Admiti-lo seria conceber que ao alimentando seria financeiramente mais conveniente o alimentante morto que vivo, o que, certamente, fere a razoabilidade.

60. Desse modo, como a totalidade do benefício já servia de base de cálculo à cota da divorciada, nessa especial condição, da exclusão dos demais beneficiários não se pode concluir, no caso específico, repita-se, que acresça o que quer que seja à cota da dependente que permaneceu, sob pena de se superar o por ela recebido a título de pensão alimentícia, limite explicitamente estabelecido pela Carta Estadual, diferentemente do que ocorre com o Regime Geral de Previdência (RGPS).

61. Registre-se, aliás, que, mesmo no âmbito do RGPS, encontra-se posição tribunalícia no sentido de que se deve preservar a coisa julgada em matéria de alimentos, que definiu os limites da dependência econômica do ex-cônjuge (justamente a razão de ser da pensão em exame):

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE E PENSÃO ALIMENTÍCIA FIXADA PELO JUÍZO DE AMÍLIA – RATEIO DO BENEFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE – COISA JULGADA.

1 - A igualdade de concorrência do ex-cônjuge alimentando, preconizada pelo § 2º do art. 76 da Lei nº 8.213/91, não deve ser entendida no sentido literal deste texto, mas sim, em seu sentido teleológico e em conformidade com os preceitos constitucionais, sob pena de malferimento à intangibilidade da coisa julgada que se forjou no Juízo de Família; o que conduz apenas a um resguardo da situação daquele que, em razão do desfazimento dos laços matrimoniais (máxime pela alteração do estado civil), deixaria de ser dependente do segurado, ficando, conseqüentemente, excluído do rol constante do art. 16 daquele Diploma Legal. 2 - A legislação previdenciária hodierna deve ser interpretada de molde a preservar a coisa julgada, que no caso é sujeita à cláusula rebus sic stantibus, visto que referida decisão é passível de revisão judicial, em ação autônoma, de molde a se aquilatar o binômio necessidade-possibilidade, conforme, inclusive, pugnava o Decreto nº 89.312/84, art. 4º, § 2º. 3 -



Apelação e remessa necessária desprovidas. (TRF-2ª Região. 6ª Turma. AC 195467. Processo 9902098193/RJ. Julgamento: 03/08/2004. Publicação: 16/08/2004, p. 954. Relator Des. Fed. Poul Erik Dyrlyund.)

62. Isso porque o passamento não pode se prestar, como acima já se disse, a majorar verba cuja finalidade alimentar se mantém, seja sob a forma de alimentos propriamente ditos, seja como pensão por morte, na medida em que disso resultaria uma distorção da finalidade do instituto, convertendo-se, conforme alhures assinalado, em forma de locupletamento injustificável. Nesse diapasão:

PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – ACORDO CELEBRADO ENTRE O SEGURADO APOSENTADO E A COMPANHEIRA ESTIPULANDO EM 20% OS ALIMENTOS INCIDENTES SOBRE SUA APOSENTADORIA – INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA DO ART. 77 DA LEI Nº 8.213/91 – REDUÇÃO PARA 20%. 1. Os alimentos incidentes sobre a aposentadoria do segurado, que vinha recebendo a segunda companheira, deriva de situação de dependência econômica que se estabeleceu neste patamar. 2. A Constituição reconhece o casamento civil como base da sociedade e a união estável para efeitos de proteção do Estado (art. 226 e seus parágrafos), o que confere tratamento igual para as duas situações. 3. Se o que se persegue é a igualdade entre a mulher e a companheira, esta só se realiza na medida em que se desigualem as situações desiguais na medida da desigualdade de acordo com a proporcionalidade existente nas necessidades econômicas que cada uma apresentava enquanto dependente do de cujus. 4. O só fato de ser cônjuge não pode fazer com que se majore uma pensão por ocasião da morte do segurado, além daquilo que necessitava o outro cônjuge que antes vivia sob dependência econômica dele. Assim como não será o fato de ser companheira, que acarretará a majoração do percentual que recebia em vida, de alimentos incidentes na aposentadoria do segurado, se era este o percentual que cobria a necessidade econômica da referida companheira. 5. Não se pode trazer, apenas por força de interpretação literal da lei, a conclusão de que, com a morte do segurado, toda a situação de fato se alterou de um dia para o outro, com vistas a igualar o percentual de recebimento de pensão, sob pena de se retirar de quem necessita do percentual maior, para atribuir mais a quem antes não necessitava de tanto. 6. Recurso provido para reduzir a pensão para o patamar que orientou o pagamento dos



alimentos em vida. (TRF-2ª Região. 1ª Turma Especializada. AC. Processo 2002.5101503923-2. Publicação: DJ 08/08/2005, p. 163. Relator Des. Fed. Abel Gomes.)

63. Se, no RGPS, tais precedentes são contestáveis, dado o teor da legislação que o rege, no âmbito estadual, prestam-se perfeitamente a confirmar a interpretação da norma limitadora do direito do divorciado ao percentual recebido a título de alimentos. Isso é ainda mais visível no presente caso, vez que se cuida do pensionamento derivado do óbito de um militar, a quem se aplica unicamente o disposto na legislação estadual sobre a matéria, conforme o art. 42 da *Lex Fundamentalis*:

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

§ 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal.

64. Portanto, excluídos os demais beneficiários, a interessada Maria Júlia Vasconcelos Ximenes remanescerá, na condição de ex-cônjuge divorciada, com pensão correspondente a 30% (trinta por cento) da totalidade do benefício.

65. É imperativo, porém, apurar junto à r. Procuradoria Judicial se há percepção de valores pretéritos (ao menos os vencidos no decorrer do writ que definiu o percentual do benefício cabível àquela requerente) pela via judicial, a fim de evitar a repetição de seu recebimento na via administrativa, em função da eventual redação do ato concessivo do benefício.

66. Cabe, então, apurar qual é o valor do benefício total da pensão, o que implica se debruçar precisamente sobre as verbas questionadas pela consulta. São elas:

a) indenização de representação;



- b) indenização de função policial militar;
- c) indenização de habilitação militar;
- d) indenização de moradia militar;
- e) gratificação de risco de vida/saúde.

67. Das acima listadas, a origem informa, às fls. 303-PGE, item 4, que quatro delas são percebidas não com arrimo na Lei nº 11.167/86, discutida na diligência, mas com base na Lei nº 9.660/72. Seriam as seguintes:

- a) indenização de moradia;
- b) indenização de habilitação militar;
- c) indenização de função policial militar;
- d) gratificação de risco de vida/saúde.

68. Principiando por essa afirmação da Polícia Militar, a Lei nº 96660/72, em seu art. 21, previa a “*gratificação de função policial militar*”, a qual seria “*atribuída ao policial militar pelo desempenho de atividades específicas de sua organização*”, podendo ser recebida na categoria I ou II (fls. 310-PGE). No primeiro caso, pela realização de determinados cursos (art. 22) e, no segundo, para o policial militar que exercesse suas atividades em uma das condições previstas nos arts. 23 a 25, a última delas sendo devida àquele que estivesse em “*efetivo desempenho de funções policiais militares não enquadradas no art. 24 desta Lei*”.

69. Por seu turno, a Lei nº 10.167/86 previu:

Art. 41 - A indenização da habilitação policial-militar é atribuída ao policial-militar pelos cursos realizados, com aproveitamento, em qualquer posto ou graduação com os percentuais fixados:

1 - Curso Superior de Polícia	80%
2 - Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais	70%
3 - Cursos de Habilitação de Oficiais	70%
4 - Curso de Aperfeiçoamento de Sargentos	70%
5 - Curso de Especialização de Oficiais e Sargentos	55%
6 - Curso de Formação de Oficiais	50%



7 - Curso de Formação de Sargentos	40%
8 - Curso de Formação de Cabos	35%
9 - Curso de Formação de Soldados	25%

§ 1º - Os Oficiais dos Quadros de Saúde, do Magistério Policial-Militar e de Capelães, farão jús à indenização de que tratam os ítems 1, 2 e 6 deste artigo nas condições seguintes:

- Coronel e Tenente-Coronel, equivalente ao Curso Superior de Polícia, desde que possua curso de pós-graduação a nível de mestrado ou doutoramento;

- Major e Capitão, equivalente ao Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais, desde que possua curso de especialização ou residência inerente a sua atividade funcional, com duração igual ou superior a seis meses;

- Oficiais Subalternos, equivalente ao Curso de Formação de Oficiais, desde que possua curso de graduação de sua especialidade.

§ 2º - Os Oficiais que não atenderem aos requisitos do parágrafo anterior poderão fazer os cursos de natureza policial-militar nele referidos, de acordo com a legislação vigente, para habilitarem-se à vantagem prevista no caput deste artigo.

70. E tratando da indenização da função policial militar:

Art. 42 - Esta indenização é devida ao policial-militar pelo efetivo exercício de suas funções, no valor de 80% (oitenta por cento) do respectivo soldo.

71. Pela coincidência de fatos geradores, percebe-se que a indenização de habilitação policial militar (Lei nº 11.167/86) corresponde à gratificação de função policial militar, categoria I (Lei nº 9.660/72). Por sua vez, a gratificação de função policial militar, categoria II, tipo 2 (art. 25, Lei nº 9.660/72) foi sucedida pela indenização da função policial militar (Lei nº 11.167/86).

72. A indenização de moradia constava do art. 42 da Lei nº 9.66/72, sendo devida “*ao policial militar em atividade*”, podendo variar em função de seu aquartelamento ou de seus encargos familiares (fls. 313-PGE).

73. Por sua vez, a Lei nº 11.167/86, acerca do que cognominou “indenização de moradia”, previa:



Art. 36 - A indenização de moradia é devida ao policial-militar em atividade, nas seguintes bases:

I - com encargo de família, 25% (vinte e cinco por cento) do soldo;

II - sem encargo de família, 8% (oito por cento) do soldo;

Parágrafo único - Suspende-se temporariamente o direito do policial-militar à indenização de moradia enquanto encontrar-se em uma das situações previstas no art. 6º desta lei.

74. Trata-se do mesmo fato gerador, apenas sem o redutor do aquartelamento. Aqui, realmente, a verba existia, na mesma forma, desde a Lei nº 9.666/72.

75. Finalmente, a gratificação de risco de vida/saúde constava da Lei nº 11.167/86:

Art. 20 - A gratificação de risco de vida e saúde é destinada ao ressarcimento dos policiais-militares pelo desgaste físico decorrente do exercício permanente de missões policiais perigosas e de atividades insalubres.

76. Não se localizou, porém, correspondência na Lei nº 9.660/72.

77. Pode-se, então, com relação às verbas em debate, estabelecer o seguinte quadro explicativo sobre a mudança de sua nomenclatura de uma lei para outra:

LEI Nº 9.660/72	LEI Nº 11.167/86
Gratificação de função policial militar, categoria I	Indenização de habilitação policial militar
Indenização de moradia	Indenização de moradia
Gratificação de função policial militar, categoria II, tipo 2	Indenização de função policial militar
Sem correspondência	Gratificação de risco de vida e saúde

78. O ato de reserva do finado continha, originalmente, as seguintes verbas, como se lê de fls. 06-PGE:

- a) gratificação adicional por tempo de serviço;
- b) gratificação de função categoria I;



- c) gratificação de representação de gabinete;
- d) adicional de inatividade.

79. Aplicado o quadro de correspondência do item 77, tem-se plenamente justificada a indenização de habilitação policial militar, que corresponde à gratificação de função categoria I, como impropriamente se denominou, no ato de reserva, a antiga Gratificação de função policial militar, categoria I. Assim, quanto a tal verba, não remanesce dúvida de que, sendo devida indistintamente a todo policial militar que realizasse os cursos previstos na legislação aplicável, trata-se de uma vantagem de caráter geral, pelo que extensível aos inativos, como ocorreu desde o ato de reserva.

80. A indenização de moradia (Lei nº 11.167/86) e a indenização de função policial militar (Lei nº 11.167/86), no entanto, apresentam uma discussão especial.

81. Em linha de princípio, como seu fato gerador se aperfeiçoou ainda na vigência da Lei nº 9.660/72, cumpria apenas discutir se, na conformidade daquela legislação, seriam incorporáveis aos proventos. Se o fossem, a superveniência da Lei nº 11.167/86 apenas se prestaria a eventual modificação de seus valores. Aliás, especificamente quanto à indenização de função policial militar, o Supremo Tribunal Federal já havia entendido que se aplicava o critério de paridade para sua incorporação:

PENSÃO - VALOR. A pensão devida aos dependentes do servidor falecido há de refletir o que este perceba em atividade. Defeso é excluir, ao argumento de que se trata de vantagem própria à atividade, esta ou aquela parcela, como é o caso das diárias operacionais, da gratificação de risco de vida e da indenização pela função policial militar a que o Estado do Ceará obrigou-se a satisfazer. (STF, AI 265373 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 10/10/2000, DJ 02-02-2001 PP-00081 EMENT VOL-02017-10 PP-02018)

82. Como a Gratificação de função policial militar, categoria II, tipo 2, não admitia incorporação nos termos da Lei nº 9.660/72 (art. 83, fls. 318-PGE), ela não constou do ato de reserva, mas a Constituição de 1988 ordenou, no art. 20 do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a adequação dos proventos ao que ela dispunha, o que significou a aplicação da paridade, salvo na hipótese de verba por sua natureza típicas das atividades



Art. 20. Dentro de cento e oitenta dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição.

83. Tendo o Pretório Excelso decidido remansosamente que a indenização pela função policial militar se subsume ao critério de paridade, a partir de 1988, apesar da vedação da Lei nº 9.660/72, impunha-se sua inserção nos proventos.

84. A indenização de moradia, na Lei nº 9.660/72, não admitia incorporação na inatividade, o que era reservado ao soldo e gratificações incorporáveis (art. 76, fls. 317-PGE, até sobrevir a Lei nº 11.195/86, cujo art. 4º previu a incorporação). Correta, portanto, sua exclusão do ato de reserva em 1983. Mais uma vez, contudo, trata-se de vantagem de cunho geral, pagável a todos os militares, tanto na vigência da Lei nº 9.660/72, quanto sob o império da Lei nº 10.167/86. Nos dois casos, vedava-se sua percepção em três situações: licença para trato de interesse particular; deserção; efetivo exercício do cargo público civil, temporário e não eletivo, nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, inclusive autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações. Claramente, situações especialíssimas que não afetam seu caráter genérico, vez que, no mais, todo militar, tivesse ou não habitação própria, a ela fazia jus. Somente o afastamento da corporação naquelas especiais condições justificava a não percepção da verba. Em contexto assemelhado, aceitando as premissas fáticas da Corte *a quo*, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Servidor público aposentado. Extensão de benefício dado aos servidores em atividade. - O acórdão recorrido, interpretando a lei 7.702/88, lhe deu o seguinte entendimento: "Observa-se que o auxílio moradia foi instituído aproveitando todos os servidores na atividade, indistintamente, não se cogitando possuírem imóvel próprio ou funcional. Embora tratado no artigo 2º, da Lei nº 7.702/88 como indenização, fato é que, inquestionavelmente, trata-se de um benefício. E, como tal, é devido igualmente ao servidor policial civil aposentado, o que implica em reconhecer aos Impetrantes o direito de também recebê-lo". Ora, para chegar a conclusão contrária a que chegou o acórdão recorrido, seria mister que se reexaminasse essa interpretação da Lei infraconstitucional, o que implica dizer que a alegação de ofensa à Constituição é indireta ou reflexa, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário. Recurso extraordinário



não conhecido. (STF, RE 184570, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 30/09/1997, DJ 19-12-1997 PP-00058 EMENT VOL-01896-05 PP-01016)

85. Além disso, forçoso recordar que, quanto à Lei nº 11.167/86, o Supremo Tribunal Federal tem adotado o entendimento de que a regra é a incorporação das parcelas ali previstas, desde que seu fato gerador apenas pressuponha o exercício da função policial (no caso, a indenização de moradia seria devida normalmente, exceto em contextos nos quais claramente não havia desempenho de função policial):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POLICIAL MILITAR. ESTADO DO CEARÁ. EXTENSÃO A INATIVOS E PENSIONISTAS. 1. São extensíveis aos servidores inativos e aos pensionistas as vantagens concedidas aos policiais militares ativos de forma geral, independentemente do atendimento de qualquer requisito que não seja o mero exercício da função policial. 2. O fato de a denominação de algumas parcelas remuneratórias sugerirem a ideia de que constituem benefícios propter laborem não ilide o seu caráter geral, eis que concedidas indistintamente aos policiais militares da ativa. Incide, assim, o mandamento contido no artigo 40, § 8º, da Constituição do Brasil, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, RE nº 488.051/CE-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 16/10/06).

86. A gratificação adicional por tempo de serviço não foi objeto de debate até o momento, nem levantou maiores dúvidas do NARE, o mesmo tendo ocorrido com a gratificação de representação de gabinete, o que não exclui que, verificadas futuras indagações, seja formulada a pertinente consulta.

87. A gratificação de risco de vida/saúde não constava da Lei nº 9.660/72, tendo passado a existir com a Lei nº 11.167/86, que previu:

Art. 20 - A gratificação de risco de vida e saúde é destinada ao ressarcimento dos policiais-militares (ou na inatividade) (EXPRESSÃO VETADA) pelo desgaste físico decorrente do exercício permanente de missões policiais perigosas e de atividades insalubres.

Parágrafo único - A gratificação de risco de vida e saúde tem o valor de 50% (cinquenta por cento) do respectivo soldo.



88. Indubitavelmente, a intenção da lei não era integrar a verba aos proventos, tanto que o trecho do *caput* do art. 20 que fazia referência á inatividade (entre parênteses na citação) foi vetado. O mesmo, aliás, ocorria com a indenização de moradia, que, já se viu, originalmente não admitia incorporação nos termos da Lei nº 11.167/86.

89. Sobreveio, porém, a Lei nº 11.941/92, que incluiu dentre as gratificações incorporáveis na inatividade dos militares justamente a gratificação de risco de vida e saúde:

Art. 1º – Acrescente-se ao texto do art. 75, da Lei n.º 11.167, de 07 de janeiro de 1986, o seguinte:

V – Indenização pela função policial-militar,

VI – Gratificação de risco de vida e saúde.

90. O citado art. 75 da Lei nº 11.167/86, em seu *caput*, define precisamente quais montantes eram “*considerados gratificações e indenizações incorporáveis*”. A questão está em saber: os policiais já na reserva ou reforma quando do advento da Lei nº 11.941/92 fazem jus à incorporação? Usualmente, a resposta seria negativa, por ser torrencial a jurisprudência que compreende a gratificação de risco de vida como *pro labore faciendo*. A Corte Excelsa, já se viu, sem analisar nem mesmo os meandros da legislação estadual firmou posição no sentido de que bastava a redação antiga do art. 40, §8º, da Carta Magna para justificar, pela paridade, a incorporação da verba prevista na Lei nº 11.167/86. E a essa conclusão se chega não por expressa ressalva do Colegiado Constitucional, mas, como se afirmou, porque, sendo os precedentes proferidos em Recurso Extraordinário, sequer caberia o exame de normas locais. Colhe-se, recentemente, o seguinte julgado sobre a matéria, confirmando os demais:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Policial militar. Estado do Ceará. Gratificações e vantagens pessoais. Extensão aos inativos e pensionistas. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que as gratificações de serviços denominadas diárias operacionais e gratificação de risco de vida, entre outras, têm caráter geral e devem ser estendidas aos inativos e pensionistas. 2. Agravo regimental não provido.” (STF, RE 551840 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012)



91. Assim, embora discorde veementemente da postura adotada pela Corte Maior, o signatário a registra, observando que, à semelhança do ocorrido com a reversão de pensões militares geradas pela legislação que antecedeu à atual, esta Procuradoria tem a opção de, a despeito de sua divergência de postura, render-se ao entendimento majoritário nos Tribunais.

92. O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, inclusive, tem precedentes no mesmo sentido.

93. Desse modo, no caso específico de que se está a cuidar, vê-se que o Estado não lograria êxito em Segundo Grau e nem teria, nessa situação particular da Lei nº 11.167/86 (que tudo indica ser a base normativa dos vários precedentes do STF invocados ao longo do presente Parecer), repita-se, espaço para maiores discussões em sede de Recurso Extraordinário. Especificamente, já decidiu a Corte Máxima:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POLICIAL MILITAR. ESTADO DO CEARÁ. LEI ESTADUAL N. 11.167/86. PARCELAS REMUNERATÓRIAS. EXTENSÃO A INATIVOS E PENSIONISTAS. ARTIGO 40, § 8º, DA CB/88. 1. Pacífica é a jurisprudência desta corte no sentido de que são extensíveis aos servidores inativos e aos pensionistas as vantagens instituídas pela Lei n. 11.167/86 do Estado do Ceará e concedidas aos policiais militares ativos de forma geral, independentemente do atendimento de qualquer requisito que não seja o mero exercício da função policial. 2. O fato de a denominação de algumas parcelas remuneratórias sugerirem a ideia de que constituem benefícios propter laborem não ilide o seu caráter geral, eis que concedidas indistintamente aos policiais militares da ativa. Incide, assim, o mandamento contido no artigo 40, § 8º, da Constituição do Brasil, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 392579 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 31/05/2005, DJ 24-06-2005 PP-00035 EMENT VOL-02197-04 PP-00659)

94. Por conseguinte, unicamente em razão do argumento de autoridade (jurisprudência dominante do STF e da Corte Estadual), a indenização de moradia e a gratificação de risco de vida e saúde, no caso específico da Lei nº 11.167/86 seriam incorporáveis aos proventos, inclusive de quem já estivesse na reserva ou reforma, em razão da aplicação da paridade constitucional, destacando-se ainda uma vez haver, do ponto de vista doutrinário, inúmeras razões



para rechaçar a sobredita incorporação em caso de verbas *pro labore faciendo* e ante a própria letra da legislação em exame, que, em princípio, somente deveria favorecer militares em atividade quando sobreveio a autorização para incorporação.

95. O adicional de inatividade, embora não questionado pela consulta, deveria, em princípio, ser recebido de forma singela, não em cascata com o adicional por tempo de serviço, conforme jurisprudência também sedimentada das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL. POLICIAIS MILITARES. ADICIONAL DE INATIVIDADE INSTITUÍDO PELA LEI 11.167/1986, DO ESTADO DO CEARÁ. GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 37, XIV, DA CONSTITUIÇÃO (redação original). PRECEDENTE DO PLENÁRIO: RE 288.304. O art. 557, § 1º-A, do CPC, autoriza o Relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com Súmula ou com jurisprudência dominante da Corte. A decisão agravada está em conformidade com a orientação firmada no Tribunal, no sentido de afastar a incidência sucessiva de adicionais de idêntico título ou igual fundamento, nos termos do disposto no art. 37, XIV, da Constituição (em sua redação original). Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, RE 449583 AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 26/04/2011, DJe-090 DIVULG 13-05-2011 PUBLIC 16-05-2011 EMENT VOL-02522-02 PP-00257)

Agravo regimental no recurso extraordinário. Lei estadual nº 11.167/86. Adicional de inatividade. Impossibilidade. Precedentes. 1. A percepção, pelos servidores inativos da Polícia Militar do Estado do Ceará, do adicional de inatividade instituído pela Lei Estadual nº 11.167/86, calculado sobre os proventos, em função do tempo de serviço, ofende o art. 37, XIV, da Constituição Federal. 2. Agravo regimental não provido. (STF, RE 400511 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 23/03/2011, DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 EMENT VOL-02555-02 PP-00214)

96. Verifica-se, porém, dos autos que foi concedida segurança para assegurar a forma de cálculo original daquela vantagem (fls. 83/97-PGE), decisão que supõe transitada em julgado pela informação de fls. 98-PGE. Dada a diversidade de números, deve-se instar a d. Procuradoria Judicial para:



- a) confirmar se transitou em julgado decisão no sentido imediatamente exposto acima, abrangendo o finado servidor;
- b) interpretar a ordem judicial para definir se, respondida positivamente a primeira indagação, a benesse alcança a pensão, dados os limites subjetivos da coisa julgada.

97. Resta a indenização de representação.

98. A verba já existia na Lei nº 9.660/72, vigente ao tempo da reserva, como se observa dos seus arts. 43 e 44 (fls. 313-PGE). Não se localizou, porém, naquele momento, previsão de incorporação. Ela não integrou os proventos corretamente por dois motivos: a) ausência de previsão legal de incorporação; b) expressa ressalva, no art. 44, §2º, da Lei nº 9.660/72, de que “a indenização de representação de que trata o parágrafo anterior é incompatível com a gratificação pela representação de gabinete de que trata a Lei nº 9.561, de 16 de dezembro de 1971, regulamentada pelo Decreto nº 9.709, de 7 de fevereiro de 1972”. Essa mesma proibição foi posteriormente ratificada na Lei nº 10.887/84, em seu art. 2º.

99. A Lei nº 11.039/85, no entanto, autorizou a incorporação da indenização de representação aos proventos dos militares, sem, no entanto, dispor expressamente sobre aqueles que já eram inativos:

Art. 15 - A Indenização de Representação prevista no item V do art. 26, da Lei nº 9.660, de 06 de dezembro de 1972, é uma vantagem atribuída ao policial-militar, para atender as despesas de compromissos de ordem pública ou profissional, resultantes do exercício da carreira policial-militar e será incorporada aos proventos dos militares ao passarem para inatividade.

Art. 16 - A Indenização de Representação de que trata o artigo anterior é calculada sobre o valor da representação percebida pelo Comandante Geral e será atribuída para cada posto ou graduação dos policiais-militares, de conformidade com os percentuais estabelecidos no Anexo VII desta Lei.

Parágrafo Único - Fica vedada a percepção cumulativa da Indenização de Representação pelo desempenho de mais de uma atividade na carreira policial-militar.

100. A Lei nº 11.167/86 manteve previsão da verba (com valores posteriormente modificados pela Lei nº 11.272/86) e de sua incorporação na inatividade:



Art. 38 - A indenização de representação é devida ao policial-militar, para atender às despesas de compromissos de ordem pública ou profissional, resultantes do exercício da carreira policial-militar e será incorporada aos proventos dos policiais-militares ao passarem para a inatividade.

Parágrafo único - A representação do cargo de Comandante Geral será fixada pelo Chefe do Poder Executivo.

101. Previu, inclusive, o direito daqueles que já se encontravam na inatividade, embora com valores diferenciados:

Art. 40 - O valor da indenização de representação dos Policiais-militares que já se encontram na inatividade remunerada é fixado de acordo com os critérios estabelecidos no Anexo I desta lei, observadas as exceções que, em níveis mais elevados, tenham sido estabelecidos em Lei.

102. Posteriormente, ainda antes da Constituição de 1988, a figura foi extinta, como se percebe da Lei nº 11.346/87:

Art. 13 - Fica extinta a Indenização de Representação a que aludem os artigos 21, § 1º, VI, 38, 39 e 40 da Lei 11.167, de 7 de janeiro de 1986 e o art. 1º da Lei 11.246, de 16 de dezembro de 1986, tendo sido o seu valor em cruzados incorporado ao soldo do policial militar e ao vencimento-base dos ocupantes dos cargos das extintas Guarda Civil de Fortaleza, Guarda Estadual de Trânsito e Polícia Rodoviária do DAER, conforme os Anexos III e IV desta Lei.

103. Logo, quando sobreveio a Constituição Federal, o art. 20 do ADCT, independentemente de outras considerações, não poderia se aplicar para integrar aos proventos do finado uma vantagem extinta, vez que não havia direito adquirido à sua percepção, máxime em proventos. Nesse sentido:

- Não fere direito adquirido de policiais militares inativos a lei estadual que suprime o pagamento de “indenização de representação”, mediante a incorporação, ao soldo, do respectivo valor, em cruzeiros. Recurso extraordinário de que se conhece, e a que se dá provimento por haver o acórdão recorrido, no reconhecer o suposto direito adquirido, violado o art. 153, par-3., da Constituição de 1967 (Emenda n. 1-69). (STF, RE 137777, Relator(a): Min Octavio Gallotti., Primeira Turma, julgado em 29/10/1991, DJ 13-12-1991 PP-18357 EMENT VOL-01646-03 PP-00429 RTJ VOL-00138-01 PP-00324)



104. Em 1989, a Lei nº 11.535/89 recriou a verba, unicamente para determinados oficiais, inclusive major (caso do *de cujus*), na ativa:

Art. 16 - A Indenização de Representação de que trata os arts. 38, 39 e 40 da Lei nº 11.167, de 07 de janeiro de 1986, fica revigorada para os Coronéis, Tenentes-Coronéis e Majores da ativa, nos percentuais abaixo discriminados, calculados sobre o valor da representação percebida pelo Comandante Geral da Polícia Militar:

POSTO	PERCENTUAL
CORONEL	79%
TENENTE-CORONEL	46%
MAJOR	21%

105. A Corte Máxima, porém, entendeu que a menção a policiais “*da ativa*” não excluiria a extensão aos inativos, porque a figura teria natureza de um acréscimo de soldo para as patentes previstas naquela lei:

Viúvas e pensionistas de policiais militares. Auto-aplicabilidade do artigo 40, § 5º, combinado com o artigo 42, § 10, ambos da Constituição. Lei 11.535/89 do Estado do Ceará. - Sendo a indenização de representação concedida pela citada Lei estadual parcela que representa, em verdade, mero acréscimo de soldo para os majores, tenentes-coronéis e coronéis da Polícia Militar Estadual, aplica-se a ela o disposto no artigo 40, § 5º, combinado com o artigo 42, § 10, ambos da Carta Magna. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE 249726, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 10/04/2001, DJ 01-06-2001 PP-00090 EMENT VOL-02033-05 PP-00960)

106. Logo, a Lei nº 11.535/89, pelo raciocínio trilhado pelo Supremo Tribunal Federal, resultou em integrar aos proventos do extinto a indenização de representação ali fixada, de 21% da representação percebida pelo Comandante Geral da Polícia Militar. Há, todavia, dois problema cuja solução se impõe.

107. O primeiro está em que foi estabelecida uma inconstitucional vinculação de diversas categorias do oficialato ao Comandante Geral, ofendendo o art. 37, XIII, da Carta Magna. Há, inclusive, julgado da Corte Maior extremamente assemelhado ao caso:



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. - TEM O GOVERNADOR DO ESTADO-MEMBRO CAPACIDADE POSTULATORIA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE DO S.T.F.: ADIN. N. 127. - NO TOCANTE AS EXPRESSÕES “SERÁ FIXADA PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA”, CONSTANTES DO PAR. 16 DO ART. 113 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS, ELAS SÓ SERÃO CONSTITUCIONAIS SE ENTENDIDAS COMO SE REFERINDO A LEI CUJO PROJETO E DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO (INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO); E, NO CONCERNENTE AS EXPRESSÕES “TENDO COMO PARÂMETRO DO COMANDANTE GERAL”, TAMBÉM CONSTANTES DO CITADO PARÁGRAFO, SÃO ELAS INCONSTITUCIONAIS POR OFENSA AO DISPOSTO NO ARTIGO 37, XIII, DA CARTA MAGNA, UMA VEZ QUE NÃO OCORRE A EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO XII DO MESMO DISPOSITIVO, NEM A DETERMINADA PELO PAR. 1. DO ARTIGO 39. - QUANTO AS EXPRESSÕES “COM PISO SALARIAL PROFISSIONAL NUNCA INFERIOR A TRES VEZES O PISO SALARIAL DOS FUNCIONÁRIOS PUBLICOS ESTADUAIS”, CONTIDAS NA LETRA “E” DO INCISO II DO ARTIGO 199 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS, SÃO INCONSTITUCIONAIS, PORQUANTO, EM SE TRATANDO DE ESTABELECIMENTO DE PISO EM MULTIPLO DE PISO SALARIAL, HÁ A VINCULAÇÃO VEDADA PELO ARTIGO 37, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. - O ARTIGO 40 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS SÃO FORMAL E MATERIALMENTE INCONSTITUCIONAIS, POR OFENSA AOS ARTIGOS 61, PAR. 1., II, “C”, 37, XIII, E 173, PAR. 1., DA CARTA MAGNA FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE EM PARTE. (STF, ADI 120, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1996, DJ 26-04-1996 PP-13111 EMENT VOL-01825-01 PP-00001)

108. No voto condutor, o Ministro Relator fez consignar:

... na escala de graduação da remuneração dos postos ou graduações da Polícia Militar do Estado, se toma como parâmetro para a fixação da remuneração escalonada a do Comandante Geral dessa Polícia, tenho-as como inconstitucionais pela singela razão de que o parâmetro adotado não é evidentemente cargo de carreira, mas função a ser exercida por quem está no topo da



carreira – ou seja, no posto de coronel –, com remuneração que é superior a dos que se encontram nesse posto, dada a função do comando geral da corporação. A questão, portanto, não diz respeito, como pretende fazer crer o Parecer da Procuradoria Geral da República, ao sistema seguido nas Forças Armadas, em que há escalonamento fixo a partir do mais alto posto da carreira militar, mas, sim, a vinculação a um parâmetro que se situa fora da carreira e que serve de base para a remuneração do mais alto posto da carreira. Há, pois, ofensa ao disposto no artigo 37, XIII, da Constituição ...

109. Portanto, a vinculação da indenização de representação à representação do Comandante Geral é inconstitucional. Abrem-se, desse modo, duas hipóteses: a sua declaração formal, a depender de atuação do Exmo Sr. Governador do Estado ou, até que isso ocorra, a utilização de uma interpretação conforme, para minimizar a inconstitucionalidade: toma-se como base de cálculo da indenização de representação o valor fixo percebido a título de remuneração pelo Comandante Geral da Polícia Militar no momento da vigência da Lei nº 11.535/89, sujeitando-o, daí para frente, apenas aos reajustes gerais, o que elimina a vinculação perpétua, transformando em montante fixo o constante daquela norma legal.

110. Superada a primeira questão, tem-se outra: após a Lei nº 11.535/89, entrou em vigor a Lei nº 11.601/89, que alterou as alíquotas da indenização de representação:

Art. 16 - A Indenização de Representação de que tratam os arts. 38, 39 e 40 da Lei nº 11.167, de 7 de janeiro de 1986 e revigorada pelo art. 16 da Lei nº 11.535, de 10 de abril de 1989 fica modificada na forma abaixo discriminada, calculada sobre o valor da representação percebida pelo Comandante da Polícia Militar:

POSTO	PERCENTUAL
Coronel	41,81%
Tenente-Coronel	25,38%
Major	17,75%

112. Pelo raciocínio firmado pelo STF para permitir a incorporação à inatividade a partir da Lei nº 11.535/89, os influxos da legislação sobre o tema se fazem sentir também sobre os inativos, razão pela qual, a partir da Lei nº 11.601/89, a alíquota passou a ser



de 17,75% no caso específico dos autos, incidindo sobre o valor fixo da representação de Comandante Geral vigente no momento da Lei nº 11.535/89, este último sujeito apenas aos reajustes gerais, a fim de evitar a vinculação de vencimentos.

113. A solução proposta configura simples alteração de regime jurídico, que a Corte Excelsa já sufragou até monocraticamente em contexto assemelhado:

Trata-se de recurso extraordinário interposto no bojo de ação ordinária na qual policiais inativos do estado do Ceará pretendem o restabelecimento de vantagem suprimida de seus proventos. O recorrente, alega violação do art. 37, caput, da Constituição federal. Esta Corte, no julgamento do RE 288.304 (rel. min. Ilmar Galvão, DJ 11.01.2001), firmou o entendimento de que o adicional de inatividade instituído pela Lei 11.167/1986 do estado do Ceará constitui vantagem funcional em cascata porque inclui em sua base de cálculo a gratificação por tempo de serviço. Eis a ementa dessa decisão: “ESTADO DO CEARÁ. POLICIAIS MILITARES. INDENIZAÇÃO ADICIONAL DE INATIVIDADE INSTITUÍDA PELA LEI N.º 11.167/86. PARÁGRAFO 5.º DO ARTIGO 154 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (INTRODUZIDO PELA EC/21/95). Diploma legal que, além de instituir vantagem funcional sobre tempo de serviço, fator que já era considerado para a concessão da denominada ‘gratificação por tempo de serviço’, mandou incluir esta na base de cálculo daquela, revelando-se ofensivo ao inciso XIV do art. 37 da CF, em sua redação original. Recurso conhecido e provido.” No mesmo sentido, somam-se a esse julgado os seguintes precedentes: RE 234.914 (rel. min. Cezar Peluso, DJ 11.11.2004) e RE 370.964 (rel. min. Eros Grau, DJ 05.04.2005). Ademais, este Tribunal já havia decidido que a supressão, pela Lei 11.346/1987 do estado do Ceará, do adicional de inatividade instituído pela Lei 11.167/1986 não constitui violação do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. A ementa dessa decisão tem o seguinte teor: “EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. POLICIAIS MILITARES. APOSENTADORIA. PROVENTOS DA INATIVIDADE. ARTS. 102, § 2º, 153, § 3º, DA E.C. Nº 1/69, E ART. 5º. INC. XXXVI, DA CF/88. LEI ESTADUAL DO CEARÁ Nº 11.167/86. INDENIZAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Ao tempo em que os autores, ora recorridos, passaram para a inatividade, vigorava a Lei estadual nº 11.167, de 7 de janeiro de 1986, que dispunha



sobre a remuneração do Pessoal da Polícia Militar do Ceará e dava outras providências. 2. Assim, em face do disposto nos artigos 38 e 39 desse diploma, bem como no Anexo I, a cada vez que o Governador do Estado fixava ou elevava a indenização de representação devida ao Comandante Geral, automaticamente se fixava ou alterava a dos demais Policiais-Militares, nos percentuais constantes do escalonamento. 3. O que se discute nestes autos é se a lei posterior à reforma dos autores, ora recorridos, podia atingir seus proventos, no que concerne à antiga vinculação de sua indenização de representação à do Comandante-Geral e nos percentuais referidos. 4. Vigorava, à época, o § 3º do art. 153 da E.C. nº 1/69, a saber: 'a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada'. 5. Resta saber, então, se, ao tempo do advento da Lei revogadora, tinham os autores, ora recorridos, direito adquirido a que sua indenização de representação continuasse vinculada à do Comandante-Geral e nos mesmos percentuais. 6. Mesmo que, no caso, se pudesse considerar a vinculação, ao tempo da reforma dos autores, como não proibida pelo parágrafo único do art. 98 da Constituição Federal de 1967/1969, não teriam eles melhor sorte, pois a jurisprudência desta Corte sob a égide da E.C. nº 1/69 (art. 153, § 3º) e mesmo da atual de 5.10.1988 (art. 5º, XXXVI) sempre foi e continua pacífica, no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, seja para os servidores ativos, seja para os inativos, inclusive policiais-militares. Sobretudo quando a lei nova não implica redução nominal de vencimentos ou proventos, como ocorreu no caso. 7. Precedente específico em relação a Policiais Militares inativos do Ceará e à Lei estadual referida: R.E. 137.777. 8. R.E. conhecido e provido, para se julgar improcedente a ação, nos termos do voto do Relator. (RE 160.438, rel. min. Sydney Sanches, DJ 03.04.1998) No mesmo sentido, os seguintes precedentes: RE 220.205 (rel. min. Octavio Gallotti, DJ 25.06.1999), RE 292.605 (rel. min. Néri da Silveira, DJ 05.06.2002) e RE 235.685 (rel. min. Sydney Sanches, DJ 22.02.2002). Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Do exposto, nos termos do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso. A parte recorrida arcará com os ônus da sucumbência, ressalvada a hipótese de concessão da Justiça Gratuita. Publique-se." Brasília, 15 de junho de 2012. Ministro Joaquim Barbosa Relator Documento assinado digitalmente. (STF, RE 611951, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, julgado em 15/06/2012, publicado em DJe-123 DIVULG 22/06/2012 PUBLIC 25/06/2012)



114. Portanto, a indenização de representação, no caso específico dos autos, é incorporável aos proventos de inatividade e, portanto, reflete na pensão, segundo o entendimento do STF, devendo ser apurada tendo por base de cálculo a representação do Comandante Geral da Polícia Militar na data em que entrou em vigor a Lei nº 11.535/89, sujeita apenas aos posteriores reajustes gerais (salvo o afastamento formal da norma por inconstitucionalidade), e obedecendo, inicialmente, à alíquota de 21%, até a Lei nº 11.601/89, quando, então, a alíquota cai para 17,75%. Eventual decesso do total da remuneração ou, no caso, dos proventos (e não apenas da particular vantagem que ora se analisa), do qual não se tem prova nos autos, deverá ser devidamente comprovado no momento de aplicação da lei de último referida para que possa ser discutido por esta Casa. Essa alíquota de 17,75% deverá ser observada também na pensão, salvo se a origem demonstrar a existência de norma posterior que a altere, o que, igualmente, sujeitará a situação a novo exame desta Procuradoria.

III - CONCLUSÕES

115. Opina-se, então, no sentido de que seja (m):

- a) o interessado Robston dos Santos Ximenes excluído da pensão, com efeitos financeiros a partir da publicação do novo ato concessivo (na realidade, de revisão), em respeito à sua boa-fé, sendo-lhe facultada a realização de novo exame médico junto à perícia oficial do Estado para comprovar sua invalidez permanente para o trabalho por ocasião do óbito (não atualmente);
- b) oficiado ao DETRAN, comunicando a interdição de Robston dos Santos Ximenes para que sejam adotadas as providências pertinentes quanto à sua carteira de habilitação;
- c) a interessada Maria Socorro dos Santos excluída da pensão, com efeitos financeiros a partir da publicação do ato revisor que ora se propõe, em homenagem à sua boa-fé, sendo-lhe facultada a renovação do pleito de inclusão, mediante a obtenção de pronunciamento judicial válido e de mérito sobre sua união estável ou da utilização da Lei Complementar nº 92/11, mas, sujeita ao disposto naquele diploma e, em qualquer caso, sem caráter retroativo de sua eventual futura inclusão, eis que o benefício estará sendo pago a quem, no momento, ostenta a condição legal para receber;



d) a interessada Maria Júlia Vasconcelos Ximenes mantida na percepção de 30% (trinta por cento) do total do benefício da pensão por morte, por determinação judicial, devendo-se apenas confirmar seu trânsito em julgado;

e) instada a d. Procuradoria Judicial, antes da aprovação do ato revisor pelo NARE, a informar se houve percepção, na via judicial, de valores por Maria Júlia Vasconcelos Ximenes, e, em caso positivo, deve-se efetuar ressalva no ato revisor, a fim de evitar o recebimento em duplicidade;

f) consideradas como incorporáveis, na especial situação em análise, aos proventos, e, portanto, à pensão, as verbas denominadas indenização de moradia, gratificação de risco de vida/saúde, indenização de habilitação policial militar e indenização pela função policial militar. Isso, porém, principalmente quanto à gratificação de risco de vida/saúde, se prevalecer o argumento de autoridade dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal especialmente sobre a legislação em exame, em detrimento do entendimento geral consagrado sobre verbas *pro labore faciendo*;

g) admitida a incorporação da indenização de representação no caso dos autos, devendo ser apurada tendo por base de cálculo a representação do Comandante Geral da Polícia Militar na data em que entrou em vigor a Lei nº 11.535/89, sujeita apenas aos posteriores reajustes gerais (salvo o afastamento formal da norma por inconstitucionalidade), e obedecendo, inicialmente, à alíquota de 21%, até a Lei nº 11.601/89, quando, então, a alíquota cai para 17,75%. Eventual decesso do total da remuneração ou, no caso, dos proventos (e não apenas da particular vantagem que ora se analisa), do qual não se tem prova nos autos, deverá ser devidamente comprovado no momento de aplicação da lei de último referida para que possa ser discutido por esta Casa. Essa alíquota de 17,75% deverá ser observada também na pensão, salvo se a origem demonstrar a existência de norma posterior que a altere, o que, igualmente, sujeitará a situação a novo exame desta Procuradoria;

h) confirmado junto à r. Procuradoria Judicial se a forma de cálculo original do adicional de inatividade estabelecida na decisão judicial de cópia às fls. 83/97-PGE transitou em julgado e beneficia o finado militar, sendo certo que, no caso positivo, deve aquele d. setor, igualmente, estabelecer a interpretação da ordem judicial para definir se, respondida positivamente a primeira indagação, a benesse alcança a pensão, dados os limites subjetivos da coisa julgada.



i) observado que, nos autos do processo nº 10282911-0, foi formulada diligência tendente a instruir consulta também objetivando a solução de questão pertinente a incorporação de verbas como as ora discutidas, o que pode gerar impacto do presente pronunciamento naquele feito.

À consideração do Exmo Sr. Procurador-Geral do Estado.

Fortaleza, 18 de agosto de 2012.

Rommel Barroso da Frota
Procurador-Chefe da Consultoria-Geral

1



TRABALHOS FORENSES

1



**EXCELENTÍSSIMA SENHORA JUÍZA
DE DIREITO DA 5ª VARA DA COMARCA
DE FORTALEZA**

Processo nº: 69033-23.2009.8.06.0001 (AÇÃO ORDINÁRIA)

Autor: ADAILTON MARQUES DA SILVA E OUTROS

Réu: ESTADO DO CEARÁ

O ESTADO DO CEARÁ, pessoa jurídica de Direito Público interno, por seu Procurador in fine subscrito, comparece à presença de Vossa Excelência, nos autos do processo em epígrafe, para, no prazo e forma legais, apresentar RECURSO DE APELAÇÃO, requerendo o seu recebimento e que, após os trâmites legais, seja remetido o presente ao EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Fortaleza, 10 de maio de 2010.

Daniel Feitosa de Menezes
Procurador do Estado



EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Ação ordinária

Ref. PROCESSO Nº 69033-23.2009.8.06.0001

APELANTE: ESTADO DO CEARÁ

APELADOS: ADAILTON MARQUES DA SILVA E OUTROS

**NOBRE DESEMBARGADOR(A) RELATOR(A),
COLENDIA CÂMARA CÍVEL,**

1. SINOPSE FÁTICA DA DEMANDA

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou procedente ação ordinária em que se postulava a declaração de ilegalidade da prova objetiva aplicada ao final do curso de formação profissional, terceira etapa do concurso público para provimento do cargo de soldado de fileira da Polícia Militar do Estado do Ceará, regulamentado pelo edital nº 1/2008.

Segundo consta, os autores, ora apelados, são candidatos da seleção pública acima mencionada, tendo sido aprovados nas duas primeiras fases, e convocados para participar da 3ª fase, consistente no curso de formação profissional.

No decorrer do mencionado curso, foram aprovados no exame físico e psicológico, tendo sido reprovados, porém, na prova objetiva, ao não atingirem 70% dos pontos totais.

Inconformados, ajuizaram a presente ação, postulando, liminarmente, o reingresso ao certame, além de nomeação e posse. O pedido antecipatório foi deferido pelo juízo *a quo*, sendo, posteriormente, susgado seus efeitos por decisão proferida nos autos da suspensão de tutela antecipada nº 22354-65.2009.8.06.0000 (documento em anexo).

Mesmo diante dos fortes argumentos apresentados pelo ente público, rechaçando a tese autoral, a magistrada processante do feito julgou procedente o pleito.



Data maxima venia, o julgado merece reforma, conforme será demonstrado a seguir.

2. PRELIMINARMENTE

2.1. Necessidade de recebimento da apelação no seu duplo efeito. Efeitos da decisão antecipatória suspensos. Súmula 626 do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade de nomeação antes do trânsito em julgado de decisão favorável. Legislação e precedentes.

Como questão preliminar, deve ser destacado a necessidade do recebimento do presente apelo no duplo efeito.

Em primeiro plano, sabe-se que a sentença, na parte que em defere o pedido de nomeação no cargo de soldado PM, não pode ser executada senão após o seu trânsito em julgado, conforme se observa do art. 2-B da Lei nº 9.494/97, *ipsis litteris*:

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. (destacamos)

Colaciona-se, nesse sentido, o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. CUMPRIMENTO DA ORDEM CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRÂNSITO EM JULGADO. LEI Nº 9.494/97. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I - Consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, da interpretação do art. 2º-B da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Medida Provisória 2180-32/2001, resulta o não cabimento de execução provisória contra a Fazenda Pública de decisão que tenha por objeto liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos. Precedentes.

II - Nos termos da legislação indicada, o eventual cumprimento da decisão proferida no mandamus somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado. Precedentes.

III - Agravo interno desprovido.



(AgRg no MS 10.037/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/02/2007, DJ 12/03/2007 p. 197).

PROCESSUAL CIVIL. TRÂNSITO EM JULGADO PARCIAL. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 9.494/97. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - Esta eg. Corte Superior possui entendimento no sentido de que a ação é una e indivisível, não havendo que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, restando afastada a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial.

II - Consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, da interpretação do art. 2º-B da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Medida Provisória 2180-32/2001, resulta o não cabimento de execução provisória contra a Fazenda Pública de decisão que tenha por objeto liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos. Precedentes.

III - Agravo interno desprovido.

(AgRg no REsp 839.574/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 11/06/2007 p. 365).

Por outro lado, os recursos interpostos de sentenças que outorguem vencimentos ou vantagens pecuniárias são dotados de ambos os efeitos previstos na legislação processual civil, de acordo com a Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992. Vejamos:

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.

Outrossim, os nossos tribunais já firmaram copiosa jurisprudência de que o candidato que esteja contestando sua reprovação em juízo não tem direito à nomeação imediata no cargo, mas, apenas, reserva de vaga até o julgamento definitivo da lide. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS SUB JUDICE. NOMEAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. FALTA INTERESSE



PROCESSUAL SUPERVENIENTE. CANDIDATOS REMANESCENTES. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. DIREITO APENAS À RESERVA DE VAGA.

I- Se, por força de decisões judiciais em outros feitos que asseguraram a participação dos candidatos no concurso, estes foram nomeados nos cargos públicos, o *mandamus* impetrado para assegurar essas mesmas nomeações deve ser extinto, por ausência de interesse processual superveniente.

II - A investidura em cargo público efetivo exige prévia aprovação em concurso público. Por isso, inviável a nomeação de candidato cuja permanência no certame foi garantia por decisão judicial ainda não transitada em julgado, hipótese em que se admite tão-somente a reserva de vagas até o trânsito em julgado da decisão que assegurou ao candidato o direito de prosseguir no certame. Precedentes.

Recurso ordinário desprovido.

(RMS 22.473/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2007, DJ 04/06/2007 p. 382) (destacamos).

MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO AO OFICIALATO. CANDIDATO SUB JUDICE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. RESERVA DE VAGA. VIABILIDADE.

Esta e. Corte já tem entendimento pacífico no sentido de que é inviável a nomeação de candidato aprovado em concurso público, cuja permanência no certame foi garantia por decisão judicial ainda não transitada em julgado. Assegura-se tão-somente a reserva de vaga até o trânsito em julgado daquela decisão. Precedentes.

Segurança concedida parcialmente.

(MS 11.385/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/09/2006, DJ 16/10/2006 p. 284)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATO SUB JUDICE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. RESERVA DE VAGA. VIABILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.



I - Inviável a nomeação de candidato aprovado em concurso público, cuja permanência no certame foi garantida por decisão judicial ainda não transitada em julgado.

II - Admite-se, tão somente, a reserva de vagas aos recorrentes até o trânsito em julgado da decisão que lhes assegurou o direito a prosseguir no certame.

Recurso parcialmente provido.

(RMS 20.842/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2006, DJ 19/06/2006 p. 156).

Não obstante, conforme acima se mencionou, a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará deferiu pedido de suspensão de tutela antecipada (processo nº 22354-65.2009.8.06.0000), posteriormente confirmada pelo Pleno da Corte, cassando os efeitos da decisão interlocutória que reintegrava os recorridos no certame, e ainda determinava o provimento do cargo.

Essa decisão, por seu turno, vigorará até o trânsito em julgado de decisão proferida nos autos da ação ordinária em epígrafe, consoante lição sumular nº 626 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com a da impetração (destacamos).

Estando suspensos os efeitos da decisão antecipatória, inaplicável a exceção prevista no art. 520, VII, do Código de Processo Civil, referente ao recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, ainda mais quando ausente de confirmação, na sentença, da decisão antecipatória anteriormente deferida.

Em assim sendo, levando-se em consideração tudo acima explicitado, pugna que a presente apelação seja recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo.

3. RAZÕES DE REFORMA DA SENTENÇA

3.1. Insurgência contra a legalidade da prova objetiva aplicada no término do Curso de Formação – Proibição jurídica de prática de



atos contraditórios – Ato jurídico perfeito de aceitação das normas do certame. Preclusão.

Impõe-se destacar a ocorrência de preclusão do direito de discutir as normas editalícias.

Com efeito, o dispositivo que os recorridos desejam ver desconsiderado tem a seguinte dicção, *ipsis litteris*:

1 DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

1.1 O concurso será regido por este edital e executado pelo Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE/UnB).

1.2 O presente concurso público destina-se a selecionar candidatos, visando o preenchimento de 2.000 (duas mil) vagas no cargo de Soldado da PMCE, sendo 1.900 candidatos do sexo masculino e 100 candidatos do sexo feminino, consoante a Lei n.º 13.767/2006, que trata da fixação de efetivo da Polícia Militar do Ceará.

1.3 O concurso público será constituído de três etapas.

1.3.1 A primeira etapa constará do exame intelectual, aferido por meio de aplicação de prova objetiva, de caráter eliminatório e classificatório, a ser realizada pelo CESPE/UnB, cujos objetos de avaliação constam no anexo único, parte integrante deste edital.

1.3.2 A segunda etapa constará de inspeção de saúde, que compreenderá exames médico-odontológico, biométrico e toxicológico, de caráter unicamente eliminatório, a ser realizada pelo CESPE/UnB;

1.3.3 A terceira etapa constará de Curso de Formação Profissional, sob responsabilidade do CESPE/UnB, de caráter eliminatório e classificatório, durante o qual serão realizadas:

a) prova de capacidade física, de caráter eliminatório, a ser realizada pelo CESPE/UnB;

b) avaliação psicológica, de caráter eliminatório, a ser realizada pelo CESPE/UnB;

c) investigação social, de caráter eliminatório, a ser realizada pela Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social;

d) prova objetiva, de caráter eliminatório e classificatório, a ser realizada pelo CESPE/UnB (destacamos).



Ora, os candidatos, ao se inscreverem no certame, declararam aceitar todas as regras estabelecidas no concurso, conforme expressa previsão do edital:

13 DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

13.1 A inscrição do candidato implicará a aceitação das normas para o concurso público contidas nos comunicados, neste edital e em outros a serem publicados.

Tendo praticado ato dessa estirpe, que traduz manifestação válida de vontade dentro da autonomia e liberdade de atuação, levada a efeito por pessoa plenamente capaz, não se pode, agora, voltar atrás em sua intenção, já que o ato anterior já refletiu importantes efeitos jurídicos.

Não é juridicamente admissível se aceitar uma coisa e, passo seguinte, apenas dizer que não mais aceita, desprezando-se os efeitos já produzidos em relação a terceiros, inclusive com reflexos processuais (art. 158 do CPC).

Aplica-se, no caso, a tão conhecida teoria do *venire contra factum proprium*, que proíbe a adoção de atos contraditórios, diretriz esta, aliás, que se coaduna com o respeito à boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil), que permeia relações jurídicas das mais diversas e tem sido cada vez mais privilegiada no ordenamento.

Ademais, se levada à última consequência a análise da questão, tem-se que os atos dos candidatos, de aceitarem as regras do concurso, pode mesmo ser enquadrado como “ato jurídico perfeito”, insuscetível de modificação posterior, por força de vedação constitucional.

Tal assertiva se reforça quando do ato resulta afetação de interesse de outrem, como, no caso, da Administração.

Caso admitida tal possibilidade de retratação, estar-se-ia prestigiando a torpeza da atuação do candidato em face do Ente Público, já que este apenas o admitiu no concurso porque ele previamente aceitou as regras, enquanto que aquele apenas está a discutir o critério porque veio a ser reprovado.

A magistrada *a quo* entendeu, porém, que não se poderia deixar de conhecer da lide em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo que a aceitação das regras do certame, no ato da inscrição, não impediriam os candidatos de, posteriormente, contestá-las.



Por óbvio, o candidato, mesmo inscrito em um concurso, pode impugnar cláusulas editalícias, entendendo-as ilegais e/ou inconstitucionais. O que não se pode admitir, no entanto, é o inconformismo posterior à realização da etapa, ou exame, quando o candidato, já reprovado, sustenta uma pretensão contraditória ao primeiro ato de participação.

Ora, nobre relator(a), se o concorrente, à época da inscrição no mencionado curso, sabia que deveria se submeter a uma prova objetiva ao término da terceira etapa, não há como pretender, agora, modificar a disciplina em seu exclusivo favor.

O princípio constitucional que garante o livre acesso ao Poder Judiciário não é absoluto¹, devendo o julgador levar em consideração a segurança jurídica, esta consubstanciada no ato jurídico perfeito, referente à inscrição e plena aceitação das regras do concurso público pelo candidato.

No mesmo diapasão, porém como questão incidental, já se manifestou o STJ, conforme decisão noticiada no Informativo nº 291 daquela Corte:

Em concurso público para o MP, a candidata aprovada nas provas objetivas, escrita, exames de saúde física e mental e provas orais restou reprovada na prova de tribuna. Nesta, a pontuação é descontada pela banca examinadora do candidato que não observa o tempo de 15 minutos para menos ou para mais, critério adotado para todos candidatos. A candidata ultrapassou 5 segundos, o que resultou no desconto de um ponto. Com o MS impetrado, requer a majoração da nota máxima no “tempo na tribuna” e o arredondamento da nota obtida na prova de tribuna, 5,894. Por onze décimos, a candidata não foi convocada para a prova de títulos. Mas, segundo os critérios de avaliação informados pelo MP, para todos os candidatos que excederam o tempo de tribuna, houve decréscimo de 1 ponto o referido quesito. Concluiu o Min. Relator que, caso se considerasse o pleito da candidata, estar-se-ia prestigiando-a e favorecendo-a em detrimento dos demais candidatos. Apesar de esses critérios não constarem no instrumento convocatório, esse direito decaiu, uma vez que, a recorrente só se insurgiu contra esse tempo quando obteve nota insuficiente. Outrossim, outros requisitos, não só o “tempo na tribuna”, mas “clareza na exposição”, “dotes oratórios” e “conhecimentos jurídicos” compunham a prova de tribuna e levaram à eliminação da

¹ AI 152.676-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 3.11.95.



recorrente do certame. Logo a majoração do tempo de tribuna não a levaria à imediata aprovação para a prova de títulos. Isso posto, a Turma, prosseguindo o julgamento, negou provimento ao RMS por ausência de direito líquido e certo da impetração. Precedentes citados: RMS 15.666-RS, DJ 10/5/2004, e MS 7.953-DF, DJ 17/2/2003.”

(STJ - RMS 18.877-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 3/8/2006).

A Presidência dessa Egrégia Corte, nos autos do pedido de suspensão de liminar nº 21961-43.2009.8.06.0000, assim se manifestou sobre o mesmo caso aqui discutido:

(...) Todavia, ao fazê-lo, o MM Juiz afastou, ainda que provisoriamente, e apenas em relação ao impetrante, a prova objetiva final como critério de avaliação para a aprovação no concurso público sob análise. Como essa decisão não é extensível aos demais candidatos, constata-se clara violação ao princípio da isonomia. É de se considerar que o referido princípio impõe a todos, candidatos e Administração, a observância dos parâmetros estabelecidos no edital, o qual não fora impugnado previamente pelo candidato.

Veja-se, a propósito, trecho de voto do Ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento de recurso extraordinário² em que se analisava o controle jurisdicional dos concursos públicos, *ipsis litteris*:

(...) No caso, esse apego da Administração Pública às normas editalícias, por ela, Administração, publicadas, homenageia a um só tempo o princípio da segurança jurídica – as partes querem estar seguras de que o edital será respeitado –, o princípio da lealdade, lealdade naquele sentido de que a administração pública tem que corresponder às expectativas por ela mesma geradas nos administrados. É o que, na doutrina alemã e na doutrina portuguesa, tem-se chamado de proteção da confiança.

Diante do exposto, digno Desembargador(a) Relator(a), postula o Ente Público o reconhecimento da preclusão de se questionar a regra editalícia que previa a realização de prova objetiva ao final do curso de formação profissional, terceira etapa do concurso público para provimento do cargo de soldado da PMCE (Edital 01/2008).

3.2. Da legalidade da aplicação de exame intelectual eliminatório ao término do Curso de Formação - Regulamentação do certame

² RE nº 434.708-3/RS.



inserida na discricionariedade administrativa. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O juízo *a quo* julgou a ação procedente sob o fundamento da ilegalidade da exigência da prova objetiva de caráter eliminatório no curso de formação profissional. Entendeu a magistrada que o “Estatuto da Polícia Militar, lei na qual o edital deve se amparar, não prevê qualquer prova objetiva a ser realizada durante o curso de formação...”

Data venia, referido argumento não se sustenta. De uma análise mais acurada dos dispositivos regedores do acesso à carreira militar, vislumbra-se, à evidência, a legalidade do exame intelectual.

O Estatuto dos Militares Estaduais do Ceará (Lei 13.729/2006) estabelece, em seu artigo 10, quais os requisitos essenciais ao ingresso nas corporações militares estaduais (polícia e bombeiros), senão vejamos:

Art.10. O ingresso na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros Militar do Ceará dar-se-á para o preenchimento de cargos vagos, mediante prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, promovido pela Secretaria da Administração do Estado, na forma que dispuser o Edital do concurso, atendidos os seguintes requisitos essenciais e cumulativos, além dos previstos no edital:

...

XIII - ter obtido aprovação em todas as fases do concurso público, que constará de 3 (três) etapas:

(...)

c) a terceira etapa constará do Curso de Formação Profissional de caráter classificatório e eliminatório, durante o qual serão realizadas a avaliação psicológica, de capacidade física e a investigação social, todos de caráter eliminatório;

§1º O Edital do concurso público estabelecerá os assuntos a serem abordados, as notas e as condições mínimas a serem atingidas para obtenção de aprovação nas diferentes etapas do concurso e, quando for o caso, disciplinará os títulos a serem considerados, os quais terão apenas caráter classificatório.

XIV - atender a outras condições previstas nesta Lei, que tratam de ingresso específico, conforme cada Quadro ou Qualificação.



§1º O Edital do concurso público estabelecerá as notas mínimas das provas do exame intelectual, as performances e condições mínimas a serem alcançadas pelo candidato nos exames médico, biométrico, físico, toxicológico, psicológico e de habilidade específica, sob pena de eliminação no certame, bem como, quando for o caso, disciplinará os títulos a serem considerados, os quais terão caráter classificatório

§2º Somente será aprovado o candidato que atender a todas as exigências de que trata o parágrafo anterior, caso em que figurará entre os classificados e classificáveis.

Verifica-se, facilmente, que o instrumento normativo acima estabelece a possibilidade de serem fixados outros critérios de aprovação no edital regulador do certame.

No caso, o legislador estadual fixou os critérios gerais, imprescindíveis para o acesso ao cargo de soldado da PMCE, ao mesmo passo em que delegou ao regulamento do certame a fixação de outros requisitos, em razão da especificidade da carreira militar.

Nesse íterim, assim dispõe o Edital n.º 01 – PMCE, de 09/06/2008, sobre a estrutura do Curso de Formação Profissional, *in verbis*:

1 DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

1.1 O concurso será regido por este edital e executado pelo Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE/UnB).

1.2 O presente concurso público destina-se a selecionar candidatos, visando o preenchimento de 2.000 (duas mil) vagas no cargo de Soldado da PMCE, sendo 1.900 candidatos do sexo masculino e 100 candidatos do sexo feminino, consoante a Lei n.º 13.767/2006, que trata da fixação de efetivo da Polícia Militar do Ceará.

1.3 O concurso público será constituído de três etapas.

1.3.1 A primeira etapa constará do exame intelectual, aferido por meio de aplicação de prova objetiva, de caráter eliminatório e classificatório, a ser realizada pelo CESPE/UnB, cujos objetos de avaliação constam no anexo único, parte integrante deste edital.

1.3.2 A segunda etapa constará de inspeção de saúde, que compreenderá exames médico-odontológico, biométrico e



toxicológico, de caráter unicamente eliminatório, a ser realizada pelo CESPE/UnB;

1.3.3 A terceira etapa constará de Curso de Formação Profissional, sob responsabilidade do CESPE/UnB, de caráter eliminatório e classificatório, durante o qual serão realizadas:

a) prova de capacidade física, de caráter eliminatório, a ser realizada pelo CESPE/UnB;

b) avaliação psicológica, de caráter eliminatório, a ser realizada pelo CESPE/UnB;

c) investigação social, de caráter eliminatório, a ser realizada pela Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social;

d) prova objetiva, de caráter eliminatório e classificatório, a ser realizada pelo CESPE/UnB.

(...)

11.6 O processo de avaliação do curso se dará por meio de prova objetiva, após a conclusão dos três módulos – de Ensino Fundamental, Ensino Profissional e Atividades –, contendo 80 (oitenta) itens, no qual se medirá o conhecimento adquirido pelo aluno ao longo do Curso de Formação Profissional.

11.7 Será considerado reprovado o candidato que:

a) deixar de efetuar a matrícula no Curso de Formação Profissional, dele se afastar por qualquer motivo, não frequentar no mínimo 85% das horas de atividades e(ou) não satisfizer os demais requisitos legais, regulamentares e(ou) regimentais; e

b) for considerado inapto na prova de capacidade física ou inapto na avaliação psicológica, observados os subitens 11.2.4.1 e 11.2.4.2, ou, ainda, contra-indicado na investigação social;

c) obtiver nota final na prova objetiva do Curso de Formação Profissional inferior a 70% dos pontos possíveis.

A Presidência desse Tribunal, em outro caso (processo nº 27269-60.2009.8.06.0000), idêntico ao aqui discutido, deferiu pedido de suspensão de liminar, assim se manifestando sobre a suposta ilegalidade da prova objetiva:

Assim, considero que, em princípio, a norma mencionada, ao elencar as avaliações psicológicas, de capacidade física e de investigação social como sendo realizadas durante a terceira



fase do certame, não pretendeu excluir da Administração a possibilidade de estabelecer outros critérios de avaliação a serem realizados também durante a fase em alusão, tendo somente tido o intuito de firmar que os exames contemplados na lei seriam realizados no decorrer dessa terceira etapa e não mais como fases autônomas do processo seletivo; em tempo, o §1º do pre-citado dispositivo afirma que o edital do certame “estabelecerá os assuntos a serem abordados, as notas e as condições mínimas a serem atingidas para obtenção de aprovação nas diferentes fases do concurso”, demonstrando, uma vez mais, a discricionariedade da Administração em formular critérios de aprovação, preservando a isonomia dos candidatos.

No mesmo sentido, o entendimento do Desembargador Lincoln Tavares Dantas, no julgamento do agravo de instrumento nº 18195-79.2009.8.06.0000, *ipsis litteris*:

Entender, por isso, como o fez a decisão vergastada, que houve ofensa ao princípio da legalidade, exigindo o ato convocatório o atingimento de nota mínima em prova ministrada ao final do curso de formação, para fins de aferir a absorção dos ensinamentos considerados imprescindíveis para os novos componentes da Polícia Militar, só é possível diante de uma interpretação restritiva da Lei Estadual nº 13.729/2006, que regulamenta as diversas fases que devem compor o edital, deixando de considerar o princípio da razoabilidade, bem como o princípio da isonomia, em relação aos demais concorrentes que se submeteram às mesmas regras de um edital publicado em junho de 2008 e, até então, não impugnado.

Em face do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, mostra-se, portanto, insustentável o *decisum a quo*, já que o edital expressamente prevê a realização do teste, atribuindo-o caráter eliminatório. Nesse sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA O GABARITO DEFINITIVO DA PROVA OBJETIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL. LEGALIDADE DO ATO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O edital é a lei do concurso, de modo que a inscrição no certame implica concordância com as regras nele contidas, que não podem ser dispensadas pelas partes. Precedente do STJ.



2. Hipótese em que o edital do concurso para o cargo de Gestor de Atividades Culturais do Estado de Mato Grosso do Sul previa a possibilidade de interposição de recurso apenas contra o gabarito provisório da prova objetiva, pelo que não é ilegal o ato que não conhece de recurso interposto contra o gabarito definitivo.

3. Recurso ordinário improvido.

(RMS 23.491/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 19/05/2008) (destacamos).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PORTEIRO DOS AUDITÓRIOS. PROVA DE DIGITAÇÃO. CARÁTER ELIMINATÓRIO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO NO EDITAL. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO. AUTONOMIA DA BANCA EXAMINADORA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

1. O edital é a lei do concurso, de modo que a inscrição no certame implica concordância com as regras nele contidas, que não podem ser dispensadas pelas partes. Assim, não há falar em inconstitucionalidade da atribuição de caráter eliminatório à prova de digitação no concurso em tela, já que expressamente previsto no edital. 2. (...) 3. Recurso ordinário improvido. (RMS 19043 / GO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 2004/0140149-6. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128). T5 - QUINTA TURMA 07/11/2006. DJ 27.11.2006, p. 291).

Tal previsão editalícia decorre do exercício de atribuição inerente ao Poder Executivo, sendo-lhe permitido estabelecer no edital os critérios de avaliação que, em seu exame discricionário, entender convenientes e adequados para atender às suas necessidades, não cabendo ao Poder Judiciário imiscuir-se em suas funções, sob pena de patente malferimento ao magno princípio da separação de poderes (art. 2.º da Constituição da República).

Em hipóteses similares assim vem lecionado nossa jurisprudência, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO DE INGRESSO E REMOÇÃO. SERVIÇO NOTARIAL E DE REGISTRO. REAVALIAÇÃO DE PONTUAÇÃO CONCEDIDA À PROVA DE TÍTULOS. INTERFERÊNCIA EM CRITÉRIO DE CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. I - A reavaliação, pelo Judiciário, da titulação apresentada pela recorrente importaria, na hipótese, em indevida substituição da banca examinadora e, em consequência, em quebra da



isonomia, na medida em que, presume-se, os mesmos critérios adotados para a avaliação dos títulos em relação a ora recorrente foram os utilizados relativamente a todos os outros candidatos. II - Segundo bem relevou o Parquet Federal: Não cabe ao Poder Judiciário alterar a decisão da Comissão Permanente do Concurso, realizada de acordo com o edital. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a competência do Poder Judiciário limita-se ao exame do princípio da vinculação ao edital. III - Precedentes citados: RMS 18560/RS, Primeira Turma, DJ de 30.04.2007; RMS 23118/ES, Segunda Turma, DJ de 26.03.2007. IV - Recurso ordinário conhecido, porém improvido. (STJ – 1ª Turma - RMS 22438 / RS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0169843-8 – Relator (a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) - Data do Julgamento: 04/10/2007 - Data da Publicação/Fonte: DJ 25/10/2007 p. 124).

3.3. Da razoabilidade da aplicação de exame intelectual eliminatório ao término do Curso de Formação

Conclui-se que, além de legal e prevista no edital, a realização de prova objetiva, classificatória e eliminatória, ao final do Curso de Formação é plenamente razoável para que se verifique a absorção pelos candidatos de conhecimentos técnicos relativos às funções a serem exercidas quando do ingresso na carreira militar. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes oriundos do Superior Tribunal de Justiça, aplicáveis, *mutatis mutandis*, ao caso em tablado:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. PROMOÇÃO. PROCESSO SELETIVO. EXAME DE APTIDÃO FÍSICA. PROVA DE NATAÇÃO. PREVISÃO EDITALÍCIA. RAZOABILIDADE E LEGALIDADE.

I - Não é de se exigir do concurso interno para promoção na carreira as mesmas regras do concurso público, podendo a lei reservar ao administrador a tarefa de estabelecer os requisitos e procedimentos de processo seletivo de promoção de servidores públicos, desde que guardem pertinência com as exigências do cargo.

II - A previsão editalícia de prova de natação em processo seletivo de promoção na carreira de policial militar é perfeitamente compatível com as atribuições do cargo, tendo em vista o bom preparo físico que se exige do militar para o enfrentamento de eventuais e inesperadas situações de grande esforço físico.

Recurso ordinário desprovido.



(RMS 22.417/RR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 13/08/2007 p. 390) (destacamos).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO. EMPRESA PÚBLICA. EXIGÊNCIA MÍNIMA DE CINCO ANOS DE EXPERIÊNCIA, CONTIDA NO EDITAL DO CERTAME. LEGALIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Recurso especial contra acórdão segundo o qual: a) “encontre-se prevista, expressamente, no Edital do Concurso, a exigência de, no mínimo, cinco anos de experiência profissional como requisito para que o candidato seja convocado para admissão, além da habilitação em provas objetivas e de conhecimento”; b) “No caso dos autos, mesmo antes das provas escritas, o candidato já tinha conhecimento de que haveria de satisfazer todas as exigências do Edital, para que fosse considerado aprovado e viesse a ser convocado”; c) “inexiste comprovação de malferimento ao princípio da igualdade, não havendo indícios de discriminação, privilégios, distinção de tratamento ou arbitrariedades nos itens e subitens do Edital, casos que ensejariam a interferência do Judiciário”.

2. Inexiste previsão legal que impeça se estabelecer, quando da realização de concurso com vistas à seleção de candidatos capacitados ao preenchimento de vaga oferecida, determinados requisitos compatíveis com a natureza e complexidade das atividades inerentes ao cargo a ser ocupado. Definir o perfil do candidato para ingresso em quadro funcional, de acordo com as atividades que serão exercidas pelo profissional, constitui prática rotineira adotada por qualquer pessoa jurídica que vá realizar uma contratação nos moldes da legislação trabalhista.

3. É absolutamente razoável estabelecer-se um prazo mínimo de experiência no exercício das atividades a serem desenvolvidas pelo candidato aprovado, conquanto que não se fixem critérios relativos a aspectos pessoais que dificultem o acesso ao emprego público, como discriminação de condições estritamente pessoais como raça, cor, credo religioso ou político. O empregador tem o direito de estipular condições e requisitos que entender necessários, por se referirem diretamente à natureza e à complexidade das atividades inerentes ao cargo.

4. Ocorrência de previsão expressa no edital do concurso acerca da exigência de, no mínimo, cinco anos de experiência



profissional para que o candidato seja convocado para admissão, além da habilitação em provas objetivas e de conhecimento.

5. “A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, tendo, ainda, o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes para melhor atendimento do interesse público” (Hely Lopes Meirelles, in “Direito Administrativo Brasileiro”, 12ª ed, págs. 369/370).

6. Precedentes desta Corte Superior.

7. Recurso não-provido.

(REsp 801.982/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 14/06/2007 p. 259) (destacamos).

Por outro lado, seria um verdadeiro contrasenso que só tivesse caráter eliminatório a prova objetiva aplicada na etapa preambular, eis que as disciplinas e os conhecimentos cobrados nas duas avaliações (1ª e 3ª fase - Curso de Formação) são díspares.

É que o Curso de Formação de Soldados caracteriza-se como verdadeira fase do concurso, sujeitando o candidato a avaliações e, em caso de reprovação, exclusão da triagem, com a decretação do candidato como inapto para a carreira de policial-militar.

Não é demais repetir que durante o mencionado curso foram ministradas aulas sobre diversos temas inerentes à atividade policial. O Estado do Ceará, ao prover tais cargos, necessita de candidatos devidamente habilitados, aptos a exercerem com eficiência e probidade a relevante função de soldado da polícia militar.

No azo, os apelados não atingiram o índice mínimo de 70% (setenta por cento) previsto no edital e que os habilitariam a participar da solenidade de formatura, com subsequente nomeação e posse no cargo de Soldado PM.

Percebe-se, assim, que os demandantes não demonstraram possuir o conhecimento mínimo das matérias lecionadas na terceira fase do certame, o que indica inaptidão para o exercício do cargo almejado.

Em outro aspecto, o juízo *a quo* entendeu imprestável o critério utilizado para a nota final da referida prova objetiva. Segundo a magistrada, a nota mínima deveria ser de 5 (cinco) pontos, e



não os 70% (setenta por cento) previstos no edital, já que, no seu entendimento, o curso de formação era regido pelo Decreto nº 17.710, de 07 de janeiro de 1986, alterado pelo Decreto nº 21.392, de 31 de maio de 1991.

Sucedo que o dispositivo citado na decisão refere-se ao Oficial-Aluno, ou seja, ao candidato que já faz parte da corporação militar, e pretende fazer o curso para fins de promoção na carreira. Basta uma singela leitura das normas transcritas para se observar o equívoco da sentença nessa parte.

3.4. Ofensa ao princípio da isonomia

No âmbito do concurso público, a máxima da isonomia se concretiza com a possibilidade de todos os candidatos concorrerem em paridade de condições, e ainda face à generalidade das normas editalícias, às quais todos devem se submeter.

Ora, a decisão impugnada acabou por equiparar desiguais sem atentar para as diversidades de suas situações fáticas, quais sejam, a reprovação dos recorridos e a aprovação dos demais concorrentes, constituindo em mácula àquele princípio.

Tal situação é, sem dúvida, absurda, eis que os demandantes estariam sendo injustamente beneficiados em detrimento de outros candidatos que atenderam regularmente às obrigações editalícias.

Assim, a manutenção da sentença vergastada – não obstante a reprovação dos apelados na avaliação objetiva do Curso de Formação - violaria profundamente o princípio da isonomia.

4. REQUERIMENTO

Assim, à luz das razões de fato e de direito que alhures foram expostas, requer o Estado do Ceará que este Tribunal reconheça a preclusão de se questionar a norma editalícia que prevê avaliação objetiva ao fim do curso de formação. Assim não entendendo, no mérito, a reforma da sentença, em sua totalidade, por ser da mais lídima justiça.

Fortaleza, 10 de maio de 2010.

Daniel Feitosa de Menezes
Procurador do Estado

1



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR

Processo nº: 26325-89.2008.8.06.0001 (Apelação Cível)

Apelante: ESTADO DO CEARÁ

Apelado: RAIMUNDO OSMAR BORGES DE ALBUQUERQUE
E OUTROS

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte” (Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal).

O ESTADO DO CEARÁ, pessoa jurídica de Direito Público interno, devidamente qualificado nos autos em epígrafe, vem, com o costumeiro respeito e acatamento, à insigne presença de V. Exa., por intermédio de seu Procurador ao final subscrito, opor *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO* em face do ACÓRDÃO que negou provimento ao recurso apelatório estatal, com fulcro no art. 535, inciso II do CPC, pelos fatos e fundamentos abaixo expendidos:

DOS FATOS

Os autores, ora apelados, ajuizaram ação ordinária com pedido de tutela antecipada contra o Estado do Ceará, objetivando a participação na 5ª fase do concurso público para provimento de cargo de Delegado de Polícia Civil de 1ª classe do Estado do Ceará (Curso de Formação), sob o argumento de que o edital nº 46/2008, que convocou 249 (duzentos e quarenta e nove) candidatos para o mencionado curso de formação, incluiu concorrentes que lograram prosseguir no certame através de medidas judiciais, o que acarretou, supostamente, a exclusão dos promoventes, ora recorridos, aprovados em todas as etapas.

A ação foi julgada procedente em primeira instância, não obstante o magistrado *a quo* haver reconhecido em sua decisão que a Administração Pública agiu nos estritos termos legais, cumprindo-nos transcrever alguns trechos do decisório:



A atuação administrativa do requerido na condução do concurso público regulado pelo Edital nº 14/2006, em linha de princípio, não padece de nenhum vício de ilegalidade que reclame correção judicial.

Nesse diapasão, forçoso é reconhecer que os regramentos do concurso público para provimento dos 83 (oitenta e três) cargos de Delegado de Polícia Civil do Estado do Ceará são os contidos no Edital nº 14/2006, o qual estabelece a formação de um cadastro ou banco de reserva de aprovados para participar da 5ª e última etapa do certame, no caso o curso de formação e treinamento profissional, correspondente ao triplo do número de vagas originariamente oferecidas, ou seja, além dos 83 (oitenta e três) primeiros aprovados, os 166 (cento e sessenta e seis) subsequentes, segundo a rigorosa observância da ordem de classificação, considerando automaticamente eliminados do certame os demais candidatos, não se vislumbrando no retro-aludido comando editalício, em linha de princípio e dentro da normalidade de candidatos aprovados, convocados e efetivamente matriculados no curso de formação e treinamento, nenhuma ilegalidade que reclame correção judicial (fl. 384).

E arremata, para frustrar a causa de pedir autoral, a inexistência de ilegalidade na convocação dos candidatos aprovados para o curso de formação profissional, quinta etapa do certame, senão vejamos:

Tal regra foi rigorosamente observada e aplicada pelo requerido, sendo inobservada em caráter excepcional, repise-se, por imposição decorrente da atuação do Estado Juiz, no exercício regular da sua atividade jurisdicional típica e exclusiva, em relação aos candidatos aprovados e convocados na condição de “sub júdices”, e não do Estado Administração, restando intacto os princípios constitucionais da legalidade e da repartição de Poderes ou atribuições... (fls. 384/385).

(...)

Os candidatos “sub júdices” têm direito de serem inseridos na lista de classificação geral, enquanto perdurarem os efeitos da medida liminar ou tutela antecipada concedidas eventualmente em favor dos mesmos, por se cuidar de atuação jurisdicional típica, legítima e exclusiva do Estado Juiz, no exercício regular do seu mister constitucional, não representando essa atuação do requerido nenhuma ofensa ao direito perseguido pelos demandantes, até porque foge a mesma do seu inteiro controle,



já que o máximo que pode fazer é recorrer das decisões e aguardar o desfecho final dos respectivos processos.

Ademais, o direito perseguido pelos autores inexistente, quando analisado somente sob a vertente da qualidade de sub júdices dos 14 (quatorze) candidatos participantes, uma vez que estes, repise-se, tiveram assegurado o direito de continuarem no certame através da atuação típica e exclusiva do Estado Juiz, que até o desfecho final do processo se reveste do condão de garantir aos mesmos o direito de continuar participando do concurso em igualdade de condições com os demais candidatos não sub júdices (sic) ... (fl. 387).

Entendeu o juiz sentenciante, porém, que existiriam 49 (quarenta e nove) vagas ociosas para matrícula no curso de formação, o que autorizaria, afastando as regras editalícias, as quais apenas reproduzem literalmente os dispositivos constantes da Lei nº 12.124/93 (Art. 16, §1º), a convocação de candidatos classificados depois da 249ª posição, caso dos demandantes, ora embargados. Declarou, ao final, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do item 186 do edital nº 14/2006, o qual estabelece a eliminação dos candidatos aprovados após aquela classificação.

O Estado do Ceará interpôs recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que a jurisprudência pátria é uníssona em reconhecer a discricionariedade da Administração Pública na definição dos critérios utilizados para se alcançar o perfil em determinado concurso, além de que os candidatos classificados na primeira etapa do certame teriam, somente, expectativa de direito à convocação para as demais fases.

Demonstrou-se, à saciedade, que os autores, ora recorridos, não haviam atingido pontuação suficiente para se colocarem no grupo dos 249 (duzentos e quarenta e nove) melhores candidatos. Pugnou-se o respeito à lei, e ao edital do concurso, cujas regras vinculam os concorrentes e o Poder Público.

Essa Egrégia Corte, no entanto, em acórdão de lavra do culto Desembargador relator, ratificou a sentença em sua análise meritória, confirmando a declaração de inconstitucionalidade do item 186 do edital nº 14/2006, conforme se observa dos seguintes trechos do voto:

Indigno de reproche o decreto judicial vergastado no que tange à sua apreciação meritória, mormente quanto à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do item 186 do edital nº 14/2006 (fl. 634).



(...)

Com fundamento no que acima exposto (...) andou bem o magistrado de piso ao declarar a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do item 186 do edital (fl. 636).

Assim decidindo, esse Juízo se olvidou de adotar, no caso, a regra do *full bench*, ou seja, da cláusula de reserva de plenário, a qual estabelece que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, sob pena de nulidade da decisão (Art. 97 da Constituição da República).

Implicou, também, na desconsideração do procedimento estabelecido no Código de Processo Civil, precisamente nos artigos 480, 481 e parágrafo único e 482.

Nesse sentido, é de se reconhecer a referida **omissão**, corrigindo-a através do presente recurso.

DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Este recurso é baseado no fato de que existe na douta decisão judicial ponto que merece melhor esclarecimento.

Com efeito, este instituto, elevado à categoria de recurso pelo Código Buzaid, tem por escopo aclarar quaisquer questões obscuras, contraditórias ou omissas do acórdão.

Nesse ponto, vale lembrar o que disse o Ministro Marco Aurélio sobre a função precípua dos embargos de declaração, integralmente:

EMBARGOS DECLARATORIOS - APERFEICOAMENTO DO ACÓRDÃO - OPTICA FLEXIVEL. Os embargos declaratórios não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com o espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR - ATUALIZAÇÃO - NORMATIVIDADE. A atualização do crédito de natureza alimentar a que o Estado esteja obrigado a satisfazer prescinde de norma local. Decorre do regime e dos princípios constantes da Carta Política da Republica¹ (destacamos).

1 AI 163047 AgR-ED / PR – PARANA.



No caso, pretende-se, através desse recurso, que seja suprida a omissão quanto à aplicação do referido artigo 97 da Carta Magna e dos artigos 480, 481 e parágrafo único e 482 do Código de Processo Civil, o que é plenamente permitido pela jurisprudência, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO. PIS. COFINS. ARTIGOS 3º E 4º DA LC 118/2005. AUSÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DO ART. 97 DA CF. SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO STF. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CARACTERIZADA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando a decisão padece de omissão, contradição ou obscuridade, consoante dispõe o art. 535 do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.
2. Caso em que o Tribunal de origem adotou entendimento jurisprudencial que afasta a aplicação do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/05, sem, contudo, reconhecer a sua inconstitucionalidade o que, segundo a recorrente, afrontaria o entendimento consolidado na Súmula Vinculante n. 10/STF.
3. A Fazenda Nacional opôs embargos de declaração para suscitar que o acórdão declarou a inconstitucionalidade sem observância do artigo 481 do CPC; todavia, os aclaratórios foram rejeitados.
4. Em sede de recurso especial, a Fazenda Nacional sustenta a contrariedade ao artigo 535 do CPC, haja vista que o Tribunal de origem não teria se manifestado quanto à declaração de inconstitucionalidade, deixando assim de observar o rito previsto nos artigos 481 e 482 do CPC.
5. Este Tribunal Superior perfilha orientação de que, a despeito da cláusula de reserva de plenário ter sede constitucional (artigo 97 da Constituição Federal), a eventual apreciação da negativa de vigência aos artigos 480 e 482 do CPC deve ser apreciada em recurso especial. Precedente: AgRg no REsp 899302/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/9/2009, DJe 8/10/2009; e REsp 619.860/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 3/5/2007, DJ 17/5/2007.
6. Recurso provido para anular o acórdão recorrido e determinar novo julgamento dos embargos de declaração, a fim de que o Tribunal de origem se manifeste notadamente quanto à incidência dos artigos 480 e 482 do CPC.



Veja-se, a propósito, o que diz a doutrina, *ipsis litteris*:

Reconhecida, pelo tribunal, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público sem a obediência à cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal, cabe a interposição de recurso extraordinário, no qual se deve alegar como violado tal dispositivo constitucional. Antes, porém, se faz necessária a oposição de embargos de declaração, destinados a suprir a omissão quanto à aplicação do referido art. 97².

Indene de dúvidas, portanto, o cabimento do presente recurso.

DAS RAZÕES RECURSAIS
DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER
PÚBLICO. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO
À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

Conforme anteriormente mencionado, essa Corte, através de acórdão exarado pela Egrégia Segunda Câmara Cível, confirmou a sentença do Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública, para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do item 186 do edital nº 14/2006, o qual dispõe a ELIMINAÇÃO DOS CANDIDATOS CUJO SOMATÓRIO DAS NOTAS OS POSICIONE ALÉM DAS 249 (DUZENTAS E QUARENTA E NOVE) VAGAS DISPONÍVEIS PARA O CURSO DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL, QUINTA ETAPA DO CONCURSO EM QUESTÃO.

Referido dispositivo tem base nas disposições contidas na Lei nº 12.124/93 (Estatuto da Polícia Civil do Estado do Ceará), especificamente no artigo 16, §1º, *ipsis litteris*:

Art. 16 – O Curso de Formação e Treinamento Profissional, 5a Fase do Concurso, tem natureza eliminatória e classificatória, sendo eliminado o candidato que obtiver, em qualquer disciplina, média inferior a 5.0 (cinco).

§ 1º - Somente serão considerados aprovados para a 5a Fase do Concurso, candidatos em número não excedentes ao triplo do número de vagas ofertadas no Edital do Concurso, ressalvados os casos de empate na última colocação do limite fixado.

² Fredie Didier Jr., em Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 7ª ed., pg. 569.



Assim, como a lei acima, e o edital do certame, estabelecem, expressamente, a reprovação dos candidatos classificados além daquele quantitativo (249), e tendo sido referida regra afastada em sede de juízo de controle de constitucionalidade difuso por essa Câmara, evidente a inobservância à cláusula de reserva de plenário, o que impõe a anulação do acórdão e a submissão ao rito previsto na Lei Adjetiva Civil. Colaciona-se, nesse diapasão, os precedentes oriundos da Suprema Corte:

Aplicação direta de norma constitucional que implique juízo de descon sideração de preceito infraconstitucional só pode dar-se com observância da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República” (RE 463.278-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-8-2007, Segunda Turma, DJ de 14-9-2007).

Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): viola o dispositivo constitucional o acórdão proferido por órgão fracionário, que declara a inconstitucionalidade de lei, ainda que parcial, sem que haja declaração anterior proferida por órgão especial ou plenário.” (RE 544.246, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-5-2007, Primeira Turma, DJ de 8-6-2007.) No mesmo sentido: RE 486.168-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23-9-2008, Primeira Turma, DJE de 27-2-2009.

Reconhecida a violação do art. 97 da Constituição, anulado o acórdão e determinado novo julgamento, com observância da reserva de Plenário, compete ao STJ dar o encaminhamento processual que entender adequado ao caso. Se, supervenientemente, o STJ firmou precedente sobre a matéria, observando o quanto disposto no art. 97 da Constituição, poderá ele aplicá-lo por seus órgãos fracionários, se a legislação assim o permitir no caso concreto (RE 516.814-ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 14-9-2010, Segunda Turma, DJE de 8-10-2010).

Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição (RE 432.597-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-12-2004, Primeira Turma, DJ de 18-2-2005.) (destacamos) No mesmo sentido: Rcl 7.322, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 23-



6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010; RE 379.573-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 6-12-2005, Primeira Turma, DJ de 10-2-2006; AI 521.797-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 5-9-2006, Primeira Turma, DJ de 29-9-2006.

Ainda que se argumente que não houve menção expressa, na declaração de inconstitucionalidade, à legislação que rege a carreira de policial civil, o Supremo Tribunal Federal dissipou qualquer dúvida ao editar a súmula vinculante nº 10, a qual estabelece que viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.

Patente, no caso, o afastamento, por inconstitucionalidade, da regra legal que prevê a aprovação e convocação de apenas 249 (duzentos e quarenta e nove) candidatos ao curso de formação profissional e treinamento, quinta etapa do concurso público para provimento do cargo de Delegado de Polícia Civil do Estado do Ceará.

DO PEDIDO

DIANTE DO EXPOSTO, requer-se que este respeitável Juízo aprecie as considerações do Estado do Ceará, suprindo o vício acima apontado, com a conseqüente procedência dos presentes embargos declaratórios, para anular o acórdão embargado, submetendo a questão ao rito do artigo 480 e seguintes do Código de Processo Civil.

Nestes termos;
Pede deferimento.

Fortaleza, 13 de maio de 2011.

Daniel Feitosa de Menezes
Procurador do Estado

**EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**

**RECURSO ESPECIAL NA APELAÇÃO CÍVEL
0036651-16.2005.8.06.0001, DA CAPITAL**

O ESTADO DO CEARÁ, aqui por seu Procurador, e
respeitosamente, vem responder ao Recurso Especial impetrado por
JOSÉ VIRGÍLIO DE JESUS MARTINS, nos termos da anexa petição
de razões, dirigidas à instância recursal, as quais, também, pede que
servam para fundamentar a negativa de admissibilidade do recurso.

P. deferimento

Fortaleza, 29 de abril de 2013

José Emmanuel Sampaio de Melo
Procurador do Estado
OAB/CE 5.210



RESPOSTA A RECURSO ESPECIAL, PELO ESTADO DO CEARÁ

Senhor(a) Ministro(a) Relator(a),

Senhores Ministros integrantes do Colegiado competente:

O Recurso Especial posto não reúne condições de admissibilidade e conhecimento, muito menos de ser provido.

A ação originária tratou-se de ordinária, em que o recorrente pedia a exclusão de corresponsabilidade, em uma execução fiscal. Com o mérito já resolvido, tem-se este recurso como meio de rediscussão quanto à condenação em verba honorária.

1. FATOS/MÉRITO

É conveniente começar resumindo o que aconteceu nos autos, em relação a honorários advocatícios:

a) a ação ordinária foi julgada improcedente em primeira instância, e o autor, ora embargante, foi condenado a pagar honorários de 0,5% sobre o valor da causa, R\$ 18.126.883,94 (sentença, fls. 213/239 – numeração dos autos físicos, como as sequentes, salvo menção em contrário), mais pena por litigância de má fé no valor de R\$ 10.000,000;

b) julgando a apelação, a 2ª Câmara Cível do TJ/CE cassou a sentença, e devolveu à primeira instância os autos, para que neles houvesse instrução (fls. 384/390);

c) o ora recorrente, então apelante, embargou de declaração o acórdão na apelação; no julgamento dos EDCL, houve a aplicação de efeito modificativo à anterior decisão, tendo sido provida a apelação do embargante, para julgar a ação procedente. Ato contínuo, inverteu-se o ônus sucumbencial quanto à verba alimentar (antes imposto a favor da Fazenda Pública, claro), condenando-se a Fazenda Pública no montante de R\$ 2.000,00 (fls. 420/430).

A decisão nos EDCL foi novamente embargada de declaração pelo ora recorrente (fls. 432/442); desta vez, a pretensão era de que *prevalecesse a condenação em honorários nos moldes da sentença monocrática, esta que depois substituída pela nova decisão no acórdão.*



Explica o que se quer dizer o item QUINTO, dos ditos EDCL (fls. 438), repetido neste recurso: o recorrente, então embargante, entendeu que os honorários foram “reduzidos” de R\$ 90.634,42, que corresponderiam a 0,5% do valor da causa, a condenação da sentença, para R\$ 2.000,00, a condenação no acórdão que substituiu a sentença. E sustenta que esse valor, o de R\$ 90.634,42, não foi objeto de apelação, por isso, não poderia ter sido mudado. Por mais que se leia a peça, não se chega a conclusão diferente.

Mas os embargos, na verdade, queriam mesmo era reviver a matéria de fixação de honorários, para rediscutir o acórdão. O acórdão que os julgou obviamente os indeferiu, dizendo quase que o óbvio: não se pode inverter condenação em verba honorário, obrigando agora à Fazenda Pública, sem que a fixação seja feita nos moldes legalmente postos para quando esta sucumbe – os quais, sabe-se, não são os mesmos aplicáveis quando a Fazenda Pública vence, e o particular sucumbe (como ocorrera na sentença monocrática).

Desafia-se a decisão neste recurso, então, com volteios diversos, nenhum hábil a contornar um princípio comezinho de processo: *o acórdão que desconstituiu a sentença a esta substituiu, e o fez integralmente. O que improcedente, virou procedente. A condenação em sucumbência a favor do Estado, virou imposição do ônus em desfavor do Estado.* E este é o que foi imposto na última decisão, sem possibilidade de uma decisão mista, em que a parte pretenda fazer valer a parte que lhe interessa, e despreze a que não lhe foi favorável.

Pretende o recorrente, então, obter o melhor dos mundos, o bônus sem o ônus. A sentença não servia, tanto que apelou, mas a condenação em honorários da mesma sentença, servia (?).

E não adianta dizer que apelou, pedindo a inversão da condenação, sem se insurgir contra o valor em si: se a imposição de verba honorária independe até de pedido explícito, sua aplicação só se dá *secundum legem*. E o acórdão recorrido assim o fez, ao aplicar sobre o fato a regra do art. 20, § 4º, do CPC.

O cerne deste recurso, então, vem do fato de que, na apelação, o recorrente pediu a inversão da sucumbência, e o TJ a ter fixado de forma diferente da mera mudança de sinais. *Precisa ser dito, porém, que inverter a sucumbência não quer dizer pegá-la como consta da sentença, e, da mesma forma e no mesmo tamanho, colocá-la em favor da parte adversa.*



Inverter a sucumbência é fazer com que a parte antes vencedora, agora vencida, venha a arcar com o ônus de ter perdido a demanda, em grau de recurso. Ao julgar este, porém, isto não tira do Juízo Colegiado nem a obrigação de fazê-lo na forma da lei, considerando que as normas têm destinatários certos, nem muito menos a prerrogativa de rever tudo o que foi suscitado em primeira instância, mesmo que não tenha sido discutido na sentença.

Ao fixar os honorários na sentença, o juiz impôs o seu pagamento ao sucumbente na primeira instância, o particular, e não ao Estado. Assim, ao julgar os embargos, que ao final serviram para prover a apelação, não poderia o TJ/CE valer-se senão da regra do art. 20, parágrafo 4º do CPC, a aplicável quando há condenação da Fazenda Pública. E, para fazê-lo, não estava preso à condenação anterior. Não é o pedido do recorrente, no sentido de meramente ser invertida a sucumbência, que baliza o julgamento da apelação, nem materialmente, quanto ao valor, nem formalmente, pois cada regra tem um destinatário diferente.

A pretensão de que uma verba fixada em percentual, na condenação do particular, simplesmente seja aproveitada como fruto de apreciação por equidade, quando da reforma da sentença para condenar o ente público, é inteiramente despropositada. *Inverter* a condenação em honorários é trocar a parte que foi condenada. *Manter* os mesmos valores só seria cabível se as partes que litigavam estivessem em igual patamar constitutivo, de forma que a norma permitindo a condenação de uma fosse a mesma que ensejasse a condenação da outra. Definitivamente, não é o caso.

Independentemente do valor, a condenação em honorário, quando vencida a Fazenda Pública deriva de apreciação específica, na decisão que a impôs. Basta que seja fundamentada, e o acórdão trouxe o fundamento.

Que este Especial não tem base fática, nem jurídica, já se mostrou. Agora, vai-se à impugnação individual tanto das normas – erradamente – apontadas como malferidas, quanto das inexistentes dissensões jurisprudenciais. A ordem segue àquela posta nas razões recursais.



2. DA INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE ÀS NORMAS DE DIREITO FEDERAL

Logo de início, não custa lembrar: declaratórios não são questionários. A decisão que defere ou indefere dada pretensão não precisa se deter em todos os pontos eventualmente suscitados, se um ou alguns deles servirem para fundamentá-la. Foi o caso. Ver-se-á.

ART. 128, CPC

A matéria não foi objeto de discussão no aresto recorrido, mesmo integrado pelas decisões em dois declaratórios, faltando-lhe o requisito do prequestionamento.

Por eventualidade, diz-se não prosperar o argumentos do recurso, pois inversão da condenação em verba honorária não diz senão com a troca da parte que foi condenada. Nada obriga a que o acórdão no recurso repita os valores da primeira condenação, muito menos quando as normas que recaírem sobre os fatos sejam diversas, com destinatários diferentes.

Demais disso, o próprio recorrente admite que pediu na apelação somente a inversão da sucumbência, o que prova não ter se insurgido contra o valor em si, ainda que fosse para argumentar. E, óbvio, não se poderia esperar que o Estado, em favor de quem a verba fora imposta, recorresse da condenação (senão para buscar majoração, o que não fez).

ART. 535, CPC

O recorrido volta à advertência que abriu este tópico 2 das suas razões: não há obrigação de o acórdão virar peça de resposta de questionário. A fundamentação do aresto basta ser suficiente, mesmo que não abrangente. E a do caso, foi.

Nessa ordem de ideias, não há falar em mera superação do requisito formal do prequestionamento, se a matéria não pode ser conhecida, quando esbarra na fundamentação do julgado vergastado em norma diversa. Assim, arguir a violação do art. 535, CPC, constitui-se em mera formalidade processual, a não desafiar maiores considerações.



ART. 460, CPC

Primeira em uma fileira de regras dadas como violadas, a insurgência parte de um pressuposto fundamentalmente enganado: a de que o pedido na apelação teria sido de inversão da condenação em sucumbência, e não a redução do valor. *Mas, já se viu, não houve redução do valor em condenação ao pagamento de verba honorária de dado valor, e sim a inversão da parte que sucumbiu, com a aplicação das normas pertinentes a cada caso.*

Não se há falar em redução nos honorários, também, pois não se reduz o que não se tinha, e o recorrente não tinha honorários fixados em seu favor, quem tinha era o Estado!

Redução haveria se o Estado, já contemplado com honorários de 0,5% sobre o valor da causa, tivesse visto a manutenção da sentença, mas a redução dos honorários para, diga-se, 0,3% sobre o valor da causa (claro que a pedido da parte adversa). Isto sim, seria redução. *Ora, mas o que o acórdão fez foi fixar honorários em favor do apelante, PELA PRIMEIRA VEZ!*

Além do mais, a letra do art. 460 diz com o *pedido* da ação em si, e não com o acessório da condenação em sucumbência, a qual, sendo legal, nem precisaria ser *pedida*, especificamente. Para esta hipótese, existem as regras do art. 20, CPC, as quais o TJ/CE aplicou.

Não há nada de *extra petita*, na hipótese. Aliás, se houvesse redução (mas não houve!), teria havido decisão *citra petita*, a qual não feriria regra nenhuma, sendo própria do convencimento do juiz quanto ao mérito.

ART. 463, I E II, CPC

Com a devida vênia, a menção a ditas normas, antes de incabível, é incompreensível. Ao conhecer dos dois EDCL interpostos pelo recorrente (então apelante), o TJ/CE continuou julgando o mesmo recurso de apelação, tanto que conferiu efeitos infringentes e modificou totalmente a primeira decisão, a qual mantivera a sentença do juízo de piso.

Ao decidir como decidiu o TJ/CE simplesmente valeu-se da faculdade do art. 515, I, CPC. Reviu o mérito, optou por condenar a Fazenda Pública, e, corretamente, a esta impôs a sucumbência como a lei prevê.

Por fim, não consta que depois dos três julgamentos (apelação original, dois EDCL), a instância tenha modificado o julgado.



ARTS. 467 E 468, CPC

Este item traz um erro básico de compreensão do que seria preclusão, e também coisa julgada. Fácil de ver: *simplesmente não havia coisa julgada alguma, que desse direito ao recorrente a receber honorários no percentual do 0,5% do valor da causa. ESTA CONDENAÇÃO HAVIA, MAS EM FAVOR DO ESTADO!*

Ora, o que não se tem não pode constituir direito sujeito a preclusão. O recorrente não tinha nenhuma condenação em sucumbência a seu favor. Recorreu, sim, pedindo a inversão, decorrência natural que já viria se a apelação fosse provida, mesmo sem o requerimento.

Aliás, aproveita-se o raciocínio tortuoso do recorrente para perguntar: (o recorrente) está admitindo que teria havido coisa julgada *só para o valor da condenação*, e não *para a condenação em sucumbência e o valor que a exprimia?* Mas como seria possível – ou pensável! - separar as duas coisas?

A incoerência no pensamento do recorrente já não levaria a que se desse provimento a este recurso. E, *permissa venia*, acaba por ser fulminada pelo maior argumento de que não houve preclusão ou coisa julgada, QUANTO À CONDENAÇÃO EM HONORÁRIA: *ELE APELOU DA SENTENÇA, e, com isso, não deixou haver coisa julgada!*

Quanto à menção ao art. 468, posta-se no mesmo patamar: a sentença que julgou a ação impôs sucumbência ao particular que demandava prestação em face do Estado; quando o acórdão a cassou e a substituiu, inverteu a parte que sucumbiu. Ambas as decisões respeitaram os limites da lide, constituídos na inicial. Não se vê no que teria sido a regra violada.

ARTS. 473, 512 E 515, CPC

Neste ponto o recorrente insiste em que o VALOR da condenação em verba honorária, posto na sentença, teria precluído, por não ter sido objeto de impugnação. Com a mais respeitosa das vênias, os volteios do recorrente já levam a variações sobre o mesmo tema, na tentativa irrita de dar consistência ao que argumento que não no tem. E, infelizmente, empurram o recorrido para a prática indesejável da repetição. Mas será o jeito.

O recorrente teima em entender que o valor da condenação em honorários do particular pode ser desacoplada da imposição em



si, quando a sucumbência é invertida. É como se houvesse uma “portabilidade” de uma quantia, de um lado a outro da relação jurídica, tal como se faz quando se leva um número de telefone de uma operadora para outra. Mas não há!

Mais uma vez: a condenação em honorários não foi reduzida, foi invertida. Apenava o particular, passou a apenar o Estado. A lei manda fixar a primeira de um jeito, e a segunda de outro. Relembrando lições primárias, aprendidas no começo da faculdade, as normas incidem sobre os fatos, e também tem destinatário certo. Os fatos das condenações em tela não foram os mesmos, e nem os destinatários das normas diferentes.

Também não há falar em preclusão, coisa julgada ou quetais, como já viu nesta peça.

Assim, indo às regras dadas como violadas, o art. 473 não o foi, pois a questão dos honorários tanto não estava decidida e preclusa, que foi objeto de apelação do ora recorrente. O art. 512, também não, pois o julgamento da apelação substitui a sentença monocrática em tudo, aplicando o direito tal como deveria. Quanto ao art. 515, e com a devida permissão, não pode deixar o recorrido de dizer que a menção é manca, por se restringir ao **caput** da norma. Teria sido ato de lealdade processual a parte ter mencionado também os §§ 1º e § 2º, que tratam da submissão das questões suscitadas e debatidas, bem assim as que não tenham sido objeto da decisão.

Se a condenação de honorários, que viria com a inversão da sucumbência, foi objeto de pedido específico, nada de errado fez o TJ/CE ao conhecer da matéria, e decidir como a lei manda.

ART. 20, § 4º, CPC

É clara a intenção do recorrente de revolver matéria de prova, ao especular sobre a natureza e o grau de dificuldade do trabalho que seu patrono teria desenvolvido no decorrer da causa, Só por isso, a arguição já merece ser barrada *ab initio*, pelo óbice da Súmula 7 dessa Corte.

Não escapa, ainda, o fato de que a busca é por reapreciação e novo julgamento, ao discutir critérios do juiz que fixou verba honorária quando condenou o particular, e, ainda pior, cotejando-os o comportamento com o do TJ/CE, ao fazê-lo quando inverteu a sucumbência para condenar o Estado. Pretende o recorrente, mais, obter atuação jurisdicional para discutir – e refixar - valores com



base na obrigação de condenar por equidade, posto vencida a Fazenda Pública. E chega a invocar a necessidade de recorrência a critérios de razoabilidade e proporcionalidade (fls. 545, numeração digital), cuja subjetividade nunca dispensaria o reexame do conjunto probatório.

A instância do TJ/CE teve acesso irrestrito aos autos, verificou as evidências, mediu e sopesou as provas, e chegou a um veredito quanto à condenação. A essa C. Corte não é dado revirar os autos para reexaminar provas e circunstâncias. A tanto não se pode chegar, nesta via.

Assim, dos precedentes dessa E. Corte vale referir trecho da decisão no Recurso Especial 1099943/RS, LAURITA VAZ (5ª Turma, j.01/03/2012, DJe 15/03/2012)

(...) 10. Não é possível, na seara do apelo nobre, proceder a reavaliação da apreciação equitativa dos serviços prestados pelos advogados, feita pela Corte de origem, quando da fixação dos honorários advocatícios, bem como do quantum por ela estipulado, por força do comando da Súmula n.º 07/STJ, que também impede a análise da suposta ocorrência de sucumbência recíproca; na medida em que se mostra indispensável o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos.

Essa C. Corte não se constitui em “terceiro grau” de jurisdição, e os Especiais não se prestam a exarar pretensão de novo julgamento da causa. Só por eventualidade, então, prossegue-se.

Será interessante começar até a petição inicial, e ver que o ora recorrente pediu que a ação fosse julgada procedente, *simplesmente para que fosse declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre o ora recorrente e o Fisco, em determinada situação, desobrigando-o de responder como corresponsável de pessoa jurídica devedora, em dado período*. No fim, pediu que o Estado pagasse honorários de 20% sobre o valor da CONDENAÇÃO (art. 20, § 3º, CPC, portanto!). E então deu à causa o valor de R\$ 18.126.883,94.

Para começar, veja-se que a pretensão DECLARATÓRIA não tem repercussão econômica direta. Se condenado, o Estado seria obrigado a retirar o nome do autor, ora recorrente, do rol de devedores do Estado, desistir de execuções fiscais, dar-lhe certidão negativa. E só. Nada mais. Essas obrigações são meramente de fazer – e, aliás, já foram feitas.

Então, a ação foi julgada improcedente. Nesse momento, o juiz singular impôs sucumbência equivalente a 0,5% do valor da causa,



AO AUTOR, ora recorrente. A rigor, a decisão não respeitou a regra do art. 20, § 3º, e, se alguém poderia contra ela reclamar, seria o Estado, em busca de majoração, para ao menos chegar ao percentual mínimo que a dita regra preceitua, 10%.

Deve o recorrente ter ficado satisfeito com o molde da condenação, limitado a 0,5% do valor da causa, pois pediu meramente a inversão, e não a redução. A condenação original correspondia à vigésima parte do mínimo estipulado no art. 20, § 3º. Imposição confortável para quem perde, até pela outra parte não ter recorrido. Não cabe é a parte agora vir, fazer as contas e dizer que a condenação que substituiu àquela contra si, imposta à Fazenda Pública, equivale a tantos por cento do valor da primeira, que foi substituída integralmente por outra, no TJ/CE. Muito menos pedir a aplicação da regra do mesmo art. 20, § 3º, como fez às fls. 546 (numeração dos autos digitais) – ato beirando a alegação de fato torpe em proveito próprio.

Já ficou cansativo, mas é o jeito dizer: quando um particular é condenado em honorários, aplica-se o art. 20, § 3º - como foi feito, embora com restrições; quando a Fazenda Pública é condenada, ainda que em grau de recurso, aplica-se o art. 20, § 4º - como foi feito, corretamente. O valor de um e de outro não é sindicável em sede de Especial.

Colhe-se dos precedentes dessa E. Corte a decisão em Embargos de Declaração no Recurso Especial 1215714/RJ, ARNALDO ESTEVES LIMA (1ª Turma, j. 19/03/2013, DJe 26/03/2013), aplicável *mutatis mutandis*:

(...) 4. O acórdão embargado, ao determinar a inversão da sucumbência e, assim, condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios em quantum superior ao inicialmente estabelecido nas Instâncias Ordinárias não importa em contradição. Isso porque a determinação de inversão da sucumbência apenas significou o reconhecimento de que a União, vencedora nas Instâncias Ordinárias, tornou-se vencida, inexistindo óbice a uma nova fixação de honorários, mormente diante da necessidade de obediência aos critérios impostos pelo art. 20, § 4º, do CPC, quando a parte vencida é a Fazenda Pública.

Foi o que o TJ/CE fez.

No tocante à menção feita à decisão dessa R. Corte no AgRg no AG 1.198.911/SP, pela qual permitir-se-ia revisão da verba



honorária, na dita decisão há a ressalva de que tal se daria somente se “abstráida a situação fática na análise realizada pelo Tribunal de origem.” Não foi o caso: tanto no julgamento do primeiro EDCL (fls. 430, numeração dos autos físicos), quanto do segundo (fls. 515/516, numeração digital), o Desembargador relator no origem expôs seu convencimento e fundamentou a decisão, inclusive com menção a precedentes do próprio TJ/CE.

Para concluir, relembre-se: o valor da causa não pode impressionar ninguém, pois nada tem a ver com o pedido em si, pretensão de conteúdo meramente declaratório, cuja execução foi feita exclusivamente em termos de cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer.

3. DOS DEFEITOS DE FORMALIZAÇÃO, E DA INEXISTÊNCIA DE DISSÍDIOS JURISPRUDENCIAIS APONTADOS

Sobre esta parte do Especial, diz o recorrido que ou não foram seguidas as regras procedimentais para reconhecimento e demonstração de dissídios jurisprudenciais, ou não existe a semelhança fático-jurídica entre esta ação e as das decisões paradigmáticas. Aliás, com a devida vênia, a cumulação impera, como será visto.

O recorrente não atendeu ao requisito de demonstração do dissídio, limitando-se a transcrever a ementa dos três julgados que indica como paradigmas. Haveria necessidade de cotejo analítico, com a exposição dos pontos fáticos em que as questões coincidiriam, e a dos tópicos em que os julgados dissentiriam, e isto ele não fez.

A respeito, veja-se recentíssima decisão dessa E. Corte no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Agravo 905050/SP, MARCO AURÉLIO BELLIZZE (3ª Seção, j. 10/04/2013, DJe 17/04/2013)

(...) 1. A teor do § 1º do art. 266 do RISTJ, a divergência jurisprudencial indicada nos embargos deve ser demonstrada na forma prevista nos §§ 1º e 2º do art. 255, cabendo ao embargante “transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.



2. No caso, o recorrente se limitou a transcrever várias ementas, sem realizar o cotejo analítico entre os acórdãos, o que inviabiliza o processamento dos embargos de divergência.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Desatendida a exigência, não há como conhecer deste Especial, no particular tratado.

Meramente por eventualidade, o recorrido pontua as seguintes inconsistências, as quais mostram que de nada serviriam os paradigmas, se possível fosse ultrapassar as formalidades não observadas.

RECURSO ESPECIAL 174.121/PR

Trata a decisão de causa em que houve *reformatio in pejus*, i.e., o tribunal reformou decisão que não foi questionada, o que não foi o caso dos honorários aqui, pois houve apelação do próprio recorrente (e não se venha falar de novo em desacoplar a condenação do valor!).

Demais disso, as partes no REsp 174.121/PR são particulares – a recorrente é a Copel - Companhia Paranaense de Energia (“*uma sociedade por ações, de capital aberto, constituída sob a forma de sociedade de economia mista, controlada pelo Governo do Estado do Paraná*”, cf. em <http://www.copel.com/hpcopel/root/nivel2.jsp?endereço=%2Fhpcopel%2Froot%2Fpagcopel2.nsf%2Fdocs%2FD2A6920E46418486032574260049E0FF>), pessoa jurídica de direito privado, os recorridos são pessoas físicas. Logo, a ambos aplicam-se os mesmos preceitos do art. 20, § 3º, CPC. A inversão de sucumbência não traria problema algum, quanto a destinatários da norma pertinente.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL 1.082.374/RJ

Parte-se da relembração de que a condenação da Fazenda Pública em verba honorária decorreu da cassação da sentença em que o autor, ora recorrente, fora vencido. E já se sabe que não houve redução do valor da condenação, e sim aplicação da regra própria do art. 20, § 4º, posto vencida a Fazenda Pública.

Daí dizer-se – novamente - que não houve *redução* da verba honorária devida ao autor. Quando veio a sentença, o autor foi obrigado a *pagar* honorários ao Estado. Só com a reforma no TJ/CE é



que ele passou a ter direito a *receber* honorários da Fazenda Pública. Logo, não se diminui o que não se tem.

A descoincidência dos arestos só aumenta, com a constatação de, no paradigma, litigarem duas pessoas jurídicas de direito privado.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 1.296.268/SP

O paradigma trata novamente de redução de verba honorária, sem que tenha havido provocação da parte. Repetindo já enjoativamente, não houve redução da verba honorária, e sim fixação diante da nova realidade da causa, que passou a ser de condenação da Fazenda Pública.

Notando-se a presença da Fazenda Nacional no caso paradigmático, uma marcada diferença para com este é o fato de a FAZENDA PÚBLICA ter agravado achando pouco o valor de honorários fixado de honorários em seu favor. E quem sucumbiu, lá, foi a empresa, e não a Fazenda Pública. Tudo diferente. E inverso. E descabido.

4. PEDIDO

Diante de todo o exposto, para a hipótese meramente especulativa de este Recurso Especial ser admitido, pede-se não seja conhecido, mas, se o for, que seja improvido, mantendo-se a decisão recorrida.

P. deferimento
Fortaleza, 29 de abril de 2013

José Emmanuel Sampaio de Melo
Procurador do Estado
OAB/CE 5.210

1



**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 6ª. VARA
DE EXECUÇÕES FISCAIS DA COMARCA
DE FORTALEZA – CEARÁ**

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA À EXECUÇÃO
FISCAL nº 0060967-54.2009.8.06.0001.

EMBARGANTE: Estado do Ceará.

EMBARGADA: Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços
Públicos e de Cidadania de Fortaleza – AMC.

O ESTADO DO CEARÁ, pessoa jurídica de direito público interno, vem, com o devido respeito, por intermédio de seu procurador e estagiária in fine subscritos, interpor, no prazo e forma legais, os presentes EMBARGOS À EXECUÇÃO, pelas razões de fato e de direito adiante expendidas:

1. DO RESUMO DOS FATOS:

Trata-se de Embargos à Execução opostos em face de Execução Fiscal promovida pela Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e de Cidadania de Fortaleza (AMC) em face da SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA E DE DEFESA DA CIDADANIA, referente a débito de natureza não tributária, proveniente de multa de trânsito, inscrito na Dívida Ativa do Município de Fortaleza, em 05/06/2008, conforme informações discriminadas na CDA de nº. 2008.044787-3, cujo valor atualizado seria R\$ 95,64 (noventa e cinco reais e sessenta e quatro centavos).

Inobstante seja a SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA E DE DEFESA DA CIDADANIA, órgão desprovido de personalidade jurídica, não podendo, por isso, figurar no pólo passivo da presente demanda, foi determinada a citação do ESTADO DO CEARÁ, às fls. 24, para opor embargos à execução, nos termos do art. 730 do Código de Processo Civil.

Deste modo, vem o embargante expor o que se segue:



2. PRELIMINARMENTE:

2.1. Da ilegitimidade passiva *ad causam* – Órgão estatal desprovido de personalidade jurídica

Como é cediço, toda ação subordina-se às condições que tornam apta sua existência no mundo jurídico – legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir – e, faltando uma delas, outra não é a solução senão a extinção da ação, conforme será demonstrado no presente caso.

A Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania do Estado do Ceará é órgão público – integrante da Administração Pública Estadual direta – *ipso facto*, desprovida de personalidade jurídica, não podendo, portanto, figurar no pólo passivo dessa pendência judicial.

Sobre a definição de órgãos, ensina o festejado administrativista, DIÓGENES GASPARINI¹, *expressis verbis*:

“Os órgãos públicos não são pessoas mas centro de competência criados pelo direito. Ademais, não se distinguem do Estado, são partes ou componentes de sua estrutura, vale dizer: não têm personalidade jurídica.”

Com efeito, o órgão é parte do corpo da entidade estatal a que pertence, sendo todas as suas manifestações de vontade expressões volitivas da própria entidade.

A atuação do órgão deve, pois, ser imputada à pessoa jurídica que ele integra, não podendo nenhum órgão representá-la juridicamente, visto que a representação legal da entidade é atribuição de determinados agentes (pessoas físicas), tais como os Procuradores Judiciais e administrativos.

Ora, se quando o órgão da Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania atua através de seus agentes, exprime a vontade da pessoa política Estado do Ceará, lógica é a conclusão de que qualquer ação a ser eventualmente intentada com fito de impugnar a atuação funcional da aludida Secretaria, deverá ser promovida contra o próprio Estado e não contra o órgão em apreço.

Assim, equivocou-se o promovente quando, na exordial, promoveu a ação contra a Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania do Estado do Ceará, requerendo a citação desta ao invés do

¹ Autor citado, in Direito Administrativo, Editora Saraiva, 1987, pág. 31



Estado do Ceará, porquanto esta pasta não dispõe de personalidade jurídica.

A propósito, exarou-se o despacho de fls. 19, chamando o feito à ordem para revogar o despacho de fls. 03, e determinando a intimação da exequente para emendar a inicial, no sentido de informar a parte com legitimidade para ser demandada, o que não ocorreu.

Patente a ilegitimidade *ad causam* da Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania do Estado do Ceará, vício este não sanado, requer-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, em conformidade com o preceituado no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

2.2. Da nulidade da inscrição, da CDA e da execução por ausência de personalidade jurídica do órgão inscrito na dívida ativa como devedor

Se ad argumentandum tantum, Vossa Excelência admitir que o referido vício encontra-se sanado, devido a regular apresentação dos embargos por parte do Estado do Ceará, haverá ainda que considerar a nulidade do próprio título executivo, a qual impõe, indubitavelmente, a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Conforme ressaltado, a Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania é órgão integrante da administração direta do Estado do Ceará, e como tal não possui personalidade jurídica própria, não tendo, portanto, capacidade para figurar como executada no presente processo, e tampouco como devedora na CDA ora executada.

No processo de execução, como a exigibilidade da CDA é um dos requisitos essenciais, sendo aquele ajuizado em face de quem não detém capacidade de ser parte, é nulo o título e, conseqüentemente, a execução, nos termos do art. 618, I, do CPC.

Registre-se que tal nulidade é insanável, não se aplicando o disposto no art. 13, caput e inciso I do CPC, nem no art. 2º, § 8º da Lei nº 6.830/80, posto que, a CDA reproduz os mesmos elementos do Termo de Inscrição em Dívida Ativa, como dispõe o art. 2º, § 6º, da LEF, e se emitida em nome da Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania – ente despersonalizado, repita-se –, certamente é porque a própria inscrição em Dívida se deu em nome desta.



Vejam as decisões abaixo, do E. TRF-5 que retratam exatamente o entendimento ora defendido:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. DEVEDOR SEM PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. CAPACIDADE DE SER PARTE. INEXISTÊNCIA. NULIDADE. CONVALIDAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO. 1. Proposta a execução fiscal em face do Hospital Universitário Lauro Wanderley, destituído de personalidade jurídica, porquanto se trata apenas de órgão integrante da Universidade Federal da Paraíba, ausente um dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo – a capacidade de ser parte do devedor – justificando-se a extinção do feito em espeque no art. 267, IV, c/c art. 598 do CPC, mormente porque no processo de execução, como a exigibilidade da CDA é um dos requisitos essenciais, sendo aquele ajuizado em face de quem não detém capacidade de ser parte, é nulo o título e, pois, nos termos do art. 618, I, do CPC, nula a execução. Precedentes desta Corte. 2. Não se aplica o disposto no art. 13, caput e inciso I do CPC, porque a CDA é emitida à vista do Termo de Inscrição em Dívida Ativa, reproduzindo os mesmos elementos deste, conforme art. 2º, § 6º, da LEF, e se emitida em nome do Hospital é porque a própria inscrição em Dívida se deu em nome deste (devedor errado), sendo, pois, nula. 3. Apelação e Remessa Oficial, tida como regularmente autuada, a que se negam provimentos. (AC 200382000025718, Desembargadora Federal Amanda Lucena, TRF5 – Terceira Turma, DJE- 18/09/2009, página 532. Decisão unânime).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE AD PROCESSUM. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO. A EXECUÇÃO EMBARGADA PADECE DE UM DOS PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO REGULAR DO PROCESSO, POSTO QUE INDICOU, NO CORPO DO TÍTULO, ENTIDADE QUE NÃO POSSUI PERSONALIDADE JURÍDICA.

APELAÇÃO E REMESSA PROVIDAS, COM A CONSEQUENTE EXTINÇÃO DO FEITO EXECUTIVO." (AC – 2208003. Processo: 200005000445188 UF: PB, Órgão Julgador: 4ª Turma. Dj: 10/11/2000, p. 559, Relator: Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria. Decisão Unânime).

Transcrevemos, a título de reforço de nossa tese, o seguinte julgado do STJ:



EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA CAMARA MUNICIPAL. 1. EM NOSSA ORDAGIZAÇÃO JURÍDICA, AS CAMARAS MUNICIPAIS NÃO TEM PERSONALIDADE JURÍDICA. 2. A CAPACIDADE PROCESSUAL E LIMITADA A DEFENDER INTERESSES INSTITUCIONAIS PROPRIOS E VINCULADOS A SUA INDEPENDENCIA E FUNCIONAMENTO. 3. EXECUTIVO FISCAL PROMOVIDO CONTRA CÂMARA MUNICIPAL NÃO TEM CONDIÇÕES DE PROSEGUIR, PELA ABSOLUTA ILEGITIMIDADE DO ENTE PASSIVO DE MANDADO. 4. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO." (RESP 88856. Processo: 199600112207 UF; SP Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 18/06/1996. Fonte DJ DATA: 19/08/1996 PG 28440, REL. JOSÉ DELGADO. Decisão por unanimidade.)

Ante à nulidade insanável do título executivo, deve ser, pois, decretada a extinção do feito, com fulcro no art. 267, IV e VI, c/c art. 598 do CPC, por ausência de um dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, qual seja, a capacidade de ser parte do devedor e legitimidade passiva do executado, sendo nula a execução nos termos do art. 618, I do CPC. Providência esta, desde logo, requerida.

3. DO MÉRITO:

3.1 Da nulidade da inscrição na dívida ativa e da CDA por inobservância do prazo de notificação estabelecido pelo art. 281, parágrafo único, inciso II do CTB (Lei n.º 9.503/1997) – Decadência configurada

É sabido que, por força do art. 37, da Constituição Federal, os atos da administração pública e de seus agentes devem pautar-se pelo princípio da legalidade, de modo a observar a lei e os limites por ela impostos, não podendo o administrador público ir de encontro a ela ou, ainda, inovar, isto é, agir sem que sua conduta esteja previamente definida e amparada por lei.

Em verdade, o administrador público não age em nome próprio, mas sim em nome da coletividade, revelando-se o princípio da legalidade como pilar de toda a ordem jurídica nacional, posto que serve de limite e garantia à atuação do Estado, somente tendo validade os atos da administração pública que forem conformes à lei.



Nesse sentido, copiamos novamente as lições do mestre DIÓGENES GASPARIN, *ipsis litteris*:

O princípio da legalidade significa estar a administração pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza.

Cuidando-se, *in casu*, de débito de natureza não tributária, proveniente de multa de trânsito, é mister observar, para fins de verificação da validade da inscrição na Dívida Ativa do Município de Fortaleza e da respectiva CDA, o disposto no Código de Trânsito Brasileiro, precisamente, em seu art. 281, § único, inciso II:

Art. 281. A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível.

Parágrafo único - O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente:

I- se considerado inconsistente ou irregular;

II- se, no prazo máximo de trinta dias não for expedida a notificação de autuação. (*redação dada pela Lei 9.602 de 1998*)

Observa-se que, segundo consta na CDA de nº. 2008.044787-3, ora executada, a hipotética infração teria ocorrido em 22/04/2007, às 12h15min, enquanto que a notificação foi efetuada SOMENTE 1 (um) ano depois, em 28/04/2008, ou seja, quando já ultrapassado o prazo de 30 (trinta) dias, conferido pela legislação de trânsito.

O auto de infração que deu ensejo à inscrição na dívida ativa em liça deve, porquanto, ter sido arquivado e seu registro julgado insubsistente, consoante o preceito do art. 281, § único, inciso III, do CTB.

Assim, tendo vista o transcurso do prazo sem que houvesse a devida notificação do infrator, resta evidente a decadência do direito de punir da Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e de Cidadania de Fortaleza – AMC, o que, de acordo com art. 156,



inciso V, do Código Tributário Nacional, impõe a extinção do crédito tributário.

A respeito do tema, a 1ª Seção do STJ, por unanimidade, no julgamento do EREsp 803.487/RS, de relatoria do eminente Ministro José Delgado, publicado no DJ de 6.11.2006, assentou este mesmo posicionamento, o qual vem sendo reproduzido, com louvor, pelos nossos juízos. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE SEM ANTERIOR NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. AUTUAÇÃO *IN FACIE* EQUIVALENTE À NOTIFICAÇÃO DO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO A PARTIR DA OCORRÊNCIA DO CERCEAMENTO DE DEFESA E DO AUTO DE INFRAÇÃO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR. PRECEDENTES. 1. Embargos de divergência ofertados contra acórdão segundo o qual “não expedida a notificação de autuação no trintídio legal, impõe-se o arquivamento do auto de infração”. 2. O Código de Trânsito Brasileiro prevê mais de uma notificação ao infrator: uma quando da lavratura do auto de infração, ocasião em que é disponibilizado prazo para oferecimento de defesa prévia e outra quando da aplicação da penalidade pela autoridade de trânsito. (...) 4. A autuação *in facie* do infrator torna inexigível posterior notificação, sendo esta equivalente àquela (art. 280, VI, do CTB). A notificação da autuação *in facie* deve anteceder o lapso de 30 (trinta) dias para que seja enviado o auto de infração para pagamento, em virtude de que este é o prazo mínimo exigido pela legislação para o oferecimento da necessária defesa prévia. 5. O comando constante do art. 281, parágrafo único, II, do CTB, é no sentido de que, uma vez não havendo notificação do infrator para defesa dentro do lapso de trinta dias, opera-se a decadência do direito de punir do Estado. 6. Precedentes desta Corte Superior. 7. Embargos de divergência conhecidos e não-providos. (425302 RS 2005/0187505-8, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 10/05/2006, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 12/06/2006 p. 419).

(...) 7. A ausência de notificação do infrator no prazo máximo de 30 (trinta) dias da infração, implica na decadência do direito de punir do Estado, consoante entendimento consolidado pela Primeira Seção desta Corte Superior, segundo o qual: ‘O comando constante do art. 281, parágrafo único, II, do CTB, é



no sentido de que, uma vez não havendo notificação do infrator para defesa dentro do lapso de trinta dias, opera-se a decadência do direito de punir do Estado' (ERESP n.º 803.487/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 6.11.2006). 8. O auto de infração, em ocorrendo a decadência supra, deve ser arquivado e seu registro julgado insubsistente, consoante o preceito do art. 281, parágrafo único, III, do Código de Trânsito Brasileiro, sendo, portanto, nulo o respectivo procedimento administrativo. (...)'. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 1.195.178; Proc. 2010/0090241-4; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 14/12/2010; DJE 17/12/2010). A decadência deve ser declarada de ofício, quer em homenagem ao princípio da estabilidade das relações jurídicas, quer em obediência ao princípio da brevidade que assegura às partes a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). Assim, declaro insubsistente(s) o(s) auto(s) de infração, nula(s) a(s) inscrição(ões) de Dívida Ativa e extinto o crédito tributário, pela decadência, nos termos do art. 281, § único, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro, c/c o art. 156, inciso V, do Código Tributário Nacional, e em consequência, JULGO EXTINTO o feito, com base no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 26 da Lei n. 6.830/80. Após o trânsito em julgado e observadas as cautelas de praxe, arquite-se. Sem custas. Publique-se. Registre-se. Intime-se. (4ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS E DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, Comarca de Fortaleza – CE, Processo 0168429-65.2012.8.06.0001, Juiz de Direito Francisco Carneiro Lima, Julg. 07/11/2011, DJCE 26/09/2012 – CÓPIA DA DECISÃO INCLUSA A ESTA PETIÇÃO)

Igualmente, espera-se que seja declarado insubsistente o auto de infração, nula a inscrição da Dívida Ativa e extinto o crédito tributário *sub examine*, pela decadência, nos termos do art. 281, § único, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro, c/c o art. 156, inciso V, do Código Tributário Nacional, sendo, por conseguinte, julgado extinto o feito, com base no art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

3.2 Da ausência de outros pressupostos de validade da CDA – Inexistência do termo inicial da dívida, da fórmula de cálculo dos juros de mora e demais encargos previstos em lei, além da atualização monetária

Conforme preconizam os arts. 202 do Código Tributário Nacional e 2º, § 5º e § 6º, da Lei nº 6.830/80, a inscrição da dívida



ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida em que contenha todas as exigências legais, inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como forma de cálculo de juros e de correção monetária, o que, entretanto, não ocorreu na presente espécie.

A propósito, segue transcrição do art. 2º, § 5º e § 6º, da Lei nº 6.830/80, *in litteris*:

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

(...)

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

§ 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.

A análise perfunctória da CDA em questão já demonstra, de pronto, o não cumprimento dos requisitos legais supracitados e, em especial, o seguinte:



a) Ausência do termo inicial da dívida, assim como da forma de cálculo dos juros de mora e demais encargos previstos em lei (art. 2º, §5º, II, da LEF);

b) Ausência de indicação de que a dívida está sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo momento legal e o termo inicial para o referido cálculo (art. 2º, §5º, IV, da LEF)

Como cedição, os requisitos exigidos à validade da Certidão da Dívida Ativa são, todos eles, indispensáveis à garantia da ampla defesa a eventual cobrança, em processo executivo, do crédito nela reapresentado e, por isso, assumem natureza de ordem pública, conhecível, até mesmo, de ofício pelo juiz.

Destarte, não há como prosperar o presente feito executivo, sendo imperiosa sua extinção, diante da ausência de pressupostos essenciais de validade da CDA apresentada.

3.3 Da urgência de deslocamento do veículo público – Estrito cumprimento do dever legal

Por fim, cabem ainda algumas considerações a respeito da natureza da infração que deu origem ao pretense crédito tributário, uma vez que envolve veículo vinculado à atividade da entidade estatal.

Como mencionado, a infração teria se dado na data de 22/04/2007, às 12h15min, quando o motociclo da marca Honda, de cor branca e placas NXR150, então, trafegava em velocidade superior a máxima permitida naquela localidade, em até 20% (vinte por cento).

Ocorre, Excelência, que por se tratar de veículo vinculado à atividade estatal, principalmente, no que tange à segurança pública e defesa da cidadania, é comum, e até previsível, que o seu condutor necessite, em determinadas circunstâncias, adotar a postura registrada, a fim de cumprir de maneira eficiente com as suas diligências.

O que se verifica em casos como este é o estrito cumprimento do dever legal, fundado em estado de necessidade e urgência de deslocamento, hábil a justificar o abono da multa e, conseqüentemente, da inscrição na dívida ativa.

4. DO PEDIDO:

Diante do exposto, o Estado do Ceará requer:



a) a citação da embargada, AUTARQUIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO, SERVIÇOS PÚBLICOS E DE CIDADANIA DE FORTALEZA, para, querendo, impugnar os presentes embargos à execução;

b) que V. Exa. se digne de acatar as preliminares acima, para os fins requeridos;

c) *ad argumentandum tantum*, caso não venham a ser acatadas as preliminares, que sejam processados e julgados procedentes estes embargos à execução, extinguindo-se a execução fiscal em epígrafe e condenando-se a embargada no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive juntada posterior de documentos, tudo desde logo requerido.

Dá-se à causa o valor de R\$ 95,64 (noventa e cinco reais e sessenta e quatro centavos).

N. T. P. D.

Fortaleza, 19 de dezembro de 2012.

Lício Justino Vinhas da Silva

Procurador do Estado

OAB CE n.º 16.959