



ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

DIREITO PÚBLICO:

Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

DIREITO PÚBLICO:
REVISTA JURÍDICA DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO
DE MINAS GERAIS

Av. Afonso Pena, nº 1901 - Funcionários
30.130.004 - Belo Horizonte - MG - Brasil
Fone: (31) 3218-0700 - Fax: (31) 3218-0742
<http://www.age.mg.gov.br>

GOVERNADOR DO ESTADO

Antônio Augusto Junho Anastasia

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL

Marco Antônio Rebello Romanelli

Roney Luiz Torres Alves da Silva

Sérgio Pessoa de Paula Castro

CONSELHO EDITORIAL

Alberto Guimarães Andrade

Carlos Víctor Muzzi Filho

Efigênio Esperendeus Meira

Heloíza Saraiva de Abreu

Humberto Rodrigues Gomes

Jason Soares Albergaria Neto

José Benedito Miranda

Luísa Cristina Pinto e Netto

Marconi Bastos Saldanha

Moacyr Lobato Campos Filho

Moema Cordeiro de Azevedo Mattos

Onofre Alves Batista Júnior

Raquel Melo Urbano de Carvalho

Ronaldo Maurílio Cheib

Os ex-Advogados-Gerais do Estado, os ex-Procuradores-Gerais do Estado e os Ex-Procuradores-Gerais da Fazenda Estadual são membros natos do Conselho Editorial da "Revista Jurídica" da Advocacia-Geral do Estado.

SECRETÁRIA-GERAL

Ana Maria de Barcelos Martins

COMISSÃO TÉCNICA

Lícia Ferraz Venturi

Julietta Dias Nascimento

Eronilda Gonçalves Rocha Lares

Geraldo Coccolo Jr.

Solicita-se permuta / Pídesse canje / On demande l'échange
Si richiede lo scambio / We ask for exchange / Wir bitten um Austausch

Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais / Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. - Vol. 1, n. 1, (Jul./Dez. 2004). - Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 2004 - .

Semestral

Formada pela fusão de: Direito Público: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais e Revista Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.

ISSN 1517-0748

1. Direito público - Periódico 2. Direito tributário - Periódico I. Minas Gerais - Advocacia-Geral do Estado II. Título.

CDU 34(05)

Bibliotecária: Lícia Ferraz Venturi CRB/6-1913

© 2010 Centro de Estudos - ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Tiragem: 1.700 exemplares

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

1. DOCTRINA

A LEGITIMIDADE DAS SANÇÕES POLÍTICAS NA PERSPECTIVA DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS - Adriano Antônio Gomes Dutra	9
A GLOBALIZAÇÃO E A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL - Bruno Matias Lopes	27
A COMPARTICIPAÇÃO E O POLICENTRISMO NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: uma análise da obra <i>Processo Jurisdicional Democrático</i> - Elder Gomes Dutra e Nilza Aparecida Ramos Nogueira	33
NATUREZA JURÍDICA DA COMPANHIA - Fábio Murilo Nazar	59
AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N. 11.382/2006 NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS REPERCUSSÕES NA EXECUÇÃO FISCAL - Geraldo Júnio de Sá Ferreira	75
ESTADO LAICO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA - Guilherme Bessa Neto	93
OS CONTRATOS COATIVOS NA NOVA MODELAGEM CIVIL-CONSTITUCIONAL: exemplo das contas de água e de luz - Humberto Gomes Macedo	101
O PROCESSO NA HISTÓRIA: entre interesse público e interesse privado - Joana Faria Salomé	113
TUTELA ANTECIPADA E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO ESTADO DE DIREITO TRANSNACIONAL - Leonardo Oliveira Soares	133
BREVES REFLEXÕES SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - Luísa Cristina Pinto e Netto	141
A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA AUTORIDADE POLICIAL NO CASO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO CHAMADO FURTO DE BAGATELA - Luiz Marcelo Cabral Tavares	159
TRANSAÇÕES ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIAS COM O ICMS - Onofre Alves Batista Júnior	169
PRINCÍPIOS E FUNÇÕES DOS CONTRATOS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO - Sávio de Aguiar Soares	189

2. PARECERES, NOTAS JURÍDICAS E PEÇAS PROCESSUAIS	205
3. JURISPRUDÊNCIA	215
4. SÚMULAS ADMINISTRATIVAS	233
5. LEGISLAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO	239
ORIENTAÇÃO EDITORIAL	251

APRESENTAÇÃO

A Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais apresenta mais um fascículo da REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS dando prosseguimento à missão permanente de ser espaço de debate e divulgar a produção institucional.

O presente fascículo reúne diversos artigos cujo conteúdo oferece ao leitor reflexões e análises sobre as perspectivas que permeiam o pensamento jurídico. São treze artigos que abordam os mais diversos assuntos da ciência jurídica.

A Revista da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, fonte de consulta para todos os que atuam na construção e na realização do Direito, apresenta, ainda, à comunidade jurídica decisões que evidenciam, como na doutrina apresentada, a capacidade e a competência dos procuradores.

Este fascículo traz ainda as Súmulas Administrativas e a Legislação da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

Os temas incluídos neste número despertarão, com certeza, o interesse de todos aqueles que buscam ampliar o conhecimento jurídico.

Boa leitura!

DOCTRINA

A LEGITIMIDADE DAS SANÇÕES POLÍTICAS NA PERSPECTIVA DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS

ADRIANO ANTÔNIO GOMES DUTRA*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Sanções políticas no Supremo Tribunal Federal - consolidação jurisprudencial em contexto normativo diverso: estrita visão liberal dos direitos fundamentais. 3. A Constituição Federal de 1988: o Estado Democrático de Direito como estado tributário e o dever fundamental de pagar tributos. 4. Da legitimidade de algumas das chamadas sanções políticas no Estado de Minas Gerais. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A questão relativa à legitimidade das sanções políticas retornou aos debates no Direito Tributário brasileiro depois que o STF – Supremo Tribunal Federal passou a analisar o caso *American Virginia Tabacos*. Uma sanção política, nos dizeres de MACHADO (1998:46), “*corresponde a restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo*”.

Naquele julgado, o que se discute é a legitimidade de medidas restritivas impostas à *American Virginia Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Tabacos Ltda.*. A Secretaria da Receita Federal (SRF), valendo-se do disposto no Decreto-lei nº 1.593/77 (especialmente do art. 2º, inc. II), determinou que a referida empresa recolhesse os tributos devidos, sob pena de cancelamento do registro especial exigido daqueles que pretendem se dedicar à industrialização de cigarros. Foi ajuizada ação cautelar para que pudesse a indústria continuar exercendo suas atividades, independentemente do recolhimento dos tributos devidos, sob alegação de que a exigência da SRF consubstanciava sanção política, não admitida em nosso ordenamento.

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito de Empresa pelo IEC/PUC Minas e Professor de Direito Tributário nos cursos de graduação e especialização da PUC Minas.

¹ “Art. 2º O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001) II - não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal; (Redação dada pela Lei nº 9.822, de 1999)”

A medida cautelar foi deferida e a ação principal (ajuizada posteriormente) julgada procedente, tudo isso em primeiro grau de jurisdição. Houve interposição de apelação ao Tribunal Regional Federal da 2ª região (TRF 2ª Região), que reformou a sentença, considerando válida a exigência imposta pela SRF (Apelação Cível nº 2005.51.10.007057 – 3).

Contra o acórdão do TRF 2ª região, a *American Virginia*, depois de opor embargos de declaração, interpôs Recurso Extraordinário (que, no STF, recebeu o nº 550.769). Ajuizou, também no STF, Ação Cautelar de nº 1.657, por meio da qual buscava atribuição de efeito suspensivo ao citado recurso, tudo isso para que pudesse continuar exercendo sua atividade sem o atendimento da determinação do recolhimento dos tributos devidos.

Naquele tribunal já havia se consolidado orientação jurisprudencial no sentido de que as sanções políticas eram vedadas em nosso ordenamento constitucional². Esperava-se, assim, que o STF reconhecesse a presença da relevância da fundamentação (suposto caráter ilegítimo das sanções políticas) e do fundado receio de dano irreparável (interrupção e impedimento do livre exercício das atividades da empresa) e concedesse o pleiteado efeito suspensivo ao recurso extraordinário. Mas não foi esse o caminho trilhado. A medida cautelar foi negada em acórdão cuja ementa segue transcrita³:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Efeito suspensivo. Inadmissibilidade. Estabelecimento industrial. Interdição pela Secretaria da Receita Federal. Fabricação de cigarros. Cancelamento do registro especial para produção. Legalidade aparente. Inadimplemento sistemático e isolado da obrigação de pagar Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Comportamento ofensivo à livre concorrência. Singularidade do mercado e do caso. Liminar indeferida em ação cautelar. Inexistência de razoabilidade jurídica da pretensão. Votos vencidos. Carece de razoabilidade jurídica, para efeito de emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário, a pretensão de indústria de cigarros que, deixando sistemática e isoladamente de recolher o Imposto sobre Produtos Industrializados, com conseqüente redução do preço de venda da mercadoria e ofensa à livre concorrência, viu cancelado o registro especial e interditados os estabelecimentos.

O principal argumento utilizado na defesa da *American Virginia Tabacos* é o de que a medida tomada pela SRF configuraria sanção política (medida indireta tendente a compelir o contribuinte ao recolhimento dos tributos devidos) e, por isso, violaria as cláusulas dos arts. 5º, inc. XIII (liberdade de exercício profissional) e 170, parágrafo único (liberdade de exercício de atividade econômica) da Constituição Federal de 1988 – CF/88.

Assim, o STF, ao negar o pretendido efeito suspensivo, estaria alterando sua histórica orientação jurisprudencial, que condenava as chamadas sanções políticas, passando a admiti-las em algumas situações. A ocasião é propícia a que se lancem os olhos à coerência, ou não, dos enunciados das súmulas do STF que condenam a aplicação das chamadas sanções políticas.

O objetivo do presente trabalho é, assim, efetuar a análise da legitimidade das sanções políticas na perspectiva de um Estado que reconhece a existência do dever fundamental de pagar tributos.

² Vide Súmulas nº 70, 323 e 547, STF.

³ Já se iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 550.769. O Min. Relator, Joaquim Barbosa, votou pelo desprovimento do recurso, indo contra a argumentação de que a interdição configuraria indevida sanção política. O julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski.

Pretende-se demonstrar, primeiro, que a orientação jurisprudencial do STF, consolidada nos enunciados das súmulas nº 70, 323 e 547, está baseada em precedentes que apreciaram verdadeiros exageros cometidos pelos poderes constituídos, em que as restrições impostas (medidas indiretas) não tinham outro objetivo senão o de compelir o contribuinte ao recolhimento de tributos devidos, através de embaraços ao desenvolvimento de sua atividade normal.

Deseja-se, depois, evidenciar que a compreensão que se formou, doutrinária e jurisprudencialmente, acerca da ilegitimidade das sanções políticas é resultado de concepção de Estado centrada na liberdade individual e nos direitos de propriedade (estrita visão liberal dos direitos fundamentais, conforme NABAIS (2005)), concepção que não mais se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito adotado pela CF/88, que, ao reafirmar o caráter tributário do estado e estabelecer uma série de bens públicos que devem ser fornecidos aos cidadãos, consagra a existência de um dever fundamental de pagar tributos.

Além disso, serão apresentadas críticas à interpretação jurisprudencial que costuma atribuir caráter absoluto à livre iniciativa, composta pelas liberdades de exercício profissional e de atividade econômica (arts. 5º, inc. XIII e 170, parágrafo único da CF/88), com intuito de se afirmar que, assumida como princípio constitucional, deve ser ela contraposta a outros, também consagrados pela CF/88. Sua aplicação às situações concretas em análise dependerá, assim, das circunstâncias fáticas e jurídicas (outros princípios constitucionais) que se apresentarem.

Por óbvio que essa mudança de enfoque promove alterações no trato de diversos institutos do direito tributário, em especial, para o que interessa, com relação às chamadas sanções políticas.

Serão, por fim, analisadas as conseqüências práticas dessa alteração no que diz respeito à legitimidade dessas medidas. Tomar-se-á por base a disciplina legal, no Estado de Minas Gerais, de três das chamadas sanções políticas: cancelamento de inscrição estadual (o que equivale à proibição do exercício de atividade (MACHADO, 1998:47)), regime especial de fiscalização e apreensão e retenção de mercadorias. Tudo isso com o propósito de avaliar se essas medidas, tratadas como sanções políticas (e, por isso, tidas por ilegítimas), são apenas meios indiretos de se compelir o contribuinte ao recolhimento dos tributos devidos e violam a livre iniciativa ou podem ser legitimadas como formas de efetivação do cumprimento do dever fundamental de pagar tributos.

2. SANÇÕES POLÍTICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSOLIDAÇÃO JURISPRUDENCIAL EM CONTEXTO NORMATIVO DIVERSO: ESTRITA VISÃO LIBERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Já se disse aqui que as sanções políticas, em direito tributário, são medidas indiretas tendentes a compelir o contribuinte ao recolhimento dos tributos devidos (MACHADO, 1998:46 e GODOI, 2006: 55). O caráter indireto dessas medidas estaria no fato de que o meio legítimo a ser utilizado pela Administração Pública na efetivação do cumprimento das obrigações tributárias seria o ajuizamento da execução fiscal⁴.

⁴ Não se pode aqui deixar referenciar estudo de autoria de BATISTA JÚNIOR (2008), que atesta a falência do instituto da execução fiscal como forma de cobrança do crédito tributário. Essa também foi a conclusão a que chegou o Conselho Nacional de Justiça, conforme relatório “Justiça em Números”, publicado em 2005. Isso, por si só, já

Como exemplo de tais medidas, costuma-se apontar a interdição de estabelecimento, a apreensão de mercadorias, os regimes especiais de fiscalização, a suspensão e o cancelamento da inscrição no cadastro de contribuintes, restrições à impressão de documentos fiscais, entre outros (MACHADO, 1998:46).

O STF, em tempos pretéritos, editou três súmulas coibindo a utilização das sanções políticas. A súmula nº 70⁵ veda a interdição de estabelecimento. Foi aprovada na sessão plenária de 13/12/1963 e teve como precedentes o RMS 9.698 e o RE 39.933. O primeiro deles referia-se a ato praticado pela administração fazendária da prefeitura do antigo Distrito Federal (hoje Estado do Rio de Janeiro), que, depois de apurar débito de contribuinte que se dedicava à construção civil, intimou-o a promover o seu recolhimento, sob pena de interdição do estabelecimento. Já o segundo refere-se à possibilidade de o município apreender mercadorias de contribuintes em débito com o objetivo de compeli-lo ao recolhimento do tributo.

A súmula nº 323⁶ diz respeito à apreensão de mercadorias. Foi aprovada, também, na sessão plenária de 13/12/1963 e teve como precedente o mesmo RE 39.933, já comentado.

Já a súmula nº 547⁷ aplica-se a vedações de aquisição de estampilhas, despacho de mercadorias nas alfândegas e exercício de atividades profissionais. Foi aprovada na sessão plenária de 03/12/1969 e teve como precedentes os RE nºs 63.045, 60.664, 63.047 e 64.054. Todos eles tinham como pano de fundo a apreciação da constitucionalidade do art. 1º do Decreto-lei nº 5/1937, que aplicava, ao contribuinte inadimplente, a pena de proibição de transigir com as repartições públicas, de adquirir estampilhas e de promover o despacho aduaneiro de mercadorias.

O que se percebe é que as situações levadas à apreciação do STF (que ensejaram a edição das súmulas) retratavam verdadeiros abusos dos poderes constituídos. Isso porque a simples condição de inadimplente já era considerada, pela Administração Tributária, como suficiente para que as medidas restritivas fossem aplicadas. Não se cogitava de qualquer outro elemento e, efetivamente, podia-se enxergar, nelas, o objetivo simples de, indiretamente, promover a cobrança do crédito tributário devido.

A título de exemplo, tome-se a situação do RMS 9.698. Apurou-se o não recolhimento de tributos que, segundo a administração do antigo Distrito Federal, eram devidos e, desde já, o contribuinte foi intimado a recolhê-los, sob pena de interdição do estabelecimento. Sequer lhe foram facultadas a via administrativa ou judicial para discutir a legitimidade do crédito constituído – pague e, depois, discuta!

O que ocorre é que, editadas as súmulas, tornou-se verdade absoluta que toda e qualquer medida restritiva imposta ao contribuinte inadimplente era ilegítima, tendo em conta os princípios da liberdade de exercício de profissão e da liberdade de exercício de atividade econômica (arts. 5º, inc. XIII e 170, parágrafo único da CF/88). As súmulas, editadas com base em precedentes que retratavam verdadeiros abusos dos poderes públicos, passaram a ter aplicação

seria motivo para se questionar o valor que se costuma dar à existência do meio próprio de cobrança dos créditos tributários. O meio tido como próprio é absolutamente ineficaz e não se presta à efetivação do dever do Estado de exigir dos contribuintes o cumprimento de suas obrigações tributárias.

⁵ “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributos”.

⁶ “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

⁷ “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

a todas as situações em que medidas restritivas eram impostas a contribuintes em débito. E assim foram tratadas as medidas restritivas, sempre coibidas tanto pela doutrina como pela Jurisprudência.

Mais recentemente, o STF chegou a se pronunciar sobre a legitimidade das sanções políticas no julgamento do Recurso Extraordinário nº 413.782 (DJ 03.06.2005, Rel. Min. Marco Aurélio). A controvérsia girava em torno de imposição, ao contribuinte devedor, de regime especial de impressão de notas fiscais avulsas, proibindo-se a impressão de blocos de notas fiscais. O STF acabou por reconhecer o caráter ilegítimo da medida, mas, desta feita, com posicionamento divergente do Ministro Eros Grau, que, bem sinteticamente, limitou-se a afirmar: “*não posso dar uma interpretação ao princípio da liberdade de iniciativa econômica de modo a permitir que a ordem jurídico-tributária não seja rigorosamente atendida*”.

Dessa fala já se pode extrair a conclusão de que a questão está em saber se se deve dar preferência absoluta ao princípio da liberdade de iniciativa, de forma que essa livre iniciativa contemple, inclusive, a iniciativa que usualmente insiste em descumprir a obrigação de recolhimento dos tributos. Ou se as atividades livres e permitidas são aquelas que se desenvolvem de acordo com o ordenamento jurídico, em especial, para o que interessa, com as obrigações de recolhimento dos tributos devidos.

É certo que, levando-se em conta a compreensão liberal do Estado (mínimo, garantidor dos direitos e liberdades individuais, centrado na liberdade individual e no direito de propriedade e prestador de um pequeno rol de serviços públicos indispensáveis), seria forçosa a conclusão de que os tributos nada mais são do que agressão perpetrada pelo poderes públicos em relação à riqueza produzida pela iniciativa privada.⁸

Assim, nesse contexto, nada justificaria que, em virtude de dívidas tributárias (que já nascem de um ato de imposição dos poderes públicos em relação às atividades desenvolvidas pelos particulares), fossem impostas medidas restritivas ao direito de o contribuinte exercer livremente (sem interferência estatal) suas atividades.

A lógica que impera nesse contexto é a seguinte: o direito positivo garante a livre iniciativa. Os tributos já interferem nessa livre iniciativa, na medida em que o Estado toma para si parte da riqueza produzida em razão do exercício da atividade econômica. A se aplicarem medidas restritivas aos contribuintes que não cumprem com suas obrigações tributárias, estaria sendo violada a já mencionada liberdade de iniciativa, tomada como realidade existente independentemente do fenômeno tributário.

Dessa lógica também nos dá notícia o hoje Ministro Gilmar Mendes, ao mencionar a incompreensão da efetiva tarefa estatal de fiscalização tributária no combate à sonegação:

Com efeito, na medida em que se constrói a descrição de que a fiscalização tributária e o combate à sonegação consubstanciam manifestações opressivas do Estado rival, confina-se, na esquemática oposição conceitual entre Estado e indivíduo, todo o horizonte hermenêutico em que se aferiria a legitimidade da atuação dos órgãos administrativos, Adensada essa distorção pela invocação de hipotéticas invasões a

⁸ Essa concepção do fenômeno tributário deve-se muito a sua origem espúria – instrumento de opressão dos povos vencedores aos povos vencidos (para ressarcimento dos gastos com a conquista). Até mesmo a Bíblia retrata a aversão que se cultivava à figura dos tributos e de seus cobradores.

esferas da intimidade pelo emprego de instrumentos eficientes de fiscalização tributária (registre-se, entre nós, a controvérsia acerca da eventual reserva de jurisdição para o acesso a dados de registro bancário), busca-se tornar ainda mais plausível a dicotomia Estado-indivíduo. A distorção consolida-se no imaginário com a especialização dos agentes do Estado: o político e o burocrata, entendidos como a materialização última da alienação do cidadão comum em relação às esferas deliberativa e executiva da vida pública e, assim, como ícones da deslegitimação estatal.

Do ponto de vista estritamente jurídico, buscou-se retirar, discursivamente, o atributo da presunção de legitimidade dos atos administrativos afetos à fiscalização tributária. (MENDES, 2003)

Ocorre, entretanto, que essa visão (míope) padece de vícios. Tal como exposto por MURPHY e NAGEL (2005:11), os direitos de propriedade, entre os quais se podem incluir aqueles que compõem a liberdade de iniciativa, têm natureza convencional. Confira-se:

(...) a propriedade privada é uma convenção jurídica definida em parte pelo sistema tributário; logo, o sistema tributário não pode ser avaliado segundo seus efeitos sobre a propriedade privada, concebida como algo dotado de existência e validade independentes. Os impostos têm que ser avaliados como um elemento do sistema geral de direitos de propriedade que eles mesmos ajudam a criar. A justiça ou injustiça na tributação não pode ser outra coisa senão a justiça ou injustiça no sistema de direitos e concessões proprietárias que resultam de um determinado regime tributário.

Isso significa que, se há um direito ao livre exercício de atividades econômicas (ou livre exercício de profissão), esse direito é o que resulta do ordenamento jurídico como um todo, considerando-se, inclusive, os tributos devidos em razão do exercício dessas atividades mesmas (considerando-se, inclusive as exigências decorrentes da afirmação da existência do dever fundamental de pagar tributos).

Assim como não há renda pré-tributária, a partir da qual podemos avaliar a justeza do sistema tributário (MURPHY e NAGEL, 2005), não há também uma liberdade de exercício de atividade econômica pré-tributária. A liberdade de exercício de atividade econômica é aquela resultante da consideração, também, do sistema tributário que capta os recursos necessários a que o Estado garanta o exercício de tal liberdade. Confira-se, mais uma vez:

(...) é logicamente impossível que as pessoas tenham algum tipo de direito sobre renda que acumulam antes de pagar impostos. Só podem ter direito ao que lhes sobra depois de pagar os impostos sob um sistema legítimo, sustentado por uma tributação legítima – e isso demonstra que não podemos avaliar a legitimidade dos impostos tomando como critério a renda pré-tributária. Pelo contrário, temos de avaliar a legitimidade do sistema político e econômico que a gera, o qual inclui os impostos, que são aliás uma parte essencial desse sistema. A ordem lógica de prioridade entre impostos e os direitos de propriedade é inversa à ordem suposta pelo libertarismo.

Isso impõe, assim, que se analise a estrutura do sistema tributário para que se chegue à conclusão sobre se, em qualquer caso, a imposição de medidas restritivas a contribuintes inadimplentes (as chamadas sanções políticas) mostra-se violadora da liberdade de exercício de atividade econômica ou se esta, configurada, também, pelo sistema tributário, comporta restrições que tenham por objetivo efetivar o cumprimento do dever fundamental de pagar tributos.

O que se quer antecipar, então, é que, em nosso ordenamento, há um exagero no trato das chamadas sanções políticas. As súmulas editadas pelo STF realmente retratam situações de claro abuso do poder público que, com objetivo exclusivo de compelir o contribuinte ao

recolhimento de tributos aplica-lhe medidas restritivas. Houve, entretanto, hipertrofia no seu uso, de forma a tornar ilegítima, de antemão, toda e qualquer medida restritiva aplicada ao contribuinte inadimplente. Tudo isso em nome da preservação da liberdade de exercício de atividade econômica, tomada como princípio absoluto e que não comportaria restrições.

Ocorre, entretanto, que tal liberdade é revelada, também, pelo sistema de tributos adotados por um estado. A exata compreensão da liberdade de exercício de atividade econômica depende da compreensão, também, do nosso sistema tributário constitucional. A configuração que este recebeu da CF/88 é que guiará a decisão sobre se será válido afirmar a licitude, em alguns casos, das medidas restritivas impostas a contribuintes em débito.

A hipertrofia no uso da orientação jurisprudencial que condena as chamadas sanções políticas decorre, também, daquilo que NABAIS (2005) chamou de esquecimento dos deveres, fenômeno que teria ocorrido em virtude da conjuntura política, social e cultural do segundo pós-guerra e do retorno a uma *estrita visão liberal dos direitos fundamentais*.

Esquece-se que os direitos invocados no combate às chamadas sanções políticas (livre iniciativa) dependem de atuações estatais dirigidas a garanti-los (HOLMES, SUNSTEIN, 2000). Esquece-se, também, que tais atuações geram custos e que esses custos, em um estado tributário, são financiados pelos recursos vertidos aos cofres públicos através do cumprimento do dever fundamental de pagar tributos (a face oculta dos direitos fundamentais, conforme NABAIS (2005)).

E, como se verá a seguir, a caracterização do Estado Democrático de Direito brasileiro como um estado tributário, que consagra um dever fundamental de pagar tributos, gerará sensíveis implicações no que diz respeito ao trato das chamadas sanções políticas.

Por fim, é de se afirmar, ainda, que a concepção que afasta, de antemão, a validade de toda e qualquer sanção política imposta ao contribuinte toma os princípios do livre exercício de profissão e livre exercício de atividade econômica como absolutos. Ocorre, entretanto, que a própria definição de princípios como “*normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes*” (ALEXY, 2008:90) leva em conta a impossibilidade de os princípios serem tidos como algo absoluto. É que tal conceito faz referência às circunstâncias jurídicas existentes, o que significa que a realização daquilo ordenado por um princípio dependerá do que for ordenado por outros princípios jurídicos colidentes. O mesmo ALEXY (2008:111) arremata:

É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo direito absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.

A se tomar a livre iniciativa como algo absoluto, que não comporta restrições, podemos chegar a situações absurdas. Pense na hipótese absurda de a livre iniciativa ser invocada

por todos os contribuintes, para impedir a aplicação de medidas restritivas em caso de maciço e reiterado inadimplemento das obrigações tributárias. Se ela for considerada absoluta, nenhuma medida restritiva poderá ser imposta e a situação de inadimplemento perdurará.

Nesta situação hipotética, a invocação da livre iniciativa e seu trato como algo absoluto está a comprometer a sua (da livre iniciativa) própria efetivação. É que, como todos os direitos previstos na Constituição, a garantia da livre iniciativa depende de atuação estatal e gera custos, que são suportados, em um estado tributário, pelos valores recolhidos pelos contribuintes no cumprimento das obrigações tributárias impostas (HOLMES, SUNSTEIN, 2000). O maciço descumprimento das obrigações tributárias e a impossibilidade, gerada pela invocação da livre iniciativa, de se efetivar o cumprimento das obrigações por meio de medidas restritivas ocasionaria a falta de recursos para que o Estado, enfim, pudesse garantir a livre iniciativa de cada um dos contribuintes. Isso porque os direitos e liberdades individuais sempre dependem fundamentalmente de uma vigorosa atuação estatal (HOLMES, SUNSTEIN, 2000:14).

Tal contradição somente se resolve se tomarmos a livre iniciativa como princípio não-absoluto (um pleonasma, pois todo princípio tem caráter relativo), que estará, comumente, em colisão com outros princípios constitucionais e somente terá preferência em relação a estes outros depois de analisadas as circunstâncias fáticas e jurídicas reveladas nas situações concretas (ALEXY, 2008).

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO ESTADO TRIBUTÁRIO E O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS

A afirmação da existência do dever fundamental de pagar tributos⁹ passa, primeiro, pela afirmação do caráter tributário (ou fiscal) do estado brasileiro. E por estado tributário deve-se entender aquele que tem nos tributos seu principal suporte financeiro¹⁰.

ISENSEE (*apud* ESTEVAN, 2002:38), depois de afirmar que estado impositivo seria um tipo (que se opõe a conceitos), apresenta várias notas para qualificá-lo. O estado tributário seria aquele que realiza suas próprias tarefas – não há margem para a realização das tarefas estatais pelos particulares. Isso implica altos custos o que, por sua vez, exige uma poderosa e regular fonte de financiamento. As atividades empresariais são estranhas ao estado e constituem exceção. Estas são entregues às forças sociais.

A análise da CF/88 não deixa dúvidas sobre ser o estado brasileiro um estado tributário, ou seja, que se vale do arcabouço tributário como o financiador de suas tarefas.

A parte de nossa CF/88 dedicada à Organização do Estado (Título III – arts. 18 a 43) evidencia que são muitas as tarefas a serem desenvolvidas pelo Estado, caracterizando como excepcionais as hipóteses de realização dessas tarefas pela iniciativa privada.

Atento aos altos custos gerados pelo desenvolvimento das tarefas atribuídas, há, na CF/88, um vasto elenco de normas dedicadas ao fenômeno tributário. A par de evidenciar as

⁹ Aqui vai se dar preferência à expressão dever fundamental de pagar tributos e não somente impostos. Isso porque, entre nós, as espécies tributárias são as mais variadas possíveis, de forma que não podemos atribuir a uma só delas a tarefa de dar sustentação econômica ao estado.

¹⁰ Aqui usa-se a conceituação de NABAIS para Estado Fiscal. Usa-se o termo tributário por sabermos que o Estado brasileiro contempla as mais variadas espécies tributárias, não só os impostos.

espécies tributárias (arts. 145, incs. I, II e III; art. 148 e art. 149), nossa Constituição estabelece variados princípios (v.g., art. 150, incs. I a V), além de imunidades (v.g., art. 150, inc. VI, alíneas), disciplinando aquilo que chamou de sistema tributário nacional.

Em relação aos impostos, a Constituição elege certos fatos-signos presuntivos de capacidade contributiva, atribuindo a respectiva competência a cada um dos entes federativos: União (arts 153 e 154), Estados e Distrito Federal (art. 155) e Municípios (art. 156). O mesmo se pode dizer no que tange às contribuições de seguridade social, em relação às quais (art. 195, incs. I, II, III e IV) se elegeram certas materialidades que poderiam dar ensejo à tributação.

É dizer: a CF/88 dedicou especial atenção ao fenômeno tributário. Exatamente porque é a partir dele que se buscarão os recursos necessários ao desenvolvimento das tarefas constitucionalmente atribuídas, característica evidente de um estado tributário.

O mesmo se pode concluir através da análise do art. 173 da CF/88, que consagra a o caráter excepcional da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, afastando-se da idéia de um estado patrimonial. Conforme afirma NABAIS (2005:29), “*a ‘estadualidade fiscal’ significa, pois, uma separação fundamental entre o estado e a economia e a conseqüente sustentação financeira daquele através da sua participação nas receitas da economia produtiva pela via do imposto*”.

E mais: a CF/88, dando mostras da importância que conferiu ao fenômeno tributário, considera as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios atividades essenciais ao funcionamento do Estado, atribuindo-lhe recursos prioritários para realização de suas tarefas (art. 37, inc. XXII).

Tudo isso está a evidenciar o caráter tributário do Estado. E a principal conseqüência do reconhecimento deste caráter tributário está na forçosa conclusão de que existe um dever fundamental de pagar tributos, conclusão que poderá causar espécie e ser mal compreendida, conforme nos alerta GODOI (2005:158):

Poder-se-ia pensar que o reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos credenciaria o Estado a exigir dos contribuintes qualquer tipo de prestações tributárias, enfraquecendo os limites formais e materiais do poder de tributar.

O mesmo autor (GODOI, 2005:159) afasta essas conclusões precipitadas:

(...) a tendência de sublinhar as relações do tributo com a solidariedade social e de afirmar o dever fundamental de contribuir com os gastos públicos mediante o princípio da capacidade econômica veio à baila exatamente para afastar a noção autoritária do Direito Tributário com direito de império, composto por normas cuja característica fundamental radicava na tutela do interesse público arrecadatório, o que dava um caráter formal e instrumental ao dever de recolher impostos.

O que se pretende com o estudo e a afirmação do mencionado dever fundamental é, apenas, que “os direitos e deveres sejam colocados no mesmo plano, no mesmo plano constitucional. Pois tanto os direitos como os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional do indivíduo, ou melhor da pessoa” (NABAIS, 2005:14). Para esse estudo e afirmação recusam-se as visões extremistas do liberalismo e do comunitarismo¹¹ e afirma-se que:

¹¹ Pode-se dizer, com GALUPPO (2004:338), que “*o comunitarismo é uma matriz muito ampla, que engloba autores muito diversos, alguns muito antigos, como Aristóteles e Santo Tomás de Aquino, outros contemporâneos, como Michael Walzer e Alasdair Macintyre*”. Na visão comunitarista, haveria uma “*primazia ontológica e histórica da comunidade em relação parte*” (GALUPPO, 2004: 339).

(...) os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídica constitucional própria. Uma categoria que, apesar disso, integra o domínio ou a matéria dos direitos fundamentais, na medida em que este domínio ou esta matéria polariza todo o estatuto (activo e passivo, os direitos e os deveres) do indivíduo. Indivíduo que não pode deixar de ser entendido como um ser simultaneamente livre e responsável, ou seja, como uma pessoa. (NABAIS, 2005:14)

Conclui-se, portanto, que o tema das chamadas sanções políticas, assim como outros delicados temas em matéria de direito tributário¹², não podem receber tratamento que despreze a existência do dever fundamental de pagar tributos e todas as suas implicações. E mais: a existência de um tal dever, altera, substancialmente, a forma de se lidar com as referidas medidas restritivas.

Lembre-se que as sanções políticas sempre foram rechaçadas levando-se em conta os princípios do livre exercício de profissão (art. 5º, inc. XIII da CF/88) e do livre exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único da CF/88) – ambos compondo a chamada livre iniciativa.

Já se afirmou aqui que não se pode dizer da existência de uma livre iniciativa *pré-tributária*: aquela que existiria antes do fenômeno tributário e que sofreria interferência deste, com a imposição recolhimento, para os cofres públicos, de parte dos recursos produzidos no seu exercício. A livre iniciativa é, antes, revelada, também e entre outras coisas, pelo sistema de tributos previsto na CF/88. E esta consagra o dever fundamental de pagar tributos, como face oculta dos direitos fundamentais (NABAIS, 2005).

A existência do dever fundamental de pagar tributos implica no reconhecimento da existência, também, de um princípio que imponha às Administrações Tributárias o dever de exigir, de forma eficaz, o cumprimento das obrigações impostas aos contribuintes. O que se quer dizer é que tal princípio, que exige a efetividade da atuação estatal tendente a exigir o cumprimento das obrigações tributárias, em alguns casos, entrará em choque com os princípios que compõem a chamada livre iniciativa (livre exercício de profissão e de atividade econômica). A solução do choque se resolverá diante das circunstâncias, fáticas e jurídicas, reveladas pelo caso concreto. Isso porque não há princípios tidos por absolutos, cuja aplicação prepondere em relação a todos os outros princípios (ALEXY, 2008).

Se assim é, os princípios que compõem a livre iniciativa deverão ser sopesados com outros que entrem em jogo e será estabelecida uma regra de preponderância com validade para o caso concreto.

Assim é que, a seguir, será efetuada uma breve análise das mais conhecidas medidas restritivas chamadas de sanções políticas (tomando-se por base a legislação do Estado de Minas Gerais) levando-se em consideração essa nova perspectiva – a livre iniciativa revelada, também, pelo sistema tributário e a consagração do dever fundamental de pagar tributos.

4. DA LEGITIMIDADE DE ALGUMAS DAS CHAMADAS SANÇÕES POLÍTICAS NO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) Da apreensão e da retenção de mercadorias

¹² Como, p. ex., a questão do suposto sigilo bancário e das cláusulas anti-elisivas.

Atualmente, no Estado de Minas Gerais, estabelece o art. 42 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 42. Dar-se-á a apreensão de mercadorias quando:
 I - transportadas ou encontradas sem os documentos fiscais;
 II - acobertadas por documentação fiscal falsa ou ideologicamente falsa;
 III - transportadas ou encontradas com documento fiscal que indique remetente ou destinatário que não estejam no exercício regular de suas atividades;

Com relação à apreensão de mercadorias, pode-se perceber que ela só deve ocorrer em hipóteses excepcionais, que se referem à ausência de documentos fiscais ou existência deles contendo vícios graves (falsidade ou indicação de destinatário no exercício irregular da atividade).

Tem ela, ainda, caráter precário, já que a própria legislação estadual (Lei nº 6.763/75, art. 47) estabelece as hipóteses em que as mercadorias apreendidas serão liberadas:

Art. 47. A liberação de mercadoria apreendida, conforme dispuser o regulamento, será autorizada em qualquer época, desde que:
 I - a mercadoria não seja necessária à comprovação material da infração ou à eleição do sujeito passivo;
 II - o interessado comprove a posse legítima, independentemente de pagamento.

Já no que diz respeito à retenção de mercadorias, a mesma Lei nº 6.763/75 estabelece, *in verbis*:

Art. 43. Mercadorias poderão ser retidas, devendo ser lavrado Auto de Retenção previsto em regulamento, pelo tempo estritamente necessário à realização de diligência para apuração, isolada ou cumulativamente:
 I – da sujeição passiva;
 II – do local da operação ou da prestação para efeito de determinação da sujeição ativa;
 III – dos aspectos quantitativos do fato gerador, em especial quando a base de cálculo tiver que ser arbitrada;
 IV – da materialidade do fato indiciariamente detectado;
 V – de outros elementos imprescindíveis à correta emissão do Auto de Infração.

Evidencia-se o caráter temporário da medida restritiva: deve ela durar o tempo estritamente necessário à realização de diligência para a apuração de irregularidades. O regulamento do ICMS fixa o prazo máximo de retenção em cinco dias (art. 203 do RICMS).

O que se verifica, portanto, é que, observadas as regras legais, não se pode enxergar nas referidas medidas o caráter indireto das chamadas sanções políticas – o objetivo de compelir o contribuinte ao recolhimento do tributo eventualmente devido.

Objetiva-se, ao revés, a proteção de outros interesses. Tome-se, por exemplo, a hipótese de mercadoria transportada com documentação fiscal falsa. Seria um contra-senso impedir a autoridade fiscalizadora de efetuar a apreensão dessa mercadoria, mesmo que constatado o ilícito. Permite-se a apreensão não como forma de compelir o contribuinte ao recolhimento do tributo devido, mas sim como meio de se evitar o cometimento e a efetivação de ilícitos que transbordam os limites do direito tributário, invadindo a seara criminal. Trata-se, nada mais, de concretização do dever imposto ao Estado de combater o ilícito, seja ele de qual espécie for.

É claro que, para se legitimar a apreensão, devem estar presentes os requisitos legais. E, presentes os requisitos legais, não se pode atribuir à medida o caráter de sanção política, tendente a compelir o contribuinte ao recolhimento do tributo devido.

Ressalte-se, ainda, que a própria legislação estadual estabelece hipóteses de devolução das mercadorias apreendidas. Caso a apreensão das mercadorias não seja necessária à apuração da infração e da sujeição passiva e o interessado comprove sua posse legítima, a fiscalização está obrigada a promover a sua devolução, independentemente de qualquer pagamento.

É dizer: para que a apreensão da mercadoria seja tida por ilegítima sanção política, haverá o interessado de demonstrar que foi ela utilizada fora dos limites legais, como forma de se compelir o contribuinte ao pagamento do tributo devido. Desde que atendidas as exigências legais, não terá a apreensão de mercadorias caráter de sanção política.

O mesmo se pode dizer das hipóteses de retenção de mercadorias. Qual o objetivo da retenção? Apuração, isolada ou cumulativamente da sujeição passiva; do local da operação ou da prestação para efeito de determinação da sujeição ativa; dos aspectos quantitativos do fato gerador, em especial quando a base de cálculo tiver que ser arbitrada; da materialidade do fato indiciariamente detectado; de outros elementos imprescindíveis à correta emissão do Auto de Infração.

O que se pretende é viabilizar a coleta de elementos imprescindíveis à lavratura do auto de infração. E a retenção não deve prosperar por prazo superior àquele fixado em regulamento – cinco dias.

A medida, a par de não configurar qualquer violação ao princípio da livre iniciativa (dado o seu caráter necessário e temporário), concretiza, nessas situações, o cumprimento do dever fundamental de pagar tributos, possibilitando à Administração Pública o cumprimento do dever que lhe foi imposto pela CF/88, de efetivar o cumprimento das obrigações tributárias. Isso porque viabiliza o acertamento das relações fisco-contribuinte, com a cobrança do tributo efetivamente devido em razão do exercício da atividade pelo particular. Acaso o contribuinte discorde do auto de infração lavrado, tem ele, a seu dispor, a esfera administrativa e judicial para buscar o cancelamento do crédito. E, findo o prazo fixado pelo regulamento, as mercadorias deverão ser devolvidas, sem, repita-se, qualquer violação ao princípio da livre iniciativa.

O que ocorre é que qualquer das duas medidas – apreensão ou retenção de mercadorias – recebe, do Poder Judiciário, tratamento comum: ambas são tidas por sanções políticas ilegítimas e, no geral, os contribuintes obtêm decisões, por vezes em sede de liminar, determinando a liberação, em prejuízo dos outros interesses resguardados. Simples consulta à Jurisprudência do TJMG (www.tjmg.jus.br) já oferece múltiplos exemplos do tratamento conferido às medidas.

Tome-se como exemplo a situação narrada nos autos do Mandado de Segurança nº 301.07.032327 – 6, que tramitou pela comarca de Igarapé. Houve retenção de mercadorias em virtude da constatação de irregularidades nos documentos que acobertavam o transporte: o peso da carga era superior ao atestado pelos documentos apresentados. Além disso, eram transportadas mercadorias que não faziam parte da atividade da remetente e, também, havia discrepância entre os destinatários.

Imediatamente após a retenção, foi impetrado o Mandado de Segurança e concedida a liminar para liberação, prejudicando a tarefa de fiscalização que se realizaria. Muito embora o Estado de Minas Gerais tenha defendido a legitimidade do ato, o Tribunal de Justiça confirmou

a decisão de concessão da segurança (Ap. Cível nº 1.0301.07.033327 – 6/002, Rel. Des. Geraldo Augusto, MG 27.02.2010), lançando mão dos termos da já mencionada Súmula nº 323 do STF e da compreensão de que a medida configuraria restrição aos princípios que compõe a livre iniciativa, sem que as circunstâncias fáticas (necessidade da medida para fins de acertamento das relações fisco/contribuinte) e jurídicas (outros princípios em jogo) fossem devidamente avaliados.

A crítica que se faz diz respeito ao valor conferido aos enunciados das já mencionadas súmulas. Elas são tidas por verdades absolutas e não se leva em conta a existência de outros interesses que podem ser perseguidos com a adoção da medida restritiva.

b) Dos regimes especiais de fiscalização

Na legislação do Estado de Minas Gerais, a aplicação de regime especial de controle e fiscalização do contribuinte encontra-se disciplinada pelo art. 52 da Lei nº 6.763/75.

O regime especial pode consistir na aplicação, isolada ou cumulativamente, das seguintes medidas (art. 52, § 1º da Lei nº 6.763/75): obrigatoriedade de fornecer informação periódica referente a operação ou prestação que realizar; alteração no período de apuração, no prazo e na forma de recolhimento do imposto; emissão de documento fiscal sob controle da autoridade fiscal ou cassação da autorização para escrituração ou emissão de livro e documento fiscal por sistema de processamento eletrônico de dados; restrição do uso de documento fiscal destinado ao acobertamento de operação relativa a circulação de mercadoria ou a prestação de serviço; plantão permanente de agente do Fisco no local onde deva ser exercida a fiscalização do imposto, para controle de operação ou prestação realizada, de documento fiscal e de outro elemento relacionado com a condição de contribuinte; exigência de comprovação da entrada da mercadoria ou bem ou do recebimento do serviço para a apropriação do respectivo crédito.

São, todas elas, medidas que podem causar embaraços ao desenvolvimento normal das atividades do contribuinte.

Os motivos que podem ensejar a aplicação do regime especial (incisos do art. 52) são os mais variados possíveis. Entre eles, podem-se verificar claros excessos, em que se tornaria difícil enxergar outro objetivo que não o de apenas compelir o contribuinte ao recolhimento dos tributos devidos. A título de exemplo, cite-se o previsto no inc. I do art. 52 da Lei nº 6.763/75: *deixar de recolher o imposto devido nos prazos estabelecidos na legislação tributária*. Obviamente que o simples não recolhimento do tributo no prazo estabelecido não poderia ensejar a aplicação do regime especial, sob pena, ai sim, de se configurar medida indireta e ilegítima tendente ao recolhimento dos tributos.

Há, porém, motivos que claramente poderiam sustentar a aplicação de regime especial. Cite-se, por exemplo, o previsto no inc. V do mesmo art. 52 da Lei nº 6.763/75: *utilizar, em desacordo com os requisitos e as finalidades previstos na legislação, livro ou documento exigido pelo Fisco, alterar os valores neles constantes ou declarar valores notoriamente inferiores ao preço corrente da mercadoria ou seu similar ou do serviço prestado, na praça em que estiver situado, em especial quando a utilização se der como participação em fraude e com finalidade de obter ou proporcionar a terceiros crédito de imposto ou de dar cobertura ao trânsito de mercadoria ou à prestação de serviço*.

Em situações como essas, pode-se perceber que o regime especial não encerra apenas uma medida tendente a compelir o contribuinte ao recolhimento dos tributos devidos. Objetiva-se a efetivação do dever fundamental de pagar tributos, pelo contribuinte a quem se aplicou o regime especial, mas também com relação a terceiros, tendo em conta a finalidade de obter ou proporcionar a terceiros crédito de imposto ou de dar cobertura ao trânsito de mercadoria ou à prestação de serviço.

Obviamente que, em casos como tais, a aplicação da medida não esbarra no princípio da livre iniciativa que, como já se disse, deve ser pensada em vista de todo o ordenamento, em especial, para o que interessa, em vista do sistema tributário nacional e do dever fundamental de pagar tributos. Assim, não se pode conceber que a livre iniciativa seja exercida de forma a desprestigiar o cumprimento do dever fundamental de pagar tributos e, nessas hipóteses, seria possível a aplicação de regime especial de controle e fiscalização.

O que se pretende concluir é que a aplicação do regime especial somente se legitimará caso se enxergue outros interesses em jogo, que justifiquem a invocação de outros princípios, capazes de, na situação concreta, justificar a limitação imposta à livre iniciativa.

c) Do cancelamento da inscrição no cadastro de contribuintes

É o art. 108 do RICMS que estabelece as hipóteses de cancelamento da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS:

Art. 108. A inscrição será cancelada:

I - em decorrência de pedido de baixa por encerramento de atividades, quando, feitas as verificações, ficar constatada a regularidade fiscal do contribuinte;

II - de ofício, por ato do Chefe da Administração Fazendária (AF) que concedeu a inscrição, quando:

a - houver sentença declaratória de falência transitada em julgado, ressalvada a hipótese de continuação do negócio deferida pelo Poder Judiciário;

b - ficar constatado o desaparecimento do contribuinte;

c - ficar comprovado, por meio de diligência fiscal, que o contribuinte não exerce atividade no endereço ou no local indicado;

d - for cancelada a inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ);

e - ficar comprovada a indicação de dados cadastrais falsos;

f - for utilizada com dolo ou fraude;

g - ficar comprovada a emissão de documento fiscal para acobertamento de operação ou prestação não autorizadas pelo órgão regulamentador da atividade do contribuinte;
h - expirar o prazo de paralisação temporária sem a apresentação de pedido de baixa, reativação ou de nova comunicação de paralisação temporária de inscrição estadual;

i - ficar comprovado que o sócio ou dirigente da empresa foi condenado por crime de receptação ou contra a propriedade industrial há menos de 05 (cinco) anos contados da data em que transitou em julgado a sentença;

j - relativamente à empresa envolvida em ilícito fiscal em cujo quadro societário figure empresa sediada no exterior, não for identificado ou houver identificação incorreta de seus controladores ou beneficiários;

É sabido que o cancelamento da inscrição se assemelha à interdição do estabelecimento. Interdição que é condenada pela súmula nº 70 do STF. Mas a interdição

condenada é aquela que tem por objetivo compelir o contribuinte ao recolhimento dos tributos devidos.

Na legislação do Estado de Minas Gerais não se vislumbra nenhuma hipótese de permissão para cancelamento da inscrição com esse vedado objetivo. Todas as hipóteses permitidas referem-se a graves irregularidades verificadas na situação cadastral do contribuinte.

Mais uma vez o que se pode perceber é que as medida restritiva não configura afronta à livre iniciativa. Antes, porém, impõem o seu exercício de acordo com as exigências de implementação do dever fundamental de pagar tributos. É dizer: faz com que o princípio da livre iniciativa seja concretizado nos limites do ordenamento jurídico, composto, também, por um sistema que consagra o dever fundamental de pagar impostos.

5. CONCLUSÃO

Com a apreciação, pelo STF, do caso *American Virginia Tabacos*, a questão da legitimidade das sanções políticas voltou à tona no direito tributário brasileiro, tendo em vista uma possível mudança de orientação daquele tribunal em relação ao tema.

Nada mais propício que um retorno ao estudo da controvérsia, tendo em vista, inclusive, as diferenças de contexto normativo existentes entre os momentos da formação daquela orientação jurisprudencial e o atual.

A orientação do STF em relação às chamadas sanções políticas teve como precedentes situações em que se mostravam claros o abuso e o exagero dos poderes constituídos que aplicavam as medidas restritivas com o nítido objetivo de compelir os contribuintes ao recolhimento dos tributos devidos.

Depois de formada a referida orientação, sua aplicação se disseminou, doutrinaria e jurisprudencialmente, condenando a aplicação das medidas restritivas em quaisquer casos, sempre com alegação de violação às cláusulas dos arts. 5º, inc. XIII (liberdade de exercício profissional) e 170, parágrafo único (liberdade de exercício de atividade econômica) da Constituição Federal de 1988 – CF/88.

A referida disseminação teve, por pano de fundo, concepção liberal do Estado (mínimo, garantidor dos direitos e liberdades individuais, centrado na liberdade individual e no direito de propriedade e prestador de um pequeno rol de serviços públicos indispensáveis). Tal concepção não mais se sustenta no Estado Democrático de Direito plasmado na CF/88.

O direito à livre iniciativa não pode ser concebido como algo existente antes do fenômeno tributário – livre iniciativa pré-tributária. É algo que, assim como o sistema dos direitos de propriedade, é revelado pelo ordenamento jurídico como um todo, em especial pelo sistema de tributos. Estes ajudam a configurar a livre iniciativa, sempre utilizada no combate às sanções políticas.

Nosso ordenamento reafirma o caráter tributário do estado brasileiro e consagra o dever fundamental de pagar tributos. Esse dever fundamental, que impõe à Administração Pública o dever de exigir dos contribuintes o cumprimento de suas obrigações tributárias, deve ser levado em conta no estudo das chamadas sanções políticas.

Além disso, não se pode conceber a existência de princípios tidos por absolutos. Os princípios que compõem a idéia de livre iniciativa, por isso, podem, em situações concretas, colidir com outros princípios, também previstos na CF/88, e que apontam para a legitimidade das medidas restritivas impostas a contribuintes.

Pode-se concluir, portanto, que estas medidas restritivas deverão ser tidas como ilegítimas somente quando não se vislumbrar qualquer outro objetivo que não o de, indiretamente, compelir o contribuinte a recolher os tributos devidos.

Há situações em que a aplicação das medidas restritivas objetiva a concretização do dever fundamental de pagar tributos e do dever imposto à Administração Pública de efetivar o cumprimento das obrigações impostas aos contribuintes. Nessas hipóteses, deve ser afastada a orientação que condena as sanções políticas, uma vez que não haverá qualquer violação à livre iniciativa, mas sim aplicação desta de forma condizente com o sistema que consagra um dever fundamental de pagar tributos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARQUERO ESTEVAN, Juan Manoel. *La función del tributo en el Estado social e democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves et al. Pagando para receber?: Subsídios para uma política de cobrança da dívida ativa no setor público: resultados de pesquisa sobre o custo médio de cobrança de execução fiscal em Minas Gerais. *Direito Público*: revista jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.5, n.1-2, p. 65, jan./dez. 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. Comunitarismo e liberalismo na fundamentação do Estado e o problema da tolerância. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GODOI, Marciano Seabra de. *Questões atuais do direito tributário na jurisprudência do STF*. São Paulo: Dialética, 2006.

GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: GRECO Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. Sanções políticas no direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 30, p. 46-49, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Sanções políticas como meio de cobrança de tributo. Incompatibilidade com as garantias constitucionais do contribuinte.

Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Requisitos da medida liminar. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.150, p. 85-101, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os reflexos da tributação e da sonegação na competitividade das empresas. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 1, n.1, p. 21-45, 2003.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*: os impostos e a justiça. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e custos dos direitos. In: *Por um Estado fiscal suportável*: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005.

A GLOBALIZAÇÃO E A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL

BRUNO MATIAS LOPES*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito de soberania. 3. A relativização da soberania estatal. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

As transformações ocorridas no mundo após a queda do muro de Berlin e fim dos países socialistas do leste europeu, e, em especial, com a “globalização”, levaram a soberania para o centro das discussões jurídicas.

Neste contexto, faremos uma análise sobre o conceito de soberania e sua relativização em face das transformações mencionadas.

2. CONCEITO DE SOBERANIA

O conceito de Soberania, historicamente, esteve vinculado à racionalização jurídica do Poder, no sentido de transformação da capacidade de coerção em Poder legítimo. Ou seja, na transformação do Poder de Fato em Poder de Direito, configurando um dos pilares teóricos do Estado Constitucional Moderno.¹

Reconhecido historicamente como um dos primeiros a conceituar a soberania, Jean Bodin a definiu como “um poder absoluto e perpétuo de uma República em relação aos que manipulam todos os negócios de Estado de uma República.”²

Para o mencionado autor, a soberania é absoluta porque o seu exercício é livre e não pode ser interrompido por nenhum obstáculo de natureza política. Ao governante seria conferido poder absoluto e soberano, não estando subordinado a nenhuma lei posterior, pois ele estaria acima do direito interno.

Interessante destacar, também, as lições de Bobbio, para quem o conceito de soberania pode ser concebido de maneira ampla ou de maneira estrita. Em sentido amplo, indica o poder de mando de última instância, numa sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais organizações humanas, nas quais não se encontra este poder supremo. Este conceito está, assim, intimamente ligado ao poder político. Já em sentido estrito, na sua

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora/MG. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá.

¹ CRUZ, Paulo Márcio. *Soberania, Estado, globalização e crise*.

² BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Tradução Pedro Bravo Gala. 3.ed. Madrid: Tecnos, 1997. p. 9.

significação moderna, o termo soberania aparece, no final do Século XVI, junto com o Estado Absoluto, para caracterizar, de forma plena, o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política.³

Sem aprofundarmos no tema, que não é o objeto do presente trabalho, merece destacar, apenas, que com a superação do Estado Absoluto e o conseqüente surgimento do Estado Moderno, a soberania foi transferida da pessoa do soberano para a Nação (na visão de Hobbes⁴) ou para o Povo (na visão de Rousseau⁵). Neste ponto, destaca-se que no Estado caracterizado como Estado de Direito, cujo surgimento esteve diretamente relacionado com o exercício arbitrário do poder durante o Absolutismo, o Estado, ou governante, se submete às leis produzidas pelo próprio poder estatal.

Pela clareza e precisão demonstrada, insta ressaltar, por oportuno, o conceito trazido por Marcelo Caetano⁶, para quem a soberania é:

“um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros países.”

Por este último conceito, fácil perceber que a soberania pode ser vista sobre dois prismas ou aspectos. No aspecto interno a soberania representa a supremacia do poder de mando dentro do Estado, ou seja, internamente não existe nenhum outro poder acima do poder supremo do Estado. Na concepção de Azambuja, este prisma refere-se à autoridade do Estado, às leis e ordens que edita para todos os indivíduos que habitam seu território e as sociedades formadas por estes indivíduos; predomina sem contraste, não pode ser limitada por nenhum outro poder.⁷

No aspecto externo a soberania representa a igualdade entre os Estados no plano internacional. Para Azambuja, este prisma significa que, no cenário internacional, as relações recíprocas entre os Estados são de igualdade e respeito; não há dependência, do mesmo modo que não há elementos que indiquem a formação de um mega-Estado.⁸

3. A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL

A queda do muro de Berlin e o fim dos países socialistas do leste europeu, com a conseqüente extinção da bipolaridade existente entre as concepções capitalistas e socialistas, são os marcos que representam esta nova fase pela qual passam os Estados.

Esta fase, chamada de Estado Pós-Moderno ou Estado Pós-Social, caracteriza-se pela predominância do capitalismo de mercado, de cunho neoliberal, que aliviado das confrontações ideológicas do socialismo, foi tido como a única alternativa a ser seguida, gerando a chamada “mundialização” da economia de mercado e do capitalismo.

³ BOBBIO, Norberto et al.. *Dicionário de política*. 7.ed. Tradução Carmem Varrialle et al.. Brasília: UnB, 1995.

⁴ *Idem*.

⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 127.

⁶ CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 169.

⁷ AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 13.ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 63.

⁸ *Idem*.

Este processo de “globalização”, aliado ao desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação e informação, alcança um patamar de tal monta que implica em um poder concorrente com o Estado.

Nesta conjuntura, a soberania não é ameaçada somente pela guerra ou invasão, mas pela dominação ideológica e econômica.

A “globalização” é disseminada como um processo de internacionalização dos fatores produtivos e do capital, impulsionado pela revolução tecnológica, principalmente dos meios de comunicação. Estamos passando por uma era em que a maior parte da vida social é determinada por processos globais, em que culturas, economias e fronteiras nacionais estão se dissolvendo.

Neste contexto de “globalização”, o estudo sobre a soberania ganha importância, visto que para alguns estudiosos, ela está em via de extinção. O fundamento para isto está na mudança do paradigma de Estado adotado pelo constitucionalismo, pois as fontes de produção normativa, cujo controle sempre foi visto como primordial para a existência de uma nação soberana, não mais pertencem ao Estado, mas a organismos internacionais. O Estado, sob este prisma, perde sua autonomia e independência.⁹

Podemos afirmar que a globalização “enfraqueceu” ou “esvaziou” os Estados, limitando a sua autonomia e soberania, uma vez que não têm capacidade para contrapor as regras e aos ditames da economia global. Os processos econômicos, migratórios, ambientais e políticos regionais e globais redefinem profundamente o conteúdo das decisões nacionais, uma vez que um Estado não é isolado e livre para decidir exclusivamente com base em seu único interesse, mas tem que levar em conta o contexto mundial em que está inserido e a repercussão e impacto de seus atos na esfera internacional, principalmente de ordem econômica, analisando, inclusive, a possibilidade de sofrer sanções, bloqueios e ameaças de confronto.

Esta nova ordem internacional, caracterizadora do Estado Pós-Moderno, compreende que determinados princípios acolhidos nos estatutos das organizações internacionais são vinculantes, inclusive para aqueles países que estejam fora da organização. Deste modo, o Estado, membro ou não das Nações Unidas, que não cumpra as regras estabelecidas no concerto internacional, estará exposto a sanções por parte da comunidade internacional.¹⁰

Nesta linha de pensamento segue Dobrowolski, para quem também deve ser objeto de consideração a real perda do poder soberano do Estado com a ascensão de novas fontes de produção jurídica. No nível externo, o fenômeno das integrações regionais exclui da capacidade decisória da organização estatal diversos tópicos, que passam a serem regidos por meio de acordos internacionais.¹¹

Como consequência desse processo de “transnacionalização” do Estado Constitucional Moderno, poderes que antes eram atribuídos ao titular da soberania, estão agora,

⁹ OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O conceito de soberania perante a globalização. *Revista CEJ*, Brasília, n.32, p. 80-88, jan./mar. 2006.

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio. *Soberania, Estado, globalização e crise*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9955&p=2>>.

¹¹ DOBROWOSKI, Sílvio. *A constituição no mundo globalizado*. p. 305.

inclusive juridicamente, transferidos para outras esferas, o que ocorre, por exemplo, na formação de blocos, como a União Européia, onde há uma distribuição de funções, atribuições e cargos, decorrentes, necessariamente, da cessão de uma parcela da soberania pelos Estados acordantes.

Assim, a soberania atual não se caracteriza como uma qualidade inalterável e absoluta. Ao contrário, muitos dos poderes do Estado Constitucional Moderno, como o de legislar, tributar ou julgar, hoje, estão transferidos a outras instâncias, o que traz como consequência o que os estudiosos chamam de relativização da soberania.

Seguindo as palavras de Hermann-Josef Blanke¹², podemos concluir que:

“a soberania externa se elimina cada dia mais devido à crescente interdependência dos Estados, à perda do significado das fronteiras do Estado, e, finalmente, pela constituição de uma rede sempre mais densa de dependências transnacionais e de relações negociadoras.”

Quanto à soberania interna, o mencionado doutrinador afirma que “*transformou-se em uma ilusão pela descentralização de competências e pela multiplicidade dos órgãos com capacidade de decisão...*”.¹³

4 - CONCLUSÃO

Pelo que se viu, definitivamente, a soberania no seu sentido clássico, definida como absoluta por Bodin, deixou de existir. Compreender atualmente a soberania como poder ilimitado e absoluto do Estado é não perceber as alterações sofridas pelo conceito para adaptar-se à realidade jurídica e social pelo qual passa o mundo globalizado.

Por outro lado, ainda não podemos afirmar que a mesma foi integralmente extinta, embora seja cristalino que ela passa por um processo de relativização, pois embora deva ser exercida com limitações, em respeito à soberania de outros Estados e pelo fato de que um Estado não é isolado e livre para decidir com base em seu exclusivo interesse, ela não foi ainda totalmente superada por nenhum outro poder, tanto no âmbito interno quanto no âmbito externo. Uma prova disto é, segundo Liziane Paixão Silva Oliveira,¹⁴ que a maior organização internacional, a ONU, não é soberana, e é formada por Estados que, ainda que com certa limitação, continuam independentes e autônomos, mesmo integrando-a.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 13.ed. São Paulo: Globo, 2001.

BLANKE, Hermann-Josef. *Projeto de Constituição da União Européia, soberania, princípios*

¹² BLANKE, Hermann-Josef. *Projeto de Constituição da União Européia, soberania, princípios fundamentais e ordem pública internacional: defesa dos interesses difusos na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Niterói: GPEJ, 2003. (Série Cadernos, v. 7).

¹³ *Idem*.

¹⁴ OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O conceito de soberania perante a globalização. *Revista CEJ, Brasília*, n.32, p. 80-88, jan./mar. 2006.

fundamentais e ordem pública internacional: defesa dos interesses difusos na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Niterói: GPEJ, 2003. (Série Cadernos, v.7).

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmem Varrialle et al.. 7.ed. Brasília: UnB, 1995.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Tradução Pedro Bravo Gala. 3.ed. Madrid: Tecnos, 1997.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.1.

CRUZ, Paulo Márcio. Soberania e superação do Estado constitucional moderno. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9955&p=2>>

CRUZ, Paulo Márcio. Soberania, Estado, globalização e crise. Disponível em: <www.cejurps.univali.br/mestrado/artigos>.

DOBROWOSKI, Sílvio. *A constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização*, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O conceito de soberania perante a globalização. *Revista CEJ*, Brasília, n.32, p. 80-88, jan./mar. 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

STELZER, Joana. *União européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* Curitiba: Juruá, 2000.

A COMPARTICIPAÇÃO E O POLICENTRISMO NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

uma análise da obra Processo Jurisdicional Democrático*

ELDER GOMES DUTRA**

NILZA APARECIDA RAMOS NOGUEIRA***

SUMÁRIO

1. Noções introdutórias: necessária compreensão dos marcos teóricos para a construção da obra. 2. Da necessidade da quebra do dogma do protagonismo do juiz. 3. Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil. 3.1 Da concepção de processo em Fazzalari e do resgate de sua importância garantista. 3.2 Da evolução do constitucionalismo do século XX e da aplicação dinâmica do princípio do contraditório: do policentrismo e da comparticipação dos sujeitos processuais. 3.3 Do princípio do contraditório como garantia de influência e de não surpresa: do balizamento constitucional do policentrismo e da comparticipação. 4. Considerações conclusivas.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: NECESSÁRIA COMPREENSÃO DOS MARCOS TEÓRICOS PARA A CONSTRUÇÃO DA OBRA

Dierle José Coelho Nunes, na obra em análise, propõe um estudo acerca da história das reformas processuais no Brasil e da crítica aos seus resultados, visando a uma reconstrução democrática do processo civil, que implica reconhecer o seu caráter participativo e policêntrico e que tem no contraditório¹ verdadeiro princípio constitutivo e estruturante, de modo

*O presente artigo é fruto de Seminários apresentados na disciplina Processo Constitucional, lecionada pelo Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias no Programa de Pós-graduação *scripto sensu* em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em especial pela análise sistematizada da obra *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais de Dierle José Coelho Nunes*. Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1.ed., 1.reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. 282 p.

** Mestrando em Direito Processual no Programa de Pós-graduação *scripto sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Público pelo IES-CEAJUFE. Advogado militante. Professor Universitário.

*** Procuradora do Estado de Minas Gerais. Mestranda em Direito Processual no Programa de Pós-graduação *scripto sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

a exigir a revisão dos fundamentos de legitimidade da autoridade jurisdicional no marco do *paradigma*² procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

À guisa de introdução apresenta razões para uma revisão crítica atual dos movimentos reformistas e das suas origens na crise do paradigma liberal e na passagem para o paradigma social, assim como de uma renovada compreensão do processo civil, de seus princípios e de sua dogmática, sob o pano de fundo da crise atual do discurso do acesso à justiça.

Nesse momento, identificam-se os marcos teóricos utilizados para o desenvolvimento da obra, consistentes na teoria dos paradigmas do direito e na teoria discursiva do direito proposta por *Jürgen Habermas*; nos trabalhos dos autores italianos *Mirjan Damaska* e *Michele Taruffo*; na teoria do processo como procedimento em contraditório de *Elio Fazzalari*.

Do entrelaçamento dessas perspectivas teóricas, sustenta Dierle Nunes que o caráter crucial do processo civil democrático é a “participação de todos os interessados nos procedimentos deliberativos de decisões”, de forma que todos os cidadãos se assumam “concomitantemente, como autores e destinatários (responsáveis) nos espaços públicos, sem a necessidade de autoridades magnânimas e sensíveis que os aliviem de suas escolhas.”³

O autor aborda uma necessária reconstrução do sistema processual, a partir da fase pré-liberal e do *liberalismo processual*, apontando aspectos técnico-procedimentais que demonstram o predomínio de um liberalismo processual baseado no domínio das partes, na igualdade formal⁴, no princípio da escritura⁵, na passividade judicial e no princípio do dispositivo⁶, denominados de “Caracteres técnicos do processo liberal”.

¹ Para Dierle Nunes o contraditório constitui “garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo”, visto que, “como elemento normativo estrutural da participação”, assegura constitucionalmente o “policentrismo processual”, constituindo verdadeira “garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1.ed., 1.reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p. 227, 229.

² A locução paradigma deve ser entendida não numa visão como a proposta por Kuhn, de modelo ou padrão, mas no sentido de sistema, visto que os “paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas *jurídico-normativos consistentes*, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional”. Em verdade prefere-se que o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito sejam vistos como “verdadeiros princípios conexos e normas jurídicas constitucionalmente positivadas, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais”. Nesse sentido, Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 101-102.

³ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 52.

⁴ Cf. NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 74-75. Na fase do liberalismo processual, idealizou-se uma concepção formal de igualdade que pressupunha a inexistência de disparidades entre os indivíduos. Tal concepção gerava, no processo, uma impossibilidade de compensações de desigualdades (sociais e econômicas) pela atividade judicial ou pela assistência de advogados subsidiados pelo estado, onde o contraditório se reduz a uma mera bilateralidade de audiência.

⁵ Em nota de rodapé, citando Mauro Cappelletti, o autor esclarece que o sistema ou princípio da escritura estabelecia que “o juiz devia julgar apenas com base nos escritos, sem nunca entrar em contato direto (e, por conseguinte, oral) com as partes, com as testemunhas, com os peritos. A escritura era considerada quase como um escudo do juiz contra as tentações e os perigos da parcialidade. Era, na realidade, a barreira, o diafragma que separava o juiz do processo e daqueles que do processo são os verdadeiros protagonistas privados: sobretudo as partes e as testemunhas.” Cf. NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 73.

⁶ Pelo princípio dispositivo, o autor, com amparo em *Tito Carnacini* e *Juan Montero Aroca*, esclarece que se trata de verdadeiro “veto ao juiz de instaurar e manifestar-se de ofício dentro do processo. Com base nesse princípio, o

Ao apontar a origem de surgimento do socialismo jurídico e de suas bases iniciais de socialização do processo no âmbito da legislação e doutrina, Dierle Nunes busca demonstrar que, com o esgotamento do liberalismo processual, delineou-se uma linha doutrinária socializadora, idealizada por *Anton Menger* (França), *Franz Klein* (Áustria) e *Oscar Von Bülow* (Alemanha)⁷. Essas proposições teóricas, na concepção de Dierle Nunes, compõem a base para o reforço de um paradigma de estado social que defende um protagonismo judicial (enfraquecimento do papel das partes e reforço do papel dos magistrados), destinado a uma atividade compensadora dos déficits de igualdade material, um procedimento oral e o processo como relação jurídica e instituição estatal de bem-estar social, com escopos políticos, sociais e econômicos.

Esta linha socializadora consolidou o dogma do protagonismo judicial, servindo de base para todas as reformas processuais do século XX, além de ter criado com a sua deturpação, ora um modelo de aplicação solitária do direito pelo juiz, com enorme enfraquecimento do papel dos outros sujeitos processuais, ora um modelo neoliberal de processo, preocupado tão somente com uma produtividade industrial de decisões em diminuto espaço processual.⁸

Dierle Nunes aponta ainda as tendências socializadoras do período do segundo pós-guerra, condutoras de um fortalecimento ainda maior do papel do judiciário e da criação, inclusive, do chamado socialismo processual, que gerou um imenso esvaziamento do papel das partes em detrimento da função judicante. A socialização processual alcançou o seu “ápice com o *Projeto de Florença de acesso a justiça*”⁹ que serviu de base para todos os movimentos reformistas posteriores”.

No entanto, na concepção de Dierle Nunes, essa perspectiva socializadora teria se esgotado, razão pela qual apresentou as bases para uma nova concepção paradigmática que busca

o liberalismo processual idealizou uma concepção de protagonismo das partes, uma vez que, desde a abertura (proposição) do procedimento, até mesmo o impulso processual era confiado a elas, de modo que a tramitação do processo, os prazos e o término das fases procedimentais dependiam do alvedrio dessas. O juiz, nessa perspectiva liberal, apresentava-se como um estranho em relação ao objeto litigioso, cumprindo a função de expectador passivo e imparcial do debate, acabando por criar um sistema que premiava a parte mais hábil, fazendo, inclusive, com que grandes processualistas percebessem o processo como um jogo ou uma guerra, como fora o caso de Goldschmidt, autor da teoria do processo como situação jurídica. Cf. NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 75-77. Esclareça-se que em um ambiente processual de protagonismo judicial, o processo voltaria a ser visto como um “jogo”, pois a credulidade da idéia salvacionista do juiz permite a construção de decisões sem o respaldo da contribuição dos demais sujeitos processuais.

⁷ Menger defendia uma atividade compensadora de desigualdades sociais pelo juiz; Bülow delineou uma teoria da relação jurídica processual e defendia uma teoria da criação judicial do direito; Klein sustenta a necessidade de criação de uma legislação embasada na oralidade e na forte direção do processo pelo juiz. Cf. NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 79-106.

⁸ Cf. NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 79-106.

⁹ Foi um projeto de pesquisa patrocinado pela Fundação Ford, conjuntamente com o Conselho Nacional de Pesquisa da Itália, concluído em 1973 e coordenado por Mauro Cappelletti, realizado mediante o preenchimento de questionários por juristas de 23 países que deu origem a um relatório que apontou as chagas e possíveis soluções técnicas para os problemas dos sistemas jurídicos. Concluiu-se que seria necessário, além da manutenção e implantação de outros procedimentos orais e do aumento da ingerência do juiz no processo, a implementação de 3 “ondas de reforma”, assim definidas: primeira, vocacionada à assistência jurídica integral e gratuita; segunda, tendente a assegurar uma tutela efetiva dos interesses difusos ou coletivos, para a proteção do consumidor e do meio ambiente; terceira, destinada a simplificação dos procedimentos e à utilização de formas privadas ou informais de solução de conflitos. Cf. NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 115-116.

manter a tensão entre os argumentos liberais e sociais no dimensionamento processual: a perspectiva procedimental.”¹⁰.

Ao apontar as tendências de reforma processual no Brasil a partir da década de noventa, identifica o que denominou de “neoliberalismo processual brasileiro”, sustentando que “os movimentos de reforma processual brasileira, apesar de se estruturarem sob um discurso ideológico socializador, sofreram uma degeneração sob o viés neoliberal” que inaugurou “uma perspectiva interpretativa funcional (*neoliberalismo processual*) preocupada tão-somente com a máxima rapidez procedimental e produtividade dos juízes”. Com essa concepção esvaziou-se a “visão dinâmica dos princípios processuais constitucionais e a importância técnica e institucional do processo”¹¹.

Ainda segundo Dierle Nunes, esse movimento neoliberal que impulsionou reformas no ordenamento jurídico brasileiro, tem como origem diretrizes delineadas pelo relatório intitulado “Documento Técnico nº 319: O setor judiciário na América Latina e no Caribe, elementos para reforma” emitido pelo Banco Mundial, de modo a garantir a produção industrial de decisões em consonância com os interesses financeiros e econômicos prevalentes.

Nesse cenário, qualquer discurso garantista, fruto de uma perspectiva democrática constitucional, é visto e desnaturado pelo discurso dominante com a defesa de uma perspectiva formalista e burocratizante, como se um processo democrático que respeitasse toda a

¹⁰ Com amparo nas lições de Jürgen Habermas e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, o autor sustenta que “somente a perspectiva reflexiva procedimental permitirá uma releitura democrática dessa tensão [perspectivas liberais x perspectivas sociais], de modo a evitar equívocos e degenerações de ambas as perspectivas”, representando uma concepção procedimental de Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva restaria ampliada a importância do processo, de sua estrutura normativa e, especialmente, dos princípios e regras deles instituídos, na medida em que deve ser assegurado um espaço-tempo racionalmente construído para a participação de todos os interessados na tomada de decisões. Cf. NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 134-140. Em sentido divergente quanto ao sistema democrático de direito, sustenta Elias Diaz citado por Lenio Luiz Streck que: “o Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades. Assim [...] o qualificativo ‘democrático’ vai muito além de uma simples reduplicação de exigências e valores do Estado Social de Direito e permite uma práxis política e uma atuação dos poderes públicos que, mantendo as exigências garantísticas e dos direitos e liberdades fundamentais, sirva para uma modificação em profundidade da estrutura econômica e social e uma mudança no atual sistema de produção e distribuição de bens”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37.

¹¹ Nessa perspectiva neoliberal não seria conveniente o uso do aparato jurisdicional e do processo como instituto de participação e controle da função estatal e nem mesmo o intervencionismo judicial da teoria socializadora do processo. O novo modelo, segundo o autor, deveria assegurar: “a) uma uniformidade decisória que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; e/ou b) a defesa da máxima sumarização da cognição que esvaziaria, de modo institucional, a importância do contraditório e da estrutura participativa processual que garantem procedimentos de cognição plena para o accertamento dos direitos”. . Cf. NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 157-159. Para uma visão adequada do direito à cognição no paradigma de Estado de Direito Democrático e a impossibilidade de sua sumarização, recomenda-se: TAVARES, Fernando Horta; DUTRA, Elder Gomes. Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo, e do procedimento monitorio. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 181, p. 59-89, mar. 2010.

principiologia processual-constitucional também não pudesse ser célere e funcional. O processo célere não é aquele que atende aos princípios processuais constitucionais dentro de um espaço-tempo suficiente para a implementação da participação de todos os envolvidos, mas, sim, aquele que termina o mais rápido possível na ótica dos números¹².

O pior é que a lógica neoliberal é demasiadamente perversa, pois induz o próprio jurisdicionado a requerer uma geração de “produtos” (decisões jurisdicionais) em larga escala em espaço-tempo quase inexistente, amalgamando ainda mais a concepção privatizante do exercício da jurisdição.¹³

Dierle Nunes sustenta ainda que a aplicação dessas perspectivas de um direito neoliberal tem idealizado o surgimento de técnicas processuais como a do art. 285 A do Código de Processo Civil¹⁴ e a do art. 543 A e B do mesmo Código que estabeleceu o julgamento em massa da admissibilidade de recursos extraordinários idênticos, indicando um horizonte inteiramente massificante e produtivo do processo brasileiro, onde o Judiciário deixa de julgar casos e passa a julgar somente teses¹⁵.

¹² Calmon de Passos, lastreado na melhor doutrina estrangeira, informa que a efetividade a ser defendida não é a do processo em sentido utilitarista, mas, sim, do ordenamento, pois “[...] Efetividade do processo ou efetividade da tutela jurídica não se equipara à efetividade da sentença, enquanto ato de poder, mas da sentença que atenda o nome de quem se institucionaliza numa ordem política democrática”, de modo que “ninguém se pode a condição de senhor ou soberano do outro”. Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual*, Porto Alegre, p. 30-35, set./out., 1999. No mesmo sentido confira Fernando Horta Tavares para quem a efetividade, em primeiro plano, só poder ser do Direito, e não do Processo, pois é o Direito (“pré-visto” na lei) que não foi fruído e que deverá ser então estabelecido ou reestabelecido, conforme o caso. Para maiores esclarecimentos ver: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). Urgências de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado democrático de direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n.21, p. 145-162, 2008.

¹³ Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.) *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 219. “É preciso que a sociedade e os legisladores entendam que a questão da morosidade da atividade jurisdicional e da demora dos processos não pode ser resolvida sob a concepção esdrúxula de uma cogitada *jurisdição instantânea* ou de uma *jurisdição relâmpago*, o que é impossível existir em qualquer parte do mundo, pois alguma demora na solução decisória sempre haverá nos processos, a fim de que possam ser efetivados os devidos accertamentos das relações de direito e de fato controvertidas ou conflituosas, entre os envolvidos, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, e não há outro modo racional e democrático de se fazê-lo”. Conferir também, principalmente no que tange ao “fetiche das urgencialidades”: LEAL, Rosemiro Pereira. *A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro*. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.) *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.253-282.

¹⁴ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, após tecer intocáveis críticas a sistemática introduzida pelo art. 285-A, do CPC, que denomina de “sentença clonada”, ao instaurar “espécie de jurisdição relâmpago”, apresenta tentativa de adequação do referido artigo, em uma leitura de processo constitucional, sustentando que “se o juízo curvar-se à sua aplicação, deverá, antes de prolatar a sentença emprestada ou clonada, determinar ao Escrivão ou Chefe de Secretaria que faça juntar aos autos cópia da sentença proferida em caso idêntico anterior (a entendida sentença paradigma ou sentença modelo), intimando o autor, sob vista imediata, para se pronunciar a respeito, a fim de lhe preservar a garantia constitucional do contraditório, em concepção científica atual, ou seja, possibilitar ao autor a possibilidade de influir no sentido de uma decisão favorável ao seu interesse, a fim de que o procedimento guarde a indispensável sintonia técnica com o devido processo constitucional.” DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. (Org.) *Processo civil reformado*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.470-471, 473.

¹⁵ Essa tendência afronta de modo latente o princípio do devido processo legal na concepção de Estado de Direito Democrático, pois, referido princípio, como bem esclarece Lenio Luiz Streck “garante ao cidadão a procura do Poder Judiciário para que lhe proporcione uma proteção jurídica individual. Esse âmbito de proteção individual necessita a apreciação de todas as circunstâncias do caso concreto, aquilo alegado e provado em juízo,

Ainda com base nessa perspectiva ideológica surge a profusão de programas voltados à conciliação, como a campanha encabeçada pelo Supremo Tribunal Federal intitulada “Conciliar é legal¹⁶”. Acresça-se a esta que, acredita-se, somente não foi mencionada por Dierle Nunes, em razão de lançamento posterior, os programas de cumprimento de metas editados pelo Conselho Nacional de Justiça, as chamadas “Metas 1, 2 e, assim eternamente (!)”, que apesar de representarem tentativa elogiável de “baixar o estoque de feitos pendentes de decisão”, acabam, por vezes, alcançando esses objetivos à custa do *modelo de processo constitucional*¹⁷, em necessário cumprimento a critérios unicamente quantitativos.

Dierle Nunes, após algumas reflexões quanto ao movimento de reforma processual civil, aponta para a necessária problematização da perspectiva socializadora geradora do protagonismo judicial e da perspectiva reducionista do papel processual do movimento social e pseudo-social (neoliberal), mediante a construção de algumas bases para um modelo democrático de processo, caracterizado: a) pela participação processual (com o decorrente policentrismo e interdependência processual entre os sujeitos processuais); b) pelo resgate de uma leitura forte dos princípios processuais; e c) pelo resgate do papel técnico e institucional do processo.¹⁸

2. DA NECESSIDADE DE QUEBRA DO DOGMA DO PROTAGONISMO DO JUIZ

A verificação do aumento da importância do Judiciário na atualidade é uma constatação inegável, estruturada na concepção de um protagonismo judicial, oriundo das propostas de *Franz Klein* (na legislação) e *Oscar Von Bülow* (na doutrina)¹⁹, mediante “o arquétipo de um processo como relação jurídica (conjunto de vínculos de subordinação das partes ao juiz) e instituição de bem-estar social” destinado a implementação da vontade solitária do juiz, reduzindo o processo a instrumento da jurisdição²⁰.

não se podendo tomar como base um esquema de representação fraca do fenômeno individual, muito menos do contexto histórico-factual que tal processo envolve. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo*, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 9.

¹⁶ “Realmente, conciliar seria legal e legítimo se tal opção fosse escolhida pelas partes, no exercício de sua autonomia privada, devido às peculiaridades de seu caso, e não dimensionada como única hipótese de solução rápida de seu caso ou, mesmo, imposta pelo magistrado mediante a coação de uma futura decisão desfavorável. Cf. Bruno Cavallone citado por NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 173.

¹⁷ Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil reformado, 2.ed. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. (Org.) *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 418. O modelo constitucional do processo representa “bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais e inafastáveis ostentados pelas partes litigantes contra o Estado, quais sejam: a) direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo natural; c) garantia do contraditório; d) garantia da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído, também, o direito da parte à presença do advogado ou do defensor público; e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f) garantia de um processo sem dilações indevidas.”

¹⁸ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 176.

¹⁹ Ver nota 10.

²⁰ “A expressão *processo jurisdicional* só pode ser inteiramente compreendida como instituição constitucionalizada que coloque as atividades de reconhecer direitos sob os comandos principiológicos do processo. [...] A jurisdição é que deverá ser processualizada, quando a lei assim o exigir na construção dos procedimentos legais. Não existe processo jurisdicional por inerência à atividade do juiz ou do decisor, devendo, entretanto, existir jurisdição processualizada em que a judicção há de ser exercida sob o comando do processo. Superam-se, assim, conotações envelhecidas de que o processo seria um fenômeno provocado pelo exercício da jurisdição como veículo de surgimento de situações jurídicas no âmbito do Poder Judiciário. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 69.

O desenvolvimento dessas concepções teóricas sempre foram no sentido de que a melhoria do sistema processual passaria pelo suprimento pelo juiz de déficits de igualdade material entre as partes, com a exteriorização de compreensões de bem-estar social esperadas pela sociedade.

Dierle Nunes, com apoio em *Fritz Baur* (Alemanha), sustenta que a chamada “função social do processo” foi profundamente deturpada no curso de século XX, principalmente depois do segundo pós-guerra, onde o juiz foi chamado a intervir em situações de extrema emergência, mas essa intervenção manteve-se em situações de estabilidade e regularidade²¹.

A atuação dos juízes, dotados de uma função social, ganha enorme importância na atualidade, pois “são chamados à resolução de questões dos mais variados setores da sociedade, num papel para além do jurista”, destinada a implementação de políticas públicas, o que acabou por gerar o fenômeno da “judicialização da política”²².

A expressão judicialização da política ganhou força e delineamento após o trabalho coordenado por C. Neal Tate e Tobjörn Vallinder (Inglaterra), denominado *The global expansion of judicial Power*, que apontou a tendência de transferência do poder decisório das funções executiva e legislativa para a função jurisdicional²³.

Com essa tendência, o Poder Judiciário passou a exercer um poder de veto aos interesses do Executivo e Legislativo, de modo que ao participar das decisões políticas tomadas, ora modifica ora substitui completamente a escolha feita pelo executor ou legislador.

Dierle Nunes, com arrimo em Mauro Cappeletti (Itália), *Antoine Garapon* (França), C. Neal Tate e Tobjörn Vallinder (Inglaterra), Maria Teresa Sadek (Brasil) e *Fritz Baur* (Alemanha) sintetiza as possíveis razões para o processo de judicialização da política que passa pelo agigantamento do estado no modelo Welfare, pelo enfraquecimento do estado em razão das pressões de mercado, pela cópia de outros países da técnica de *judicial review* norte-americana e pela adoção, em relação ao Brasil, do sistema presidencialista de governo.

Fato é que a judicialização da política representa um “coroamento” de um movimento de reforço do papel da função jurisdicional, devido a incapacidade das instituições estatais majoritárias de atender as demandas sociais. *Antoine Garapon* (França), ao criticar o modelo de judicialização esclarece que:

O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, refêns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar no dia-a-dia, indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto²⁴.

Essa corrente do protagonismo que ganhou força no curso do século XX pressupõe um quadro de valores hegemônicos, uma formação diferenciada dos magistrados, em relação aos demais atores processuais, capaz de ofertar-lhes um privilégio cognitivo devido a sensibilidade no momento da aplicação solitária do direito.

²¹ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 178-179.

²² NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 179.

²³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1.ed., 1.reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p. 179.

²⁴ GARAPON, Antonie. In: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1.ed., 1.reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p. 181-182.

Segundo *Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira* a judicialização da política cria no Brasil uma *jurisprudência de valores*²⁵, alimentadora de um ativismo judicial que coloca o Poder Judiciário, e o Supremo Tribunal Federal por se tratar de órgão máximo, como “guardião da moral e dos bons costumes, uma espécie de sucessor do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a ditar um codex e um index de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo”²⁶

No Brasil, apesar de a concepção neoliberal de produtividade judicial predominar na atualidade, nota-se, ainda, a presença de uma tensão entre concepções liberais e sociais, onde ainda há um número expressivo de doutrinadores que, cientes ou não de seus efeitos, defendem o exercício de uma peculiar função social pelo julgador, através do “aumento da sensibilidade e criatividade judiciais”, “da estruturação de um chamado ‘sadio protagonismo judicial’”, acreditando ser a lei a e Constituição o que “os juízes dizem que ela é”, ou seja, “um ato jurisprudencial”²⁷.

Nesse ponto, *Dierle Nunes* vale-se, por reiteradas vezes, das lições de *José Renato Nalini*²⁸ para quem o juiz, na atividade interpretativa das cláusulas gerais ou dos conceitos jurídicos indeterminados, tão amplamente utilizados pelo legislador brasileiro, deveria valer-se de técnica integrativa amparada em subjetivismos e feições ideológicas.

Para *José Renato Nalini*, que relembra bem e com bastante atualidade as perspectivas defendidas por *Oscar Von Bülow*²⁹, mediante o delineamento de uma relação jurídico processual publicista lastreada primordialmente na figura do juiz, vez que as partes não passariam de meros colaboradores, o julgamento seria “ato de vontade” na qual primeiro o juiz se convence, depois decide e somente ao final vai procurar a razão e a justificativa lógica para a decisão tomada.

Nessa concepção, ainda com *José Renato Nalini*, o magistrado possuía “poderes para conferir novos contornos aos ditames da lei”, deixando claro que o processo e a atuação do advogado seriam entraves a serem eliminados, pois a chave de solução estava assentada em um “sadio protagonismo judicial”, que permita ao juiz “larga margem de liberdade na indagação do sentido da norma”, com o propositado reconhecimento de que “a lei contemporânea é algo imperfeito e a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiças é o intelecto do juiz” a quem é permitido “decodificá-la, completá-la, aperfeiçoá-la, tirar dela o sentido possível”.

Dierle Nunes, com fundamento em *Elio Fazzalari*, *Fritz Baur*, *Antoine Garapon*, *Ingeborg Maus*, sustenta que, em uma perspectiva de protagonismo judicial, o papel técnico do

²⁵ Segundo *Álvaro Ricardo de Souza Cruz* a “jurisprudência de valores sofreu influência do ‘Movimento para o Direito Livre’, no qual se destacam *Rhrlich e Kantorowicz*, nos primórdios do século XX, visto que para estes o Direito não se resumiria ao direito estatal positivo, sendo importante considerar a opinião dos membros da sociedade. CRUZ, *Álvaro Ricardo de Souza*. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 158.

²⁶ OLIVEIRA, *Marcelo Andrade Cattoni de*. In: NUNES. *Processo jurisdicional democrático*. p. 182-183.

²⁷ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 183.

²⁸ NALINI, *José Renato*. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006.

²⁹ Deve-se atribuir a *Bülow* o mérito de ter desenvolvido uma linha teórica que gerou a autonomia do direito processual e, para alguns, inaugurou o denominado processualismo científico. Quanto a isso, discorda *André Cordeiro Leal*, para quem *Bülow* “não inaugurou o que atualmente se poderia nominar de uma ciência do processo, mas uma tecnologia da jurisdição (como atividade do juiz ou como poder ou função do Estado), tratou, apenas, do aperfeiçoamento de técnicas de reforço do poder estatal, sem, no entanto, empreender qualquer reflexão sobre os marcos (democráticos) de legitimação do direito”. Conferir em: LEAL, *André Cordeiro*. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

processo³⁰ é reduzido a quase nada, esvaziando a função do cidadão, relegando-lhe um espaço de expectador não participativo, de modo que deve ser questionado de onde o juiz sensível retira a ordem concreta de valores que “saca como um passe de mágica” em atividade solitária quando do momento de decidir, que acaba por transformá-lo em um “engenheiro social”, imune ao controle dos demais sujeitos processuais.

Sustenta-se que uma interpretação dos *princípios*³¹ como uma forma de “ponderação de valores”³² e uma “visão dos discursos de aplicação (jurisdicionais) como se fossem idênticos aos de justificação (legislativos)”³³ acabam por permitir a tomada de decisões jurisdicionais a partir de critérios de preferência do julgador (base axiológica e não deontológica). Com fundamento em *Jürgen Habermas*, Dierle Nunes sustenta ser incabível a percepção dos direitos fundamentais em uma aplicação axiológica conforme preferências compartilhadas, até mesmo porque

³⁰ Aroldo Plínio Gonçalves defende a instrumentalidade técnica, de modo que o processo constitui a “[...] melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forma, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos”. Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 171.

³¹ Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.119, 121: “[...] os princípios jurídicos se caracterizam como diretrizes gerais induzidas e indutoras do direito, porque são inferidas de um sistema jurídico para informá-lo, como se fossem os alicerces de sua estrutura”. Nessa concepção “[...] os princípios são havidos como proposições fundamentais do Direito e, via de consequência, como normas jurídicas, as quais, ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico[...]”.

³² Dierle José Nunes Coelho cita Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, que explica para, ao fim, criticar: “[...] raciocínio jurídico deve ser compreendido como uma ‘ponderação de valores’, em que os princípios constitucionais passam a ser tratados, seguindo a tradição da jurisprudência dos valores na Alemanha, como ‘comandos otimizáveis’, que colidem entre si para reger um caso concreto (Alexy). Esses princípios devem ser aplicados em diferentes graus, mediante a utilização de ‘regras de prioridade’ e do princípio da proporcionalidade, a uma mesma decisão judicial, vista como um meio preferível, conveniente ou ótimo para a realização de um ideal totalizante de sociedade que estaria pressuposto à Constituição: uma pretensa ordem concreta de valores, supostamente compartilhados por todos os membros da sociedade política. Ou seja, a ponderação de princípios como valores, sob condições de prioridade e do princípio da proporcionalidade [...] submete a aplicação das normas a um cálculo de tipo custo/benefício, rompendo com a doutrina anteriormente assentada das questões políticas, mas não necessariamente com a sua compreensão do princípio da supremacia do interesse público.” Essas considerações foram feitas para se indagar se “tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores, pois só haveria democracia desse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de um sociedade política compartilham de um modo comunitarista os mesmos supostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo. NUNES, p. 187. Em apoio a tal concepção Rosemiro Pereira Leal sustenta que “Em Alexy, o que se otimiza é a talentosa liberdade que se concede ao feitor e aplicador da lei em seus solitários saberes emersos de ideais universais ou colegiadamente pragmatizados (atividades jurisdicionais) aos moldes de Rawls e Dworkin. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 105. Para uma maior compreensão da função dos princípios na atualidade, recomenda-se a leitura do capítulo III Princípios Diretivos da Função Jurisdicional, com ênfase no item 3.1 Noções Básicas, onde melhor se encontram sintetizadas os ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin da obra de: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.119-127.

³³ Em demonstração atual de inversão dos discursos Lenio Luiz Streck sustenta que “a súmula [vinculante] (STF) ou a ‘decisão vinculante’ (STJ) tornam os discursos que deveriam ser de aplicação [jurisdicionais] (em razão da injustiça criada no caso concreto) em discursos de fundamentação [legislativos] (admitindo-se, ad *argumentandum tantum* a cisão entre eles), desvirtuando a própria matriz procedimental argumentativa”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e processo*, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Constituição e processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 9.

não seria possível enxergar a Constituição como uma “ordem concreta de valores”, mas apenas em uma perspectiva normativa (deontológica). É essa concepção axiológica de aplicação dos direitos fundamentais que se encaixa como uma luva ao perfil solipsista de reforço da função jurisdicional.

A visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórica-pragmática que entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repete mais justa de acordo com a sua convicção e preferência, segundo uma ordem concreta de valores, desprezando as contribuições das partes, advogados e, por vezes, da doutrina e da própria jurisprudência. Como expressão dessa concepção a prática jurisdicional brasileira dá alguns exemplos, valendo-se Dierle Nunes de decisões judiciais que bem representam a tendência do protagonismo judicial, v.g., acórdãos proferidos pelo Ministro do STJ Humberto Gomes de Barros (EREsp 319.997-SC) e pelo Ministro do STF Eros Grau (Reclamação 4.335-5/AC) e sentença da lavra de juíza do Trabalho do TRT da 13ª Região (Paraíba) que afirma ser o magistrado um “ser absoluto” e “superior a qualquer outro”. Esse é o viés mais perverso e nefasto do protagonismo judicial, no qual “o processo é visto como instrumento técnico da jurisdição (e do juiz) que poderia formar uma decisão com qualquer conteúdo”³⁴.

Daí a necessidade de quebra do protagonismo judicial, que representa um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, dotado de habilidades hercúleas, e que conduz a déficits de legitimidade, afastando a necessária democratização do processo que pressupõe uma interdependência e uma co-responsabilidade dos sujeitos processuais, criando o que o autor denomina de “policentrismo processual”.

Dierle Nunes, amparado nas lições de *Lúcio Antônio Chamom Júnior, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Elio Fazzalari, Jünger Habermas, Pietro Perlingieri, Klaus Günther, Franco Ciprian, Vittorio Denti, Michele Taruffo e Elisabeta Silvestri* propõe um *afastamento completo*³⁵ da idéia de privilégio cognitivo do julgador, que deságua em uma postura ativista criativa incontável, com a implantação de um espaço discursivo participativo de formação de decisões, onde todos os envolvidos (juizes, partes, advogados, órgãos de execução, do Ministério Público e serventuários) assumem uma co-responsabilidade social e política com fins a estruturar um procedimento que atenda às exigências de legitimidade e eficiência.

Por fim, adverte Dierle Nunes que a democratização do processo “necessita da percepção da interdependência entre todos os sujeitos processuais” a fim de se “garantir a existência de uma advocacia e de uma magistratura forte”³⁶ e com enormes responsabilidades, formação técnica e poderes para o exercício de suas funções”³⁷.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 194.

³⁵ Esclareça-se que o autor não propõe o total esvaziamento do papel da magistratura, como se quisesse retornar às concepções de liberalismo processual, mas aponta diretrizes para a sua redefinição, de modo que o juiz continue a ser um garantidor dos direitos fundamentais, mas, inclusive e, principalmente, daqueles que asseguram a participação dos sujeitos processuais na formação das decisões.

³⁶ O que não será alcançado com a manutenção, em nosso país, dos atuais mecanismos de avaliação dos candidatos para ingresso mediante concurso público na carreira da magistratura, visto que “não se busca um magistrado com uma formação humanística adequada, mas, sim, um especialista na dogmática. Juizes com adequada formação humanista representam um pequena parcela, e mesmo estes são consumidos pela lógica neoliberal da produtividade, uma vez que, caso desejem fazer uma análise adequada de todos os casos, certamente não cumprirão o requisito objetivo de promoção por merecimento (produtividade) (art. 93, inc. II, alínea “c”, CRFB/88”. NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 167.

³⁷ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 198.

3. COMPARTICIPAÇÃO E POLICENTRISMO: HORIZONTES PARA A DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL CIVIL

Dierle Nunes, após fazer o encaminhamento teórico necessário a dar suporte a sua proposta de comparticipação e policentrismo (apresentação da tensão existente entre os modelos de Estado Liberal e Social, encaminhadores do protagonismo das partes e judicial, respectivamente³⁸, e da impossibilidade de subsistência de qualquer destas características sob o marco do Estado Democrático de Direito, porque inviabilizadoras do exercício pleno da cidadania), desvela a perspectiva democrática do Processo.

Segundo Dierle Nunes essa nova concepção somente se implementará se houver uma compreensão comparticipativa (compartilhamento, participação conjunta) e policêntrica (mais de um centro) do Processo, que somente foi alcançada com as contribuições da Escola Mineira de Direito Processual da PUC-Minas que, há mais de dez anos, vem desenvolvendo pesquisas centradas nas normas insculpidas na Constituição da República com o objetivo de contribuir para a reconstrução da teoria e da dogmática processual³⁹.

Dierle Nunes, com apoio em *Jürgen Habermas*⁴⁰, esclarece que os problemas dos paradigmas liberal e social acabaram por promover a exclusão e a indiferença quanto à capacidade de autodeterminação dos cidadãos e estabeleceram uma política compensatória (das desigualdades sócio-econômicas) – que conduziram ao protagonismo judicial – não conferência de eficácia à participação cidadã e fixação da ideia de clientelismo, estabelecendo um laço de submissão.

Nessa linha de raciocínio, Dierle Nunes, por meio do entrelaçamento da teoria do processo como procedimento em contraditório, de *Elio Fazzalari*, em sua primeira fase, com a teoria procedimental de Estado democrático de direito de Jürgen Habermas, busca concluir pela garantia de comparticipação.

3.1 DA CONCEPÇÃO DE PROCESSO EM FAZZALARI E DO NECESSÁRIO RESGATE DE SUA IMPORTÂNCIA GARANTISTA

*Elio Fazzalari*⁴¹ busca uma aplicação mais forte dos princípios constitucionais, e, em razão disso, problematiza essa tendência para o incremento de poder do juiz em desfavor do papel das partes,

³⁸ Dierle Nunes, como já demonstrado, apresenta o desenvolvimento histórico a partir dos “modelos” de Estado Moderno. Para uma visão histórica do *processo de cognição* desde os períodos pré-romano, romano e pós-romano, em que se revela a passagem do ciclo histórico da justiça privada para a justiça pública, conferir MADEIRA, Dheniz Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

³⁹ Além das obras de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Dierle Nunes destaca as contribuições de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Rosemiro Pereira Leal, Flaviane Magalhães de Barros, Vicente de Paula Maciel, José Marcos Rodrigues Vieira e Fernando Horta Tavares. Exemplo de uma obra coletiva que reúne artigos destes cinco professores, nos quais, cada qual, sob determinado enfoque, apresentam suas ideias a respeito do Processo Constitucional Democrático: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 490. Habermas deixa clara a tensão entre liberalismo e republicanismo no texto “Três Modelos de Democracia”, onde esboça ele uma visão procedimentalista de democracia e política deliberativa que se diferencia tanto do paradigma liberal quanto do republicano. HABERMAS, Jürgen. *Três modelos de democracia*. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte; 105-122, jan./jun. 1995. Tradução Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira.

⁴¹ Pensamento divulgado com peculiar sabedoria na obra de Aroldo Plínio Gonçalves. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

reduzido a uma relação de sujeição, e a redução do processo a mero instrumento técnico. Em 1958, em uma conferência em Perugia, o autor italiano apresenta sua teoria de processo como uma espécie de procedimento em contraditório e não como uma relação jurídico-processual. Prioriza um contraditório antecedente à decisão tanto em procedimentos administrativos como jurisdicionais como um mecanismo de prevenção de eventuais abusos.⁴²

Daí porque, de acordo com *Elio Fazzalari*⁴³, a teoria da relação jurídica, por ser um esquema simples, que não pode conter a complexidade nem a dinamicidade necessária ao processo, não é compatível com este. A concatenação de vínculos de subordinação entre os sujeitos do processo, com o conseqüente predomínio do papel do juiz, numa visão de jurisdição como atividade do juiz, como idealizada por Oscar Von Bülow⁴⁴ (ressalvada a importância de seus estudos para o desenvolvimento da teoria do processo e considerado o momento histórico de sua elaboração) não se amolda a uma visão constitucional democrática.

Nesse sentido, André Cordeiro Leal⁴⁵ apresenta o que denomina “paradoxo de Bülow”, que se evidencia pelo fato de o processo - na visão bülowiana de processo como relação jurídica entre as partes numa situação de sujeição frente ao juiz – não poder ser, ao mesmo tempo, “*instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz – eis o paradoxo*”.

A efetivação do contraditório, entre as partes, em simétrica paridade, na construção do provimento⁴⁶, a um só tempo, contrasta a ideia de jurisdição a partir da sabedoria do juiz e configura uma forma de legitimar a decisão pelo debate, não se revelando possível a conciliação entre as duas teorias, de *Oscar Von Bülow* e de *Elio Fazzalari*⁴⁷.

A teoria fazzalariana, embora ainda se desenvolva no campo da técnica processual⁴⁸,

⁴² FAZZALARI, Elio. Diffusione Del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, n.3. p. 864-866, 1958. A partir dos ensinamentos de Benvenuti, passou a entender, em breve síntese, que existe processo quando, no período de formação de um ato, existe o contraditório entre as partes, em simétrica paridade, em cuja esfera jurídica ele produzirá efeitos. BENVENUTI, Feliciano. Funcione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 118-145 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 203-204.

⁴³ FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall'azione al processo (1864-1994). *Rivista de Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1994. p. 911-925 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 203- 204.

⁴⁴ Nesse ponto, Dierle Nunes se reporta ao terceiro capítulo da obra, item 3.3., quando trata da teoria de Bülow nas bases da socialização processual. Naquela unidade, o autor apresenta a linha teórica do alemão, Oscar Von Bülow, que gerou a autonomia do estudo do direito processual em sua célebre obra “A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais” e aponta como maior crítica a dita teoria o encaminhamento do protagonismo judicial, que conduz ao “solipsismo judicial e ao esvaziamento do papel técnico e institucional do processo, sob um sistema moderno de funcionalização do sistema jurídico” (p. 101). Em várias passagens da obra de Bülow, citadas por Dierle, este extrai a revelação de uma aplicação subjetiva do direito pelo juiz; de uma atuação judicial guiada por um “sentimento jurídico pulsante no povo” (p. 102), que criaria o direito mesmo contra legem. NUNES. *Processo jurisdicional democrático*. p. 98-106.

⁴⁵ LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 64-65. André Cordeiro Leal procura demonstrar a repercussão teórica da concepção do processo preconizada por Bülow, como “relação jurídica de direito público vinculativa das partes aos tribunais, cuja formação e existência deveria ser controlada pelos juízes.” Segundo referido autor, há um aspecto problemático na teoria de Bülow que atingiu toda a chamada ciência do processo derivada de suas teorias. É que ele não cuidou de explicar “como se poderia controlar essa atividade jurisdicional criadora de um direito que era, em última análise, ‘emocional’ ou ‘sentimental’.” (p. 60)

⁴⁶ Cf. GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 105-118.

⁴⁷ Nesse sentido ainda, GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 193-195.

⁴⁸ O Autor esclarece que sua obra adota a concepção de Fazzalari externada na primeira fase de seus estudos (década de 50 até a de 70), na qual se dedicou à teoria do processo. Não se desmerece os estudos, porque o constitucionalismo se desenvolveu nos últimos cinquenta anos do século XX.

representa um progresso no estudo do Direito Processual, porque coloca o processo na centralidade, afasta a teoria bülowiana e fornece estoque teórico para o avanço da ciência do processo ao permitir a afirmação de uma interdependência dos sujeitos processuais.

Os pensamentos de *Jürgen Habermas* (procedimentalismo-normativo) e de *Elio Fazzalari* combinados, concorrem para a percepção democrática do processo - no sentido de participação efetiva, como corolário da cidadania – em cujo ambiente não está autorizada, por incompatível, a visão de que seria possível um sujeito deter a ideia do que seja o “bem viver” numa reflexão solitária, porque inserido numa sociedade pluralista e porque a influência dos interessados por meio do discurso é também caracterizadora – e imprescindível – da democracia.

Dierle Nunes procura uma estrutura técnica (procedimento) implementadora de direitos fundamentais. Daí salientar que o estudo da ciência processual sob um enfoque meramente tecnicista, com reconstrução teórica fundada em bases teleológicas, é insuficiente para se configurar o processo – como se deve ser, em bases constitucionalizadas – como garantia contra ilegitimidade no exercício de poder, dentro do âmbito de qualquer função estatal.

Nada obstante, Dierle Nunes constata que o movimento reformista⁴⁹ que se instalou no Brasil desde o início da década de 1990 e que, a pretexto de assegurar o acesso à justiça, que se obteria com decisões rápidas, tem reduzido o processo a uma atividade meramente técnica e legitimante de interesses do mercado e do estado, sobrevalorizando a rapidez do procedimento em detrimento das garantias fundamentais.

Ao invés de se promoverem reformas para assegurar a conformação constitucional do processo como “instituto legitimante e estruturador da participação cidadã e da própria democracia”⁵⁰, tem-se o reduzido, por meio do discurso neoliberal, a exemplo da massificação dos julgamentos (recursos repetitivos, sentença clonada) e da redução do procedimento, a mera formalidade (característica do Estado liberal, do positivismo), a mera burocracia.

A adequação constitucional dos provimentos, que pressupõe o exame do caso concreto, com a aplicação dinâmica do princípio do contraditório, dá lugar – com poucas ressalvas – a decisões sobre teses jurídicas, e mais, com o fim de alcançar a eficiência, proferidas com sumarização da cognição.⁵¹ Relega-se, então, o processo, a mero instrumento de legitimação

⁴⁹ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*. Nunes cuida desse tema no capítulo 5 do livro, p. 142.

⁵⁰ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 209.

⁵¹ De acordo com Francis Vanine, cognição exauriente é tradicionalmente definida como “atividade intelectual do juiz” que capta, analisa e valoriza as alegações e provas, e, portanto, centrada no magistrado. As técnicas de sumarização são defendidas sob argumento de necessidade de urgência, em virtude da demora da ordinaryidade. Exemplifica ele com a antecipação da tutela. Conclui, em seu artigo, entretanto, que não é possível a sumarização da cognição no Estado Democrático de Direito, por não permitir a cognição plenária de todos os sujeitos do processo: “Técnicas legislativas de limitação não são bem vistas porque cerceiam o espaço discursivo”. REIS, Francis Vanine de Andrade. “Técnicas diferenciadas de sumarização da cognição exauriente: procedimento monitorio, providências preliminares e julgamento ‘antecipado’”. In: TAVARES, Fernando Horta. (Coord.). *Urgências de tutela, processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado democrático de direito*. 2.reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p. 119-139. A propósito do tema, conferir MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição*. Sobre as reformas processuais e a sumarização, conferir, também, PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo sobre o tema. In: FIUZA, César Augusto de Castro et al. *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 9-26. Conclui Calmon de Passos: “Distorção não menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua instituição constitucional”.

das decisões dos agentes políticos, cujo atendimento de princípios que regem a sua estrutura, a exemplo do contraditório, é visto como formalismo que provoca a demora na prestação jurisdicional⁵².

3.2 DA EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DO SÉCULO XX E DA APLICAÇÃO DINÂMICA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: DO POLICENTRISMO E DA COMPARTICIPAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

A centralidade característica dos modelos políticos da modernidade – Estado Liberal e Estado Social - não se harmoniza com o perfil democrático do Estado contemporâneo, porque implica redução dos espaços de debate, impondo uma posição de sujeição, o que ocorre tanto nas situações de predomínio do protagonismo processual das partes próprio do Estado Liberal⁵³, quanto do protagonismo judicial característico do Estado Social.

Quanto ao modelo social, *Mauro Cappelletti*⁵⁴ explicita que a grande transformação geradora da centralização da função jurisdicional na pessoa do representante do órgão judicial ocorreu em reação aos abusos e perversões dos regimes ditatoriais que conduziram à segunda guerra mundial, fazendo emergir o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais, vinculativos tanto para o legislador quanto para os tribunais, impingindo limites ao legislador autoritário, que legitimava arbitrariedades por meio da lei. A apontada mudança representa busca de controle daquele autoritarismo legislativo, ao deslocar o foco de “poder” de decisão para o órgão jurisdicional. E aí surge o problema da incrementação dos poderes do juiz.

Esse encaminhamento evolucionista da tarefa de legislar e, conseqüentemente, da de julgar, observado na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, implicou no surgimento do “legislador-gigante”, com a ampliação da intervenção legislativa, e o “administrador-gigante, dada sua posição pró-ativa na execução das leis”. E daí o surgimento de um terceiro gigante, “capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador, impondo-se a expansão do âmbito do direito judiciário e, de conseqüente, o aumento da criatividade dos juízes”⁵⁵. Houve, pois, mudança do próprio papel do direito e do Estado na sociedade com reflexos na forma de legislar e de exercer a atividade judicial de interpretação e aplicação das normas.

A questão que se apresenta hoje, e é objeto do estudo de Dierle Nunes, é compatibilizar a atividade dos órgãos jurisdicionais com os princípios da democracia e do direito. Daí a importância de uma estrutura procedimental descentrada, policêntrica. Nesse sentido, *Nicola Picardi*⁵⁶, com base na teoria fazzalariana, escreve que, dentro da estrutura complexa do

⁵² Essa visão utilitarista é capitaneada, no Brasil, por Cândido Rangel Dinamarco, que assim sintetiza a instrumentalidade do processo: “a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos”, referindo-se a que, se se entende que o processo é um instrumento, como tal, é meio e “todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 131-136.

⁵³ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 73-77.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 61- 62.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 46.

⁵⁶ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano. Giuffrè, 2006 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 212.

processo, cada sujeito exerce uma função específica, revelando-se uma “estrutura policêntrica e com desenvolvimento dialético”.

Reportando-se a *Leo Rosenberg*⁵⁷, *Remo Caponi*⁵⁸ e *Michele Taruffo*⁵⁹, explicita Dierle Nunes que a “comunidade de trabalho” entre juiz e partes, e seus advogados, idealizada na Alemanha permitiu, lá, uma formação unitária dos futuros magistrados e advogados, evitando-se o conflito daquelas categorias. No âmbito da teoria processual, esta visão de colaboração entre tribunal e partes encontra foro numa expectativa socializadora e já se direcionando para a comunicação aberta e argumentativa entre todos os que tomam parte no processo⁶⁰.

Com amparo nos ensinamentos de *Italo Andolina* e *Giuseppe Vignera*⁶¹ e *Luigi Comoglio*⁶², Dierle Nunes, a respeito da importância do constitucionalismo para uma reestruturação do estudo e do dimensionamento da ciência processual, adverte que aquela percepção técnica – comunidade de trabalho - deve ser revisitada sob o manto de uma visão constitucionalizada de processo, em sua acepção dinâmica, com o fim de implementação de garantias concretas e, nesse sentido, afastar a ideia de centralidade no processo para dar lugar à participação e ao policentrismo.

Apresenta, então, um estudo do processo na perspectiva constitucional, frisando-se que a evolução do constitucionalismo foi decisiva para as mudanças estruturais do dimensionamento da ciência processual a partir da segunda metade do século XX.

A análise do processo sob esses novos horizontes se desenvolve, na obra *Processo jurisdicional democrático*, sob o enfoque do comunitarismo e do procedimentalismo, cuja tensão imporá a superposição desta última e indicará os horizontes de adoção, no processo, da participação e do policentrismo, posto que o procedimentalismo-normativo habermasiano apregoa que o consenso é obtido por meio da participação fundada em argumentos racionais, em que os destinatários são, também, autores do ato. Afasta-se, pois, qualquer probabilidade subjetivista e uma pré-compreensão de vida boa, características do comunitarismo.

Nesse sentido Dierle Nunes retorna a *Jürgen Habermas*⁶³, o criador da teoria procedimentalista-normativa, que adverte acerca da impossibilidade de realização do sistema de

⁵⁷ ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht*. Munique-Berlim: Beck, 1956. p. 6 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 213.

⁵⁸ CAPONI, Remo. Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel Processo civile Tedesco dopo la riforma del 2001. Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno Nazionale. Milano: Giuffrè, 2007. p. 274 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 213.

⁵⁹ TARUFFO, Michele. *Giudizio: processo, decisione*. Sui confine: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 160 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 213.

⁶⁰ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978. p. 88 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 213-214.

⁶¹ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. Il modelo costituzionale del processo civile italiano. Torino: Giappichelli, 1990 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 215.

⁶² COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 90, p.101 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 215.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, p. 536 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 216. Para maiores esclarecimentos, conferir o tópico 4.3, p. 134-140, onde Dierle Nunes explicita que, no campo reformista processual, se revela a disputa entre as perspectivas liberais, socializadoras e neoliberais (eficiência e produtividade) e que a compreensão procedimentalista habermasiana mantém os paradigmas em tensão por meio de uma problematização discursiva, não num círculo fechado de especialistas, mas concorrendo caso a caso para a interpretação do suposto Direito aplicável, cuja ressonância primeira é o de aliviar o encargo dos sujeitos processuais e, nesse ponto, colhendo ensinamentos de OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (Coord.) *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 199, 205.

direitos numa perspectiva meramente formal, com base em uma sociedade pressuposta, idealizada. É necessário modificar a autocompreensão de todos, não apenas de grupos de especialistas, elitizados. A soberania do povo e dos direitos fundamentais deve prevalecer concomitantemente, de modo especial na formação de provimentos que surtem efeitos para uma pluralidade de cidadãos.

Entretanto, essa discussão hermenêutica somente encontra abrigo no Brasil – e em parte - após a Constituição de 1988. Isso porque ainda prevalece, entre boa parte dos juristas brasileiros, um “discurso pós-positivista de matriz comunitarista”, reportando-se a *Gisele Cittadino*⁶⁴ para salientar que tal visão - comunitarista - é corroborada pela concepção da Constituição como ‘ordem concreta de valores’ de uma comunidade histórica, defendendo-se um intervencionismo estatal, com especial destaque para a atuação do juiz e a sua função de ponderar valores, “sem balizamentos constitucionais normativos adequados”.

E aqui se apresenta o contraponto entre comunitarismo e procedimentalismo. Este adotando uma visão discursiva procedimental-normativa apta a afastar aquelas características comunitaristas de (1) homogeneidade de valores de uma comunidade; (2) pré-compreensão em uma sociedade pressuposta; (3) Constituição como uma ordem concreta de valores; (4) prioridade do bem sobre o justo⁶⁵.

Nessa linha de raciocínio, o pensamento comunitarista⁶⁶ vai impor ações afirmativas do Estado, cuja definição de valores supremos da comunidade conduz, por outro lado, a uma jurisprudência de valores. E a questão do referencial prévio, na compreensão comunitarista, é reforçada por *Quintino Castro Tavares*⁶⁷, segundo o qual a ideia de bem comum é que fixa os critérios de justiça. Logo, os referentes conceituais decorrentes da tradição é que nortearão a edição e a imposição de normas.

Essa percepção, contudo, se apresenta em desacordo com uma perspectiva de direito democrático. Com *Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira*⁶⁸, Dierle Nunes aponta razões que revelam a insuficiência do comunitarismo, que pode ser sintetizada, basicamente, nas seguintes considerações: (1) a visão do público deve ser numa perspectiva de complexidade, de discursividade, não sendo possível restringir a esfera pública ao Estado, como instância única de estabilização de uma identidade ética, tal como testemunham os direitos fundamentais de terceira geração; (2) oposição entre homogeneidade artificial na ideia de Estado-Nação, de identidade política e reconhecimento do pluralismo social e cultural, que pressupõe “autoconsciência por parte de uma co-associação de cidadãos livres e iguais perante o Direito”.

⁶⁴ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11-73, *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 217.

⁶⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. Comunitarismo e liberalismo na fundamentação do Estado e o problema da tolerância. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 338, 344 *apud* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 153.

⁶⁶ De acordo com Álvaro Ricardo, o comunitarismo significa uma “teoria constitucional calcada numa estrutura axiológica de decisões políticas/morais de uma comunidade” “que advém de idéias compartilhadas na sociedade e cristalizadas na Constituição”. CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.157.

⁶⁷ TAVARES, Quintino Castro. Multiculturalismo. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy, 2005. p. 93 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 217.

⁶⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 140-141 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 218.

A seu turno, *Roberto Basillone Leite*⁶⁹ aponta que, na pretensão de assegurar as bases materiais que viabilizem o acesso de todos ao exercício dos direitos fundamentais, o Estado de bem-estar acaba por expandir o poder burocrático que conduz ao cerceamento dos mesmos direitos fundamentais. Daí que “todos os cidadãos devem ter a possibilidade de acesso a uma estrutura interna de esfera pública que permita aos interessados converter-se de ouvintes em atores”⁷⁰.

A apropriação crítica do discurso de prevalência de valores comunitários vem provocando uma distorção neoliberal e acabando por propiciar a “possibilidade de um golpe, chamado de ‘institucional’”⁷¹. Assevera *Paulo Bonavides*⁷², em síntese, se tratar de um golpe silencioso amparado na legalidade formal de um poder desvinculado materialmente da Constituição. Ou seja, desconsidera-se a Constituição sem desdizê-la. No Brasil, a globalização criou o clima e o neoliberalismo propiciou a efetivação de tal golpe, que deixa enfraquecida a Constituição para combater uma atuação destruidora da harmonia e independência entre as funções do Estado e, ao mesmo tempo, que ofende e se desvencilha dos fundamentos da República e de seus objetivos fundamentais.

Esse silencioso golpe institucional é mais devastador e funesto que aqueles clássicos, de uso da força, porque, na clandestinidade, “não remove governos, mas regimes, não entende com pessoas, mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade poderes mas o domina por cooptação de seus titulares.”⁷³

A contribuição importantíssima de *Paulo Bonavides* para o presente estudo é no sentido de que, por meio do aludido golpe institucional, os detentores do poder de plantão, liberais e globalizadores, se apoderam não só do governo, mas das instituições, e impõem “um pensamento que contradiz a conservação das bases” do Estado, dos fundamentos e objetivos da República, acabando por se tornarem os “senhores absolutos dos destinos do País”⁷⁴.

A partir da compreensão de *Paulo Bonavides*, prossegue Dierle Nunes alertando para a questão da prevalência da visão daquele que interpreta a regra, ora de forma mais conservadora ora mais progressista, o que redundará em privilégio interpretativo atribuído a apenas um dos sujeitos processuais. Logo, para evitar esse direcionamento de interesses e a quebra das bases de um Estado Democrático de Direito, impõe-se uma perspectiva teórica que, mediante a conjunção soberania popular e direitos fundamentais “permita o abandono de concepções materializantes definidas antes dos discursos processuais legislativos, administrativos ou jurisdicionais”⁷⁵ e encaminhe a uma co-originalidade da autonomia pública e privada dos cidadãos.

⁶⁹ LEITE, Roberto Basillone. Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy 2005 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 218.

⁷⁰ LEITE, Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo, p. 223. (Destques na transcrição) *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 218.

⁷¹ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 219.

⁷² BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 183-184 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 219-220.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa, p. 184 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 219- 220.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa, p. 184 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 219- 220.

⁷⁵ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 220.

Nesse sentido Dierle Nunes se vale do entendimento de *Roberto Basilton Leite*⁷⁶, para quem a “garantia dos direitos humanos é a razão de ser da soberania popular, ao passo que esta é o fator de legitimação daquela” e de Lúcio *Antônio Chamon Júnior*⁷⁷, que enfoca a necessidade de distinção entre o discurso de justificação da norma – no processo legislativo, onde são debatidos argumentos referentes a valores e a justiça, bem assim pragmatistas – e o discurso de aplicação da norma. Aqui os argumentos têm de ser normativos. A legitimidade da decisão jurisdicional depende da participação de todos os afetados numa re-interpretação capaz de permitir uma leitura coerente do sistema jurídico, considerando “a complexidade axiológica de nossa Sociedade, a diferenciação funcional entre o Direito e a Moral”.

Com efeito, imprescindível a releitura dos princípios constitucionais em sentido forte ou dinâmico e, de modo especial, o do contraditório, no sentido de permitir a efetiva participação das partes por meio do discurso argumentativo. Daí a proposta do contraditório como garantia de influência e não surpresa.

3.3 DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DE INFLUÊNCIA E DE NÃO SURPRESA: DO BALIZAMENTO CONSTITUCIONAL DO POLICENTRISMO E DA COMPARTICIPAÇÃO

Para introduzir o tema específico do contraditório, Dierle Nunes aponta que, até o advento da Segunda Grande Guerra Mundial, o contraditório passou por um período de decadência. Somente com a constitucionalização das garantias processuais se iniciou o desenvolvimento de uma concepção que se denominou de moderna. Agora, a visão acerca do princípio do contraditório há de ser fixada como uma possibilidade de influência nas decisões e de proporcionar a redução de decisões surpresa.

Esse resgate da visão do princípio do contraditório se efetivou na Alemanha e, no mesmo período, *Elio Fazzalari* desenvolveu a percepção do contraditório como simétrica paridade de armas (1958). A concepção alemã, entretanto, evoluiu para a compreensão de que o contraditório não se efetivava somente entre as partes, mas se tratava de dever também do juiz de provocar o debate prévio entre as partes sobre qualquer questão de fato ou de direito determinante para a solução do conflito. Esta é a interpretação que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha fez do conteúdo da cláusula estabelecida no art. 103, §1º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.⁷⁸

⁷⁶ LEITE, Roberto Basilton. Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy, 2005. p. 209 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 221.

⁷⁷ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 181 *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 223.

⁷⁸ No mesmo sentido, Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del). *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988. v. XXV, p. 6. Segundo o autor, o princípio do contraditório se efetivava, no período sob enfoque, em bases normativas e impunha o direito de receber informações adequadas e tempestivas sobre o desenvolvimento do procedimento, de se defender ativamente e de pretender que o juiz tomasse em consideração todos os atos e conteúdos deles quando da prolação da decisão, *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 226.

Ressalta-se, nesse ponto, a necessária releitura do princípio do contraditório que deve ser entendido como uma garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo, como “elemento normativo estrutural da participação”⁷⁹, compreensão aperfeiçoada, principalmente, a partir da 2ª Guerra Mundial, com a constitucionalização das garantias processuais, que levou a superação da compreensão do contraditório como mera bilateralidade da audiência, fruto da perspectiva reducionista de mera garantia formal.

Nesse sentido, como explicitado por Dierle Nunes, se encaminharam as legislações alemã⁸⁰, portuguesa⁸¹, francesa⁸² e austríaca⁸³, todas no sentido de que é dever do juiz observar e fazer cumprir o princípio do contraditório, significando que se deve permitir às partes a manifestação sobre todas as questões de fato e de direito, bem como convocá-las para as questões que vierem a ser suscitadas de ofício, bem como que o discurso das partes seja considerado na fundamentação, afastando-se decisões embasadas no próprio convencimento – solitário – do julgador e, de conseqüente, o efeito surpresa da decisão. Sob o ponto de vista dessa legislação, o incremento de poder do juiz decorrente da socialização do processo não implica redução de garantia de defesa das partes.

O contraditório incide, pois, sobre o modo como se exercitará o “poder” de decisão do juiz, no sentido de que qualquer entendimento jurídico que o magistrado vá apontar como fundamento de sua decisão deverá ser precedido da informação às partes para o anterior debate sobre todas as questões, de fato e de direito, inclusive em relação a questões jurídicas de conhecimento oficioso em que o perfil participativo ganha relevo, porque dão ensejo, de forma mais veemente, às *decisioni della terza via*.⁸⁴

Valendo-se das visões de Maria Juliana Civinini⁸⁵, de José Lebre de Freitas⁸⁶ e de Mauro Cappelletti⁸⁷, Dierle Nunes aborda a questão das decisões de *terza via*, ou seja, aquelas por meio das quais os tribunais surpreendem as partes, porque não lhes oportuniza manifestar antecipadamente sobre questões a serem decididas de ofício, o que dá ensejo à nulidade. Vittorio Denti⁸⁸ restringe esta visão aos casos de questões jurídicas prejudiciais, quando o magistrado venha a individualizar norma diversa da suscitada pelas partes.

⁷⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del), *apud* NUNES. *Processo jurisdictional democrático*, p. 227.

⁸⁰ Ordenança Processual Civil, §139. Direção material do processo. Versão de 05.12.2005. Cf. NUNES. *Processo jurisdictional democrático*, p. 227.

⁸¹ Art. 3.3 do Código de Processo Civil português. Cf. NUNES. *Processo jurisdictional democrático*, p. 228.

⁸² Art. 16 do Novo Código de Processo Civil francês. Cf. NUNES, p. 228.

⁸³ “§ 182 a” do Processo Civil austríaco, com a reforma de 2002. Cf. NUNES, p. 228.

⁸⁴ Comprovando essa tendência de valorização do princípio do contraditório, a Comissão de Juristas encarregada para a elaboração do Anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil, que deu origem ao PLS 166/2010, que no momento de publicação do presente artigo encontra-se em trâmite no Senado Federal, fez constar da sua Parte Geral, em Capítulo dedicado aos “Princípios e garantias, normas processuais, jurisdição e ação”, os arts. 9º e 10º com a seguinte redação: “Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.”

⁸⁵ CIVININI, Maria Juliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio. *Il Foro Italiano*, Roma, Ilo foro italiano, parte V, v. XXV, p. 4, *apud* NUNES. *Processo jurisdictional democrático*, p. 231.

⁸⁶ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais a luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra, 1996. p.102, *apud* NUNES. *Processo jurisdictional democrático*, p. 231.

⁸⁷ Cappelletti assevera que já em 1931 Pollak, ao comentar o Código de Processo austríaco, afirmava a necessidade de o juiz deferir às partes, na fase preliminar, o direito de análise dos pontos de vista jurídicos, sob pena de viciar o procedimento. CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza v. II*, p. 509 *apud* NUNES. *Processo jurisdictional democrático*, p. 231.

⁸⁸ DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1968. p. 229 *apud* NUNES. *Processo jurisdictional democrático*, p. 231.

Fato é que a preocupação com a vedação das decisões-surpresa não é recentíssima. O direito estrangeiro, a exemplo do *modelo de Stuttgart*⁸⁹, de há muito, revela essa compreensão, sob pena de o procedimento se apresentar viciado. Nesse sentido, decisão do Tribunal de Cassação da Itália, reveladora da adesão à concepção de contraditório proposta, na qual se decidiu pela nulidade da sentença fundada em questão conhecida de ofício e não submetida pelo juiz ao conhecimento das partes⁹⁰.

A visão doutrinária italiana⁹¹ oscila entre o pensamento sobre ser nula qualquer decisão surpresa e a consideração da nulidade em concreto. Neste caso, dependeria de se demonstrar a violação do direito de defesa. Esta última hipótese é que parece se estar firmando, eis que, de acordo com o julgado da Corte de Cassação Italiana n. 21.108, de 2005, considerou-se a necessidade de a parte indicar, no recurso, a atividade processual que realizaria se tivesse sido instada a debater a questão.⁹²

No Brasil, apesar de há muito se afirmar, principalmente nos estudos desenvolvidos no programa de pós-graduação *scripto sensu* da PUC Minas, a preocupação com a conformação do princípio do contraditório ganhou importante fôlego com o julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268/MG pelo Supremo Tribunal Federal, em 2004, de relatoria Ministro Gilmar Mendes, onde se afirmou que a garantia do art. 5º, LV, da Constituição Brasileira, impõe assegurar à parte o direito de informação, de manifestação sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo e de ver seus argumentos considerados, séria e detidamente pelo magistrado.

Segundo Dierle Nunes, a proposta adequada ao direito democrático é a de participação e policentrismo dos sujeitos processuais na construção da decisão, de modo que aqueles que sofrerão os efeitos do provimento sejam também co-autores deste e, assim, afaste-se a possibilidade de legitimação fundada na pré-compreensão do magistrado, conferindo legitimidade a decisão judicial pela fundamentação racional-normativa em que as razões de justificação (argumentos das partes no procedimento em contraditório em torno das questões de fato e de direito) e as razões de discussão (questões controvertidas decorrentes daqueles argumentos) constituem a base para as razões de decisão (fundamentação)⁹³.

⁸⁹ A esse respeito, Dierle Nunes aponta o Modelo de Stuttgart, no item 4.3.1 da obra, que surgiu de proposta do alemão BAUR e foi apresentado no Projeto Florença de Acesso à Justiça e que se resumiria assim: Fritz Baur, considerando que a adoção da oralidade e do ativismo judicial não resolveram os problemas da demora do processo, propôs um procedimento de cognição bifásico, que redimensionaria a preclusão e daria ênfase a uma primeira fase de preparação metódica do debate e que afastaria quaisquer surpresas (BAUR, Fritz. *Der Anspruch auf Rechliches Gehör. Archiv für Civilistische Praxis*, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr, n. 153, p. 393-411, 1954, *apud* NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 232. Essa proposta encontrou ressonância no Tribunal Estadual de Stuttgart, se expandiu pelos tribunais alemães e redundou em alteração na ZPO alemã. De um modo genérico, a partir do Modelo de Stuttgart, passou-se a fixar os pontos controvertidos antes da audiência principal, que era precedida por uma fase preparatória, o que permite afastar as decisões surpresa.

⁹⁰ Itália, Corte de Cassação. N. 14.637, de 21.11.2001. Cf. NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 232.

⁹¹ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p.233.

⁹² Adotando a mesma orientação, decisão do STJ de PORTUGAL. Recurso 10.361/01. Relator Conselheiro Ferreira Ramos, 2002. O Tribunal Português anulou o acórdão recorrido, que decidiu questão de legitimidade com “fundamento frontalmente diverso e não ponderado na sentença de 1ª instância, sem, antes, ter convidado o recorrente a pronunciar-se”. Considerou a proibição de decisão-surpresa, baseadas pelas partes. Cf. NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 234-235.

⁹³ Nesse sentido conferir DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 148-149. Ao cuidar do princípio da fundamentação como princípio diretivo da função jurisdicional, Ronaldo Brêtas, ao nosso ver, desenvolve, com outra conformação, a ideia de participação e de policentrismo. Explicita ele a necessária correlação entre contraditório e fundamentação e se reporta à confluência da teoria discursiva do direito e da democracia de Habermas com a teoria de Fazzalari. Esta concepção, aliada à do princípio da vinculação

A visão é, portanto, de uma ordem isonômica simétrica, de interdependência (ou de interenunciatividade, num sentido de todos se expressarem) entre os sujeitos processuais, de asseguramento de uma correção normativa das decisões, o que confronta a possibilidade de uma argumentação de fundo autoritário, historicista, oriunda da consciência ética do julgador e encaminha um fluxo discursivo vocacionado ao entendimento⁹⁴.

Com efeito, a busca da efetiva democratização do processo deve passar, também, pelo plano do procedimento cognitivo⁹⁵, cuja instrumentalidade técnica assegura o alcance constitucional da efetividade normativa por meio de uma aplicação dinâmica do contraditório, independente da opção pela prevalência do procedimento oral ou escrito. O importante é evitar a superficialidade do discurso.

O modelo de discussão fragmentário – oposto ao procedimento de concentração, pela oralidade – cuja característica é a busca de uma discussão minudente em várias fases - não pode olvidar a inviabilidade de um aumento demasiado do espaço-tempo processual, sob pena de permitir que o juiz baseie sua decisão em pré-compreensões, principalmente quando a produção de provas se afasta exageradamente do momento da decisão, dando ensejo e incremento a decisionismos do juiz. Aqui, a preocupação é com o aparato estatal capaz de sustentar esta atividade prolongada.

Ainda a respeito da cognição, Dierle Nunes ressalta a mudança de enfoque nas fases do procedimento, no direito comparado, com o deslocamento paulatino da importância da 2ª fase do procedimento – a de produção de provas – para a 1ª fase, de preparação do debate. Essa novidade em relação à estruturação do procedimento teve primeira implementação no sistema alemão através de um melhor delineamento das *questões*⁹⁶ – matérias de fato e de direito – na fase preliminar (audiência de conciliação)⁹⁷, inclusive quanto a eventuais matérias de conhecimento oficioso, de modo a propiciar: (1) redução do tempo processual, porque evita produção de provas inúteis ou desnecessárias ao deslinde das questões; (2) desestímulo à interposição de recursos em razão de um debate mais aprofundado que promove o convencimento quanto à existência, ou não, do direito; e (3) a probabilidade maior de realização de acordos legítimos.

da função jurisdicional ao Estado Democrático de Direito, também princípio diretivo da função jurisdicional e que impõe a necessária observância do princípio da reserva legal e, ainda, acrescida da visão de Estado Democrático de Direito como decorrente de conexão interna entre os princípios do Estado de Direito e da democracia (e esta, centrada na cidadania na concepção de efetiva participação), conduzem à mesma conclusão, no sentido de que o processo democrático será aquele que viabilizar a participação conjunta e descentrada, ou seja, afastada a superposição de qualquer dos sujeitos do processo (p. 93-107 e 131-153).

⁹⁴ Confrontar teoria neo-institucionalista do processo, de autoria de Rosemiro Pereira Leal. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9.ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 86-92.

⁹⁵ Sobre o desenvolvimento histórico da cognição e sua concepção sob o marco do Estado Democrático de Direito e numa visão da teoria do processo como medium linguístico do discurso normativo conferir MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição*.

⁹⁶ Fala-se impropriamente em pontos controvertidos, vez que ponto, na concepção de Carnelutti, conforme brilhantemente esclarecido por Ronaldo Brêtas, é o fundamento da pretensão ou da defesa que surge indubitado ou incontroverso no processo. A questão, por outro lado, constitui a controvérsia, a discussão das partes acerca de dado ponto. Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado democrático de direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 296.

⁹⁷ Essa estruturação também foi implementada na legislação processual civil brasileira com o advento da lei 8.952/1994 que inseriu no Código de Processo Civil o §2º ao art. 331: “Se, por qualquer motivo, não for obtida a

O procedimento, com essa conformação, com individuação clara do *thema decidendum* e do objeto de prova confere, pois, maior efetividade ao princípio do contraditório, porque permite a efetiva influência das partes numa atividade de colaboração entre elas e o juízo.

A busca é pelo diálogo incessante em bases normativas, impeditivo de decisão-surpresa e de argumentos estratégicos, por meio da instrumentalidade técnica dos procedimentos, em cujo espaço se tornará exequível a manifestação das partes e a influência de seus argumentos numa “dimensão espaço-temporal adequada”⁹⁸.

Nesse rumo de pensamento, atenderia aos anseios de democratização do processo via comparticipação, dentro da tradicional cognição bifásica, o asseguramento de uma fase preparatória propiciadora de efetivo debate relativo às questões mais relevantes para a decisão judicial, sem qualquer resquício de centralidade, mas, a exemplo do *modelo de Stuttgart*, apropriada à demarcação das questões de fato e de direito determinantes para o provimento.

A sugestão de Dierle Nunes é no sentido de que, na fase preparatória, haja até mesmo troca de petições para que, em audiência preliminar, possam ser discutidos todos os pontos controvertidos (questões). E, caso surjam fatos novos, questões de direito, antes da audiência de instrução, seja garantido novo debate sobre estas novidades, de modo que, ao provimento final, preceda o debate sobre todas as questões, de fato e de direito, sobre todas as dúvidas, todos os potenciais entendimentos a serem objeto de fundamentação pelo juiz (notadamente precedentes jurisprudenciais, súmulas), reduzindo a possibilidade de surpresa.

Esse modo de proceder possibilitaria – ou possibilitará, a aplicação da proposta que Dierle Nunes denomina⁹⁹ de acordo estruturado, proveniente da autonomia das partes, sem qualquer coação ou aceito na busca de uma solução rápida da pretensão, mas firmado de forma consciente pelas partes, que avaliariam, “dentro das potencialidades de provimento futuro, se seria conveniente e tecnicamente defensável o abreviamento mediante autocomposição”¹⁰⁰.

Dierle Nunes adverte para que o modelo que propõe pouco difere dos modelos legais da Alemanha, da Inglaterra e, inclusive, do Brasil, rememorando o que dispõe o art. 331, do Código de Processo Civil Brasileiro. Contudo, aqui, no Brasil, não é mais obrigatória a audiência preliminar, consoante o que dispõe §3º do art. 331, acrescentado pela Lei 10.444/2002.¹⁰¹

Ademais disso, realmente, a prática indica uma tendência à utilização da audiência preliminar como mera oportunidade de conciliação. E, quando não há, geralmente o juiz ou fixa, de acordo com seu sentimento solitário, os pontos (questões) que entende controvertidos ou passa à fase probatória sem sequer sanear o procedimento, a despeito do que determina o art. 331, § 2º. Certamente, há exceções à regra.

conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”. No entanto, há de se admitir que a na prática forense não foi implementado o referido dispositivo de lei, visto que nas audiências de conciliação realizadas na forma do art. 331 do CPC, não se tem preocupação com a fixação das questões controvertidas.

⁹⁸ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p.241.

⁹⁹ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 244.

¹⁰⁰ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 244.

¹⁰¹ Art. 331, §3º, CPC: “Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º”.

O que importa é tentar afastar a possibilidade de o magistrado manter isolado em sua mente a percepção que tem quanto às questões de fato e de direito (as de direito de modo especial, porque é aqui que se evidenciam com mais intensidade as decisões surpresa; na interpretação que o juiz apresenta, na utilização de precedentes jurisprudenciais, não raras vezes desvinculados da situação concreta sob exame; de súmulas de jurisprudência com o mesmo problema). É que, a se admitir o isolamento, se estará a conferir sustentáculo à visão das partes como meras colaboradoras na formação do convencimento do juiz.

Ao exame da realidade brasileira quanto à fixação dos pontos controvertidos, conclui-se que se aplica no Brasil o adágio *Iura novit curia*, cuja ideia é a de que o juiz conhece o direito. Logo, dá-me o fato e te darei o direito. No entanto, tal adágio não pode levar à conclusão de que se está sob a responsabilidade única do magistrado de aplicar o direito. Certamente, esta visão iria de encontro a todo o desenvolvimento das compreensões de comparticipação e policentrismo processual sustentada por Dierle Nunes no sentido de que a real democratização do processo demanda uma “interdependência entre todos os sujeitos processuais”, de modo que se “garanta a existência de uma advocacia e de uma magistratura forte e com enormes responsabilidades, formação técnica e poderes para o exercício de suas funções”¹⁰².

A contribuição dada por Dierle Nunes passa, primordialmente, pelo resgate do papel da participação no espaço público processual de todos os envolvidos, em uma perspectiva policêntrica e comparticipativa, que permite o redimensionamento constitucional da atividade processual e do processo, de modo a recolocá-lo na sua real função de garantidor de um debate público, de uma estrutura dialógica de formação de provimentos constitucionalmente adequados.

4. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Em linhas conclusivas evidencia-se que Dierle Nunes conseguiu, de modo claro, demonstrar as raízes do protagonismo judicial, como resposta de *Anton Menger* (França), *Franz Klein* (Áustria) e *Oscar Von Bülow* (Alemanha) - movimento socialista processual - ao liberalismo processual que tinha como base o domínio das partes, a igualdade formal dos sujeitos processuais, o princípio da escritura, a passividade judicial e o princípio do dispositivo.

No entanto, a superação da concepção liberal consolidou o dogma do protagonismo judicial, criando um modelo procedimental de aplicação solitária do direito pelo juiz, com enorme enfraquecimento do papel dos outros sujeitos processuais, bem como, mais à frente, foi responsável pela formatação de um modelo neoliberal de processo, preocupado tão somente com uma produtividade industrial de decisões em diminuto espaço processual.

Através de extensa pesquisa doutrinária, Dierle Nunes logrou êxito ao elucidar a significativa redução do papel técnico do procedimento e o esvaziamento da função do cidadão em um ambiente de protagonismo judicial, que ao estabelecer a decisão judicial como atividade construtiva solitária do juiz, acaba por transformá-lo em um “engenheiro social”, imune ao controle dos demais sujeitos processuais.

¹⁰² NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p.198.

Sustentou a necessidade de superação desse sistema perverso e nefasto mediante uma proposta de reconstrução democrática do processo civil, que implica reconhecer o seu caráter participativo e policêntrico que tem no contraditório verdadeiro princípio constitutivo e estruturante, de modo a exigir a revisão dos fundamentos de legitimidade da autoridade jurisdicional no marco do *paradigma* procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

Processo democrático se constitui em uma estrutura normativa constitucionalizada, dimensionada por princípios constitucionais dinâmicos como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional. Se a aplicação desses princípios garantir uma adequada fruição de direitos fundamentais em perspectiva normativa, aí se pode considerar como aplicados em uma perspectiva democrática, além de se assegurar a comparticipação e problematização de todos os argumentos relevantes na ótica policêntrica do sistema.

A proposta é, pois, de superação do protagonismo judicial, obscurecedor da interdependência que deve haver entre os sujeitos processuais e provocador da indiferença das partes, aliado a especial investimento na formação da advocacia a fim de proporcionar o policentrismo e a participação cidadã, de modo a viabilizar um controle compartilhado, em um espaço de problematização incessante, que resguardará o sistema processual contra o subjetivismo e o autoritarismo judicial, de um lado, e a má-fé e procrastinação, por parte de advogados, de outro.

O desejo é, portanto, de resgate da importância do processo pela possibilidade de efetiva participação cidadã no procedimento que redunde em tomada de decisões, capaz de permitir o retorno da confiança dos cidadãos na estrutura normativa do processo e vedar a imposição e continuidade da prevalência de supostos valores comuns da sociedade definidos exclusivamente pelo decididor de plantão.

Com efeito, o verdadeiro horizonte para a democratização processual encontra arrimo nas idéias de comparticipação e policentrismo, as quais permitem equilibrar, conforme a situação de aplicação normativa, as concepções liberais e sociais, de modo a se estabelecer uma responsabilidade diluída entre os sujeitos do processo (autor, réu e juiz) e, ao mesmo tempo, uma mudança de mentalidade no exercício de suas respectivas funções.

O estudo da obra de Dierle Nunes não conduz a outra conclusão senão a de que no paradigma de Estado Democrático de Direito, que adotou como seu eixo teórico o Processo, em uma acepção constitucional, a compreensão acerca de determinado caso concreto submetido ao julgamento do órgão jurisdicional somente poderá ser solucionado mediante a incidência de uma norma deduzida e debatida pelas partes, cuja interpretação compartilhada, considerará elementos e princípios diretivos internos ao próprio sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Exame técnico e sistemático do código de processo civil reformado, 2.ed. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. (Org.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado democrático de direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum: 2010.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo Civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Comunitarismo e liberalismo na fundamentação do Estado e o problema da tolerância. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 338-344.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos de democracia. Tradução Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, p. 105-122, jan./jun. 1995.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 253-282.
- LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum: 2010.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1.ed., 1.reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo sobre o tema”. In: FIUZA, César Augusto de Castro et al. *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 9-26.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual*, Porto Alegre, p. 30-35, set./out., 1999.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização*: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 3-27.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, Fernando Horta; DUTRA, Elder Gomes. Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo, e do procedimento monitorio. *Revista de Processo*, São Paulo, n.181, p. 59-89, mar. 2010.

TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela, processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado democrático de direito*. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

TAVARES, Fernando Horta (Coord.). Urgências de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n.21, p. 145-162, 2008.

NATUREZA JURÍDICA DA COMPANHIA

FÁBIO MURILO NAZAR*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Personalidade jurídica e pessoa jurídica. 3. História da sociedade anônima e sua relação com o Estado. 4. Teorias sobre a natureza jurídica da Companhia. 5. Teoria do contrato plurilateral. 6. A Companhia como instituição. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A doutrina jurídica há tempos se debate buscando decifrar de maneira correta e precisa a natureza jurídica da sociedade anônima. Tal empreitada torna-se necessária em razão da importância, econômica, jurídica e social da companhia, já que, este modelo societário possibilitou, sem sombra de dúvidas, o florescimento e engrandecimento do sistema capitalista que hoje rege as relações econômicas.

A sociedade anônima, a partir de sua estrutura fundada na responsabilidade do sócio limitada, exclusivamente, ao capital social disponibilizado e na facilidade de circulação da ação, título este que representa e corresponde à cota parte de cada sócio na sociedade, possibilitou a captação da poupança popular autorizando a formação da grande empresa que, por conseguinte, fez com que o progresso e o desenvolvimento que hoje vivemos chegassem a todos de maneira intensa e relativamente rápida.

A fim de se chegar a bom termo na empreitada a que se pretende neste artigo, iniciaremos o estudo a partir da noção de personalidade jurídica e sua atribuição ao ente abstrato denominado pela doutrina de pessoa jurídica.

Faremos um estudo dirigido à história da formação da sociedade anônima, mirando, sobretudo, as relações desta com o Estado nas suas três grandes fases: a) do privilégio; b) da autorização; c) e da liberdade. Nestes períodos vislumbramos que o papel do Estado varia desde um impulsionador (privilégio), passando pela idéia do Estado como um rígido fiscal da atividade societária (autorização), até chegarmos ao modelo atual em que prevalece a noção da proteção à livre iniciativa da sociedade anônima nos moldes do ordenamento jurídico posto a partir de regras impessoais, abstratas e coercitivas (liberdade).

Outrossim, é necessário enumerar as várias teorias explicativas da natureza da sociedade anônima: ato coletivo, ato complexo, contrato organizacional, contrato bilateral, contrato plurilateral, teoria institucional e teoria organizacional. Assevere-se que neste artigo não haverá o aprofundamento destas teorias que, basicamente, serão apenas citadas como referência

* Procurador do Estado de Minas Gerais.

para o estudioso do direito em razão de não serem as mesmas o objeto central deste estudo e por estarem, em grande parte, desacreditadas pela doutrina contemporânea que às rechaça veementemente.

Mister observar que, como definido no título deste artigo, a ênfase do estudo se dará sobre a tese contratualista com destaque para a teoria do contrato plurilateral e para a doutrina da instituição, pois se não há consenso exato entre os estudiosos do direito sobre a natureza da sociedade anônima, as dúvidas que persistem giram em torno destas duas teorias, sendo a primeira do ato institucional e a segunda do ato contratual associativo.

Este é o norte do trabalho, qual seja, indicar dentre estas dogmáticas a que melhor se apresenta na definição da natureza jurídica da sociedade anônima. Tarefa árdua para o pesquisador do direito na contemporaneidade em razão da multiplicidade de conceitos e da volatividade dos institutos jurídicos frente ao pensamento humano.

2. PERSONALIDADE JURÍDICA E PESSOA JURÍDICA

A vontade de suprir carências humanas, fez com que o homem buscase uma vida gregária e associativa, induzindo-o à convivência não só como uma opção volitiva, mas como um fator de sobrevivência e de continuação de seus instintos básicos.

O direito como a ciência que busca atribuir à cada um o que é seu, cuida da disciplina das relações sociais intersubjetivas a partir de normas gerais, abstratas e imperativas. Uma vez subordinada à legalidade, as relações sociais recebem o atributo de jurídicas, ou seja, o Estado reconhece sua importância e passa a regular seus efeitos. O sistema jurídico, portanto, parte da idéia de relação jurídica, cujo substrato se assenta em três elementos fundamentais: a) o sujeito de direitos e obrigações; b) o objeto do direito e das obrigações; c) o vínculo jurídico, que está ligado aos fatos sociais relevantes para o direito.

Na visão de Paulo Dourado de Gusmão, relação jurídica pode ser assim definida: “Dessas observações podemos definir a relação jurídica como o vínculo que une duas ou mais pessoas, decorrente de um fato, de um ato ou de uma conduta, previsto pela norma jurídica, que produz efeitos jurídicos, ou, mais singelamente, vínculo jurídico entre pessoas, que atribui a uma delas o poder de exigir de outra determinada obrigação.”¹

Por sua vez, Paulo Nader nos ensina que “os elementos que integram a relação jurídica são os seguintes: sujeito ativo, sujeito passivo, vínculo de atributividade e objeto. O fato e a norma jurídica, que alguns autores arrolam como elementos, são antes pressupostos da existência da relação jurídica.”²

Assim, sujeito, objeto e vínculo de atributividade, todos elementos da relação jurídica, formam, sem exceção, a base do sistema jurídico que se apresenta, cumprindo observar que os sujeitos ativo e passivo estão afetos à noção de pessoa, o objeto aos bens e o vínculo de atributividade aos fatos jurídicos.

¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 268.

² GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 300.

A pessoa é definida como o ente que pode ser sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica, no molde disposto pelo artigo 1º do Código Civil de 2002: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

Pelo termo pessoa, pode-se aferir uma série de acepções que passam pelo conceito naturalístico, psicológico e sociológico da palavra. No entanto, como tratamos de um estudo voltado para o direito, cumpre-nos definir a palavra pessoa por seu significado jurídico e nesse, o termo recebe o atributo de ser a pessoa o titular de direitos e deveres da ordem civil.

A partir da outorga da personalidade jurídica, que é pressuposto da noção de pessoa em seu sentido de direito, determinados entes passam a ter para si a característica de serem detentores de direitos e deveres na ordem civil, comercial, trabalhista, tributária ou em qualquer ramo do qual se ocupe o direito.

A personalidade jurídica, também chamada por alguns doutrinadores de capacidade de direito, é o atributo que dá aptidão ao sujeito para adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica. Trata-se de atributo eminentemente concedido pelo direito, e não pela natureza, como podem pensar alguns. Daí, por ser atributo jurídico, e não natural, há a possibilidade de criação de duas formas de pessoas: a natural, ligada ao ser humano; e a jurídica, ente abstrato ao qual o sistema do direito atribui a condição de ser sujeito de direitos e deveres.

A pessoa jurídica, da qual a sociedade anônima é uma de suas espécies, nasce da necessidade gregária do homem que buscou atender ao desenvolvimento social por qual passava. Surgiu a pessoa jurídica como um meio de cumprir os anseios do ser humano em seu aspecto social, jurídico e econômico. O homem ou, na visão do direito, a pessoa natural isoladamente não conseguia mais dar vazão às suas ambições e pretensões. Daí o desejo da união de esforços comuns de mais de uma pessoa, que fez criar a sociedade em suas várias facetas, ou da atribuição de personalidade jurídica a um conjunto de bens, surgindo a fundação, destinados estes entes abstratos a atender a um fim econômico ou ideal previsto expressamente em seu ato constitutivo.

A doutrina, de maneira uníssona, leciona sobre o tema pontuando a característica primordial da pessoa jurídica, em seu nascedouro, como um meio de favorecimento do crescimento dos setores produtivos. Paulo Nader nos informa que,

“Na medida em que a sociedade foi se organizando, a prática revelou a necessidade de uma categoria jurídica que favorecesse especialmente o crescimento de setores produtivos, culturais, sociais e religiosos, que não poderia ser alcançado pelo esforço isolado de pessoas ou da solidariedade interna de pequenos núcleos familiares. (...) Indispensável que se atribuísse *personalidade jurídica* ao ser meramente convencional. O ente a ser plasmado pela doutrina jurídica haveria de reunir algumas características fundamentais: a) ser uma reunião de pessoas ou de bens; b) possuir uma idéia de fim a realizar; c) incentivar a soma de economias; d) separar as responsabilidades do todo da de seus integrantes. (...) A doutrina jurídica correspondeu aos anseios da sociedade e projetou a categoria das pessoas jurídicas de que o legislativo veio a se valer, aprovando estatuto dos seres de *existência invisível*”³ (grifos do original).

Ao analisarmos o ideário da criação da pessoa jurídica, vislumbramos a companhia em sua estrutura e natureza, pois, esta surge com a mesma visão de atribuição de personalidade a um ente abstrato com o fim de que este sujeito pudesse agir no direito captando recursos para a

³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 224.

grande empresa, ação que se dá a partir de suas características básicas de limitação da responsabilidade do sócio ao capital empregado na compra das ações e na divisão do patrimônio social em títulos de fácil negociação e circulabilidade. Percebe-se que a sociedade anônima buscou com estes caracteres desvincular-se da noção de pessoalidade na relação interna entre os sócios, atingindo uma visão de patrimonialidade na relação social. A sociedade, anônima, é uma sociedade voltada para o capital, o que a habilitou como meio útil e eficaz de congregação de valores pecuniários que autorizaram o progresso e o desenvolvimento da grande empresa.

A atividade econômica profissional voltada para a organização dos meios de produção e circulação de bens e serviços, atividade ao qual demos o nome de empresa, não teria conseguido atingir a amplitude de hoje sem a existência da sociedade anônima, pois esta possibilitou a personificação da grande empresa a partir da captação da poupança popular e da formação do grande capital, pressuposto necessário para se atingir a empreitada da formação dos empreendimentos contemporâneos.

3. HISTÓRIA DA SOCIEDADE ANÔNIMA E SUA RELAÇÃO COM O ESTADO

A sociedade anônima, no período absolutista, surge como um privilégio concedido pelo Rei. Passa, no modernismo, pela fase das autorizações em que o detentor da soberania controla de maneira intensa e direta todos os seus passos desde a sua formação e funcionamento, até a sua permanência como ente dotado de personalidade. Chega-se, como última etapa, no período chamado da liberdade em que o papel do Estado se limita a regular sua criação e funcionamento a partir da edição de normas jurídicas impessoais, abstratas e coercitivas. Desde sua concepção, a sociedade anônima sempre esteve umbilicalmente vinculada ao Estado, mudando, no decorrer de sua história, apenas a intensidade deste vínculo que ora se verifica com uma maior dependência e ora se vê mais autônoma frente ao Estado soberano.

A primeira manifestação da sociedade anônima se deu na Holanda, com a criação em 20 de março de 1602 da “Companhia Holandesa das Índias Orientais” e, em 1612, a das “Índias Ocidentais”. Após, penetraram as companhias na Inglaterra, em 1612; na Suécia, 1615; e na França, 1644.

Com a “Companhia Holandesa das Índias Orientais” surge, pela primeira vez na história jurídica, o modelo associativo com as características da sociedade anônima, que se assenta na limitação da responsabilidade do acionista e na divisão do capital em títulos dotados de fácil circulabilidade (ações).

A partir de 1602, substituiu-se a base personalíssima em que se subsumia a sociedade, por uma base capitalista. O dinheiro, o capital, converteu-se em empresário a fim de possibilitar, naquela época, a exploração colonialista do Estado absoluto.

A esta fase da história da sociedade anônima, costuma-se emprestar o nome de “privilégio”, pois o Estado absolutista no intuito de angariar recursos que possibilitariam o custeio das grandes explorações que, por consequência, levariam à colonização e descobertas geográficas, criou, em associação com o capital privado, companhias de navegações outorgando-lhes o privilégio da personalidade jurídica, além de outros próprios do Estado, tais como a possibilidade de organização de exércitos e fortificações militares.

Nesta fase, a companhia não dispunha de um estatuto, tal como conhecemos hoje, mas sim, de um ato de incorporação. Em seu primeiro momento a companhia foi concebida e regida por outorga do Estado a partir do chamado ato de incorporação, ato este que, como dito alhures, regulamentava sua criação e funcionamento e lhe dava personalidade jurídica.

A sociedade anônima surge como um apêndice do Estado que dela se utilizou para cumprir seus próprios fins buscados no mercantilismo. Nesta fase, não havia uma disciplina geral para as companhias, sendo que cada uma delas surgiu com uma individualidade própria a partir do ato de incorporação realizado pelo Estado onde eram definidos os poderes, prerrogativas, funções, direitos, deveres, finalidades e privilégios de cada companhia criada.

No período do privilégio, houve uma forte ligação entre a companhia e o Estado que dela se utilizou como um mecanismo de expansão de suas fronteiras e interesses, unindo o capital particular ao seu capital público sob a base das características da sociedade anônima (limitação da responsabilidade ao capital e circulabilidade do título societário).

Após passar por um período de ampla liberdade em razão dos princípios da Revolução Francesa, que decretou ser livre e plena a atividade industrial e de comércio, acabando com os privilégios das corporações de ofício, período em que a liberdade se transformou em libertinagem, pois foram inúmeros os abusos cometidos pelas companhias em sua constituição e desenvolvimento, a sociedade anônima passou a ser disciplinada pelo Código Francês de 1807, primeiro diploma normativo do Direito Comercial moderno.

O Código Francês de 1807, a fim de conter os abusos cometidos pelas sociedades anônimas no curto período em que a mesma foi embalada pela doutrina revolucionária da plena liberdade comercial e industrial, traçou para a sociedade anônima o regime de autorização onde o controle do Estado era forte. Controlou-se a companhia, não mais através da outorga de privilégios, mas mediante a diuturna e constante fiscalização dos agentes do Estado em todas as faces da sociedade anônima.

A companhia só adquiria personalidade jurídica e conseqüentemente tornava-se sujeito de direitos e obrigações, após prévia autorização do Estado, que regulava, fiscalizava e controlava todo o processo de sua criação e funcionamento, podendo o ente estatal, até mesmo, cassar-lhe o registro impondo-lhe o fim da personalidade jurídica caso entendesse que a sua continuidade era nociva aos ideais postos pelo ente soberano.

Este critério da prévia autorização estatal foi assim instituído pelo art. 37 do Code de Commerce francês de 1807: *”La société anonyme ne peut exister qu’avec l’autorization du gouvernement et avec son approbation pour l’acte qui la constitue”*.

Pela lei francesa de 24 de julho de 1867, abriu-se a era da liberdade das companhias, que não mais pressupunham autorização do governo para a sua constituição. Toda e qualquer forma de sociedade, especialmente a companhia, gozou da livre iniciativa, ou seja, bastava a vontade de seus instituidores para a sua criação, autonomia da vontade que também se incumbia de regar, mediante seus atos constitutivos, o fim a que se dispunha, o seu funcionamento, bem como o modo de desenvolvimento da sua atividade econômica e comercial.

No entanto, mesmo no regime da liberdade, que perdura até hoje, o Estado continuou a influenciar os atos da companhia, mas agora de maneira indireta, através de normas jurídicas, gerais, impessoais e abstratas que traçam de modo coercitivo as regras da sociedade anônima. De

uma ingerência direta do Estado feito no regime das autorizações, passa-se a um regime de controle estatal mediante disposições normativas.

A companhia é livre em sua criação e funcionamento, mas submetida ao Estado de Direito que traça uma série de disposições normativas coercitivas que a regula. O papel da autonomia privada ganha relevo, mas autonomia vinculada à legalidade. Troca-se, nesta etapa, o regime de intervenção direta do Estado nos atos sociais, por um regime de responsabilidade jurídica dos acionistas pela prática de atos ilícitos.

Joaquín Garrigues, estudando o direito espanhol, nos mostra de maneira lapidar a mudança de pensamento aflorada a partir da troca do regime de autorização pelo de liberdade, expondo que:

“Pois bem, o Código espanhol de 1885 acolheu um conceito muito peculiar de liberdade. Um conceito de liberdade que aflorou novamente na Espanha quando se publicou o Anteprojeto da lei de sociedades anônimas, hoje vigente. Efetivamente, a lei francesa de 1867 havia concedido a liberdade mas uma liberdade frente ao governo, não frente à lei, enquanto o Código de comércio espanhol entendeu que a liberdade consistia precisamente em diminuir a regulamentação da sociedade anônima, pretendendo que com 19 artigos se iria orientar pela lei todo o enorme movimento de associação industrial da Espanha daquela época. Afortunadamente, a meu juízo, a vigente lei das sociedades anônimas, de 1951, retorna ao conceito exato de liberdade, quer dizer, o conceito de que é livre a criação de uma sociedade anônima, mas que esta sociedade anônima tem que se submeter à uma série de disposições, a maior parte delas coercitivas (as chamadas ‘disposições normativas’), que regulam a fundação e o funcionamento da sociedade”⁴.

Há que se ter em mira que, mesmo nos dias atuais em que predomina a idéia da liberdade na criação, funcionamento e regramento das sociedades anônimas, apresentam-se, ainda, sociedades anônimas com traços característicos dos regimes do privilégio e da autorização. Rubens Requião assim nos ensina:

“Eis como as sociedades anônimas se tornaram instrumento, e poderoso, da economia capitalista. O curioso, porém, é que essas três etapas históricas – *privilégio, autorização e liberdade* – não importaram, com o surgimento de um sistema, na extinção do sistema anterior. No regime atual da constituição livre das sociedades anônimas – e isso é palpável na nossa própria legislação – a par da regra dominante, persistem ainda os regimes do privilégio e os da autorização. Mantém o direito moderno, ao lado das sociedades livres, as privilegiadas e as autorizadas. Em nosso País, as sociedades anônimas bancárias, de capitalização, de investimentos, as estrangeiras, por exemplo, antes de se constituírem umas ou de funcionarem outras, necessitam de carta de autorização concedida pelo poder público. A par dessas, algumas são constituídas especificamente por lei, que lhes traça a estrutura jurídica, com determinados privilégios, como as sociedades anônimas estatais, citando-se, entre elas, a *Petrobrás S.A., a Eletrobrás S.A., a Rede Ferroviária Federal S.A.*.”⁵(grifos do autor)

Em todas estas fases descritas, a essência da sociedade anônima persistiu. Tanto na etapa do privilégio, como na autorização e no regime da liberdade nos moldes da legalidade. A sociedade anônima, em todas as suas fases, guardou a sua condição peculiar de ser uma pessoa

⁴ GUARRIGUES, Joaquín. *Problemas atuais das sociedades anônimas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1982. pp. 12 e ss.

⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 20.ed. Saraiva, 1995. p. 5.

jurídica voltada para aglutinar o grande capital em razão de suas duas características principais que, repita-se, são: a) a responsabilidade do sócio vinculada exclusivamente ao capital aplicado na compra das ações e; b) a circulabilidade do título representativo deste capital (ações), sem as amarras comuns às outras formas de constituição de sociedades denominada personalíssimas.

A sociedade anônima, ao contrário das demais formas associativas onde o que importa é a figura pessoal do outro sócio, estrutura-se em uma base voltada para o capital. O capital, na sociedade anônima, converte-se em empresário possibilitando a atividade empresarial de grande vulto, marca do capitalismo contemporâneo.

A companhia havia se transformado no mecanismo predileto do grande capital. Na máquina preferida do sistema capitalista que via nela a possibilidade de atingir a poupança popular colhendo precioso numerário antes inacessível à grande empresa. Com a sociedade anônima, o cidadão comum passava a tomar parte da atividade industrial e comercial de grande vulto, bastando, para tanto, adquirir ações de uma sociedade anônima.

O volume de captação financeira pelas companhias tornou-se tão elevado que o Estado passou a temê-las, em razão de seu gigantismo. Outrossim, a poupança popular depositada na sociedade anônima necessitava de proteção, pois se a sociedade anônima é uma pessoa jurídica abstrata, por traz dela está o homem com suas vicissitudes e abusos. Ademais, a necessidade de controle das alianças entre sociedades era manifesta, pois os acordos entre companhias passavam a ameaçar os princípios do mercado livre e da livre formação dos preços. Diante disto, na atualidade, o Estado reage mediante vários procedimentos e recursos defensivos que vão desde a regulamentação e controle normativo das companhias, sistema próprio do regime da liberdade, passando pela participação do Estado como acionista ou controlador de grandes companhias. Ademais, formam-se legislações antimonopólicas que visam ao controle e impedimento dos abusos do poder econômico das sociedades anônimas. Afinal, cabe citar, novamente, o eminente professor da escola espanhola Joaquín Garrigues que nos ensina: “todo o pecado é um abuso da liberdade”.⁶

O estudo histórico das várias fases da sociedade anônima é fundamental para a análise da natureza jurídica da companhia. A história nos indica de maneira solar que o Estado sempre esteve próximo da sociedade anônima, controlando-a ora de modo mais intenso, ora de modo menos enérgico. Algumas vezes de maneira direta, noutras de modo indireto, mas vislumbra-se que o Estado sempre buscou amarrar a vontade dos acionistas à sua vontade de ente soberano, circunstância que irá afetar sobremaneira a resposta sobre a natureza contratualista ou institucionalista da companhia.

4. TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA COMPANHIA

Várias são as teorias que buscam elucidar a natureza jurídica da sociedade anônima, das quais podemos citar as teorias do ato coletivo (Duguit), do ato complexo (Gierke), do contrato organizacional, do contrato bilateral, do contrato plurilateral (Túlio Ascarelli), da companhia como instituição (Hauriou) e a teoria organizacional (Angelo Bracciodieta).

⁶ GUARRIGUES, Joaquín. *Problemas atuais das sociedades anônimas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1982. p. 17.

É sabido que as teorias que preponderam na doutrina nacional restringem-se às do contrato plurilateral e a da companhia como instituição. Assim, para não fugirmos do foco deste artigo que tem por escopo definir dentre estas duas dogmáticas qual a que melhor se aplicaria às sociedades anônimas, deixaremos de lado maiores explicações sobre as outras doutrinas, concentrando-nos apenas na teoria do contrato plurilateral e da instituição.

5. TEORIA DO CONTRATO PLURILATERAL

A companhia estrutura-se a partir da união de pessoas naturais ou jurídicas que visam atingir o fim comum de auferir lucro desempenhando uma atividade empresária de circulação e produção organizada e economicamente apreciável de bens e serviços.

Ao analisarmos o fato de haver, como regra geral, a presença da vontade de mais de um sujeito na constituição da companhia, fato que só é excepcionado no direito pátrio de maneira permanente pela ocorrência da sociedade anônima subsidiária integral, ou no caso das empresas públicas, poderíamos chegar à conclusão de que a companhia sempre teve presente em sua estrutura o ideário da sociedade. O próprio artigo 1º da Lei 6.404/76 se refere à pessoa jurídica ao qual irá regular de “sociedade anônima”, nomenclatura que irá se repetir no art. 3º da Lei 6.404/76 que autoriza o uso pela pessoa jurídica da denominação de “companhia” ou “sociedade anônima”. Ademais, o artigo 80 da Lei das Sociedades Anônimas, por sua vez, exige a subscrição das ações que compõe o capital social por pelo menos duas pessoas, o que reforçaria a visão societária contratual como algo ínsito à companhia. Enfim, a primeira vista, poderíamos afirmar que a companhia tem natureza de sociedade, instituto jurídico que tem, por sua vez, a característica geral de se assentar em um contrato, ou seja, num acordo de vontades entre duas ou mais pessoas com o intuito de adquirir, resguardar, transmitir, modificar, extinguir ou conservar direitos e deveres economicamente apreciáveis.

Neste ponto, importante a lição de Orlando Gomes que define a sociedade a partir da seguinte óptica: “Se duas ou mais pessoas põem em comum sua atividade ou seus recursos com o objetivo de partilhar o proveito resultante do empreendimento, constituem uma sociedade.”⁷

No mesmo passo, Jorge Manoel Coutinho de Abreu nos informa que “Sociedade é a entidade que, composta por um ou mais sujeitos (sócio(s), tem um patrimônio autônomo para o exercício de atividade econômica que não é de mera fruição, a fim de (em regra) obter lucros e atribuí-los ao(s) sócio(s) – ficando este(s), todavia, sujeito(s) a perdas.”⁸

O Código Civil de 2002 traz o conceito legal de sociedade, no qual a figura do contrato ganha destaque. O art. 981 do CC/2002 normatiza que: “**Celebram contrato de sociedade** as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a participação, entre si, dos resultados” (grifamos).

Remete-se, à primeira vista, o instituto da sociedade para o campo dos contratos. Surge, a partir daí, a seguinte questão: no caso das sociedades, haveria um contrato bilateral ou

⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 197.

⁸ ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. *Curso de direito comercial: das sociedades*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. v.2, p. 21.

plurilateral? Assevere-se que se todo o contrato tem como substrato um acordo de vontades a diferença entre os contratos bilaterais e plurilaterais está nos efeitos que ambos geram entre as partes envolvidas no negócio jurídico, conforme será demonstrado.

O contrato bilateral caracteriza-se pelo acordo de vontade sinalagmático, ou seja, há posição antagônica entre as partes envolvidas na relação jurídica que buscam fins diversos umas das outras. No contrato bilateral, os sujeitos de direitos e obrigações não unem suas vontades para atingir um fim comum, mas sim para satisfazerem suas necessidades a partir de prestações correlatas.

Exemplo típico de contrato sinalagmático é a compra e venda. De um lado temos o vendedor que busca adquirir o dinheiro a partir da entrega do bem de sua propriedade. Noutro pólo, aparece a figura do comprador que busca ter para si o bem da vida que lhe satisfaz em suas carências pagando o preço ajustado.

Aos contratos bilaterais, em razão da dependência recíproca das obrigações que se contrapõem, aplicam-se as disposições relativas à “*exceptio non adimpleti contractus*”, à cláusula resolutiva tácita, a regra das arras, da evicção e a teoria dos vícios redibitórios.

Lapidar os comentários de Caio Mário da Silva Pereira dizendo que “É pacífico que nos contratos bilaterais as obrigações das partes são recíprocas e interdependentes: cada um dos contratantes é simultaneamente credor e devedor um do outro, uma vez que as respectivas obrigações têm por causa as do seu co-contratante, e, assim, a existência de uma é subordinada à da outra parte.”⁹

Por sua vez, os contratos plurilaterais, também chamados de associativos ou abertos, têm como peculiaridade a condição de reunir duas ou mais vontades (sujeitos) que não se contrapõem em seus interesses, mas sim, visam atingir um fim comum escolhido por elas, escopo que no caso da sociedade é econômico. No contrato aberto as partes emitem suas vontades para atingir um interesse paralelo, e não antagônico, como ocorre no contrato bilateral.

Carlos Roberto Gonçalves, citando Messineo, explica que:

“Nos contratos *plurilaterais* ou *plúrimos*, temos várias partes, como ocorre no contrato de sociedade, em que cada sócio é uma parte. Assim também nos contratos de consórcio. Uma característica dos contratos plurilaterais é a rotatividade de seus membros. Segundo a lição de Messineo, por contrato plurilateral se há de entender o contrato em que podem tomar parte *ab initio*, ou depois de sua formação, várias partes. A sua principal característica consiste no fato de que, mediante a sua realização, as partes perseguem um fim comum.”¹⁰

A pluralidade de partes e o fim comum dão a tônica dos efeitos esperados pelas partes no contrato associativo, distinguindo-o do contrato bilateral cuja eficácia interpartes é contraposta. O fim comum e a pluralidade de partes são marcas que se apresentam de maneira solar nas sociedades descritas no código civil de 2002, restado a dúvida quanto às companhias.

Outras características dos contratos plurilaterais estão presentes no instituto da sociedade. A primeira delas é a possibilidade da existência de mais de uma parte contratual, significando a palavra parte como centros de interesses jurídicos. O contrato aberto inicia-se com

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 67.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Saraiva, 2004. p. 69.

o mínimo de duas, mas a partir daí, nada impede o ingresso de outras partes contratuais, sem limitação. Um segundo ponto diz respeito ao fato de que todas as partes são titulares de direitos e obrigações concomitantemente. Outro fator consiste na complexidade exigida na formação do contrato associativo, pois se há várias partes, a sua conclusão depende do assentimento de todos, tornando o ato mais complexo. Ademais, todos os sócios, sem exceção, devem contribuir para a formação do capital social, exigindo-se, ainda, uma colaboração coletiva na persecução do fim comum visado. Vê-se, também, no contrato aberto, que a sua função econômica, social e jurídica não é atingida quando as partes cumprem suas obrigações na formação do capital da sociedade, pois a contribuição do sócio para o capital é apenas um instrumento para que ela possa dar início ao exercício de sua atividade econômica. Mais um caractere diz respeito aos vícios da adesão do sócio que se restringem ao sujeito em particular, não afetando todo o corpo social. No contrato associativo, o vício de consentimento de uma das partes não invalida o contrato do ponto de vista jurídico.

Assim, para parte da doutrina a teoria contratualista plurilateral elucida a natureza jurídica da companhia. Porém, deve-se indicar que a teoria contratualista não explica a intervenção havia pelo Estado sobre a autonomia da vontade social da companhia, especialmente nas abertas que têm suas ações por subscrição pública, intervenção esta que chega a impor à sociedade anônima uma função social, fim este atípico frente aos escopos visados pela sociedade no campo do direito de empresa, cuja idéia de lucro prepondera.

Outrossim, a tese do contrato não explica a existência da companhia subsidiária integral (artigo 251 da Lei 6.404/76) e, em alguns países como na Itália, a hipótese jurídica da “sociedade unilateral”, espécies de companhias formadas pela exclusiva vontade de uma pessoa, ou seja, por um ato unilateral de uma pessoa natural ou jurídica que queira desenvolver uma atividade empresarial sob a forma de sociedade anônima com seus ônus e bônus.

Observe-se que na visão sistemática que se dá ao ordenamento jurídico na pós-modernidade, fundamentada na unidade e na ordenação dos princípios gerais que o regem, a presença de sociedades anônimas unipessoais quebrariam a idéia de sistema jurídico para a definição da companhia, pois o contrato de sociedade, como bem dito alhures, exige a presença de duas ou mais vontades dirigidas para a consecução de um fim econômico comum.

Quanto ao conceito de sistema e a importância de sua unidade e ordenação, mister a fala de Canaris:

“Sobre o conceito geral de sistema deveria dominar – com múltiplas divergências em aspectos específicos – no fundamental, uma concordância extensa: é ainda determinante a definição clássica de Kant, que caracterizou o sistema como ‘a unidade sob uma idéia, de conhecimentos variados’ ou, também, como um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios. (...) Há duas características que emergiram em todas as definições: a da *ordenação* e a da *unidade*; elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.”¹¹

¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 10-12.

A doutrina do contrato plurilateral, com as suas características, aplica-se muito bem às sociedades descritas no Código Civil de 2002, e de alguma forma à sociedade anônima fechada, já que nestas a autonomia da vontade se apresenta com maior vigor e a sua constituição se dá “*cum intuitus personae*”. Tanto é que as sociedades anônimas fechadas recebem de alguns juristas o nome de “sociedades anônimas de família” (Rubens Requião) em razão da sua forte ligação com a pessoa do sócio.

Ademais, o controle normativo estatal sobre as sociedades descritas no Código Civil vigente é puramente indicativo. Nelas não há significativa restrição à autonomia da vontade social, fato que ocorre sobremaneira na companhia, especialmente na aberta cuja subscrição de seu capital por oferta pública exige uma maior proteção dos sócios investidores, tutela que é feita pelo Estado soberano na via do ordenamento jurídico. Outrossim, no diploma civil a exigência da pluralidade de partes na sua estrutura é indispensável, havendo previsão de dissolução da sociedade no caso de a mesma restringir seu quadro associativo a uma única parte, nos moldes do art. 1.033, IV, do CC/02.

O maior ou menor espaço da autonomia privada dos acionistas na criação, gestão, funcionamento e encerramento das companhias, espaço este que é delimitado pelo Estado, serve-nos de bússola indicativa da natureza jurídica das sociedades anônimas. Quanto menor a intervenção do Estado, seja diretamente, seja através de normas de ordem pública, maior será a autonomia privada e o papel dos acionistas da companhia. Este o ponto que irá diferenciar a teoria contratualista, baseada na plena, ou pelo menos na maior participação da vontade dos sócios na sociedade, hipótese que se assenta nas várias formas societárias descritas na legislação civil, mas não na companhia, da doutrina institucionalista, que reduz este papel em razão do controle normativo do Estado, cujo objetivo seria a manutenção e a preservação da sociedade anônima, características marcantes na companhia aberta contemporânea.

O outro ponto de diferenciação está no caráter personalíssimo ou não da sociedade, fato que não ocorre nas companhias abertas que são organizadas e voltadas, sobretudo, para o mercado de capital.

Se a teoria do contrato plurilateral explica com razoabilidade as sociedades do Código Civil e, em parte, as companhias fechadas, para a sociedade anônima aberta a teoria do contrato é, como visto, falha, chegando-se em razão disto à doutrina institucionalista.

6. A COMPANHIA COMO INSTITUIÇÃO

Atribui-se a Hauriou a paternidade da teoria da instituição. Haroldo Verçosa, citando passagem do livro *Teoria dell’Instituzione e della Fondazione*, cujo autor é Hauriou, leciona que “para ele a instituição seria ‘uma organização social estável em relação à ordem geral das coisas, cuja permanência é assegurada por um equilíbrio de forças ou por uma separação de poderes, e que constitui, por si mesma, um estado de direito’”.¹²

Rubens Requião, a partir da mesma obra de Hauriou, nos indica que “as instituições representam em direito, como na história, a categoria da duração, da continuidade e do real; a operação de sua fundação, constitui o fundamento jurídico da sociedade e do Estado.”¹³

¹² VERÇOSA, Haroldo. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006. v.2. p. 59.

¹³ REQUIÃO, Rubens. Sociedade anônima como instituição. *Revista de Direito Mercantil*, n.18, p. 26 ss.

Conceituando melhor o objeto de seu ensaio, escreve Hauriou que

“as grandes linhas desta nova teoria são as seguintes: uma instituição é uma idéia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização desta idéia, se organiza um poder que lhe procura os órgãos necessários; por outra parte, entre os membros do grupo social interessado na realização da idéia, se produzem manifestações de comunhão dirigidas por órgãos de poder e reguladas por procedimentos”.

Prossegue o jurista

“As instituições nascem, vivem e morrem juridicamente; nascem por operações de fundação que lhes subministra seu fundamento jurídico, ao continuar-se; vivem uma vida ao mesmo tempo objetiva e subjetiva, graças a operações jurídicas de governo e de administração repetidas e, ademais, ligadas por procedimentos; por fim, elas morrem por operações jurídicas de dissolução ou de ab-rogação. Deste modo as instituições representam juridicamente a duração e sua urdidura sólida se cruza com a trama mais frouxa das relações jurídicas passageiras.”¹⁴

Em síntese, três os pontos de estrutura da teoria das instituições: a) a idéia da obra a ser realizada; b) o poder organizado colocado à utilidade desta obra a ser realizada; c) as manifestações de comunhão que se produzem no grupo social a respeito da idéia e de sua realização.

Tudo isto, faz com que a teoria da instituição faça desatrelar as pessoas jurídicas para as quais ela se direciona da figura personalíssima de seus instituidores, fundadores ou participantes. Busca-se o escopo de fazer com que alguns entes detentores de personalidade jurídica possam se preservar e se perenizar no meio social, em razão de sua relevante finalidade social, ainda que seus instituidores, fundadores ou sócios não permaneçam em seus quadros associativos. A idéia de instituição desprendida da figura pessoal de seus fundadores ou componentes autoriza a continuidade e a manutenção da pessoa jurídica relevante para o contexto social, permitindo-lhe perseguir o seu fim proposto, escopo este dotado de extrema relevância social.

Assim, a partir da comparação da doutrina do contrato plurilateral com a doutrina institucionalista de Hauriou, podemos indicar que há diferença entre sociedades que se formam e continuam vinculadas em sua existência à pessoa de seus sócios, às quais podemos dar o nome de sociedades “*cum intuitus personae*”, visando atender apenas ao seu interesse egoístico de lucro; e outras cujo papel personalíssimo do sócio passa a ter diminuta importância após a sua constituição, cujo segundo nome poderia ser sociedade “*cum intuitus pecuniae*” em razão da finalidade social que atingem ao desenvolver sua atividade.

Nas instituições, mais do que o interesse do componente há que se manter viva a idéia de obra socialmente relevante a ser realizada, fato que se coaduna com a companhia aberta desde a sua raiz histórica mais remota.

É sabido que as companhias, especialmente as abertas, exercem preponderante papel na sociedade organizada, pois, a partir de sua estrutura baseada na responsabilidade limitada do sócio ao capital investido e na circulabilidade da ação, permitiu-se a captação do numerário necessário para a constituição da grande empresa. A partir da captação da poupança popular do indivíduo comum, o capitalismo pôde se desenvolver até o estado em que se encontra na contemporaneidade.

¹⁴ REQUIÃO, Rubens. Sociedade anônima como instituição. *Revista de Direito Mercantil*, n.18, p. 27 ss.

As sociedades anônimas sempre foram as protagonistas no cenário econômico capitalista. Daí, a sua preservação sempre foi prioridade para os Estados que adotam a doutrina do capital em razão de haver nela um fim de consecução do bem comum.

Ademais, mais do que atender aos interesses dos sócios, a companhia atende aos interesses de todos nós. A idéia de contrato faria com que a companhia aberta fosse vista como algo voltado para a consecução exclusiva dos interesses egoísticos dos contratantes, dos sócios. Ao contrário, a teoria institucionalista outorga à sociedade anônima um valor coletivo, vendo-a como uma sociedade voltada para a consecução do bem comum, e não apenas para os exclusivos interesses dos seus membros.

Hoje a companhia se apresenta com caráter corporativo tendo como meta a busca do fim social, o que lhe dá eminente caráter institucional, desprendendo-a do mero interesse dos sócios, ou do controlador. A Lei 6.404/76, no parágrafo único do artigo 116, remete o controlador ao cumprimento da função social da sociedade anônima perante seus acionistas, seus empregados e toda a comunidade. A outorga de deveres sociais e de cumprimento do bem comum foi visto pela doutrina como um fator de socialização da sociedade anônima.

Joaquín Garrigues nos traz a seguinte passagem

“Nesse sentido, podemos subscrever as palavras de um jurista que publicou, em 1954, juntamente com um economista, uma obra intitulada *Revolução Capitalista do Século XX (The 20th Century Capitalist Revolution)*. Refiro-me à obra de Berle e Means. Nesta obra é dito que o principal fator distintivo está no desenvolvimento gradual da ‘consciência corporativa’, na transformação crescente do empresário impiedoso, essencialmente individualista e ansioso de lucro, do século XIX, em um organismo social consciente de suas funções públicas, de suas responsabilidades sociais e da força da opinião pública. Vemos que, segundo estes autores, a sociedade anônima não é tão má como a pintam os anteriores e que, ao contrário, veio substituir essa mentalidade de empresário ávido de lucro, esse empresário que se reflete nestas palavras de um capitalista americano: ‘só meu dinheiro é sagrado; o resto ao inferno’. Evidentemente, este não é o modo de pensar dos presidentes das grandes companhias. Por exemplo, o presidente do Lloyd alemão dizia que esta companhia não existe para repartir dividendos, mas para fazer que os navios naveguem; (...) Este fenômeno foi chamado de socialização da sociedade anônima.”¹⁵

A companhia de uma mera máquina individualista e gananciosa por lucro desenvolveu uma “consciência corporativa” sendo um organismo social ciente de suas funções públicas e responsabilidades sociais que geram a idéia de sua socialização.

José Edwaldo Tavares Borba afirma que

“o complexo de interesses a que se aplica a sociedade tem por pressuposto a preservação da própria empresa, que depende, para atender aos interesses a que se destina, da própria eficiência e lucratividade. Essa lucratividade afigura-se essencial, mas não deve a sociedade perder de vista, ao tomar decisões e definir rumos, que os destinatários finais de sua atuação são os seus acionistas, os seus empregados e a comunidade em que se insere.”¹⁶

A partir de seu caráter social, o Estado, mesmo no regime da liberdade, passou a limitar a autonomia volitiva da companhia em vista dos fins sociais e da preservação da sociedade

¹⁵ GUARRIGUES, Joaquín. *Problemas atuais das sociedades anônimas*. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1982. p. 14.

¹⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Temas de direito comercial*. Saraiva, 2007. p. 360.

anônima. Ademais, o vínculo personalíssimo entre a companhia e a pessoa do sócio deixou de ser a tônica da sociedade anônima aberta que não se constitui em atenção à pessoa do acionista, mas tendo em vista o mercado de capitais. A lição de Rubens Requião é necessária neste momento para determinarmos que para a companhia aberta “pouco se lhe dá quem dela participe. Organiza-se um ‘grupo de controle’, que domina a sociedade, e suas ações, geralmente ao portador, se pulverizam em quantidade nas mãos de estranhos.

Esta sociedade, efetivamente, se forma em atenção aos recursos financeiros do mercado, onde obtém capitais não só na sua fundação, como durante seu desenvolvimento.”¹⁷

A Lei 6.404/76, norma jurídica nacional que trata da companhia, está impregnada da doutrina institucionalista, como se vê em sua exposição de motivos que afirma que “Entre a sociedade anônima de há 30 anos atrás, concebida basicamente como empresa familiar numa economia estagnada, e a moderna corporação em constante apelo ao crédito público, a diferença não é apenas quantitativa, de aumento de tamanho: é qualitativa. Há muito a S/A deixou de ser um contrato de efeitos limitados para seus poucos participantes: é uma instituição que concerne a toda a economia do país, ao crédito público, cujo funcionamento tem que estar sob o controle fiscalizador e o comando das autoridades governamentais. A síntese é da ‘Exposição de Motivos’ do projeto italiano: ‘A disciplina das sociedades por ações e sua modificação constituem, sobretudo, um elemento de política econômica e mais genericamente um fato político’”.

Assim, a partir da dogmática institucional explicam-se algumas características da companhia, tais como o fato de a retirada de um sócio não se refletir de modo algum na estrutura da companhia. A livre circulação das participações de cada sócio para quem quer que seja, sem prévia autorização dos demais componentes. A incomunicabilidade de uma eventual invalidade do ato jurídico relacionado exclusivamente a um sócio que não se estende aos demais. A possibilidade de existência de companhias formadas pela vontade de um único partícipe, como ocorre na sociedade anônima subsidiária integral e na companhia unilateral, o que afasta a quebra da óptica sistemática do direito apontada quando do estudo da teoria do contrato plurilateral.

Quanto à companhia subsidiária integral cabe apontar que apesar de inexistir relações sociais, já que esta decorre de ato unilateral de um instituidor dotado de própria personalidade, a falta de pluralidade de sócios não lhe retira o caráter de instituição disposta a realizar por seu poder organizado uma obra ou atividade de cunho social, ao contrário, reforça a idéia institucional, pois, apesar de haver um único acionista, este se relaciona com os vários órgãos sociais que compõe a estrutura da companhia através de uma repartição hierárquica de poderes entre os vários organismos corporativos. Esta estrutura organizada e hierarquizada de poderes, com vistas a um fim comum faz perdurar a companhia no meio social e o seu escopo, a despeito de quem componha seu quadro social.

Cabe trazer a palavra de Modesto Carvalhosa:

“Na subsidiária integral inexistem relações entre os sócios, já que existe um único acionista. Porém, não deixam de existir as relações entre este único acionista e os órgãos sociais, conforme estabelece a lei. Daí as responsabilidades dos administradores e obrigações patrimoniais decorrem da manifestação da vontade do único acionista, conforme o interesse social. Existem, com efeito, na subsidiária integral, os órgãos sociais, entendendo alguns, como o próprio Registro de Comércio, ser indispensável a assembléia geral para aprovação das contas dos administradores, sua eleição e alteração do estatuto social”.¹⁸

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. Sociedade anônima como instituição. *Revista de Direito Mercantil*, n.18, p. 25 ss.

¹⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. Saraiva, 1997. v.2, p. 67.

Esta visão da companhia gerida por um complexo de órgãos hierarquicamente relacionados traz a nítida noção de instituição descrita por Hauriou que se assenta em um estatuto que a regula a fim de permanecer no meio social independentemente de quem a integre na presente, integrou no passado ou integrará no futuro.

Outrossim, o Estado, a partir da lei, restringe a autonomia privada dos acionistas no que tange à companhia, atribuindo ao acionista controlador uma série de deveres, que vão desde a obrigação de prestar informações detalhadas sobre os atos sociais praticados na companhia até a obrigatoriedade da distribuição de parte dos dividendos auferidos em cada exercício financeiro. Esta liberdade vigiada pela lei, ideal representativo do atual estágio histórico da companhia (fase da liberdade), tem como fim estrito perenizar a sociedade anônima em razão de sua importância social.

7. CONCLUSÃO

Como visto, buscamos dar ênfase ao estudo da tese contratualista e da dogmática institucionalista a fim de tentarmos explicar a natureza jurídica da sociedade anônima, nos moldes em que ela se apresenta na contemporaneidade. Trabalho difícil, pois o pesquisador jurídico vive às voltas com uma multiplicidade de conceitos inerentes a cada instituto do direito, conceitos que, no mais das vezes, são voláteis frente ao pensamento humano.

Fixamos o sentido e o alcance da dogmática contratualista que se volta para o contrato bilateral vendo a companhia formada por um ato de vontade entre duas ou mais pessoas a fim de atingir fim comum, e não antagônico, das partes envolvidas.

Indicamos a teoria institucionalista que teve em Hauriou seu principal mestre, tese assentada na idéia de que as pessoas jurídicas têm como fundamento a realização uma obra de interesse comum a ser perseguida de modo perene e duradouro.

Assim, a partir das visões traçadas no decorrer do artigo, entendemos ser a dogmática institucionalista a que melhor expressa a natureza jurídica da companhia aberta contemporânea, pois com ela não há quebra do sistema em razão de se adaptar à existência de companhias formadas a partir da vontade unilateral de um único acionista, fato aceito pelo direito atual.

Outrossim, a idéia de instituição expressa de modo verdadeiro a real finalidade da sociedade anônima que é servir à grande empresa executora de atividade voltada para o bem comum de todos. Se a companhia é o instrumento predileto do capitalismo, pois é a partir dela que se atinge a poupança popular, tornando-o parceiro das grandes empreitadas, não há como ignorar o ideal perene que se deve ter na realização do fim descrito no roteiro social e entregue à sociedade anônima.

Ademais, a teoria institucionalista explica de modo contundente a possibilidade de intervenção do Estado na autonomia da vontade dos acionistas, fato que no regime da liberdade se faz a partir de normas de ordem pública presentes sobremaneira nos regulamentos jurídicos das companhias. A companhia que começou como um modo de parceria entre a iniciativa privada e o Estado absolutista (fase dos privilégios), a fim de viabilizar a exploração às novas possessões européias nas “Índias” e na América, passando pela fase de intensa e rigorosa fiscalização estatal sobre seus atos (período da autorização), tem, hoje, como um de seus pilares, a liberdade, porém,

uma liberdade controlada pela legalidade a partir de normas de ordem pública que visam conter a plena autonomia da vontade dos sócios.

Assim, não há como ignorar a doutrina institucionalista como a que melhor explica a natureza jurídica da companhia, sob pena de, adotando teoria diversa, subvertermos, pela retórica, o papel outorgado à sociedade anônima desde o seu nascedouro, qual seja, o de uma obra a ser realizada pelas pessoas em prol do interesse coletivo a partir de um poder organizado, empresa que deve permanecer de modo duradouro e contínuo no meio social.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. *Curso de direito comercial: das sociedades*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. v.2

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Temas de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997. v.2

GARRIGUES, Joaquín. *Problemas atuais das sociedades anônimas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1982.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REQUIÃO, Rubens. A sociedade anônima como “instituição”. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v.14, n.18, p.25-29, 1975.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006. v.2

AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 11.382/2006 NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS REPERCUSSÕES NA EXECUÇÃO FISCAL

GERALDO JÚNIO DE SÁ FERREIRA*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os embargos à execução fiscal. 2.1 Da garantia do juízo. 2.2 Dos efeitos dos embargos. 2.3 Dos limites da não atribuição de efeito suspensivo aos embargos. 3. Da execução fiscal provisória. 4. Da aplicação do art. 615-A do CPC. 5. Dos bens absolutamente impenhoráveis. 6. Da indicação de bens à penhora pelo devedor. 7. Art. 652-A e os honorários advocatícios. 8. Da expressa previsão da penhora “on line”. 9. Da penhora sobre faturamento – art. 655, VII do CPC. 10. Da penhora sobre bem indivisível e o art. 655-B do CPC. 11. Da adjudicação e da arrematação. 12. Da alienação por iniciativa particular. 13. Das execuções por carta precatória – art. 738, §2º do CPC. 14. Da alegação de excesso de execução. 15. Da aplicação do art. 740 do CPC na execução fiscal. 16. Do parcelamento previsto no art. 745-A do CPC. 17. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.382/2006 trouxe relevantes modificações no que se refere à execução de título executivo extrajudicial. O legislador introduziu importantes inovações no sistema original do Código de Processo Civil de 1973, buscando uma maior efetividade e celeridade da tutela executiva.

Muitas destas mudanças atingiram a execução fiscal, diante do art. 1º da Lei 6.830/1980, que determina a aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil que regem o processo de Execução, no silêncio da LEF.

O presente artigo visa abordar de forma detalhada estas mudanças introduzidas no CPC pela Lei nº 11.382/2006 e sua repercussão na Execução Fiscal.

* Procurador do Estado de Minas Gerais.

2. OS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

2.1 DA GARANTIA DO JUÍZO

A Lei 11.382/2006 trouxe relevantes modificações no que se refere à defesa do executado na execução de título extrajudicial.

Com a entrada em vigor desta lei, os embargos à execução de título executivo extrajudicial passaram a independem da garantia do juízo. Conforme artigos 736 e 738 do CPC, o executado, independentemente de penhora, caução ou depósito, poderá opor-se à execução por meio de embargos, que serão oferecidos no prazo de 15 dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação.

Tal regra, no entanto, não se aplica à execução fiscal, que possui regulamentação específica deste ponto na Lei 6.830/80. Conforme §1º do art. 16 da LEF, não se admite embargos do executado antes de garantida a execução. Nos termos do *caput* deste artigo, os embargos serão oferecidos, no prazo de 30 dias, contados do depósito, da juntada da prova da fiança bancária, ou da intimação da penhora.

Assim, continua sendo necessária a garantia do juízo para o oferecimento de embargos na execução fiscal.

É nesse sentido o entendimento de Leandro Paulsen:

“Não se aplica à execução fiscal a alteração do art. 736, *caput*, do Código de Processo Civil, que prevê a recepção dos embargos independentemente de garantia, ainda que desprovidos de efeito suspensivo, pois a Lei de Execução Fiscal prevê, expressamente, de forma diversa, sendo a aplicação do Código de Processo Civil subsidiária na espécie.”¹

A maior parte da jurisprudência tem adotado este posicionamento.²

É bom lembrar que, na prática, a necessidade de garantia do juízo nos processos de execução fiscal manterá o constante uso da exceção de pré-executividade pelos executados.

2.2 DOS EFEITOS DOS EMBARGOS

Na sistemática tradicional do processo civil, os embargos à execução, por expressa disposição legal, eram recebidos com efeito suspensivo, de modo que a suspensão era um imperativo legal que dispensava fundamentação.

¹ PAULSEN, Leandro et al.. *Direito processual tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 328.

² “EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - INEXISTÊNCIA DE GARANTIA DO JUÍZO - IMPRESCINDIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 16, §1º, DA LEI Nº 6.830/80. - Nos termos do §1º do art. 16 da Lei nº 6.830/80, a garantia do juízo é '*conditio sine qua non*' para o processamento dos embargos à execução fiscal. - A alteração promovida no CPC, com o advento da Lei nº 11.382/2006, revogando o art. 737 daquele diploma, não se estende a execuções fiscais, devendo prevalecer, nesses casos, a Lei de Execução Fiscal

Entretanto, a Lei nº 11.382/2006 revogou o §1º do art. 739, que impunha o recebimento dos embargos do devedor com efeito suspensivo, em relação à execução. Desde 22 de janeiro de 2007, quando da entrada em vigor da nova lei, vigora o art. 739-A do CPC.³

Tal dispositivo representa um avanço considerável do direito processual, pois evita a oposição de embargos com intuito meramente protelatório, ao possibilitar a suspensão dos embargos apenas quando estiverem presentes os requisitos cautelares do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Ainda, além da necessidade da execução estar garantida por penhora, depósito ou caução suficiente, deve o magistrado explicitar as razões da sua decisão em conceder efeito suspensivo e deve haver requerimento do embargante nesse sentido, não podendo o juiz fazer a concessão “*ex officio*”.

Com relação à execução fiscal, parte da doutrina defende a não aplicação do art. 739-A do CPC, permanecendo o recebimento dos embargos com efeito suspensivo automático. Entre os argumentos estão a necessidade de garantia para embargar, a previsão do art. 151, II, do CTN, e o fato da CDA ser um título executivo formado unilateralmente.⁴

No entanto, entendemos que o art. 739-A é plenamente aplicável à execução fiscal, pois não há na LEF qualquer dispositivo que trate dos efeitos em que os embargos do devedor devem ser recebidos, aplicando-se, no seu silêncio, as normas do CPC. Assim, a execução fiscal somente será suspensa quando forem preenchidos os requisitos do §1º do art. 739-A do CPC, e não com a simples propositura dos embargos, como anteriormente.

Neste sentido, leciona LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA:

“A Lei nº 6.830/1980 não trata dos efeitos decorrentes da propositura dos embargos do executado. Incidem, diante disso, as novas regras contidas no Código de Processo Civil. Significa, então, que, ajuizados os embargos, a execução fiscal não estará, automaticamente, suspensa. Os embargos não suspendem mais a execução fiscal, cabendo ao juiz, diante de requerimento do executado e convencendo-se da relevância do argumento e do risco de dano, atribuir aos embargos o efeito suspensivo. Em outras palavras, a execução fiscal passará a ser suspensa, não com a propositura dos embargos, mas sim com a determinação judicial de que os embargos merecem, no caso concreto, ser recebidos com efeito suspensivo.”⁵

(nº 6.830/80), por ser lei especial. Recurso Provido” (AI 1.0696.09.039200-7/001. TJMG. Relator: Eduardo Andrade. 1ª Cciv, Data da Publicação: 26/03/2010).

No mesmo sentido o AI 1.0105.08.257572-8/001(1). TJMG. Relator: Eduardo Andrade. 1ª Cciv, Data da Publicação: 08/07/2008.

³ “Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.”

⁴ “É claro que porque os embargos têm efeito suspensivo, impossível aplicar o CPC “subsidiariamente” em face dessa disposição. Aliás, considerada a forma como os títulos executivos que aparelham as execuções fiscais são formados, unilateralmente, pelo próprio credor, sem controle judicial prévio, ainda que a lei de execução fiscal fosse omissa, ou mesmo que fosse alterada para determinar expressamente o contrário do que hoje preconiza, os embargos não poderiam deixar de suspender a execução, sob pena de malferimento ao art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF/88.” (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal*. Disponível em: <<http://189.77.143.113/hugosegundo/conteudo.asp?IDPUBLICACAO=58>>.)

⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 385.

Outrossim, não se pode confundir o condicionamento da penhora prévia para os embargos com seus efeitos sobre o curso da execução. Conforme o art. 739-A do CPC, a existência de garantia à execução não é requisito suficiente para a atribuição de efeito suspensivo. Necessário se faz a existência de fundamentos relevantes, de requerimento do embargante e de risco de produção de dano de difícil ou incerta reparação. Ademais, não se pode admitir a vigência da norma revogada do art. 739 do CPC.

Atualmente, na prática forense, observa-se que alguns magistrados, após a alteração legislativa, ainda têm recebido os embargos de devedor na execução fiscal com efeito suspensivo automático, sem fundamentar tal decisão, e mesmo sem ter requerimento do embargante neste sentido.

Nestes casos, deve o embargado recorrer desta decisão interlocutória. Pode ser interposto agravo de instrumento, para que o Tribunal anule ou reforme tal decisão, ou mesmo embargos de declaração, dirigidos ao juiz “*a quo*”, para que o mesmo supra a patente omissão, com a integralização da decisão, expondo os fundamentos pelos quais atribuiu efeito suspensivo aos embargos. Alternativamente, pode se requerer a atribuição de efeitos infringentes aos embargos declaratórios, para que seja revista a decisão, com o recebimento dos embargos do devedor sem suspender o curso da execução.

Por outro lado, defendemos que os embargos do devedor suspenderão o curso da execução automaticamente nos casos de penhora ou depósito do valor integral e em dinheiro, por força não do disposto na norma processual do CPC, mas da norma de direito material prevista no art. 151, II, do CTN, que trata da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em consonância com a súmula 112 do STJ.⁶

A jurisprudência ainda não pacificou um entendimento acerca do assunto. Todavia, vem se caminhando para a posição defendida neste trabalho, no sentido de que a execução fiscal será suspensa quando o magistrado, no caso concreto, entender que estão presentes os requisitos do §1º do art. 739-A do CPC, e não com a simples propositura dos embargos. Neste sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁷ e o Superior Tribunal de Justiça.⁸

2.3 DOS LIMITES DA NÃO ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS

Outro aspecto que merece destaque é o limite da não atribuição de efeito suspensivo aos embargos. Será possível designar hasta pública do bem penhorado, que serve de garantia para o juízo, enquanto se julga os embargos recebidos sem efeito suspensivo?

⁶ Súmula 112 do STJ: “O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.”

⁷ “Processual Civil – Embargos do devedor – Necessidade de requerimento do embargante – Impossibilidade de suspensão da execução *ex officio* – Inteligência do art. 739-A do CPC – Recurso provido. Nos termos do artigo 739-A do CPC, o juiz poderá atribuir efeito suspensivo aos embargos à execução quando relevantes os seus fundamentos e, ainda, quando houver perigo de dano de incerta e difícil reparação, sendo necessário averiguar, por primeiro, se houve requerimento do embargante, bem como se a execução encontra-se garantida por penhora, depósito ou caução. Recurso ao qual se dá provimento.” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AI n. 1.0518.08.142931-9/001 - Agravante: Estado Minas Gerais - Relator: Des. Dídimo Inocêncio de Paula. DJe: 13/01/2010).

⁸ “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ART. 739-A NO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/1980.

A resposta é positiva. A falta de efeito suspensivo aos embargos serve para adiantar o rito da execução, permitindo a penhora e a alienação dos bens, inclusive na execução fiscal. Todavia, o levantamento do depósito do valor encontrado para o bem arrematado ou a adjudicação do bem pela Fazenda Pública ficam condicionados ao julgamento final dos embargos.

Tal condicionamento se justifica pela enorme dificuldade que o devedor terá de enfrentar para reaver os bens ou valores embolsados pela Fazenda Pública, até mesmo pela impossibilidade de se exigir caução do Poder Público. O regime especial de precatórios e a impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens públicos não permitem uma simples devolução do valor levantado ou do bem adjudicado que passou a integrar o patrimônio público, fenômeno conhecido como “afetação”.

Neste sentido, estabelece o §2º do art. 32 da Lei de Execução Fiscal, *in verbis*:

“§2º. Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do juízo competente.”

Assim, nos casos de penhora em dinheiro, os embargos terão efeito suspensivo automático, pois a quantia somente será liberada após o trânsito em julgado. Nesta mesma linha, no caso de ter sido arrematado um bem em hasta pública, o dinheiro apenas será convertido em renda para a Fazenda Pública após o trânsito em julgado da sentença dos embargos.

Resumidamente, com a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, concluímos que:

- 1 - os embargos à execução fiscal continuam dependendo da garantia do juízo;
- 2- os embargos não serão recebidos automaticamente com efeito suspensivo, podendo o juiz, no caso concreto, conceder tal efeito, se presentes os requisitos do §1º do art. 739-A do CPC. Exceção feita no caso de penhora do valor do débito integral e em dinheiro;

"DIÁLOGO DAS FONTES". 1. Após a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, que incluiu no CPC o art. 739-A, os embargos do devedor poderão ser recebidos com efeito suspensivo somente se houver requerimento do embargante e, cumulativamente, estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) relevância da argumentação; b) grave dano de difícil ou incerta reparação; e c) garantia integral do juízo. 2. A novel legislação é mais uma etapa da denominada "reforma do CPC", conjunto de medidas que vêm modernizando o ordenamento jurídico para tornar mais célere e eficaz o processo como técnica de composição de lides. 3. Sob esse enfoque, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento. Em homenagem aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, exige-se que o executado demonstre efetiva vontade de colaborar para a rápida e justa solução do litígio e comprove que o seu direito é bom. 4. Trata-se de nova concepção aplicada à teoria geral do processo de execução, que, por essa *ratio*, reflete-se na legislação processual esparsa que disciplina microssistemas de execução, desde que as normas do CPC possam ser subsidiariamente utilizadas para o preenchimento de lacunas. Aplicação, no âmbito processual, da teoria do "diálogo das fontes". 5. A Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980) determina, em seu art. 1º, a aplicação subsidiária das normas do CPC. Não havendo disciplina específica a respeito do efeito suspensivo nos embargos à execução fiscal, a doutrina e a jurisprudência sempre aplicaram as regras do Código de Processo Civil. 6. A interpretação sistemática pressupõe, além da análise da relação que os dispositivos da Lei 6.830/1980 guardam entre si, a respectiva interação com os princípios e regras da teoria geral do processo de execução. Nessas condições, as alterações promovidas pela Lei 11.382/2006, notadamente o art. 739-A, §1º, do CPC, são plenamente aplicáveis aos processos regidos pela Lei 6.830/1980. 7. Não se trata de privilégio odioso a ser concedido à Fazenda Pública, mas sim de justificável prerrogativa alicerçada nos princípios que norteiam o Estado Social, dotando a Administração de meios eficazes para a célere recuperação dos créditos públicos. 8. Recurso Especial não provido." (STJ. Recurso Especial 2008/0015146-7 Relator(a) Ministro Herman Benjamin Órgão Julgador - Segunda Turma. Data do Julgamento 13/05/2008).

3 - na falta de efeito suspensivo aos embargos, permite-se a penhora e a alienação dos bens. Todavia, o levantamento do depósito pela Fazenda Pública fica condicionado ao julgamento final dos embargos.

3. DA EXECUÇÃO FISCAL PROVISÓRIA

Com a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, que modificou o art. 587 do CPC, estabeleceu-se que “é definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739)”.⁹

O art. 587 visa resguardar a esfera jurídica do executado, submetendo a execução ao regime da execução da decisão provisória do art. 475-O do CPC, quando pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos recebidos com efeito suspensivo, nos termos do §1º do art. 739-A do CPC.

Com as alterações restou-se superado o entendimento firmado na súmula 317 do STJ, que permitia a execução nesses casos sem qualquer restrição ou garantia: “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”.

Esta alteração se aplica à execução fiscal. Assim, quando os embargos não forem recebidos no efeito suspensivo, a execução prosseguirá de maneira definitiva, até o final (conforme exposto no item anterior, na execução fiscal será possível a realização de hasta pública, no entanto o levantamento do depósito do valor encontrado para o bem arrematado ou a adjudicação do bem pela Fazenda Pública ficam condicionados ao julgamento final dos embargos).

Por outro lado, se os embargos forem recebidos com efeito suspensivo, e for interposta apelação da sentença que os rejeitar, a execução fiscal passa a receber o tratamento da provisória, aplicando-se as disposições do art. 475-O do CPC. Em razão da impenhorabilidade dos bens da Fazenda Pública, não se pode exigir caução, ficando a execução paralisada até o trânsito em julgado da decisão. Ou seja, fica impossibilitado o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, como a realização de hasta pública. Note-se que o art.739-A, §6º, do CPC permite apenas a penhora e a avaliação dos bens nos casos de concessão de efeito suspensivo, vedando implicitamente a prática dos demais atos de expropriação.

Todavia, é importante ressaltar que o art. 739-A, §1º, do CPC condiciona a concessão de efeito suspensivo a uma série de fatores, entre os quais a relevância da fundamentação. Com a prolação da sentença de improcedência dos embargos é mais evidente que desaparece a relevante fundamentação. Nos termos do §2º do art. 739-A do CPC, a decisão que atribui efeito suspensivo aos embargos poderá ser modificada, cessando as circunstâncias que a motivaram. Assim, nada obsta que o exequente, após a decisão de improcedência, requeira uma nova apreciação do órgão jurisdicional quanto aos efeitos dos embargos, podendo a execução prosseguir sem as limitações do regime de execução provisória.

⁹ Antes da Lei 11.382/06, o art. 587 do CPC dispunha que: “A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo.”

4. DA APLICAÇÃO DO ART. 615-A DO CPC

O art. 615-A do CPC, introduzido pela Lei 11.382/2006, atribui ao exeqüente a faculdade de, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. Estas averbações deverão ser comunicadas ao juízo no prazo de 10 (dez) dias de sua efetivação.

A averbação da existência da execução é de grande relevância, pois produz o mesmo efeito prático do registro da penhora, gerando presunção absoluta de fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (§3º do art. 615-A do CPC), não podendo o terceiro adquirente do bem alegar boa-fé e desconhecimento da execução.

A maior finalidade do art. 615-A é antecipar o momento a partir do qual se pode alegar em fraude à execução as alienações realizadas pelo executado, fazendo-o coincidir com a data da averbação no registro competente da propositura da ação. Ademais, na prática, nem sempre é possível se concretizar uma penhora com rapidez, principalmente em relação a veículos, que são ocultados pelo proprietário executado e depois alienados a terceiros, que alegam boa-fé e desconhecimento da execução.

Esse dispositivo aplica-se à execução fiscal, sendo com ela compatível. Em se tratando de execução fiscal tributária poderia se alegar desnecessária a aplicação do art. 615-A do CPC, tendo em vista que o art. 185 do CTN presume fraudulenta a alienação ou oneração de bens por sujeito passivo em débito com a Fazenda Pública, por crédito tributário inscrito em dívida ativa.

No entanto, o art. 615-A tem utilidade também na execução fiscal tributária, pois nos traz uma presunção absoluta de fraude na alienação de bem, após a averbação ali prevista, enquanto é relativa a presunção prevista no art. 185 do CTN, admitindo prova em contrário, como a alegação de boa-fé do terceiro adquirente.

5. DOS BENS ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEIS

As modificações do art. 649 do CPC, com a redação da Lei 11.382/2006, aplicam-se à execução fiscal. O art. 10 da LEF referencia expressamente a lei processual comum, ao excetuar à penhora os bens “que a lei declare absolutamente impenhoráveis”.

As mudanças do art. 649 importaram em uma melhor sistematização e atualização de seu conteúdo aos tempos atuais. Na prática, a mudança mais relevante foi a inclusão no inciso X da quantia de até quarenta salários mínimos depositada em caderneta de poupança.

No caso de uma penhora *on line* que recaia, por exemplo, sobre vencimentos ou sobre quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários mínimos, pode o executado requerer o desbloqueio destes valores, nos termos do art. 649 do CPC.

6. DA INDICAÇÃO DE BENS À PENHORA PELO DEVEDOR

A Lei 11.382/2006, ao introduzir o §2º no art. 652 do CPC, permitiu ao credor, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados. Deste modo, o direito de nomeação passa a ser do credor, e não mais do devedor, como anteriormente disciplinava o CPC. Ainda, interpretando o art. 652, §3º do CPC em consonância com os artigos 600, IV e 656, §1º denota-se que a indicação de bens à penhora, além de ser uma prerrogativa do credor, tornou-se um dever processual para o executado.¹⁰

No entanto, tais alterações não se aplicam totalmente à Execução Fiscal, ante a previsão expressa de norma especial em sentido contrário. O art. 8º da LEF, no que tange à garantia da execução, oferece ao executado o direito de nomear bens à penhora. Assim, esta prerrogativa do executado fica mantida. Todavia, está limitada pela ordem preferencial estabelecida pelo art. 11 e pela possibilidade de substituição dos bens penhorados a pedido do exeqüente, nos termos da regra contida no art. 15, II, da LEF.

Por outro lado, os dispositivos da Lei 6.830/80 não impedem que a Fazenda Pública indique em sua petição inicial bens do devedor passíveis de penhora. Caso o devedor não pague a dívida e nem indique bens em garantia, a lista apresentada pelo exeqüente deve ser considerada pelo juiz que, sem prejuízo do art. 10 da LEF, pode determinar a penhora sobre estes bens. Ademais, a ausência da regra do art. 652, §2º do CPC nunca foi obstáculo para que o exeqüente, querendo (e sendo possível) já informasse ao juízo da execução, na sua inicial, bens do devedor hábeis à penhora.

7. ART. 652-A E OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O art. 652-A do CPC dispõe, no *caput*, que o juiz, ao despachar a inicial, fixará de plano os honorários de advogado. O parágrafo único dispõe sobre a possibilidade de redução dos honorários advocatícios à metade, desde que o devedor, quando da sua citação, proceda ao pagamento integral da dívida, dentro do prazo estipulado.

Sustentamos que, diante da compatibilidade e da ausência de norma expressa sobre o tema na LEF, o art. 652-A do CPC incide na Execução Fiscal e, sendo interpretado juntamente com o disposto no art. 8º da Lei 6.830/80, há a possibilidade de redução da verba honorária à metade ante ao adimplemento espontâneo da dívida tributária dentro do prazo de 05 (cinco) dias, feitas as devidas adequações.

¹⁰ “Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.”

“Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida.

(...)

§ 2º O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655).

§ 3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exeqüente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora.”

“Art. 656.

§ 1º É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único).”

8. DA EXPRESSA PREVISÃO DA PENHORA “ON LINE”

A Lei 11.382/2006 trouxe a expressa previsão da penhora “on line” no art. 655-A do CPC, *in verbis*:

“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.”

Ainda, alterou o art. 655, I do CPC¹¹, acrescentando a expressão: *em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira*.

Trata-se de importantes alterações, pois antes da introdução da Lei 11.382/2006 entendia-se que a penhora “on line” somente deveria ser deferida em casos especiais, após a comprovação do esgotamento de todas as vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados. Os magistrados freqüentemente indeferiam tal pedido, alegando que se deveria buscar o meio menos gravoso ao executado e que tal medida era uma exceção.

Após a aludida lei, a penhora “on line” passou a ser adotada com precedência em relação às demais modalidades de penhora. O fundamento desse entendimento é justamente o fato de a Lei nº 11.382/2006 equiparar os ativos financeiros a dinheiro em espécie (art. 655 do CPC).

Ressalvado o art. 11 da LEF, que estabelece ordem preferencial própria para os bens sobre os quais recairá a penhora, a modificação trazida pelos artigos 655, I e 655-A do CPC, de grande importância prática, repercute também nos processos de execução fiscal. Neste sentido, a maior parte da jurisprudência, em especial o STJ, tem se posicionado.¹²

9. DA PENHORA SOBRE FATURAMENTO - ART. 655, VII, DO CPC

Ainda no âmbito da penhora, outra inovação da Lei 11.382/2006 aplica-se ao procedimento da execução fiscal. A nova lei trouxe na relação de bens penhoráveis do art. 655 do CPC o “percentual do faturamento de empresa devedora” (inciso VII). Ainda, fez expressa menção a aspectos procedimentais no art. 655-A, §3º.

¹¹ O art. 655, I do CPC, antes da Lei 11.382/06 previa: “Art.655. Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem: I – dinheiro.”

Após a Lei 11.382/06, o inciso I passou a prever o seguinte: “Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I – dinheiro, em *espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira*.”

¹² “Processual Civil. Tributário. Recurso especial em Agravo de Instrumento. Penhora on line. Arts. 655 e 655-A do CPC. Art. 185-A do CTN. Sistema BACEN-JUD. Pedido realizado no período de vigência da Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006. Penhora entendida como medida excepcional. Não-comprovação do exaurimento de diligências para busca de bens de executado. Súmula nº 7/STJ. Nova jurisprudência do STJ aplicável aos pedidos feitos no período de vigência da aludida lei. Recurso Especial Provido. 1. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de admitir a possibilidade de quebra do sigilo bancário (expedição de ofício ao Banco Central para obter informações acerca da existência de ativos financeiros do devedor), desde que esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora. 2. Sobre o tema, esta

A penhora sobre o faturamento vinha sendo utilizada, antes da Lei nº 11.382/06, por analogia com o usufruto sobre empresa (artigos 716 a 724 do Código de Processo Civil) e com as regras dos artigos 677 e 678 do CPC, que tratam da “penhora, depósito e administração de empresa e de outros estabelecimentos”.

No entanto, a ausência de regulamentação própria e as dúvidas em torno da zona cinzenta que separavam o usufruto sobre empresa, a penhora sobre empresa e a penhora sobre faturamento dificultava a aplicação prática desta última.

A inovação facilitará a aplicação deste instituto. No entanto, a previsão da espécie já no final da ordem preferencial dos bens penhoráveis (inciso VII) demonstra que a penhora sobre o faturamento, em vista de sua onerosidade para o devedor, é medida excepcional, justificada apenas na ausência de outros bens hábeis à garantia da execução.

Quanto ao procedimento, o CPC determina a nomeação do “depositário”, que tem por incumbência “submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente”. Este deverá elaborar um plano, apontando o percentual do faturamento da empresa que possa ser objeto de penhora, sem prejuízo da permanência das atividades do empreendimento. Ao final, entregará ao exequente as quantias recebidas.

A LEF não faz nenhuma previsão acerca de penhora sobre o faturamento. Em face deste silêncio e da compatibilidade com a lei especial, a aplicação desta espécie de penhora na execução fiscal já era reconhecida na jurisprudência, antes mesmo da Lei 11.382/2006. A inovação legislativa reforçou a sua utilização. Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido a possibilidade de penhora sobre faturamento na execução fiscal, desde que esgotados outros meios disponíveis para a localização de bens.¹³

Corte estabeleceu dois entendimentos, segundo a data em que foi requerida a penhora, se antes ou após a vigência da Lei nº 11.382/2006. 3. A primeira, aplicável aos pedidos formulados antes da vigência da aludida lei, no sentido de que a penhora pelo sistema Bacen-JUD é medida excepcional, cabível apenas quando o exequente comprova que exauriu as vias extrajudiciais de busca dos bens do executado. Na maioria desses julgados, o STJ assevera que discutir a comprovação desse exaurimento esbarra no óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. Por sua vez, a segunda solução, aplicável aos requerimentos realizados após a entrada em vigor da mencionada lei, é no sentido de que essa penhora não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados. O fundamento desse entendimento é justamente o fato de a Lei nº 11.382/2006 equiparar os ativos financeiros a dinheiro em espécie. 5. No caso em apreço, o Tribunal *a quo* indeferiu o pedido de penhora justamente porque a considerou como medida extrema, não tendo sido comprovada a realização de diligências hábeis a encontrar bens a serem penhorados. 6. Como o pedido foi realizado dentro do período de vigência da Lei nº 11.382/2006, aplica-se o segundo entendimento. 7. Recurso especial provido.” (Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 1.099.482 – MG. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Edição nº 346 – Brasília, publicação: 20 de Abril de 2010).

¹³ “Processual Civil. Execução Fiscal. Penhora sobre faturamento. Admissibilidade apenas em hipóteses excepcionais. Adesão ao PAES – Lei nº 10.684/2003. Penhora posterior. Desconstituição. 1. Na linha da jurisprudência firmada nesta Corte, admite-se a penhora sobre o faturamento da empresa somente em situações excepcionais, as quais devem ser avaliadas pelo magistrado à luz das circunstâncias fáticas apresentadas no curso da execução fiscal, o que ocorreu na hipótese. 2.(...) 3. Recurso especial provido.” (STJ, 2ª Turma, RESp 905.357/SP, Ministra Eliana Calmon, publicado no DJe de 23/04/2010).

10. DA PENHORA SOBRE BEM INDIVISÍVEL E O ART. 655-B DO CPC

O art. 655-B do CPC, introduzido pela Lei 11.382/2006, passou a prever que: “tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem”. Este artigo busca solucionar o problema da penhora sobre o bem indivisível, tendo em vista a dificuldade na alienação de fração ideal, pela ausência de interessados. Nestes casos, o bem será alienado, servindo o produto de sua alienação em parte à satisfação do exequente e em parte ao resguardo da meação do cônjuge.

Tal dispositivo aplica-se ao procedimento da execução fiscal, tendo em vista o silêncio da LEF e em razão da sua compatibilidade com o rito especial. A regra visa afastar os obstáculos criados pelo cônjuge do devedor na penhora e expropriação do bem, nas hipóteses em que o mesmo não possua responsabilidade patrimonial pelo débito exequendo.

11. DA ADJUDICAÇÃO E DA ARREMATACÃO

Pelo atual art. 647 do CPC, que estabelece os meios de expropriação dos bens, a alienação em hasta pública, que ocupava lugar central antes da reforma, passa a ocupar posição menos privilegiada, como opção do exequente tão somente após a *adjudicação* e a nova figura da *alienação por iniciativa particular*.

Esta regra, todavia, não se aplica à execução fiscal, uma vez que a LEF possui regra específica a este respeito. O art. 24 possibilita à Fazenda adjudicar o bem penhorado em duas situações diversas: antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos; e findo o leilão, se não houver licitante, pelo preço da avaliação, ou, em havendo licitante, com preferência, em igualdade de condições com a melhor oferta.

No entanto, as demais regras atinentes à adjudicação e à arrematação, contidas no CPC, aplicam-se à execução fiscal, quando com ela compatível, mesmo porque a LEF reserva apenas os artigos 22, 23 e 24 para disciplinar a fase de expropriação.

Quanto à adjudicação, o inciso I do artigo 24 da LEF deve ser interpretado conjuntamente com os artigos 685-A e 685-B do CPC. Assim, podem adjudicar o bem penhorado, além do exequente, o credor com garantia real, os credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, o cônjuge, os descendentes ou ascendentes do executado.

No que se referem à hasta pública, relevantes regras introduzidas pela Lei 11.382/2006 serão de aplicação subsidiária à Execução Fiscal.

Nos termos do art. 693 do CPC, a lavratura do auto de arrematação será de modo imediato, e não mais no prazo de 24 horas, que era justificado em vista da possibilidade de remição dos bens, conforme a regra do revogado art. 788, I do CPC.

Aplica-se, também, a regra do art. 694 do CPC, segundo a qual assinado o auto de arrematação pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irrevogável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado. Neste caso, não se desfaz a alienação. O executado terá direito a haver

do exequente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor do bem, haverá do exequente também a diferença.

Os meios eletrônicos na publicidade do edital do leilão, nos termos do art. 687, §2º do CPC, também poderão ser utilizados na Execução Fiscal. Neste mesmo sentido, o procedimento para a venda em hasta pública em uma execução fiscal poderá ser substituído, a requerimento da Fazenda Pública, por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com o uso de páginas virtuais, nos termos do art. 689-A do CPC.

A intimação do executado acerca da hasta deixa de ser necessariamente pessoal, admitindo-se que se realize por intermédio do advogado, nos termos do art. 687, §5º do CPC. No entanto, ressalva-se que, no que diz respeito à intimação da Fazenda Pública exequente, permanece a exigência, contida no art. 22, §2º da Lei 6.830/80, de que ela se dê de modo pessoal.

Aplica-se também o art. 698 do CPC com suas alterações, de modo que a alienação ou a adjudicação deve ser precedida da intimação do “credor com garantia real” e do “credor com penhora anteriormente averbada”, que não sejam parte na execução. Anteriormente, se previa apenas a intimação do senhorio direto e do credor hipotecário. A obrigatoriedade de intimação do credor com penhora anteriormente averbada é de notória importância para as Fazendas Públicas, não somente no que diz respeito ao seu cumprimento no âmbito das execuções fiscais, mas principalmente por facilitar o exercício do privilégio do crédito tributário no caso de concurso de credores, nos termos dos artigos 186 e 187 do CTN.

12. DA ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR

A complexidade dos leilões judiciais e o pouco alcance de sua divulgação para o homem comum (Diário Oficial e edital afixado no átrio do Fórum) são alguns dos fatores responsáveis pelos poucos casos de arrematação. A Lei 11.382, 06.12.2006, ao introduzir o art. 685-C no Código de Processo Civil, trouxe a possibilidade de alienação por iniciativa particular, visando minimizar o problema. De acordo com este artigo, não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exequente poderá requerer sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária.

O §1º deste dispositivo diz que compete ao juiz fixar o prazo de alienação, a forma de publicidade, as garantias e condições de pagamento e o preço. Este parágrafo faz menção expressa ao art. 680, de modo que o juiz, ao fixar o preço mínimo para a alienação, deve levar em consideração a anterior avaliação feita pelo oficial de justiça.

A doutrina se divide quanto à aplicabilidade ou não deste dispositivo à execução fiscal. Parte dos doutrinadores, entre os quais Leonardo José Carneiro da Cunha, defende a não aplicação da alienação particular na execução fiscal, diante da regra contida no art. 23 da Lei 6830/80.¹⁴

¹⁴ “Tais regras – que permitem a alienação por iniciativa particular – não incidem na execução fiscal, exatamente porque o art. 23 da Lei nº 6.830/1980 estabelece que os bens penhorados devem ser alienados em hasta pública, não se permitindo, portanto, a alienação por iniciativa particular. Ora, as regras do Código de Processo Civil somente se aplicam, subsidiariamente, à execução fiscal, ou seja, somente se aplicam caso não haja regra própria ou diante do silêncio da Lei nº 6.830/80.” (CUNHA, Leonardo Jose Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 402).

No entanto, entendemos ser aplicável a alienação por iniciativa particular à execução fiscal. O art. 23 da LEF não importa em uma proibição a esta nova modalidade de venda judicial dos bens. Se interpretarmos a expressão “leilão público” do art. 23 de forma literal, será obrigatória a nomeação de leiloeiro oficial para proceder à alienação judicial de quaisquer bens. No entanto, na prática, observamos que em muitos casos quem realiza a alienação judicial é um serventuário da justiça.

Assim, a interpretação que deve ser dada a esse artigo é no sentido de “leilão” como “venda judicial”, que deve ser efetuada mediante oferta pública, com publicidade e igualdade, para que todas as pessoas que se interessem em adquirir o bem tenham a mesma oportunidade.

Levando-se em conta o valor da avaliação, que é feita por oficial de justiça, detentor de fé pública, e o preço mínimo fixado pelo juiz, não vemos óbice para a alienação particular na execução fiscal. Ademais, tal procedimento visa à proteção do Erário, atendendo aos princípios da efetividade, celeridade e razoabilidade.¹⁵

Todavia, entendemos que a alienação por iniciativa particular deve obedecer a uma regulamentação própria do ente que a realiza, devendo a Fazenda Pública observar um procedimento administrativo que guarde respaldo com os princípios constitucionais, notadamente os da impessoalidade e publicidade.

Compete ao ente público editar resoluções detalhando tais procedimentos, como a necessidade ou não de autorização hierárquica específica. Ainda, poderão as Procuradorias Gerais dos Estados criarem em sua página institucional na web espaço onde se listará os bens penhorados e ofertados à alienação. Caso a Fazenda Pública tenha gastos com a alienação particular (comissão de corretagem, publicidade...), poderá este ônus ser descontado do valor da alienação do produto vendido.

13. DAS EXECUÇÕES POR CARTA PRECATÓRIA – ART. 738, §2º DO CPC

O §2º do art. 738 do CPC estabelece que nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação. Tal dispositivo visa agilizar a execução realizada por meio de carta precatória, tendo em vista a morosidade de tal procedimento, conhecido por todos que militam no meio forense.

Assim, o prazo para embargar começa a correr da juntada aos autos no juízo deprecante da comunicação de cumprimento da carta precatória de citação, e não mais da juntada da carta precatória.

O aludido parágrafo não se aplica à execução fiscal, pois o art. 738 do CPC como um todo não é compatível com tal procedimento, tendo em vista a necessidade de garantia do juízo para o oferecimento de embargos, conforme regra expressa do art. 16 da LEF. Como já exposto

¹⁵ Este é o entendimento de Araken de Assis: “Urge esclarecer que a alienação por iniciativa particular é aplicável à execução fiscal, nos termos do art. 685-C. O prazo para requerê-la é o da adjudicação.” (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007).

anteriormente, na Execução Fiscal não se conta o prazo para embargar da citação, mas sim do depósito, da juntada da prova da fiança bancária, ou da intimação da penhora.

No entanto, é importante ressaltar o nosso entendimento no que se refere à execução contra a Fazenda Pública, por meio de Carta Precatória. Entendemos que o §2º do art. 738 do CPC se aplica na execução contra a Fazenda Pública, de modo que o prazo para oferecimento de embargos, quando o ente público for citado por carta precatória, tem início da juntada aos autos da comunicação de citação feita pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, e não mais da juntada aos autos da carta precatória cumprida. Isto ocorre, por exemplo, nos processos que tramitam nas comarcas do interior, onde a Fazenda Pública Estadual é executada. Nestes casos, o Estado é citado por meio de carta precatória, na capital, para apresentar embargos, nos termos do art. 730 do CPC.

Deste modo, o procurador do ente público deve estar atento a esta mudança na legislação, verificando se houve a juntada da comunicação de citação nos autos do juízo deprecante, não podendo apenas aguardar a juntada da Carta Precatória, sob pena de correr o risco de perder o prazo processual para embargar. Tal posição se justifica, uma vez que os artigos 730 e 741 do CPC, que disciplinam a execução contra a Fazenda Pública e os respectivos embargos, são silentes no que se refere à citação por carta precatória. Assim, aplica-se subsidiariamente o §2º do art. 738 do CPC.

14. DA ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO

Nos termos do §5º do art. 739-A do CPC, introduzido pela Lei 11.382/2006, quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória de cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento deste fundamento.

A apresentação de memória de cálculo é um ônus do embargante, e evita embargos protelatórios fundados em alegações genéricas de excesso de execução.

Tal dispositivo atinge os embargos à execução fiscal, sendo compatível com a Lei 6.830/80, que é omissa neste respeito, devendo o embargante apresentar memória de cálculo, quando a sua resistência estiver fundada em excesso de execução.

15. DA APLICAÇÃO DO ART. 740 DO CPC NA EXECUÇÃO FISCAL

O *caput* do art. 740 do CPC, repetindo a possibilidade de aplicação do art. 330, prevê o julgamento imediato do pedido, quando a questão de mérito dos embargos for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; ou quando ocorrer a revelia.

Este dispositivo tem aplicação na execução fiscal, sendo plenamente compatível com a mesma, adaptando-se o prazo para impugnação dos embargos de 15 para 30 dias. Ainda, em que pese o art. 740 do CPC não fazer menção ao art. 285-A, entendemos que este também tem aplicação. Tal artigo possibilita ao juiz, nas demandas em que a matéria controvertida for

unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, dispensar a citação e desde logo proferir a sentença, reproduzindo a anteriormente prolatada.

Também tem aplicação nos processos de execução fiscal a multa prevista no parágrafo único do art. 740. Roga este dispositivo que, no caso de embargos manifestamente protelatórios, o juiz imporá, em favor do exequente, multa ao embargante em valor não superior a 20% do valor em execução.

16. DO PARCELAMENTO PREVISTO NO ART. 745-A DO CPC

O art. 745-A do CPC dispõe que, no prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

O dispositivo autoriza o executado, durante o prazo para opor defesa, requerer o parcelamento, e não embargar. Trata-se de uma faculdade do executado, em que uma escolha elimina a outra.

Esta regra se aplica à execução fiscal, sendo compatível com a mesma. Todavia, em se tratando de dívida tributária, deve o juiz, ao deferir o parcelamento, fazer incidir a multa, correção monetária e juros previstos na legislação de regência, para não diminuir o valor do crédito tributário pago com atraso. Para isto, deverá dar ciência à Fazenda Pública quanto aos cálculos e ao parcelamento.

Neste sentido, Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila, e Ingrid Shroder Sliwka, ao comentarem o art. 8º da LEF, defendem a aplicabilidade do art. 745-A do CPC à execução fiscal:

“A alteração do Código de Processo Civil aplica-se à execução fiscal, mesmo de crédito tributário. Não há incompatibilidade com a vigência de lei específica para o parcelamento tributário, de que trata o art. 155-A do CTN. O que o art. 745-A do CPC regula, aplicável subsidiariamente à execução, é o modo de cumprimento da determinação de pagamento constante do mandado de citação. Cuida-se de modalidade de encaminhamento processual da solução no bojo do processo de execução e, não sendo administrativo, não depende de lei específica. Não se deve olvidar, contudo, que não está dispensada atualização de cada uma das parcelas conforme dispunha a lei de regência. Para os créditos da União, e.g., deve ser aplicada a SELIC.”¹⁶

17. CONCLUSÃO

Conforme exposto, as reformas na execução do título extrajudicial, introduzidas pela Lei 11.382, de 06.12.2006, tiveram grande repercussão na Execução Fiscal. Dentre os pontos trabalhados, apresentamos abaixo as seguintes conclusões:

1 - Com a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, os embargos à execução fiscal

¹⁶ PAULSEN, Leandro et al.. *Direito processual tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 265.

continuam dependendo da garantia do juízo. No entanto, os mesmos não serão recebidos automaticamente com efeito suspensivo, podendo o juiz, no caso concreto, conceder tal efeito, se presentes os requisitos do §1º do art. 739-A do CPC. Exceção feita aos casos de penhora do valor do débito integral e em dinheiro. Na falta de efeito suspensivo, permite-se a penhora e a alienação dos bens. Todavia, o levantamento do depósito do valor encontrado para o bem arrematado ou a adjudicação do bem pela Fazenda Pública ficam condicionados ao julgamento final dos embargos.

2 - A modificação do art. 587 do CPC, que trata da execução fiscal provisória, aplica-se à execução fiscal.

3 - Aplica-se o art. 615-A do CPC à Execução Fiscal. Assim, a Fazenda Pública pode, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

4 - As modificações do art. 649 do CPC, que tratam dos bens absolutamente impenhoráveis, aplicam-se à execução fiscal.

5 - A alteração prevista no §2º do art. 652 do CPC, permitindo ao credor, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados, não se aplica totalmente à execução fiscal. Em razão do previsto no art. 8º da LEF, se mantém a prerrogativa do executado de nomear bens à penhora.

6 - O art. 652-A do CPC, que trata de honorários advocatícios, tem aplicação na Execução Fiscal.

7 - A modificação trazida pelos artigos 655, I e 655-A do CPC repercutiu nos processos de execução fiscal, de modo que a penhora “*on line*” passou a ser adotada com precedência em relação às demais modalidades de penhora, não havendo a necessidade da comprovação do esgotamento de todas as vias extrajudiciais de busca de bens para o seu deferimento.

8 - A penhora sobre o faturamento de empresas e o seu procedimento, previstos no inciso VII do art. 655 e no art. 655-A, §3º do CPC, aplicam-se à Execução Fiscal.

9 - O art. 655-B do CPC aplica-se ao procedimento da execução fiscal. Assim, na penhora em bem indivisível a meação do cônjuge recairá sobre o produto da alienação do bem.

10 - Quanto ao procedimento da adjudicação e da arrematação, a regra do art. 24 da LEF deve ser observada. No entanto, as demais regras contidas no CPC aplicam-se à execução fiscal, quando com ela compatível. Assim, os artigos 685-A, 685-B, 687, §2º e §5º, 689-A, 693, 694, e 698, todos do CPC, atingem a execução fiscal.

11 - O art. 685-C do CPC, que prevê a alienação por iniciativa particular, aplica-se à execução fiscal. No entanto, a Fazenda Pública deve submeter o rito a procedimento administrativo que resguarde os princípios constitucionais.

12 - O §2º do art. 738 do CPC não se aplica à execução fiscal, tendo em vista a necessidade de garantia do juízo para o oferecimento de embargos, conforme regra expressa do art. 16 da LEF. No entanto, este dispositivo se aplica na execução contra a Fazenda Pública, de modo que o prazo para oferecimento de embargos, quando o ente público for citado por carta precatória, tem início da juntada aos autos da comunicação de citação feita pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, e não mais da juntada aos autos da carta precatória cumprida.

13 - Aplica-se o §5º do art. 739-A do CPC aos embargos à execução fiscal, devendo o embargante apresentar memória de cálculo quando a sua resistência estiver fundada em excesso de execução.

14 - O art. 740 do CPC, que prevê as hipóteses de julgamento antecipado do pedido e multa por embargos protelatórios, tem aplicação na execução fiscal.

15 - A hipótese de parcelamento, prevista no art. 745-A do CPC, aplica-se à execução fiscal, observando-se na atualização das parcelas a legislação de regência.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal*. Disponível em: <<http://189.77.143.113/hugosegundo/conteudo.asp?IDPUBLICACAO=58>> Acesso em: 1 abr. 2010.

PAULSEN, Leandro et al.. *Direito processual tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ESTADO LAICO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA

GUILHERME BESSA NETO*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A laicidade e seus pressupostos. 3. A liberdade da expressão da crença. 4. O laicismo como deturpação da laicidade. 5. Dos limites à expressão da religiosidade. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, ocorreram casos em que a liberdade religiosa pessoal foi sutilmente negada pelo Estado laico, gerando manifestações contrárias da imprensa no mundo inteiro. Foi o que aconteceu, por exemplo, na França, quando as mulheres mulçumanas foram proibidas de usar o véu tradicional islâmico, e na Alemanha, quando se propôs proibir às freiras levar o hábito nas escolas e repartições públicas.

Ao mesmo tempo, algumas autoridades públicas, utilizando o argumento de que o Estado é laico, declararam-se a favor de extirpar, não no âmbito individual, mas no coletivo, quaisquer manifestações públicas contendo enfoque religioso. Nos EUA, mais exatamente no Estado do Texas, por exemplo, propôs-se retirar o texto dos Dez Mandamentos afixado na parede de certos edifícios públicos; no Brasil, houve postulação judicial para que se retirassem símbolos religiosos das repartições públicas.

A pergunta que se impõe diante de tais ocorrências e posturas é se elas são ou não necessárias para se manter um Estado laico, ou se deveriam ser evitadas por um Estado pelo fato de ele ser laico. O que seria, na verdade, o Estado laico? De outro lado, pode-se considerar a expressão da religiosidade como um direito ilimitado? O presente artigo procura responder a essas perguntas: seu escopo é o de analisar as características da laicidade do Estado e a sua relação com o direito de expressão do seu povo, especialmente no tocante à religiosidade.

2. A LAICIDADE E SEUS PRESSUPOSTOS

Chama-se laico o Estado que não é confessional, ou seja, que não adotou uma religião como religião oficial e, sim, o regime de separação entre Estado e instituições religiosas, permitindo-se a seu povo qualquer religiosidade como também a irreligiosidade.

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pela PUC Minas.

Pontuou José Afonso da Silva, que “*A Constituição de 1891 consolidou essa separação e os princípios básicos da liberdade religiosa (arts. 11, §2º; 72, §§ 3º a 7º; 28 e 29). Assim, o Estado brasileiro se tornou laico, admitindo e respeitando todas as vocações religiosas.*”¹

A laicidade está fundamentada em dois princípios: um, a independência e a autonomia entre o Estado e as comunidades religiosas, sem a interferência do Estado em assuntos estritamente religiosos, ritos e credos, nem o embaraço de determinada religião com o Estado; outro, a liberdade de crença. Assim, ao contrário do que parece à primeira vista, o Estado laico não se opõe à religião, não é sinônimo de Estado ateu, mas, ao contrário, possibilita a coexistência de várias crenças ou comunidades religiosas em seu território.

O Brasil hoje é um Estado laico, estando expressamente insculpidos na Constituição da República (CR/88) os dois princípios retromencionados. A respeito do princípio da independência e autonomia assim se expressa a Carta Magna, *in verbis*:

Art.19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração com o interesse público;

Quanto ao princípio da liberdade de crença, os dizeres são os seguintes, *in verbis*:

Art.5º ...

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias;

Essa avaliação já havia sido antes destacada por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, que observam:

O Estado brasileiro não é confessional, mas tampouco é ateu, como se deduz do preâmbulo da Constituição, que invoca a proteção de Deus. Admite, igualmente, que o casamento religioso produza efeitos civis, na forma do disposto em lei (CF, art. 226, §§ 1º e 2º)... a laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé. (Curso de direito constitucional. Saraiva, 2007. p.408-409)²

Sem querer aprofundar no estudo dos vários direitos decorrentes da observância dos dois princípios em tela – em vista a amplitude do assunto -, o presente artigo dará enfoque ao direito de liberdade de expressão da crença como direito fundamental da pessoa humana e direito necessariamente salvaguardado pelo Estado laico.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA CRENÇA

A liberdade religiosa tem como corolário o direito à liberdade de expressão da crença, tanto por meio de palavras como de atos, tendo em vista que integram a própria crença a prática de

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

² *Apud* Fernando Capez em seu artigo “O Estado laico e a retirada de símbolos religiosos de repartições públicas”. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41668>>.

determinados atos³, a verbalização de pronunciamentos⁴, a observância de determinada conduta⁵, sem falar que também faz parte da própria crença a responsabilidade de propagação da própria fé, a exemplo do Cristianismo, cujo fundador, Jesus Cristo, ordenou: “*Ide por todo o mundo, pregai o evangelho a toda criatura*”.⁶

O direito à liberdade religiosa foi declarado como direito fundamental do homem na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que reconheceu ainda que é inerente ao direito de crença a liberdade de pensamento e consciência, direito esse que se exterioriza na liberdade de manifestação da religião ou crença, de seu ensino, prática e culto, em público ou particular, *in verbis*:

Art. XVIII - Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou particular.

O reconhecimento da liberdade de pensamento, crença e religião como um dos direitos fundamentais do ser humano evidenciou que tal direito não decorre de mera convenção humana, mas, antes, que ele é decorrente do próprio direito natural⁷. Em outras palavras: o Estado, para visar ao bem pessoal e ao bem comum, deve respeitar os direitos inerentes ao homem pela sua própria natureza de homem, sob pena de ofensa à sua dignidade.

Não seria um Estado laico, mas sim, um Estado parcial e totalitário o que adotasse uma filosofia atea e reprimisse a expressão religiosa. O Estado que assim o fizesse violaria o direito de crença no que tange à livre expressão da crença, sendo que a própria religião sofreria uma sutil interferência do Estado no que tange à restrição da utilização da própria crença pelos crentes.

Ao contrário, o Estado que preserva o direito de os crentes participarem de seus cultos, sem restringir seus direitos no âmbito civil, garante a esses crentes o exercício de seu direito de livre expressão da crença. Tal é o que acontece, por exemplo, no caso dos feriados religiosos, que, em sua origem, foram demandados pela própria sociedade de modo a permitir-lhe cumprir os preceitos de sua religião. O Estado que assim procede firma-se como Estado laico, pois, dentro do regime democrático, atende à própria sociedade e não se subordina a uma comunidade religiosa determinada: não firma aliança com determinada comunidade religiosa, mas sim com os interesses e reclames do povo. Tal postura, no Estado laico, pode se estender a qualquer religião, dentro do princípio democrático.

No mesmo sentido, situa-se a questão da colocação de símbolos religiosos no ambiente de trabalho. Também o agente público pode colocar na repartição pública em que trabalha um objeto religioso, tendo em vista que ele estará assim exercendo a liberdade de expressão dentro de sua

³ No Islamismo deve-se recitar a oração canônica ajoelhado, prostrando-se em direção à Meca; no Hinduísmo, devem-se recitar os mantras com escrupulosa exatidão (postura, ritmo, pronúncia, melodia e movimentos), para que a recitação tenha perfeito valor ritual; no Judaísmo, o povo deve oferecer sacrifícios a Deus, com derramamento de sangue.

⁴ No Islamismo, deve-se recitar a oração canônica cinco vezes ao dia (amanhecer, meio-dia, tarde, pôr-do-sol e noite); no Hinduísmo, devem-se recitar os mantras.

⁵ Como no Catolicismo e no Islamismo, que prescrevem o jejum em determinadas épocas.

⁶ Evangelho de São Marcos, capítulo 16, versículo 15.

⁷ Sobre o direito natural, sugere-se a leitura do texto “A lei natural como fundamento do direito positivo”, de autoria de José Bonifácio Borges de Andrada, publicado na Revista da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, de 2005.

liberdade de crença, direito fundamental, mormente porque o Estado laico não faz distinção de credos. Deduzir que o Estado estaria adotando uma religião se um funcionário colocar uma imagem sagrada em seu local de trabalho seria o mesmo absurdo que admitir, por exemplo, que o Estado torceria para um time de futebol específico, caso um juiz colocasse um escudo ou símbolo de seu time de futebol na parede de sua sala de audiência ou sobre sua mesa de trabalho, expressões essas muito comuns nos foros da capital ou do interior dos Estados-membros.

Ora, se o agente utiliza como forma de devoção pessoal as imagens ou símbolos religiosos e isso não se reflete na manifestação do Estado por meio da atividade desenvolvida por tal servidor em seu campo profissional, não há que se falar que sua postura é a postura do Estado. Consequentemente, no Estado laico, não deve essa postura ser proibida e, sim, tolerada por ser um ato particular, exterior e desvinculado da vontade estatal, não gerando vínculo nenhum com o Estado.

A juíza Maria Lúcia Lencastre Ursaia, da 3ª Vara Cível Federal de São Paulo, rejeitou, recentemente, o pedido do Ministério Público, em Ação Civil Pública⁸, de que fossem retirados símbolos religiosos (crucifixos, imagens, etc.) dos órgãos públicos da União no Estado de São Paulo, pelo princípio da laicidade, valendo destacar o seguinte pronunciamento do seu julgado:

Segundo os ensinamentos de nossos doutrinadores, o Estado laico não deve ser entendido como uma instituição antirreligiosa ou anticlerical. Na realidade o Estado laico é a primeira organização política que garantiu a liberdade religiosa. A liberdade de crença, a liberdade de culto e a tolerância religiosa foram aceitas graças ao Estado laico e não como oposição a este.

*O Estado laico pode ser definido como a instituição política legitimada pela soberania popular em que o poder e a autoridade das instituições do Estado vêm do povo. Tal conceito está intimamente ligado à democracia e ao respeito dos direitos fundamentais. Assim sendo, a laicidade não pode se expressar na eliminação dos símbolos religiosos, mas na tolerância aos mesmos.*⁹

Quanto ao Direito brasileiro, além de ofender os princípios da laicidade já mencionados, a proibição de expressão religiosa ofenderia também o princípio da não discriminação (art. 3º, IV, CR/88)¹⁰, tendo em vista que é assegurado a todos a livre expressão do pensamento (art. 5º, IV, CR/88)¹¹, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/88)¹², a igualdade (art. 5º, *caput*, CR/88)¹³ e o pluralismo (art. 1º, V, CR/88)¹⁴.

⁸ Processo nº 2010.61.00.017604-0.

⁹ Extraído do texto de Fernando Porfírio. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2010-ago-21/laicidade-nao-expressa-eliminacao-simbolos-religiosos>>.

¹⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹¹ IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

¹² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

V - o pluralismo político.

¹³ 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:

¹⁴ Ver a nota de rodapé de nº 12.

4. O LAICISMO COMO DETURPAÇÃO DA LAICIDADE

Diferentemente da laicidade, que garante a livre expressão da crença por qualquer pessoa no território de um Estado, seja em âmbito público ou particular, a expressão laicismo tem sido utilizada para designar a ideologia que busca relegar somente à esfera do privado toda expressão de contorno religioso, afastando, gradualmente, o direito da livre manifestação pública sobre quaisquer temas que coincidam com a moral defendida por certa religião, sob o argumento de que o Estado é laico:

De acordo com o filósofo francês Michel Villey, há uma clara e indesejável tendência nos sistemas jurídicos contemporâneos de conferirem à laicidade um conteúdo de antagonismo à religião, deturpando-a em puro laicismo, no qual a fé é desprezada e totalmente substituída pelo racionalismo profano (A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005.)¹⁵

Tal postura é comumente adotada não somente perante manifestações de instituições religiosas quando proferem sua opinião pública sobre temas inerentes ao ser humano (como, por exemplo, os direitos fundamentais do ser humano, a ética e a dignidade da pessoa humana), mas em relação a qualquer crente ou mesmo um não crente que apoie os fundamentos morais que coincidam com os valores defendidos por determinada entidade religiosa.

Os que agem assim não discutem a ideia trazida pela opinião manifestada para ver se seus fundamentos morais estão ou não de acordo com a dignidade humana, se acrescenta ou não à construção do bem comum e se evita injustiças; ao contrário, eliminam a própria ideia sem apreciá-la, com isso ofendendo o princípio democrático do Estado democrático de direito, que tem como pressuposto a participação popular e como princípios a igualdade e a liberdade. O pluralismo de ideias também robustece o caráter democrático de um Estado.

Não levam em conta que tais manifestações são, na grande maioria das vezes, sustentadas não em argumentos religiosos, mas em argumentos fornecidos pelo direito natural, direito civil, ética social, antropologia filosófica, ciências biológicas, etc. E mesmo que fosse religioso o argumento, na democracia todos podem opinar.

Além de ofender os princípios da laicidade já mencionados, bem como os princípios da não discriminação, da igualdade, do pluralismo e da dignidade da pessoa humana também já mencionados, os que assim agem ferem, como já dito, o próprio princípio democrático.

Nesse sentido, pontifica Ives Gandra da Silva Martins:

O certo, todavia, é que se faz necessário, de uma vez por todas, deixar claro uma coisa: “Estado laico” não significa que aquele que não acredita em Deus tenha direito a impor sua maneira de ser, de opinar e de defender a democracia. Não significa, também, que a democracia só possa ser constituída por cidadãos agnósticos ou ateus. Não podem, ateus e agnósticos, defender a tese de que a verdade está com eles e, sempre que qualquer cidadão, que acredita em Deus, se manifeste sobre temas essenciais – como por exemplo, direito à vida, eutanásia, família etc.- sustentar que sua opinião não deve ser levada em conta, porque inspirada por motivos religiosos. Por tal lógica conveniente e convivente, e desqualificada opinião de agentes ateus e agnósticos, precisamente porque seus argumentos são inspirados em sentimentos “anti-Deus”. Numa democracia, todos têm o direito de opinar, os que acreditam em Deus e os que não acreditam.¹⁶

¹⁵ *Apud* Fernando Capez, no artigo: “Estado laico e a retirada de símbolos religiosos de repartições públicas”. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41668>>.

¹⁶ Artigo sob o título “Sob a proteção de Deus”, publicado no Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, de 02/01/2007.

E também Fernando Capez:

*A verdadeira paz não se faz com o silenciar do outro, pois quando há um vencedor, sempre resta um vencido humilhado e pronto a desafogar os instintos de vingança. Paz é curar o coração das pessoas e dos povos. Paz é conseguir que as vítimas e agressores se perdoem e se reconciliem. Paz não é se sentir ofendido pela liberdade de expressão alheia, mas, ao contrário, compreendê-la e tolerá-la. A religião tem sido relegada a um plano de separação abismal da vida secular, desperdiçando-se ao longo dos séculos, tantos ensinamentos filosóficos que constam das escrituras sagradas e que poderiam ter levado à solução mais pacífica dos conflitos e guerras que assolaram a humanidade. (...)*¹⁷

5. DOS LIMITES À EXPRESSÃO DA RELIGIOSIDADE

Sendo o direito de crença um direito ligado intimamente à liberdade de consciência, a prática religiosa privada reveste-se de caráter absoluto, não podendo ser tolhida pelo Estado, sob pena de ofensa à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que tal prática se circunscreve ao âmbito da relação do homem com sua própria consciência.

Publicamente, entretanto, a expressão da religiosidade tem como limite a ordem pública e os direitos de outrem, não podendo o Estado, para garantir a liberdade religiosa, permitir que se firam outros direitos fundamentais, como a vida.

Nos dizeres de Johannes Messner, em sua *Ética Social*:

2. *A liberdade da prática religiosa.* Este direito prende-se intimamente com a liberdade de consciência. É um direito absoluto quando se trata da prática privada da religião. Pelo contrário, o direito da prática pública do culto é um direito condicionado, pois não pode trazer consigo o menoscabro de direitos evidentes de outrem (por exemplo, no caso de sacrifícios humanos) ou da ordem pública. O direito à livre prática da religião significa, por um lado, que ninguém pode ser juridicamente obrigado a praticar uma religião contrária à sua consciência, mesmo que seja verdadeira; e por outro lado, que ninguém pode ser juridicamente obrigado a realizar atos contrários aos preceitos duma comunidade religiosa ou de qualquer forma dirigidos contra a comunidade religiosa a que pertence por decisão de sua consciência.¹⁸

Os limites impostos pelos direitos de outrem e da ordem pública devem, se necessários, corresponder ao sacrifício mínimo necessário do direito do crente, respeitando o princípio geral do direito que é a razoabilidade, dentro da proporcionalidade e adequação, como forma de preservação do direito de crença.

Dessa forma, entendemos que não se encontra fundamento para casos como a proibição de determinada vestimenta religiosa em lugares que facultem acesso a outras pessoas, como escolas, hospitais, repartições públicas, etc. No entanto, entendemos que esse direito poderia sofrer restrição quando, por exemplo, um imigrante entra num país com o rosto coberto por um véu e isto dificulta sua identificação pelas autoridades alfandegárias, que têm a seu

¹⁷ Artigo “Estado laico e a retirada de símbolos religiosos de repartições públicas”. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41668>>.

¹⁸ MESSNER, Johannes. *Ética social: o direito natural no mundo moderno*. São Paulo: Quadrante, 1970.

encargo zelar pela segurança pública. A razoabilidade, a nosso ver, seria, nesse caso, exigir a retirada do véu somente para permitir que se veja o rosto da pessoa, autorizando-se a sua reutilização de imediato.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que:

1 – O Estado laico não é um Estado inimigo da fé, mas, ao contrário, permite que haja a coexistência de vários credos dentro de seu território, assegurando uma mútua independência e autonomia entre si e as comunidades religiosas;

2 – A postura laicista ofende os princípios de um Estado laico, tolhendo a liberdade de manifestação da crença;

3 – A liberdade da prática religiosa em âmbito privado é absoluta, condizente com a própria dignidade do ser humano, não podendo, portanto, sofrer restrições por parte do Estado; quanto à prática pública do direito de crença, este pode ser limitado, dentro da razoabilidade, nos limites e condições necessárias para preservar os direitos de outrem e a ordem pública.

4 – A laicidade robustece o propósito de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ANDRADA, José Bonifácio Borges de. A lei natural como fundamento do direito positivo. Belo Horizonte, *Direito Público: revista jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 2, n. 1-2, p.151-163, jan./dez. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada. [S.N.T.] Cap. 16, vers. 15.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAPEZ, Fernando. *O Estado laico e os símbolos religiosos em repartição pública*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41668>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

FAUS, Francisco. *Laicidade e laicismo*. Disponível em: <<http://www.padrefaus.org/wp-content/uploads/2010/05/laicidadeelaicismo.rtf>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

GAUDIUM ET SPES. 15.ed. São Paulo: Paulinas, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Estado laico não é Estado ateu e pagão. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 jun. 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sob a proteção de Deus. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 2 jan. 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de filosofia*. 3.ed. São Paulo: LTR, 2006.

MESSNER, Johannes. *Ética social: o direito natural no mundo moderno*. Tradução Alípio Maia de Castro. São Paulo: Quadrante, 1970.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948.

PORFÍRIO, Fernando. *Rejeitado o pedido para tirar crucifixo de locais públicos*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-21/laicidade-nao-expressa-eliminacao-simbolos-religiosos>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

OS CONTRATOS COATIVOS NA NOVA MODELAGEM CIVIL-CONSTITUCIONAL:

exemplo das contas de água e luz

HUMBERTO GOMES MACEDO*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A efetivação do direito civil constitucional. 3. Da natureza jurídica das “Contas de Água e Esgoto”. 3.1 Pela natureza jurídica de tributo. 3.2 Como tarifa ou preço público. 3.3 Como contratos coativos. 4. Conclusão sob o enfoque civil-constitucional.

1. INTRODUÇÃO

Há muito estudamos e comemoramos a já famosa "Publicização do Direito Privado."¹

Desde a leitura de Pietro Perlingieri, Gustavo Tepedino, César Fiuza e, mais recentemente, Ricardo Lebourg, dentre outros de igual importância no estudo do tema, a página do Direito Civil como ramo exclusivo do Direito Privado Liberal foi virada. A constitucionalização do Direito Civil é patente na doutrina e até mesmo na aplicação forense:

Superado o clássico positivismo jurídico, os juízes não mais devem aplicar mecanicamente a lei. É preciso aplicá-la de modo a encontrar o justo no caso concreto. O sistema jurídico, em geral, é controlado e aplicado como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios, de normas e de valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição da República. Com o fenômeno da "Constitucionalização do Direito infraconstitucional", o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos, quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.²

* Advogado Autárquico do Estado de Minas Gerais. Mestre e Especialista em Direito. Professor de Direito Civil, Ética e Estatuto OAB.

¹ Aqui tratamos como expressões gêmeas a “Publicização do Direito Privado” e a “Constitucionalização do Direito Civil”.

² AGRAVO Nº 1.0450.08.005844-6/001 - RELATOR: EXMO. SR. DES. ROGÉRIO MEDEIROS - ACÓRDÃO - Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas. Belo Horizonte, 03 de julho de 2008.

E é vitória da própria Justiça pois aplicar princípios, principalmente os constitucionais, ao Direito estamos fazendo nada mais do que buscar a essência do próprio Direito que além de legal deve ser legítimo e justo!

E o tema da Constitucionalização do Civil, aplicação de princípios e hermenêutica é cativante e demandaria outras e diversas linhas, além das referências aqui citadas.

Neste artigo em particular, tratamos de tema que se baseia em movimento interessante de interpenetração do Direito Público ao Privado e onde não há posicionamento unânime da doutrina.³

Isto porque ao analisar recente decisão e súmulas do Superior Tribunal de Justiça - STJ - acerca da natureza jurídica das "contas" de água e esgoto, o que chamou atenção foi o movimento contrário, ou seja: uma "Privatização do Direito Público" e a confusão de conceitos de Taxas, Tarifas e Preços Públicos e o novo Contrato Coativo.

Como veremos a seguir, estes três entendimentos e conceitos se confundem e não há unanimidade. Para alguns, principalmente os tributaristas mais tradicionais, o serviço de água e esgoto é Tributo (na espécie Taxa) por ser compulsório, para outros é Tarifa ou Preço Público sujeitando-se ao Código Civil, como na decisão do STJ, e para outros é Contrato Coativo onde há misto de normas públicas e privadas em sua configuração.

Desta feita, abordaremos doutrina tributária, civilista e análise de julgados, na tentativa de concluir acerca da natureza jurídica das cobranças pelos serviços de água e esgoto. Principalmente no estudo da "autonomia da vontade" versus "compulsoriedade" desse serviço, e se é possível buscar uma natureza híbrida público (tributária) e privada em sua configuração.

2. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Com ascensão dos valores, da normatividade dos princípios, da Dignidade da Pessoa Humana, da Concretude e da Interpretação Constitucional que evita aplicação literal e estática da lei, o Direito faz um verdadeiro movimento em direção à sua origem. Como dito, volta à Ética e se curva à Justiça.⁴

E cediço é que a dogmática jurídica estática e vigente durante toda a modernidade não mais serve à sociedade contemporânea que exige um novo desafio ao Direito, qual seja: aplicar a justiça aos casos concretos pesando-se a lei, com princípios e criando-se mecanismos para que os preceitos legais possam adaptar-se as novas situações surgidas.

É mister que a legislação, em sua forma tradicional, num conteúdo rígido, fechado e estático, não possui espaço para o intérprete em face do caso concreto: falece o sistema assentado

³ Como outro exemplo de interpenetração de normas do Direito Público e Privado temos o próprio Código de Defesa do Consumidor. Como bem citado por Venosa (2006:369): "A lei do consumidor é exemplo claro do desaparecimento da utilidade da divisão clássica entre privado e público. Hoje, mais do que ontem, os ramos interpenetram-se".

⁴ O princípio e finalidade devemos tomar aqui no sentido do vocábulo grego *Arché*, significando que a Ética é o início e o fim do direito. É o seu elemento constitutivo, pois ela perpassa todo o jurídico e ainda a sua teleologia, pois é sempre o fim para onde o Direito deve voltar-se.

em tipos legais com atividade do seu aplicador apenas na adequação das hipóteses fáticas ao modelo normativo.

Destarte, a velocidade e o dinamismo nas estruturas sociais exigiram mudanças no modelo de sistema positivista fechado, que buscava segurança e certeza do Direito em códigos totalizadores, perfeitos e de operabilidade imediata (ou lógico-dedutivo).

Basta ver a gama de novidades tecnológicas - como a internet - e biológicas - experimentação com embriões, indagações em torno do genoma humano, avanços da engenharia genética etc. - enfrentados pelo Direito contemporâneo “que nem sempre são resolvidos pelos instrumentos tradicionais” como alertado por Maria de Fátima Freire de Sá (2003).

Como citado pela filósofa e mediadora de conflitos Flávia Resende (2010), o fato é que um novo paradigma de Direito vem se delineando sucedendo que a lei, o Direito e a justiça como concepções da razão, mas também do sentimento humano.

Pensadores como John Rawls (2002), por exemplo, começam a fazer uma teoria em que o horizonte da Justiça volta para o campo delimitado do Direito posto, positivo. Segundo Rawls, numa sociedade sem a ideia de justiça, “a desconfiança e o ressentimento corroem os vínculos de civilidade”. Para tanto, na obra “*Uma teoria da justiça*”, ele propõe um parâmetro para se medir se uma sociedade é ou não justa, contemporaneamente.

O importante fazer notar a partir desta pequena visão da obra de Rawls é que a ideia de Justiça volta para o horizonte das instituições sociais e, conseqüentemente, para a ciência jurídica, fato este impensável dentro de um paradigma positivista.

Nessa linha principiológica, podem ser destacadas também as teorias de Robert Alexy (2003) e Klaus Günther (2004) - ambas tocadas pela teoria discursiva de Jürgen Habermas (1997) - que pretendem demonstrar o papel dos princípios e sua aplicação.

Aqui não cabe o debate acerca da divergência existente entre o modelo de ponderação de valores desenvolvido por Alexy e a crítica a ele formulada por Günther a partir de um modelo de coerência normativa baseada na consideração de todas as circunstâncias do caso. Bom debate para outra oportunidade. O que nos interessa neste texto é que, ambos pensadores, no universo de suas ideias principiológicas, estão abertos a dimensão axiológica; sem se esquecer ainda de Ronald Dworkin (1999) que enfrenta a questão através de sua teoria da integridade do direito e com o recurso a princípios jurídicos.

E toda essa efetivação de um Direito constitucionalizado e principiológico se amoldam bem ao tema exposto, pois o que se trata é justamente a superação de paradigmas tradicionais - como contrato essencialmente particular e de vontade livre - e a interpenetração de temas tributários com assuntos clássicos do Direito civil, por exemplo.

3. DA NATUREZA JURÍDICA DAS “CONTAS DE ÁGUA E ESGOTO”

Como dito no intróito, não há certeza doutrinária acerca da natureza jurídica de tais serviços. E pelas últimas decisões do STJ, inclusive sumuladas (407 e 412), há mistura de conceitos privados de contratos - cujo primeiro princípio é Autonomia da Vontade - com os de Tributo - compulsórios por sua própria natureza (art. 3º, CTN).

E aqui debatemos justamente aspecto claro de interpenetração do Público e Privado e da necessidade de aplicação de princípios constitucionais - como a Boa-fé aos contratos – em tais atos jurídicos. Isto porque nas referidas decisões e súmulas, que entendem a natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto como Tarifa ou Preço Público – ou seja, contraprestação de caráter não-tributário – tais conceitos se confundem.

Enfim, são Taxas por serem compulsórias, são Preços Públicos (como pelas últimas decisões e súmulas do STJ) ou são Contratos Coativos?

3.1 PELA NATUREZA JURÍDICA DE TRIBUTO

O conceito legal de Tributo nos é bastante conhecido e debatido, sendo estipulado no art. 3º do Código Tributário Nacional:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Ou seja, a compulsoriedade é elemento fundamental em sua definição, tendo sido tal entendimento enfrentado pelo STF e sumulado no Enunciado nº 545:

Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas ('as taxas'), diferentemente daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.”

O Professor e Tributarista Sacha Calmon (1999:415) faz com simplicidade a diferença entre Taxa e Preço aduzindo que se o legislador optar pela compulsoriedade do Tributo estamos diante de Taxa, inclusive pela mera disponibilidade do serviço. Desta feita, todo o regime fica preso às regras de “contenção do poder de tributar”: legalidade, anualidade etc.

De outro modo, se escolher o regime contratual – Preço – “perde a compulsoriedade da paga pela mera disponibilidade do serviço, mas ganha elasticidade e imediatez na fixação das tarifas.”

Cita, inclusive, caso ocorrido na capital mineira onde um condomínio queria se ver livre da cobrança pelo utilização do esgoto, sugerindo fazer a própria fossa. Já a concessionária responsável não permitiu tal rescisão. Assim, discordou da concessionária o autor, afirmando que se optou pelo regime de Preço – ou seja, regime contratual – não poderia recusar a extinção do contrato.

Em conclusão, cita outro mestre, Aliomar Baleeiro, para quem “Preço Compulsório é Taxa e Taxa Facultativa é Preço” e também concluiu no sentido de que “se o regime for jurídico-tributário, temos taxas” e “se o regime for contratual temos o preço público.”

Vale também lembrar caminhada interessante na discussão doutrinária sobre a natureza jurídica dos Empréstimos Compulsórios. Isto porque no entendimento de antigos julgados e mesmo da Súmula 418 do STF⁵, de 01/06/64, Empréstimo Compulsório não seria considerado Tributo.

⁵ “O empréstimo compulsório não é tributo, e sua arrecadação não está sujeita à exigência constitucional de prévia autorização orçamentária”.

E o entendimento da época – citado por Marciano Seabra de Godoi e Pablo Henrique de Oliveira (2002:137) que analisaram a jurisprudência do Supremo – se coaduna com a tese privatista da natureza de Contratos Coativos que abordaremos no item 3.3. Esclarecem os autores (grifamos):

Nos julgamentos mencionados (acerca da súmula 418), prevaleceu a posição defendida por San Tiago Dantas, de que os **empréstimos compulsórios deveriam ser caracterizados como “contratos coativos”**. O Ministro Victor Nunes Leal, no voto que proferiu no RMS 11.252, acatou expressamente a teoria mencionada, segundo a qual o elemento “acordo de vontades” ficaria afastado em nome do interesse público, e o fato de o empréstimo ser “compulsório” e de não se enquadrar nas categorias jurídicas até então existentes não seria bastante para qualificá-lo como um verdadeiro tributo.

No entanto, a jurisprudência e doutrina atuais não deixam dúvida de que os Empréstimos Compulsórios são realmente Tributos. E um dos fundamentos para tal classificação é justamente o fato do mesmo ser “Compulsório”, valendo a redundância.

O professor Regis Fernandes de Oliveira (2008:599) ratifica afirmando que Empréstimo Compulsório é Tributo pois “não pressupõe manifestação livre da vontade”. E mais, conclui citando Sacha Calmon “por indubitoso que o empréstimo compulsório *in examine* é tributo (gênero) e imposto (espécie).”

Assim sendo, por esta primeira corrente, as contas de água e luz deveriam ser cobradas mediante tributos (taxas) por serem compulsórias. Não pode o contribuinte prescindir do serviço e utilização!

3.2 COMO TARIFA OU PREÇO PÚBLICO

Já o STJ nas decisões e súmulas abaixo elencadas, afirma que tais cobranças, apesar de compulsórias, são vinculadas ao Direito Civil e cria o imbróglio doutrinário que procuramos discutir e esclarecer: ou seja, são compulsórios os serviços, mas diferentemente do alegado pelos tributaristas – e súmula STF inclusive – integram e buscam normas privadas do Direito Civil? É possível?

Vejamos as decisões e súmulas do STJ (grifamos) que concluem pela natureza jurídica de Tarifa ou Preço Público, não se sujeitando ao “caráter tributário” e sim às normas do Código Civil:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.117.903 - RS (2010/0074053-9)
RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX
RECORRENTE : DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTOS - DMAE
PROCURADOR : JORGE LUIZ NEVES SARAIVA E OUTRO(S)
RECORRIDO : GLICÉRIO BRENO MACHADO

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO NÃO-TRIBUTÁRIO. FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. TARIFA/PREÇO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL. CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO.

1. **A natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas** (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 447.536 ED, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 28.06.2005, DJ 26.08.2005; AI 516.402 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30.09.2008, DJe-222 DIVULG 20.11.2008 PUBLIC 21.11.2008; e RE 544.289 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2010, DJe-113 DIVULG 18.06.2010 PUBLIC 19.06.2010. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: EREsp 690.609/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 26.03.2008, DJe 07.04.2008; REsp 928.267/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12.08.2010, DJe 21.08.2010; e EREsp 1.018.060/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 09.09.2010, DJe 18.09.2010).

2. A execução fiscal constitui procedimento judicial satisfativo servil à cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública, na qual se compreendem os créditos de natureza tributária e não tributária (artigos 1º e 2º, da Lei 6.830/80).

3. Os créditos oriundos do inadimplemento de tarifa ou preço público integram a Dívida Ativa não tributária (artigo 39, §2º, da Lei 4.320/64), não lhes sendo aplicáveis as disposições constantes do Código Tributário Nacional, máxime por força do conceito de tributo previsto no artigo 3º, do CTN.

4. Conseqüentemente, o prazo prescricional da execução fiscal em que se pretende a **cobrança de tarifa por prestação de serviços de água e esgoto rege-se pelo disposto no Código Civil**, revelando-se inaplicável o Decreto 20.910/32, uma vez que:

"... considerando que o critério a ser adotado, para efeito da prescrição, é o da natureza tarifária da prestação, é irrelevante a condição autárquica do concessionário do serviço público. O tratamento isonômico atribuído aos concessionários (pessoas de direito público ou de direito privado) tem por suporte, em tais casos, a idêntica natureza da exação de que são credores. Não há razão, portanto, para aplicar ao caso o art. 1º do Decreto 20.910/32, norma que fixa prescrição em relação às dívidas das pessoas de direito público, não aos seus créditos." (REsp 928.267/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12.08.2010, DJe 21.08.2010)

5. O Código Civil de 1916 (Lei 3.071) preceituava que:

Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.

(...)

Art. 179. Os casos de prescrição não previstos neste Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177."

6. O novel Código Civil (Lei 10.406/2002, cuja entrada em vigor se deu em 12.01.2003), por seu turno, determina que:

"Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

(...)

Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada."

7. Conseqüentemente, é vintenário o prazo prescricional da pretensão executiva atinente à tarifa por prestação de serviços de água e esgoto, cujo vencimento, na data da entrada

em vigor do Código Civil de 2002, era superior a dez anos. Ao revés, cuidar-se-á de prazo prescricional decenal.

8. *In casu*, os créditos considerados prescritos referem-se ao período de 1999 a dezembro de 2003, revelando-se decenal o prazo prescricional, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

9. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à origem, para prosseguimento da execução fiscal, uma vez decenal o prazo prescricional pertinente. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

SÚMULA N. 407-STJ.

É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo. Rel. Min. Eliana Calmon, em 28/10/2010.

SÚMULA N. 412-STJ.

A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil. Rel. Min. Luiz Fux, em 25/11/2010.

E não apenas o STJ, pois o próprio Supremo Tribunal Federal, não obstante, vem decidindo, reiteradamente, tratar-se de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário⁶:

"...não obstante a sua obrigatoriedade, a contraprestação ao serviço de esgotamento sanitário não tem caráter tributário. Trata-se, na realidade, de tarifa, não dependendo, portanto, da edição de lei específica para sua instituição o majoração. (RE nº 464.952/MS, Rel. Min.^a Ellen Gracie, DJ de 23.03.2006)"

3.3 COMO CONTRATOS COATIVOS

Noutra linha, o civilista Sílvio de Salvo Venosa (2006:384) entende que estaríamos diante de um Contrato Coativo. Ou seja, contrato que representa o “máximo do dirigismo contratual”, podendo ser configurados os contratos entre as concessionárias de serviço público de fornecimento de água, luz, esgoto, gás, telefone e os usuários desses serviços.

Afirma: “Não há como defender a autonomia da vontade se o contrato é imposto... A empresa não pode recusar-se a contratar com o usuário, quando este se sujeita às condições gerais e desde que existam condições materiais para a prestação do serviço. O usuário não pode prescindir desses serviços, nem mesmo, por vezes, recusá-los”. Conclui: “Ambas as partes são forçadas a contratar”.

No entanto, ao final do capítulo acerca desse novo modelo contratual – o Contrato Coativo – o autor se rende ao conceito de que realmente não tratamos de um contrato e sim de uma relação com “aparência de contrato” e nos passa novamente a bola. Diz que a interpretação das cláusulas e o inadimplemento, nesse caso, não podem ser vistos de forma igual aos demais contratos, nem mesmo aos contratos de adesão”.

⁶ Acórdãos: RE-ED 447.536/SC - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, DJ 26.08.2005, EDcl no RE nº 456.048/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 06.09.2005, e Decisões monocráticas: AG nº 225.143/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 23.02.1999; RE nº 207.609/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 19.09.1999, RE nº 424.664/SC, Rel. Min. César Peluso, DJ de 04.10.2004, RE nº 330.353/RS, Rel. Min. Carlos Brito, DJ de 10.05.2004, AG nº 409.693/SC, Rel. Min. César Peluso, DJ de 19.05.2004, AG nº 480.559/SC, Rel. Min. César Peluso, DJ de 19.05.2004, RE nº 488.200/MS, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 13.09.2006, RE nº 484.692/MS, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 29.05.2006, RE nº 464.952/MS, Rel. Min.^a Ellen Gracie, DJ de 23.03.2006).

Como dito, a concessionária não pode negar o serviço público ou escolher o usuário com quem contratar, nem o usuário pode prescindir do serviço. Na verdade, as partes são obrigadas a contratar, diante da consequência do privilégio concedido às concessionárias que detêm o monopólio dos serviços públicos. O já citado Prof. Sacha Calmon (1999:153) até admite a existência prática do regime de contratos para tais serviços, mas considera os mesmos Contratos de Adesão⁷ e não Coativos como aqui explicamos.

Na prática, contudo, o Brasil tem seguido o caminho da contratualismo de adesão, pela cobrança de preços para viabilizar o fornecimento de tais utilidades, ora permitindo aos particulares explorá-los mediante concessões de serviço, ora engendrando instrumentalidades, sociedades de economia mista ou empresas públicas concessionárias dos respectivos serviços. Destarte, hoje, a energia, a telefonia, os transportes, a água são postos à disposição da população através das empresas concessionárias, na maioria, pertencentes ao Poder Público, que contratam os serviços e os preços (tarifas) ainda que através de contratos de adesão, pois que os usuários simplesmente aderem às cláusulas contratuais estipuladas pelos prestadores. Certo ainda que as tarifas são fixadas à luz de critérios estranhos ao regime jurídico-tributário, evoluindo de acordo com a conjuntura macro ou microeconômica.

Vale a pena lembrar que Contrato é Negócio Jurídico Bilateral. É acordo de vontades com o fito de criar obrigações entre as partes. Deve possuir os requisitos do art. 104 do Código Civil (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei) e obedece aos três princípios tradicionais ou clássicos (Autonomia da Vontade, Relatividade e Força Obrigatória *pacta sunt servanda*) em harmonia com os novos princípios contrato-constitucionais da Boa-fé e Função Social.

4. CONCLUSÃO SOB O ENFOQUE CIVIL-CONSTITUCIONAL

Damos início às conclusões lembrando passagem de Regis Fernandes de Oliveira (2008:161), já acima citado, que se referindo ao autor italiano Antonio Berliri⁸ afirma a linha tênue na conceituação entre Preço e Taxa “já que a separação entre ela (a taxa) e as relações contratuais é muito sutil, que não fica fácil dizer se encontra frente a um ou a outro dois institutos: uma relação de taxa ou de um contrato”. Cita, divergência doutrinária como um “Babel de enfoques”⁹ e conclui que cuidando-se de serviço público específico e divisível somente é possível a criação de Taxas para cobrança de tais atividades, mas “ressalvada a hipótese de ser ele prestado mediante permissão ou concessão, casos em que a retribuição será mediante preço”. Pois bem.

Desta feita, ao observar todo posicionamento exposto no decorrer do artigo e respeitando essa tradicional confusão de conceitos como no parágrafo acima, procuramos definir de forma conclusiva sobre a natureza jurídica das “contas” de esgoto e água a fim de não deixar dúvidas ou transformar este texto em mais uma divagação sem fim sobre o tema. Repetimos a pergunta base do texto para posterior resposta: “Enfim: são Taxas por serem compulsórias, são Preços Públicos (como pelas últimas decisões e súmulas do STJ) ou são Contratos Coativos?”

⁷ Aqui discordamos do Mestre pois nos Contratos de Adesão ainda existe a pequena liberdade de se aderir ou não ao contrato (Código de Defesa do Consumidor, art. 54), liberdade que apesar de mínima, não vemos nos Contratos Coativos.

⁸ BERLIRI, Antonio. *Principi di diritto tributario*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1967. v.1.

⁹ OLIVEIRA (2008:168).

Assim sendo, concluímos que os serviços de água e esgoto realmente não são Tributos (Taxas). São Contratos Coativos e, sendo assim, são cobrados mediante Tarifa ou Preço como em últimas decisões do STJ. Misturam sim conceitos de Direito Privado – afinal são contratos de prestação de serviços – com conceitos de Direito Público – sendo cobrados por Tarifas e obrigatórios na maioria dos casos. São exemplos vivos da interpenetração dos ramos tradicionais do Direito Civil X Direito Público.

E como resolver a questão da autonomia da vontade afeta aos contratos versus compulsoriedade atinente aos tributos?

Os contratos na tradicional roupagem, e mesmo na sua conceituação como Negócios Jurídicos, nascem da Liberdade de Contratar e têm como princípio primeiro a Autonomia da Vontade. Contratamos com quem, o que, e por quanto quisermos, sem interferência externa (Princípio da Relatividade) e contando com segurança da Força Obrigatória do avençado - *pacta sunt servanda*.

No entanto, este tipo de contrato livremente absoluto e sem interferência externa sofre inúmeras mudanças no decorrer do século XX e agora no século XXI. Isto porque, com a contratação em massa, de adesão¹⁰, internet, globalização etc, a Liberdade, a Relatividade e a Força Obrigatória dos contratos clássicos recebe a companhia dos novos princípios da Boa-fé (e Boa-fé Objetiva) e da Função Social.

A clássica doutrina que entende o contrato apenas oriundo da vontade deve e vem sendo ser revista.

Os contratos hoje são em sua maioria impostos pela necessidade em sua efetivação (como seguros de carro, bancos, cartões de crédito etc) que não podemos prescindir numa vida normal de Homem Médio¹¹, e mesmo impostos legalmente como o Seguro Obrigatório DPVAT e os Contratos Coativos que são objeto desse estudo. Sem se falar ainda na questão subjetiva, interna e psicanalítica dos sujeitos afetados pelo poder do marketing que nos obriga a consumir e contratar como levantado por Renata Barbosa Almeida, César Fiuza e Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2010:332).

Dessa maneira, existem sim os Contratos Coativos. Existem sim os Contratos que não surgem da vontade livre e nos são obrigatórios. Daí a própria necessidade que fez surgir os princípios da Boa-fé e Função Social que permitem a Intervenção do Estado ou Dirigismo Contratual às relações privadas.

Em suma, esperamos concluir com estas linhas dando uma definição sobre a natureza jurídica de tais contas e outros serviços similares realmente como Contratos Coativos que são cobrados, portanto, através de Tarifas.

São novos tipos de contratos que nos são “impostos”, que demandam cobrança via Preço ou Tarifa, como dito, e que não possuem todas regras pertinentes para serem definidos como Tributos. Afinal, são serviços realizados na maioria das vezes por pessoas jurídicas de

¹⁰ Art. 54 CDC (8.078/90) - Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

¹¹ Homem Médio é o autor principal da Boa-fé Objetiva. É aquele que o juiz toma como paradigma para decidir as controvérsias contratuais observando-se um Padrão de Conduta Comum.

direito privado, prestadoras de serviço público e que prestam serviços em contrapartida direta a um preço.

Daí que o mais importante nesse conceito que procuramos definir, é prestar atenção que como Contratos Coativos que são, a vontade do contratante é mínima (ou nenhuma) pelo que o Código de Defesa do Consumidor - com todas suas regras como inversão do ônus da prova (art.6), proteção contra cláusulas abusivas (art. 51), interpretação favorável ao aderente (art. 47 e mesmo 423 do Código Civil), responsabilidade objetiva (Código Civil art. 927, parágrafo único) etc. etc. etc. – deve ser aplicadíssimo a estas relações, bem como todos efeitos que a Boa-fé Objetiva, Deveres Anexos e a Função Social trazem na esteira da Constitucionalização do Direito Civil!

Se o contratante/consumidor não teve a liberdade para discutir e mesmo recusar a contratação, que tais contratos sejam claros, transparentes e sempre fiscalizados pelas pessoas competentes como o Ministério Público, Procons, Associações de Classe etc. Quem aufere o ônus de contratar fugindo das rígidas normas de Direito Tributário (Anterioridade por exemplo), que assumo o ônus da proteção ao consumidor e hipossuficiente como acima citado!

Louva-se, portanto, o Direito na socialização, promoção e funcionalidade de efetivamente realizar a concretização dos objetivos sociais e da pessoa humana, ajustados à filosofia político-constitucional e consolida avanços normativos e teóricos que, se bem compreendidos e aplicados pelos operadores jurídicos, farão realidade referidas metas, valendo destacar, no art. 3º, I, CF/88, a finalidade de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.
- ALMEIDA, Renata Barbosa; FIUZA, César; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Princípio da autonomia privada: para uma visão psicanalítica do fenômeno contratual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Direito civil: atualidades III*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BERLIRI, Antonio. *Principi di diritto tributario*. 2.ed. Milano: Giuffré, 1967. v.1
- CHAVES, Ricardo Lebourg dos Reis. *Direito civil constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Atualizar, 2010.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 14.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GODOI, Marciano Seabra de; OLIVEIRA, Pablo Henrique de. *Empréstimo compulsório: sistema tributário nacional na jurisprudência do STF*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1

MACEDO, Humberto Gomes. As cláusulas gerais do Código Civil e seu papel na nova hermenêutica civil-constitucional. In: MACEDO, Humberto Gomes(Org.). *A efetivação do direito civil-constitucional*. Curitiba: Bio Ed., 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2.ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 701 p.

RESENDE, Flávia Vieira de. A ética como origem e fim do direito. Belo Horizonte, *Revista Meritum: revista de direito da FCH/FUMEC*, Belo Horizonte, v. 3, p. 333-351, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei 10.211/01*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

O PROCESSO NA HISTÓRIA: entre interesse público e interesse privado*

JOANA FARIA SALOMÉ**

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O embate entre interesse público e privado na história e no processo. 2.1 Sociedades arcaicas. 2.2 Grécia antiga. 2.3 Império romano. 2.4 Idade média. 2.5 Absolutismo. 3. O liberalismo e a prevalência do interesse privado: o processo acima da jurisdição. 4. O império do direito tomba sobre o Estado liberal. 5. O Estado social e o desenvolvimento do processualismo científico. 6. Perspectivas da democracia. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Expressões de conteúdo aberto ocupam posição controversa no Direito. Por vezes atribui à norma caráter ético, representando um resgate de valores que a sociedade deixou se esvaír. Também cria uma ponte entre a facticidade e a validade, tomando por empréstimo a terminologia de Habermas, permitindo ao Direito adaptar-se à dinâmica cada vez mais veloz da realidade dos fatos. Deixa em aberto ao homem a incansável busca pela Justiça, impedindo que o Direito se tranque em um positivismo que aprisione mais do que liberte. Mas também é instrumento do exercício do poder, elemento de indeterminação que por vezes viabiliza que a norma seja interpretada com abuso, em favor de poucos e em detrimento de muitos, voltando-se contra seus próprios criadores: o povo. São de duas expressões desta natureza, que ora se unem e ora se cindem, de que nos ocuparemos nesse breve ensaio: interesse público e interesse privado.

Se por longo tempo absorveu-se a premissa da prevalência dos interesses públicos sobre os particulares como verdade regente incontestável do ordenamento jurídico, atualmente a questão é centro do debate acadêmico, buscando novos contornos à luz do paradigma democrático. Por detrás da pretensão de racionalidade e clarividência do abstrato binômio interesse público e privado, esconde-se uma complicada trama social, em que nem sempre é possível estabelecer com precisão em que diferem tais interesses, nem quais efeitos são desencadeados a partir de sua classificação em situações concretas. Entretanto, insiste-se em que a questão não abrigue maior complexidade, passando a ser posta de forma simples: ou o interesse é público e merecedor de uma posição superior na estruturação hierárquica do Direito ou é privado, e deve se render a interesses públicos que porventura se lhe oponham.

*Monografia apresentada ao Curso de Doutorado em Direito e Justiça na Faculdade de Direito da UFMG.

**Procuradora do Estado de Minas Gerais.

Com a evolução social o problema torna-se cada vez mais complexo, e a solução binária oferecida pelo Direito, cada vez menos satisfatória. Esta definição pressuposta e apriorística do interesse público e do privado é reconfortante para o Direito, que subitamente livra-se de possíveis antinomias no âmbito do juízo de aplicação, figurando antes como instrumento da lógica jurídica. A realidade, entretanto, cobra uma reformulação do problema, sobretudo em virtude da tênue linha divisória entre o interesse coletivamente compartilhado e o arbítrio estatal.

O embate entre interesse público e privado, por sua vez, encontra sustentação em praticamente qualquer tema jurídico que se aborde, tornando-se necessário um corte epistemológico para seu desenvolvimento. Portanto, procuraremos estudá-lo a partir de uma perspectiva histórica da evolução da sociedade, analisando seus reflexos na figura do processo ao longo das mudanças de paradigmas às quais o Estado teve que se adaptar. Justifica-se a escolha do processo partindo-se da hipótese de que se trata de um espelho social, apresentando-se como índice de democracia, do grau de litigiosidade em uma dada sociedade, de sua capacidade de solucionar pacificamente os conflitos que emergem em seu interior. Portanto, é elemento que demonstra o estágio em que se encontra a associação/dissociação entre interesse público e privado. Acrescente-se, ainda, que, externamente considerado, o processo é pivô mesmo de um dos grandes embates que se travam entre o interesse público e o privado, fornecendo elementos para a proposição de uma reformulação conceitual.

2. O EMBATE ENTRE INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO NA HISTÓRIA E NO PROCESSO

Antes de se passar à análise das raízes da distinção entre interesse público e privado, deve-se ressaltar que o alcance do que fosse público ou privado modificou-se ao longo da história. Conservou-se, apenas, um vínculo original do privado com a individualidade e do público com a coletividade, muito embora não mais se traduzam, em nossos dias, como sinônimos necessários. Ademais, deve-se ter o cuidado de não tratar historicamente do tema tomando-se por base concepções que hoje explicam a dicotomia, pois é precisamente na evolução da dinâmica entre público e privado ao longo do tempo que reside sua capacidade de esclarecimento do movimento seguido pelo Direito e pelo Processo. Não é demais frisar, interesse público e privado não são expressões puras, pois em Direito só é puro aquilo cujo vazio indevassável não se abre a questionamentos, como valiosamente nos ensinou em sala de aula o Professor ROSEMIRO LEAL. Interesse público e privado não são senão fonte dos maiores questionamentos que o Direito nos tem colocado nos dias atuais.

2.1 SOCIEDADES ARCAICAS

Interesse público e privado se deparam com um problema fundamental de gênese. Haveria sentido em qualquer um deles se o homem vivesse solitariamente, em estado natural? Por óbvio que não, pois as expressões redundariam em vazio. A cisão lógica entre público e privado

pressupõe oposição em harmonia. E esta oposição somente pode partir de outro indivíduo ou de um grupo deles, sendo pressuposto para tanto a convivência entre os homens. Não sem razão HABERMAS defende a co-originalidade da autonomia pública e privada:

"Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se". (2003: 147)

Portanto, apesar de não ser possível apontar com precisão o início histórico da percepção desse dualismo pelo homem, é certo que suas raízes se encontram já nos primórdios de sua organização em grupos, pressuposto lógico para o surgimento e identificação do binômio. Embora seja senso comum em antropologia a afirmação de que em sociedades arcaicas a integração do indivíduo em um clã implicava a quase dissolução de sua personalidade no coletivo, o que se apresentaria como mecanismo de defesa que o privava de uma ambiente psíquico complexo permitindo-lhe a rápida identificação dos perigos que o cercavam, hoje a concepção vem mudando. A crítica é ironicamente tecida por MALINOWSKI:

"O selvagem – diz o veredito hodierno de competentes antropólogos – tem uma profunda reverência pela tradição e pelo costume, numa submissão automática às suas ordens. Ele obedece a elas ‘servil, ‘involuntária’ e ‘espontaneamente’, por ‘inércia mental’, associada ao temor da opinião pública ou de castigo sobrenatural; ou por meio de um ‘penetrante sentimento de grupo’ quando não ‘instinto de grupo’". (2003: 15)

Sabe-se, entretanto, que os membros de um clã possuíam plena capacidade de orientar-se individualmente, e que isso somente não acontecia devido a uma organização de tarefas rudimentarmente simples, rígida e, portanto, interligada. Não era dado ao indivíduo manifestar traços de personalidade divergente do grupo, sob pena de, quebrando a cadeia de ajuda mútua, ser deixado à mercê de sua própria existência. É que a divisão de tarefas era absolutamente pessoal; a falta de um único indivíduo poderia colocar em risco a organização do grupo inteiro, sendo preferível sua exclusão à iminência de ruptura. Exclusão esta que por vezes conduzia ao suicídio, indicando um risco elevado demais para a manifestação de interesses particulares. À desconstrução de MALINOWSKI, segue-se sua nova concepção, a partir das conclusões de um estudo de campo por ele realizado em torno dos habitantes do arquipélago de Trobriands, a nordeste da Nova Guiné:

"A unidade do clã é uma ficção legal pelo fato de exigir – em toda a doutrina nativa, isto é, em todas as suas declarações públicas, em todas as suas expressões, ditados, regras claras e modelos de conduta – uma absoluta subordinação de todos os outros interesses e laços às exigências de solidariedade do clã, enquanto, de fato, essa solidariedade está quase sempre eivada de pecados e praticamente inexistente na rotina da vida cotidiana." (2003: 91)

Não seria demais, portanto, afirmar que, na origem, não havia lugar senão para o interesse público, da coletividade, que se assentou sobre uma necessidade biológica de sobrevivência. Os interesses particulares, por sua vez, já existiam no íntimo do psíquico humano, mas a tragédia de sua manifestação recalcou-os por longo período, somente vindo a emergir mais tarde, quando uma organização social menos rudimentar o permitiu.

2.2 GRÉCIA ANTIGA

Das sociedades arcaicas para as culturas antigas, cuja evolução atribuiu maior complexidade à teia social e conseqüente divisão de tarefas, chegamos à Grécia. Sabe-se que as polis gregas comportavam relativa autonomia, baseando-se na agricultura, na mão de obra escrava e no sistema de troca, auto-suficiência que Aristóteles chegou a equiparar à própria felicidade (2008: 26). Não sem razão. Verificava o filósofo, na perfeição orgânica das cidades gregas, que a harmonia e a Justiça somente seriam possíveis no âmbito da coletividade, permitindo ao homem a integração com o macrocosmos. O interesse público, portanto, sobressaía, o que é confirmado por WAEGER ao afirmar que, na mitologia grega, *"Hesíodo estabelece un nexo entre cualesquiera injusticia y el bienestar de la sociedad humana como tal, pues muchas veces – dice - toda una ciudad se resiente de los desafueros de uno solo."* (1953: 24).

Nas fases mais remotas, a administração da Justiça, fundida à religião e predominantemente oral, encontrava-se nas mãos dos reis e baseava-se nos costumes (WAEGER, 1953: 18-9). Não se podia conceber, ainda, processo, procedimento ou ação. Havia, simplesmente, jurisdição. O interesse público era ainda o centro da sociedade, não sem contudo deixar evoluir consideravelmente o aspecto particular dos interesses. Ilustra bem a hipótese o fato de que a sociedade grega já comportava o trabalho escravo, submissão essa que impedia que seus aristocratas tivessem que despender esforços nos trabalhos braçais. Embora a importância do ócio fosse elevada a interesse público, e mesmo por ele justificada, nem todos podiam dele se beneficiar. Não seria demais supor, portanto, haver interesses particulares manifestando-se e perpetuando a situação. WAEGER já observava uma mudança na perspectiva grega sobre a Justiça, ao apontar que:

"La ley misma comenzó ahora a presentarse bajo una luz equívoca. No era más que la expresión del interés de los más fuertes, que de toda evidencia imponían su voluntad a los débiles (...) La ley parece así convertirse em una simple función del poder." (1953: 62)

E ainda, referindo-se aos escritos de Sólon:

"En lo que parece ser uno de los primeros testimonios de su pensamiento, la elegia política Nuestra Ciudad, anterior a su actividade como arconte (594 a.C.), explica el desasosiego social de entonces y las perturbaciones que quebrantaban la paz interna de la comunidad por la violación de la justicia en que incurrieran los jefes políticos, más atentos a su personal provecho que a la consideración del bien común ." (1953: 29)

Percebe-se, portanto, que junto com a evolução da política grega os interesses particulares começavam a manifestar-se, por vezes voltando-se contra os públicos, mas somente em uma fase mais avançada da organização grega antiga. O próprio relato, na mitologia grega, de disputas envolvendo parentes, já indicava ser situação presente naquela sociedade, algo que somente poderia aflorar a partir de interesses particulares divergentes. A divisão de tarefas na cidade não era mais tão rígida como nas sociedades arcaicas, permitindo ao indivíduo afirmar-se para além do grupo, orientando-se, ainda que cercado de limitações, por interesses próprios, apesar de necessariamente interligados ao interesse geral de êxito das Cidades.

2.3 IMPÉRIO ROMANO

A cisão que ocorre em Roma entre Direito e Processo é de fundamental importância para a análise ora realizada, merecendo algumas considerações. A sociedade romana, nos primórdios de seu primeiro período político, a realeza, ainda não havia desenvolvido nada semelhante ao processo. Ainda muito vinculados aos fundamentos das sociedades arcaicas, a solução de conflitos internos ocorria mediante o uso não regulamentado da força, por vezes com apelo a entidades sagradas. É que, apesar de comportar um maior grau de divisão de tarefas, o vínculo de solidariedade entre os membros da sociedade romana era ainda demasiadamente forte para comportar a individualização que seria anunciada pelo processo. Deve-se sublinhar que fazia parte do espírito romano a adoração quase religiosa do coletivo, o que foi a sustentação da grandeza atingida por Roma. Segundo COULANGES:

"O homem nada tinha de independente. O seu corpo pertencia ao Estado e era destinado à sua defesa; em Roma o serviço militar era obrigatório até os quarenta e seis anos, e em Atenas e Esparta, por toda a vida. Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado; se a cidade precisasse de dinheiro, podia ordenar às mulheres que lhe entregassem suas jóias, aos credores, que abrissem mão de seus créditos, e aos proprietários de oliveiras, que lhe cedessem gratuitamente o azeite que tinham fabricado. A vida privada não escapava à tamanha onipotência do Estado." (2003: 248)

E prossegue:

"É portanto erro singular, entre todos os erros humanos, acreditar que nas cidades antigas o homem gozava de liberdade, pois não tinha sequer idéia do que fosse isso. Ele não julgava possível que houvessem direitos em face da cidade e de seus deuses." (2003: 252)

Veja-se que, muito embora não se pudesse considerar ainda a oposição entre interesse público e privado, os romanos já ressentiam da necessidade de regulamentar os conflitos entre interesses individuais que se opunham. Guardadas as proporções e o contexto da época que, como se viu, não dava aso à liberdade individual, pois o sujeito nascia e morria para o Estado, entre si os interesses certamente divergiam. E se nos primórdios não era dado aos romanos externar suas rivalidades, à medida que a cidade evoluiu e comportou um maior grau de complexidade, os conflitos passaram a ter espaço para emergir, pois não mais implicavam em riscos consideráveis à organização social. Se tais conflitos eram inicialmente solucionados pelo uso não regulamentado da força, já em meados da República registra-se o aparecimento das *legis actiones*. Esse processo era, inicialmente, ritualizado (herança até hoje identificada em nossos "ritos" processuais), pois não se concebia outra maneira de legitimar os atos praticados senão com a invocação da proteção divina. Uma decisão favorável ligava-se muito antes ao seguimento solene de gestos e frases (verdadeiro procedimento) do que propriamente à razão, como esclarece CRETELLA JÚNIOR:

"Uma troca de palavras pode significar a perda do processo e, sob este aspecto, o juriconsulto Gaio conta a história dum processo em que um dos litigantes foi prejudicado porque empregou a palavra vites, videiras, ao invés da palavra arbores, como ordenava a lei, muito embora se tratasse de videiras, especificamente." (2000: 293)

O processo também era mantido em âmbito particular, sendo organizado por árbitros escolhidos pelos litigantes, pois não se concebia que a cidade, voltada para propósitos maiores de conquista, despendesse energia em questões internas. Os alicerces do direito privado romano

foram traçados na mesma fase, indicando que o surgimento do processo atrelou-se, originariamente, aos interesses privados. Será entre 170 e 220 d.C que o jurista Ulpiano reconhecerá a distinção entre direito público e direito privado, com base em critério teleológico, conforme ensinamentos de CRETELLA JÚNIOR:

"Preocuparam-se também os romanos em dividir o direito, mostrando, na classificação dicotômica de Ulpiano, reproduzida por Justiniano, que o estudo deste compreende dois ramos principais: o público e o privado, sendo o primeiro o que tem por finalidade a organização da república romana e o segundo o que diz respeito ao interesse dos particulares..." (2000: 18)

Observe-se que a deficiência dos romanos no que tange à criação abstrata de conceitos indica que a divisão a que se procedeu entre público e privado só pode ter decorrido de uma necessidade prática. A unidade romana era de tal modo preponderante, que se tornou primordial a delimitação da esfera de aplicação do direito privado, conferindo-se à cidade paz e coesão internas.

Ocorre que o excessivo formalismo das *legis actiones* por vezes soterrava o anseio de justiça, deixando de cumprir seu primordial objetivo: a pacificação das relações entre os membros da sociedade romana. Talvez também por influência do pensamento grego acerca da justiça, diretamente ligada à harmonia da cidade, tenha o Estado romano optado por assumir a administração do processo, o que só poderia ter se dado por se ter visualizado um interesse público em dirimir litígios. A coesão interna em Roma era de grande relevância para seus projetos de expansão.

Foi precisamente no início do Alto Império que iniciou-se a segunda fase processual: a fase formular. Os pretores romanos, funcionários encarregados de distribuir a justiça, criavam seus próprios ritos processuais, que eram oferecidos aos litigantes para aceitação ou rejeição. O pretor vinculava-se à fórmula que prescrevia, mas o rigor formal de outrora fora relativizado para permitir o julgamento por equidade. Pode-se afirmar ter sido a fase gloriosa do processo civil romano, por ter representado a junção do interesse público e do privado em um novo instituto jurídico.

Aproximadamente três séculos depois, no Baixo Império Romano, é que a harmonia desmoronou. O exército se corrompia, os poderes se concentravam na figura do Imperador, e o interesse público de expansão foi tornado artificial, pois não mais encontrava sustentação no espírito coletivo. A *cognitio extra ordinem*, terceira e última fase do processo em Roma, foi, como todas as demais, um espelho da sociedade romana. Tratou-se de um sistema em que preponderava o poder julgador do Imperador, que somente o delegava aos magistrados. A estrutura da Justiça era hierarquizada e o processo deixava de ser gratuito. O interesse público havia se perdido; a estrutura servia aos interesses imperiais, resguardados acima de todos os outros sob o manto do interesse público. Restavam, ainda, interesses particulares colidentes, que o processo civil encarregava-se de dirimir, em nome do Imperador, não mais do Império.

O surgimento do processo, mesmo em seus moldes rudimentares e religiosos, representou para a história o início de um movimento de valorização da individualidade, que em Roma permanecia em uma esfera quase que por completo isolada da pública, a qual residia em outro patamar. A ruptura dessa barreira entre o público e o privado seria mais tarde relatada por Montesquieu como uma das causas da decadência dos romanos, cujo espírito fora amolecido pelo luxo e pelo ócio, derrubando o vínculo de solidariedade coletiva.

2.4 IDADE MÉDIA

Com o declínio do Império Romano do Ocidente e a ocupação bárbara, associada ao cristianismo que fundava o Império Bizantino no Oriente, a tradicional estima pelo interesse público desfez-se. Deu-se início à fase mais obscura e desagregadora da história ocidental, a Idade Média, que absorvia das formas mais distorcidas as conquistas humanísticas do cristianismo. Exercia-se poder descentralizadamente e em limites territoriais restritos, dividido entre o clero de origem romana e a monarquia de alguma facção bárbara, sem que houvesse mais um núcleo de debate público. O cenário que então emergia era de uma grande variedade de ordenamentos jurídicos, peculiares a cada um dos diversos povos bárbaros que estabeleciam-se na Europa e norte da África. Ordenamentos aos quais se agregavam as grandes compilações do Direito Romano, bem como os dogmas do cristianismo elevado no Império Bizantino, conforme nos esclarece LOSANO:

"Nesses escritos, os elementos romanos e germânicos mesclavam-se não apenas no conteúdo das normas, mas também na formulação linguística. Ainda que redigidas num latim vulgar, que em certa medida antecipava as futuras línguas nacionais, nem sempre eram compreendidas por quem devia usá-las... Criou-se assim um enorme corpus de normas germânicas, que conviviam com normas romanísticas segundo as características jurídicas de cada Estado." (2007: 41)

No início da Idade Média, portanto, é possível identificar a presença de três elementos distintos na construção do Direito: um de origem bárbara (oriundo da cultura jurídica de diversos povos, sobretudo os germânicos), um de origem romana ocidental e um de origem bizantina. Se a influência bárbara não era uniforme, variando de região para região conforme os povos que a ocupavam, as reminiscências do Direito Romano associavam-se a cada um dos ordenamentos medievais, atribuindo-lhes alguma uniformidade. A influência bizantina cristã, por sua vez, conferiu à era medieval uma nova dinâmica, sendo possível afirmar ter sido o elemento novo que permitiu a junção entre o Direito Romano e o Direito Bárbaro, dando ao sistema uma autonomia em relação à Antigüidade. Mais uma vez o Direito era reformulado para confundir-se com a religião, tal como nas sociedades primitivas, desfazendo-se a separação entre *jus* e *fas* que Roma havia iniciado.

A tendência de centralização do poder, verificada em Roma, já se havia dissipado, cedendo lugar a inúmeros focos de conflitos territoriais entre dinastias. Não se buscava mais a construção de um grande império unificado, e sim a afirmação do poder pelos diversos grupos familiares monárquicos através das conquistas dos territórios vizinhos. O interesse público era o interesse particular coletivamente partilhado pela aristocracia que se reunia em torno de um monarca. Os demais a ele se rendiam em troca da terra da qual se extraía a subsistência, em relação feudal ou, então, de vassalagem. Entretanto, das eras grega e romana sobrevivia a noção do interesse público como fonte de legitimação do poder. Esse papel coube justamente à Igreja, que extraiu seu poder de um interesse que, embora residente na esfera individual, só podia ser comum a toda a humanidade: a salvação das almas. NIEMEYER, nesse sentido, nos esclarece que:

"O interesse individual – a salvação da alma de cada pessoa – era em si mesmo o fundamento da ordem, embora em seus aspectos religiosos não tomasse conhecimento do governo, por assim dizer, e assim estabelecia uma relação direta, mas ‘não pública’, entre o homem e Deus. Dêsse modo, a perfeita ordenação da vida individual era o critério comum à esfera do interesse público, à esfera eclesiástica e à esfera privada. O designio total da salvação criou uma ordem que se sobrepunha às três esferas: inventou

normas morais para as atividades econômicas privadas, levava os governantes individuais a públicos atos de penitência pessoal e produziu fenômenos tão híbridos com a Inquisição, com seu misto de interesse pela ordem pública e de interesse pela salvação individual.” (1967: 16)

O processo convergia novamente para a religião, movimento que foi preponderante até o século XI. As provas eram produzidas por meio do juízo divino das ordálias, que submetiam o acusado a testes de resistência física para fins de condenação ou absolvição. Também era comum recorrer-se aos conjuradores os quais, segundo PRATA, “*eram pessoas que, sem conhecimento dos fatos e da causa, dispunham-se a sofrer as penalidades de um falso testemunho, caso o réu, seu amigo, fosse considerado culpado*” (1987: 83). Ao que parece, um dos grandes objetivos do processo era a manutenção da ordem pública e religiosa apresentando-se, com constância, como instrumento de coerção e de ameaça. Não assumia mais compromisso com a Justiça, a não ser com a Justiça divina que as ordálias quase sempre revelavam em desfavor dos acusados.

Seguiu-se o período judicialista, que teve início no século XII e estendeu-se até o final da Idade Média, representando uma reviravolta no obscurantismo medieval, justamente por revelar os rumos percorridos pelo Direito. Coincidiu com a fase em que as ordálias começaram a cair em desuso, embora tenham sido abolidas apenas no século XIII. Como se afirmou outrora, o poder apresentou-se de forma demasiadamente descentralizada, exercido em diversas porções territoriais limitadas pertencentes aos nobres ou à Igreja. Entretanto, os monarcas ressentiam-se da pouca influência que restava-lhes, dando início a uma tentativa de centralização do poder a partir da unificação jurídica, conforme esclarece PRATA:

"Para a História do Direito, o século XII ficou definitivamente marcado por um fenômeno que ocorreu nos principais países europeus, como França, Alemanha, Portugal e principalmente Itália, conhecido por 'Recepção do Direito Romano', ou simplesmente 'Recepção'... É preciso dizer que não se verificou um verdadeiro renascimento do direito romano, porque este, em verdade, nunca deixou de ser estudado. Foram os integrantes da Escola dos Glosadores, contudo, que reacenderam o entusiasmo dos juristas para estudarem, com profundidade, os mestres do direito romano, principalmente através do '*Corpus Juris Civiles*'." (1987: 97)

O resgate do Direito Romano foi de grande valia para a evolução do processo, que passou a ser estudado de forma sistematizada, para permitir o aperfeiçoamento e uniformização dos institutos jurídicos germânicos. O meio milênio da fase judicialista cindiu-se em três períodos fundamentais: o período dos Glosadores até 1270, o período dos Pós-Glosadores até 1400 e o período da *Culta Jurisprudência* até aproximadamente 1550. Em síntese, preocuparam-se os Glosadores em resgatar o Direito e o Processo Romano, os Pós-Glosadores em fundi-los ao Direito Germânico e Canônico, conferindo-lhe aplicabilidade prática e a *Culta Jurisprudência* em criticar a releitura, por entendê-la inadequada e distorcida, passando-se aos estudos de cunho eminentemente histórico e contextualizado em sua origem o que, em última análise, permitiu que o Direito Germânico adquirisse autonomia para seu aperfeiçoamento, muito embora fortemente influenciado pelo Direito Romano. Várias Escolas surgiram durante cada período, identificadas pelas diferentes linhas de estudos que desenvolviam.

Como se sabe, a contribuição legada pelos romanos foi quase que exclusivamente no âmbito do Direito Privado. Não se quis nem se pôde sistematizar um Direito Público, possivelmente por estarem os romanos ligados demais ao seu Estado, impedindo seus jurisconsultos de visualizá-lo criticamente. Por outro lado, esse movimento centralizador lançado

pelos monarcas nos últimos séculos da Idade Média foi determinante para o desenvolvimento de um Direito Público propriamente dito, tendo sido decisivo o trabalho das grandes Escolas que se formaram. Nesse sentido, LOSANO observa que:

"Começa-se dessa forma a discutir em termos jurídicos as estruturas do Estado e o fundamento do poder que as cria, modifica e extingue: juntamente com o direito público, surge uma doutrina do Estado. A tendência publicista é ainda mais evidente no século XIV, quando a filologia dos Glosadores é superada pelo ainda cauteloso realismo dos Comentadores: com o já mencionado Bartolo de Sassoferrato (1313-1357) nasce também a Escola que lança as bases da teoria do Estado moderno. É nas obras desse período que se encontra o germe dos atuais direitos constitucional, administrativo e tributário." (2007: 74)

As Ciências Políticas são inauguradas por Maquiavel no início do século XVI em seu clássico "O príncipe", passando a desenvolver, a partir da verificação pragmática, o problema do ciclo de estabilidade e de caos sofrido e repetido pela sociedade, que somente poderia ser contido pelo exercício do poder político, o que culminaria na maior das formulações do Direito Público: o Estado moderno.

Em termos práticos, o processo continuou sob a administração da Igreja, mas foram estabelecidas práticas resgatadas do processo romano, como a forma escrita e a possibilidade de interposição de apelação. Ainda assim, a discricionariedade da Igreja era a tônica das decisões prolatadas. É que o processo iniciado na Idade Média atrelou-se à afirmação do poder público da Igreja sobre a vida privada dos indivíduos, cujo único ganho individual era a promessa de salvação da alma. A História voltava-se para o Direito Público, não ainda para o indivíduo, razão pela qual os interesses privados que não fossem os coletivamente compartilhados pela monarquia permaneceriam provisoriamente fora de foco.

2.5 ABSOLUTISMO

A tendência absolutista forneceu os meios para que o Direito Público se desenvolvesse e o Direito Público, em troca, forneceu as justificativas necessárias para que o absolutismo se firmasse. A contradição intrínseca do Direito Público era precisamente essa: seu nascimento atrelava-se muito mais aos interesses particulares dos monarcas, que buscavam a concentração de poderes, do que propriamente a um suposto interesse público de ver criado um Estado mantenedor da estabilidade social. Entretanto, não faltariam brilhantes teóricos para formular doutrinas que legitimavam a nova ordem como sendo expressão mesma de um interesse público maior, em nome do qual se deveria renunciar, inclusive, ao exercício da política por seu próprios destinatários, como ocorria na Grécia. É o que se extrai de HOBBS:

"... haverá alguém que concorde que se peça conselho a uma grande assembleia de conselheiros, que desejem ou aceitem ocupar-se com seus problemas, quando se tratar de casar seus filhos, de dispor de suas terras, de governar sua casa ou de administrar seu patrimônio privado, especialmente se houver entre eles alguns que não desejem sua prosperidade?" (1974: 163)

Inaugurando o início do absolutismo, também MAQUIAVEL tece conselhos políticos que sobrelevam o poder do monarca e atentam para a inconveniência das repúblicas:

"É que, em verdade, não há garantia de posse mais segura do que a ruína. Quem se torna senhor de uma cidade tradicionalmente livre e não a destrói será destruído por ela... Assim, para conservar uma república conquistada, o caminho mais seguro é destruí-la ou habitá-la pessoalmente" (1973: 27-8)

No campo do Direito, a forma escrita passa a substituir os costumes e uma nova fase marcará o processo, o período dos práticos, que se iniciou em 1563 e estendeu-se até 1806. Os práticos deveriam sustentar o absolutismo, não lhes sendo atribuída a prerrogativa de criticá-lo. Assumiram, dessa forma, a missão de nacionalizar o Direito e o processo, pois valorizar a cultura dos povos governados fortalecia e legitimava o poder do monarca. Foi um período em que o Direito e o processo eram tratados como arte e em que direito processual e direito material se confundiam, abandonando-se os estudos científicos e reduzindo-se a importância da influência romana.

Foi essa a Escola processual que primeiramente chegou ao Brasil, por importação dos portugueses ainda na fase do Império, tendo sido seus principais expoentes Joaquim Ignácio de Ramalho e José Antônio Pimenta Bueno, como nos informa PARÁ FILHO (1977: 122) e PRATA (1987: 149). Tratou-se de momento voltado para a produção nacional, tendo se iniciado tímida produção jurídica no Brasil. É comum a crítica de que os praxistas em geral não trouxeram maiores contribuições aos estudos do processo, por terem se preocupado mais com a prática do que com a teorização. Entretanto, PRATA nos esclarece, com muita propriedade, que foram precisamente eles os responsáveis por popularizar o acesso à Justiça:

"Quem poderá negar o caráter de popularização do direito, levando-o ao povo e a todos quantos desejassem conhecer a matéria até então conhecida apenas no pequeno círculo dos eleitos cultores da língua latina, uma vez passaram a escrever em língua vernácula? Aqui já está uma notável contribuição e um desenvolvimento extraordinário: o povo passou a estudar as normas jurídicas, porque os escritores resolveram retirá-las de seu pedestal inatingível e descê-las ao nível da compreensão de todos." (1987: 128)

A Igreja aderiu ao novo regime legitimando para a população o poder dos reis, que somente poderia ser oriundo de delegação divina, como sustentado por Bodin e Bossuet. Paralelamente, organizava-se uma nova classe, responsável pela produção das riquezas que sustentavam o Estado absoluto, composta por comerciantes e artesãos oriundos do povo. O processo, por sua vez, deslocava-se da Igreja para o Estado, cujo conceito os déspotas buscavam fortalecer. Não se cogitava ainda em contrapor interesses privados ao público, pois o sustentáculo da afirmação do poder dos monarcas e, por conseqüência, do desenvolvimento do Direito Público residia em sua prevalência sobre qualquer manifestação individual de vontade.

O processo absorvia, portanto, ora os conflitos entre interesses privados, que comumente emergiam do comércio, e eram solucionados pelo rei ou em seu nome, ora os conflitos travados com a Igreja, que mantinha sob sua jurisdição a apreciação e julgamento dos atos de heresia. Nesse sentido, foi marcante a retomada do Tribunal do Santo Ofício como uma das medidas adotadas na Contra-Reforma, movimento em que a Igreja buscou lutar contra as religiões protestantes que surgiam durante a Reforma, como uma alternativa burguesa às condenações ao lucro promovidas pelas pregações católicas. A idéia de Justiça, como demonstra HOBBS, passava a atrelar-se à observância da lei produzida pelo soberano:

"O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja conforme a esta, e nesse caso a sentença é uma sentença do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta." (1974: 168)

A Reforma protestante também foi decisiva para a reformulação do Direito e do Processo, impulsionando o paradigma racionalista, que marcaria os séculos seguintes, como esclarece SILVA:

"Temos de considerar, também, que a concepção de um direito racional foi a resposta do platonismo moderno contra a filosofia aristotélica que dominara na Idade Média. A eliminação da Retórica e sua substituição pelas certezas matemáticas, de que provém o dogmatismo jurídico de nossa formação universitária, é a consequência do racionalismo, no plano do direito processual civil, que nos interessa, em particular, examinar. (...)

Por outro lado, seria impossível compreender o Racionalismo sem considerar, dentre os grandes movimentos espirituais que marcaram a derrocada do mundo medieval e o surgimento da modernidade, pelo menos os dois mais importantes deles: o Renascimento e seu mais significativo produto cultural, o humanismo, e a Reforma Religiosa." (2006: 58)

O exaurimento do absolutismo ligou-se ao descontentamento da burguesia que o sustentava, politicamente excluída das decisões políticas que a afetavam, sobrecarregada com o excesso de tributação, perseguida pela Igreja que condenava suas atividades. Estando a produção de riqueza atrelada ao exercício do comércio na esfera privada, não se pôde mais conceber sua submissão aos interesses públicos unilateralmente fixados pelo monarca absoluto. Entretanto, a concepção de Estado era necessária para o êxito das atividades privadas, passando-se a propor reformulações acerca do exercício do poder público e sua organização. Propunha-se, ademais, a inclusão dos produtores de riqueza na fixação das diretrizes políticas. Na ciência política, Rousseau buscará legitimar contratualmente a existência do Estado, enquanto Montesquieu lançará as bases da tripartição de poderes, como forma de conter seu exercício arbitrário. Deflagrou-se, por fim, a Revolução Francesa, que simbolizou para toda a Europa a revolta contra a opressão absolutista, instaurando-se um novo paradigma.

3. O LIBERALISMO E A PREVALÊNCIA DO INTERESSE PRIVADO: O PROCESSO ACIMA DA JURISDIÇÃO

A formulação do Estado moderno durante o absolutismo redundou na supervalorização de um interesse público que serviu muito mais à justificação da nova ordem do que propriamente ao desenvolvimento e proteção de uma esfera comum de interesses. Não se pode negar, contudo, ter sido um período de grande contribuição em termos de organização social, tanto que forjou o Estado em moldes pouco alterados até os nossos dias em termos estruturais. Entretanto, o desequilíbrio causado pelo sufocamento dos interesses privados terminaria por instaurar, três séculos depois, um novo paradigma: o liberal. A transição para o liberalismo foi gradual, apesar de ter sido necessária uma grande ruptura para que se afirmasse. Muito embora grandes pensadores, desde Adam Smith e Locke até Voltaire, preparassem as bases do novo pensamento, foi com a Revolução Francesa, que irradiou seus efeitos por toda a Europa, que sua prática se estendeu para além das relações comerciais. Inaugurava-se a era do individualismo, do contratualismo, do procedimentalismo, da revanche dos interesses privados.

A idéia de contrato social de Rousseau foi eleita para a justificação da nova versão do Estado, cujas funções se esvaziaram. Suas atividades, mínimas, limitavam-se a assegurar o exercício pleno das atividades particulares, sobretudo as econômicas. Foi a fase de materialização

do primeiro grande lema da Revolução Francesa. O Estado, até então opressor, passou a ter sua legitimidade atrelada à garantia formal da liberdade, como modo de compensação do indivíduo pela renúncia ao seu estado natural. Materialmente, contudo, não assumia qualquer compromisso de fornecer-lhe os meios necessários para tanto, cabendo-lhe buscar por si oportunidades a partir da liberdade assegurada. São valiosas as reflexões de CAPELLETTI e GARTH acerca da questão no âmbito do processo:

“Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução de litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente, o direito forma do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção.” (CAPELLETTI, GARTH, 1988: 9)

O processo não escaparia mesmo da nova doutrina, e assumiria como função aquela relegada ao Estado neutralizado: a manutenção da paz social, ou seja, do meio propício ao desenvolvimento do capital. A justiça francesa, que no início dessa fase era composta por juízes eleitos, foi substituída por um corpo burocrático de juízes mantidos pelo Estado. A justiça não mais era exercida em nome do poder divino do rei, mas o governo se encarregaria de distribuí-la apenas formalmente, com a intenção evidente de manter o *status quo* das novas relações e arranjos econômicos que passavam a preponderar. Será no contexto político da tomada de poder por Napoleão que, a partir de 1806, se fundará a Escola Procedimentalista, como esclarece CASTILLO:

“El procedimentalismo es un producto fundamentalmente francés, aun cuando no lo sean algunos de sus más egregios representantes. Organización judicial, competencia y procedimiento agotan, por lo general, el contenido de las obras de este sector, y si bien su método expositivo supera con mucho al de los prácticos, no consiguen aún situarse al nivel de las otras ramas jurídicas. Com raras excepciones, el plan sigue muy de cerca la línea de las instituciones legales, y en su desarrollo, meramente descriptivo, subsisten zonas importantes impregnadas de concepciones iusmaterialistas (verbigracia: examen de la acción), mientras que faltan planteamientos teóricos acerca de las nociones esenciales, comenzando por la de procedimiento.” (CASTILLO, 1974: 303)

“O procedimentalismo é um produto fundamentalmente francês, se não for um de seus mais ilustres representantes. Organização judicial, competência e procedimento esgotam, em geral, o conteúdo das obras desta área, e embora seu método expositivo supere em muito o dos práticos, não conseguem ainda situar-se no mesmo nível de outros ramos jurídicos. Com raras exceções, o plano segue muito de perto a linha das instituições legais, e em seu desenvolvimento, meramente descritivo, subsistem zonas importante impregnadas de concepções jusmaterialistas (verbigracia: exame da ação), enquanto faltam fundamentos teóricos acerca de noções essenciais, começando pela de procedimento.” (CASTILLO, 1974: 303, tradução nossa)

A Escola Procedimentalista foi importante na medida em passou a estudar melhor os diversos procedimentos, buscando-se aperfeiçoar os meios probatórios pertinentes a cada espécie de direito cuja tutela se buscava. Embora não houvesse maiores preocupações em sistematizar o processo em geral, foi possível, a partir de então, a organização racionalizada da estrutura do Poder Judiciário. PRATA relata que, dentre as principais inovações do período, destacam-se a redução das formalidades processuais, a obrigatoriedade da fundamentação das sentenças e a abreviação dos prazos para apelação (1987: 157). Essa fase foi propícia para que Savigny,

constatando a preocupação em se especificar os procedimentos para a tutela de cada tipo de direito, criasse a teoria imanentista da ação, afirmando a indissociabilidade entre Direito e Processo. Deve-se pontuar que os estudos de Savigny voltavam-se para o direito privado, inserindo-se no contexto da Escola Histórica do Direito, o que revela que a separação entre Direito e Processo ainda não era nítida.

Aos juízes, demasiadamente atrelados a textos legais fechados e detalhistas, cabia apenas aplicá-los, sem maiores comprometimentos com a distribuição material da justiça. O objetivo do processo era o próprio processo, a afirmação formal da existência de um reduto da justiça. A jurisdição, como ato jurídico de resposta ao processo, exteriorizada pela vontade estatal (PAIXÃO JÚNIOR, 2002: 36), seria esvaziada de conteúdo, para se resumir à aplicação de um direito pormenorizado que não comportava interpretações. O dogmatismo ganhava impulso, como observou SILVA:

“O autoritarismo que se oculta sob o dogmatismo, foi sem dúvida o principal ingrediente na formação do Direito Processual Civil, como ciência formal e abstrata. Assim como as verdades matemáticas são absolutas, enquanto categorias intemporais, do mesmo modo pretendeu-se absolutizar as instituições processuais, desligando-as de seus compromissos históricos, o que as relativizaria, situação que o industrialismo nascente – com sua exigência de segurança jurídica – não poderia tolerar. A relação entre dogmatismo e autoritarismo, afinal entre direito formal e formas autoritárias de organização política, não pode ser esquecida.” (2006: 65-6)

A Escola Procedimentalista, que estendeu-se na Europa entre 1806 e 1869, chegou ao Brasil com algum atraso, sempre sob os auspícios da produção jurídica portuguesa, que tinha seus textos processuais adaptados às nossas peculiaridades. PARÁ FILHO explica que foi durante o Império, de 1850 a 1889, que a produção jurídica no âmbito do procedimentalismo foi marcante no Brasil, tendo o jurista Francisco de Paula Baptista sido o expoente da transição para o processualismo científico (1977: 125). A Consolidação Ribas, de 1871, foi o símbolo maior desse período processual no Brasil, conforme esclarece PAULA:

“Por força da lei 2.033, de 30/09/1871, artigo 29, § 14, ficou determinado a Antonio Joaquim Ribas a consolidação dos textos legislativos sobre direito processual, bem como do direito subsidiário, romano e consuetudinário. Essa síntese de textos normativos tornou-se obrigatória pela Resolução de Consulta, de 28/12/1876, a fim de uniformizar a praxis judiciária e banir do foro as corruptelas que nele se introduziram.

A Consolidação Ribas dividia-se em duas partes: a primeira, relativa à organização judiciária; e a segunda, à forma do processo. Na primeira parte, incluía-se os distritos jurisdicionais, alçada e atribuições dos juízos e tribunais, juízes de paz, juízes municipais, juízes de órfãos e provedores, juízes substitutos, juízes de direito, juízes dos Tribunais de justiça e do Supremo Tribunal de Justiça.” (2002: 238-9)

Verifica-se, assim, que, de fato, Direito e Processo não alcançavam separação clara, tanto que a Consolidação Ribas tratou, conjuntamente, de questões outras, como relatado no estudo acima. Também no Brasil tratou-se de questões processuais principalmente a partir de questões formais e de organização, não havendo, ainda, maiores preocupações no estudo sistematizado do processo. Aliás, todo o período que se seguiu à Revolução Francesa foi marcado pelo formalismo, que preparou o advento do dogmatismo jurídico. Basta verificar que, no âmbito do movimento constitucionalista, que se desencadeava, os direitos fundamentais hoje chamados de primeira dimensão surgiam como a afirmação meramente formal de liberdades em face do Estado, outrora tão pujante (embora não fosse exatamente esse o objetivo proclamado na

Revolução Francesa). O procedimentalismo foi essa mesma expressão da forma no âmbito dos estudos processuais, que ainda não contavam com autonomia enquanto ramo jurídico.

O jogo de forças entre interesse público e privado, que durante os séculos do absolutismo pendia para o público, seria revertido sob o paradigma liberal. A busca de equilíbrio implicaria a completa publicização do processo que, ainda assim, não passaria da reprodução dos interesses privados econômicos, que ocupavam o vácuo deixado pelo Estado. A redução do processo a uma mera seqüência de procedimentos formais seria a conseqüência da excessiva valorização do privado, que fomentaria a doutrina da desnecessidade do Estado. A justiça apenas se justificaria para, na área pública, prender os arruaceiros da ordem e impedir eventuais desmandos do Estado, na fase em que se conquistariam os direitos fundamentais de primeira geração. E, na esfera privada, para assegurar a vigência da autonomia da vontade, símbolo maior da tutela - negativa - desmedida dos interesses privados.

4. O IMPÉRIO DO DIREITO TOMBA SOBRE O ESTADO LIBERAL

O Estado de Direito foi o maior legado jurídico do pensamento liberal. Registra-se seu surgimento na Inglaterra de meados do século XVII, sob a forma do *rule of law*, que se desenvolveria nos países adeptos da *common law*. Nos sistemas romanísticos, por sua vez, foi a partir da Revolução Francesa, que consagrou formalmente o Estado Liberal, que a limitação do poder pelo direito passou a ser aceita e colocada em prática. Em termos processuais, tratou-se de mudança significativa, pois somente a partir de então pôde-se conceber que o Estado figurasse em um processo não apenas para dizer o Direito, mas para ser obrigado a respeitá-lo. A doutrina procedimentalista, contudo, não se esforçaria muito para explicar o fenômeno, preferindo ater-se a questões formais, evitando abordar questões desconfortáveis para o novo absolutismo do Estado napoleônico que logo sobreveio à Revolução.

Os tempos mudavam e, por isso, a necessidade de desenvolvimento e reconstrução do processo evidenciava-se. Ainda assim, o ostracismo nos estudos processuais na França acentuava-se e sua produção jurídica parecia repetir-se de modo quase auto-referencial. Os franceses, que exportaram para toda a Europa continental os estudos iniciados pela Escola Procedimentalista, cometeram o erro de fechar-se à importação dos ensinamentos produzidos em outros países, sobretudo a Alemanha, de acordo com CASTILLO:

“Un procesalista uruguayo de ascendencia francesa, Couture, advirtió hace ya una decena de anos en la producción jurídica de Francia ‘algo de local, de nacionalizado, de falta de distancia geográfica y de perspectiva universal’ acaso atribuible – hablo ahora por mi cuenta – a un mal entendido patriotismo científico, en virtud del cual los juristas francesas hayan querido sustraerse e incluso ignorar la doctrina extranjera, principalmente la alemana, en el preciso instante em que ésta alcanzaba su cenit y la suya atravesaba una crisis gravísima. En todo caso, los procesalistas franceses, aferrados a un procedimentalismo que hace tiempo agotó sus últimas posibilidades constructivas, parecen dispuestos a morir antes que a renovarse.” (CASTILLO, 1974: 307)

“Um processualista uruguaio de ascendência francesa, Couture, identificou já há uma década, na produção jurídica da França ‘algo de local, de nacionalizado, de falta de distanciamento e de perspectiva universal’ atribuída – agora digo por minha conta – a um distorcido patriotismo científico, em virtude do qual os juristas franceses tenham se

subtraído e inclusive ignorado a doutrina estrangeira, principalmente a alemã, no preciso momento em que esta alcançava seu auge e a sua atravessava uma crise gravíssima. De qualquer forma, os processualistas franceses, obstinados a um procedimentalismo que há tempo havia esgotado suas últimas possibilidades construtivas, pareciam dispostos a morrer à atualizar-se” (CASTILLO, 1974: 307, tradução nossa)

O resultado foi a decadência dos institutos processuais na França, cujos estudos não mais avançavam. Ademais, quando floresceu na Alemanha a Escola do Processualismo Científico, a partir de 1868, os franceses mantiveram-se excluídos, resistentes a reconhecer em outro Estado o berço de uma nova era dos estudos processuais, enquanto os italianos, espanhóis e estudiosos de outras nacionalidades (notadamente, húngaros e suíços) a acompanhavam e contribuíam ativamente para o seu crescimento.

Interessante observar, contudo, que tanto o Procedimentalismo quanto o Processualismo Científico que lhe sucedeu fincaram suas raízes sobre o dogmatismo jurídico. Mas foi a segunda Escola que testemunhou a sedimentação do Estado de Direito, como afirmação do liberalismo econômico e dos problemas por ele gerados, mais do que como limitação ao exercício do poder. Bülow inauguraria a nova fase dos estudos processuais, caracterizando o processo como uma relação jurídica que se desenvolveria sucessivamente. Nessa fase, Wach pontuaria o caráter público da jurisdição, e Plosz e Degenkolb sustentariam a autonomia da ação em face do direito material violado. O desprestigiado Estado assumiria em definitivo o encargo de administração da justiça, por cuja efetividade seria, em tese, responsável. Ao mesmo tempo, sujeito ao império do Direito, figuraria, não raras vezes, como parte no processo (contradição que a França solucionou mantendo o contencioso administrativo do *ancien régime*). A agregação do racionalismo mantenedor do status quo ante a esse dualismo entre Estado e processo teria por resultado o maior dos entraves ideológicos de que a ciência processual se encarregaria no século seguinte: a inefetividade do processo.

5. O ESTADO SOCIAL E O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSUALISMO CIENTÍFICO

O Estado Social foi a resposta para os intermináveis problemas sociais que o paradigma liberal fez emergir. A prevalência do interesse privado logo revelou o favorecimento da exclusão e da desigualdade, gerando miséria, descontentamento e as revoluções camponesas na Europa a partir de 1848. Como resultado, o mesmo Estado renegado pelos interesses privados teve que assumir o problema cuja resolução era interesse público. Entretanto, não pôde executar tal tarefa, que exigiria medidas drásticas, de curto e de longo prazo, sem que sua importância fosse resgatada. O financiamento dessas medidas deveria partir do capital, para o quê foi necessária a acentuação da presença do Estado nas atividades liberais. MAGALHÃES relata a evolução histórica do Estado Social:

“O Estado social começa a surgir com a 2ª revolução francesa de 1848 e a Constituição do mesmo ano, entretanto se afirma, apenas, com as Constituições do México de 1917, fruto da revolução mexicana, que se iniciou em 1910, e principalmente (pela maior influência no movimento constitucional naquele momento) com a Constituição de Weimar, 1919, Alemanha, fruto da revolução no mesmo ano.” (2002: 27)

BRANCO relembra a retomada da importância do Estado nos momentos de crise:

“O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais.” (2010: 267)

O paradigma liberal prosseguia, mas o Estado assumiria o encargo de corrigi-lo e ajustá-lo, viabilizando sua sustentabilidade e minorando as conseqüências sociais danosas às quais conduziria se não lhe fossem impostas limitações. A segunda expressão do visionário lema da Revolução Francesa - a igualdade – ganhou impulso nessa fase, quando começaram a ser estruturados os direitos trabalhistas e previdenciários. Foi nesse contexto que se deu o surgimento do Processualismo Científico, que acompanharia o movimento constitucionalista que se acentuava com a afirmação de um novo rol de direitos fundamentais, que viriam a ser denominados de segunda geração. O momento histórico favorecia a evolução do Direito que, estruturado sobre a dogmática, já encontrava, no plano formal, o arcabouço para o próximo passo: a busca de efetivação dos direitos materiais.

O Processualismo Científico despontou precisamente nesse período, quando pôde ser finalmente identificado sob o aspecto garantista, não mais como extensão do direito material violado. A simplificação e generalização dos procedimentos, não mais atrelados a cada direito material especificamente considerado, representou grande avanço nos estudos processuais. A igualdade processual sedimentou-se por meio do contraditório, que surgiu como um direito processual a parte, desvinculado de qualquer direito material. A prática forense não mais era valorizada, pois o que se buscava era o tratamento científico de um processo que se moldasse ao pensamento dogmático. A inserção do processo no âmbito do direito público acentuou a dicotomia público-privado, situando-o como uma relação jurídica (Bülow) de poder ou domínio (Kelsen), em que o Estado figura como sujeito passivo (Calamandrei) ou, desinteressadamente, apenas para coordenar as partes, assumindo o ônus de manutenção da paz social (Chiovenda).

Os desmandos do liberalismo, deve-se ressaltar, haviam sido fortes demais, culminando na primeira grande guerra mundial, reação maior contra a ameaça subversiva do socialismo russo. À reforma no continente Europeu opôs-se a revolução na Rússia, e o resultado foi a paralisação de ambas, para que a guerra tomasse o cenário. O fim da primeira guerra, que consignou a vitória do liberalismo, gerou instabilidade, mais miséria, o fortalecimento dos movimentos dos operários e o encampamento dos ideais socialistas por líderes totalitários.

O paradigma liberal retrocedia com o achatamento dos direitos de liberdade, o que gerou a perseguição política de alguns estudiosos do processo. Foi assim que Liebman chegou ao Brasil, trazendo os estudos que havia iniciado sob a supervisão de Chiovenda e dando início à Escola Paulista de Direito Processual. O Processualismo Científico no Brasil, entretanto, já havia sido iniciado por Francisco de Paula Baptista, como já asseverado pela doutrina de PARÁ FILHO:

“Porque imbuído dessas idéias, a que ligou o seu magistério, Paula Baptista enxergava, no processo, algo mais do que simples coletânea de usanças e de estilos, de praxes, ou fórmulas obedecidas no foro. Em vez dessa visão instrumental, e só instrumental, praxística, formularia, ou apegada ao desenho formal, nele viu interação de princípios científicos, de leis defluentes de toda uma dogmática. (...)

Paula Baptista marca o momento de transição do procedimentalismo à fase científica do direito processual civil, em nosso país, sem que isso inculque rigor formal de datas ou marcos históricos, mas significando, aproximadamente, como ele ter-se melhor fixado a sedimentação das idéias e a sua decantação filosófico-jurídica nesse campo tão sensível à evolução do direito e ao entrelaçamento dos interesses.” (1977: 128-9)

A fragilidade do Estado Social atrelou-se muito antes à desestabilização do liberalismo, e conseqüente oportunismo político, do que propriamente à inovação jurídica no plano social. Tanto que, após a Segunda Guerra Mundial, verificou-se na Europa seu resgate, dentro de um panorama político mais estável. Permitiu-se, assim, o prosseguimento sustentável do paradigma liberal, a que se contrapôs um Estado suficientemente regulador, que assumia em definitivo a administração da justiça.

6. PERSPECTIVAS DA DEMOCRACIA

O maior dos infortúnios do Estado Social foi ter sido sustentado, com alguma freqüência, por líderes de regimes autoritários, que apelavam para o populismo ao atribuir novos direitos à população, como forma de obter suporte político. Por menos geral que fosse essa regra, foi o suficiente para que o discurso liberal criticasse o modelo, associando-o à repressão política, sobretudo nos países periféricos. A bandeira da democracia seria empunhada, na Europa, conjuntamente com o Estado Social, daí a menção freqüente ao Estado Social e Democrático de Direito nas Constituições de vários daqueles países (apenas a título ilustrativo, Portugal). Nos países periféricos, contudo, o modelo seria forjado como ultrapassado, sendo substituído pelo Estado Democrático que, em relação ao Estado Social, manteria a elevada carga tributária, mas seria em parte aliviado dos encargos sociais. Ligado ou não ao Estado Social, o paradigma democrático iniciaria um movimento de afirmação pelo ocidente, transbordando o regime de governo para infiltrar-se no pensamento e suas manifestações.

O longo período de supremacia dos interesses privados começava a ser desmantelado, para ceder lugar a uma tentativa de harmonização da dicotomia. Teria início a criação de direitos fundamentais de terceira geração, para tutelar os chamados interesses difusos, que representariam a terceira expressão do lema da Revolução Francesa: a fraternidade. Passava-se a identificar direitos inerentes à coletividade, insuscetíveis de divisão, como o direito ao meio ambiente equilibrado, à segurança pública, à paz social. Enfim, direitos que transcenderiam a esfera privada, para serem abrangidos, por excelência e em razão de sua própria natureza, pelo interesse público.

Os estudos processuais voltar-se-iam para a busca de respostas para a inefetividade do processo, tão aguçada pelos contornos traçados pelo paradigma anterior. O movimento que se verificou a partir de então, no âmbito do Processualismo Científico, foi o de ampliação do acesso à justiça. A implementação de medidas nesse sentido, iniciadas a partir de 1965, seria classificada por CAPPELLETTI (1988: 31 e ss) em três ondas. Primeiro, a onda de criação de formas de assistência judiciária para os pobres, mas que ainda limitavam-se à defesa dos interesses individuais. Segundo, a onda de representação dos interesses difusos, que representou uma virada no tradicionalismo do processo civil, que visualizava o processo “apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais” (CAPPELLETTI, 1988: 49-50). A volatilidade dos

interesses difusos – de todos e de ninguém - seria combatida por meio da criação de órgãos, em regra mantidos pelo Estado, que assumiriam sua defesa. A terceira onda teria por objeto o enfoque do acesso à justiça, em busca de soluções transdisciplinares para problemas estruturais da Justiça, propondo alterações de base.

A crise de efetividade é, ainda hoje, um dos maiores problemas enfrentados pelo direito processual, que se depara com uma Justiça morosa, intimidante e impregnada de formalismo, como nos tempos das divindades evocadas pelos romanos para sacramentar o processo. A crise de acesso é ainda mais grave, pois encontra correspondência com a grande massa de excluídos gerados pela reverência ao capital. O processo deixa, assim, de tutelar interesses públicos e privados, cada vez mais tomado pela voragem burocrática, como observado por SILVA (2006: 314). Acontece que os novos tempos não mais nos deixam enxergar com naturalidade essas deficiências: o incômodo é o primeiro sinal de vida do paradigma democrático. Já se identifica o acesso à justiça como um direito fundamental em seu sentido mais material e público. Não basta mais apenas uma resposta, a resposta há de ser justa, pois com ela se afirma não apenas um interesse individual, mas o interesse público de uma justiça que gere democracia e que corrija injustiças.

7. CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, parece-nos importante frisar que o parâmetro para a distinção entre interesse público e privado sempre foi a coletividade, ou seja, é no âmbito público que a dualidade se faz presente, o que justifica que durante séculos se tenha sido valorizado o interesse público acima do privado. Com efeito, a convivência entre os homens é essencial para a distinção, pois se o homem se encontra sozinho, não há que se falar em interesse público ou privado, mas simplesmente em interesse. Portanto, embora co-originários, pois um sem o outro não nos apresenta sentido lógico, fato é que o berço da distinção reside, racionalmente, na pública convivência humana.

Por outro lado, parece-nos necessária uma maior reflexão acerca da conquista liberal do exercício da individualidade pela sociedade complexa, fundada na comunhão originária de um interesse particular compartilhado que, assim, se fez público: a sobrevivência. A dialética da história permitiu ao homem primariamente tolhido de seu estado natural exercitá-lo milênios depois, sob a égide do direito fundamental à liberdade, em grande parte limitado pela comunhão, mas precisamente por isto, em paz. Tratou-se, não há dúvidas, de um passo importante na evolução, mas que nem por isso deixou de gerar distorções e abusos. O uso excessivo da liberdade por alguns em detrimento de outros que, embora formalmente livres, encontram-se desprovidos de condições materiais para de fato exercê-la, é a face mais cruel que a valorização dos interesses privados nos apresentou.

O processo, em cada momento histórico, refletiu a dinâmica dos interesses, mas nem sempre passivamente. Como vimos, seu surgimento e estruturação na sociedade romana foi decorrência da necessidade de manifestação dos interesses privados, em um período em que o interesse público era preponderante. Portanto, apresentou-se como um elemento contrafactual, que permitiria, em algum grau, a mudança. Sendo, hoje, a jurisdição, em seu sentido material, o

centro da teoria geral do processo, não lhe basta mais apenas reproduzir o sistema, como constatado por PASSOS (2001:1-13). A jurisdição deve assumir a parcela que lhe cabe na dinâmica social, prestando-se a reconhecer a efetividade do direito que muda os fatos, que equilibra a dinâmica entre interesse público e privado, corrigindo distorções. Não basta uma sentença, a sentença deve ser justa, e a justiça não raro rompe as regras políticas do sistema.

Se o homem já vivenciou ambos os extremos, da supervalorização do público à supervalorização do privado, é possível que ainda não se tenha buscado identificar a resposta que nos tem dado o paradigma democrático: o efetivo equilíbrio dos interesses. E essa resposta passa pelo exercício das potencialidades individuais em prol da humanização dos semelhantes; passa pelo uso estratégico do interesse público em favor dos indivíduos que necessitarem, pois foi esse o motivo maior da reunião entre os homens; passa pela defesa coletiva dos sujeitos no processo e pelo abandono da defesa coletiva de interesses privados de grupos descompromissados pelo público; passa por defender com razoabilidade os interesses individualíssimos, pois à medida que eles avançam sobre os demais, é a mesma razão que distinguiu público e privado que nos informará que alguém perderá direitos em contrapartida. Enxergar-se no outro e enxergar-se em todos, no Direito, no processo e fora deles. Conceber o público e o privado em cooperação, sem que se refutem. Simplesmente.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nasseti. 4.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. 241p.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168p.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. *Estudios de teoria general e historia del proceso: 1945-1972*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974. v.2.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003. 421 p.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 348p.
- NIEMEYER, Gerhart. O interêsse público e o interêsse privado. In: FRIEDRICH, Carl J. (Ed.). *O interêsse público*. Tradução Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967. 256p.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.2
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria: forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Victor Civita, 1974. 423p.
- JAEGER, Werner. *Alabanza de la ley: los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*. Tradução A. Truyol y Serra. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953. 91p.

- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 676p.
- MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Tradução Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. 100p.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. v.2.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução Lívio Xavier. São Paulo: Victor Civita, 1973. 247p.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. 1.486p.
- MONTESQUIEU. *Considerações sobre a causa da grandeza dos romanos e da sua decadência*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1997. 386p.
- PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 388p.
- PARÁ FILHO, Tomás. O direito processual civil no império (1850-1889). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 11, p. 101-152, dez. 1977.
- PASSOS, Calmon de. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, p. 1-13, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 maio 2010.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual civil brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo*. Barueri: Manole, 2002. 372p.
- PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 334p.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 342p.

TUTELA ANTECIPADA E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO ESTADO DE DIREITO TRANSNACIONAL*

*“Ninguém duvida que o STF repeliria com veemência a previsão de uma decisão administrativa irrecurável ou de uma lei retirada de seu poder de controle de constitucionalidade, mas aceita, tranqüilo, sejam insuscetíveis de controle decisões tomadas por integrantes do Poder Judiciário. Toda irrecurabilidade configura uma inconstitucionalidade e institui um arbítrio sem limites. E o do Judiciário não repugna menos que o do Executivo ou do Legislativo.”***

LEONARDO OLIVEIRA SOARES***

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. Estado de direito transnacional.
3. Antecipação de tutela (generalização)
4. Princípio do duplo grau de jurisdição (status constitucional?)
5. Recurso como prolongamento do direito de ação.
6. A relação entre a obrigatoriedade constitucional de motivação das decisões judiciais e os conceitos indeterminados.
7. Impossibilidade de prisão do depositário infiel no Estado de direito transnacional.
8. Autorização para converter recurso de agravo no Estado de direito transnacional.
9. Observação final.
10. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

É tendência do Direito pátrio a positivação de restrições à recorribilidade de decisões judiciais. Nesse contexto legislativo, e a partir de recente decisão unânime do plenário do Supremo Tribunal Federal – STF (RE 466.343/SP), examina-se uma das facetas do princípio do duplo grau de jurisdição no chamado Estado de Direito Transnacional.

2. ESTADO DE DIREITO TRANSNACIONAL

Não se vai discorrer sobre as características de referido Estado. Segue, assim, definição, que atende plenamente ao desenvolvimento do tema:

* Artigo dedicado ao ilustre e incansável Procurador do Estado, Dr. Claudemiro de Jesus Ladeira. Originariamente publicado na Revista Acadêmica de Ciência Jurídicas da Fadipa, Faculdade de Direito de Ipatinga, v.1, n. 1, jan./jun. 2010.

**PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Meios de impugnação ao julgado civil*: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira.

*** Advogado Regional Adjunto do Estado em Ipatinga. Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-MG. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na FADIPA – Faculdade de Direito de Ipatinga.

Uma coisa é o Estado de Direito Constitucional regido pela Constituição de cada país, modelo de Estado de Direito esse que é criado e aplicado pelos legisladores e juízes respectivos. Outra bem distinta consiste em focar esse mesmo Estado de Direito sob a ótica internacional (ou regional ou comunitária ou, em síntese transnacional). Não são dois modelos excludentes, ao contrário, são complementares. No caso brasileiro, aliás, complementares e sucessivos (porque somente agora, no princípio do século XXI, é que se começa a prestar atenção no aspecto internacional do Estado de Direito constitucional.¹

Dito isso, apresentam-se outras tantas palavras sobre o instituto da antecipação de tutela.

3. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (GENERALIZAÇÃO)

Com a entrada em vigor da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, generalizou-se a possibilidade de antecipação de efeitos da tutela pretendida pelo autor. Diz-se que ocorreu generalização pelo fato de o instituto, já previsto em procedimentos especiais, v.g., mandado de segurança, haver sido inserido no procedimento padrão (ordinário), cujas normas são aplicadas subsidiariamente aos demais procedimentos (CPC, art. 272, parágrafo único).

Por meio da medida antecipatória, busca-se distribuir os ônus do tempo no curso do procedimento, outrora suportados exclusivamente pelo autor.²

Atualmente, o deferimento da medida fica condicionado ao preenchimento dos requisitos estatuídos nos artigos 273, 461 e 461-A do CPC, consoante a natureza da providência jurisdicional exigida. Em regra, a tutela será concedida (*rectius*: examinada) via decisão interlocutória (artigo 162, § 1º, do CPC), que, a seu turno, desafiará recurso de agravo (artigo 522 do CPC). Não fica excluída a concessão (*rectius*: apreciação) quando proferida a sentença, muito menos sua análise, em grau de recurso, após o encerramento do procedimento em 1º grau de jurisdição.

Ao presente artigo interessará, entretanto, a regra ora pontuada.

4. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO (STATUS CONSTITUCIONAL?)

Não se mostra de todo verdadeiro afirmar que a prestação jurisdicional apenas será concedida ao final do processo. Bem por isso, merece releitura o direito a reexame de pronunciamento, muitas vezes deferido sem oitiva da parte contrária, que antecipe satisfação.

Tanto isso é verdade que, em recente artigo, sustentou-se que o acórdão que houver reformado por maioria de votos decisão interlocutória que envolva a antecipação desafia recurso de embargos infringentes.³

¹ GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 47-48

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 21

³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Hipótese de cabimento dos embargos infringentes: a falta de clareza do sistema não pode prejudicar as partes. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 171, p. 25-26, maio 2010.

Examinado o requerimento de antecipação, duas indagações podem ser formuladas. A parte (autora ou ré) irá dispor de direito a recorrer da decisão? A Constituição da República vigente contempla o princípio do duplo grau de jurisdição? Em outra oportunidade, defendeu-se⁴, que o princípio em apreço encontra respaldo constitucional – inclusive quanto a decisões interlocutórias, ainda mais as que envolvam o mérito.

Admita-se, porém, que não se trata de garantia disposta na Lei Maior e que, portanto, poderia o legislador excluir de reapreciação esta ou aquela espécie de pronunciamento judicial. Ainda assim, é certo que há previsão legal de recurso das decisões interlocutórias (artigo 522 do CPC). Dessa maneira, sob o prisma constitucional ou não, faz jus o prejudicado ao duplo julgamento, futuro ou imediato, conforme se cuide de agravo retido ou por instrumento. De qualquer forma, resta assegurado o direito à reapreciação, útil, acrescente-se, da decisão.

5. RECURSO COMO PROLONGAMENTO DO DIREITO DE AÇÃO

A Constituição da República consagra a garantia de inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inc. XXXV). Com base nessa garantia, pode-se, em primeiro momento, conceber a ação como direito incondicionado de movimentar a jurisdição, a fim de que se examine afirmação de lesão ou de ameaça a direito.

Tendo em vista que o procedimento não se encerra em ato único, não parece improvável que a lesão ou ameaça cogitados desponhem de decisão que, no curso do procedimento, haja deferido ou indeferido a antecipação. Nessa perspectiva, a interposição de recurso configurará prolongamento do exercício do direito de ação.⁵ De fato, pois aquele que pleiteia determinada providência jurisdicional o faz desde quando ajuizada a ação até o encerramento do processo. Por outro lado, é fato também que a apreciação da medida satisfativa interessa a ambas as partes do processo. A respeito do caráter bilateral da ação, é oportuno citar lição de eminente jurista italiano⁶:

Configurada a ação como a seqüência das posições processuais que cabem à parte, ao longo do curso do processo, não é, pois, consentido considerar que tenha “ação”, somente a parte que promove o processo (assim, no processo civil, o autor: também tal limitação, afirmada ainda hoje, é consequência da originária união entre direito subjetivo e ação, pela qual tem ação, quem é (ou se afirma) titular de um direito lesado. A verdade é invés, que tem ação própria qualquer outra parte (como, ainda no processo civil, o réu, o interveniente): de fato cada parte tem uma série de poderes, faculdades e deveres, assinalados para realizar uma série de atos (dentre os quais, recorrer de decisão desfavorável), a sua participação no processo, ou seja o contraditório.

Se a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mostrar-se-á inconstitucional toda e qualquer restrição à recorribilidade? Por óbvio que não. Para que haja apreciação do pedido, devem estar presentes as chamadas condições da ação e os pressupostos processuais. Da mesma maneira, para o julgamento do mérito recursal, deve o recurso preencher requisitos, intrínsecos e extrínsecos, para ficar com conhecida e autorizada classificação doutrinária, sob pena de não ser conhecido.

⁴ SOARES, Leonardo Oliveira. Agravo de instrumento, execução fiscal e ações afins. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 4, n.1-2, jan./dez. 2007.

⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseler, 2006. p. 504.

⁶ *Ibidem*, p.505.

O que se discute é se a apreciação realizada por um órgão jurisdicional basta para atender à garantia da inafastabilidade. Por outras palavras: se a garantia não engloba proteção a situações jurídicas lesivas oriundas de decisões jurisdicionais, já que ao Poder Judiciário compete precisamente afastar (*rectius*: apreciar a alegação de) lesão ou ameaça a direito. Subjacente a essa colocação, encontra-se a tomada de posição quanto aos limites de atuação de cada um dos Poderes. É fora de dúvida que os atos dos Poderes Legislativo e Executivo não escapam do controle jurisdicional. Por que, então, afastar de controle os praticados pelo Poder Judiciário? Com o devido respeito, apenas a crença em suposta infalibilidade levará a essa diferenciação.

Caso o que até agora se expôs não seja decisivo para assegurar a imediata reapreciação de decisões interlocutórias de mérito, segue outro argumento, também de ordem constitucional.

6. A RELAÇÃO ENTRE A OBRIGATORIEDADE CONSTITUCIONAL DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E OS CONCEITOS INDETERMINADOS

Em seu artigo 93, inc. IX, estatuí a Magna Carta que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Por sua vez, a nulidade haverá de ser, antes de declarada, levada a conhecimento do órgão jurisdicional (o que proferiu a decisão ou instância superior) via recurso. Ao menos nesse caso, parece, pois, haver o texto constitucional assegurado o duplo exame da decisão. Frisa-se que a Lei Maior não distingue, para fins de fundamentação, a natureza do pronunciamento, como o faz o legislador infraconstitucional (artigos 165 e 459 do CPC).

Já se mencionou que o deferimento da medida antecipatória exige preenchimento de requisitos estatuídos no CPC. Sem que se pretenda examiná-los um a um, extrai-se da leitura dos artigos 273, 461 e 461-A, respectivamente, que os requisitos foram dispostos por meio de conceitos indeterminados a reclamar, caso a caso, detido exame. Para ficar com um exemplo, considere-se a presença de prova inequívoca que leve à verossimilhança das alegações do autor (nos dizeres de Barbosa Moreira, prova inequívoca é “aquela que apresenta sentido único”. A antecipação de tutela: algumas questões controvertidas, Temas de Direito Processual, nona série, p. 80). A esta altura, seria de perguntar-se: que relação há entre pronta recorribilidade, antecipação de tutela e exigência constitucional de fundamentação? Ao propósito, transcreve-se trecho de obra de insigne jurista brasileiro⁷:

Estamos todos acostumados, entretanto, neste nosso país que não cobra responsabilidade de ninguém, a certos modos de dizer de magistrados levianos que fundamentam seus julgados com expressões criminosas, como estas: “atendendo a quanto nos autos está fartamente provado”, “considerando a robusta prova dos autos”, “atendendo ao que disseram as testemunhas” e outras leviandades dessa natureza, que, se fôssemos apurar devidamente, seriam, antes de leviandades, demonstrações de flagrantes arbítrio e desprezo à exigência constitucional de fundamentação dos julgados, uma bofetada na cara dos cidadãos de faz-de-conta que somos quase todos nós. Espero que não sejam toleradas antecipações de tutela com fundamentações desse tipo, porquanto fundamentação não é qualquer pronunciamento genérico, impreciso, leviano, impertinente e falseador da verdade dos autos, sim uma prestação de contas devida pelo magistrado para ser legitimado.

⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.3, p. 39-40.

Admitida a intrínseca complexidade em se exteriorizarem ou materializarem conceitos indeterminados, chegar-se-á à conclusão de que a imediata reapreciação da decisão sobre a medida antecipatória é, sim, desdobramento da exigência constitucional de motivação das decisões. Quando nada, razões de ordem prática, expostas por eminentíssimo jurista, levam a tanto. A afirmação, apressa-se em dizer, nem de longe denota depreciação à nobre atividade de julgar. Até porque o recurso será apreciado pelo Poder Judiciário! Tão-só se enfatiza que a indeterminação própria aos conceitos de que se valeu o legislador ao positivar/generalizar a antecipação realça a importância do imediato reexame da decisão que os aprecie.

Pode-se mesmo dar passo adiante e concluir que a ampliação de poderes decisórios do órgão jurisdicional pede, na preservação de equilíbrio entre os sujeitos do processo, que se ampliem as possibilidades de controle das respectivas decisões.

7. IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL NO ESTADO DE DIREITO TRANSACIONAL

Em recente julgamento⁸, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, afastou o cabimento de prisão do depositário infiel.

É verdade que, para tanto, não conferiu status constitucional a tratados e convenções de direitos humanos de que o Brasil seja signatário, tal como ocorre em relação ao chamado Pacto de San José da Costa Rica, que lhe serviu de base para o julgamento. Caminhou, entretanto, no sentido de que aludidos diplomas legais, antes de adquirirem força normativa constitucional (artigo 5º, §3º da CF/1988), inserem-se no Direito pátrio qualificados como supralegais. Ou seja, hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional, sem que, contudo, equiparem-se a normas constitucionais. Para usar de conhecido ditado popular, pode dizer-se que a decisão estabeleceu: “nem tanto ao céu, nem tanto ao mar”.

Como não se procedeu à equiparação imediata, seria de questionar-se por que a autorização de prisão de depositário infiel, melhor dizendo, a aplicação da legislação infraconstitucional disciplinadora da matéria, cedeu lugar à vedação existente no Pacto em apreço. A resposta se apóia na chamada interpretação *pro hominis*. Vale dizer, no cotejo entre a legislação interna e os tratados de direitos humanos, deve prevalecer a interpretação mais benéfica ao homem. Ocioso dizer que a possibilidade de insurgir-se contra decisão desfavorável inegavelmente atende a sentimento inerente ao ser humano. Assim, se a decisão do STF afastou a regulamentação de autorização constitucional expressa (artigo 5º, inc. LVII), não se poderá negar que a garantia de duplo exame de decisão, prevista no artigo 8º, 2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos, autorizará nova leitura do princípio do duplo grau de jurisdição.

A respeito, merece reflexão a judiciosa passagem doutrinária ora citada (*ibidem*, p.73):

Considerando-se que o Estado Constitucional de Direito conta com uma tríplice fonte normativa (Constituição Federal, Tratados, Convenções e Pactos de Direito Internacional dos Direitos Humanos e legislação ordinária), já não se pode estudar o princípio do devido processo legal e suas garantias mínimas sem que sejam levados em conta esses três diversos níveis normativos.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343/SP. J. 3.12.2008, rel. Min. Cezar Peluso.

Nem se alegue, com base em interpretação literal, que a Convenção restringiu o duplo grau apenas às sentenças proferidas na esfera penal. Quanto à primeira parte da restrição, já se demonstrou que a decisão antecipatória poderá versar os efeitos antes oriundos da sentença. Não é esse, contudo, o argumento decisivo para se afastar mencionada interpretação. Com efeito, sendo o duplo grau desdobramento das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a interpretação incorreria no grave inconveniente de distinguir o princípio constitucional do devido processo legal, segundo se tratasse de processo penal ou não penal.

Em resumo, no Transnacional Estado de Direito brasileiro, por força de interpretação *pro hominis*, todo aquele que vier a ser atingido por decisão judicial, na esfera civil, não menos que na penal, faz juz a reexame útil do pronunciamento.

8. AUTORIZAÇÃO PARA CONVERTER RECURSO DE AGRAVO NO ESTADO DE DIREITO TRANSNACIONAL

No intuito de supostamente conferir maior celeridade à tramitação do processo, permite o artigo 527, inc. II, do CPC que o relator converta recurso de agravo. Pergunta-se: a permissão se aplica a todo e qualquer agravo de decisão interlocutória (v.g., as de natureza antecipatória)? A resposta não pode prescindir da irrecorribilidade da decisão de conversão (CPC, art. 527, parágrafo único). Sabe-se que a decisão antecipatória (seus efeitos) persistirá até que se profira a sentença. Daí em diante, os efeitos, ou serão irradiados da sentença, ou deixarão de existir, caso haja julgamento de improcedência do pedido ou diante da extinção do procedimento em 1º grau de jurisdição sem resolução de mérito. Num caso e no outro, ressalta-se, dado o caráter substitutivo da sentença (decisão proferida sob cognição exauriente).

Assim, o único modo de compatibilizar a irrecorribilidade ora versada com o princípio do duplo grau de jurisdição consistirá em não admitir a conversão, toda vez que isso acarretar inutilidade da interposição pela perda de objeto. Dito de outra maneira, o legislador não incidiu no paradoxo de estatuir recurso sem objeto. A incompatibilidade com o devido processo legal será, portanto, antes da decisão de conversão que da norma que lhe serve de fundamento (*rectius*: que da norma que veda a recorribilidade da decisão de conversão).

9. OBSERVAÇÃO FINAL

A leitura ora proposta do princípio do duplo grau de jurisdição não afasta, contudo, o acerto de insuperável lição doutrinária, com a qual se encerra a exposição⁹:

O recurso de qualquer decisão administrativa irrecorrível ou jurisdicional é, portanto, constitucional. Ninguém duvida que o STF repeliria com veemência a previsão de uma decisão administrativa irrecorrível ou de uma lei retirada de seu poder de controle de

⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. As razões da crise de nosso sistema recursal. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 371.

constitucionalidade, mas aceita, tranqüilo, sejam insuscetíveis de controle decisões tomadas por integrantes do Poder Judiciário. Toda irrecorribilidade configura uma inconstitucionalidade e institui um arbítrio sem limites. E o do Judiciário não repugna menos que o do Executivo ou do Legislativo.

10. CONCLUSÃO

Desde quando generalizado o cabimento de antecipação de tutela, a resposta jurisdicional, a satisfação, ainda que provisoriamente, nem sempre advirá da sentença.

Daí que lesão ou ameaça a direito poderá decorrer de decisão interlocutória.

Essa constatação, por si só, autoriza que se faça releitura do princípio do duplo grau de jurisdição.

Ao menos no que toca à nulidade da decisão, a obrigatoriedade constitucional de fundamentação das decisões jurisdicionais oferece como contrapartida o direito, também constitucional, de reapreciação das mesmas.

Os conceitos indeterminados empregados na disciplina da antecipação de tutela pedem, igualmente, imediato reexame da decisão que os aprecie.

No Estado de Direito Transnacional, as garantias processuais não se resumem ao quanto previsto na legislação interna (constitucional e infraconstitucional).

O duplo grau de jurisdição encontra-se expressamente positivado na Convenção Americana de Direitos Humanos, de que o Brasil é signatário.

No exame das garantias processuais, prevalece a interpretação *pro hominis*.

Será, portanto, incompatível com as garantias processuais do transnacional Estado de Direito brasileiro a conversão de agravo, toda vez que esta ensejar a inutilidade da interposição. Do contrário, conviver-se-á com sistema processual que disciplina recurso a que paradoxalmente falta objeto para apreciação.

REFERÊNCIAS

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseler, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções: navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação de tutela: algumas questões controvertidas. In: *Temas de direito processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.3

PASSOS, José Joaquim Calmon de. As razões da crise de nosso sistema recursal. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOARES, Leonardo Oliveira. Agravo de instrumento, execução fiscal e ações afins. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v.4, n.1-2, jan./dez. 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Hipótese de cabimento dos embargos infringentes: a falta de clareza do sistema não pode prejudicar as partes. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 171, p.25-26, maio 2010.

BREVES REFLEXÕES SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

LUÍSA CRISTINA PINTO E NETTO*

SUMÁRIO

1. Notas introdutórias. 2. A interpretação constitucional e o sentido de improbidade administrativa. 3. O elemento subjetivo do ato de improbidade por violação a princípio. 4. A análise da constitucionalidade da previsão de modalidade culposa de ato de improbidade. 5. Síntese conclusiva.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A Lei n. 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, tem provocado acaloradas e apaixonadas discussões nos meios jurídicos desde a sua entrada em vigor. Taxada por vezes de draconiana, tida por outras como a tábua de salvação da administração pública num cenário de corrupção endêmica, é inegável que a sua interpretação e a sua aplicação continuam a causar celeuma e a desafiar novos e serenos olhares, capazes de convidar a um debate que, sem ceder à condescendência e à permissividade, não se deixe pautar por qualquer tipo de moralismo ou de excesso.

Buscando contribuir para este debate, na convicção de que as coisas não são tão simples e lineares o quanto podem parecer no discurso daqueles que não labutam e pelejam, desde dentro, nas lidas do Direito e da administração pública, propõem-se algumas breves reflexões sobre a Lei n. 8.429/92 à luz dos direitos fundamentais, elemento que tem estado inexplicavelmente ausente das discussões sobre a matéria.

Sem pretender apresentar uma análise exaustiva ou conclusiva da Lei n. 8.429/92, a exposição inicia-se por traçar o arcabouço constitucional no qual se insere a proteção à probidade administrativa, com base no qual se analisa o elemento subjetivo exigido para a configuração do ato de improbidade por violação a princípio, previsto no art. 11 da Lei, com incursões na jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, culminando com o exame da constitucionalidade da previsão de conduta culposa como ato de improbidade, no art. 10 da referida Lei, à luz dos direitos fundamentais.¹

* Procuradora do Estado de Minas Gerais. Professora de Direito Administrativo da PUCMinas. Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ O texto que ora se publica serviu de base para a palestra proferida no Seminário Interno da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, dedicado a *Considerações sobre a Lei de Improbidade Administrativa*, em 05.10.2010.

2. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O SENTIDO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição da República Brasileira de 1988 (CRB/88) consagra um Estado de Direito que se qualifica materialmente como democrático e social, daí porque falar em Estado de Direito Democrático e Social, Estado arquitetado sobre os princípios da juridicidade, da democracia e da socialidade.² Estruturado sobre estes princípios, neste Estado e na sua ordem jurídica, reconhece-se a centralidade da pessoa humana, o que transparece na imposição de respeito à dignidade humana e na posição de destaque conferida aos direitos fundamentais.³

Não seria incongruente chamar este Estado de Direito Democrático e Social de Estado Constitucional, pois tal denominação permite visualizar o papel desempenhado pela Constituição neste contexto político-institucional. A Constituição não mais se coloca como conjunto de normas que disciplina o exercício do poder político. Igualmente não se coloca apenas como disciplinadora do estatuto do cidadão diante do Estado. A Constituição, nas atuais sociedades heterogêneas, divididas, contraditórias em que vivemos, assume a tarefa de integração não só da ordem jurídica como da própria sociedade.⁴

A Constituição plasma o compromisso básico a partir do qual há uma abertura para concretizações diversas segundo conjunturas políticas igualmente diversas, é o que Gustavo Zagrebelsky chama de *ductibilidade ou suavidade constitucional*.⁵ Esta abertura não deve levar, no entanto, a entender que a Constituição é neutra e se satisfaz com qualquer concretização. Ao revés, a Constituição é axiologicamente comprometida, traça, em termos normativos, o âmbito do proibido, do imposto, do permitido.⁶

É neste quadro constitucional, tal como muito sinteticamente esboçado, que se deve procurar compreender a relação entre direitos fundamentais e democracia, elementos indispensáveis na discussão acerca da Lei de Improbidade Administrativa.

A democracia traduz, juridicamente, o ideal político da titularidade do poder pelo povo. A democracia é condição de realização dos direitos fundamentais ou, como ensina Klaus

Explica-se, assim, o tom mais coloquial de diversas passagens, a apresentação sintética de vários pontos abordados, bem como a indicação menos abrangente de referências bibliográficas sobre inúmeros aspectos do tema. Corrobora-se, ademais, que se trata de um convite à reflexão e ao debate e não da exposição de conclusões exaurientes e definitivas.

² Sobre o Estado de Direito Democrático e Social e seus princípios estruturantes, vide, dentre muitos, NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*, especialmente p. 124 ss; NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, p. 210-213; NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, p. 44; OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*. p. 526, 586, 592. v.2

³ Sobre a centralidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, confirmam-se NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 34 ss; NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, p. 12; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, t. 4, p. 180; ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*, p. 59; OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*. p. 528, 552-553. v.2

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, p. 12-13, 37-39, 114 ss.

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, p. 14 ss, 39 ss.

⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, p. 51; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 118.

Stern, somente em democracia os direitos fundamentais podem florescer. Por outro lado, a democracia pressupõe, pelo menos, direitos civis e políticos.⁷ Há uma profunda coimplicação entre direitos fundamentais e democracia⁸, principalmente os direitos políticos, que constituem o *status activus* do indivíduo.⁹

A coimplicação entre direitos fundamentais e democracia não é unidirecional, estes elementos constitucionais encontram-se igualmente em uma tensão estrutural e inevitável que se permite compreender com a alusão à metáfora dos *direitos fundamentais como trunfos contra a maioria*, colhida em Ronald Dworkin e desenvolvida por Jorge Reis Novais.¹⁰ Os direitos fundamentais limitam a competência do legislador democrático.

A referida tensão, como explica Robert Alexy, foi equacionada pela Constituição, que colocou a salvo da disposição do legislador pelo menos as mais importantes dimensões dos direitos fundamentais.¹¹ No caso brasileiro, esta circunstância é inequívoca e se revela pela leitura do art. 60, § 4.º, inciso IV, CRB/88 que incluiu os direitos e garantias individuais nas cláusulas pétreas, retirando-os até da disponibilidade do reformador da Constituição.¹²

Traçadas estas breves linhas do contexto constitucional, no que importa mais diretamente com o tema em questão, tem-se que a CRB/88 consagrou, em seu art. 14, os direitos políticos, que são inegavelmente direitos fundamentais. Por outro lado, no art. 37, § 4.º, a mesma Constituição previu a possibilidade de restrição destes direitos quando estabeleceu que “*os atos de improbidade importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*”. Em outras palavras, a CRB/88 previu os direitos políticos sujeitos a restrição por meio de lei, pois a suspensão dos direitos políticos é claramente uma restrição destes direitos.

Fundando-se na autorização constitucional para a restrição dos direitos políticos, está hoje em vigor a Lei n. 8.429/92, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, que, dentre outras matérias tratadas, disciplina a suspensão dos direitos políticos como sanção para os atos de improbidade, podendo dizer-se, sem sombra de dúvida, que se trata de uma lei restritiva de direitos fundamentais. A constitucionalidade da restrição veiculada por esta lei tem que ser analisada a partir da interpretação constitucional.

Como ensina Riccardo Guastini, interpretar é atribuir significado a um enunciado normativo, isto é, não se revela, com a interpretação, uma norma verdadeira que estava colocada pelo enunciado apenas aguardando ser descoberta, ao revés, adscrive-se ao enunciado um

⁷ STERN, Klaus. *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte*, p. 22 ss.

⁸ Sobre esta coimplicação, com indicações bibliográficas, vide NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*, especialmente p. 137 ss.

⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*, p. 18.

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, p. 602 ss; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, especialmente p. 17-18.

¹¹ ALEXY, Robert. *Basic rights and democracy in Jürgen Habermas's procedural paradigm of the law*, p. 232-235; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 433-434

¹² Para uma discussão acerca dos direitos fundamentais, especificamente os sociais, como limites materiais à revisão constitucional, consulte-se NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*.

significado possível, provável, aceitável, num contexto de racionalidade intersubjetiva. O resultado da interpretação é uma tese interpretativa que deve ser justificável, aceitável. Este entendimento sobre a interpretação baseia-se na constatação de que o Direito padece irremediavelmente, enquanto sistema e também consideradas as suas normas isoladamente, de indeterminação, advinda da equívocidade dos textos, da vagueza da linguagem. A indeterminação, por ser estrutural a qualquer linguagem natural, pode ser reduzida, mas não suprimida.¹³

Em contraponto à estrutural indeterminação do Direito, é preciso registrar que o intérprete não é integralmente livre, pelo contrário, há o que se chama de vínculos textuais, isto é, a interpretação tem que guardar pertinência com o texto e com os limites por ele impostos. O texto do enunciado normativo e seus significados traçam o âmbito das interpretações possíveis, para além das quais o intérprete não está autorizado a ir. O intérprete não pode sobrepor as suas escolhas, as suas hierarquias axiológicas, àquelas expressadas pelos enunciados normativos que interpreta.¹⁴

Quando se transpõe o que se acaba de expor para o campo da interpretação constitucional, deve-se ter como premissa a célebre frase do juiz da Suprema Corte norte-americana John Marshall: *não esqueçamos que é uma Constituição o que estamos a interpretar*.¹⁵ A Constituição, pela posição que ocupa no topo do sistema normativo, pelos conteúdos que veicula – carregados de teor político e axiológico – e pela natureza de seus enunciados – muitas vezes lapidares e sintéticos –, apresenta uma série de peculiaridades hermenêuticas. A Constituição não é um código exaustivo e minucioso, é uma norma marco que se abre a diversas concretizações políticas dentro dos limites intransponíveis do compromisso constitucional plasmado.¹⁶

Diante da Constituição, muitas vezes o problema dos vínculos textuais se torna mais complicado. Como escreve Franco Modugno, os enunciados constitucionais são frequentemente finalísticos e não deôntico-comportamentais, o que aumenta sensivelmente o leque de possibilidades interpretativas defensáveis.¹⁷ Com esta advertência, deve-se reforçar a ideia de respeito aos vínculos textuais para salvaguardar a normatividade constitucional, lembrando Laurence H. Tribe: é preciso levar o texto a sério.¹⁸ Por outro lado, não se deve esquecer que as interpretações do texto constitucional sujeitam-se ao controle judicial, exercido pelo órgão que fizer as vezes de Corte Constitucional, a quem cabe a última palavra sobre a interpretação da Constituição.¹⁹

Partindo destas premissas – lembrando que há o vínculo textual e que se trata, em última análise, da restrição a direitos fundamentais –, deve-se tentar interpretar o art. 37, § 4º, CRB/88, que coloca como pressuposto para a suspensão dos direitos políticos o cometimento de ato de improbidade.

¹³ GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, p. 29 ss.

¹⁴ Sobre os vínculos textuais, não necessariamente com opiniões coincidentes, vide MODUGNO, Franco. *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, p. 63 ss; PACE, Alessandro. *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, p. 100-101.

¹⁵ A célebre frase foi citada em CARBONELL, Miguel. *Prólogo: la interpretación como problema*, p. 9

¹⁶ HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional*, p. 6-7.

¹⁷ MODUGNO, Franco. *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, p. 60 ss.

¹⁸ Para a afirmação, baseada em Laurence H. Tribe e inserida em considerações tecidas no específico contexto norte-americano, vide TRIBE, Laurence H. *Taking text and structure seriously: reflections on free-form method in constitutional interpretation*.

¹⁹ HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional*, p. 7.

A primeira dificuldade na interpretação do que é ato de improbidade revela-se com a necessidade de distinguir ou identificar moralidade administrativa, conceito usado no *caput* do art. 37, CRB/88, e probidade administrativa, com referência ao § 4.º do mesmo dispositivo. Sabe-se que a ideia de moralidade administrativa foi cunhada por Maurice Hauriou relativamente ao conjunto de regras de conduta retiradas da disciplina interior da Administração. O autor colocou em relevo que esta Moral institucional não se reduz à legalidade e chamou a atenção para a necessidade de os agentes públicos pautarem as suas condutas funcionais por um bom uso da competência; a moralidade administrativa nasceu ligada à noção de desvio de poder.²⁰ Atualmente é possível sustentar, no cenário brasileiro, como o fazem Juarez Freitas e Eurico Bitencourt Neto, que a moralidade administrativa não mais se resume ao conjunto de regras internas referentes ao correto uso da competência, relaciona-se também com a Moral comum, abraçando padrões éticos tidos como caros pela sociedade.²¹

Considerando este significado de moralidade administrativa, pode-se afirmar que, no sistema constitucional brasileiro, a probidade administrativa é um subprincípio da moralidade administrativa. Este entendimento encontra arrimo na topografia das previsões constitucionais, bem como no significado de probidade, que vem do latim *probitate*, ou seja, significa honestidade, integridade. Assim, probidade administrativa indica a honestidade no trato com a coisa pública, o que ratifica o que se vem de dizer, constatando-se que, a partir dos significados expostos, é possível vislumbrar situações em que é ferida a moralidade administrativa sem ofensa à probidade administrativa.²² É o que exemplifica Eurico Bitencourt Neto: imagine-se a fixação de remuneração desproporcionalmente elevada para determinados em cargos em patente desconformidade com a realidade de determinado ente político no qual grassa a miséria; haveria ofensa à moralidade administrativa. Por outro lado, um agente público que titularizasse um destes cargos por força de concurso público, sem concorrer para a fixação da referida remuneração, não poderia ter sua conduta taxada de improbidade.²³

É preciso frisar, improbidade significa desonestidade, má-fé.

Corroborando o que se vem de dizer a verificação de que a imposição de sanções a atos que atentem contra a probidade não é exclusiva do Direito Administrativo. José Armando da Costa explica que diversos ramos do Direito, por exemplo o Direito do Trabalho, também se preocupam em defender a probidade, podendo visualizar-se uma linha de congruência entre as diversas previsões, pois em todos os casos o ponto comum é a exigência de desonestidade para a configuração de desrespeito à probidade.²⁴

²⁰ Para uma aproximação à moralidade administrativa, consultem-se, não necessariamente com posições idênticas, BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 55ss, 99 ss; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, p. 77 ss; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 107; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 17 ss. Em BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 88 ss, encontra-se um abrangente apanhado da doutrina brasileira.

²¹ BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 93; FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 67-70.

²² Esta posição é adotada com arrimo em BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 99 ss.

²³ BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 105.

²⁴ A lição de José Armando Costa (citada em BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 104) encontra-se em COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*, p. 19-24.

Firma-se, deste modo, o entendimento de que a probidade administrativa é um subprincípio da moralidade administrativa, na esteira de Wallace Paiva e Eurico Bitencourt Neto. Nessa linha de raciocínio, para estes autores a improbidade é a imoralidade qualificada pelo resultado.²⁵ Considerando o que restou dito acerca da necessidade de desonestidade para o cometimento de improbidade, pode-se, um pouco diversamente, dizer que a improbidade é a imoralidade qualificada pelo resultado – a finalidade visada pelo agente –, mas principalmente pelo elemento subjetivo da conduta – a má-fé do agente. Improbidade é a má-fé no trato da coisa pública.

O raciocínio desenvolvido permite traçar um limite, derivado do vínculo textual, para as interpretações e concretizações possíveis do art. 37, § 4º, CRB/88; as sanções aí previstas não foram atreladas a ato ilegal, mas a ato ímprobo, ato levado a cabo com desonestidade. É nestes confins que tem que se colocar a Lei n. 8.429/92.

3. O ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO DE IMPROBIDADE POR VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO

A Lei n. 8.429/92 prevê três espécies de ato de improbidade, no art. 9º, os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito, no art. 10, os atos de improbidade que causam lesão ao erário e, no art. 11, os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública. Nos arts. 9º e 11 não há menção textual a dolo ou culpa, já o art. 10 prevê expressamente que constituem atos de improbidade que causam lesão ao erário as condutas comissivas ou omissivas, dolosas ou culposas, que enumera exemplificativamente.

Diante destas previsões, muito se discutiu e ainda se discute acerca do elemento subjetivo exigido para a configuração de ato de improbidade apenável com as sanções previstas no art. 37, § 4º, CRB/88, e disciplinadas no art. 12 da Lei n. 8.429/92. Quanto ao art. 9º, por prever atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito fazendo expressa referência a vantagem indevida, entende-se implícita a exigência de conduta dolosa, o que é ratificado pelas condutas exemplificadas nos inúmeros incisos deste artigo. Sendo assim, a previsão estaria em consonância com o significado de improbidade adiantado. Quanto ao art. 10, como dito, há previsão expressa de conduta culposa como configuradora de ato de improbidade, matéria que será adiante analisada. Neste ponto, centram-se as atenções nas normas insculpidas no art. 11, que prevê os atos de improbidade por violação a princípios.²⁶

Quanto a esta espécie de improbidade prevista pela Lei n 8.429/92, muito escreveu a doutrina e muito tergiversou a jurisprudência, havendo numerosos entendimentos que admitem a configuração de ato de improbidade por violação a princípio por conduta meramente culposa.²⁷ Sem pretender exaurir a exposição destas diversas posições e daqueles que as subscrevem, pode-se fornecer um interessante e ilustrativo quadro da questão explicitando a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito.

²⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 103; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*, p. 111.

²⁶ Especificamente sobre este tema, consulte-se, por todos, BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*.

²⁷ Para uma aproximação à questão do elemento subjetivo, com inúmeras indicações bibliográficas, vide BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 112 ss.

Há incontáveis julgados no âmbito do STJ que enfrentaram a configuração do ato de improbidade por violação a princípio. Delineou-se, assim, a posição da 1ª Turma, que entendia ser necessário o dolo²⁸, em contraposição à 2ª Turma, que proferia seus acórdãos no sentido de que poderia haver atos de improbidade consistentes em condutas ofensivas a princípios da Administração Pública, quer fossem dolosas, quer fossem meramente culposas.²⁹ Recentemente, no julgamento do REsp n. 765.212-AC, do qual foi relator o Ministro Herman Benjamin, a jurisprudência do STJ sobre a matéria foi pacificada: exige-se o dolo genérico para a configuração do ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92.

A leitura da íntegra do acórdão citado é imprescindível para que se compreenda em que termos a matéria foi pacificada.³⁰ Desta leitura, nota-se que o Ministro relator, que se filiava à corrente que entendia possível conduta meramente culposa como ato de improbidade por violação a princípio, registra que não vê óbice à adesão ao entendimento da 1ª Turma, já que o que se exige é o dolo genérico, que indica a vontade de praticar a conduta prevista na norma.³¹ O relator cita Fábio Medina Osório para afirmar que dolo não é necessariamente má-fé. Com este julgado, firmou-se, então, o entendimento no âmbito do STJ de que o ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 somente se configura se houver dolo genérico, ou seja, se houver manifesta vontade de realizar a conduta descrita na norma.³²

Por certo, a pacificação da jurisprudência do STJ representa inegável evolução no sentido da adequação da interpretação e aplicação da Lei n. 8.429/92 ao arcabouço constitucional em que esta se insere. No entanto, para respeitar o limite textual anteriormente explicitado, reputa-se necessário mais um passo nesta evolução no sentido de se reconhecer que o elemento subjetivo exigido para a configuração de ato de improbidade não é o dolo genérico, tal como firmado, mas a má-fé, a desonestidade propriamente dita. Não pode bastar, para configurar improbidade, a intenção de praticar determinada conduta, ainda mais em se tratando de princípios da Administração Pública, tem necessariamente que haver desonestidade, a tradução da improbidade.³³

²⁸ Confira-se, para este entendimento da 1ª Turma, o REsp n. 940.629-DF.

²⁹ Confira-se, para este entendimento que vigorava na 2ª Turma, o REsp n. 737.279-PR.

³⁰ A discussão que se segue não se baseia nas circunstâncias concretas relativas ao julgado comentado, mas na definição da necessidade de *dolo genérico* para a configuração de ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92. Além disso, não se discute que pode haver ofensa ao referido dispositivo sem a ocorrência de dano material ao erário.

³¹ O relator deixa claro que entende possível a configuração de ato de improbidade enquadrável no art. 11 da Lei n. 8.429/92 havendo culpa ou dolo, afastando somente a responsabilidade objetiva. Depois disso, considerando o posicionamento da 1ª Turma do STJ, afirma textualmente: “*Embora continue acreditando ser tecnicamente válida e mais correta a linha de argumentação acima exposta e defendida, tenho para mim que, no terreno pragmático, a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa.*” Veja-se que o relator fala em imoralidade não em improbidade. Mais adiante completa: “*De fato, o que se exige é o dolo genérico, ou seja, 'a vontade de realizar fato descrito na norma penal incriminadora', ou, in casu, na norma administrativa.*”

³² Seguem a linha explicitada, que exige dolo genérico para a configuração de ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92, dentre outros, os seguintes julgados: REsp n. 752.272-GO; REsp n. 875.103-RS; REsp n. 1.140.315-SP; REsp n. 1.140.544-MG; Embargos de divergência em REsp n. 654.721-MT.

³³ No sentido da necessidade de má-fé para a configuração da improbidade por violação a princípio, posiciona-se BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 133.

Deve-se citar, ademais, trecho da ementa do REsp n. 1.149.427-SC, julgado no âmbito do próprio STJ e publicado posteriormente ao REsp n. 765.212-AC, na qual se registra o entendimento ora defendido da necessidade de má-fé: “*A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador.*”

A posição que se defende, é bom que se diga, não se confunde com permissividade ou condescendência, o que pode ser verificado quando se analisam alguns episódios não tão raros no cotidiano da Administração Pública. Imagine-se uma situação em que ocorra uma inesperada e geral greve dos servidores da área de saúde, incluindo médicos, em um ente político que não conta com legislação disciplinadora da contratação temporária. Diante desta situação, são firmados contratos temporários com alguns médicos a fim de atender às demandas mais urgentes da população. Certamente há ofensa ao princípio da legalidade e certamente há a intenção de contratar sem a realização de concurso público e sem a existência de lei disciplinando a matéria, isto é, há a vontade de realizar a conduta prevista na norma de molde a configurar o chamado dolo genérico anteriormente mencionado. Pois bem, pode-se taxar esta conduta de ímproba? Seguindo o entendimento aqui esposado, não. Trata-se de uma conduta que, apesar de violar o princípio da legalidade, visa a atender outros princípios basilares da Administração Pública e a respeitar a dignidade da pessoa humana garantindo o atendimento essencial à população. Não havendo desonestidade, não havendo má-fé, esta conduta não é ímproba e não pode ser tida como configuradora de ato de improbidade passível de levar à apenação com base no art. 12 da Lei n. 8.429/92.³⁴

Não seria difícil elencar outras situações como esta, nas quais, apesar de haver vontade para a prática de determinada conduta, não há o elemento subjetivo da má-fé, ou seja, não se atua movido pela desonestidade. A existência de tais situações é tanto mais possível quanto mais se pensa na fluidez e na proliferação da capacidade regulatória dos princípios.

A insatisfatoriedade do critério recentemente firmado pela jurisprudência do STJ para a configuração de ato de improbidade por violação a princípio fica clara quando se analisam julgados posteriores ao REsp citado, em que se pacificou este entendimento (REsp n. 765.212-AC). Nestes julgados, nos quais inegavelmente há voluntariedade para praticar determinada conduta, o que levaria a verificar a presença do referido dolo genérico, realiza-se uma entorse na linguagem para não enquadrar a conduta como ato de improbidade. É emblemático o acórdão proferido no REsp n. 1.140.544-MG, relatado pela Ministra Eliana Calmon, que participou do julgamento do REsp n. 765.212-AC, assentindo expressamente com a ideia de dolo genérico. No REsp n. 1.140.544-MG, a relatora entende que não houve ato de improbidade, apesar de a ré não ter prestado contas relativas a verbas de convênio, uma vez que se provou a aplicação dos recursos. A não prestação de contas, ato voluntário, poderia certamente, por coerência, ser tida como ato em que há o dolo genérico. No entanto, enfatizou-se a correta aplicação dos recursos para decidir-se pela não existência de improbidade.³⁵ No mesmo sentido, poderiam ser citados

³⁴ O exemplo foi colhido em BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 124.

³⁵ Como se disse, há uma entorse na argumentação para chegar a este resultado, o que demonstra a insuficiência do critério adotado. A entorse pode ser percebida cotejando os trechos do REsp n. 1.140.544-MG, a seguir transcritos, com a ideia de dolo genérico explicitada: “*Percebe-se a preocupação do legislador em ressaltar a importância das prestações de contas dos gastos públicos, o que afasta a tese de que se estaria diante de mera irregularidade administrativa, afinal, trata-se de importante mecanismo de controle da Administração Pública, inerente à toda a organização administrativa.*” “*Constato, assim, que em razão da ausência de prestação de contas de 3 parcelas, de um total de 9 prestações, pela ex-prefeita, de recursos oriundos de convênio, imputa-lhe o cometimento de ato de improbidade. Ressalta-se que é fato incontroverso nos autos, que os recursos públicos objeto do convênio firmado entre o Município e o Governo do Estado foram utilizados devidamente para a sua finalidade, qual seja, a construção de escola municipal. Contudo, será que a simples ausência de prestação de contas impõe a condenação do agente público por ato de improbidade, conforme prevê o art. 11 da LIA? A resposta é negativa, pois entende-se necessária a comprovação de elemento subjetivo, a título de dolo genérico.*”

Vide, ainda, também da relatoria da Ministra Eliana Calmon, o REsp n. 1.190.740-MG, no qual, igualmente, houve a prática de conduta descrita na norma, podendo configurar-se o referido dolo genérico, mas entendeu-se não haver improbidade, demonstrando a insuficiência deste critério e a necessidade de má-fé.

mais dois julgados interessantes. O REsp n. 1.107.840-PR, no qual se reputou não haver improbidade pelo atraso de pagamento de precatório, por não haver má-fé, e o REsp n. 1.129.277-RS, no qual igualmente se reputou não haver improbidade na cessão de uso de bem público sem lei autorizativa, por não haver má-fé e por destinar-se a abrigar crianças em situação de abandono.

Estes julgados mostram como a ideia de dolo genérico não é suficiente para a configuração da improbidade, pois muitas vezes há a prática voluntária de determinada conduta prevista em norma – atraso de pagamento de precatório, cessão de uso de bem sem lei, como exemplificado acima –, mas o agente não tem no seu móvel má-fé, não tem desonestidade. A própria jurisprudência traz a lume como, diante dos casos concretos, fica patente a desproporção das sanções por improbidade quando se têm condutas não eivadas pela má-fé do agente.

O raciocínio até agora desenvolvido já aponta no sentido de se exigir a má-fé como elemento subjetivo que caracterize a conduta do agente para que se tenha configurado ato de improbidade apenável nos termos do art. 12 da Lei n. 8.429/92. Um reforço de peso para este raciocínio é fornecido pela chamada interpretação conforme aos direitos fundamentais. Trata-se de construção desenvolvida na doutrina e na jurisprudência alemãs e aplicada ao direito ordinário de molde a conformá-lo aos direitos fundamentais. Como explica Bernhard Schlink, a interpretação conforme aos direitos fundamentais é um imperativo; impõe que a decisão entre interpretações possíveis, principalmente diante de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, tem que ser sempre feita a favor dos direitos fundamentais.³⁶

Nesse sentido, a interpretação conforme aos direitos fundamentais corrobora a tese interpretativa apresentada diante do art. 11 da Lei n. 8.429/92. Propõe-se, além disso, dar um passo adiante, também com base nos direitos fundamentais, buscando analisar o cabimento da previsão de conduta culposa no art. 10 da mesma lei.

4. A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO DE MODALIDADE CULPOSA DE ATO DE IMPROBIDADE

Conforme foi referido anteriormente, o art. 10 da Lei n. 8.429/92 prevê expressamente que configuram atos de improbidade que causam dano ao erário as condutas comissivas ou omissivas, dolosas ou culposas que arrola exemplificativamente. O que se propõe, neste ponto, é uma reflexão sobre a constitucionalidade desta norma que sanciona como ato de improbidade, inclusive por meio da restrição de direitos fundamentais – a suspensão dos direitos políticos, conduta culposa.

É pertinente fazer esta reflexão, considerando que se discute a matéria no âmbito da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, tendo como pano de fundo a decisão tomada pelo STJ no julgamento do REsp n. 875.163-RS. Trata-se de ação de improbidade proposta contra Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que este, no exercício regular de suas funções, não deu andamento a diversos processos administrativo-disciplinares, não se manifestou em alguns processos de sua responsabilidade e deixou de ajuizar execuções fiscais. A ação foi proposta enquadrando a conduta do Procurador no art. 11 da Lei n. 8.429/92, isto é, considerando que teria havido ato de improbidade por violação a princípio. Em sua defesa, o Procurador

³⁶ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*, p. 22-23.

argumentou, basicamente, que sua atuação se devia ao excesso de serviço. O STJ considerou que a conduta do Procurador configurava desídia, havendo claramente culpa, razão pela qual afastou a condenação por improbidade, uma vez que, diante do art. 11 da Lei n. 8.429/92, se exige o dolo genérico, tal como se expôs anteriormente.

O exercício de reflexão ora proposto ganha em interesse se se pensar que a conduta do referido Procurador, se analisada a fundo, certamente terá causado algum dano ao erário. Sendo assim, não seria desarrazoado imaginar uma ação judicial semelhante na qual se considerasse que teria havido ato de improbidade não por violação a princípio, previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92, mas ato de improbidade que causa dano ao erário, previsto no art. 10 da mesma Lei. Nesta situação, com base no art. 10, que prevê expressamente a modalidade culposa de ato de improbidade, talvez o desfecho da ação tivesse sido outro e o Procurador tivesse sido condenado, por sua conduta desidiosa, por ato de improbidade, sendo passível das sanções previstas no art. 12 da Lei em questão.

Ao propor a reflexão tendo por pano de fundo este exemplo, é bom que se diga, não se está a fazer uma defesa egoísta e corporativa da atuação dos Procuradores do Estado, defesa que pudesse levar a que estes não fossem punidos por seus deslizes, erros e atos reprováveis. Muito diversamente, está-se a colocar em debate a adequação das diversas formas de responsabilização dos agentes públicos. Certamente um Procurador, como qualquer outro agente público, segundo suas atribuições e as previsões legais cabíveis, deve ser responsabilizado por suas condutas desidiosas. O que se pergunta é se tais condutas realmente são aptas, no ordenamento jurídico atual, a configurar atos de improbidade, despoletando as sanções a estes aplicáveis.

Pelo que restou dito inicialmente sobre o significado de improbidade, com o que se traçou o âmbito das interpretações possíveis, diante do vínculo textual, tem-se como inviável a previsão legal de conduta culposa como modalidade de ato de improbidade; improbidade administrativa é desonestidade, má-fé no trato da coisa pública. Ninguém pode ser desonesto por imprudência, imperícia ou negligência. O significado de improbidade repele a ideia de conduta meramente culposa ou voluntária, exige intenção viciada.

O embasamento apenas calcado no vínculo textual e no significado de improbidade pode parecer frágil para sustentar a reflexão sobre a constitucionalidade da previsão legal de condutas culposas como configuradoras de ato de improbidade. Deve buscar-se embasamento adicional, o que se encontra na teoria dos direitos fundamentais.

Antes de passar à análise da questão à luz dos direitos fundamentais, conveniente anotar que o *discurso dos direitos* encontra-se inflacionado no Brasil, mas muitas vezes é vazio de consequências e inconsistente. Frequentemente se invocam a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, poucas são as ocasiões em que, pelo contrário, daí se extraem, em termos dogmáticos e com coerência, as consequências normativas da posição central ocupada pelos direitos fundamentais na ordem jurídica do Estado de Direito Democrático e Social.³⁷ Chama a atenção o fato de as análises doutrinárias sobre a Lei n. 8.429/92 e a jurisprudência da matéria não trazerem uma discussão consistente sobre os direitos fundamentais, não sendo enfrentada a sua restrição. Há uma menção à questão no voto do Ministro Mauro Campbell Marques, ainda assim,

³⁷ Um exemplo de construção consistente e coerente dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira encontra-se nos diversos trabalhos de Ingo Wolfgang Sarlet, com destaque para SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*.

o Ministro, abordando o chamado direito administrativo sancionador, não realiza um controle de proporcionalidade das medidas sancionatórias como restrições a direitos fundamentais.³⁸

Os direitos fundamentais, para além de conferirem posições subjetivas individuais, judicialmente exigíveis – o que configura sua dimensão subjetiva –, apresentam o que se chama de dimensão objetiva. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais traduz a sua qualidade de valores objetivos fundantes da ordem jurídica; trata-se de decisões fundamentais que se irradiam para toda a ordem jurídica, vinculando todos os poderes estatais³⁹, para deixar por ora de tratar da vinculação de particulares. Nesse ponto, é de lembrar o que se disse acerca da coimplicação entre direitos fundamentais e democracia, mormente os direitos políticos, que integram o *status activus* do cidadão, pelo qual este exerce a liberdade no e para o Estado, no sentido de tomar parte ativamente nos assuntos do Estado, no exercício do poder estatal, o que é basilar para a democracia.⁴⁰

Ainda explorando a dimensão objetiva, compreendem-se os direitos fundamentais como áreas de não competência para o legislador, ou áreas de competência negativa⁴¹, o que traduz a vinculação do legislador aos direitos fundamentais.

É certo que os direitos fundamentais podem ser limitados ou restringidos por meio de lei; uma conduta abrangida pelo âmbito de proteção *prima facie* pode ser daí retirada por ato legislativo, obtendo-se um âmbito efetivamente protegido mais restrito.⁴² A suspensão dos direitos políticos prevista constitucionalmente e disciplinada pela Lei n. 8.429/92 como sanção para a prática de ato de improbidade assim se configura.

Igualmente certo é que as limitações aos direitos fundamentais não podem ser aleatórias nem ilimitadas. Considerando que os direitos fundamentais podem ser restringidos, urge salientar que as restrições podem ser jurídicas ou anti-jurídicas, isto é, aceitas ou não pela ordem jurídica. As restrições jurídicas têm que ter justificação constitucional, o que não se confunde com autorização expressa na Constituição.⁴³ A possibilidade de restrição pode vir

³⁸ Em seu voto, no entanto, o Ministro Mauro Campbell Marques salienta: “O conceito de voluntariedade deixa de fora inúmeras situações, nas quais, apesar de haver voluntariedade na conduta, não se poderá caracterizar a improbidade.” Apesar disso se filia ao entendimento do dolo genérico já exposto.

³⁹ Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vide, dentre muitos, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 438, 475, 507 ss; CORREIA, José Manuel Sérulo. *Direitos fundamentais: sumários*, p. 71-72; 81-83; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, p. 80 ss; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 541-542; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 154-158; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 60-62, 115-117, 142-149.

Para uma aproximação à capacidade irradiadora dos direitos fundamentais, confirmam-se, entre muitos, ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*, p. 405; ALEXY, Robert. *Grundrecht als subjektive Rechte und als Objektive Normen*, p. 49-51; ALEXY, Robert. *Constitutional rights, balancing and rationality*, p. 132 ss; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 68-70; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, p. 80 ss.

⁴⁰ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*, p. 18-19.

⁴¹ Na expressão germânica: *Grundrechte als negative Kompetenznormen* (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*, p. 19-20).

⁴² Sobre o âmbito de proteção inicial e o âmbito de proteção definitivo, consultem-se CORREIA, José Manuel Sérulo. *O direito de manifestação: âmbito de proteção e restrições*, p. 12, 33; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 66 ss; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 286; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*, p. 55-56, 105-106; BOROWSKI, Martin. *La restricción de los derechos fundamentales*, p. 45.

⁴³ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*, p. 59 ss.

explicitada textualmente na Constituição ou não, havendo diversas discussões acerca da justificação reforçada exigida por estas últimas.⁴⁴

No caso sob análise, a possibilidade de restrição é veiculada expressamente na Constituição em seu art. 37, § 4º; pode-se dizer que os direitos políticos são previstos com uma reserva de lei. Mas, como explica Bernhard Schlink, a Constituição não faz uma reserva de caráter meramente formal, isto é, não exige apenas a forma de lei para que os direitos fundamentais possam ser restringidos, faz igualmente exigências materiais, o que se pode traduzir pela locução *reserva de lei proporcional*.⁴⁵ Com isto se quer dizer que a Constituição autoriza que os direitos fundamentais por ela previstos e assegurados sejam restringidos, desde que o sejam por meio de lei que respeite as imposições advindas da proporcionalidade.⁴⁶

A exigência de proporcionalidade na restrição dos direitos fundamentais operada por lei consubstancia a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, impondo que este busque uma relação harmoniosa entre o fim visado e o meio utilizado para a restrição. Trata-se do conhecido controle de proporcionalidade da lei, que cabe, em última instância ou primordialmente, ao órgão jurisdicional que desempenha o controle de constitucionalidade.⁴⁷

Esse controle da proporcionalidade da lei restritiva de direitos fundamentais é conhecido na dogmática alemã pela expressão *limites de limites*; a lei limita os direitos fundamentais e a proporcionalidade limita estes limites colocados por lei, limita a atividade do legislador.⁴⁸ Com isso, atende-se à famosa expressão de Herbert Krüger sobre a situação contemporânea dos direitos fundamentais – “*não mais direitos fundamentais na medida da lei, mas a lei na medida dos direitos fundamentais*” –, pois estes são colocados como balizas para a atividade legislativa.⁴⁹

O controle de proporcionalidade ou de proibição de excesso da medida legislativa pode ser realizado por uma operação em diferentes passos, utilizando-se para isto os subprincípios da proporcionalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁵⁰ Antes de se analisar a lei restritiva de direitos fundamentais por meio da

⁴⁴ Vide, para esta discussão, por todos, NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*.

⁴⁵ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*, p. 62-63.

⁴⁶ Sobre a proporcionalidade, vide, dentre muitos, com posições não necessariamente coincidentes: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 356-357, 394-397; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, p. 39-53, 70, 178 ss; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*, p. 128-129; GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, p. 313-314; BENDA, Ernst. *El Estado social de derecho*, p. 509-510; NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, p. 164 ss; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 111-112; SANCHÍS, Luis Prieto. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de la clausura del sistema de libertades*, p. 446-451

⁴⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*, p. 63.

⁴⁸ A expressão original é *Schranken-Schranken* segundo PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*, p. 63.

⁴⁹ A citação de KRÜGER, Herbert. *Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz. Deutsches Verwaltungsblatt*, 1950. p. 626, foi colhida em SEGADO, Francisco Fernández. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*, p. 213.

⁵⁰ Sobre estes subprincípios, vide: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 111-112; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*, p. 50, 129; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 359, 369; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales*

proporcionalidade, deve-se verificar se o fim perseguido é legítimo à luz da Constituição. Passando ao controle de proporcionalidade propriamente dito, urge verificar a adequação da medida restritiva, em outras palavras, analisar se o meio escolhido promove o fim legítimo visado. Pela necessidade, examina-se a medida em face de outras alternativas, já que a medida escolhida deve ser o meio mais suave para atingir o fim. Com o teste da proporcionalidade em sentido estrito busca-se apurar a adequação material do meio restritivo eleito diante do fim perseguido e da restrição provocada.

O teste da proporcionalidade, com os passos descritos, é o que se propõe para a norma veiculada pela Lei n. 8.429/92 que prevê conduta culposa como configuradora de ato de improbidade apenável com a suspensão dos direitos políticos. O fim de combate à improbidade administrativa é certamente um fim legítimo à luz da Constituição, o meio escolhido mostra-se, à primeira vista, adequado, pois idôneo à prossecução do fim; mas neste ponto é preciso chamar a atenção de que o meio é adequado se se tem um verdadeiro ato de improbidade, o que já se mostra inviável diante de conduta culposa. É, no entanto, no teste da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito que transparece a desproporção da medida restritiva, principalmente se se considera que os agentes públicos não se sujeitam exclusivamente às penas previstas na Lei n. 8.429/92; suas ações são capazes de desencadear responsabilidade na esfera funcional, regida pelo estatuto ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, na esfera política, na esfera civil e na esfera criminal.⁵¹

A interpretação constitucional e os direitos fundamentais autorizam taxar de desproporcional a norma que coloca conduta culposa como apenável como improbidade. Esta conclusão se afirma ainda que se possa argumentar, como tem reconhecido a doutrina e se manifestado a jurisprudência, que o juiz, com o seu prudente arbítrio, deve dosar as diversas penas previstas na Lei n. 8.429/92, segundo as peculiaridades concretas de cada caso. Esta circunstância, que não pode deixar de ser levada em consideração no momento da aplicação da norma aos casos individuais trazidos ao Poder Judiciário não afasta, no entanto, a análise feita, que aponta no sentido da desproporção da norma que prevê como improbidade conduta culposa.

Para corroborar o que se disse sobre a reprovação da norma em questão no teste de proporcionalidade deve-se tomar ainda um último aspecto, fundado nesta mesma proporcionalidade ou proibição de excesso, que tem sido referido na doutrina como princípio da determinabilidade. As normas restritivas de direitos fundamentais têm que se revestir de determinabilidade, clareza e densidade de forma que os titulares dos direitos fundamentais saibam o que esperar da atuação estatal restritiva. De pouco adiantaria a reserva de lei se esta pudesse ser indeterminada. Em primeiro lugar, a concreção da previsão legal seria transferida para outras instâncias estatais. Em segundo lugar, o indivíduo não teria segurança para pautar as suas ações, não saberia quais delas seriam merecedoras da proteção jusfundamental. Nesse sentido, fala-se inclusive que a determinabilidade é um elemento da proibição do excesso, pois uma restrição veiculada por enunciados legais pouco densos viabiliza restrições concretas desproporcionais.⁵²

Legislador, p. 501 ss, 596 ss; GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, p. 311-312; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizada pela Consituição*, p. 737 ss; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 202 ss. Sobre os passos do controle, vide PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte. Staatsrecht II, p. 64 ss.

⁵¹ BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 114.

⁵² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, p. 191 ss.

Na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana esta exigência de determinabilidade tem sido desenvolvida diante de medidas restritivas dos direitos comunicativos, tendo sido algumas delas reputadas inconstitucionais por *overbreath*, *void for vagueness* e *chilling effect*. Entende-se que se a norma restritiva é demasiado vaga os seus destinatários não têm como avaliar com segurança o que está e o que não está incluído na sua previsão proibitiva, o que pode resultar num efeito inibitório ou intimidatório, o chamado *chilling effect*. Trata-se de um efeito perverso e desproporcional, por isso constitucionalmente ilegítimo, uma vez que dissuade titulares de direitos fundamentais de se moverem no âmbito em que contam com a proteção jusfundamental.⁵³

Além deste efeito perverso deve-se atentar para uma possível aplicação discriminatória da norma eivada de desproporção por violação à exigência de determinabilidade. Diante de uma norma marcada pela indeterminabilidade, como dito, abre-se mais espaço para o juízo dos aplicadores, o que pode resultar numa aplicação discriminatória, ou seja, numa aplicação que penitencie mais ou grupos impopulares, minoritários ou mesmo aqueles com menor poder de pressão política e social.⁵⁴

Trazendo estas considerações acerca da determinabilidade para a análise da Lei n.º 8.429/92 torna-se ainda mais controversa a constitucionalidade de diversas de suas normas à luz da proporcionalidade. Certamente a Lei visa a ter e deve ter um efeito inibitório, mas tal efeito tem que se ater aos atos efetivamente eivados de improbidade administrativa; não se pode admitir o *chilling effect* nem a aplicação discriminatória da Lei. A questão da determinabilidade ganha contornos mais graves diante desta Lei, uma vez que todas as condutas capazes de configurar atos de improbidade são descritas de forma meramente exemplificativa, ou seja, o agente não sabe ao certo que conduta poderá ser tida como improbidade, desencadeando a aplicação das sanções previstas na Lei, inclusive a suspensão dos direitos políticos. Quando se exige, como aqui se defende, a má-fé, a desonestidade, e não a mera culpa – ou mesmo o dolo genérico tal como explicitado acima –, entende-se que o vício da determinabilidade é amenizado, mas diante da previsão exemplificativa de condutas culposas como ato de improbidade é irremediável o reconhecimento da desproporção da norma.

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

Nesse cenário, forçoso concluir que a disciplina da improbidade administrativa tem que se circunscrever aos limites jurídicos colocados pela Constituição, com destaque para os direitos fundamentais e para os princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático e Social, sob pena de se transformar, não em instrumento indispensável para o combate à corrupção, mas em instrumento de injustiça.⁵⁵ E o que é igualmente indesejável em termos do funcionamento da Administração Pública, a caça desproporcional à improbidade pode levar o

⁵³ A argumentação é desenvolvida com base em NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, p. 193-194.

⁵⁴ Esta advertência foi igualmente colhida em NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, p. 194.

⁵⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 138.

administrador honesto, por medo, em vez de perseguir o interesse público, a aplicar fielmente o Código do Fracasso de que nos fala Roberto Dromi, segundo o qual:

“Art. 1º. Não pode!

Art. 2º. Em caso de dúvida, abstenha-se!!

Art. 3º. Se é urgente, espere!!!

Art. 4º. É sempre mais prudente não fazer nada!!!!”⁵⁶

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Estoril: Principia, 2007. 159 p.

ALEXY, Robert. Basic rights and democracy in Jürgen Habermas’s procedural paradigm of the law. *Ratio Juris*, Oxford, v. 7, n. 2, p. 227-238, jul. 1994.

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 22, n. 66, p. 13-64, sep./dic. 2002.

ALEXY, Robert. Grundrecht als subjektive Rechte und als objektive Normen. *Der Staat*, 29. Band, Heft 1, 1990. p. 49-68.

ALEXY, Robert. Rechtssystem und praktische Vernunft. *Rechtstheorie*, 18. Band, 1987. Heft 4, p. 405-419.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2006. 424 p.

BENDA, Ernst. El Estado social de Derecho. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de derecho constitucional*. 2.ed. Madrid: Marcial Pons. 2001. p. 487-559.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa por violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 145 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 805 p.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. 246 p.

⁵⁶ Citado em MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: As Dúvidas dos Juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais*.

- BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 20, n. 59, p. 29-56, mayo-agosto, 2000.
- CARBONELL, Miguel. Prólogo: la interpretación como problema. In: GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Traducción Miguel Carbonell; Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2008, p. 9-25.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 1.008 p.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *O direito de manifestação: âmbito de protecção e restrições*. Coimbra: Almedina, 2006. 122 p.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Direitos fundamentais: sumários*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002. 131 p.
- COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. 312 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 765 p.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 213 p.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. 367 p.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Traducción Miguel Carbonell; Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2008. 102 p.
- HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- KRÜGER, Herbert. Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz. *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1950.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. 372 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 1016 p.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. 563 p. t.4
- MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: As Dúvidas dos Juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-PAULOMODESTO.pdf>. Acesso em 1. out. 2010.
- MODUGNO, Franco. Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale. In: AZZARITI, Gaetano. *Interpretazione costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2005. p. 51-81.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2010. 212 p.

- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 242 p.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006. 231 p.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. 285 p.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004. 344 p.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. 1008 p.
- OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária; a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Cascais: Principia, 2001. 286 p.
- OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*. Lisboa: Lex, 1995. 977 p. v.2
- PACE, Alessandro. *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*. In: AZZARITI, Gaetano. *Interpretazione costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2005. p. 83-113.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 24. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2008. 317 p.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. 873 p.
- SANCHÍS, Luis Prieto. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de la clausura del sistema de libertades. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Madrid, ano 5, n. 8, p. 429-468, enero./jun., 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 493 p.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 410 p.
- SEGADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13, n.39, p. 195-247, sept./dic. 1993.
- STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). *Handbuch des Staats Rechts*. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000. p. 3-44.
- TRIBE, Laurence H. Taking text and structure seriously: reflections on free-form method in constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, v. 108, n. 6, p. 1223-1303, apr. 1995.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción Marina Gascón. 8.ed. Madrid: Trotta, 2008. 156 p.

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA AUTORIDADE POLICIAL NO CASO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NO CHAMADO FURTO DE BAGATELA

LUIZ MARCELO CABRAL TAVARES*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O flagrante delito. 2.1 Natureza jurídica da voz de prisão em flagrante. 2.2 A legalidade estrita. 3. A dignidade da pessoa humana como fundamento da República. 4. Doutrina. 5. Ponderação de princípios. 6. Caso concreto. 7. Jurisprudência. 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é fomentar o debate acerca da necessária superação do princípio da legalidade estrita no âmbito do inquérito policial em favor da dignidade da pessoa humana, em particular, no chamado furto de bagatela.

O Estado Democrático de Direito e o aperfeiçoamento das instituições dentro desse contexto têm dado uma nova moldura à jurisprudência e à doutrina pátrias.

Não se concebe, portanto, na atual conjuntura, por parte dos agentes da segurança pública, uma atuação mecânica e divorciada dos ares democráticos que devem permear as relações jurídicas, mormente, aquelas que envolvem direitos fundamentais.

Buscar-se-á demonstrar, destarte, com base na doutrina e na jurisprudência, a viabilidade da utilização do princípio da insignificância pela Autoridade Policial por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante delito por crime de furto.

2. O FLAGRANTE DELITO

Previsto no Capítulo II, do Título IX, do livro I, do Código de Processo Penal e embora

se deva entender como a relação de imediatidade entre o fato ou evento e sua captação ou conhecimento, o art. 302 contempla também situações em que não é mais possível falar-se em ardência, crepitação ou flagrância, expressões normalmente utilizadas na doutrina a partir da expressão latina *flagrare*.¹

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Ex-Delegado Titular da Delegacia de Crimes Contra o Patrimônio.

¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 410

A despeito da importância do tema, seu aprofundamento foge do escopo do presente trabalho, haja vista que o ponto nodal do estudo diz respeito ao ato administrativo consubstanciado na chamada ratificação da voz de prisão em flagrante, pelo que, ao se referir ao flagrante delito, estará a se reportar, genericamente, a qualquer daquelas hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal.

É consabido que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”²

Pensemos na hipótese mais corriqueira de prisão em flagrante, ou seja, aquela realizada pela Polícia Militar dos Estados, a quem cabe o policiamento ostensivo³ e pensemos mais, para facilitar nosso exemplo, num crime em que deva se impor, por determinação legal, a prisão em flagrante. Dada a voz de prisão em flagrante pelo miliciano, o increpado deve ser conduzido à Delegacia de Polícia com atribuição a fim de que seja feito o primeiro controle daquele ato e, se o caso, deflagrada a investigação. Caso estejam presentes os requisitos legais, a Autoridade Policial ratificará a voz de prisão em flagrante e documentará o ato através de um auto.

A propósito, auto “é a peça destinada à autenticação de atos e diligências, em que ocorre a necessidade de uma narração circunstanciada, para tanto participando o escrivão que tem fé pública”.⁴

2.1 NATUREZA JURÍDICA DA VOZ DE PRISÃO EM FLAGRANTE

A voz de prisão em flagrante, na hipótese vertente, e sua ratificação são atos que emanam de agentes investidos em cargo público, tratando-se, portanto, de manifestação de vontade da Administração Pública.

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da administração pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato resguardar, adquirir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.⁵

Ato administrativo é “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.”⁶

As noções de ato administrativo trazidas à colação têm por escopo realçar seu significado, alcance e conteúdo, notadamente quanto à sua exteriorização por um agente público, onde, portanto, encaixa-se a denominada voz de prisão em flagrante e sua ratificação. A propósito, como é consabido, o ato administrativo tem várias formas de exteriorização.

² Art. 301, CPP

³ Art. 145, §5º, CRFB

⁴ *Teoria e prática do inquérito policial e TCO*. Belo Horizonte: Academia de Polícia Civil de Minas Gerais. 2007. v.1

⁵ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_administrativo>. Acesso em: 9 jan. 2010.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86

Não há dúvidas, portanto, de que se está diante de um ato administrativo e que, nesse contexto, deve se submeter aos princípios elencados no artigo 37, *caput*, da Constituição da República.

2.2 A LEGALIDADE ESTRITA

Dispõe o artigo 5º, II, da Constituição da República, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Trata-se do conhecido princípio da legalidade.

De outro lado, “a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.⁷

Do cotejo dos dispositivos acima citados, verifica-se que a atuação dos agentes públicos deve se dar jungida à lei, diversamente do que ocorre com o particular.

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. (...) O princípio ‘implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas’. Na clássica e feliz comparação de Hely Lopes Meirelles, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza.⁸

Por ora, o que se tem, é a necessária observância aos ditames legais por parte dos agentes públicos por ocasião da exteriorização da vontade da Administração Pública, ou seja, aquelas pessoas investidas em um cargo público, na presente hipótese, para que levem a efeito um ato administrativo, devem fazê-lo com base na lei.

Nada obstante, é forçoso reconhecer que a legalidade formal, a legalidade por mera legalidade não tem sido capaz de resolver e pacificar questões sociais relevantes.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA

Fundamento, substantivo masculino, significa, dentre outros, “principal apoio, base: a justiça é o fundamento de um Estado”.⁹

É naquilo em que se funda algo, em que se baseia, que serve de diretriz, de orientação, de vetor.

Dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito, está a dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o artigo 1.º, III, da Constituição da República.

⁷ BRASIL. *Constituição da República*. Artigo 37, *caput*.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p.16

⁹ Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/dicionario.php?P=Fundamento>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

Nesse contexto, é intuitivo que os entes federativos deverão pautar sua atuação no postulado da dignidade da pessoa humana, ou seja, referido princípio é premissa básica para as ações dos agentes públicos.

Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e "um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro."¹⁰

4. DOUTRINA

Como *ultima ratio* que é, o Direito Penal é vocacionado a resguardar os bens mais importantes existentes na sociedade.

Escolhidos pelo legislador ordinário os bens a serem tutelados, integrarão eles a parcela que merecerá a atenção do Direito Penal, haja vista seu caráter fragmentário.

É conhecido o adágio *nullum crimen, nulla poena sine praevia legem*, plasmado no artigo 1º do Código Penal Brasileiro, consagrando-se, assim, na seara penal, o princípio da legalidade.

Dentre os efeitos do princípio da legalidade, está a taxatividade.

As leis que definem crimes devem ser precisas, marcando exatamente a conduta que objetivam punir. Assim, em nome do princípio da legalidade, não podem ser aceitas leis vagas ou imprecisas, que não deixam perfeitamente delimitados o comportamento que pretendem incriminar – os chamados tipos penais abertos (Hanz-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal: parte General*, 4. ed. Granada, Editorial Comares, 1993, p. 223). Por outro lado, ao juiz que vai aplicar leis penais é proibido o emprego da analogia ou da interpretação com efeitos extensivos para incriminar algum fato ou tornar mais severa sua punição. As eventuais falhas da lei incriminadora não podem ser preenchidas pelo juiz, pois é vedado a este completar o trabalho do legislador para punir alguém.¹¹

Nesse contexto, tem-se que, observados os princípios correlatos, o legislador, finalmente, pode proibir condutas sob a ameaça de sanção.

Por ser extremamente oportuno, vejamos o que diz sobre o assunto o Professor Rogério Greco:

Então, por exemplo, o legislador, entendendo que a integridade física das pessoas, por ser extremamente relevante, deveria merecer a proteção do Direito Penal, criou o delito de lesões corporais, dizendo, no art. 129, *caput*, do Código Penal, que aquele que ofender a integridade física ou a saúde de outrem receberá uma pena de detenção, que variará entre um mínimo de três meses a um ano. Mas não parou por aí. Entendeu também o legislador que tinha de coibir as lesões corporais causadas também de forma culposa e, assim, fez inserir um parágrafo (6º) ao art. 129 do Código Penal, determinando, dessa forma, que se a lesão for culposa o agente poderá ser condenado a

¹⁰ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

¹¹ DELMANTO, Celso et. al. *Código Penal comentado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 4.

uma pena de dois meses a um ano de detenção. O legislador, como se percebe, preocupou-se com a integridade física das pessoas da forma mais abrangente possível punindo não só aqueles que a ofendessem dolosamente, como também de forma culposa.

Até aqui não existe novidade alguma. Obedecido o procedimento legislativo previsto na Constituição Federal, o legislador, sempre com sua atenção voltada aos princípios anteriormente mencionados, poderá criar tipos penais incriminadores.

A título de ilustração, será que o legislador, ao criar o tipo de lesões corporais, isto é, aquelas em que o agente, não observando o seu exigível dever de cuidado, ofende a integridade física ou a saúde de outrem, agindo com negligência, imprudência ou imperícia, quis se referir, indistintamente, a qualquer resultado culposos a que se tenha dado causa?¹²

Aproveitemos a indagação do festejado Professor como um convite à reflexão.

Na esteira de seus ensinamentos e da doutrina em geral, é consabido que, para a caracterização do fato típico, a tipicidade se divide em tipicidade formal e tipicidade conglobante. A tipicidade formal é a subsunção perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal. Para a configuração da tipicidade conglobante, é necessário verificar se a conduta do agente é antinormativa e se o fato é materialmente típico. Para o que nos interessa, ou seja, para o estudo do princípio da insignificância, nossa reflexão se cinge, por ora, a esse segundo aspecto, ou seja, à tipicidade material.

Abstraindo-se do princípio da intervenção mínima, que se extrai, em passant, do primeiro parágrafo do presente capítulo, pelas regras subministradas pela experiência comum, é possível deduzir que o legislador não se preocupou com qualquer lesão, em qualquer circunstância, a qualquer bem, mormente, em face da fragmentariedade do Direito Penal.

Nesse diapasão, o princípio da insignificância, como decorrência da fragmentariedade do Direito Penal poderá orientar a conduta dos agentes públicos, sendo imperioso reconhecer, como se verá mais à frente, que a discussão desborda do ambiente acadêmico e se faz presente no cotidiano.

5. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Técnica conhecida, notadamente no âmbito da fiscalização abstrata da constitucionalidade, é a chamada ponderação de princípios, que consiste na solução de eventuais antinomias entre duas normas de mesma hierarquia.

Clèmerson Merlin Clève leciona:

A solução das eventuais antinomias dá-se, particularmente, mediante a utilização do “princípio da concordância prática” ou da “cedência recíproca”. Neste caso, os princípios aparentemente contraditórios alcançam interpretação harmonizadora em face da atuação do intérprete que abandona a pretensão de conferir a cada um deles interpretação absoluta ou isolada.

Parece claro que, a despeito de se tratar de hipótese que não coincide na íntegra com o presente estudo, nada impede que, no caso da ratificação da voz de prisão em flagrante, seja

¹² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 66.

feita uma ponderação de interesses, mormente a partir do paradigma da dignidade da pessoa humana, que deve informar todo o ordenamento jurídico.

Não se pode perder de vista que o Direito é instrumento vocacionado à satisfação das necessidades da criatura humana e é justamente essa noção de efetividade que deve permear a implementação dos direitos fundamentais.

6. CASO CONCRETO

No presente tópico, procurar-se-á demonstrar que não se está diante de mera discussão acadêmica.

Que funcione, então, como uma exortação à necessária reflexão acerca do tema.

Tendo exercido o cargo de Delegado de Polícia, deparei-me, em meu primeiro plantão, com um flagrante de furto de dois pacotes de pilha, cada um deles contendo três ou quatro pilhas. O conduzido já possuía passagem na Polícia por outros dois furtos semelhantes, circunstâncias que solicitamos o esforço de serem desconsideradas para auxiliar no exemplo, até porque, com efeito, tais circunstâncias foram pouco ou nada significativas.

Todos os colegas de trabalho ficaram, inicialmente, perplexos e declararam que seria uma difícil decisão, até mesmo para aqueles com muitos anos de serviço e experiência.

O fato gerou debates na faculdade de direito local, com posições diversas.

Parece não haver dúvidas de que o acesso ao cargo Delegado de Polícia se dá mediante concurso público de provas ou de provas e títulos e que referido cargo mereceu a atenção da Constituição da República, *ex vi* dos artigos 37, II e 144, § 4º.

Ademais, “para o ingresso na carreira de Delegado de Polícia, é exigido o título de Bacharel em Direito e concurso público, realizado com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado de Minas Gerais, e exigido curso de nível superior de escolaridade para a de Perito Criminal.”¹³

Não se concebe, assim, que se esteja a tratar de um autômato, que não avalia as decisões que toma, que não examina o que é trazido ao seu conhecimento, mormente, em razão do ofício.

Os bancos acadêmicos frequentados por todos os profissionais de direito é o mesmo e, pasmem, seus títulos de graduação também são os mesmos.

Qual deveria ser a atitude no caso ora relatado?

Antecipando um pouco os fatos, informa-se que já no dia seguinte, o investigado estava nas ruas.

Houve a orientação de alguns colegas, na ocasião, para que se ratificasse o flagrante, já que se tratava de um “Delegado novo que deveria mostrar a que veio.”

¹³ MINAS GERAIS. *Constituição Estadual*, art. 140, § 3º.

Outros, mais desavisados, advertiram que um Membro do Ministério Público, numa atitude açodada, poderia entender estar diante de um caso de prevaricação.

Examinando friamente a hipótese, seria o caso de se mandar recolher o indivíduo? O recolhimento à prisão teria algum efeito benéfico? Conhecendo a jurisprudência hodierna, futuro processo redundaria numa condenação à pena privativa de liberdade?

Uma atividade dessa magnitude não permite decisões informais, tampouco que seja lançada na “fogueira das vaidades”.

Recorramos à maiêutica: vivemos ainda no Ancien Régime? Existem poderes ou instituições dotadas de poder absoluto? Estamos dispostos a reconhecer a autoridade dos artigos 1º e 2º da Constituição da República? Estamos conscientes, enfim, de que vivemos numa República?

Maiêutica, cuja criação é atribuída a Sócrates, permita-se o esclarecimento, é o “método que consiste em uma sucessão de perguntas e no uso da ironia para levar o interlocutor a desenvolver o próprio pensamento sobre algo que ele acreditava conhecer.”¹⁴

No dia seguinte, já em liberdade, o investigado foi até a Delegacia para pedir desculpas. Pelas circunstâncias do caso, foi possível concluir que se tratava de mais um protagonista de uma estória de indigência social. Uma criatura que, por óbvio, tinha responsabilidades, que se portou de forma antissocial, mas que tivera poucas oportunidades e que, portanto, merecia uma reprimenda adequada à sua recuperação e não uma masmorra irremediável.

7. JURISPRUDÊNCIA

É imperioso trazer à colação orientação jurisprudencial a respeito do assunto.

Senão, vejamos:

Inexistindo norma que o obrigue a autuar em flagrante todo cidadão apresentado como autor de ilícito penal, considerando seu poder discricionário, não há se falar em prevaricação (TACrSP, RT 728/540, 748/639). Devendo buscar elementos que sirvam de base à instauração da ação penal, o delegado pode juntar os documentos que entenda pertinentes aos fatos da investigação, não se podendo falar, nesta hipótese, de prática do delito do art. 319 (STJ, RT 783/588).¹⁵

Delegado de Polícia que não lavra auto de prisão em flagrante em razão da existência de dúvidas quanto a caracterização da infração cometida pelo agente – Configuração – Inocorrência – Trancamento da ação penal – Necessidade:

- Inexiste prevaricação na conduta de Delegado de Polícia que deixa de lavrar o auto de prisão em flagrante em razão da existência de dúvidas quanto a caracterização da infração cometida pelo agente, que exigia esclarecimentos e investigações sobre os fatos, uma vez que tal decisão é de caráter técnico-jurídico, decorrente de uma discricionariedade regrada, sendo certo que não pode a Acusação firmar denúncia ao acusado com base em elementos de natureza subjetiva, sem precisá-los, especificá-los ou determiná-los, devendo, nesta hipótese, a Ação Penal ser trancada por falta de justa causa.

¹⁴ PLATÃO. *Fédon*. Tradução Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

¹⁵ DELMANTO, Celso et al. *Op. cit.*, p. 639.

Habeas Corpus nº 370.792/1 – Jundiaí – 5ª Câmara – Relator: Cláudio Caldeira – 4/10/2000 – V.U – Voto nº 4.847.

TACRSP: “(...) Inocorre o delito do art. 319 do CP, na conduta de Delegado de Polícia que deixou de lavrar auto de prisão em flagrante de acusado que nessa situação se encontrava iniciando somente o Inquérito Policial, pois a regra da lavratura do auto de prisão em flagrante em situações que o exijam, não é rígida, sendo possível certa discricionariedade no ato da Autoridade Policial, que pode deixar de fazê-lo em conformidade com as circunstâncias que envolvem cada caso” (RDJTACRIM 51/193).

TACRSP: “Para a configuração do crime previsto no art. 319 do CP é indispensável que o ato retardado ou omitido se revele contra disposição expressa de lei. Inexistindo norma que obrigue o Delegado de Polícia autuar em flagrante todo cidadão apresentado como autor de ilícito penal, considerando seu poder discricionário, não há se falar em prevaricação” (RT 728/540).

TACRSP: “Ação penal... a autoridade policial goza de poder discricionário de avaliar se efetivamente está diante de notícia procedente, ainda que em tese e que avaliados perfunctoriamente os dados de que dispõe, não operando como mero agente de protocolo, que ordena, sem avaliação alguma, flagrantes e boletins indiscriminadamente (RJTACRIM 39/341).

TACRSP: “Compete privativamente ao delegado de polícia discernir, dentre todas as versões que lhe sejam oferecidas por testemunhas ou envolvidos em ocorrência de conflito, qual a mais verossímil e, então, decidir contra quem adotar as providências de instauração de inquérito ou atuação em flagrante. Somente pode ser acusado de se deixar levar por sentimentos pessoais quando a verdade transparecer cristalina em favor do autuado ou indiciado e, ao mesmo tempo, em desfavor daquele que possa ter razões para ser beneficiado pelos sentimentos pessoais da autoridade (RT 622/296-7). No mesmo sentido, TACRSP: RT 679/351, JTACRIM 91/192.

Como se vê, a jurisprudência é farta de exemplos.

Muito oportuno e esclarecedor, além, é o artigo “Delito Insignificante” do Professor Luis Flávio Gomes,¹⁶ onde se chama atenção para a responsabilidade de Delegados, Juízes e Promotores, ou seja, todos os órgãos da persecução penal, todos destinatários da mesma exortação, todos, da mesma forma, responsáveis por uma tutela efetiva, oportuna e adequada, todos integrantes de uma estrutura que se submete aos fundamentos insculpados no artigo 1º da Constituição da República.

8. CONCLUSÃO

Se não se fechar os olhos para a realidade, será forçoso concluir que o Delegado de Polícia pode e deve aplicar o princípio da insignificância, observadas as circunstâncias do caso concreto, na hipótese de flagrante do chamado furto de bagatela.

Relembremos que o Delegado, assim como Juízes, Promotores, Procuradores e demais profissionais da área jurídica, é Bacharel em Direito, além de ter se sujeitado a concurso público de provas e títulos.

¹⁶ Disponível em: <<http://www.mail-archive.com/penal@grupos.com.br/msg00596.html>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

Ademais, é profissional que integra Poder da República de um dos entes federativos, sujeitando-se, destarte, aos fundamentos elencados no artigo 1º da Carta Maior.

Não se pode admitir que o cargo de Delegado de Polícia tenha sido concebido para funcionar como mero órgão onde devam ser protocolizadas ocorrências. Não é o que nos mostra a jurisprudência, a lei e o bom senso. Se assim o fosse, bastaria um singelo despacho no sentido do encaminhamento ao órgão do Ministério Público com atribuição para que tudo se resolvesse. Não seriam necessários plantões que se estendessem por noites a fio onde se contam estórias tristes e, desafortunadamente, reais. Bastaria algo como o protocolo de petições para os processos judiciais em geral. Não se exigiria, enfim, a instauração de inquérito policial, tampouco disposições normativas acerca de referido procedimento.

É bem verdade que a Polícia necessita de melhor aparelhamento e seus profissionais, de diuturno aperfeiçoamento.

Nada obstante, há que se fazer uma escolha, em determinadas circunstâncias, prementes muitas vezes, entre o princípio da insignificância, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, e o princípio da legalidade estrita.

Do contrário, basta que se substitua o Delegado de Polícia por uma máquina cujo mecanismo faça ficarem consignados data e hora no boletim de ocorrência: é mais barato, mais fácil e bem menos humano.

TRANSAÇÕES ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIAS COM O ICMS

ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR*

SUMÁRIO

1. O contrato de transação. 2. As transações tributárias e as transações administrativo-tributárias. 3. As transações no direito administrativo tributário. 4. As transações administrativo-tributárias nos domínios do ICMS. 5. As transações tributárias na legislação mineira. 6. Alta indagação jurídica. 7. Conclusão.

1. O CONTRATO DE TRANSAÇÃO

Em sentido técnico, transação indica o contrato pelo qual as partes, mediante concessões recíprocas, previnem ou terminam litígio.¹ A matéria encontrou disciplina no anterior Código Civil brasileiro, no qual vinha como forma de extinção das obrigações (artigos 1.025 a 1.036). Classificando-a como mero “modo de extinção das obrigações”, marcante se coloca a influência de Clóvis Beviláqua,² que não a considera como contrato. Marcando-a como contrato, por outro lado, mesmo antes da edição do novo Código Civil brasileiro (CCB), já se pronunciava Afonso Fraga,³ Teixeira de Freitas,⁴ Sílvio Rodrigues,⁵ Serpa Lopes,⁶ Caio Mário da Silva Pereira,⁷ Maria Helena Diniz⁸, Orlando Gomes⁹ e Washington de Barros Monteiro.¹⁰ No atual CCB, a transação, acompanhando a tendência doutrinária dominante, aparece expressamente como contrato nominado no Capítulo XIX (“Da Transação”), do Título VI (“Das Várias Espécies de Contrato”), do Livro 1 (“Do Direito das Obrigações”), da Parte Especial, nos artigos 840 a 850.

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Professor Adjunto de Direito Público da UFMG.

¹ Para um maior aprofundamento do tema, convida-se para a leitura de BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, passim.

² Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código Civil*. v. 4, p. 179.

³ Cf. FRAGA, Afonso. *Da transação ante o Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1928. p. 19.

⁴ Cf. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. v. 1, p. 272-274.

⁵ Cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.3, p. 367-369.

⁶ Cf. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v.2, p. 258.

⁷ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11.ed. atualizado por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.3, p. 505.

⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.5, p. 257, 265.

⁹ Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 440.

¹⁰ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.4, p. 142.

Os autores que negam a natureza contratual da transação fazem-no sob o argumento de que a função dos contratos é criar obrigações, enquanto a transação visa extinguir obrigações e não criá-las.¹¹ Entretanto, se a função precípua do contrato é criar obrigações, eles não deixam, por isso, também, de ter a função de alterar ou extinguir obrigações. Além do mais, a transação não tem apenas serventia para a extinção de obrigações, mas seu desiderato primeiro é prevenir ou terminar conflitos e, para tanto, muitas vezes, altera obrigações ou mesmo cria obrigações novas,¹² podendo mesmo, mediante o estabelecimento de novo contrato, encerrar ou alterar contrato anterior.¹³

Por certo, o contrato de transação pode ter como resultado a extinção de obrigações; entretanto, por isso, não deixa, em sua natureza, de ser contrato. No mesmo caminho, Sílvio de Salvo Venosa pondera que “se a essência da transação é a reciprocidade de concessões, existindo ao menos duas vontades no negócio, tal negócio jurídico é bilateral e de natureza contratual”. Não lhe retira, da mesma forma, o caráter contratual o fato de poder ser celebrada no curso de uma lide, perante o juiz.¹⁴

Três elementos são necessários para se ter transação: 1. conflito; 2. intenção de pôr fim ao conflito e 3. concessões recíprocas.¹⁵

Para que possa haver qualquer transação é essencial a existência de uma relação jurídica controvertida. Se não existe litígio ou sua iminência, não há razão lógica para se lançar mão de transação. A questão, porém, está em se basta a existência de uma relação jurídica litigiosa (*res litigiosa*) ou se deve haver uma relação jurídica sobre a qual paire efetivamente dúvida (*res dubia*).

Para uma primeira corrente, é necessário apenas que exista a *res dubia*; para uma segunda, é necessário apenas a *res litigiosa*; para uma terceira, exige-se que a relação jurídica seja litigiosa e duvidosa.¹⁶ Para os adeptos da segunda corrente, majoritária na doutrina, é essencial a existência de litígio para que possa haver transação, sendo a existência da dúvida mero elemento accidental que pode estar ou não presente, pois o elemento essencial da transação é a vontade de eliminar o litígio, sendo a vontade de eliminar a dúvida apenas uma possível explicação da razão pela qual a transação foi levada a cabo. Os adeptos da primeira corrente acreditam que para haver transação deve haver a falta de certeza na relação jurídica; discutem, porém, se a dúvida deve ser identificada objetiva ou subjetivamente. Para os adeptos da tese objetivista, deve haver dúvida real sobre o desfecho da lide, de modo que não pode ter lugar transação quando o direito de uma das partes é incontestável, ou seja, o juiz não pode homologar o acordo quando não houver dúvida real. Para a corrente subjetivista, basta que dúvida surja no espírito das partes que transigem.¹⁷

¹¹ Nesse sentido, na seara tributária, BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 905.

¹² Nesse sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 25-26.

¹³ Nesse sentido, LOBO, Paulo Luiz Netto. Dos contratos em geral. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Código Civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 559.

¹⁴ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. v.2, p. 306.

¹⁵ Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 26. Para Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t.25, p.117-133), dois são os elementos essenciais à qualificação da transação: controvérsia e a reciprocidade.

¹⁶ Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 27-28.

¹⁷ Como informa Serpa Lopes, esta é a corrente que prevalecia no Direito Romano e que é majoritária na doutrina francesa e alemã. (*Curso de direito civil*, p. 259) Na doutrina brasileira, Washington de Barros Monteiro afirma que para haver transação é necessária apenas a *res dubia* e não se há de cogitar se esta é fundada ou não,

Exceto se a lei disciplinar a questão em sentido contrário, basta a existência da res litigiosa para que possa ter lugar a transação. Não é indispensável a ocorrência de *res dubia*, uma vez que a transação pode ser viável, tendo em vista a existência de conflito de interesses, sem que haja qualquer dúvida no espírito das partes sobre quem tem ou não razão. De fato, havendo conflito de interesses, em curso ou iminente, para as partes, pode ser interessante um acordo de concessões recíprocas que elimine a controvérsia. Porém, mesmo alguns que defendem a necessidade da existência da *res dubia* acreditam que a dúvida pode dizer respeito apenas ao resultado do processo.¹⁸

O primeiro requisito da transação, assim, é a ocorrência de relação jurídica litigiosa (*res litigiosa*), e não de relação jurídica duvidosa, bastando que haja um conflito, em curso ou iminente, não sendo necessário se cogitar acerca da existência ou não de dúvida para que o conflito possa vir a receber solução transacional.¹⁹ Ademais, é possível que o interessado tenha mesmo uma “fé cega” na vitória (ignorando até que todo processo judicial envolve uma dose de incerteza) e mesmo assim resolva terminar a lide por transação, exatamente porque prefere ceder e ter mais cedo uma solução para o litígio a aguardar a decisão judicial e ter uma vitória completa, mas tardia.²⁰

Em síntese, a transação pode ter lugar quando se está diante de uma controvérsia ou de um temor de controvérsia (que, por certo, pode decorrer de uma dúvida), ou seja, a transação encontra seu espaço perante litígio, em curso ou potencial, ainda que decorrente de dúvida sem qualquer fundamento jurídico.

O segundo elemento necessário para que possa fazer a transação é a vontade de transigir. A transação é a solução contratual do conflito, estabelecida pelas próprias partes, devendo resultar, assim, não da vontade unilateral de apenas uma das partes de pôr fim ao conflito, mas das vontades das partes litigantes de estabelecerem, em comum acordo, uma solução para a controvérsia. Se a solução do conflito é dada por terceiro, trata-se de solução judicial da lide ou de arbitragem, mas não de transação.²¹ Por ser um negócio jurídico bilateral em que as partes abrem mão de seus interesses, será imprescindível a manifestação volitiva dos transatores, logo, não poderá haver transação em virtude de lei.²²

Quanto ao terceiro elemento, pode-se verificar que a transação resolve a controvérsia mediante concessões recíprocas. Sem concessões recíprocas, sem que cada uma das partes ceda um pouco na sua pretensão, para que o conflito seja resolvido, ocorre liberalidade (desistência ou submissão), mas não transação.²³ Para haver concessões recíprocas, não se exige que a parte abra mão de um direito que “acredita ter”, ou seja, a questão da existência de concessões recíprocas deve ser verificada em termos objetivos, não importando considerações psicológicas. Não é relevante saber se as partes, no seu íntimo, abriam mão de direito que acreditavam ter.²⁴ É

bastando que ela surja no espírito das partes. Como afirma o autor, não é preciso que essa incerteza ocorra. Basta que ela transpareça aos olhos das partes, ainda que, na verdade, não exista dúvida para um jurista, um técnico ou outra pessoa mais experiente. (*Curso de direito civil*. p. 309)

¹⁸ Sílvio Rodrigues afirma que a dúvida, por vezes, consiste no receio do resultado de um processo ainda não iniciado, isto é, no mero temor de um risco judicial, embora o interessado esteja convicto de que sairá vencedor na futura demanda, dada a excelência de seu direito. Em suas palavras, “prefere, entretanto, ceder parcialmente, para evitar o perigo, ainda que remoto, de sair vencido”. (*Direito civil*. p. 371)

¹⁹ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. p. 305.

²⁰ Nesse sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 30.

²¹ Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 31.

²² Cf. DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v.5, p. 258.

²³ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 305; RODRIGUES, Sílvio. *Op. cit.*, p. 372.

²⁴ Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 32-36.

perfeitamente possível que uma das partes acredite estar com a razão e a outra parte, intimamente, esteja certa de não estar com a razão, entretanto, mesmo assim, pretenda manter a lide. Nesse caso, em sede de transação, a parte que abre mão de manter o conflito por mais tempo faz, de alguma forma, uma concessão.²⁵ No mundo fático, deixar de manter uma discussão judicial, embora esta possa até não ter fundamento jurídico relevante, é concessão pragmática. Enfim, a transação é instituto essencialmente pragmático. As partes subtraem a solução da lide do Estado-Juiz e lhe dão sua própria solução, numa visão inteiramente pragmática do problema.²⁶

É possível que a transação envolva direitos incontroversos, indubitáveis, e as concessões recíprocas digam respeito a outros direitos. Havendo conflito relativo à propriedade de determinada faixa de terra, por exemplo, as concessões na transação não precisam se restringir ao direito de propriedade sobre a faixa de terra disputada. Uma das partes pode abdicar de sua pretensão sobre a propriedade, como concessão na transação, enquanto a outra pode ajustar a entrega de 200 sacas de café.²⁷ Enfim, pode haver litígio atinente a determinado bem e a transação, para eliminar conflito potencial, envolver concessões de outros bens.²⁸

Trata-se de contrato comutativo,²⁹ portanto, deve haver equivalência das prestações, mas esta deve ser apreciada subjetivamente. Cada um é juiz de seus interesses e o caráter comutativo não se perde pelo fato de uma das partes fazer à outra concessões que a terceiro possam parecer muito mais vantajosas.³⁰

Por outro giro, a transação envolve concessões condicionadas reciprocamente, orientadas para um mesmo fim, ou seja, uma parte faz suas concessões para prevenir ou terminar o litígio exatamente porque a outra também fez concessões, por isso não há que se falar em caráter unilateral de transação.³¹ Nesse sentido, é necessário que ocorram concessões mútuas de qualquer teor, e as obrigações que se originam são interdependentes. Cada parte obriga-se precisamente porque a outra se obrigou. Trata-se, portanto, de contrato inequivocamente sinalagmático.³²

Quanto à onerosidade, para haver transação não pode ocorrer liberalidade ou gratuidade para qualquer das partes. Deve haver concessões recíprocas, que podem ser de diversas naturezas, até mesmo prestações sem caráter patrimonial. A propósito, as transações podem ser classificadas, quanto ao objeto da transação, em transações simples ou transações complexas.³³ As primeiras seriam aquelas em que as concessões recíprocas envolvem única e exclusivamente o direito disputado, enquanto as segundas podem ser entendidas como aquelas em que também há concessões estranhas ao direito disputado.

O Direito Civil marca as espécies de transação, conforme esteja em mira prevenir ou terminar um litígio: transação preventiva ou transação terminativa. Na transação preventiva, pressupõe-se a inexistência de processo judicial para solucionar a pendência, ou seja, trata-se

²⁵ Nesse sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 35.

²⁶ Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 33.

²⁷ No exemplo de CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 45.

²⁸ Nesse sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 45.

²⁹ Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 441.

³⁰ Nesse sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 38.

³¹ Nesse sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 36-37.

³² Nesse sentido, GOMES, Orlando. *Contratos*. p.441.

³³ Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 48.

daquela transação que se realiza antes de a lide ser submetida ao crivo judicial. Já na transação terminativa a solução jurisdicional da lide é substituída pela solução contratual da transação, isto é, diz respeito a direitos que estão sendo contestados em juízo e visa pôr fim ao processo judicial. A transação é normalmente levada a cabo para evitar os riscos de derrota, sempre existentes em uma disputa judicial, a demora na obtenção da prestação jurisdicional e, em muitos casos, a própria possibilidade de o provimento jurisdicional não ser satisfatoriamente executado.³⁴ A transação terminativa é transação judicial, uma vez que, independentemente de ser celebrada por escritura pública ou por termo nos autos, será necessária a homologação judicial (art. 842 do CCB).³⁵

2. AS TRANSAÇÕES TRIBUTÁRIAS E AS TRANSAÇÕES ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIAS

As possibilidades de soluções consensuais são, teoricamente, pelo menos a princípio, mais reduzidas quando se está em ramo do Direito Público sujeito ao princípio da tipicidade, como o Direito Penal e o Direito Tributário. Nesses domínios, pelo menos tendencialmente, a lei não pode abrir margem discricionária para a autoridade administrativa valorar casos concretos. Exatamente por essas razões é que se questiona se o Direito Tributário seria infenso ao concerto entre a Administração e o contribuinte. A realidade não confirma a tendência teórica, mas, ao contrário, pragmaticamente, proliferam as soluções contratuais no Direito Tributário,³⁶ bem como no Direito Penal.

Se, por um lado, a transação penal encontrou consagração constitucional (art. 98 da CRFB/88), por outro, o Direito Tributário tem de específico apenas as normas atinentes à “instituição” de tributos. O princípio da tipicidade aplica-se tão-somente àquilo que o Direito Tributário tem de específico, isto é, além das fronteiras postas pelo tipo legal da norma de incidência tributária, a Administração Fiscal pode, se autorizado pela lei, manejar poderes discricionários que a habilitem a celebrar a transação administrativo-tributária.

Na visão de Alberto Xavier, admite-se a existência de ato bilateral em matéria de lançamento tributário, dependente de adesão ou aceitação da vontade do contribuinte; entretanto, o consenso fisco-contribuinte não pode ter o valor jurídico de fato constitutivo de obrigação tributária, mas de acto tributário (lançamento), isto é, de ato de aplicação da norma tributária material que visa à concretização de seus elementos e definição da prestação tributária.³⁷ O lançamento tributário diz respeito a atuação administrativa que, indubitavelmente, encontra-se na faixa de atuação do poder de polícia fiscal.³⁸ Portanto, no lançamento tributário, a Administração não faz incidir qualquer norma de incidência tributária, não exercendo qualquer fatia de poder tributário.³⁹

³⁴ Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 41.

³⁵ Nesse sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 41.

³⁶ Para um aprofundamento da questão na seara tributária, vale conferir MUZZI FILHO, Carlos Victor. A vontade do contribuinte no direito tributário (existem ‘contratos fiscais’?). *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual*, Belo Horizonte, n. 48-50, p. 11-32, out. 2002/jun. 2003; NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais*. Coimbra: Coimbra, 1994, *passim*.

³⁷ Cf. XAVIER, Alberto. *Conceito e natureza do acto tributário*. Coimbra: Almedina, 1972. p. 98, 103.

³⁸ Para um melhor desenvolvimento do tema, remete-se à leitura de Onofre Alves Batista Júnior. *Poder de polícia fiscal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, *passim*.

³⁹ Nesse sentido, BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Op. cit.*, p. 264-274.

A transação administrativo-tributária, em quaisquer das fases do procedimento administrativo tributário no qual é feito o lançamento, deve observar, sobretudo, os princípios do Direito Administrativo Tributário. É o caso, por exemplo, da transação que se verifica na definição dos elementos quantitativos do fato gerador, tais como o concordato tributário, os *closing agreements*, os *Steuervereinbarungen*. Nesse sentido, porém, se está perante contratos administrativos de transação celebrados à luz do Direito Administrativo Tributário, e não perante contratos de Direito Tributário.

3. AS TRANSAÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

O Código Tributário Nacional (CTN) prevê, dentre as modalidades de extinção do crédito tributário, no art. 156, III, a transação. Tal como o CCB, o CTN não considera a transação como contrato, mas como forma de extinção das obrigações. Disciplinando a figura, o art. 171 do CTN determina que a lei pode facultar, nas condições que estabelecer, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em extinção do crédito tributário. Portanto, os entes tributantes, nos termos que vierem a estabelecer em lei, podem abrir margens discricionárias à Administração Tributária, para que esta possa celebrar transações com o crédito tributário já constituído, abrangendo imposto, juros e multas, ou mesmo apenas as multas.

O CTN abre a possibilidade às pessoas políticas de, por meio de lei, disciplinarem a transação, isto é, a transação administrativo-tributária tem como pressuposto a existência de lei da entidade tributante disciplinando sua celebração.⁴⁰ Os entes tributantes, nos termos que vierem a estabelecer em lei, podem abrir margens de discricionariedade à Administração para que esta possa celebrar transações. Além das amarras que vierem a ser estabelecidas na lei da pessoa tributante, a Administração Pública, nas margens de discricionariedade, em suas decisões, deve respeito aos princípios constitucionais reitores do Direito Administrativo Tributário, ou seja, a Administração Pública, para celebrar transação administrativo-tributária, deve reverência às vinculações tendenciais postas por vetores constitucionais, tais como os princípios da moralidade, da imparcialidade, da isonomia, da razoabilidade, dentre outros.

Para alguns autores, a transação só é admissível para pôr fim a processos judiciais, ou seja, não admitem a transação preventiva.⁴¹ Em outras palavras, para uma corrente doutrinária, apenas depois de instaurado o “litígio” é possível a transação. Nessa linha de idéias, o litígio somente se verifica em processo contencioso, no qual existe formação de juízo para apreciação da causa, daí a transação somente pode ser realizada no curso de processos judiciais.⁴² O CTN, porém, emprega o termo “litígio” no sentido amplo, abrangendo pendências administrativas ou judiciais,⁴³ portanto a transação pode ocorrer em processo administrativo ou judicial, pois envolve

⁴⁰ Nesse sentido, MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 196.

⁴¹ Nesse sentido, MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 146-147; MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p. 196; ÁLVARES, Manoel. Comentários aos artigos 165 a 174. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Código Tributário Nacional comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 653-656.

⁴² Nesse sentido, dentre outros, SPANIOL, Werther Botelho. *Curso de direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 239.

⁴³ Nesse sentido, CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 309.

pretensão resistida por uma das partes. Dessa forma, se a lei da pessoa política tributante determinar, a transação pode ser realizada no curso de um processo administrativo.⁴⁴

O conceito de litígio deve ser tomado da forma mais ampla e técnica, querendo significar “conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”,⁴⁵ e essa resistência, em especial na seara tributária, pode se dar no curso de processo administrativo. “Lide” e “litígio” tecnicamente são sinônimos e “correspondem a evento anterior ao processo”, sendo que sua existência constitui *conditio sine qua non* do processo, ou seja, “inexistindo litígio, não há sequer interesse em instaurar-se a relação processual”.⁴⁶ O momento, pois, em que surge o “litígio” é aquele quando o conflito surgido na disputa em torno do mesmo bem não encontra solução voluntária ou espontânea entre os diversos concorrentes e, persistindo o primeiro na exigência de que o segundo lhe entregue o bem, este resiste, negando a cumprir o que é reclamado.⁴⁷ Enfim, o litígio ocorre em momento anterior à existência do processo judicial e à provocação da jurisdição, daí, nos termos do CTN, a transação presta-se à solução de litígios, entendidos estes como pretensões do Fisco resistidas pelo contribuinte, anteriores ou posteriores ao processo judicial.

A expressão literal do art. 171 assinala que a lei pode facultar a celebração de transação que importe em “determinação” de litígio. A “determinação” do litígio significa a “resolução” do litígio, a “decisão” que pode se dar perante litígio potencial ou efetivamente instaurado. Em homenagem à eficiência administrativa, perante um potencial conflito, o Fisco não tem de esperar que esse se instale para poder solucioná-lo com a mesma decisão que poderia preventivamente ser abraçada.⁴⁸ Em outras palavras, litígio tributário, efetivo ou potencial pode ser resolvido por meio de transação preventiva ou terminativa.

Os artigos 156, III, e 171 do CTN determinam que a transação é modalidade de extinção do “crédito tributário”, entretanto o CTN não prima pela utilização adequada das expressões “crédito tributário” e “obrigação tributária”.⁴⁹ Na transação terminativa, que se dá após o lançamento (judicial ou extrajudicial), o que se pode estar extinguindo é o crédito tributário; na transação preventiva, o que se pode extinguir não é o crédito tributário, mas a obrigação tributária, uma vez que sequer o lançamento pode ter acontecido.

Para parcela da doutrina nacional, preventivamente não se extingue crédito tributário, mas a transação administrativo-tributária apenas verifica, de forma concertada, os exatos limites da obrigação tributária. O Fisco, ao celebrar a transação administrativo-tributária, não atua discricionariamente, mas no exercício de “discricionariedade técnica”.⁵⁰ A transação, assim, é mero mecanismo para se verificar a realidade resultante da incidência legal, realidade esta encoberta por uma penumbra que impede que se verifique com exatidão a matéria fática.

⁴⁴ Nesse sentido, MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p. 196.

⁴⁵ Nesse sentido, citando a clássica lição de Carnelutti, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p. 35.

⁴⁶ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso...* p. 35. Nesse mesmo sentido, afirma José Frederico Marques (*Manual de direito processual civil*. 2.ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Millennium, 1998. v. 1, p. 257) que “o litígio é extraprocessual. Contudo, ao ser levado ao processo, sua configuração será a que se lhe der na ação”.

⁴⁷ Nesse sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 36.

⁴⁸ Nesse sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 200.

⁴⁹ Nesse sentido, vale conferir AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 365-366.

⁵⁰ A discricionariedade técnica se dá quando a Administração deve tomar suas decisões puramente segundo critérios extraídos de normas técnicas. Não se trata de verdadeira discricionariedade, porque, embora não exista vinculação legal estrita, à Administração não é aberta margem de valoração e escolha dentre alternativas legalmente possíveis.

Paulo Ricardo de Souza Cruz, por exemplo, argumenta que, no procedimento de fiscalização, muitas vezes, o Fisco apura infrações à legislação, mas não consegue precisar certas circunstâncias fáticas, o que leva à utilização de algum critério de arbitramento. Portanto, antes, no curso, ou após o lançamento, deve-se admitir a transação, quando impossível prova firme dos fatos efetivamente ocorridos, para que Fisco e contribuinte cheguem a um acordo sobre algum elemento fático relevante para o lançamento. Na realidade, ele acredita que não se está fixando contratualmente o quantum do crédito tributário, mas estabelecendo, de forma concertada, algum elemento fático que não pode ser determinado de forma precisa pela Administração. Para o autor, em sintonia com a doutrina majoritária brasileira, uma vez estabelecido o acordo sobre o elemento fático, o agente da Administração deve fazer o lançamento de forma unilateral, ou seja, na realidade, entende, tal como o faz doutrina italiana, que a transação dá ensejo a um ato administrativo unilateral da Administração Fiscal ao qual o contribuinte dá sua mera adesão.⁵¹ Enfim, para essa corrente, a transação não é, na realidade, um contrato, e apenas é possível nos casos em que a Administração não tem condições de provar, de forma adequada, os fatos.⁵²

O contribuinte escritura seus livros e é quem conhece suas reais operações, ao contrário da Administração Fiscal; portanto, o que de fato ocorre é que o Fisco não consegue precisar o quantum efetivamente devido (que retrate a realidade resultante da incidência legal), ao efetuar o lançamento. Realmente, existem interesses em conflito que precisam ser pacificados: de um lado, a Administração Fiscal, que deve buscar a realidade resultante da incidência das normas legais tributárias, uma vez que deve estrita reverência ao princípio da legalidade; de outro, o contribuinte, que deseja, quase sempre, reduzir o montante dos tributos a recolher.

A transação administrativo-tributária que prepara o lançamento, se devidamente formalizada, não é uma ingênua tentativa de buscar a realidade resultante da incidência das normas tributárias por parte do contribuinte e do Fisco, mas, de fato, acordo celebrado entre a Administração Fiscal e o contribuinte. Diante da controvérsia quanto à definição de elemento fático (ou sua iminência), se houver vontade de transigir, as partes fazem, efetivamente, recíprocas concessões, para que se firme lançamento acordado. As duas declarações de vontade integram-se em uma totalidade dotada de sentido, não sendo a manifestação de vontade do contribuinte mero requisito de validade para que nenhum ato unilateral do Fisco produza os efeitos que lhe são peculiares. A Administração Fiscal, mesmo podendo unilateralmente lançar o tributo, despe-se de parcela de seu poder de império ao celebrar contratos de transação, nos quais as duas declarações volitivas, do Fisco e do contribuinte, se fundem. O lançamento unilateralmente praticado pela Administração, por si, se assim efetuado, surtiria seus efeitos próprios, mesmo sem a participação da vontade do administrado, entretanto poderia vir a ser questionado, administrativamente ou em juízo, em litígio que poderia se arrastar por anos.

Na realidade, a necessidade de transação quando há dúvida fundada da Administração Fiscal quanto a um elemento fático é corriqueira, entretanto essa não é a única hipótese de solução concertada admissível entre o Fisco e o contribuinte. Também é possível a transação administrativo-tributária preventiva com relação a questões de direito, isto é, para delimitação de interpretação jurídica. A propósito, muitas vezes, é para resolver questões de direito duvidosas que normas administrativas são elaboradas. Da mesma forma, o Direito Administrativo Tributário estruturou o instituto da “consulta”, pelo qual o contribuinte pode verificar com o Fisco o

⁵¹ Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 200-201.

⁵² Cf. *Idem*, p. 201.

entendimento que a Administração tem sobre determinada matéria. Muitas vezes, a própria compreensão administrativa de certos assuntos pode se alterar, demonstrando que a interpretação de algumas questões jurídicas pode não ser inequívoca e firme, mas passível de gerar litígios.

A aceitação da própria possibilidade de celebração de transação administrativo-tributária, no Direito brasileiro, entretanto, não é pacífica. Para diversos doutrinadores, o instituto não poderia existir na seara tributária, porque a atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, ou seja, a autoridade tributária não pode fazer concessões, mas, ao contrário, deve efetuar o lançamento estritamente conforme determina a lei. Por outro giro, alguns autores reconhecem o caráter essencialmente pragmático da transação e acabam, tal como se verifica na doutrina tributária estrangeira, a reconhecer a necessidade do instituto.⁵³

Para a primeira corrente, não há lugar no Direito Tributário para a transação. Para Eduardo Marcial Ferreira Jardim, por exemplo, o instituto afigura-se inaplicável na seara tributária, incompatível com as premissas concernentes à tributação, ou seja, em seu entendimento, a necessária discricionariedade que preside a transação não é compatível com o caráter vinculado que permeia toda a função administrativa relativa aos tributos. Para o autor, a transação, como instituto da Teoria Geral do Direito, consolida-se em acordo, somente podendo ser efetivada por meio de ato administrativo discricionário, “o que atrita o postulado da vinculabilidade da tributação”. A seu ver, trata-se de ato tipicamente bilateral e decorrente de acordo de vontades entre o agente administrativo e o contribuinte, que contraria, destarte, a cláusula derradeira do art. 3º do CTN, que preconiza a atividade vinculada como premissa maior da tributação. Na visão do autor, o art. 171 exprime patente antinomia e abriga “vitanda impropriedade, merecendo ser declarado ilegal e inconstitucional pelas Cortes Administrativas e Judiciais, enquanto o Congresso Nacional não fizer o que deve, ou seja, bani-lo do CTN.”⁵⁴

Na mesma direção, referendando a posição de Eduardo Marcial Ferreira Jardim, Paulo de Barros Carvalho não concebe que se inclua entre as concessões da transação o abrir mão do valor do tributo, pois configuraria hipótese de remissão; da mesma forma, a dispensa de quantias relativas a sanções, punitivas ou moratórias, que cairiam debaixo da anistia. Para o autor, apenas admite-se transação sobre aspectos acessórios do implemento da dívida, tendentes a propiciar a criação de clima favorável entre os sujeitos da relação, tudo para estimular o contribuinte a liquidá-la pelo pagamento.⁵⁵

Na realidade, a transação administrativo-tributária é contrato de direito público que possibilita, mediante a existência de controvérsia (efetiva ou potencial), a fixação acordada do montante do crédito tributário (transação administrativa preventiva de fixação), anteriormente ao lançamento, bem como a extinção das obrigações tributárias controversas (ou do crédito tributário) por meio do perdão de multas (ou de parte das multas), ou mesmo do afastamento do tributo (ou de parte deste), tal como se dá na anistia ou remissão (figuras específicas do CTN).

⁵³ Nesse sentido, dentre outros, MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.2, p. 457.

⁵⁴ Cf. JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.402-403. Nesse sentido, também, ÁLVARES, Manoel. *Comentários aos artigos 165 a 174*. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Código Tributário Nacional comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 654.

⁵⁵ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 198-199.

Neste último caso, a transação administrativo-tributária é terminativa do litígio. Da mesma forma, o contrato terminativo, visando pôr fim à controvérsia, pode determinar que se faça o pagamento nos termos acordados ou a entrega de bens (dação ou adjudicação).⁵⁶ A transação pode, por exemplo, redundar em parcelamento do crédito tributário remanescente; nesse caso, a extinção apenas se dará com o adimplemento da última parcela, ficando o crédito tributário com a exigibilidade suspensa durante o curso do parcelamento. Se o parcelamento não é cumprido, o crédito tributário pode voltar a ser exigido pelo saldo remanescente atinente às parcelas não quitadas.

Pode-se verificar que a transação administrativo-tributária terminativa é contrato administrativo de transação que estabelece “caminho acertado alternativo”, possibilitando que as obrigações controversas, postas pela lei de forma heterônoma, sejam extintas. Nesse sentido, o CTN admite que a Administração firme com o administrado transação terminativa parcial, que permite que o crédito se mantenha tributário (contrato não-substitutivo) e que, por meio do acordo, sejam acertados alguns elementos ou aspectos da obrigação (tributária) para possibilitar a extinção do crédito.

Praticada em matérias potencial ou efetivamente litigiosas, a transação administrativo-tributária pode, desde que autorizada por lei, versar tanto sobre o *quantum debeatur*, como sobre a forma de pagamento (prazo de pagamento, entrega de bens, etc.). Se, por exemplo, a Fazenda Pública apenas parcela o crédito tributário, estabelece contrato de transação (administrativo-tributário parcial não-substitutivo) com o contribuinte, abrindo-lhe a possibilidade de efetuar o pagamento de forma mais alongada. O crédito tributário mantém-se íntegro, mas o pagamento se dá de forma parcelada. Em outras palavras, o crédito tributário deve ser pago no prazo estabelecido na legislação, entretanto o contrato, que redundava em parcelamento, altera o “prazo de pagamento” posto pela legislação tributária. O Estado, para que o contribuinte tenha condições de pagar e abdique dos recursos judiciais ou mecanismos protelatórios, concede prazo mais dilatado para o pagamento do crédito tributário devido.

A transação administrativo-tributária pode se dar também, mediante dação em pagamento, por meio de acordos pelos quais se extingue obrigação que o contribuinte contesta. Trata-se, por certo, de solução acordada com a Administração, prevista no art. 156, XI, do CTN, para a solução de conflitos tributários, que só pode ser celebrada em uma espécie de contrato administrativo de transação parcial, pois ao invés de pagar o tributo, em espécie, com o consentimento da Administração, que deseja encerrar o litígio, na forma da lei da pessoa política tributante, o contribuinte extingue a obrigação tributária entregando ao patrimônio do Estado um bem de interesse deste. A Administração Fiscal, para encerrar o litígio, aceita, no caso concreto, um bem para que possa o crédito tributário ser extinto e o litígio encontrar termo. Basta verificar que, para a Administração aceitar o bem, no mínimo, as partes devem celebrar um acordo sobre o valor do bem, sobre as condições de entrega, sobre o prazo, etc.

Por outro lado, cumpre gizar que o contrato de transação exige *res* litigiosa e envolve concessões recíprocas, portanto, diante de uma pretensão tributária levada a cabo pelo Fisco, se

⁵⁶ Para Paulo de Barros Carvalho (*Op. cit.*, p. 309), “a extinção da obrigação, quando ocorre a figura transacional, não se dá, propriamente, por força das concessões recíprocas, e sim do pagamento. O processo de transação, em verdade, apenas prepara o caminho para que o sujeito passivo quite sua dívida, promovendo o desaparecimento do vínculo. Tão singela meditação já compromete o instituto como forma extintiva de obrigações”. Para Sacha Calmon Navarro Coêlho (A obrigação – nascimento e morte – a transação como forma de extinção do crédito tributário. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 62, p. 70), a “transação é fato que pode resultar em remissão ou pagamento. A remissão e o pagamento, estes sim, extinguem o crédito”.

o contribuinte concorda integralmente com o pleito fiscal, não haverá contrato de transação *stricto sensu*. Da mesma forma, se a concordância é da Fazenda Pública, poderá, por exemplo, ocorrer um “cancelamento de lançamento” ou “revisão de lançamento”, quando se constatar erro ou ilegalidade por parte da autoridade fiscal, mas não contrato de transação.

Autores como Alberto Xavier admitem a transação, embora a tenham como excepcional para o Direito Tributário. Para o autor, o princípio da tipicidade cessa no exato ponto onde terminam as fronteiras postas pelo tipo legal, e, para além delas, a Administração Fiscal pode, com fundamento na lei, manejar poderes discricionários ou mesmo praticar atos que envolvam disposição total ou parcial do crédito tributário, tais como transacionar, anistiar ou remitir dívidas, renunciando à cobrança. O princípio da tipicidade não é ai invocável, porque se está “extramuros” do tipo legal e, portanto, a disposição do crédito tributário já não é vedada pelo princípio, que veicula a proibição da discricionariedade e do emprego da analogia. Conclui o autor que não existem barreiras constitucionais para que sejam outorgadas legalmente à Administração Fiscal faculdades de disposição do crédito tributário (tais como remissão, anistia ou transação).⁵⁷

A prestação tributária é obrigatória e nenhum tributo é pago voluntariamente, mas em face de determinação legal. É certo que os tributos não são prestações de caráter contratual, e a compulsoriedade constitui sua característica marcante e essencial, não constituindo a vontade do contribuinte fator relevante na “instituição” do tributo. As prestações contratuais também são obrigatórias, mas sua obrigatoriedade nasce diretamente do contrato, e só indiretamente deriva da lei. Ao contrário, na prestação tributária, a obrigatoriedade nasce diretamente da lei, sem que se interponha qualquer ato de vontade daquele que assume a obrigação.⁵⁸ Exatamente por causa dessa natureza compulsória do tributo, ou seja, pela essência heterônoma de sua “instituição”, é que muitos doutrinadores não aceitam a possibilidade de extinção da obrigação tributária em decorrência de contrato de transação. O tributo não nasce de contrato, mas decorre diretamente da lei, porém isso não quer dizer que a extinção da obrigação não possa se dar como consequência de contrato firmado pelo Fisco com o contribuinte.

O art. 171 do CTN estabelece cláusula setorial autorizativa de transação administrativo-tributária que deixa à decisão do legislador a possibilidade de outorga ao administrador de um poder de transacionar, mais ou menos discricionário, conforme disponha a lei.⁵⁹ Os limites mais vinculados deverão vir, assim, na lei da pessoa política competente para instituir o tributo. O parágrafo único do dispositivo determina, ainda, que a lei deverá indicar, em cada caso, a autoridade competente para autorizar a transação. Por certo, trata-se de medida que exige prudência e rigor elevados, além de critérios bem homogêneos, sob pena de ofensa à isonomia e generalidade da tributação, razão pela qual a lei de cada pessoa política deve especificar, minuciosamente, as autoridades competentes para tanto.⁶⁰

Quando a transação administrativo-tributária provocar “renúncia de receita”, a CRFB/88 exige uma legalidade mais endurecida, nos termos do art. 150, §6º, que determina que

⁵⁷ Cf. XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 215-217.

⁵⁸ Nesse sentido, MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 43.

⁵⁹ Nesse sentido, afirma Aliomar Baleeiro (*Op. cit.*, p. 905) que “a autoridade administrativa só pode celebrá-la, com relativo discricionarismo administrativo na apreciação das condições, conveniências e oportunidades, se a lei lho faculta e dentro dos limites e requisitos por ela fixados”.

⁶⁰ Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Op. cit.*, p. 905.

a lei deve ser “específica”. O art. 150, §6º, em homenagem ao princípio da generalidade da tributação, determina que as exonerações fiscais, tais como a isenção, anistia ou remissão devem ser veiculadas por lei específica, pelo menos a partir da Emenda Constitucional nº 3/1993. Apenas o legislador pode avaliar os superiores interesses da coletividade que venham legitimar a isenção, a anistia ou a remissão.

Evita-se, assim, na expressão de Misabel de Abreu Machado Derzi, os “oportunistas” por meio dos quais, sub-repticiamente, certos grupos parlamentares introduziam favores em leis estranhas ao tema tributário, aprovadas pelo silêncio ou desconhecimento da maioria.⁶¹ Para a autora, o art. 150, §6º, da CRFB/88 retira a possibilidade de a lei autorizar o agente administrativo a conceder remissão sem definir com precisão a oportunidade, as condições, a extensão e os limites quantitativos de seu alcance.

O art. 165, §6º, da CRFB/88, da mesma forma, torna mais rigorosas as exigências para que possa ocorrer “renúncia de receita” e determina que o projeto de lei orçamentária deve ser acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito causado na receita tributária pelas isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia. Enfim, a CRFB/88 exige “lei específica” e “demonstrativo regionalizado de efeitos na lei orçamentária” para que o legislador possa conceder desonerações fiscais que provoquem “renúncia de receita”.

Densificando o mandamento constitucional, a Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 - submete a concessão de favores, benefícios e incentivos fiscais (renúncia de receita) a normas especiais de controle e limitação. O art. 14 determina que a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra “renúncia de receita” deve estar acompanhada da estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e, nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas na lei de diretrizes orçamentárias; estar acompanhada de medidas de compensação, mediante o aumento de receita proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

O §1º do art. 14 delimita o que se pode acomodar na idéia de “renúncia fiscal”, isto é, determina que anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, bem como outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado, devem ser considerados “renúncia fiscal”. Na noção de “renúncia tributária” podem-se alinhar todos os benefícios ou medidas exonerativas que, de um lado, reduzem a arrecadação, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte e, de outro, configuram uma discriminação em favor de certos contribuintes ou de certos grupos em relação à norma geral de tributação.⁶² As renúncias de receita são “amputações” de tributação por meio de exonerações fiscais de todo o gênero. São exceções à norma geral, segundo a qual todos devem contribuir, pagando tributos, na medida de sua capacidade contributiva (princípio da generalidade da tributação).⁶³ São exonerações fiscais concedidas, em atendimento a interesses públicos diversos do interesse arrecadatório.

⁶¹ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Notas de atualização da obra de BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 100-102.

⁶² Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Em favor de uma transação justa e eficiente*. Resposta à consulta formulada pela TELEMIG (Telecomunicações de Minas Gerais S/A), Belo Horizonte, jul. 2004, p. 2-3.

⁶³ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Op. cit.*, p. 4.

A transação “é uma das formas de extinção do crédito tributário que não é considerada renúncia de receita, quer pela Lei de Responsabilidade Fiscal, quer pelos Demonstrativos dos Benefícios Tributários, que obrigatoriamente devem acompanhar o Projeto de Lei Orçamentária”.⁶⁴ Entretanto, a transação administrativa exige relação jurídico-administrativa controvertida (em curso ou potencial), vontade de transigir, capacidade do interessado e competência administrativa, objeto litigioso transacionável e concessões recíprocas. Se envolve concessões recíprocas, pelo menos a princípio a transação administrativa não envolve simples renúncia de direitos; entretanto, para afastar litígio, a transação administrativo-tributária pode ocasionar o perdão de multas ou tributos, daí pode veicular renúncia de receitas no sentido posto pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Quando a transação administrativo-tributária for preparatória do lançamento, ou quando for celebrada para encerrar dúvida decorrente de questão de alta indagação jurídica, a transação não traduz perda ou renúncia de receita, não dando ensejo a uma “derrogação” da norma tributária geral que determina o pagamento do tributo como dever de todos.⁶⁵ A transação que envolve incerteza objetiva quanto ao direito ou aos fatos (*res dubia*), que não decorre apenas da resistência do contribuinte ao pagamento do tributo, não envolve renúncia de receita. Ao contrário, se a transação é celebrada tão só para encerrar o litígio e antecipar o pagamento do crédito tributário, ocorre renúncia a uma receita tributária certa (não duvidosa).

Em síntese, quando a transação administrativo-tributária envolver incerteza objetiva, a existência do crédito não é certa, portanto, existe risco real no recebimento da pretensão fazendária; daí a transação, nesses casos, não traduz renúncia de receitas, não se confundindo com os benefícios ou incentivos fiscais, remissões, anistias. Nesse caso, inexistente a necessidade da cláusula setorial autorizativa de transação ser veiculada por “lei específica” ou qualquer impedimento ou requisito especial a ser observado à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal.⁶⁶

Por outro giro, a transação administrativo-tributária é mecanismo que pode traduzir perdão de tributos ou de penalidades certos, tal como se dá na anistia ou remissão. Nesses casos, a transação administrativo-tributária que encerra litígio em que não se apresenta incerteza real quanto ao direito ou aos fatos exige “lei específica” que veicule cláusula setorial autorizativa de transação, bem como a adoção dessas cláusulas deve submeter-se às normas de controle e limitações especiais previstas no art. 165, §6º, da CRFB/88 e na Lei de Responsabilidade Fiscal. Da mesma forma, as cláusulas setoriais autorizativas que fundamentam a celebração de contratos administrativo-tributários complexos, para serem estabelecidas, devem observar ao disposto no art. 150, §6º; no art. 165, §6º, da CRFB/88; bem como no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

De fato, não existem barreiras constitucionais impeditivas para que sejam outorgadas legalmente à Administração Fiscal faculdades de disposição do crédito tributário, mas apenas alguns cuidados e limitações especiais. Não se admite que a Administração Fiscal, em homenagem ao princípio da tipicidade, possa, discricionariamente, fazer alterações nos critérios de “instituição” de tributos. Entretanto, criado o tributo, existente a obrigação ou o crédito tributário, é possível à lei abrir margens para que o Executivo possa celebrar transações. A isenção, por exemplo, traduz-se em norma de restrição a um dos aspectos da norma tributária, daí a necessidade de lei e a necessária observância ao princípio da tipicidade, uma vez que se trata de

⁶⁴ Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Op. cit.*, p. 3.

⁶⁵ Nessa mesma direção, DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Op. cit.*, p. 4.

⁶⁶ Nesse sentido, DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Op. cit.*, p. 6, 11.

norma de “instituição” de tributo. Já quanto à transação, a questão é diferente, pois não se trata de interferência administrativa na regra-matriz de incidência do tributo (norma de “instituição” de tributos), mas da possibilidade de a Administração celebrar transação que envolva crédito tributário já existente e constituído, e que observou, em sua “instituição”, o princípio da tipicidade. Na transação que envolva renúncia de receita exige-se lei específica, por ser esta determinação do art. 150, §6º, da CRFB/88, mas não se está, no dispositivo constitucional, subtraindo a possibilidade de transação com o crédito já constituído, isto é, o princípio da tipicidade não se aplica afastando a possibilidade de celebração de contrato de transação administrativo-tributário.

Evidentemente, a lei da pessoa política que autorizar a transação não pode atribuir à Administração Fiscal um “cheque em branco”, isto é, não pode permitir que, em qualquer situação, a Fazenda Pública conte com liberdade decisória ampla para celebrar transação, em especial porque os princípios da generalidade da tributação e da isonomia tributária restariam atacados na essência. Exatamente por isso é que a lei que abrir a possibilidade de transação deve definir, com precisão e clareza, a oportunidade, as condições, a extensão e os limites de seu alcance.

É verdade que os princípios tributários da legalidade estrita e da tipicidade ficariam essencialmente enfraquecidos se permitida a adoção da transação em qualquer situação. Se a transação fosse permitida em qualquer situação, “a lei não estaria mais estabelecendo rigorosamente o tributo a ser cobrado, mas, quando muito, um teto, um limite, para o tributo.”⁶⁷ Se a transação fosse admissível em qualquer situação, estando a Administração livre para fazer as concessões que entendesse pertinentes, estaria, pragmaticamente, nulificado o mandamento de observância do princípio da estrita legalidade tributária.⁶⁸

Enfim, a admissibilidade da transação em quaisquer circunstâncias é incompatível com o princípio da tipicidade. Exatamente por isso que a admissibilidade da transação deve se circunscrever a situações especiais. De fato, não é possível compatibilizar o princípio da tipicidade com ampla atribuição de liberdade para se fazer transação, que se traduziria, em última análise, em liberdade de a Administração intervir, praticamente e a posteriori, na quantificação do tributo a ser levado aos cofres públicos. A transação é solução pragmática e excepcional que não tem o condão de transformar em regra aquilo que deve ser tratado como exceção.

Nos domínios do direito público, a lei que fundamenta as possibilidades de transação deve determinar as circunstâncias nas quais o contrato pode ser celebrado, suas condições, bem como seus limites, caso contrário a legalidade restaria pragmaticamente desvalorizada. Em ramos sujeitos ao princípio da tipicidade, em especial nos domínios tributários, com maior rigor ainda, apenas quando a lei, no caso concreto, dê ensejo a uma solução de flagrante prejuízo para o bem comum, se comparada com a solução derivada da transação, é possível o contrato. Nesses casos, a legalidade não está sendo colocada de lado, porque é com suporte em lei (autorizativa de transação) que uma má aplicação de outra lei (de incidência tributária) é excepcionalmente substituída, em prol dos interesses maiores da coletividade.

4. AS TRANSAÇÕES ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIAS NOS DOMÍNIOS DO ICMS

No caso do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), em

⁶⁷ Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. p. 185-187.

⁶⁸ *Idem*, p. 185.

consonância também com a CRFB/88 (art. 155, §2º, XII, “g”), lei complementar específica que discipline o imposto estadual deverá regular como as cláusulas setoriais autorizativas de transação, pelo menos as que envolvam renúncias fiscais, devem ser deliberadas pelos Estados e Distrito Federal. Portanto, a transação atinente ao ICMS, se dela decorrer perdão de tributos ou de penalidades, deve encontrar respaldo e fundamento, ainda, em convênio celebrado pelos Estados e Distrito Federal.⁶⁹ Para o ICMS, assim, sem convênio prévio não pode haver transação que envolva renúncia de receita.

A Lei Complementar Federal nº 24/1975 (LC 24/75) determina:

“Art. 10. Os convênios definirão as condições gerais em que se poderão conceder, unilateralmente, anistia, remissão, transação, moratória, parcelamento de débitos fiscais e ampliação do prazo de recolhimento do imposto de circulação de mercadorias.”

Como se pode verificar, antes de qualquer coisa, para os Estados, a transação apenas é possível nos termos que forem marcados nos Convênios que forem celebrados, nos exatos termos da LC 24/75.

O CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária), colegiado de Estados-Membros próprio para as deliberações atinentes ao ICMS, disciplina a transação envolvendo o ICMS em dois convênios principais: o Convênio ICMS nº 33/2000 e o Convênio ICMS nº 24/1975.

O Convênio 24/75 estabelece condições gerais para a concessão de transação. Dispõe a cláusula primeira que a celebração de transação, pelos Estados ou Distrito Federal, relativamente ao ICMS, deve observar as condições gerais fixadas no Convênio. Nesse compasso, fica gizado no Convênio 24/75 que sua finalidade primeira é exatamente a de estabelecer as condições gerais para a celebração de transação. Trata-se, pois, do que se chama “transação comum”. A Cláusula Primeira marca o seguinte, *verbis*:

“Cláusula Primeira. O estabelecimento, pelos Estados ou Distrito Federal, de moratória, parcelamento, ampliação de prazo de pagamento, remissão ou anistia, bem como a celebração de transação, relativamente ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias, observará as condições gerais fixadas no presente Convênio”.

As “transações comuns”, portanto, são aquelas celebradas à luz do Convênio 24/1975 e devem observar o que dispõe a Cláusula Quinta do Convênio 24/75:

“Cláusula Quinta. Quanto à transação, fica permitida sua celebração somente em casos excepcionais, de que não resulte dispensa do imposto devido.”

As “transações comuns”, assim, apresentam uma vinculação fundamental: tanto o CTN como a legislação mineira não impedem que a transação atinja o valor do crédito tributário relativo ao imposto, entretanto, na “transação comum”, o acordo atinente a ICMS, em razão do Convênio CONFAZ 24/75, não pode avançar por sobre a parcela do crédito tributário relativa ao valor do imposto monetariamente corrigido.

A propósito, nos termos da Cláusula Sexta do Convênio 24/75, *verbis*:

“Cláusula Sexta. O crédito tributário será sempre considerado monetariamente corrigido, observados os limites e critérios estabelecidos na legislação pertinente, não constituindo a correção monetária parcela autônoma ou acessória.”

⁶⁹ Nesse sentido, DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Op. cit.*, p. 100-102.

Os Estados podem celebrar, também, o que se pode chamar de “transações especiais”. Tais transações podem estabelecer condições especiais mais favoráveis que as trazidas pelo Convênio 24/75, entretanto, a possibilidade de se estabelecer tais “transações especiais” fica a depender da celebração de Convênio para este fim especificamente celebrado.

Uma modalidade de “transação especial” é a disciplinada pelo Convênio CONFAZ ICMS 33/2000. Nessa modalidade, os Estados e o Distrito Federal ficam apenas autorizados a celebrar transação que importe a extinção do crédito tributário, a não constituir crédito tributário ou a desconstituí-lo, quando o litígio envolva matéria tributável igual a que tenha sido objeto de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça ou de decisão proferida por pelo menos dois terços dos membros do Pleno do Supremo Tribunal Federal, definitivas de mérito e desfavoráveis ao sujeito ativo.

O Convênio ICMS 33/2000, assim, autoriza transação apenas em situações que envolvam matéria tributária que tenha sido objeto de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça ou de decisão proferida por pelo menos dois terços dos membros do Pleno do STF. Se isso vem posto, apenas perante questões de “alta indagação jurídica” e de jurisprudência absolutamente avessa à pretensão do Erário é possível haver a “transação especial”.

Se a “transação especial” requer ser a matéria de “alta indagação jurídica” e de “jurisprudência absolutamente avessa”, apenas é possível haver transação por tema, isto é, a transação exige a análise de Processo Tributário Administrativo (PTA) por PTA. A “transação especial” (tal como na “transação comum”), portanto, ocorre PTA por PTA, e a jurisprudência contrária e o fato de se tratar de questão de “alta indagação jurídica” e de “jurisprudência absolutamente avessa” deve ser demonstrada em cada um dos PTAs.

A “transação especial” pode atingir o valor do imposto. Em primeiro lugar, nem o CTN, nem a legislação mineira afastam a possibilidade da transação atingir o montante do imposto; em segundo, a restrição posta pelo Convênio 24/75 diz respeito à “transação comum”, e não à “transação especial” disciplinada pelo Convênio 33/2000. De fato, o que há de especial na “transação especial” é exatamente a possibilidade de se adentrar ao montante do ICMS, e exatamente por isso ela é especial e exige requisitos mais apertados. Em terceiro lugar, se a jurisprudência é francamente contrária à Fazenda Pública e se o contribuinte já não quis pagar o imposto à época por acreditar em sua tese, não faria sentido a restrição. O Convênio, vale deixar marcado, autoriza até o “cancelamento do lançamento” e da respectiva obrigação tributária, evitando-se, assim, eventuais ônus sucumbenciais.

5. AS TRANSAÇÕES TRIBUTÁRIAS NA LEGISLAÇÃO MINEIRA

Em Minas Gerais, a legislação, em perfeita sintonia com o CTN e com a Lei Complementar 24/75, acolheu a possibilidade de realização de transações administrativo-tributárias com o ICMS, e abriu margem de discricionariedade bem balizada para tanto, como se pode observar no art. 218, da Lei Estadual nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

“Art. 218. A transação será celebrada nos casos definidos em decreto, observadas as condições estabelecidas no art. 171 da Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, e observará o seguinte: I - (vetado); II - (vetado); III - (vetado); IV - dependerá de

parecer fundamentado, aprovado por resolução conjunta do Secretário de Estado de Fazenda e do Advogado-Geral do Estado, que será publicada no órgão oficial de imprensa dos Poderes do Estado; § 1º (vetado). § 2º (vetado).”

O Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), trazido pelo Decreto Estadual nº 44.747, de 03 de Março de 2008, densificando a lei mineira, determina:

“Art. 191. A transação será realizada em casos excepcionais, no interesse da Fazenda Pública Estadual, mediante concessões mútuas, para extinguir litígio, quando se tratar de matéria de alta indagação jurídica, de fato ou de direito.

Parágrafo único. A transação dependerá: I - de parecer da Advocacia-Geral do Estado e, em se tratando de matéria de fato, de parecer técnico emitido pelas Superintendências de Fiscalização, de Tributação, e de Arrecadação e Informações Fiscais, no âmbito de suas competências, ratificado pelo Subsecretário da Receita Estadual e pelo Secretário de Estado de Fazenda; II - de parecer aprovado por resolução conjunta do Secretário de Estado de Fazenda e do Advogado-Geral do Estado, publicada no órgão oficial.

Art. 192. O crédito tributário objeto de transação poderá ser extinto mediante dação em pagamento, observado o disposto no Capítulo XII, ou compensação, nos termos da legislação que disciplina este instituto.

Art. 193. No despacho que autorizar a transação ou a compensação serão especificadas as condições e garantias de sua efetivação.”

Assim, como se pode verificar no dispositivo supra, tanto a “transação comum”, como a “transação especial” foram autorizadas pelo RPTA.

O art. 217 da Lei 6.763/75 estabelece:

Art. 217. O Poder Executivo poderá realizar transação, conceder moratória, parcelamento de débito fiscal e ampliação de prazo de recolhimento de tributo, observadas, relativamente ao ICMS, as condições gerais definidas em convênio.

O art. 217 abre o que se pode chamar “cláusula legal geral”, ou seja, abre um permissivo, igualmente legal, para a celebração de transações pelo Poder Executivo, nos termos que vierem postos em Convênio CONFAZ, apenas para o ICMS.

Em síntese, nos exatos termos da LC 24/75 e do art. 217 da Lei 6.763/75 (com a alteração trazida pela Lei Estadual mineira nº 14.699/2003), o Poder Executivo poderá realizar transação, observadas, relativamente ao ICMS, as condições gerais definidas em Convênio. Por outro giro, o art. 218 estabelece que a transação poderá ser celebrada nos casos definidos em decreto, observadas as condições estabelecidas no art. 171 da Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, e dependerá de aprovação por resolução conjunta do Secretário de Estado de Fazenda e do Advogado-Geral do Estado, que será publicada no órgão oficial dos Poderes do Estado.

O Convênio CONFAZ/ICMS nº 24/75 estabelece condições gerais para a concessão de transação, dispondo acerca da “transação comum”, que não pode resultar em dispensa do imposto devido. Nos termos da Cláusula sexta do Convênio 24/75, o crédito tributário sujeito à transação comum será sempre considerado monetariamente corrigido, observados os limites e critérios estabelecidos na legislação pertinente. Nos termos do RPTA, a “transação comum” pode se dar (sem poder adentrar o valor do ICMS) nas hipóteses de “alta indagação jurídica”.

A “transação especial”, podendo adentrar o valor do próprio imposto (ICMS), foi admitida expressamente pelo RPTA, entretanto, apenas quando a “alta indagação jurídica”

encontrar seu lastro no debate nos Tribunais Superiores, com “jurisprudência absolutamente avessa”, nos termos do Convênio CONFAZ ICMS nº 33/2000.

Em síntese, o Convênio CONFAZ nº 33/2000 parametrizou o que se pode entender por “alta indagação jurídica”, ao passo que o Convênio CONFAZ nº 24/75 firma “conceito jurídico indeterminado” passível de maior margem de valoração, deixando mais aberta a questão da consideração de uma questão como sendo de “alta indagação jurídica” ou não.

O Convênio CONFAZ nº 24/75 apenas marca que uma situação de “alta indagação jurídica”, para aplicar seus termos, precisa ser “excepcional”. Se tomado o RPTA, a “alta indagação jurídica” para a “transação comum” precisa dizer respeito apenas a questão onde exista “justificada dúvida quanto ao direito” ou “quanto aos fatos”.

Muito mais do que as hipóteses anteriores, vale registrar que a legislação mineira admite a possibilidade de “revisão de lançamento” em casos manifestamente antijurídicos em que a Fazenda Pública, fatalmente, sucumbiria no Judiciário. Isso é o que prevê o art. 227, §3º, da Lei 6.763/1975 alterado pela Lei 14.699/2003.

“Art. 227. O exercício do controle administrativo da legalidade a que se refere o §3º do art. 2º da Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, poderá alcançar o mérito do lançamento, por provocação fundamentada da autoridade incumbida da inscrição e cobrança do crédito tributário, observado o seguinte:

I - se o parecer fundamentado e conclusivo do Advogado-Geral do Estado for pelo cancelamento parcial ou total do crédito tributário formalizado, o processo será submetido ao Secretário de Estado de Fazenda para decisão, devendo ser inscrito em dívida ativa, em caso de confirmação do lançamento;

II - a decisão pelo cancelamento total ou parcial somente produzirá efeitos legais após sua publicação no órgão oficial dos Poderes do Estado.

§ 1º - O Advogado-Geral do Estado, mediante ato motivado, poderá reconhecer de ofício a prescrição do crédito tributário.

§ 2º - Pode ser pedida a extinção da execução fiscal em que não tenha sido citado o executado ou, se citado, não tenham sido localizados bens penhoráveis, após ter sido o processo suspenso, nos termos do art. 40 da Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, por prazo igual ou superior a cinco anos, somados os períodos de suspensão.

§ 3º - Fica o Secretário de Estado de Fazenda autorizado a determinar que não seja constituído ou que seja cancelado o crédito tributário:

I - em razão de jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal contrária à Fazenda Pública, mediante parecer normativo da Advocacia-Geral do Estado;

II - de valor inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), ressalvadas as hipóteses estabelecidas em decreto.”

6. ALTA INDAGAÇÃO JURÍDICA

A legislação que disciplina a transação administrativo-tributária, como se pode verificar, se vale de “conceitos jurídicos indeterminados”, em especial o conceito de “alta indagação jurídica”. O termo “alta indagação jurídica”, tão usado no meio jurídico, em especial

no Tributário, como não poderia deixar de ser, estabelece vinculações tendenciais e abre efetivamente margem de valoração.

Na realidade, tecnicamente, a boa doutrina mostra que os conceitos jurídicos indeterminados são utilizados pela Lei, e, de alguma forma, deixam sempre uma margem de indeterminação a ser densificada nos casos concretos pelo aplicador da lei, embora não abram escolha discricionária. Exatamente por isso é que se pode dizer que os conceitos indeterminados se determinam perante os casos concretos.

Nesse sentido, pela impossibilidade ou inadequação de determinação conceitual marcada de todos os conceitos jurídicos, faz-se necessária a utilização dos “conceitos jurídicos indeterminados” que, de alguma forma, indubitavelmente abrem uma margem de interpretação/valoração, no caso concreto, ao aplicador da lei.

O “conceito jurídico indeterminado” “alta indagação jurídica” traduz, indiscutivelmente, a idéia de que não existe uma solução jurídica final para um determinado caso concreto nos Tribunais e que, indubitavelmente, a solução final é duvidosa, controversa, ou não se pacificou.

Naturalmente, a “alta indagação jurídica” pode dizer respeito a uma questão de fato ou questões de direito. Embora, como sinalize o Professor português Castanheira Neves, ser um erro grave confundir questões de direito com questões de fato,⁷⁰ a transação pode ser celebrada quando a “alta indagação jurídica” disser respeito a uma ou outra situação.

A “alta indagação jurídica” se dá quando, na aplicação da lei, diante da situação concreta, o intérprete se depara com situações significativamente duvidosas. A dúvida pode dizer respeito a questões de fato e, nesse caso, diz respeito à apreciação das provas ou à qualificação do fato. Trata-se de impossibilidade de se estabelecer uma solução jurídica pacífica para uma determinada questão, por desconhecimento ou dúvida do aplicador da lei acerca do aspecto fático. A “alta indagação jurídica” pode dizer respeito, também, a uma questão de direito, quando a dúvida não está na matéria fática, mas no entendimento mesmo da norma de direito aplicável ao caso que se apresenta. Trata-se de dúvida quanto ao critério jurídico aplicável.

“Alta indagação jurídica” quer dizer que, de forma demonstrável, existe uma dúvida do intérprete acerca da interpretação dos Tribunais, atinente a “questões de fato” ou a “questões de direito”.

Obviamente, no sistema judicialista brasileiro, a situação de “alta indagação jurídica” ocorre quando esta indagação ou dúvida é demonstrável por dissonâncias jurisprudenciais, quanto à matéria fática ou jurídica, ou quando esta ainda não encontrou solução pacífica nos Tribunais, mas, ao contrário, dá ensejo a decisões para um lado ou para outro.

Vale deixar gizado que, para a “transação especial” (ao contrário da “transação comum”), o Convênio CONFAZ nº 33/2000 parametriza o que deve ser entendido como questão de “alta indagação jurídica”, ou seja, apenas se considera como tal matéria tributária que tenha sido objeto de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça ou de decisão proferida por pelo menos dois terços dos membros do Pleno do STF (“jurisprudência absolutamente avessa” à pretensão do Erário).

⁷⁰ Cf. NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto, questão-de-direito ou, problema metodológico da juridicidade*: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967, *passim*.

O Convênio CONFAZ nº 24/75 e o RPTA, para as “transações comuns”, firmam “conceito jurídico indeterminado” passível de maior margem de valoração, entretanto também marca o que deve ser entendido como questão de “alta indagação jurídica”. Uma situação de “alta indagação jurídica”, assim, para “transações comuns”, é aquela que gera dissídios jurisprudenciais “excepcionais”, e na questão deve existir “justificada dúvida quanto ao direito”. A idéia de “alta indagação jurídica”, assim, marca a idéia de existência de causas de controvérsia judicial não pacificada.

Segundo o Decreto mineiro, a “transação comum” pode se dar (sem poder adentrar o valor do ICMS) nas hipóteses que considera como sendo de alta indagação jurídica. Entretanto, é possível haver “transação comum” mesmo que a questão nunca tenha sido julgada pelos Tribunais Superiores. Isto se dará quando for manifesto que a derrota dos argumentos do Estado no Judiciário é iminente e confirmada por sucessivas decisões dos Tribunais estaduais ou decisões análogas dos Tribunais Superiores. Obviamente que o Estado não é obrigado a assistir sua derrota integral nos Tribunais sem poder transacionar, e assim, receber, ao menos, parte do crédito tributário. Trata-se da possibilidade de receber crédito tributário ao invés de ter de arcar com os ônus sucumbenciais. Seria desarrazoada a interpretação que afastasse tal possibilidade e, ainda, contrária aos mandamentos de eficiência administrativa e economicidade. Basta verificar que os recursos aos Tribunais Superiores podem até mesmo não estar sendo recebidos, o que marca a necessidade de transação nesses casos.

7. CONCLUSÃO

A transação tributária, por certo, é um tema controverso e sujeito a críticas e preconceitos, mas não pode ser abandonado, sob pena de se trazer enormes prejuízos ao interesse público. É preciso coragem e determinação por parte dos gestores públicos, que não podem ser prender a interpretações estereis da lei. Perante alternativa que conduza ao “melhor interesse público possível”, é poder/dever do agente administrativo optar pela via transacional, se for o caso, mesmo sabendo que, por vezes, pode sofrer o questionamento por parte de unidades mais burocratizadas de controle que assumem, por vezes, posturas positivistas mais ortodoxas e malélicas ao bem comum.

Por vezes, posturas preconceituosas para com a transação ocorrem e não são incomuns penalizações aos servidores públicos que abraçam a via consensual, apenas por isso. Daí, o que ocorre é que, em prejuízo da economicidade e da eficiência administrativa, por vezes, os agentes se recolhem receosos, fugindo de soluções que possam melhor atender ao interesse público, prendendo-se a interpretações mais ortodoxas e burocráticas, mesmo que em detrimento do interesse do Estado.

Outra não é a crítica feita por José Roberto Dromi,⁷¹ se rebelando contra as interpretações legais estereis, que favorecem posturas ortodoxas e contrárias ao bem comum, entretanto usuais na máquina burocrática:

“Não pode; em caso de dúvida, abstenha-se; se é urgente, espere; sempre é mais prudente não fazer nada.”

A busca da eficiência administrativa não pode ser um convite a repercussões negativas para o agente, sob pena de generalização de um comportamento “mediano”, resignado, de baixo perfil, onde o mais prudente talvez seja não ousar, se esconder por detrás das normas internas e diretrizes, ou até mesmo não fazer nada pelo interesse público.

⁷¹ Cf. DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo*. 4.ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p. 35.

PRINCÍPIOS E FUNÇÕES DOS CONTRATOS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO *

SÁVIO DE AGUIAR SOARES **

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. Contratualidade no direito privado.
3. Posição dos contratos e constitucionalização.
4. As transformações do direito contratual.
5. Funcionalização dos contratos e seus reflexos na teoria contratual contemporânea.
6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Contratual encontra-se numa fase sem precedentes diante das formulações doutrinárias que repercutiram na conceituação básica do fenômeno contratual e de seus desdobramentos no âmbito do ordenamento jurídico. A vontade enquanto elemento vital e absoluto para a formação dos contratos não é suficiente para a configuração atual da contratualidade. Além do que a vontade é vislumbrada com uma nova roupagem que se traduz no princípio norteador da autonomia privada.

Os embates doutrinários são consideráveis em vista das numerosas colocações acerca da natureza jurídica dos contratos desde sua gênese e também quanto à evolução deste instituto jurídico, que representa o sustentáculo do direito civil, haja vista que o contrato consiste no negócio jurídico por excelência. Com efeito, é incontroversa a relevância dos contratos para a consecução das atividades fundamentais da sociedade, que diz respeito à própria engrenagem socioeconômica fundada na circulação de bens e riquezas indispensáveis para a subsistência da humanidade.

Vale dizer, o fenômeno contratual não é adstrito ao âmbito privatístico, posto que a estruturação do arcabouço jurídico está disseminada nos vários ramos do direito que exigem meios de satisfação de seus propósitos pautados em relações jurídicas firmadas com esteio em figuras contratuais.

É cediço que a teoria geral dos contratos em consonância com o Direito Civil tem sido objeto de transformações emanadas de autêntica revisão, renovação, releitura, sobremaneira, fulcrando-se no prisma inafastável do direito civil constitucional. Nesse passo, muitos aspectos foram determinantes para a presente conformação da teoria contratual.

Cumprе frisar a superação do liberalismo jurídico calcado na massificação dos contratos com o surgimento dos contratos de adesão e o processo de solidarização social

* Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

** Procurador do Estado de Minas Gerais. Mestre e Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da PUC Minas. Graduando em Filosofia na UFMG. Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

engendrado por uma crescente intervenção estatal nas relações jurídicas privadas que promoveu a concepção social do contrato ante a preocupação com a condição social e econômica das partes pactuantes e com os efeitos contratuais no tocante à busca de um satisfatório equilíbrio contratual.

Além disso, destaca-se o reexame da vetusta dicotomia entre o direito público e o direito privado, bem como do papel da Constituição da República na órbita do Direito Civil.

A principiologia contratual assume posição de relevo no desenvolver dos contratos, porquanto o regramento legislativo se perfaz à luz dos princípios jurídicos, positivados ou não, aplicáveis que enveredam conjuntamente com as etapas de evolução conceitual da teoria contratual desde a época reputada clássica do Estado liberal até o advento do Estado Democrático de Direito.

Vislumbram-se as sucessivas mudanças de paradigmas que refletem diretamente no conteúdo da teoria contratual. Isto é, cabe perquirir os efeitos resultantes da intitulada socialização dos institutos jurídicos no espectro contratual. A funcionalização dos direitos encontrada no texto constitucional irradia profusamente no campo jurídico-contratual, ressaltando a função social como cláusula geral que expressa um princípio informador o qual embora amplamente assentado ainda ocasione muitas contendas doutrinárias acerca de sua natureza.

A liberdade contratual está delimitada a partir da aplicação dos valores fundamentais da própria Constituição da República, sendo que não implica negar a autonomia privada dos sujeitos da relação jurídica contratual diante do fato de que aos particulares é dado agir na esfera privada dentro de um espaço de respeito, lealdade, socialidade e de eticidade em conformidade com o bem comum e os interesses econômico-sociais.

A moderna hermenêutica contratual coaduna-se com a principiologia constitucional com o desiderato de revestir de concretude os valores fundamentais da dignidade humana, do trabalho, da livre iniciativa, da solidariedade, dentre outros, mediante o emprego das normas de direito privado. Assim, a função social deve alcançar todo o ordenamento vigente de modo que os direitos subjetivos das partes contratantes sejam restringidos pelos ditames de ordem pública e pelos bons costumes devido à almejada eficácia social no tocante à utilidade do contrato, ou seja, a consagração do fim econômico do contrato de forma justa e equânime como será versado ulteriormente.

Pretende-se examinar as propostas de alteração no Código Civil previstas pelo Projeto de Lei nº 6.960/2002, originalmente de autoria do Deputado Ricardo Fiuza, atualmente com o número 276/2007, com trâmite no Congresso Nacional, bem como os posicionamentos firmados pelas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Destarte, o desígnio deste trabalho é apresentar o embasamento teórico civilístico que constitui a linha de intelecção prevalente na seara contratual do Direito Privado contemporâneo (de perfil constitucional e funcionalizado), ensejando o exame de questões de interpretação jurídica e sobretudo relacionadas com a definição da função social dos contratos sob a égide do Estado Democrático de Direito.

2. CONTRATUALIDADE NO DIREITO PRIVADO

Não obstante a posição de juristas¹ que propugnam a impossibilidade de identificar o momento histórico em que surge o instituto do contrato, torna-se primordial assinalar que as

¹ Entendimento esposado por juristas clássicos como Enzo Roppo e também entre os mais recentes como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona.

raízes históricas dos contratos extraem-se do Direito Romano como fonte histórica do Direito no mundo ocidental adepto do sistema romano-germânico que abrange seguramente a maioria dos institutos e princípios do Direito Civil.

Historicamente, as civilizações anteriores ao Império Romano já expressavam as nuances da figura contratual hodierna. No direito hebreu discorre Bernardo Wainstein² que a cobrança de juros era proibida em contratos firmados entre os patrícios, porém autorizada com os gentios, sendo que na hipótese de descumprimento da avença cabia a penhora dos bens do devedor e seus dependentes ainda que indispensáveis a sobrevivência destes.

O citado autor frisa outrossim, que consoante dispunha o direito hindu (Código de Manu) no contrato de empréstimo quanto mais alta a posição do indivíduo na sociedade menos juros lhe eram cobrados, assim como não era ilícita a cobrança de juros sobre juros.

No direito babilônico (Código de Hamurabi), por exemplo, o contrato de compra e venda era suscetível de anulabilidade que influenciou a normativa atual. Ao passo que no direito grego o contrato de compra e venda já admitia arras e a duração do contrato de arrendamento poderia ser temporária ou perpétua, tendo sido adotada no Direito Romano sob a forma de enfiteuse.

Por seu turno, a disciplina jurídica dos contratos pressupõe a compreensão dos fundamentos históricos os quais informam a teoria contratual. Remonta-se ao Direito Romano com o escopo de verificar o limiar da sistematização jurídica, sendo o jurisconsulto romano Gaio o responsável pela conceituação das fontes das obrigações ao fixar o contrato entre as convenções enquanto avenças firmadas entre duas partes, dentre outras categorias, como a figura do quase-contrato, delito e quase delito.

Na República Romana (entre 510 a.C a 27 a.C) havia o gênero *conventio* e as espécies *contractus e pactum(a)*.³ Ao passo que a obrigação contratual exigia a observância de formalidades ante o caráter religioso existente. Entendia-se que os contratos só seriam salvaguardados pelos deuses se atendessem aos rituais adequados. Já os *pacta* eram firmados sem obediência à forma com fulcro tão-só no consenso das partes, uma vez que não previstos por lei seriam destituídos de força obrigatória (execução judicial).

Diante da utilização constante de alguns tipos de *pactum* a proteção foi estendida, todavia os requisitos formais ainda predominavam na esfera contratual. Na Idade Média as exigências do Direito Romano ainda persistiam, mas foram paulatinamente mitigadas a partir de quando o contrato como instrumento abstrato passou a conferir obrigatoriedade às manifestações de vontade em face do princípio consensualista.

Destarte, o surgimento do fenômeno contratual teve como marco a ascensão do movimento iluminista francês que consagrou a força normativa do contrato no brocardo *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos) com a valorização extremada da vontade

² WAINSTEIN, Bernardo Julius Alves. *A nova principiologia do direito contratual: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contrato*. 2003. 176 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³ De acordo com César Fiuza e Giordano Roberto “*Os contractus* não podiam existir sem uma exteriorização de forma e somente três categorias eram utilizadas: *litteris*, que exigiam a inscrição material no livro do credor; *re* que demandavam a tradição efetiva da coisa e *verbis*, que se validavam com a troca de expressões orais estritamente obrigacionais.” In: FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão: de acordo com o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

racional do homem ante a tendência individualista, antropocêntrica e patrimonialista. Inclusive o contrato na concepção do Código Civil Francês de 1804 (Código Napoleônico) detinha posição absoluta em virtude do poder conferido à vontade individual e à liberdade contratual.

Messineo citado por Fiuza (2002) preleciona que a instituição jurídica do contrato constitui reflexo do instituto da propriedade, posto que se trata de veículo de circulação de riquezas concebível em regimes lastreados nos conceitos da liberdade e da propriedade privada.⁴

A Revolução Industrial (século XVIII) repercutiu incisivamente para as transformações da sociedade civil por intermédio da ingente urbanização e concentração capitalista dando azo à massificação das cidades, fábricas, dos meios de comunicação, gerando figuras como os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais.

Na sociedade moderna o contrato assume feições ínsitas ao incremento do desenvolvimento econômico e do bem-estar material o que impõe a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de sua natureza jurídica. Por seu turno, vale mencionar as correntes e teorias acerca da formação dos contratos e seus consectários.

Pablo Stolze cita a posição de Orlando Gomes segundo o qual o contrato para os partidários da corrente voluntarista significa espécie de negócio jurídico em que a declaração de vontade dirige-se à provocação de determinados efeitos jurídicos (criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica).

Para os objetivistas o negócio jurídico como expressão da autonomia da vontade seria dotado de conteúdo normativo na medida em que consistiria num poder privado de autocriar um ordenamento jurídico próprio.

Salienta-se o duelo doutrinário entre os adeptos da teoria da declaração e da teoria da vontade. Para estes o primordial é a vontade real, sendo que a declaração seria a causa imediata. Vale dizer, se não houver concordância ente a vontade real e a declaração emitida deve prevalecer a intenção, tendo como expoentes Savigny, Windscheid, Enneccerus, ente outros. Para a segunda teoria nega-se valor à intenção em prol da declaração geradora de efeitos jurídicos de *per si*.

A teoria subjetiva ou voluntarista a qual sustenta que a vontade real deve prevalecer sobre a vontade declarada enfatiza o fato de que o negócio jurídico por ser essencialmente vontade deve apresentar a declaração mais fidedigna àquela.

Ao contrário a objetiva (teoria da declaração) assevera que a eficácia do negócio jurídico depende tão-somente da declaração (inobservada a vontade real do declarante) visto que se trata de referencial.

André Luiz Menezes Azevedo Sette assinala mais duas teorias aplicáveis à teoria dos contratos. A teoria da responsabilidade é uma formulação mais branda da teoria da vontade, pois na hipótese de divergência responde o declarante pelos danos que causar se agiu com dolo ou culpa. Assim, o negócio jurídico é reputado válido na medida em que o destinatário atribuir culpa à outra parte pela eventual declaração viciada.⁵

⁴ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão*: de acordo com o novo Código Civil. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁵ SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos*: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

A teoria da confiança, por sua vez, é a versão mais flexível da teoria da declaração. Uma vez emitida a declaração de vontade e suscitada a legítima expectativa no destinatário, consubstanciada na boa-fé contratual, inelutável a tutela jurídica da vontade declarada, conforme se deduz do art. 112 do Código Civil de 2002.⁶

Cabe verificar o papel da vontade no tocante à vinculatividade dos contratos e sua justificação teórica no decurso da evolução jurídica do instituto sob exame o que será abordado com mais propriedade no tópico seguinte.

Em melhor síntese, César Fiuza define o contrato como “ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e sócio-econômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana.”⁷

Donde, o desafio da contemporaneidade diz respeito a crucial massificação das relações contratuais diante da formalização de negócios jurídicos *standardizados* nos quais o conteúdo é manejado unilateralmente (por uma das partes) por cláusulas prefixadas, impondo-se a outra aceitar ou não a proposta o que reproduz disparidade mormente de poder econômico entre os sujeitos contratantes, de sorte que a parte mais vulnerável submete-se à soberania da parte adversa pelo fato da imperiosa necessidade de contratar nas palavras de Georges Ripert.

O aparecimento desses instrumentos jurídicos supracitados segundo alguns autores revelava o declínio da noção de contrato ou até a sua morte. Nesses termos, Paulo Luiz Netto Lôbo entende que houve a absoluta inadequação do paradigma liberal do contrato em face da transformação dos pressupostos do contrato e da dimensão social deste.

O contrato de adesão pode ser conceituado como o negócio jurídico pelo qual a atuação de um dos agentes ocorre seguida da aceitação de um conjunto de cláusulas formadas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigatório de futuras relações jurídicas delineadas.⁸ Nesse passo, o Prof. César Fiuza considera contrato de adesão o que se celebra pela aceitação de uma das partes de cláusulas contratuais gerais propostas pela outra com o fito de constituir a totalidade ou ao menos a porção substancial do conteúdo da relação jurídica.⁹

O contrato de adesão não se afigura um tipo contratual ou uma categoria contratual própria, porém é considerado uma técnica de formação contratual que pode ser aplicado a várias espécies contratuais.

Sobressaem as cláusulas contratuais gerais como aqueles que entram na composição dos contratos de adesão, conquanto sem exclusividade, haja vista a possibilidade de existirem cláusulas contratuais discutidas entre as partes contratantes. Aquelas cláusulas são fixadas previamente, de maneira uniforme e abstrata, com o escopo de reger o conteúdo obrigacional das relações entabuladas.

⁶ Assim dispõe o art. 112 do Código Civil de 2002: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”

⁷ FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. 9.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 388.

⁸ Definição adotada por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho.

⁹ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão*: de acordo com o novo Código Civil. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

A doutrina enumera as características distintivas no aspecto da pré-elaboração unilateral, na oferta uniforme e geral para uma quantidade indeterminada de pessoas e o pelo modo de expressão do consentimento da parte pela simples adesão.

A crítica mais contundente é quanto ao emprego dos contratos de adesão mediante abuso do poder econômico. Em contrapartida, reconhece-se sua importância na prática diária das contratações da atual sociedade massificada. Essa nova forma de contratar não é por si censurável, uma vez que tem incontestável relevância social e econômica.

Vale atentar para o excerto da lavra de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, *ipsis verbis*:

[...] devemos reconhecer que, a despeito de sua suscetibilidade às expansões do poder econômico, o contrato de adesão, desde que concebido segundo o superior princípio da função social, e pactuado em atenção ao mandamento constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, é uma instrumento de contratação socialmente necessário e economicamente útil, considerando-se o imenso número de pessoas que pactuam, dia a dia, repetidamente, negócios da mesma natureza, com diversas empresas ou com o próprio Poder Público.

[...] Vemos, portanto, que a nocividade desta figura contratual está muito mais ligada ao abuso desta técnica de contratação do que propriamente à sua dinâmica de elaboração, que, como visto tornou-se necessária em uma sociedade massificada como a nossa, sem prejuízo, porém, da coexistência, em menor escala, de situações fáticas em que a igualdade material das partes impõe o reconhecimento da aplicação dos preceitos disciplinadores tradicionais de autonomia privada.¹⁰

A Prof. Dra. Taísa Maria Macena de Lima entende a questão da crise da contratualidade como um impulso para a transformação do contrato do que um sintoma de sua decadência, de modo que com o advento da Constituição da República de 1988 o desafio que se coloca aos profissionais do Direito é a reconstrução do contrato e sua conformação ao Estado Democrático de Direito.¹¹

A massificação sobredita propiciou a premente reestruturação dos princípios do contrato com esteio no abrandamento do liberalismo jurídico ante o dirigismo contratual retratado na maior intervenção do Estado na economia do contrato (no âmago das relações jurídicas de natureza patrimonial) em favor do contratante economicamente mais fraco, submetendo o interesse dos contratantes ao interesse público.

3. POSIÇÃO DOS CONTRATOS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

A ordem contratual adaptou-se às novas conjunturas segundo as doutrinas e princípios jurídicos incidentes o que assegurou o amplo desenvolvimento das nações com supedâneo na figura do contrato como eficaz instrumento de satisfação das necessidades e desejos, assim como para obter e fruir os bens da vida e os serviços.

A doutrina clássica decorreu do movimento iluminista que preconizava o liberalismo em todas as órbitas, de modo que o Estado seria mero garantidor das liberdades individuais e da autonomia contratual.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2006. v.4

¹¹ LIMA, Taísa Maria Macena. *A nova contratualidade na reconstrução do direito privado nacional*.

A vontade seria o fundamento da vinculatividade dos contratos em consonância com a total liberdade facultada às partes na celebração de seus negócios. Além do que, a principiologia do Direito Contratual denota a importância conferida à concepção do contrato como consenso e da vontade como fonte de efeitos jurídicos (única fonte de todas as obrigações).

As garantias outrora promovidas às partes pactuantes eram inócuas, dado que seriam lastreadas na abstração de que todos seriam iguais nas contratações (igualdade formal) e as obrigações delas decorrentes seriam justas e equânimes independentemente de qualquer condição.

A autonomia da vontade desde a época dos Romanos foi se consolidando como um dos mais importantes princípios no Direito Contratual clássico ou tradicional. O que resultasse do contrato seria justo porque as partes assim desejaram. Conforme anunciavam os defensores da doutrina liberal: quem diz contratual, diz justo.

Entendia-se o contrato como espaço de auto-regulação dos interesses privados como categoria abstrata e universalizante, intemporal. O contrato seria lei entre as partes, tendo em conta simplesmente os interesses individuais dos contratantes. Vale dizer, o postulado do *pacta sunt servanda*, ensejando a elevação da autonomia da vontade a caráter de dogma que se coadunou dentro da ideologia individualista típica do regime capitalista de produção.

Por conseqüência, retratava-se o princípio da obrigatoriedade contratual, uma vez manifestada a vontade as partes só se desvinculavam com o cumprimento do seu objeto ou com outro acordo de vontades, sendo cabível a exceção da impossibilidade de cumprimento por força maior ou caso fortuito (intangibilidade do conteúdo dos contratos).

O Século XX marcou profundas alterações no Direito Contratual em face do cenário socioeconômico e político sobremaneira com o recrudescimento das desigualdades no campo jurídico-contratual. Destacadamente, no pós-Segunda Guerra Mundial houve a necessidade de intervenção do Estado na regulação da atividade econômica a fim de coibir os abusos perpetrados no âmbito da autonomia da vontade.

Nessas circunstâncias fáticas e jurídicas surgiu o Estado Social de Direito no qual os princípios da liberdade, obrigatoriedade e relatividade contratual começaram a perder seu caráter absoluto, porquanto o legislador passou a intervir para reparar os desequilíbrios gerados pela ação de forças contratuais iníquas, acarretando a revisão do conceito de liberdade contratual.

Acerca da atribuição das novas funções estatais na seara do Estado Social de Direito diz André Sette, *in verbis*:

Neste contexto de busca pelo pleno desenvolvimento e minimização das diferenças sociais, começam a surgir novas Constituições, as quais trouxeram normas, quase todas de conteúdo programático, versando sobre a forma de intervenção estatal no domínio econômico, e trazendo consigo a idéia de intervenção estatal também nas relações contratuais, de forma a, se não acabar, minimizar as diferenças até então havidas. [...]

Este processo de interferência do Estado foi chamado de dirigismo contratual. Chegou-se, por conseqüência, à conclusão de que a autonomia da vontade (ou liberdade contratual) teria limites de ordem pública, que foram erigidos em um outro princípio fundamental do Direito dos Contratos: o princípio da supremacia da ordem pública. [...]

Onde se vislumbrava apenas o interesse individual passou a ser ver também um interesse sócio-econômico. O fundamento da vinculatividade dos contratos foi deslocado da vontade para termos econômico-sociais (porque interessa à sociedade a tutela da

situação jurídica que ali nasceu), justificando, via de consequência, a intervenção do Estado nos contratos; o que se convencionou chamar de dirigismo contratual. Surge, então, uma nova concepção sobre o Direito dos Contratos. Nasce, assim, a *doutrina moderna*.¹²

Por conseguinte, a doutrina moderna que se assentou após o advento das Constituições Sociais¹³ se configura por suscitar verdadeira revisão da técnica constitucional, haja vista o tratamento legislativo mediante normas de política econômica e social.¹⁴

Paulo Luiz Netto Lobo¹⁵ ressalta que a função da Constituição enquanto garantidora das liberdades formais foi acrescida da promoção da justiça social e de uma regulação efetiva da atividade econômica. A igualdade material torna-se um princípio norteador e estruturante nas relações jurídicas contratuais, em especial, na tutela jurídica da parte economicamente vulnerável e na busca das transformações necessárias para a constituição de uma sociedade plural, justa, livre e solidária.

O Direito dos Contratos inserto na órbita do Direito Privado é permeado pelos princípios e valores constitucionais em virtude da eficácia dos direitos fundamentais na sistematização e aplicação às relações jurídicas intersubjetivas. Isto é, os valores não patrimoniais, tais como a dignidade humana, direitos sociais, justiça distributiva para os quais devem se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais. Destarte, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona asseveram que os institutos jurídicos devem restar funcionalizados socialmente.

Os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade que foram erigidos pela codificação de 2002 ao patamar de postulados fundamentais devem ser suficientes para a implementação dos valores constitucionais com o intuito de lograr a paz social e o pleno desenvolvimento econômico-social.

As normas constitucionais incidentes na esfera privada culminaram no processo de constitucionalização do Direito Civil com ênfase para os valores existenciais da pessoa humana. Entende-se que se deve colocar as situações patrimoniais a serviço das situações jurídicas existenciais. A adjetivação já consabida reflete a despatrimonialização do Direito Privado como um todo.

Maria Celina Bodin de Moraes entende o Direito civil constitucionalizado, socializado, publicizado, como expressão das transformações operadas pela normativa constitucional no âmago do Direito civil na sua totalidade seja do ponto de vista da criação, aplicação e interpretação jurídicas.¹⁶

Leonardo Mattietto afirma que a constitucionalização do direito civil corresponde a uma exigência de unitariedade do sistema jurídico pátrio do respeito à hierarquia das fontes,

¹² SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 24-25.

¹³ A doutrina juscivilista aponta como precursoras a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 na formação da doutrina moderna do Direito dos Contratos.

¹⁴ A Prof. Dra. Taísa Lima em suas aulas do Mestrado em Direito Privado pela PUC Minas (2006/2) frisa que o novo papel do Estado significou uma acentuada interferência estatal nas relações jurídicas privadas em decorrência de imposições de realização de justiça e paz social na mitigação de desigualdades fáticas entre contratantes.

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais dos contratos. *Revista Trimestral de Direito civil*, Rio de Janeiro, v.16, p. 103-113, out./dez. 2003.

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Disponível em: <<http://www.idc.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

assim como forma de resguardar o Estado Democrático de Direito. Gustavo Tepedino em artigo emblemático argumenta acerca da significância da leitura constitucional que se deve fazer do Código Civil exatamente na busca pela unidade do sistema pela qual o referencial antes localizado na Lei Civil foi deslocado para a Constituição da República.¹⁷

Ao passo que Luis Renato Ferreira da Silva com propriedade apresenta a constitucionalização sob dois aspectos, quais sejam, do ponto de vista formal na medida em que os textos constitucionais passaram a conter disposições que se situavam nos Códigos Civis, bem como na ótica material no tocante à fixação da Constituição como fonte de valores informadores das regras de direito civil.¹⁸

Demais disso, Mattietto aduz que a formação de uma mentalidade constitucionalística é cabível ao intérprete e construtor do sistema a adoção das normas contidas na Constituição cujas direções hermenêuticas de efetivo caráter de direito substancial devem estar presentes na regulação das situações jurídicas, bem como empreendendo uma civilística mais sensível aos problemas e às exigências da sociedade.¹⁹

4. AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONTRATUAL

A reestruturação da principiologia contratual decorrente da aplicação das normas de ordem pública na esfera privada é corolário da sobredita despatrimonialização do Direito obrigacional/contratual. O solidarismo social tornou-se um dos objetivos a serem alcançados no seio do Estado Democrático de Direito, além dos valores renovados consagrados na Constituição Federal de 1988 alusivos à igualdade substancial (material), justiça contratual, boa-fé e da supremacia do interesse público e social sobre o particular.

A teoria geral dos contratos é dotada de nova roupagem na proporção que se funda nos princípios fundamentais da autonomia privada, boa-fé objetiva e equivalência material (justiça contratual).²⁰ Nesses termos, contrato afigura-se como meio de promover o bem comum, o progresso econômico e o bem-estar social. A moderna principiologia contratual não está apenas voltada à manifestação volitiva em si, mas sobretudo à própria repercussão social do negócio jurídico contratual.

Cumprir ponderar acerca do viés promocional dos contratos com vistas à proteção do ser humano e de sua dignidade, pois o contrato não pode mais ser compreendido tão-somente como meio de enriquecimento das partes contratantes. A liberdade contratual resta limitada pelas

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

¹⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹⁹ MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 163-186. O autor expõe que a renovação do direito civil pelo reconhecimento da incidência dos valores e princípios constitucionais reflete não apenas uma tendência metodológica, mas uma preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea com realce no campo jurídico contratual no sentido de coadunar as operações econômicas à promoção da pessoa humana.

²⁰ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

supramencionadas normas de ordem pública que têm ressonância na aplicação dos princípios jurídicos da nova teoria contratual.

Nessa esteira, o princípio da equivalência material consistente na exigência de equilíbrio contratual de direitos e deveres dos contratantes em todas as etapas da contratação. No dizer de Paulo Luiz Netto Lôbo com o escopo de garantir a proporcionalidade inicial dos direitos e deveres e também de corrigir qualquer desequilíbrio superveniente.²¹

Além disso, a obrigatoriedade ou vinculatividade contratual encontra-se relativizada ou mitigada devido à própria justeza das relações contratuais em que só incidirá a imposição da obrigação quando as condições econômicas da execução do contrato forem consonantes com as do tempo da celebração do negócio jurídico em tela.

Nesse prisma de transformações, releva apontar o fenômeno da socialização do contrato e do reconhecimento da boa-fé objetiva como parâmetros interpretativos e como normas jurídicas de observância cogente pelas partes no contrato.

Na intelecção do contrato enquanto fenômeno econômico-social sobrepõe-se o princípio da autonomia privada relativo à liberdade contratual, visto que as partes declarantes se auto-regulam em consonância com o interesse social na produção dos efeitos pretendidos. A autonomia da vontade encontra limites de ordem pública em favor do princípio da supremacia da ordem pública.

Eduardo Sens dos Santos preleciona que o princípio da autonomia privada é conceito jurídico mais moderno que alia dois dados extrajurídicos: um filosófico fundado na tradição cristã de valorização da pessoa humana e outro econômico no tocante à livre iniciativa e liberdade econômica²², de sorte que é ponderoso o raciocínio do autor que ora se transcreve, *ad litteram*:

Portanto, pode-se afirmar, a liberdade contratual, que no Estado liberal se calcava no princípio da autonomia da vontade, passou a ser regida pelo princípio da autonomia privada e limitada pelo princípio da boa-fé objetiva, tornando o contrato mais afeto aos fins do Estado do bem-estar social propugnado pela Constituição da República. Compreendendo o princípio dentro do contexto histórico e econômico em que vivemos, impende ressaltar a evidente mitigação da autonomia privada ao patamar de mera iniciativa de uma das partes contratantes.²³

Fernando Noronha sustenta a substituição da expressão autonomia da vontade por autonomia privada, *ipsis verbis*:

atualmente, reconhece-se que nas obrigações contratuais o fundamental não é a vontade das partes, mas apenas saber-se que o ordenamento jurídico atribui a estas o poder de auto-regulamentarem os seus interesses e relações, na esfera privada.²⁴

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.16, p. 111, out./dez. 2003. Assim se expressa: “Talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se a sua execução não acarreta vantagem desproporcional para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferíveis objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária.”

²² SANTOS, Eduardo Sens. *A função social do contrato*. Florianópolis: OAB/SC, 2004. p. 72.

²³ *Idem*, *Ibidem*, p. 78.

²⁴ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão: de acordo com o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 98.

Nesse paradigma jurídico emerge a teoria preceptiva do contrato segundo a qual o negócio jurídico é preceito de autonomia privada. O fundamento da vinculatividade dos contratos transfere-se da vontade das partes em prol do interesse social. Assim, o contrato só vincula quando existir um interesse socioeconômico. A razão de ser do contrato concerne a um fenômeno econômico-social e a vontade atua como condutor deste fenômeno.

A propósito, Orlando Gomes já pronunciava que o fenômeno da contratação “deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade.”²⁵

A revisão da teoria contratual foi ampliada no Código Civil de 2002 com a inclusão de princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permitindo ao magistrado maior alcance no controle dos contratos com espeque em instrumentos hábeis a fim de promover igualdade substancial, no teor do juízo de equidade, relativamente aos vínculos contratuais das partes das relações jurídicas tuteladas.

O novo direito contratual preocupa-se com a condição das partes contraentes, caracterizando-se pela crescente atenção dirigida à pessoa concreta em cada caso particular.²⁶ A proteção jurídica é voltada ao sujeito contratual economicamente mais fraco consoante as particularidades do caso concreto no espectro da constitucionalização do Direito Civil com vistas a considerar o direito positivo na ótica dos ditames constitucionais na proporção que a pessoa humana é posicionada no centro das preocupações normativas diferentemente do Direito Contratual clássico que se concentrava na prestação patrimonial.

5. FUNCIONALIZAÇÃO DOS CONTRATOS E SEUS REFLEXOS NA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA

Quando a massificação se apresentou no campo jurídico-contratual houve a necessidade de revisão dos conceitos contratuais clássicos, uma vez que os interesses particulares e individuais deveriam adequar-se aos imperativos de ordem pública, aos interesses sociais e aos bons costumes com o fito de corrigir os excessos do individualismo.

Sem dúvida, a postura mais intervencionista do Estado fomentou as mudanças que se operaram no domínio dos contratos. A socialização da noção de propriedade resultou na esfera contratual um conteúdo obrigacional distinto. No dizer de Miguel Reale a função social do contrato seria mero corolário dos mandamentos constitucionais consubstanciados na função social da propriedade, boa-fé, na justiça substancial que devem matizar a ordem econômica e social.

²⁵ GOMES, Orlando. A função do contrato. Novos Temas de Direito Civil, cit. p. 109 *apud* MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 163-186.

²⁶ Conforme Rentéria “a individuação da tutela de cada contrato deve partir igualmente da análise de seu perfil funcional, ou seja, além de questionar quem contrata e o quê, é preciso também investigar as razões do contrato, ou seja, as finalidades que as partes perseguem por meio da execução do contrato”. RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

A doutrina civil constitucional entende que a função social é derivada do princípio constitucional da solidariedade, sendo o instituto do contrato revitalizado à luz da função social que sobre ele se irradia e fixa certas limitações.

Por conseguinte, convém reprimir que a despatrimonialização do direito privado implica a funcionalização de todo o sistema econômico destinado à observância do interesse social.

Segundo Eduardo Sens dos Santos o contrato verdadeiramente não pode ser entendido como mera relação individual, sendo preciso atentar para seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até culturais. O contrato deve ser socialmente benéfico ou pelo menos não trazer prejuízos à sociedade.²⁷

A democratização jurídica do contrato representa, por inteiro, a superação do modelo clássico-individualista do séc. XIX, dado que na atualidade os direitos e garantias fundamentais são albergados em atendimento efetivo à função social na realização do bem comum.

Para Luis Renato Ferreira da Silva o contrato cumpre sua função social na medida em que permite a manutenção das trocas econômicas (justas e úteis), isto é, como instrumento de circulação de riquezas. Desse modo, estará atendendo as razões de seu reconhecimento jurídico quando estiver mantendo essa circulação. O contrato cumpre sua função sempre que permitir a realização e manutenção das convenções livremente estabelecidas. A função social do contrato é uma forma de concretização do objetivo constitucional da solidariedade social.²⁸

Inquestionável que a socialização da propriedade culminou por se refletir na seara contratual, tornando o contrato não apenas como um instrumento de manifestação privada da vontade, mas também como elemento socialmente agregador. Consoante a interpretação do art. 421 do Código Civil pátrio²⁹ vislumbra-se aplicável o critério finalístico ou teleológico e outro critério limitativo para a caracterização desse princípio.

O escopo existencial do contrato encontra-se na sua função social. Não obstante, ser considerada esta referência despicienda, pois caberia a doutrina jurídica indicar as razões ou fundamentos do princípio jurídico.

Nos termos do Projeto de Lei nº 276/2007, propõe-se a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

A proposta consiste em aperfeiçoamento textual, pois corrige problemas de hermenêutica. O conteúdo do contrato é regulado nos lindes da função social e não simplesmente o ato de contratar ou abster do contrato com se lê da redação ora vigente, assim como retira a limitação imposta à autonomia contratual do seio existencial que se mostra inadequado em se tratando de esfera de atuação intersubjetiva.³⁰

²⁷ SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato*. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

²⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*.

²⁹ Assim dispõe o art. 421 do Código Civil Brasileiro na sua atual redação: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

³⁰ Insta elucidar que a condição de existência do contrato à sua função social não pode ser absoluta, uma vez que o contrato desempenha outras funções igualmente relevantes na seara juscivilística, tais como a secular função econômica e a essencial função pedagógica (marco civilizatório).

Quanto ao critério restritivo, a liberdade negocial encontra limites no interesse social e nos valores de dignidade humana, visto que o Novo Código Civil veio a explicitar a norma constitucional. Segundo Paulo Velten o disposto no art. 421 mitiga o princípio de que o contrato é *res inter alios*, posto que os terceiros embora não participem da avença podem ser compelidos a suportar seus efeitos.³¹

O Conselho da Justiça Federal promoveu valiosos encontros denominados Jornadas de Direito Civil que propiciaram entendimentos doutrinários consolidados por renomados juristas, ensejando aclarar o sentido do art. 421 ao designá-lo como indicador de cláusula geral em conformidade com a autonomia contratual e nova teoria aplicável.³²

Por seu turno, Humberto Theodoro Júnior diz que a liberdade de contratar pode suscitar prejuízos indevidos a sociedade e a terceiros que padeceriam dos efeitos externos das obrigações sem que com elas tivessem aderido.³³

Nos moldes da teoria contratual contemporânea, Renan Lotufo entende que a função social do contrato deve ser entendida como quarto requisito de validade do negócio jurídico, sendo nulo o negócio que não respeitar os limites impostos por essa nova cláusula geral.

Portanto, a livre iniciativa e o exercício da atividade empresarial são salvaguardados pela lei civil na medida em que atendam sua função social e assegurem a realização dos valores fundamentais, bem como estejam em conformidade com o dever de solidariedade reputado critério limitativo da liberdade de iniciativa econômica.

A cláusula geral da função social afasta o caráter individualista do contrato, impedindo o exercício abusivo de direito e da vantagem desproporcional, atenuando consideravelmente os princípios do *pacta sunt servanda* e o da relatividade dos efeitos do contrato. O fato de o contrato ter eficácia social, haja vista que repercute na sociedade e não apenas *inter alios acta*, dirige-se para a regulação dos efeitos externos da contratação (da relação obrigacional).³⁴

A funcionalização do instituto jurídico em comento é explanada com sobriedade por Nelson Nery Junior, nos termos seguintes:

O contrato tem de ser entendido não apenas como as pretensões individuais dos contratantes, mas como verdadeiro instrumento de ‘convívio social e de preservações

³¹ VELTEN, Paulo. Função social do contrato: cláusula limitadora da liberdade contratual. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

³² Oportuno transcrever a íntegra dos enunciados formulados acerca da aplicação do art. 421 do Código Civil Brasileiro. “Enunciado nº 21 Art. 421: A função social do contrato, prevista pelo art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito; Enunciado nº 22 Art. 421: *A função social do contrato*, prevista pelo art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas; Enunciado nº 23 Art. 421: A função social do contrato, prevista pelo art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana; Enunciado nº 166 Arts. 421 e 422 ou 113: A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito Brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil; Enunciado nº 167 Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.”

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2006. v.4

dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e do onde extrai a sua força – pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia'. O contrato não pode ser mais visto como um negócio de interesse apenas para as partes, porque interessa a toda a sociedade, na medida em que os standards contratuais são paradigmáticos para outras situações assemelhadas. Portanto, tudo o que ocorre relativamente a um contrato terá, forçosamente, repercussão em outros casos que digam respeito ao mesmo tipo de contrato. Essa é apenas uma das conseqüências da nova socialidade do contrato.³⁵

Na direção do que entende Antônio Jeová Santos a função social do contrato (leia-se funcionalização) é garante da humanização dos pactos e da estabilidade das relações contratuais ao submeter o Direito Privado a novas transformações em favor do meio social em que o contrato é celebrado e executado numa visão inspirada na decantada solidariedade social como cláusula aberta, flexível, integrando-se numa relação de equivalência no sentido de obstar que o mais fraco, premido pelas circunstâncias, seja obrigado a aceitar o que o mais forte lhe impõe.³⁶

6. CONCLUSÃO

Ante o exposto, destacam-se os objetivos da hermenêutica contratual no sentido de assegurar a eficácia social das normas jurídicas constitucionais quanto ao âmbito de incidência das relações jurídicas intersubjetivas. Logo, a finalidade sob comento é lograr do instituto jurídico do contrato a máxima efetividade.

Ou seja, a verificação dos elementos essenciais do contato deve suceder num processo de criação e construção da norma contratual na ótica dos valores e princípios constitucionais, sendo que os interesses meramente individuais e egoísticos são restringidos em benefício da coletividade na realização dos interesses sociais relevantes.

Com efeito, não se cuida de abolir a liberdade contratual e o exercício dos direitos subjetivos concernentes à autonomia contratual necessária ao andamento das relações negociais próprias do sistema econômico neoliberal em vigor. Todavia, a égide principiológica do Estado Democrático de Direito insculpida no texto constitucional é de observância cogente na seara dos contratos regidos pelo Direito Privado.

No estágio atual da sociedade tecnológica de massa a inclusão das normas jurídicas de ordem pública constitui uma prática louvável para a manutenção da ordem jurídica fundada nos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República que, sob nenhuma hipótese, podem ser aferidos como meras normas programáticas, não auto-aplicáveis.

³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no código civil: apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; SILVA, Ives Gandra da. *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 446-447.

³⁶ SANTOS, Antônio Jeová. *Função social do contrato*. 2.ed. São Paulo: Método, 2004. p. 143-146. O autor salienta a importância de observar as razões que justificam a segurança jurídica no âmbito dos contratos diante de eventuais desequilíbrios das prestações, além do que sustenta a posição na qual o ordenamento jurídico positivo para preservar um mínimo de justiça contratual deve declarar ou derogar, conforme o caso, disposições que não sejam úteis à paz social (em conformidade com as normas de ordem pública), na medida em que produzam agressão, hostilidade e desconfiança

Destarte, em virtude da preocupação da colocação da pessoa humana no centro do ordenamento jurídico e seus reflexos na consecução da justiça social o conceito de função social dos institutos jurídicos enseja o perfil teórico dos contratos, sob o enfoque da funcionalização. Daí, resultando nas mudanças apontadas no presente artigo.

Portanto, a nova contratualidade inspira os juristas e toda a comunidade jurídica a perquirir o sentido e o alcance dos contratos no momento histórico hodierno, a fim de mensurar o futuro desse instituto jurídico, que representa um dos pilares do Direito Civil, à luz do sistema jurídico romano-germânico.

O que traduz, afinal, a contínua busca por segurança jurídica e pelo aperfeiçoamento das relações sociais, políticas, econômicas e jurídicas das sociedades nesse contexto globalizado e repleto de desafios cada vez mais determinantes para a evolução das instituições vitais do mundo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FIGUEIREDO, Marco Túlio Caldeira. A função social do contrato no Estado Democrático de Direito. 2005. 149 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil: da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato Oliveira. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão: de acordo com o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2006. v.4

LIMA, Taísa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato Oliveira. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.163-186.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Antônio Jeová. *Função social do contrato: lesão e imprevisão no CC/2002 e no CDC*. 2.ed. São Paulo: Método, 2004.

SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato*. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.1-22.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.217-237.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VELTEN, Paulo. Função social do contrato: cláusula limitadora da liberdade contratual. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.

WAINSTEIN, Bernardo Julius Alves. *A nova principiologia do direito contratual: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contrato*. 2003. 176f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

**PARECERES,
NOTAS JURÍDICAS E
PEÇAS PROCESSUAIS**

O Advogado-Geral do Estado proferiu no Parecer abaixo o seguinte despacho:

“Aprovo.
Em 19.03.2010.”

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG
INTERESSADO: Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG
NÚMERO: 15.000
DATA: 22 de março de 2010
ASSUNTO: Eleições de 2010. Repasse de bens, valores e serviços por parte do Estado a Município e a entidades privadas sem fins lucrativos. Vedação eleitoral. Art. 73, VI, “a”, e §§ 10 e 11, da Lei 9.504/97. Entendimento consolidado na Consultoria Jurídica do Estado.

RELATÓRIO

A Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG encaminha a esta Consultoria Jurídica parecer interno elaborado por sua Assessoria Jurídica, a respeito de vedações relativas à transferências de bens, recursos e serviços a outros entes públicos ou privados, neste ano de 2010, ano de eleições estaduais.

PARECER

ELEIÇÕES 2010: CONDUTAS VEDADAS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ART. 73, VI, “A”, E §§ 10 E 11, DA LEI 9.504/97

A matéria em questão vem recebendo reiteradas manifestações desta Consultoria Jurídica, em relação às quais se pode, exemplificativamente, apontar as seguintes, no que diz respeito à interpretação da norma do art. 73, VI, “a”, da Lei 9.504/97 (vedação de transferência voluntária do Estado para Municípios):

a) a regra geral é a vedação de transferência voluntária de recursos, nos três meses anteriores ao pleito, ou seja, a partir de 03/07/2010; excepcionalmente, a lei autoriza a transferência voluntária de recursos em dois casos: (i) quando destinados a cumprir obrigação assumida em convênio ou outro instrumento jurídico, com cronograma fixando previamente as datas dos repasses, assinado antes do dia 03/07/2010, para a execução de obra ou serviço cuja execução física já tenha se iniciado também antes do mesmo dia 03/07/2004; (ii) em situações de emergência ou calamidade pública, sem qualquer limitação de tempo (Notas Jurídicas 422, de 07.06.04; Nota Jurídica 500, de 29.07.04; Nota Jurídica 550, de 08.09.04; Nota Jurídica 1.184, de 20.06.06; Parecer 14.827, de 12.02.08);

b) *“a transferência voluntária de recursos é toda transferência que não decorra de obrigação legal, ou seja, obrigação de repartição de receitas tributárias não previstas diretamente na Constituição ou em lei. Todo repasse de verbas que não for decorrência direta de previsão constitucional ou legal, como é o caso das receitas tributárias, enquadra-se no conceito de transferência voluntária”* (Nota Jurídica 422, de 07.06.04; Parecer 14.827, de 12.02.08);

c) a transferência voluntária referida no art. 73, VI, “a”, da Lei 9.504/97, envolve não apenas dinheiro ou recurso financeiro, mas também quaisquer bens móveis ou imóveis e, ainda, serviços (Notas Jurídicas 495 e 496, ambas de 27.07.04; Nota Jurídica 550, de 08.09.04; Nota Jurídica 1.747, de 13.08.08);

d) a vedação de realização de transferência voluntária no período eleitoralmente vedado apanha não só a transferência de recursos ou a execução do convênio em si, já firmado, mas também implica em proibição de assinatura de convênios novos ou aditamento de convênios no período eleitoral, seja com o próprio município seja com entidades da administração indireta municipal (Nota Jurídica 1.278, de 02.10.06; Nota Jurídica 1.724, de 22.08.08; Nota Jurídica 553, de 23.08.04; Nota Jurídica 1.166, de 07.06.06; Nota Jurídica 1.247, de 24.08.06);

e) não podem ser assinados aditivos ou novos convênios relativos ao programa estadual que envolve transferência de bens para municípios, no período eleitoral vedado (três meses antes das eleições), ainda que postergada a entrega do bem para depois das eleições; e não pode ser entregue nenhum bem no período eleitoral vedado, devendo ser suspensa, formalmente, em tal período, a execução de tais convênios, que tenham sido assinados antes da proibição eleitoral (Nota Jurídica 1.144, de 11.05.06);

f) a vedação do art. 73, VI, “a”, da Lei 9.504/97, termina com o fim das eleições, em primeiro turno ou segundo turno, acaso este aconteça, razão pela qual, após esse marco ou termo *ad quem*, tornam a ser juridicamente possíveis as transferências voluntárias do Estado para os Municípios (Nota Jurídica 1.774, de 25.09.08; Nota Jurídica 553, de 23.08.04; Nota Jurídica 1.166, de 07.06.06; Nota Jurídica 1.806, de 06.11.08; Nota Jurídica 1.818, de 20.11.08; Nota Jurídica 1.270, de 22.09.06).

E quanto à interpretação da norma contida no art. 73, § 10, da Lei 9.504/97 (distribuição gratuita de recursos, bens e serviços para a população no âmbito de programa social), podem ser colacionadas as seguintes orientações:

a) devem ser suspensas a partir de 01 de janeiro de 2010, até o término do ano, toda a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios que não se enquadrem nas exceções legais da Lei 9.504/97, quais sejam, atendimento de situações de urgência e de calamidade pública ou para dar seqüência a programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior” (Parecer 14.827, de 12.02.08; Nota Jurídica 1.796, de 17.10.08; Nota Jurídica 1.723, de 22.07.08; Nota Jurídica 1.794, de 15.10.08; Nota Jurídica 1.806, de 06.11.08; Nota Jurídica 1.874, de 09.03.09; Nota Jurídica 1.754, de 22.08.08; Nota Jurídica 1.722, de 22.07.08);

b) fica vedado, em princípio, o ajustamento de convênio entre Estado e entidades privadas sem fins lucrativos, prevendo o repasse de bens, valores e serviços para reverter para a população, já que o convênio é uma das formas jurídicas mais comuns por meio da qual o Estado repassa gratuitamente bens para associações privadas: por meio do convênio o Estado pode promover o repasse para entidades privadas assistenciais, sem fins lucrativos, para que estas realizem a distribuição de bens, recursos ou serviços para pessoas carentes, dentro de programas sociais. Com isso, esse tipo de convênio com entidades assistenciais privadas estaria abrangido pela proibição do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, de modo que o Estado só pode repassar bens para associações privadas, a fim de que estas promovam o auxílio ou ajuda para a população carente, no âmbito de programas sociais, se estes programas estiverem criados em lei e em execução em exercícios anteriores (Nota Jurídica 1.874, de 09.03.09);

c) deve ser tratada com atenção especial as hipóteses de convênio entre o Estado e entidades privadas, quando o convênio preveja contrapartida, pois mesmo em tais casos, quando, por exemplo, a contrapartida do ente privado for muito reduzida, pode haver infringência ao art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, em razão de se configurar a situação como doação dissimulada sob a forma jurídica convênio (Nota Jurídica 1.723, de 22.07.08);

d) a interpretação do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, acrescido pela Lei 11.300/06, no que diz respeito ao lapso temporal da vedação deve ser literal: proibida a distribuição gratuita de bens ou benefícios pela Administração Pública durante todo o ano eleitoral e não só até a data da eleição, como ocorre nas hipóteses de transferência voluntária prevista no art. 73, VI, “a”, da Lei 9.504/97 (Notas Jurídicas 1.247 e 1.248, ambas de 24.08.06; Nota Jurídica 1.806, de 06.11.08); Nota Jurídica 1.818, de 20.11.08);

e) durante a vedação prevista no art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, e mesmo após o encerramento do pleito eleitoral, mas ainda dentro do ano de eleição, a Administração Pública Estadual não pode promover a distribuição gratuita de bens, ou seja, firmar, executar novos convênios, ou realizar novas transferências para entidades privadas sem fins lucrativos, ou aditar convênios, a não ser nas hipóteses excepcionais já previstas no citado art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, acrescido pela Lei 11.300/06, quais sejam, dar continuidade a programas sociais em andamento, previstos em lei e já em execução orçamentária em exercício anterior, ou para atender situações de urgência ou calamidade pública (Nota Jurídica 1.247, de 24.08.06);

Evidente que a vedação do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, não pode ser elidida, no período que vai de 1º de janeiro de 2010 até 3 de julho de 2010, quando, por exemplo, o Estado repassa o bem para o Município, a fim de que este, a seu turno, repasse para entidade privada sem fins lucrativos aplicá-lo em prol da população.

Também essa transferência se encontra vedada, pois ela traduziria burla à vedação do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, pelo simples fato de se intercalar o município como entidade interposta, a fim de atrair a norma mais benéfica - no sentido de menor período de vedação - do art. 73, VI, “a”, da Lei 9.504/97.

O entendimento é reforçado por ilustrativo exemplo proveniente da Portaria 94, de 21.01.2010, da Receita Federal do Brasil, preocupada com as mesmas vedações eleitorais que vigoram para a União: dispõe a Portaria que a Receita Federal pode repassar mercadorias apreendidas ou abandonadas para Estados e Municípios até 03.07.2010, desde que seja para incorporação patrimonial nos próprios Estados e Municípios.

Com isso, ainda segundo a citada Portaria 94, vedado o repasse de tais mercadorias para entidades privadas ou para a população, seja diretamente, seja por via de Município ou Estado, durante todo o ano de 2010.

CONCLUSÃO

Assim, em conclusão, pode-se resumir a posição desta Consultoria Jurídica, extraída de manifestações anteriores, a respeito da vedação eleitoral de transferência de recursos, bens e serviços para entes públicos municipais ou entidades privadas sem fins lucrativos (arts. 73, VI, “a”, e §§ 10 e 11, da Lei 9.504/97):

a) o art. 73, VI, “a”, Lei 9.504/97, veda a transferência voluntária de recursos, em ano eleitoral, três meses antes das eleições, do Estado para os Municípios, e na dicção “recursos” estão compreendidos dinheiros, bens móveis e imóveis entre outros, e, ainda, serviços, razão pela qual, a partir de 3 de julho de 2010 (Res. 23.089/2010), está vedada totalmente a transferência voluntária do Estado para os Municípios de dinheiros, bens móveis ou imóveis ou serviços, o que, evidentemente, engloba doação de bens ou cessão de uso. A vedação em questão diz respeito à transferência em si, não importando o tipo de instrumento jurídico por meio da qual ela se viabiliza, como v.g. convênio, termo de doação, termo de cessão de uso, termo de parceria, protocolo de intenções;

b) o art. 73, § 10, Lei 9.504/97, que veda à Administração Pública promover a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios, durante todo o ano em que ocorrer eleição, apanha não só a distribuição direta dos benefícios à população, mas também aquelas dirigidas às entidades sem fins lucrativos;

b1) certo, ainda, que não é possível o repasse de tais bens e recursos para entes municipais, via convênio ou qualquer outro tipo de instrumento jurídico, para que estes, a seu turno, repassem os bens para população ou para entidades privadas sem fins lucrativos. Assim qualquer tipo de repasse para município para aplicação em programa social, em que os bens reverterem para a população, está vedado durante todo o ano de 2010;

b2) o recurso, bem ou serviço só pode ser repassado ao Município até 03.07.2010, na forma do art. 73, VI, “a”, da Lei 9.504/97, acaso seja ele incorporado no patrimônio do próprio município;

c) as duas vedações apontadas (art. 73, VI, “a”, e § 10, da Lei 9.504/97), constituem a regra geral, que podem ser afastadas nos casos excepcionais previstos nas próprias hipóteses normativas do art. 73, VI, “a”, e § 10, a serem examinadas caso a caso;

d) a Lei 12.034/2010, promoveu acréscimo do § 11 do art. 73 da Lei 9.504/97 (acrescido pela Lei 12.034/2010), com a seguinte dicção: “*nos anos eleitorais, os programas sociais de que trata o § 10 não poderão ser executados por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por esse mantida*”. Com isso, a Administração não pode em hipótese alguma, mesmo quando a situação se enquadre nas exceções do § 10 do art. 73, da Lei 9.504/97, assinar convênio ou repassar bens e valores para entidades privadas sem fins lucrativos, indicadas no art. 73, § 11, cuja vedação é peremptória e não comporta qualquer exceção, durante todo o ano de 2010.

Belo Horizonte, 17 de março de 2010.

Érico Andrade
Procurador do Estado

“Aprovado em: 17.03.10.”

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

O Advogado-Geral do Estado proferiu na Nota Jurídica abaixo o seguinte despacho:

“Aprovo.
Em 13.01.2010.”

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Fazenda
INTERESSADO: Secretário de Estado de Fazenda
NÚMERO: 2.102
DATA: 9 de outubro de 2010
ASSUNTO: Decisão administrativa proferida pelo Conselho de Contribuintes – Apontado erro de hermenêutica – Pretensão de ajuizamento de ação anulatória pelo Estado de Minas Gerais – Ausência de nulidades – Prevalência do princípio da segurança jurídica

NOTA JURÍDICA

Vem a esta Advocacia-Geral do Estado, por meio do OF.SEF.GAB.SEC. Nº 226/09, pedido de exame de emissão de parecer a respeito de requerimento dirigido ao Sr. Secretário de Estado da Fazenda por ilustres fiscais em que pretendem a propositura de ação judicial de modo a anular decisões exaradas pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais.

A razão de ser da solicitação endereçada ao Sr. Secretário de Estado de Fazenda decorre do entendimento externado pelos ilustres fiscais no sentido de que decisões administrativas alcançadas no âmbito do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, por sua Câmara Especial, em sede de recurso de revisão, revelam uma interpretação errônea da legislação estadual que disciplina o ICMS.

Nestes termos, após citarem entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do processo administrativo tributário, os ilustres fiscais requereram a remessa dos expedientes à Advocacia-Geral do Estado para a propositura das correspondentes ações anulatórias.

Examinada a questão, opina-se.

Ao que se depreende dos expedientes anexados à Consulta, tem-se que o Conselho de Contribuintes, por intermédio de sua Câmara Especial, exarou decisões que, a juízo dos ilustres fiscais, externou interpretação contrária aquela já consubstanciada inclusive em consultas dirimidas pela própria Secretaria de Estado da Fazenda.

Em decorrência, pelo fato de as decisões administrativas objurgadas não serem mais suscetíveis de reforma no âmbito administrativo, à consideração do art. 170, inciso IV do Decreto Estadual nº 44.747, de 3 de março de 2008, propugna-se pelo ajuizamento de ações anulatórias de sorte a corrigir o equívoco de interpretação apontado pelos ilustres fiscais.

Não obstante a elevada intenção que move os ilustres fiscais, há de ser dito que a matéria em debate não é original perante os Tribunais Superiores, com destaque para o Superior Tribunal de Justiça que, há tempos, na exegese da legislação federal sobre tem idêntico ao aqui tratado, tem repellido a propositura de ação judicial para a correção do erro de hermenêutica decorrente de decisão no âmbito do Conselho de Contribuintes.

A título de exemplo, cita-se o acórdão proferido no mandado de segurança nº 8.810-DF (DJ de 06/10/2003), em que figurou como Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, proferido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa expressa:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONSELHO DE CONTRIBUINTES - DECISÃO IRRECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO - CONTROLE MINISTERIAL - ERRO DE HERMENÊUTICA

I - A competência ministerial para controlar os atos da administração pressupõe a exigência de algo descontrolado, não incide nas hipóteses em que o órgão controlado se conteve no âmbito de sua competência e do devido processo legal.

II - O controle do Ministro da Fazenda (arts. 19 e 20 do DL 200/67) sobre os acórdãos dos conselhos de contribuintes tem como escopo e limite o reparo de nulidades. Não é lícito ao Ministro cassar tais decisões, sob o argumento de que o colegiado errou na interpretação da Lei.

III - As decisões do conselho de contribuintes, quando não recorridas, tornam-se definitivas, cumprindo à Administração, de ofício, “exonerar o sujeito passivo dos gravames decorrentes do litígio” (Dec. 70.235/72, art. 45).

IV - Ao dar curso a apelo contra decisão definitiva do conselho de contribuintes, o Ministro da Fazenda põe em risco direito líquido e certo do beneficiário da decisão recorrida.

Destarte, não se tratando de nulidade processual havida no curso dos procedimentos tributários que tiveram trâmite no âmbito do Conselho de Contribuintes não nos parece juridicamente admissível a via judicial aventada pelos ilustres fiscais.

Isto pelo fato de tendo o Estado de Minas Gerais disciplinado na via administrativa mecanismos para a solução de conflitos decorrentes da ação fiscal do Estado e tendo esta se desenvolvido em sintonia com o devido processo legal, sem nulidades, não poderá ser objeto de anulação tanto na via administrativa quanto na via judicial.

Diferentemente da situação fática descrita nos expedientes colacionados à consulta, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a revisão das decisões do Conselho de Contribuintes pelo titular da Secretaria de Estado da Fazenda quando houver, na lei estadual, a disciplina expressa de tal possibilidade no procedimento fiscal. Nesse sentido, entre outros, o REsp nº 799.724/RJ, em que foi Relator o Ministro Luiz Fux (DJ de 9/04/2007). Extrai-se o seguinte excerto da ementa do v. acórdão:

Não há óbice, em princípio, a que a lei estadual, disciplinando o procedimento fiscal, submeta as decisões finais do Conselho de Contribuintes ao Secretário de Estado. No particular, há margem de discricionariedade ampla para a legislação estadual, assim como há para a criação de recurso hierárquico para aquela autoridade. Com efeito, “entre órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica há relações fundamentadas na posição que ocupam no escalonamento das atribuições e responsabilidades.(...) A existência de hierarquia nas relações entre órgãos e nas relações funcionais entre servidores ou autoridades leva ao exercício de poderes e faculdades do superior sobre o subordinado, vistos como desdobramentos ou decorrências do poder hierárquico” (Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61)

No entanto, na disciplina do funcionamento do Conselho de Contribuintes no Estado de Minas Gerais (Decreto estadual nº 44.906, de 2008), embora se tenha estabelecido que se trata de um órgão integrante da estrutura administrativa da Secretaria de Estado de Fazenda, não se estabeleceu regra, relativamente aos recursos, que autorizasse a revisão pelo Sr. Secretário de

Estado de decisão prolatada no curso do contencioso administrativo fiscal em sendo ela desfavorável ao erário.

Em conseqüência, ante a omissão da legislação especial estadual que dispõe a respeito do Conselho de Contribuintes, não vislumbro como sendo aplicável à espécie o comando do art. 17, parágrafo 1º, inciso II, da Lei Delegada Estadual nº 112, de 25 de janeiro de 2007, norma esta que estabelece subordinação técnica entre órgãos estatais na medida em que a legislação específica deveria ter previsto tal fase recursal.

A propósito, em seu voto vista no citado mandado de segurança nº 8.810/DF (DJ de 6/10/2003), o Ministro Luiz Fux, ao citar posicionamento do Supremo Tribunal Federal, advertiu:

Admitir o controle dos atos administrativos não significa possibilitar a ampla reforma dos atos expedidos regularmente pelos órgãos competentes. Não se pode admitir que essa atividade ministerial não tenha limites. Essa distinção, aliás, já foi pontificada por Aliomar Baleeiro no Supremo Tribunal Federal:

Não haverá hierarquia se a lei reservar a uma autoridade competência exclusiva. (...) Em rigor, o controle substitutivo só é admissível quando fundado em lei específica, a menos que ocorra uma omissão, de parte da autoridade legalmente obrigada a agir, que exponha a risco um interesse público relevante.

Em princípio, é inadmissível quando a lei tenha reservado ao órgão controlado competência exclusiva para decidir (Marcelo Caetano, *Direito administrativo*, 1980. p. 25; Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1981. p.99; Carlos S. Barros Júnior, *Compêndio de direito administrativo*, v.2. p. 17)

O poder genérico do art. 71 do Decreto-lei 200 não tem força jurídica para alterar os dispositivos específicos que lhe condicionam o exercício ou definam competência exclusiva a outros órgãos e entidades da Administração (...) Deve ele, pois, ser entendido com as limitações que o condicionam, sem as quais se poria em risco a segurança mesma das relações jurídicas de que a Administração participe.

Nessa linha de idéias, em que pese, reiterar-se, o elevado desiderato buscado pelos ilustres fiscais que subscreveram os requerimentos dirigidos ao Sr. Secretário de Estado da Fazenda, sou levado a concluir, com as devidas venias aos que pensam em contrário, no sentido de falecer juridicidade a pretensão de se rever seja administrativa, seja judicialmente as decisões administrativas questionadas porquanto ausente nelas nulidades.

Ao contrário, o que há, e é afirmado pelos ilustres fiscais, é mera interpretação jurídica divergente a qual deverá ser contestada em casos futuros, observada a legislação estadual que disciplina a atuação do Conselho de Contribuintes no Estado de Minas Gerais, a não ser que se promova alteração normativa de modo a se estabelecer que as eventuais decisões desfavoráveis ao erário possam ser objeto de recurso ao Sr. Secretário de Estado da Fazenda.

É com se orienta, sub censura.

Belo Horizonte, 8 de outubro de 2010.

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Consultor Jurídico-Chefe

JURISPRUDÊNCIA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG (2010/0112996-4)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
RECORRENTE : **TELEMAR NORTE LESTE S/A**
ADVOGADO : **SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)**
RECORRENTE : **ESTADO DE MINAS GERAIS**
PROCURADOR : **GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **OS MESMOS**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – DEDUÇÃO DO ICMS DOS INSUMOS – COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO – SÚMULA 7/STJ – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA – SÚMULA 306/STJ – RECURSO ESPECIAL DA TELEMAR CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO.

PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – TRIBUTÁRIO – ICMS – CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO – LANÇAMENTO DE OFÍCIO – APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN – RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS PROVIDO.

DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de recursos especiais interpostos por TELEMAR NORTE LESTE S/A e pelo ESTADO DE MINAS GERAIS, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que negou provimento ao recurso de apelação da empresa, deu parcial provimento ao reexame necessário e julgou prejudicado o apelo estadual.

A ementa do julgado guarda os seguintes termos (fl. 686e):

"ICMS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. CREDITAMENTO. NOTA FISCAL. LUBRIFICANTES E ÓLEOS COMBUSTÍVEIS. PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS.

- As diferenças de ICMS, provenientes de aproveitamento ilegal de crédito, também estão sujeitos ao prazo decadencial de cinco anos.

- O creditamento de ICMS para bens de consumo e do ativo permanente pode ser estabelecido em lei, devendo ser expresso quanto a sua aplicação.

- O produto é considerado como intermediário, apenas quando íntegra, de forma direta e imediata, o produto final, fazendo-se, nesse caso, o creditamento em razão do simples princípio da não-cumulatividade, o que não ocorre com os bens do ativo permanente e de consumo próprio que, somente se sujeitam a tal regime na forma de lei complementar expressa.

- O óleo combustível, quando usado na produção ou industrialização da mercadoria que vai circular, é considerado produto intermediário, mas, para o aproveitamento do crédito do ICMS respectivo, carece de comprovação documental, bem como da inequívoca aderência à circulação da mercadoria.

- Recurso a que se nega provimento. "

Rejeitados os embargos de declaração opostos pelo Estado (fl. 707e).

Nas razões de seu recurso especial, alega a empresa recorrente que o acórdão estadual contrariou as disposições contidas no art. 20 da Lei Complementar n. 87/96, ao impedir que a recorrente, prestadora de serviço de telecomunicações, credite-se do ICMS pago pela aquisição de insumos, sob o argumento de que ele não se integra à mercadoria final, bem como negou vigência aos comandos normativos contidos no art. 21 do Código de Processo Civil, ao não compensar de maneira correta a sucumbência recíproca das partes.

Sustenta, outrossim, que o art. 20 da LC n. 87/96 garante aos prestadores de serviço o direito de se creditarem seus insumos sem condicionar tal direito à lógica do crédito físico, própria das mercadorias, ao passo que afirma a desnecessidade de previsão expressa na lei de regência do direito de se creditar pelos combustíveis e lubrificantes, porquanto esta Corte já reconheceu a natureza de insumo dos mesmos.

Requer, por fim, seja recalculada a compensação das verbas sucumbenciais recíprocas para fixar o percentual de 3,94%.

O Estado de Minas Gerais, por sua vez, aduz ofensa ao art. 535, inciso II, do CPC, porquanto, apesar da oposição dos embargos de declaração, o Tribunal de origem não se pronunciou sobre pontos necessários ao deslinde da controvérsia.

Alega violação do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, ao considerar a ineficácia dos lançamentos fiscais correspondentes até o mês de novembro/99, porque realizados em dezembro/2004, ultrapassando o prazo decadencial de cinco anos.

Ressalta que não há como aplicar ao caso em questão o disposto no § 4º do art. 150 do CTN, pois não há fato gerador específico para servir de marco inicial, pois aproveitamento indevido de crédito não é fato gerador de ICMS.

Por derradeiro argumenta que, *"demonstrado que o recolhimento a menor ocorreu a partir de janeiro/1999 (fls. 52/53), o prazo decadencial, a teor do artigo 173, I, do CTN somente se iniciaria em janeiro/2000, findando em 31/12/2004 (fl. 68) não ocorrendo a prescrição portanto"* (fl. 738).

Apresentadas as contrarrazões às fls. 791/796 e 799/813, sobrevieram os juízos de admissibilidade positivo e negativo da instância de origem (fls. 821/825e).

A ilustre relatora Eliana Calmon houve por bem dar provimento ao agravo de instrumento, para determinar a subida do presente recurso especial (fl. 839e).

Redistribuição por prevenção de turma.

É, no essencial, o relatório.

RECURSO ESPECIAL DA TELEMAR

DA PRETENSÃO RECURSAL

Intenta a recorrente, prestadora de serviço de telecomunicações, creditar-se do ICMS pago pela aquisição de insumos, quais sejam, óleo combustível e lubrificantes, sob o argumento de que ele se integra à mercadoria final.

DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ

Não prospera a pretensão recursal da empresa recorrente.

Da análise das razões do acórdão recorrido conclui-se que este interpretou o art. 20 da Lei Complementar n. 87/96, dispositivo tido por afrontado, a partir de argumentos de natureza eminentemente fática.

É o que se infere da leitura do seguinte excerto do voto condutor do acórdão recorrido (fl. 690):

"O óleo combustível e lubrificantes, quando usados na produção ou industrialização da mercadoria que vai circular, é considerado produto intermediário, mas, para o aproveitamento do crédito do ICMS respectivo, carece de inequívoca comprovação documental e de seu uso como produto que se adere a própria mercadoria em sua qualidade circulatória. "

Nesse caso, não há como aferir eventual violação sem que se reexamine o conjunto probatório dos presentes autos.

A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7 do STJ, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame.

Nesse sentido, a doutrina do ilustre jurista Roberto Rosas:

"O exame do recurso especial deve limitar-se à matéria jurídica. A razão dessa diretriz deriva da natureza excepcional dessa postulação, deixando-se às instâncias inferiores o amplo exame da prova. Objetiva-se, assim, impedir que as Cortes Superiores entrem em limites destinados a outros graus. Em verdade, as postulações são apreciadas amplamente em primeiro grau, e vão, paulatinamente, sendo restringidas para evitar a abertura em outros graus. Acertadamente, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal abominaram a abertura da prova ao reexame pela Corte Maior. Entretanto, tal orientação propiciou a restrição do recurso extraordinário, e por qualquer referência à prova, não conhece do recurso."

(Direito Sumular - Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, 6. ed. ampl. e rev. Revista dos Tribunais, p. 305.)

Nesse sentido, a ementa do seguinte julgado:

"TRIBUTÁRIO – ICMS – DEDUÇÃO DO ICMS DOS INSUMOS – CANCELAMENTO DE NOTAS FISCAIS – PROVA PERICIAL.

1. A prática de dedução do ICMS dos insumos para evitar a cobrança em cascata, na hipótese especial dos autos, que tratam de venda de combustível, não se fez legítima, pois antes da CF/88 não houve incidência do ICMS sobre insumos, porque sobre combustíveis e derivados incidia apenas o imposto único sobre combustíveis.

2. Para o Fisco, o somatório das notas fiscais foi a forma adotada para efetuar o levantamento do volume de negócios sujeitos à incidência do ICMS, deixando de considerar como passíveis de dedução as notas fiscais irregularmente emitidas e canceladas na própria empresa, à mingua de prova técnica indicativa da ocorrência.

3. Embora o álcool anidro seja componente da gasolina comercializada, sendo livre de imposto, somente prova técnica poderia indicar o volume utilizado como componente e o quantitativo vendido.

4. O substituto tributário tem de provar que suportou o ônus e em que proporção para se legitimar à dedução, constatação que no STJ esbarra no óbice da Súmula 7.

5. Recurso especial improvido. "

(REsp 693.204/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 6.12.2005, DJ 19.12.2005, p. 347.)

DA COMPENSAÇÃO DAS VERBAS SUCUMBENCIAIS

É sabido e consabido que esta Corte, uma vez reconhecida a sucumbência recíproca, tem deixado ao juiz da execução, em liquidação de sentença, que mensure a proporção de êxito de cada uma das partes litigantes. Esse juízo de proporcionalidade somente será possível se a fixação da base de cálculo dos honorários observar um mesmo critério para autor e réu, o que restou claro na hipótese dos autos.

Nesse sentido, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA – SÚMULA 306/STJ.

1. No caso da sucumbência recíproca, é plenamente possível que a proporção dos honorários devidos a cada parte seja especificada posteriormente, por ocasião da liquidação da sentença (Incidência da Súm. 306/STJ).

2. Descabe ao STJ, em recurso especial, estabelecer o quantum devido a cada uma das partes, pois refoge aos estreitos limites da presente via, pois demanda uma análise típica da fase de liquidação da sentença, em que se verifica efetivamente qual parte mais sofreu os efeitos da sucumbência.

3. Agravo Regimental não provido. "

(AgRg no AgRg no Ag 1.173.653/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.6.2010, DJe 28.6.2010.)

"AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA.

1. Configurada a sucumbência recíproca das partes, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil, a redistribuição dos percentuais, de acordo com o respectivo proveito de cada parte, se dará na fase de liquidação da sentença, momento em que será possível apurar a proporção do decaimento de cada qual no tocante a todo o pedido.

2. Agravo regimental desprovido. "

(AgRg no REsp 742.542/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 28.6.2005, DJ 7.11.2005, p. 281.)

Diante de tais inferências, o recurso especial da empresa merece ser apenas conhecido em parte e improvido.

RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA PRETENSÃO RECURSAL

O Estado de Minas Gerais pretende afastar a aplicação ao caso em questão do prazo decadencial quinquenal disposto no § 4º do art. 150 do CTN, ao considerar que não há fato gerador específico para servir de marco inicial, pois aproveitamento indevido de crédito não é fato gerador de ICMS.

DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise do acórdão recorrido.

Na verdade, a questão não foi decidida conforme objetivava a recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso. É cediço, no STJ, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a

responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.

Ressalte-se, ainda, que cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil:

"Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."

Em suma, nos termos de jurisprudência pacífica do STJ, *"o magistrado não é obrigado a responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados"* (REsp 684.311/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 18.4.2006), como ocorreu na hipótese ora em apreço.

Nesse sentido, ainda, os precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – EXECUÇÃO FISCAL – DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. É inviável a aplicação do art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/1980, tendo em vista a prevalência do art. 174 do CTN, para os executivos fiscais ajuizados antes da LC 118/2005. Precedentes do STJ.

3. Recurso especial não provido ."

(REsp 1.142.474/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23.2.2010, DJe 4.3.2010.)

"PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE DO DECRETO 20.910/1932.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Ausente previsão em lei específica, o prazo prescricional nas ações de cobrança de multa administrativa é de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932, à semelhança das ações pessoais contra a Fazenda Pública.

3. Orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.105.442/RJ , submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

4. Agravo Regimental não provido. "

(AgRg no Ag 1.000.319/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23.2.2010, DJe 4.3.2010.)

DA APLICAÇÃO DO ART. 173, I, DO CTN

A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, *verbis*:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; "

Na hipótese dos autos, cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação recolhido a menor no período de janeiro de 1999 a fevereiro de 2000.

O lançamento, cuja notificação do devedor se deu em 1º.12.2004, decorreu de autuação por creditamento indevido de ICMS, porquanto a contribuinte, além de creditar-se de ICMS pago pela aquisição de insumos, quais sejam, óleo combustível e lubrificantes, deixou de apresentar à fiscalização estadual os documentos comprobatórios da idoneidade dos créditos de ICMS escriturados.

Assim sendo, a regra decadencial aplicável ao caso concreto é a prevista no art. 173, I, do CPC, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, donde se deduz a não ocorrência da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários.

Nesse sentido, as ementas dos seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 19 E 20 DA LC 87/96.

ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO NO ART. 155, § 2º, II, DA CF/88. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA.

1. Havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, razão pela qual a decadência não ficou caracterizada no caso dos autos, como bem observou o Tribunal de origem.

Nesse sentido: REsp 842.413/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.10.2006; REsp 979.228/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 16.4.2009.

2. Não obstante o recorrente (ora agravante) tenha indicado os arts. 19 e 20 da LC 87/96 para fundamentar seu inconformismo, a questão controvertida está atrelada à verificação acerca da ocorrência ou não de contrariedade ao art. 155, § 2º, II, da CF/88, tendo em vista que o acórdão recorrido, com base no referido preceito constitucional, afirmou que "a exigência de estorno proporcional do crédito relativo às operações anteriores não configura violação ao princípio da não-cumulatividade".

Ressalte-se que não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na CF/88, nem tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no Ag 1.273.246/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5.8.2010, DJe 3.9.2010.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. AUTO DE INFRAÇÃO. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO. ART. 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO. AFIRMAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. REEXAME DE PROVA.

1. Verificando-se que o lançamento, na hipótese dos autos, decorreu da lavratura de auto de infração, por não ter a contribuinte antecipado o pagamento, aplica-se o disposto no art. 173, I, do CTN, que prevê o prazo de cinco anos para a constituição do crédito tributário, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

2. A conclusão no sentido de que houve lançamento de ofício com recolhimento a menor do imposto, e não lavratura do auto de infração, depende da reapreciação das provas constantes dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 954.487/SE, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 4.5.2010.)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. PAGAMENTO A MENOR. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. ART. 173, I, DO CTN. TAXA SELIC.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando ocorre o recolhimento em desconformidade com a legislação aplicável, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN).

2. Se a Fazenda Pública notifica o contribuinte do auto de infração no prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não há que se falar em decadência do direito à constituição do crédito tributário, ainda que a inscrição em dívida ativa se dê fora desse prazo.

3. É devida a Taxa Selic nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal.

4. Ante a existência de lei estadual que determina o uso da mesma taxa moratória utilizada pela Fazenda Federal, mostra-se legítimo o uso da Selic. Precedentes.

5. Recurso especial não provido. "

(REsp 973.189/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 4.9.2007, DJ 19.9.2007, p. 262.)

O recurso do Estado de Minas Gerais merece ser provido.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, *caput* e §1º-A, do CPC, conheço em parte do recurso especial da empresa e nego-lhe provimento, ao passo que dou provimento ao recurso especial do Estado de Minas Gerais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 17 de setembro de 2010.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0079.08.419444-2/002

NÚMERO DO PROCESSO: 1.0079.08.419444-2/002(1)
RELATOR: WANDER MAROTTA
RELATOR DO ACÓRDÃO: WANDER MAROTTA
DATA DO JULGAMENTO: 01/12/2010
DATA DA PUBLICAÇÃO: 05/02/2010

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - DIREITO INDIVIDUAL - ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR A AÇÃO EM NOME DE OUTROS QUE NÃO MENORES E IDOSOS - ORDEM GENÉRICA - IMPOSSIBILIDADE. O Ministério Público não tem legitimidade para ajuizar ação civil pública visando a defesa de direitos individuais strictu sensu, e, portanto, divisíveis. Pode agir, entretanto, em ação civil pública que visa pleitear o fornecimento de remédios, mas apenas em nome de idoso e de menor, em razão das disposições dos respectivos estatutos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0079.08.419444-2/002 - COMARCA DE CONTAGEM - AGRAVANTE(S): ESTADO MINAS GERAIS - AGRAVADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. WANDER MAROTTA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 01 de dezembro de 2010. DES. WANDER MAROTTA - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. WANDER MAROTTA: O ESTADO DE MINAS GERAIS interpõe agravo de instrumento contra a r. decisão de fls. 124/125, que deferiu liminar pleiteada nos autos da ação civil pública que lhe move o MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS para obrigá-lo a fornecer a TIAGO DIAS DOS SANTOS, no prazo máximo de 03 dias, o medicamento Abilify (Aripiprazol), sob pena de multa diária fixada em R\$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), até o limite de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Sustenta o recorrente, em síntese, ser inviável a utilização da ação civil para defesa de interesse meramente individual, razão pela qual deve ser o feito extinto, sem julgamento de mérito. De outro lado, não há que se falar em legitimidade do Ministério Público, não estando o *parquet* legitimado para a defesa de interesses meramente individuais, nos termos da jurisprudência que cita. No mérito, afirma estarem ausentes os requisitos para a concessão da medida liminar, não havendo provas de que o fármaco pretendido seja o único com condições de tratar o mal que acomete o Sr. Tiago. *Ad argumentandum*, insurge-se contra a multa fixada.

Conheço do recurso.

A preliminar de ilegitimidade do *parquet* para defesa dos interesses individuais de TIAGO DIAS DOS SANTOS merece acolhida.

Isto porque Tiago nasceu em 28/08/1981 e a Lei nº 7.347/85 confere legitimidade ao Ministério Público para propor ação civil pública nas condições estabelecidas no seu artigo 1º, acrescido do inc. IV pela Lei 8.078/90, não tendo o *parquet* legitimidade para defender direitos individuais privados.

Mutatis mutandi, invoca-se precedente do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

"MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO-MG. EXIGIBILIDADE IMPUGNADA POR MEIO DE AÇÃO PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELO SEU NÃO-CABIMENTO, SOB INVOCAÇÃO DOS ARTS. 102, I, a, E 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO. Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido." (RE 213.631 / MG - MINAS GERAIS, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO - Publicação: DJ DATA-07-04-00 - TRIBUNAL PLENO).

No julgamento do REsp 57.465-0/PR, assim se manifestou o Ministério Demócrito Reinaldo:

"É certo, todavia, que o artigo 21 da Lei nº 7.347/85, introduzido pelo art. 117 do CDC inclui, como passíveis de proteção através da ação civil pública, 'os interesses ou direitos individuais homogêneos'. Não é menos certo, entretanto, numa interpretação sistemática da legislação supra citada, que 'os interesses e direitos homogêneos' somente há de ser tutelados pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. É que, a Lei nº 7.347/85, a começar da sinopse com que é encimada, 'disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor' (meio ambiente, etc.). E, ainda quando, no seu artigo 21, permite o suo da ação coletiva para a defesa 'dos interesses coletivos e individuais', faz remissão expressa ao Título III, do Código de Defesa do Consumidor. Pretendeu, pois, a lei, explicitar, com a remissão (ao CDC), 'que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil, quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aqueles e os respectivos possuidores. Vale dizer: não é qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente. É este o entendimento prevalente na doutrina: 'os interesses ou direitos individuais podem ser também objeto da defesa coletiva, enquanto significativos de interesse e direitos individuais homogêneos do consumidor (ou seus sucessores), que tenham tido origem ou causa comum, no que diz com fatos geradores de tais interesses ou direitos individuais... São estes interesses ou direitos defensáveis a título coletivo, porque devem ser desprezados e necessariamente desconsideradas as peculiaridades agregadas à situação pessoal e diferenciada de cada consumidor... Quanto a estes aspectos pessoais diferenciados, próprios de cada situação concreta, de cada consumidor (vítima ou sucessor), de forma preferencial, poderão vir a ser postulados pelos próprios interessados, o que deve ocorrer na liquidação da sentença genérica, proferida no processo de conhecimento' (Conf. Arruda Alvim, Thereza, *Código do Consumidor Comentado*, p. 380)".

No mesmo sentido, e com a mesma orientação, a jurisprudência deste Tribunal:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA - EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - O Ministério Público não detém legitimidade para a propositura da ação civil pública na defesa de direitos individuais privados e disponíveis, onde, cada cidadão pode requerer seus direitos individualmente. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.308.263-3/00 - COMARCA DE CAMPESTRE - RELATOR: EXMO. SR. DES. BRANDÃO TEIXEIRA - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - j. 29 de abril de 2003 - v.u.).

O art. 129, incisos II e III, CR, traz, entre as funções institucionais do órgão ministerial, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública. Contudo, não autoriza o MP a agir visando a defesa de direito individual de um cidadão. Nem mesmo a ação civil pública poderia ser ajuizada para proteção e tutela de direitos puramente individuais, de natureza disponível, sob pena de desvio da função caracterizadora de ilegitimidade processual.

Tal como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro na obra *Direito administrativo*, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 665:

"Constitui pressuposto da ação civil pública o dano ou a ameaça de dano a interesse difuso ou coletivo, abrangidos por essa expressão o dano ao patrimônio público e social, entendida a expressão no seu sentido mais amplo, de modo a abranger o dano material e o dano moral.

Com a expressão interesse difuso ou coletivo, constante do art. 129, III, da Constituição, foram abrangidos os interesses públicos concernentes a grupos indeterminados de pessoas (interesse difuso) ou a toda sociedade (interesse geral); a expressão interesse coletivo não está empregada, aí, em sentido restrito, para designar o interesse de uma coletividade de pessoas determinada, como ocorre com o mandado de segurança coletivo, mas em sentido amplo, como sinônimo de interesse público ou geral."

Aliás, a própria Constituição Federal, ao tratar do mandado de segurança coletivo, no seu artigo 5º, inciso LXX, estabeleceu que apenas os partidos políticos, sindicatos, entidade de classes e associações, detêm legitimidade ativa, excluindo-se, assim, a iniciativa do Ministério Público.

Não tem, pois, o *parquet* legitimidade para pleitear, através de ação civil pública, medicamentos para cidadãos maiores de idade, ausente nos autos provas de que Tiago seja incapaz.

Assim, dou provimento ao recurso para acolher a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear o fornecimento de medicamentos em nome de Tiago, ou, genericamente, de toda coletividade, devendo ser a ação civil proposta extinta, sem exame de mérito, por ilegitimidade ativa ad causam.

É como voto.

Sem custas ou honorários.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): HELOISA COMBAT e EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.

SÚMULA : DERAM PROVIMENTO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0155.05.009256-0/001

NÚMERO DO PROCESSO: 1.0155.05.009256-0/001(1)
RELATOR: ANTÔNIO SÉRVULO
RELATOR DO ACÓRDÃO: ANTÔNIO SÉRVULO
DATA DO JULGAMENTO: 12/08/2008
DATA DA PUBLICAÇÃO: 05/09/2008

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DETENÇÃO. SUICÍDIO. DELEGACIA. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. Tratando-se de ato omissivo, a responsabilidade estatal é subjetiva, pelo que exige comprovação de dolo ou culpa, numa de três vertentes - negligência, imperícia ou imprudência - para gerar direito à indenização. Malgrado o preso esteja sob os auspícios do Estado, a quem incumbe velar por sua integridade física, o evento danoso caracterizado pelo suicídio decorre de ato volitivo da vítima, a quem incumbe culpa exclusiva pelo ocorrido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0155.05.009256-0/001 - COMARCA DE CAXAMBU - APELANTE(S): PATRICIA DA SILVA OLIVEIRA E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ANTÔNIO SÉRVULO

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de agosto de 2008. DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. ANTÔNIO SÉRVULO: Trata-se de ação ordinária proposta por Patrícia da Silva Oliveira e Carolina da Silva Oliveira, em desfavor do Estado de Minas Gerais, objetivando indenização, em decorrência do suicídio de José Moreira Maciel, ocorrido nas dependências da Cadeia Pública de Caxambu.

Pela sentença de fls. 208/210, o pedido foi julgado improcedente, com resolução do mérito, com base no art. 269, I, do CPC.

Inconformadas, as autoras apresentaram recurso de apelação às fls. 212/217, sustentando que a conduta omissiva do Estado, no que se refere ao zelo pela integridade física daquele que se encontrava sob custódia estatal, permitindo que este cometesse o suicídio, ensejou o dano a elas causado, caracterizando-se, portanto, a culpa *in vigilando*, pugnando, pois, pelo provimento do recurso e acolhimento do pedido indenizatório.

Contra-Razões às fls. 218/229.

Desnecessária a oitiva da PGJ.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O pedido deduzido pelos autores é fundamentado em conduta estatal tida por negligente e, tratando-se de ato omissivo, a responsabilidade civil necessita da prova da culpa, vez que é subjetiva, não se aplicando a regra geral contida no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, que assim prescreve, *in verbis*:

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

(...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Assim, a ausência do serviço ou o defeito no seu funcionamento configuram a responsabilidade prevista na teoria da culpa administrativa que, segundo o ilustre administrativista Hely Lopes Meirelles:

"representa o estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta de serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta de serviço/culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar-se culpa administrativa. Esta teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização." (*"Curso de direito administrativo brasileiro"*. 27.ed. Malheiros, 2002. p. 619)

Sobre o tema, calha trazer à colação o escólio de José dos Santos Carvalho Filho:

"O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado de dar-se pela presença dos seus pressupostos - o fato administrativo, o dano e o nexa causal. Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas." (*"Manual de direito administrativo"*. 11.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 461-462).

Trago, ainda, lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, vejamos:

"A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porque supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou *'faute de service'* dos franceses, por nós traduzida por "falta de serviço". É dispensável localizar-se, no Estado, quem especificamente

descumpriu o dever de agir, omitindo-se propositadamente ou apenas por incúria, por imprudência, ao negligenciar a obrigação de atuar e atuar tempestivamente. Cumpre tão-só que o Estado estivesse obrigado a certa prestação e faltasse a ela, por descaso, por imperícia ou por desatenção no cumprir seus deveres, para que desponha a responsabilidade pública em caso de omissão" (RT 552/14).

Nosso colendo Supremo Tribunal Federal sufraga, majoritariamente, o entendimento esposado pelos retromencionados doutrinadores, senão vejamos:

"Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade de tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de três vertentes: negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service* dos franceses" (STF, RE nº 179.147-SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma, DJU de 27.02.1998).

Pois bem. A prova dos autos é bastante robusta no sentido de descaracterizar a conduta omissiva do Estado, de molde a ensejar a indenização postulada, tendo em vista que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima.

Malgrado não se olvide que, a partir da detenção do indivíduo, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais, que se obrigam pela sua intangibilidade corporal, tal dever incumbe a tais autoridades o dever de proteger o preso de atos violentos praticados por outros detentos, ou mesmo por outros policiais.

Seria conclusão totalmente apartada da realidade a de que o Estado poderia impedir o suicídio de quem quer que seja, tendo em vista que tal medida demandaria vigília diuturna e ininterrupta.

Destarte, ainda que, por óbvio, a pessoa conduzida à Delegacia não seja destituída do seu direito inalienável à integridade física, o suicídio de José Moreira Maciel, tal como ocorrido, não poderia ter sido evitado pelos agentes estatais, concluindo-se, portanto, que não houve nexo causal entre a conduta estatal e o evento danoso, cuja ocorrência pode ser imputada, exclusivamente, à vítima.

A questão é bem colocada por José Cretela Jr., na obra "*O Estado e a Obrigação de Indenizar*", ed. Saraiva, 1980, p. 251/2:

"Pessoas recolhidas a prisões comuns ou a quaisquer recintos sob a tutela do Estado têm o direito subjetivo público à proteção dos órgãos públicos, cujo poder de polícia se exercerá para resguardá-las contra qualquer tipo de agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, quer ainda de pessoas de fora, que podem, iludindo a vigilância dos guardas, ocasionar danos aos presos."

Conforme se infere do trecho doutrinário acima transcrito, incumbe ao Estado velar pela incolumidade física dos presos contra atos de violência emanados de outros detentos, de policiais e até de terceiros que porventura com eles tenham contato, excluindo-se, contudo, a violência do preso praticada contra si mesmo, tendo em vista que tal missão é, na prática, impossível de se realizar.

A propósito, coadunável aresto, *in verbis*:

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MORTE DE DETENTO EM CADEIA PÚBLICA - SUICÍDIO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - INEXISTÊNCIA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES PARA A CONCESSÃO DA INDENIZAÇÃO - DETENTO EM FASE TERMINAL DE DOENÇA CRÔNICA - RESPONSABILIDADE ÚNICA DA VÍTIMA." (TJMG - Processo nº 1.0324.03.016231-1/001; Rel. Desemb. Brandão Teixeira; DJMG 05.08.05)

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença recorrida.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): ERNANE FIDÉLIS e MAURÍCIO BARROS.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.

SÚMULAS ADMINISTRATIVAS

SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 13, DE 31 DE AGOSTO DE 2010.

O ADVOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial do Estado de Minas Gerais:

"Fica dispensada a interposição de recurso contra decisão judicial que reconheça a responsabilidade subsidiária da Administração Pública Estadual em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que se fundamente exclusivamente no enunciado da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho."

LEGISLAÇÃO: Lei nº 8.666/93, art. 71, §1º.

JURISPRUDÊNCIA: STF: AI 678.766 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ-e de 13/3/2010; AI 730.730-7/RS, Segunda Turma, Rel. Min. EROS GRAU, DJ-e de 26/3/2010; AI 653.364 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ-e de 11/4/2008; AI 617.362-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 9/3/2007. Rcl 7.809 MC / RO Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Publicação DJe-043 PUBLIC 06/03/2010 e Rcl 8.187 MC/AM, Relator: Min. MENEZES DIREITO DJe-095 DIVULG 22/05/2010 PUBLIC 25/05/2010. TST: Súmula 331, IV; IUJ-RR-297.751/96.2; AIRR - 2732/2003-065-02-40.4; RR-681/2005-137-15-00.1. TRT3: 01820-2008-047-03-00-1-RO; 01530-2008-075-03-00-7-RO; 00340-2010-022-03-00-8-RO; 01177-2008-027-03-00-1-RO; 00522-2010-029-03-00-3-RO; 00287-2010-079-03-00-6-RO; 00396-2010-041-03-00-0-RO; 00708-2008-071-03-00-7-RO; 00981-2008-151-03-00-5-00-RO.

SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 14, DE 16 DE SETEMBRO DE 2010.

O ADVOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos e entidades da Administração direta e indireta do Estado do Estado de Minas Gerais:

“Não é devido o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) cobrado de imóveis pertencentes ao Estado de Minas Gerais ou às autarquias e fundações por ele instituídas e mantidas, observada, nesta hipótese, a vinculação às respectivas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Em relação à constitucionalidade e à legalidade das normas instituidoras e sem prejuízo da verificação dos demais requisitos de exigibilidade, são devidas as taxas de coleta de resíduos sólidos urbanos e de fiscalização de aparelhos de transporte, bem como a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública, previstas, respectivamente, nas Leis nºs 8.147, de 29 de dezembro de 2000, 5.641, de 22 de dezembro de 1989, e 8.468, de 30 de dezembro de 2002, todas do Município de Belo Horizonte.

Não se recorrerá de decisão judicial que reconhecer a constitucionalidade ou a legalidade das leis municipais mencionadas no parágrafo anterior quanto à instituição dos tributos nele mencionados.”

LEGISLAÇÃO: Constituição Federal: art. 150, VI, "a", e §2º. Leis nºs 8.147, de 29 de dezembro de 2000, 5.641, de 22 de dezembro de 1989, e 8.468, de 30 de dezembro de 2002, do Município de Belo Horizonte.

JURISPRUDÊNCIA: Supremo Tribunal Federal: AI 626.372 AgR/MG, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe-070 de 18/04/2008; AI 463.910 AgR/MG, Primeira Turma, Relator Min. Carlos Britto, DJ 08/09/2006, p. 00036; RE 573.675RG/SC, Tribunal Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJe-065 de 11/04/2008; RE 411.251 AgR/MG, Segunda Turma, Relator Min. Eros Grau, DJe-112 de 28/09/2007; RE 576.321 RG-QO/ SP, Tribunal Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJe-030 de 13/02/2010; RE 551.812/MG, decisão monocrática do relator Min. Eros Grau, DJe-035 de 28/02/2008 e republicação no DJe-061 de 07/04/2008; AI 650.833/MG, decisão monocrática do relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29/03/2007, p. 00074.

SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº15, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2010.

O ADVOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art.8º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, revoga a Súmula nº 12, de 31 de agosto de 2010 e edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial do Estado de Minas Gerais:

"Fica dispensada a interposição de recurso contra decisão judicial que afaste o prazo de vigência do exame de aptidão física e mental fixado no artigo 147, § 2º, da Lei nº 9.503/97 e no art. 4º da Resolução 168 do CONTRAN, para o fim de obtenção de Carteira Nacional de Habilitação."

LEGISLAÇÃO: Lei nº 9.503, de 23/9/1997 - Código de Trânsito Brasileiro - Resoluções CONTRAN nº 168/2004 e 169/2005 - Portaria DENATRAN nº 15/2005 e Instrução DETRAN/MG nº 001/2006/DHCC. PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO nº 14.706/2006 e NOTA JURÍDICA nº 2.125/2010.

JURISPRUDÊNCIA: Apelações Cíveis nº 1.0024.06.218583-0/001,1.0024.06.220437-5/001,1.0024.06.992180-7/001, 1.0024.06.218035-1/001,1.0024.06.225275-4/001,1.0024.06.992560-0/001, 1.0024.06.208055-1/001,1.0024.06.223824-1/001,1.0024.06.992275-5/001, 1.0024.06.993319-0/001.

SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 16, DE 11 DE FEVEREIRO DE 2010.

O ADVOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos e entidades da Administração direta e indireta do Estado do Estado de Minas Gerais:

“Fica dispensada a interposição de recurso contra decisão judicial que determine a inscrição no cadastro de contribuinte ou produtor rural, assim como a alteração ou a reativação cadastral, quando a fundamentação administrativa para o indeferimento for exclusivamente a impossibilidade de emissão de certidão negativa em nome dos diretores, sócios, titular, pessoa jurídica, co-titular, parceiro ou integrante de grupo familiar, ou a existência de débito inscrito em dívida ativa.”

LEGISLAÇÃO: Decreto estadual nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, §1º do art. 99, e §1º do art. 112.

JURISPRUDÊNCIA: Supremo Tribunal Federal: Súmulas 70, 323 e 547; ADI 173-6; RE 399037AgR; RE 207946; RMS 9.698; RE 413.782; RE 115.452-EDiv.; RE 424.061; RE 409.956; RE 414.714; RE 409.958; Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: 1.0079.06.277310-0/001; 1.0210.05.032961-9/002; 1.0702.06.317774-6/001; 1.0079.07.354123-1/001; 1.0145.06.330998-6/001; 1.0024.06.103708-1/003; 1.0694.04.019430-0/002; 1.0487.03.004929-9/001; 1.0382.06.067270-8/002; 1.0000.00.197804-8/000; 1.0166.05.008240-2/001 e 1.0112.04.050341-2/001.

SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 17, DE 15 DE MARÇO DE 2010.

O ADVOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art.8º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial do Estado de Minas Gerais:

“Não se recorrerá das decisões do TJM/MG que versem sobre prescrição da pretensão punitiva do Estado, que tratam de punição disciplinar militar, quando esta for reconhecida em dois anos para infrações disciplinares que não acarretem exclusão, quatro para a deserção e cinco para as demais infrações que causam exclusão.”

LEGISLAÇÃO: artigos 2º e 24, XI da Constituição da República, Lei estadual nº 869/1952, Lei estadual nº 14.310/2002 e art. 240-A da Lei estadual nº 5.301/1969.

JURISPRUDÊNCIA: Uniformização de Jurisprudência nº 01 do TJM/MG e Declaração Incidental de Inconstitucionalidade nº 01 do TJM/MG.

SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 18, DE 6 DE OUTUBRO DE 2010.

O ADVOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial do Estado de Minas Gerais:

"Não será interposto recurso contra decisão de primeiro ou segundo graus de jurisdição que: a) entende não ser cabível a condenação da parte contrária em honorários advocatícios na exceção de pré-executividade rejeitada; b) entende ser cabível a condenação do Estado em honorários advocatícios na exceção de pré-executividade acolhida, salvo se fixados em valor excessivo ou em desconformidade com o princípio da causalidade."

LEGISLAÇÃO: Código de Processo Civil, art. 20, §§ 3º e 4º.

JURISPRUDÊNCIA: a) Súmula 83/STJ; b) Exceção rejeitada: AgRg no AgRg no REsp 1.124.349, DJe 10/8/2010; AgRg no Ag 1.259.216, DJe 17/8/2010; EDcl no AgRg no REsp 679.242, DJe 19/8/2010; AgRg no REsp 999.417, DJ 16/4/2008; REsp 818.885, DJ 25/3/2008; EDcl no REsp 698.026, DJ 6/2/2006; AgRg no Ag 489.915, DJ 10/5/2004. c) Exceção acolhida: REsp 1.192.177, DJe 22/6/2010; EREsp 1.084.875, DJe 9/4/2010; EDcl no REsp 971.917, DJe 29/6/2010; AgRg no Ag 1.268.805, DJe 9/6/2010; AgRg no REsp 1.014.359, DJe 20/8/2008; AgRg no REsp 1.149.679, DJe 15/3/2010; AgRg nos EDcl no REsp 434.900, DJ 15/9/2003 p.

323. d) Valor excessivo: REsp 513.042/AL, DJe 24/5/2010. e) Princípio da causalidade: REsp 1.111.002, DJe 1/10/2010 (recurso repetitivo); AgRg no Ag 1.200.018, DJe 24/8/2010.

OBS: As Súmulas Administrativas acima citadas encontram-se no sítio da Advocacia-Geral do Estado: <<http://www.age.mg.gov.br/institucional/bases-juridicas/sumulas-administrativas-do-advogado-geral-do-estado?task=view>>.

LEGISLAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

LEIS

LEI Nº 18.798, de 31 de março de 2010.

Estabelece a tabela de vencimento básico dos cargos de Procurador do Estado e altera a Lei nº 18.017, de 8 de janeiro de 2010, que institui a Gratificação Complementar de Produtividade - GCP -, na carreira da Advocacia Pública do Estado.

DECRETOS

DECRETO Nº 45.432, 27 de agosto de 2010.

Autoriza a Advocacia-Geral do Estado - AGE a assumir a representação judicial do Instituto Estadual de Florestas - IEF, nos casos que menciona.

DECRETO Nº 45.424, de 12 de julho de 2010.

Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelos órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, pelos demais Poderes do Estado, Ministério Público e Tribunal de Contas do Estado, em relação aos débitos de contribuições previdenciárias.

DECRETO Nº 45.317, de 5 de março de 2010.

Dispõe sobre a instituição do Regime Especial de pagamento de precatórios a que se refere o art. 97 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de que trata a Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2010, e dá outras providências.

DECRETO Nº 45.289, de 14 de janeiro de 2010.

Regulamenta a Lei Complementar nº 112, de 13 de janeiro de 2010, e altera os Decretos nº 44.113, de 21 de setembro de 2005, e nº 44.619, de 21 de setembro de 2007.

DECRETO Nº 45.158, de 27 de agosto de 2010.

Fixa o Quadro de Distribuição, por localidade, dos cargos de Procurador do Estado da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

DECRETO Nº 45.133, de 10 de julho de 2010.

Autoriza a Advocacia-Geral do Estado a não ajuizar execuções fiscais de créditos tributários de pequeno valor relativos ao 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.

RESOLUÇÕES

RESOLUÇÃO Nº 258, de 25 de maio de 2010.

Delega competência para os fins que menciona.

RESOLUÇÃO Nº 252, de 02 de março de 2010.

Delega competência para autorização e celebração de acordos judiciais em ações relativas a honorários de advogados de benefícios da justiça gratuita.

RESOLUÇÃO Nº 251, de 25 de fevereiro de 2010.

Altera a Resolução AGE nº 177, de 27 de setembro de 2006, que dispõe sobre a inscrição de crédito tributário em dívida ativa e o acompanhamento de ações de natureza tributária.

RESOLUÇÃO Nº 244, de 26 de novembro de 2010.

Reinstitui Comissões de Avaliação e a Comissão de Recursos para fins do processo de Avaliação de Desempenho Individual e Avaliação Especial de Desempenho na AGE.

RESOLUÇÃO Nº 243, de 09 de setembro de 2010

Dispõe sobre o gozo das férias regulamentares de Procurador de Estado e Advogado Autárquico e dá outras providências.

RESOLUÇÃO Nº 242, de 28 de setembro de 2010.

Dispõe sobre procedimentos a serem observados nos expedientes que envolvam ações conjuntas entre órgãos da Administração Pública Estadual.

RESOLUÇÃO Nº 241, de 11 de setembro de 2010.

Define as atribuições nas ações em que o Estado de Minas Gerais e o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG forem litisconsortes passivos.

RESOLUÇÕES CONJUNTAS

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 4216, de 13 de maio de 2010.

Institui o Núcleo de Auditoria Fiscal para auxílio à Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 2, de 03 de maio de 2010.

Dispõe sobre as condutas vedadas aos agentes públicos, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta do Estado de Minas Gerais, no período eleitoral do ano de 2010.

OBS: O inteiro teor da legislação acima citada encontra-se no sítio da Advocacia-Geral do Estado: www.age.mg.gov.br.

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 002, DE 3 DE MAIO DE 2010.

Dispõe sobre as condutas vedadas aos agentes públicos, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta do Estado de Minas Gerais, no período eleitoral do ano de 2010.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DE GOVERNO e o ADVOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso de suas atribuições previstas no art. 93, § 1º, inciso III, da Constituição do Estado de Minas Gerais, nas Leis Delegadas nº 112 e 124, ambas de 25 de janeiro de 2007, no Decreto nº 44.988, de 22 de dezembro de 2008, na Lei Complementar nº 30, de 10 de agosto de 1993, no Decreto nº 44.113, de 21 de setembro de 2005 e tendo em vista o disposto nos arts. 73, 75 e 77 da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 e na Resolução TSE nº 23.089, de 1º de julho de 2010, que estabelecem normas para as eleições, RESOLVEM:

CAPÍTULO I

CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS EM CAMPANHAS ELEITORAIS

Art. 1º Configuram-se condutas proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, da Administração Direta e Indireta, no âmbito estadual, quando em campanhas eleitorais, como assim reza o art. 73, incisos I a IV, da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997:

I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

II - usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;

III - ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado;

IV - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social, custeados ou subvencionados pelo Poder Público.

CAPÍTULO II

VEDAÇÕES ELEITORAIS NO ÂMBITO DO FUNCIONALISMO PÚBLICO

Art. 2º É vedado aos agentes públicos estaduais, no período de 06 de abril de 2010 até à posse dos eleitos, na circunscrição do pleito eleitoral, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição.

Art. 3º É vedado aos agentes públicos estaduais, a partir de 03 de julho de 2010 até à posse dos eleitos, nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os casos de:

I - nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;

II - nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos do Governo Estadual;

III - nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até a data do *caput*;

IV - nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do chefe do Poder Executivo;

V - transferência ou remoção *ex officio* de militares, de policiais civis e de agentes penitenciários.

Parágrafo único. Consideram-se serviços públicos essenciais, aqueles que, não atendidos, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde e a segurança da população, nos termos dos arts. 10 e 11, da Lei Federal nº 7.783, de 28 de junho de 1989.

CAPÍTULO III

VEDAÇÕES ELEITORAIS PARA TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS, BENS E SERVIÇOS PÚBLICOS

Art. 4º É vedado aos agentes públicos estaduais, a partir de 03 de julho de 2010 até o encerramento das eleições, levando-se em consideração o primeiro e segundo turnos, realizar transferência voluntária de recursos aos Municípios e entidades de qualquer nível de governo ou instituições privadas, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente ao período vedado, para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, bem como os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública, devidamente comprovadas.

Parágrafo único. Considera-se transferência voluntária todo o repasse de valores, bens e serviços, independentemente do instrumento jurídico utilizado para a efetivação da transferência, excluídas apenas as transferências que não decorram de determinação constitucional, legal ou destinadas ao Sistema Único de Saúde.

Art. 5º É proibida, de 1º de janeiro até 31 de dezembro de 2010, a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios diretamente à população em geral, por parte da Administração Pública ou através de entidades privadas sem fins lucrativos, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

Parágrafo único. Não será permitido, em nenhuma hipótese, no ano eleitoral, o início ou a continuidade de programa social executado por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por este mantida.

CAPÍTULO IV

VEDAÇÕES ELEITORAIS NO ÂMBITO DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL

Seção I

Do conceito de publicidade institucional definido pela Lei Eleitoral

Art. 6º A publicidade institucional abrange todo tipo de mensagem sobre atos, fatos, programas, obras, serviços e campanhas, incluindo comunicações pagas e a distribuição de material jornalístico gratuito dos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta.

§1º Não se enquadra no conceito do *caput* a publicidade realizada no exterior para público-alvo constituído de estrangeiros.

§2º O agente público deverá, para a classificação de uma comunicação como publicidade institucional apurar seu conteúdo, verificando se ela contém juízos de valor sobre as ações do governo e induções a conclusões por parte dos receptores.

Seção II

A publicidade institucional no Calendário Eleitoral de 2010

Art. 7º São períodos para realização de publicidade institucional, nos termos da Resolução TSE 23.089/2010, os quais deverão ser observados:

I - de 1º de janeiro a 30 de junho - período em que podem ser realizadas ações de publicidade institucional pelo Governo, sem restrições, a não ser aquelas definidas no art. 37, § 1º da Constituição da República e no art. 73 da Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, sem necessidade de consulta ou autorização do Tribunal Regional Eleitoral - TRE/MG;

II - de 1º de julho a 1º de novembro (primeiro dia após o término de eventual segundo turno) - período em que só pode ser realizada a publicidade legal (atos administrativos, portarias, atas e editais) e a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, ressalvada, ainda, a possibilidade de veicular publicidade institucional nos casos de grave e urgente necessidade pública, desde que PREVIAMENTE autorizada pelo TRE/MG, a quem cabe analisar a gravidade e urgência da comunicação.

Parágrafo único. Se a eleição estadual se resolver em primeiro turno, a publicidade institucional poderá ser liberada a partir do dia 04 de outubro de 2010.

Seção III

Das condutas vedadas no âmbito da publicidade institucional: suspensão da publicidade

Art. 8º São proibidas, aos agentes públicos estaduais, a partir de 03 de julho de 2010 até o encerramento das eleições, levando-se em consideração o primeiro e segundo turnos, as seguintes condutas:

I - realizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral, ou de propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado;

II - fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;

III - realizar, no primeiro semestre do ano de 2010, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição, prevalecendo como parâmetro aquele de menor valor.

Art. 9º É vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos, quando da realização de inaugurações, a partir de 03 de julho de 2010.

Art. 10. É proibido a quaisquer candidatos nas eleições de 2010, a partir de 03 de julho deste ano, participar de inaugurações de obras públicas.

Seção IV

Das definições e providências relativas à marca institucional do Governo de Minas e a peças e veículos de comunicação

Art. 11. A utilização e divulgação da marca institucional utilizada pelo Governo de Minas Gerais fica suspensa a partir de 1º de julho deste ano.

§ 1º Todas as placas relacionadas a projetos de obras ou obras em andamento por órgãos e entidades do Poder Executivo Estadual, bem como por outros entes, públicos ou privados, decorrentes de convênios, contratos e quaisquer outros ajustes deverão ser:

I - alteradas com a retirada ou cobertura da marca institucional do Governo de Minas; ou

II - retirada da própria placa.

§ 2º As placas de obras já concluídas devem ser retiradas antes do início do período de vedação da publicidade institucional.

Art. 12. Considera-se como placa de projeto de obra ou placa de obra, para os fins deste documento, além das placas em metal, os painéis, *outdoors*, tapumes, empenas e quaisquer outras formas de identificação ou divulgação de obra ou projeto que o Executivo Estadual participe, direta ou indiretamente.

Art. 13. A retirada ou alteração das placas de que trata o § 1º do art. 11 é responsabilidade:

I - dos agentes do Poder Executivo Estadual, da Administração Direta e Indireta, nos casos em que esses órgãos e entidades as tenham instalado;

II - nos casos em que as placas tiverem sido instaladas por entes públicos ou privados, em obediência a convênios, contratos ou quaisquer ajustes, a responsabilidade cabe ao órgão ou entidade do Poder Executivo Estadual responsável pelo ajuste, solicitar a retirada ou cobertura da marca ou propor a retirada da placa, mediante correspondência oficial e protocolo de recebimento ou outra comprovação clara e inquestionável de que a providência foi tomada, para efeito de constituir prova junto à Justiça Eleitoral.

Art. 14. A entrega e distribuição de peças e material de publicidade institucional, por parte da Administração Indireta estadual, também fica suspensa a partir de 1º de julho do ano corrente.

Parágrafo único. Cabe aos órgãos e entidades da Administração Indireta do Estado de Minas Gerais manter controle rígido da data da entrega de material publicitário, bem como de seu tipo e quantidade, realizada durante o período em que permitida a publicidade institucional, para, se necessário, fazer prova perante o TRE/MG.

Art. 15. Cabe a cada órgão ou entidade da Administração Indireta do Estado de Minas Gerais mandar suspender, com a devida antecedência, a veiculação da publicidade institucional, arquivando todos os comunicados enviados para servir de prova em eventual questionamento junto ao TRE/MG.

Seção V

Dos sítios na Rede Mundial de Computadores das Administrações Direta e Indireta do Estado

Art. 16. Deverão ser retirados a partir de 1º de julho de todos os sítios oficiais da Rede Mundial de Computadores (*internet*), vinculados aos órgãos e entidades das Administrações Direta e Indireta do Poder Executivo Estadual:

I - a marca institucional utilizada pelo Governo de Minas Gerais;

II - os conteúdos caracterizados como publicidade institucional do Governo de Minas Gerais, nos termos do art. 7º, de modo que sejam disponibilizados apenas as informações e serviços que já eram regularmente prestados à população;

III - os noticiários, mesmo que sejam reprodução de matérias, que já tenham sido veiculadas pela imprensa.

Art. 17. Para classificar os conteúdos caracterizados como informações e solicitações de serviços públicos liberados durante o período eleitoral, deverão ser feitas comparações com o atendimento ao público, que continuará a prestar informações e a interagir com o usuário do serviço público.

Seção VI

Dos jornais e outras publicações

Art. 18. Fica proibida a publicação de jornais e qualquer outro tipo de publicação, como, por exemplo, revistas, folhetos, informativos, no período eleitoral.

Parágrafo único. Em caso de dúvida deve ser feita prévia consulta específica ao TRE/MG.

Art. 19. A reutilização de peças gráficas e eletrônicas (reimpressão, reedição) depende de prévia autorização do TRE/MG, independente de seu conteúdo.

Seção VII

Dos eventos

Art. 20. Somente poderão ser realizados eventos que não sejam considerados publicidade institucional segundo os seguintes critérios de objetivo e forma:

I - solenidades: as solenidades têm por objetivo, geralmente, formalizar atos administrativos, inaugurar ou visitar obras, visitar dependências de governo, entre outras; elas podem continuar a ser feitas seguidas das observações:

a) não colocar marca de governo, *slogans*, *banners*, faixas e outras peças de comunicação com frases ou informações sobre o governo ou juízos de valor;

b) é vedada a presença de candidatos que concorram a quaisquer cargos eletivos nas eleições de 2010 em inaugurações de obras públicas;

c) não é permitida a contratação de shows artísticos;

d) é vedado aproveitar a ocasião para discurso político-partidário e fazer menção a eleições e candidatos;

e) cartazes, faixas, carros de som, distribuição de *releases* e outras formas de divulgação pública e convocação para o evento são proibidos.

II - congressos e seminários: são eventos de caráter técnico, com discussão de temas voltados para a função específica de seus promotores; assim, reúnem técnicos e especialistas, geralmente em ambientes fechados e, por isso, não são considerados como eventos publicitários; os materiais de trabalho que serão utilizados nos Congressos (blocos, canetas, pastas, cartilhas, programações visuais diversas e outros) deverão conter apenas o nome por extenso do órgão ou entidade responsável pela promoção do evento, sem marca nem slogan e não poderá conter a marca do Governo de Minas; se o congresso ou seminário for diverso a esse padrão, deve ser feita consulta ao TRE/MG;

III - feiras e exposições: esse tipo de evento visa, essencialmente, promover produtos e serviços dos expositores; por isso, essas atividades são vedadas no período eleitoral, a não ser nos casos em que haja concorrência no mercado; as exceções para esse tipo de evento são as feiras e exposições que já ocorram há vários anos, com estandes de prestação direta de serviços aos cidadãos; de qualquer forma, é indispensável a consulta ao TRE/MG para a realização e publicidade do evento;

IV - nas publicações técnicas e didáticas é indispensável consulta prévia ao TRE/MG;

V - a veiculação de vídeos e a transmissão em TV fechada dependem do conteúdo e do formato do evento; se o evento for fechado e se ativer à missão institucional do órgão ou entidade, não há impedimento; o conteúdo dos vídeos deve ser voltado à atividade de treinamento e qualificação dos servidores; de qualquer forma, cuidado especial deve ser tomado para que não se utilizem a marca do Governo de Minas, *slogans* e frases que possam ser consideradas propaganda institucional.

VI - na comunicação de produtos e serviços que tenham concorrência desde que caracterizada como mercadológica, destinada a vender os produtos e serviços da empresa, a comunicação pode ser feita, apenas com a marca da entidade ou empresa, sem marca e *slogan* do Governo do Estado, não sendo necessária consulta prévia ao TRE/MG;

VII - patrocínios e promoção: a veiculação de nome da entidade estatal e a logomarca das leis de incentivo cultural ou esportivo, como contrapartida de patrocínio de evento cultural ou técnico, somente poderá ocorrer mediante consulta prévia ao TRE/MG, sendo vedada em qualquer hipótese a colocação da marca utilizada pelo Governo de Minas Gerais.

Seção VIII

Do encaminhamento de consulta ao TRE/MG

Art. 21. As consultas dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta do Poder Executivo do Estado deverão ser encaminhadas a Subsecretaria de Comunicação Social - SUBSECOM, vinculada à Secretaria de Estado de Governo, que providenciará sua formalização ao TRE/MG, através da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

Parágrafo único. As consultas a que se refere o *caput* deverão ser feitas pelo endereço eletrônico: gabinetecom@governo.mg.gov.br.

Art. 22. As consultas de que trata o art. 21 deverão conter:

I - a descrição da ação de comunicação pretendida;

II - sua fundamentação em relação aos objetivos e função institucional do órgão ou entidade;

III - a comprovação da grave e urgente necessidade de interesse público;

IV - os modelos, leiautes, monstros ou rascunhos, roteiros e outras características das peças de comunicação.

Art. 23. As peças e campanhas publicitárias, por quaisquer meios, quando autorizadas pelo TRE/MG, só poderão ser veiculadas nos exatos termos em que enviadas à Justiça Eleitoral, e por ela autorizadas, inclusive com eventuais modificações determinadas.

CAPÍTULO V

DAS VEDAÇÕES DE PARTICIPAÇÃO DO FUNCIONALISMO EM CAMPANHA ELEITORAL E DA PROPAGANDA ELEITORAL NO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Art. 24. É vedado a quaisquer candidatos fazer campanha ou distribuir material de campanha nas repartições públicas da Administração Direta ou Indireta do Estado.

Art. 25. Os servidores públicos da Administração Direta e Indireta do Estado só podem participar de campanhas políticas ou de eventos eleitorais desde que fora do horário de expediente e na condição de cidadão-eleitor.

Parágrafo único. Fica expressamente vedado aos servidores públicos o uso de bens e recursos públicos, como, por exemplo, e-mail e computadores do Estado, para realização de manifestações eleitorais, mesmo que fora do horário do expediente.

CAPÍTULO VI

DAS SANÇÕES

Art. 26. O erro ou descumprimento da legislação eleitoral e desta Resolução acarreta a responsabilização penal, civil, eleitoral e administrativa do agente.

Parágrafo único. Dentre as sanções a que se sujeita o infrator estão a demissão, multa, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público, ressarcimento do dano, sem prejuízo da abertura de procedimento administrativo disciplinar.

Art. 27. A violação dos arts. 1º ao 5º acarretará, além da suspensão imediata da conduta vedada, a aplicação das sanções de multa no valor de cinco a cem mil UFIR, ficando o candidato beneficiado pela conduta sujeito à cassação do registro da candidatura ou do diploma, sem prejuízo do ato ser caracterizado como infração funcional, improbidade administrativa e infração penal.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 28. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, aos 3 de maio de 2010.

(a)DANILO DE CASTRO

Secretário de Governo

(a)MARCO ANTÔNIO REBELO ROMANELLI

Advogado-Geral do Estado

OBS.: Este texto não substitui o publicado no "Minas Gerais" em 04/05/2010.

ORIENTAÇÃO EDITORIAL:

normas para envio de artigos para publicação na Revista Jurídica da AGE

O periódico DIREITO PÚBLICO: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado* pretende divulgar estudos, artigos, ensaios, enfim trabalhos jurídicos, da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Os artigos enviados para publicação na Revista Jurídica da AGE deverão obedecer as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

As peças processuais e pareceres dispensam a adoção desta padronização, embora possam ser adaptadas, em sede de revisão, em concordância com as normas previstas na ABNT.

Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.

ORIENTAÇÃO EDITORIAL:

1) Apresentação do artigo.

Os trabalhos destinados à Revista serão precedidos de folha de rosto em que se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, mencionando também a situação acadêmica do autor (ou autores), títulos e instituição à qual pertença.

Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.

Em anexo ao artigo, deverá também ser juntada autorização do(s) autor(es) para publicação, conforme modelo a seguir.

Os artigos deverão ser enviados em disquete de 3 1/2 polegadas, no formato RTF (Rich Text Format), acompanhados de 2 provas impressas do texto, com os critérios descritos a seguir: processado em Word for Windows, fonte Times New Roman, Preta, corpo 12 para todo o trabalho e corpo 14 para o título do artigo e título das seções e subseções; margem superior 3 cm, margem inferior 2 cm, margem esquerda 3 cm, margem direita 2 cm, cabeçalho e rodapé 1,45 cm; em papel A4, com digitação apenas no averso da folha. A ordem de apresentação será: título (: subtítulo), nome do autor(es), sumário, texto e referência bibliográfica.

2) Título

O título do artigo, com destaque para essa parte, é indicado na parte superior da primeira folha, centralizado

e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 14); podendo complementar o título, o subtítulo segue abaixo do título, diferenciado tipograficamente, ou separado por dois pontos (:), centralizado e em letras minúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 14).

3) Autor

O nome do autor é indicado por extenso abaixo do título, centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, corpo 14).

As indicações de formação acadêmica, títulos e instituição que pertence serão feitas em nota de rodapé precedida de símbolo gráfico (*).

As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da AGE/MG.

Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor (ou autores) podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.

4) Sumário

Com a finalidade de visualizar a estrutura do trabalho e refletir sua organização, o artigo conterá um sumário logo abaixo do nome do autor, e nele serão mencionados os principais pontos a serem abordados pelo trabalho, através de numeração progressiva das seções.

Será apresentado em fonte Times New Roman, Preta, corpo 12, parágrafo com recuo a 2 cm da margem esquerda e direita, alinhamento justificado; espaçamento simples.

5) Corpo do Texto

O corpo do texto será apresentado em fonte Times New Roman, Preta, corpo 12, parágrafo com recuo a 2 cm da margem esquerda e alinhamento justificado; espaçamento simples, entre linhas antes e depois de parágrafos, 6 pt ou automático; para todo o trabalho.

Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Deve-se evitar o uso de negrito ou sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.

6) Capítulo

O capítulo ou títulos das seções e subseções, digitados em letra maiúscula, obedecerão a mesma fonte do texto, corpo 14, negrito; entre linhas precedidos de espaço 1,5 e espaço duplo que os sucederem; alinhado na margem esquerda; com numeração progressiva.

7) Citação

A citação obedecerá à mesma fonte do texto, corpo 10; recuo 4 cm, se ultrapassar 3 linhas. Caso as citações diretas limitem-se a esse espaço, deverão estar contidas no texto entre aspas duplas.

A transcrição literal de parte de normas jurídicas terá o recuo de parágrafo a 4 cm da margem esquerda e será precedida da expressão latina (em itálico) *in verbis*.

As notas de referência para indicar as citações de fonte bibliográfica ou considerações e comentários que não devem interromper a seqüência do texto aparecerão em notas de rodapé:

Apud = citado por, conforme, segundo (usado para indicar citação de citação)

Ibidem ou *Ibid.* = na mesma obra (usado quando se fizer várias citações da mesma obra)

Idem ou *Id.* = do mesmo autor (usado quando se fizer citação de várias obras do mesmo autor)

Opus citatum ou *Op. cit.* = na obra citada (usado para se referir à obra citada anteriormente e é precedida do nome do autor)

Loco citato ou *Loc. cit.* = no lugar citado

Sequentia ou *Et. Seq.* = seguinte ou que se segue

Passim = aqui e ali; em vários trechos ou passagens

Confira ou Cf. = confira, confronto

Sic = assim mesmo, desta maneira

8) Notas de rodapé

As notas de rodapé de página obedecerão à mesma fonte do texto, corpo 10; parágrafo de 0,5 cm da margem esquerda; alinhamento justificado; espaçamento entre linhas simples; numeração progressiva.

9) Referência bibliográfica

As referências bibliográficas serão apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), no final do artigo.

Os trabalhos publicados pela Revista poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da AGE, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.

AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO

Pelo presente termo de autorização, cedo ao Conselho Editorial da Revista Jurídica da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO de Minas Gerais, Praça da Liberdade, s/nº, 1º andar – Funcionários – Belo Horizonte – MG, a título gratuito e por tempo indeterminado, os direitos autorais referentes ao artigo doutrinário de minha autoria, intitulado

para fins de divulgação pública em meio impresso e eletrônico através das publicações produzidas pelo órgão.

(cidade), (data)

(nome)

Advogado-Geral do Estado

Marco Antônio Rebelo Romanelli

Advogado-Geral Adjunto

Alberto Guimarães Andrade

Advogado-Geral Adjunto

Roney Luiz Torres Alves da Silva

Procuradores de Estado

Adalberto Cabral da Cunha
Adilson Albino dos Santos
Adriana Gonçalves Myhrra
Adriana Mandim Theodoro de Mello
Adriano Antônio Gomes Dutra
Adrienne Lage de Resende
Alan Lourenço Nogueira
Alana Lúcio de Oliveira
Alberto Guimarães Andrade
Alda de Almeida e Silva
Alessandra Nogueira Nunes
Alessandro Fernandes Braga
Alessandro Henrique Soares C. Branco
Alessandro Rodrigues
Alexandre Diniz Guimarães
Alexandre Moreira de Souza
Aline Almeida Cavalcante de Oliveira
Aline Cristina de Oliveira Amaranti
Aline Di Neves
Aline Guimarães Furlan
Aloísio Vilaça Constantino
Amélia Josefina Alves N. da Fonseca
Ana Carolina Oliveira Gomes
Ana Cristina Sette Bicalho Goulart
Ana Luiza Goulart Peres
Ana Maria de Barcelos Martins
Ana Maria Jeber Campos
Ana Maria Richa Simon
Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz
Ana Paula Ceolin Ferrari Bacelar
Ana Paula Muggler Rodarte
Ana Sílvia Lima Azevedo

Anamélia de Matos Alves
André Luis de Oliveira Silva
André Sales Moreira
Andréa Maura Campedelli M.Piedade
Angela Regina Soares Leite
Anna Carolina Heluany Zeitune Pires
Antônio Carlos Diniz Murta
Antônio Fernando Armentano
Antônio Olímpio Nogueira
Aparecida Imaculada Amarante
Armando Sérgio Peres Mercadante
Arthur Pereira de Mattos P.Filho
Atabalipa José Pereira Filho
Aurélio Passos Silva
Barney Oliveira Bichara
Beatriz Lima de Mesquita
Benedicto Felipe da Silva Filho
Breno Rabelo Lopes
Bruno Rodrigues de Faria
Bruno Matias Lopes
Bruno Resende Rabello
Caio de Carvalho Pereira
Camila Franco e Silva Velano
Carlos Alberto Rohrmann
Carlos Augusto Góes Vieira
Carlos Eduardo Tarquínio
Carlos Frederico Bittencourt R. Pereira
Carlos José da Rocha
Carlos Roberto Meneghini Cunha
Carlos Torres Murta
Carlos Vicente Magalhães Viola
Carlos Victor Muzzi Filho

Carolina Borges Monteiro	Eliza Fiúza Teixeira
Carolina Couto Pereira	Emerson Madeira Viana
Cássio Roberto dos Santos Andrade	Érico Andrade
Catarina Barreto Linhares	Érika Gualberto Pereira de Castro
Cédio Pereira Lima Júnior	Ester Virgínia Santos
Celeste de Oliveira Teixeira	Esther Maria Brighenti dos Santos
Célia Cunha Mello	Evandro Coelho Taglialegna
Célio Lopes Kalume	Evânia Beatriz de Souza Cabral
Celso de Oliveira Ferreira	Fabiana Kroger Magalhães
César Raimundo da Cunha	Fabiano Ferreira Costa
Christiano Amaro Correa	Fábio Diniz Lopes
Clara Maria Hoehne Sepúlveda Nunes	Fábio Murilo Nazar
Clara Silva Costa	Fabiola Pinheiro Ludwig Peres
Claudemiro de Jesus Ladeira	Fabírcia Barbosa Duarte Guedes
Claudia Lopes Passos	Fabírcia Lage Fazito Rezende Antunes
Cláudio Roberto Ribeiro	Fernanda Barata Diniz
Cléber Maria Melo e Silva	Fernanda Carvalho Soares
Cléber Reis Grego	Fernanda de Aguiar Pereira
Cornélia Tavares de Lanna	Fernanda Saraiva Gomes Starling
Cristiane de Oliveira Elian	Fernando Antônio Chaves Santos
Cristiano César Pimenta Dayrell da Cunha	Fernando Antônio Rolla de Vasconcelos
Cristina Andrade Melo	Fernando Barbosa Santos Netto
Cristina Grossi de Morais	Fernando Márcio Amarante Ribeiro
Daniel Bueno Cateb	Fernando Salzer e Silva
Daniel Luiz Barbosa	Flávia Bianchini Mesquita Gabrich
Daniel Santos Costa	Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Daniela Victor de Souza Melo	Francisco de Assis Vasconcelos Barros
Danilo Antônio de Souza Castro	Françoise Fabiane Ferreira Diniz
Dario de Castro Brant Moraes	Gelson Mário Braga Filho
Débora Val Leão	Geralda do Carmo Silva
Denise Maria Soares	Geraldo Ildebrando de Andrade
Denise Soares Belém	Geraldo Júnio de Sá Ferreira
Diógenes Baleeiro Neto	Gerson Ribeiro Junqueira de Barros
Dirce Euzébia de Andrade	Gianmarco Loures Ferreira
Éder Sousa	Giselle Carmo e Coura
Edgar Saiter Zambrana	Gleide Lara Meirelles Santana
Edrise Campos	Glória Maria de Oliveira Gários
Eduardo de Mattos Paixão	Grazielle Valeriano de Paula Alves
Eduardo Goulart Pimenta	Guilherme Bessa Neto
Elisângela Soares Chaves	Guilherme do Couto Almeida

Guilherme Guedes Maniero	José Roberto Dias Balbi
Gustavo Albuquerque Magalhães	José Sad Júnior
Gustavo Brugnoli Ribeiro Cambraia	Josélia de Oliveira Pedrosa
Gustavo Chaves Carreira Machado	Juarez Raposo Oliveira
Gustavo de Oliveira Rocha	Juliana Campos Horta de Andrade
Gustavo Luiz Freitas de Oliveira Enoque	Juliana Faria Pamplona
Gustavo Vargas de Mendonça	Juliana Rizzato Silva
Hebert Alves Coelho	Juliana Schmidt Fagundes
Helena Retes Pimenta Bicalho	Juliano Lomazini
Heloíza Saraiva de Abreu	Júlio José de Moura
Henrique Lucas de Miranda	Karen Cristina Barbosa Vieira
Humberto Rodrigues Gomes	Kleber Silva Leite Pinto Júnior
Iara Rolim Freire Figueiredo	Lais D'angela Gomes da Rocha Azevedo
Irene Ribeiro de Lima	Larissa Maia França
Jader Augusto Ferreira Dias	Leandro Almeida Oliveira
Jaime Napoles Villela	Leandro Lanna de Oliveira
Jalmir Leão Santos	Leandro Moreira Barra
Jamerson Jadson de Lima	Leandro Raphael Alves do Nascimento
Jane Maria Gomes Marotta	Leonardo Augusto Leão Lara
Jaques Daniel Rezende Soares	Leonardo Bruno Marinho Vidigal
Jason Soares de Albergaria Neto	Leonardo Canabrava Turra
Jayme Zattar Filho	Leonardo Oliveira Soares
Jerusa Drummond Brandão Regazzoni	Levy Leite Romero
Joana Faria Salomé	Liana Portilho Mattos
João Calcagno Bandeira de Melo	Lina Maia Rodrigues de Andrade
João Lucas Albuquerque Daud	Lincoln D'aquino Filocre
João Lúcio Martins Pinto	Lincoln Guimarães Hissa
João Paulo Pinheiro Costa	Lucas Leonardo Fonseca e Silva
João Viana da Costa	Lucas Pinheiro de Oliveira Sena
Joel Cruz Filho	Lucas Ribeiro Carvalho
José Antônio Santos Rodrigues	Luciana Ananias de Assis Pires Pimenta
José Benedito Miranda	Luciana Guimarães Leal Sad
José dos Passos Teixeira de Andrade	Luciana Trindade Fogaça
José Helvécio Ferreira da Silva	Luciano Neves de Souza
José Hermelindo Dias Vieira Costa	Luciano Teodoro de Souza
José Horácio da Motta e Camanducaia Júnior	Luis Gustavo Lemos Linhares
José Maria Brito dos Santos	Luísa Carneiro da Silva
José Maria Couto Moreira	Luísa Cristina Pinto e Netto
José Mauro Catta Preta Leal	Luiz Eduardo Coimbra Ubaldo
José Roberto de Castro	Luiz Francisco de Oliveira

Luiz Gustavo Combat Vieira	Maurício Bhering Andrade
Luiz Henrique Novaes Zacarias	Maurício Barbosa Gontijo
Luiz Marcelo Cabral Tavares	Maurício Leopoldino da Fonseca
Lyssandro Norton Siqueira	Max Galdino Pawlowski
Magaly de Carvalho	Melissa de Oliveira Duarte
Maiara de Castro Andrade	Mila Oliveira Grossi
Manuela Teixeira de Assis Coelho	Milena Franchini Branquinho Lima
Marcelino Cristelli de Oliveira	Moacyr Lobato de Campos Filho
Marcelo Barroso Lima Brito de Campos	Moises Paulo de Sousa Leão
Marcelo Berutti Chaves	Mônica Stella Silva Fernandes
Marcelo Cássio Amorim Rebouças	Murilo Sílvio de Abreu
Marcelo de Castro Moreira	Nabil El Bizri
Marcelo Pádua Cavalcanti	Nadja Arantes Grecco
Márcio de Vasconcelos Martins	Naldo Gomes Júnior
Márcio dos Santos Silva	Nayra Rosa Marques
Marco Antônio Gonçalves Torres	Nilber Andrade
Marco Antônio Lara Rezende	Nilma Rogéria Cândido
Marco Antônio Rebelo Romanelli	Nilton de Oliveira Pereira
Marco Túlio Caldeira Gomes	Nilza Aparecida Ramos Nogueira
Marco Túlio de Carvalho Rocha	Núbia Neto Jardim
Marco Túlio Fonseca Furtado	Olir Martins Benadusi
Marco Tulio Gonçalves Gannam	Onofre Alves Batista Júnior
Marconi Bastos Saldanha	Orlando Ferreira Barbosa
Margarida Maria Pedersoli	Oswaldo Nunes França
Maria Antônia de Oliveira Cândido	Otávio Machado Fioravante Morais Lages
Maria Aparecida dos Santos	Paloma Inaya Nicolleti da Silva
Maria Cecília de Almeida Castro	Patrícia Campos de Castro Vêras
Maria Clara Teles Terziz	Patrícia de Oliveira Leite Leopoldino
Maria da Consolação Lanna	Patrícia Martins Ribeiro
Maria Elisa de Paiva Ribeiro Souza Barquete	Patrícia Mota Vilan
Maria Letícia Séra de Oliveira Costa	Patrícia Pinheiro Martins
Maria Teresa Lima Lanna	Paula Abranches de Lima
Mariana Oliveira Gomes de Alcântara	Paula Maria Rezende Vieira
Mariana Santos de Brito Alves	Paula Souza Carmo de Miranda
Mariane Ribeiro Bueno Freire	Paulo da Gama Torres
Mário Eduardo G. Nepomuceno Júnior	Paulo Daniel Sena Almeida Peixoto
Mário Henrique Silveira de Almeida	Paulo de Tarso Jacques de Carvalho
Mário Roberto de Jesus	Paulo Fernando Cardoso Dias
Marismar Cirino Motta	Paulo Fernando Ferreira Infante Vieira
Mateus Braga Alves Clemente	Paulo Murilo Alves de Freitas

Paulo Roberto Lopes Fonseca	Saulo de Freitas Lopes
Paulo Sérgio de Queiroz Cassete	Sávio de Aguiar Soares
Paulo Valadares Versiani Caldeira Filho	Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho
Priscila Vieira de Alvarenga Penna	Sérgio Duarte Oliveira Castro
Rafael Assed de Castro	Sérgio Pessoa de Paula Castro
Rafael Augusto Baptista Juliano	Sérgio Timo Alves
Rafael Cascardo Lopes	Sheila Glória Simões Murta
Rafael Rezende Faria	Shirley Daniel de Carvalho
Rafaella Barbosa Leão	Shirley Terezinha Tassini
Ranieri Martins da Silva	Silvana Coelho
Raquel Correa da Silveira Gomes	Silvério Bouzada Dias Campos
Raquel Guedes Medrado	Simone Ferreira Machado
Raquel Melo Urbano de Carvalho	Soraia Brito de Queiroz Gonçalves
Raquel Oliveira Amaral	Stela Maria Lírio Reis e G. Vieira
Regina Lúcia da Silva	Tatiana Sales Cúrcio
Renata Couto Silva	Telma Regina Pereira Santos Rodrigues
Renata Viana de Lima Netto	Tércio Leite Drummond
Renato Antônio Rodrigues Rego	Thaís Caldeira Gomes
Ricardo Adriano Massara Brasileiro	Thereza Cristina de Castro Martins Teixeira
Ricardo Magalhães Soares	Thiago Elias Mauad de Abreu
Ricardo Milton de Barros	Tiago Anildo Pereira
Ricardo Sérgio Righi	Tiago Maranduba Schroder
Ricardo Silva Viana Júnior	Tuska do Val Fernandes
Roberto Simões Dias	Valéria Duarte Costa Paiva
Roberto Portes Ribeiro de Oliveira	Valéria Maria de Campos Frois
Robson Lucas da Silva	Valério Fortes Mesquita
Rochelle Costa Cardoso Americano	Valmir Peixoto Costa
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior	Vanessa Almeida Cruz
Rodrigo Maia Luz	Vanessa Lopes Borba
Rodrigo Peres de Lima Netto	Vanessa Saraiva de Abreu
Rogério Antônio Bernachi	Victor Hugo Versiani Nunes Lacerda
Rogério Guimarães Salomé	Vinicius Rodrigues Pimenta
Rogério Moreira Pinhal	Wagner Mendonça Bosque
Romeu Rossi	Wallace Alves dos Santos
Rômulo Geraldo Pereira	Wallace Martiniano Moreira
Ronaldo Maurílio Cheib	Walter Santos da Costa
Roney de Oliveira Júnior	Wanderson Mendonça Martins
Roney Luiz Torres Alves da Silva	Wendell de Moura Tonidandel
Rosalvo Miranda Moreno Júnior	Wilson Medeiros Pereira
Rubens de Oliveira e Silva	

ADVOGADOS AUTÁRQUICOS

Abdala Lobo Antunes
Aloísio Alves de Melo Júnior
Alesxandra Marota Crispim Prates
Antônio Eustáquio Vieira
Bernardo Werkhaizer Felipe
Christiano de Senna Micheletti Dias
Cíntia Rodrigues Maia Nunes
Cláudio José Resende Fonseca
Débora Cunha Penido de Barros
Daniel Francisco da Silva
Eneida Criscoulo Gabriel Bueno Silva
Fabíola Peluci Monteiro
Fernanda de Campos Soares
Flávia Baião Reis Martins
Gladys Souza de Reque
Humberto Gomes Macedo
João Augusto de Moraes Drummond
Laurimar Leão Viana Filho
Márcio Roberto de Souza Rodrigues
Marcos Ferreira de Pádua
Maria Beatriz Penna Misk
Maria Estela Barbosa Figueiredo
Reynaldo Tadeu de Andrade
Rosália Silva Bicalho
Simone Alves de Queiroz
Valéria Magalhães Nogueira
Valéria Miranda de Souza
Wagner Lima Nascimento Silva



IMPrensa OFICIAL
Governo do Estado de Minas Gerais

Av. Augusto de Lima, 270 – Centro – BH – Fone: (31) 3237-3400
Internet: www.imprensaoficial.mg.gov.br

Revisão: Responsabilidade do Encomendante