



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

Aécio Neves da Cunha

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL

José Bonifácio Borges de Andrada

Raquel Melo Urbano de Carvalho

Ronaldo Maurílio Cheib

Sérgio Pessoa de Paula Castro

CONSELHO EDITORIAL

Alberto Guimarães Andrade

Bernardo Pinto Monteiro

Carlos Víctor Muzzi Filho

Efigênio Esperendeus Meira

Heloíza Saraiva de Abreu

Humberto Rodrigues Gomes

Jason Soares Albergaria Neto

José Benedito Miranda

José Marcos Rodrigues Vieira

Marco Antônio Rebello Romanelli

Marconi Bastos Saldanha

Moacyr Lobato Campos Filho

Moema Cordeiro de Azevedo Mattos

Onofre Alves Batista Júnior

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

EQUIPE TÉCNICA

Maria de Fátima Oliveira Ribeiro (Coordenadora)

Lícia Ferraz Venturi

Julieta Dias Nascimento

Edna Maria Leão Sette de Araújo

Geraldo Coccolo Jr.

Warley Almeida do Amaral

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)

Biblioteca: Lícia Ferraz Venturi CRB/6-1913

© 2006 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 POSSIBILIDADE DE RECURSO COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CONSTITUCIONAL)

• Flávio Quinaud Pedron 9

A ÉTICA COMO ORIGEM E FIM DO DIREITO

• Humberto Gomes de Macedo e Flávia Vieira de Resende 21

EUTANÁSIA E DIREITO À VIDA

• José Bonifácio Borges de Andrada 31

A EXPERIÊNCIA DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

• Marcelo Barroso Lima Brito de Campos 35

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE AO PODER DE POLÍCIA FISCAL: uma análise do processo de fiscalização tributária

• Priscila Guedes Castilho da Silva 47

A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ALIENANTE DE VEÍCULO AUTOMOTOR NO CASO DE OMISSÃO DA COMUNICAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO

• Rafael Augusto Baptista Juliano 57

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 uma execução fiscal em Minas Gerais

• Reinaldo Carvalho de Moraes, Onofre Alves Batista Júnior, Priscilla Guedes Castilho da Silva e Pedro Lucas de Moura Palotti 65

LESÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA ISONOMIA NA ESFERA DA INSTÂNCIA SUPERIOR NO QUE PERTINE A MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA

• Tarcisio Marques e Edson Alexandre da Silva 95

2. PARECERES, NOTAS JURÍDICAS E PEÇAS PROCESSUAIS.....103

3. JURISPRUDÊNCIA163

4. LEGISLAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO..... 209

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA TRIBUTÁRIA

APRESENTAÇÃO

Esta nova REVISTA DE DIREITO PÚBLICO da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS enfeixa trabalhos sobre diversos temas jurídicos de inegável atualidade.

Enfatiza-se o principal propósito do Conselho da Revista no sentido de manter um canal de comunicação a serviço do meio acadêmico universitário e dos advogados e administradores públicos, de modo a contribuir com relevante fonte de pesquisa e informação aos que laboram na abrangente área do Direito.

Os importantes estudos aqui reunidos reafirmam o comprometimento institucional da Advocacia-Geral do Estado na defesa dos interesses de Minas Gerais e destaca a imprescindível contribuição de seus Procuradores no aperfeiçoamento e desenvolvimento da própria instituição, o que, inegavelmente, repercute no desenvolvimento da produção científica e na formação de opiniões das comunidades envolvidas.

Acolhemos ainda, neste volume, artigos produzidos por juristas e especialistas em políticas públicas articulados com integrantes de nossa instituição e que são valiosos e muito enriquecem esta publicação.

As experiências do contencioso administrativo, as teses jurídicas desenvolvidas em pareceres e peças processuais, e o acolhimento pela jurisprudência, colacionada e documentada nesta revista, de algumas dessas teses, bem refletem a incessante luta na busca da maior concretude aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, pois, consoante ensinamento sempre lembrado de Rudolf Von Ihering *"a paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir."*

Esta referência, contudo, não significa apelo às demandas irrazoáveis e desproporcionais, mas destaque para a valorização das ações e métodos positivos no caminho da realização, correção, aperfeiçoamento e sucesso dos objetivos visados. E assim pretendemos prosseguir, refletindo ao enfrentar as divergências e nos aprimorando, sempre tentando o melhor resultado no exercício da nobre e dignificante função de realizar o Direito.

DOCTRINA

A POSSIBILIDADE DE RECURSO COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CONSTITUCIONAL)

FLÁVIO QUINAUD PEDRON*

Segundo Nunes (2003:38), ao longo dos séculos XVIII e XIX, sob as balizas impostas pelo paradigma do Estado Liberal, os litígios de origem civil eram tratados com base numa percepção individualista¹. Para assegurar a aplicação igualitária das normas em todos os casos, defendeu-se uma compreensão de "segurança jurídica" igualada à previsibilidade da decisão. Assim, os órgãos de aplicação jurídica - os Tribunais e a Administração - deveriam ver-se presos ao texto da lei para que não extrapolassem o conteúdo fixado pelo Legislador, que, devido à concepção da época, seria capaz de prever todas as possíveis condutas, liberando o aplicador da tarefa de levar em consideração as especificidades de cada caso (MARINONI, 2005:6)², até mesmo porque as partes - principais referências - não poderiam ver-se surpreendidas pela decisão. Tanto era a ênfase dada para as partes (autor e réu), que a concepção inicial buscava explicar o processo considerando-o como um contrato entre os litigantes, conforme formulação de Pothier (1800), em seu *Traité de la procédure civile* (COUTURE, 2003:16). Desse modo, elas concordavam em suportar a decisão proferida pelo Estado³. A inclusão do processo como parte integrante do direito civil foi logo posta em xeque pelos publicistas; todavia Savigny e Guényvau (MACEDO, 2001:53) insistiram na classificação a partir da ótica do direito privado, considerando-o como um quase-contrato.⁴

* Mestre e doutorando em Direito pela UFMG. Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual na PUC-Minas. Professor de Hermenêutica Jurídica no Uni-Centro Izabela Hendrix, Belo Horizonte/MG. Advogado.

¹ Nesse sentido, Cappelletti e Garth (1988:9) afirmam que "nos estados liberais 'burgueses' dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação".

² "A generalidade e a abstração evidentemente também apontavam para a impossibilidade de o juiz interpretar a lei ou considerar circunstâncias especiais ou concretas. Como é óbvio, de nada adiantaria uma lei marcada pela generalidade e pela abstração se o juiz pudesse concretizá-la. Isso, segundo os valores liberais, obscureceria a previsibilidade e a certeza do direito, pensados como indispensáveis para a manutenção da liberdade dos cidadãos" (MARINONI, 2005:6).

³ Carreira Alvim (1997:133) assim resume essa teoria: "a relação que interliga autor e réu no processo é em tudo idêntica à que liga as partes contratantes". Suas origens podem ser remontadas ao direito romano, através dos textos de Ulpiano.

⁴ "Segundo tal teoria, o Processo não poderia ser considerado um contrato típico, mas, sim, um 'quase-contrato', visto que a parte ingressava em juízo aceitando a decisão, fosse ela favorável ou não aos seus interesses. Haveria um elo entre autor e juiz, independentemente da adesão espontânea do réu ao debate do conflito. Em resumo: o processo não era um contrato, visto que não pressupunha a vontade das partes; era algo semelhante ao contrato, embora contrato não o fosse" (MACEDO, 2001:54).

Dessa forma, a compreensão que se tinha da *jurisdição* era de uma “função [estatal] voltada a dar atuação aos direitos subjetivos privados violados” (MARINONI, 2005:9).⁵ Portanto, era compreendida principalmente através de uma ótica repressiva, segundo a qual a lesão a direitos materiais poderia ser convertida em um equivalente pecuniário, atendendo-se não a uma razão interna ao Direito – voltada ao problema da discussão da correção da ação das partes ou mesmo da decisão proferida no *iter* procedimental – mas em consonância com os imperativos do mercado.

Somente em 1868, com a publicação da obra de Bülow, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, é que o processo adquiriu um estudo mais aprofundado. Para o autor (1964:2), o processo era uma espécie de relação jurídica, uma vez que implica direitos e obrigações reciprocamente considerados para os participantes: autor, réu e juiz. Segundo Dinamarco (2002:40), a importância de tal teoria para o Direito foi grande; chega-se a considerar que a obra de 1868 foi responsável por fundar a ciência do direito processual:

Antes dela, as normas do processo eram feitas segundo ditames exclusivamente práticos e estudadas pelo critério meramente exegetico, à moda dos velhos praxistas, não havendo uma construção segura dos institutos processuais e muito menos uma coordenação harmoniosa entre eles, os quais eram geralmente tratados por romanistas e civilistas – o que bem indica como à consciência dos juristas de então não transparecera ainda à luz da distinção, hoje muito nítida, entre direito substancial e processo; não havia maturidade para compreender que não são de direito material institutos como o da coisa julgada, da hipoteca, da prova, da responsabilidade executiva, da ação (DINAMARCO, 2002:40).

Acrescenta ainda o processualista paulista que o grande mérito da teoria de Bülow foi demonstrar a existência de uma relação jurídica progressiva, na qual, de um lado, teríamos a figura do magistrado, que assumiria a concreta obrigação de decidir e realizar o Direito e, de outro, as partes, que ficariam obrigadas, perante o juiz, a prestar colaboração e a se submeterem aos resultados dessa atividade comum.⁶

Desenvolvendo a nova linha de raciocínio, Chiovenda, em sua famosa conferência de Bolonha, em 1903,⁷ buscou separar o *direito de ação* do direito material supostamente lesado e, com isso, dotar de natureza pública o processo civil. A jurisdição é, então, vista como função voltada à atuação da vontade concreta da lei, de modo que caberia ao magistrado substituir

⁵ Lembra Marinoni (2005:9): "Os processualistas que definiram essa idéia de jurisdição estavam sob a influência ideológica do modelo do Estado liberal de direito e, por isso, submetidos aos valores da igualdade formal, da liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas relações privadas, e do princípio da separação de poderes como mecanismo de subordinação do executivo e do judiciário à lei".

⁶ Importante mencionar que essa teoria, que determinava "vínculos de sujeição" das partes ao juiz (GONÇALVES, 2001:75), muito impulsionou a nova concepção de aplicação jurídica divergente com o paradigma do Estado de Bem-Estar Social. O processo deixou de ser definitivamente "coisa das partes" e passou, com os efeitos da publicização e da socialização dos direitos, a compreender que o juiz exercia um papel não somente ativo na condução do procedimento, mas também uma função educativa-assistencial da parte mais débil (NUNES, 2003:40).

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. A ação no sistema dos direitos. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

intelectualmente não apenas as partes do processo, como toda a sociedade (MARINONI, 2005:12), sendo ele o responsável por aplicar a vontade concreta da lei.⁸

Na transição do paradigma do Estado Liberal para o paradigma do Estado Social, Chiovenda ainda sustentava a separação rígida entre legislação e jurisdição. O que objetivava o processualista italiano era despir o processo – e não a ação, que, por ser exercida contra o réu, pode variar entre público e privada, de acordo com a vontade da lei (se ela é público ou privada) – de uma conotação privatística, de modo que o Estado, atuando em nome da garantia da paz social, substituiria a figura da *autotutela*.⁹ O Estado, então, seria o responsável por guardar a paz e a harmonia das relações sociais dentro da sociedade.

Todavia, essa compreensão, quando contextualizada no paradigma do Estado Social (*Welfare State*), acabou por supervalorizar a atuação estatal em detrimento da sociedade. Em sua pesquisa, Maus (2000) demonstra como, à luz desse paradigma jurídico, o Estado pode assumir a função de “tutor” de uma sociedade desprovida de orientação, de uma sociedade “órfã” e “incapaz”. Caberia, então, ao Judiciário a tarefa de materialização de direitos fundamentais – principalmente dos chamados direitos sociais – como forma de emancipar e conduzir seus clientes à condição de cidadãos. Todavia, tal empreendimento estava fadado ao fracasso. Isso porque, à luz de uma compreensão procedimentalista do paradigma do Estado Democrático de Direito, pode-se perceber que tal quadro conduz a uma espécie de círculo vicioso, de modo que a posição privilegiada de autoridade conferida pela teoria processual ao Judiciário apenas fez com que esse assumisse o papel do superego da sociedade, passando a ditar para aquela – sempre com base em uma racionalidade solipsista – os padrões de comportamento desejáveis.¹⁰

No caso brasileiro, a recepção da teoria do processo como relação jurídica disseminou-se através dos ensinamentos de Liebman, responsável por fundar uma verdadeira Escola Processual em São Paulo (Faculdade de Direito do Largo do São Francisco - USP), como reconhece Dinamarco (2004:87; 2004:111-112). Essa escola, que passou a contar com inúmeros adeptos em todo o país, foi responsável por ditar os moldes do direito processual científico, como também influenciou permanentemente os processos de legislação.¹¹

Assim, o pensamento da ciência processual brasileira manteve-se conectado a uma racionalidade instrumental, de modo que o processo serviria à jurisdição para a realização,

⁸ "Com isso, no entanto, jamais desejou dizer que o juiz cria a norma individual ou a norma do caso concreto, à semelhança do que fizeram Carnelutti e todos os adeptos da teoria unitária do ordenamento jurídico" (MARINONI, 2005:12).

⁹ Para Chiovenda, então: "O processo se torna, portanto, o instrumento de justiça à disposição do Estado, que irá coibir a justiça privada com reprimendas a esta prática, o chamado exercício arbitrário das próprias razões, salvo, por certo, os casos de legítima defesa e de estado de necessidade [...]" (PIMENTA, MARQUES et alli, 2004:53).

¹⁰ Como bem define Bahia (2004:313): "Ao contrário da promoção de cidadania (que era, afinal, a meta do Estado Social), o que se viu foi o Estado tomando para si toda a dimensão do público, deixando os indivíduos na posição (cômoda?) de clientes, numa relação paternalista e dependente".

¹¹ Como reconhece Dinamarco (2004:88-89), o Código de Processo Civil de 1973 ficou também conhecido como Código de Buzaid, em homenagem ao então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, discípulo direto de Liebman. Como lembra o renomado processualista paulista, muitas das lições foram reproduzidas à risca: pode-se destacar a introdução de novos institutos, como o julgamento antecipado do mérito (art. 330) - tão repudiado pelos tribunais da época, a equiparação dos títulos executivos extrajudiciais aos títulos judiciais, eliminando a chamada "ação executiva", bem como a reinterpretação de institutos clássicos, como a coisa julgada, que passou a ser compreendida como imutabilidade da sentença e não mais um efeito de limitação da parte decisória da sentença, não estendida aos motivos da decisão.

inclusive, de escopos meta-jurídicos. O processo seria, então, um *instrumento do Estado para garantir a paz social*.

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídicos. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político (CINTRA et al., 2003:41, grifos no original).

Destarte, para os defensores dessa tese, o processo operaria a partir de uma racionalidade instrumental, dirigida apenas à persecução do fim pré-determinado de forma solipsista. Tal racionalidade estaria, então, centrada na perspectiva do magistrado, uma vez que ele incorporaria o Estado, o qual deve atuar para além de apresentar uma solução prática à demanda proposta pelas partes, buscando atender “os valores sociais e políticos inerentes à cultura nacional”. Dinamarco (1999) destaca que o processo é “mero” instrumento do direito substancial, existindo apenas para servi-lo – o que mostra ainda uma subordinação do processo ao direito material em discussão. Por isso, os direitos processuais seriam menos importantes que os direitos substanciais, podendo até mesmo ser tolhidos ou sacrificados para o melhor atendimento dos segundos – trata-se principalmente do discurso em nome da *celeridade* e da *efetividade do processo*.

A principal crítica a essa posição é sintetizada por Nunes, ao afirmar que ela deixa de enxergar que

[...] a estrutura procedimental como espaço intersubjetivo e participativo dos provimentos, com a marca de nosso “modelo constitucional” em sua acepção dinâmica, lastreado institucionalmente por uma ampla defesa, uma fundamentação adequada das decisões e por um contraditório dinâmico, em que existe um diálogo genuíno entre juiz e partes, e não meramente formal, entendido como princípio da bilateralidade da audiência (2003:52).

Importante também registrar a crítica de Calmon de Passos ao instrumentalismo:

É essa evidência que o modismo da “instrumentalidade do processo” camufla, ou conscientemente – perversidade ideológica, a ser combatida –, ou por descuido epistemológico – equívoco a ser corrigido. Ele parece ou finge ignorar o conjunto de fatores que determinam uma nova postura para o pensar e aplicar o Direito em nossos dias, como sejam a crise da razão instrumental, severamente posta a nu neste século, os avanços originados pelos estudos semiológicos, a revalorização do político, a partir dos desencantos existenciais recolhidos da experiência do capitalismo tardio e da derrocada do socialismo real, a crise do Estado do bem-estar social e, principalmente, as revoluções que têm sua raiz no progresso técnico-científico, acelerado depois da Segunda Grande Guerra Mundial (2001:13).

Além dessa crítica, o processualista alerta para a existência de uma hipertrofia do papel do magistrado nessa concepção, o que viola o equilíbrio processual (CALMON DE PASSOS, 2001:24-25). Além do mais, estabelece para as partes um dever ético-político de obediência e de sujeição do réu à pretensão do autor, que era pressuposta como verdadeira *a priori*.¹²

A partir do final da década de 70, com os estudos do processualista italiano Fazzalari (1996), foi possível apurar a crítica à teoria que concebe o processo como espécie de relação jurídica. Para tanto, o ponto de partida foi a reconstrução dos conceitos de *processo* e *procedimento*, invertendo-se a relação de gênero e espécie que antes havia.¹³ Tomando como ponto de referência a figura do *provimento* – ato estatal dotado de imperatividade (FAZZALARI, 1996:7) – o procedimento se apresenta como a estrutura normativa preparatória de sua produção. Conforme Gonçalves,

O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade reguladora por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação do provimento. O provimento é ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional (2001:102-103).

Dessa forma, Fazzalari retira o procedimento do âmbito do direito processual, para colocá-lo em seu devido lugar, qual seja, o de instituto próprio da Teoria do Direito (GONÇALVES, 2001:109). Assim, o procedimento não é uma atividade esgotável em um único ato, mas demanda uma série de atos e normas que o disciplinam.¹⁴ Por isso, ele compreenderá uma seqüência de normas, atos e posições subjetivas. Todavia, importante deixar claro que, sobre esse último termo, Fazzalari não se refere à posição de sujeitos em relação com outros, como queria a teoria do processo como relação jurídica. Por posição subjetiva, entende-se “a posição de sujeitos *perante a norma*, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas” (GONÇALVES, 2001:109, *grifos nossos*).

¹² Camara, Silva e Machado lembram que: "Liebman em conferência, em 1949, afirmou que todo o problema, quer de interesse processual, quer de legitimação ad causam, deve ser proposto e resolvido adminindo-se, provisória e hipoteticamente, que as afirmações do autor sejam verdadeiras. Só nessa base se pode resolver a pura questão de legitimidade ou do interesse no âmbito processual" (2004:241). Ao que parece, o processualista Marinoni ainda se mostra tributário ao pensamento de Liebman ao pressupor que o problema da celeridade e efetividade do processo possa ser solucionado por meio do aumento de procedimentos sumários: "A disputa pelo bem da vida perseguido pelo autor, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor (que tem razão) e beneficiar o réu (que não tem)" (2002:16). Mas parece que o mesmo se distancia do mestre italiano, que tanto repudiava o aumento dos poderes probatórios do juiz (modelo inquisitivo), preferindo o modelo dispositivo, uma vez que entendia ser o outro uma forma de violação do princípio constitucional da imparcialidade do juízo.

¹³ Importante ter em mente que a diferenciação científica entre processo e procedimento, empreendida por Fazzalari, não toma como referência principal a noção de movimento, mas de modo de movimento.

¹⁴ Duas observações são importantes: (1) segundo Fazzalari (1996:60), o procedimento não pode ser compreendido como uma seqüência de fatos, como querem alguns processualistas tradicionais; ele é formado por uma série de normas, cada uma regulando uma determinada conduta, mas enunciando como pressuposto da própria incidência a realização de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante até a norma reguladora de um ato final. Por isso mesmo, Gonçalves (2001:111) afirma que o procedimento não pode ser compreendido simplesmente como uma seqüência de normas, mas uma seqüência na qual a validade de um ato, a posição ou a norma assumida nela dependa intrinsecamente da prévia implementação de seu pressuposto, ou seja, a norma (ato ou posição) anterior; e (2) um ato não pode ser considerado válido, se a ele não se chegar através da seqüência de atos determinada pela legislação (FAZZALARI, 1996:78-79).

A partir da reconstrução do procedimento, Fazzalari desenvolve o conceito de *processo*. Para o jurista italiano, no processo, tem-se uma situação especial: os interessados pelo provimento a ser produzido participam da atividade de sua produção. Por interessados, entende-se aqueles que sofrerão os efeitos do ato particular que está sendo produzido. Mas não se trata de qualquer participação, pois o traço diferenciador do processo, em face do procedimento, está na presença do *contraditório* (FAZZALARI, 1996:82). Assim

Há processo onde houver o procedimento realizando-se em *contraditório* entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos (GONÇALVES, 2001:115).

Com isso, Fazzalari afasta, mais uma vez, a noção de que o processo seria atividade eminentemente ligada à atividade jurisdicional, sendo, portanto, correto afirmar a existência de um processo legislativo¹⁵ e de um processo administrativo.

O elemento, então, necessário para que o procedimento receba a qualidade de processo passa a ser a presença do *contraditório*. Todavia, o *contraditório* não pode mais ser compreendido como o direito a ser ouvido pelo juiz ou direito à bilateralidade da audiência, como querem as teorias tradicionais (NUNES, 2004:75).¹⁶ Acontece que tais compreensões – derivadas da doutrina italiana¹⁷ – apenas vislumbram o *contraditório* em seu aspecto estático, ainda ligado à estrutura procedimental monológica e dirigida pela perspectiva do magistrado.¹⁸ Como lembra Gonçalves (2001:120), hoje, o *contraditório* é entendido como simétrica paridade das partes na preparação do provimento.¹⁹ Por isso mesmo, importante ter em mente que o

¹⁵ Ver CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. Também lembra Gonçalves (2001:118) que, na compreensão de Fazzalari, o processo legislativo sempre é um processo, uma vez que "sempre se realiza com a participação de parlamentares que representem e reproduzem os interesses divergentes dos grupos e comunidades dos cidadãos".

¹⁶ Diversos processualistas chegam a definir o *contraditório* como garantia de paridade de armas; contudo, à luz de um pensamento pós-metafísico, a Teoria do Direito não pode mais se amparar em uma perspectiva beligerante - essencialmente dotada de uma racionalidade instrumental, compreendendo que o processo, como espaço de aplicação normativa, apresentaria uma dinâmica na qual o magistrado decidiria influenciado pela destreza ou habilidade de persuasão dos litigantes (ou de seus advogados); um direito que se preza democrático deve assumir uma postura diversa, qual seja, a de criar a possibilidade do entendimento entre as partes processuais. A decisão judicial deve encontrar aceitabilidade racional não apenas da perspectiva do magistrado, mas da sociedade. Em importante ensaio, Barbosa Moreira (2003) questiona até que ponto a teoria processual conseguiu se ver livre dessa concepção de processo como duelo, herdada da tradição medieval. O autor relata similitudes, principalmente no common law, mas que não são tão estranhas à tradição do Direito romano-germânico.

¹⁷ Diferentemente, lembra Nunes (2004:77): "Na França, o art. 16 do Nouveau Code de Procédure Civile impede o juiz de fundamentar a sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício sem ter antecipadamente convidado as partes a manifestar as suas observações. Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz, que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda".

¹⁸ A afirmação acima aparece, por exemplo, na lição de Dinamarco, Cintra e Grinover, que reduz o *contraditório* à bilateralidade da audiência: "O princípio do *contraditório* também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça [sic] organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et pars*"(2003:55).

¹⁹ Segundo Fazzalari (1996:82), caracterizam a estrutura do *contraditório* os seguintes elementos: (1) participação dos destinatários do ato final na fase preparatória do mesmo; (2) simétrica paridade destes interessados; (3) mútua implicação de seus atos; (4) relevância de tais atos para o ato final.

contraditório é garantia das partes, ou seja, daqueles a quem se destinam os efeitos do provimento. Lembra Theodoro Júnior (1981:182) que sua inobservância representa causa de *nulidade*, de modo que deve sempre ser observado.

Dessa forma, a participação do magistrado, no interior do processo, não será na qualidade de um interventor, devendo sofrer uma reestruturação. Como lembra Cattoni de Oliveira,

[a]o tomar suas decisões, também, é preciso lembrar que o juiz não está sozinho no exercício das suas atribuições. Afinal, do procedimento que prepara a decisão judicial, devem, em princípio, diretamente participar, em contraditório, em simétrica paridade, os demais destinatários desse provimento jurisdicional (2001:153-154, grifos no original).

Daí a importância atribuída – até como exigência constitucional – para a fundamentação da decisão. Tal garantia

[é] correlata ao direito das partes de influir sobre a decisão e em condições de igualdade, dando-lhes a oportunidade de verificar “se” e “de que modo” essa influência terá ocorrido, assim como as razões pelas quais deixou de acontecer, na medida em que tenham tido a concreta possibilidade de valer-se de todos os instrumentos fornecidos pelo ordenamento processual para o idôneo exercício das próprias razões (PERO, 2001:61-62).²⁰

Desse modo, abre-se a possibilidade de se compreender o processo a partir da *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia* de Habermas (1998). Uma vez que o paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, ao levar em conta a tensão entre facticidade e validade no interior do Direito, demanda dos processos jurisdicionais decisões legítimas, acaba por exigir que a aplicação jurídica se abra para uma discursividade, mais exatamente por meio de um *discurso de aplicação*, como teorizado detalhadamente por Günther (1995:51-53).²¹ Nessa perspectiva, o juiz não aplica as normas por meio de uma atividade simples, mas antes deve desenvolver uma interpretação coerente das normas, que, a princípio, são aplicáveis *prima facie* ao caso, para, em momento posterior, identificar aquela que seja a adequada à solução do caso específico que tem a sua frente (GÜNTHER, 1995:52).

Nesse prisma, deve ser lembrado que, no processo jurisdicional, há um conflito, um litígio, fato que não pode ser perdido de vista; logo é natural que as partes assumam ações estratégicas. Por isso mesmo, o papel das mesmas, como co-autoras da norma, acaba sendo

²⁰ Sob esse prisma, destaca-se, por exemplo, a seguinte decisão: "Não pode o Magistrado, certamente, poupar-se ao trabalho intelectual de analisar cada qual dos argumentos por qualquer das partes; não pode deixar de sustentar e de explicar as razões de seu convencimento, tudo, obviamente, segundo um conceito lógico, razoável e conforme o que oferecem as provas. Não fazendo, por certo, macula a sentença de nulidade irreparável e a faz írrita, carente do seu requisito estrutural, que é a fundamentação" (TACRIM, 8ª Câmara, Ap. 341.731/1-Jales, rel. Juiz Canguçu de Almeida, j. 20-6-1984, v. u., BASSSP, 1366/47 de 20-2-1985).

²¹ Assim, cinde-se com a visão apresentada, por exemplo, por Cintra, Grinover e Dinamarco (2003:55), que reduzem a dinâmica processual ao modelo da dialética hegeliana, de modo que o magistrado atuaria como síntese que suprassumiria (*aufheben*) a tese e a antítese, representadas respectivamente pelas posições do autor e do réu.

suspensão em face do caso particular. Cabe ao magistrado a representação do sistema jurídico, sem que, com isso, esteja autorizado a retornar ao discurso de justificação, criador das normas jurídicas.

Em sua função, o magistrado deve desbloquear a troca interpretativa entre destinatário e co-autor no caso particular; para isso, deve tratar os litigantes como *cidadãos virtuais*, preocupando-se com a aplicação apropriada das normas jurídicas ao caso concreto, utilizando, para tanto, os argumentos trazidos pelos litigantes e pela esfera pública (Günther, 1995:52).²² Os atos do juízo estão sujeitos ao controle das partes através da *garantia processual do recurso*, a qual funciona como possibilidade de reversão da decisão (HABERMAS, 1998:309) e como condição para a legitimidade da mesma.

Daí, o caráter constitucional do princípio do devido processo legal.²³ O contraditório e a ampla defesa, que integram a noção de devido processo, representam garantias para a participação das partes e, com isso, garantem também a legitimidade do provimento.²⁴ Logo, sendo o direito ao recurso um consectário da garantia ao devido processo, ele também acaba por adquirir *status* de norma constitucional nos termos de um modelo constitucional do Processo. Segundo Andolina e Vignera, a relevância dos princípios processuais formadores do devido processo é tamanha que, unidos, formariam um *modelo constitucional de processo*. Utilizando a tradução apresentada por Cattoni de Oliveira (2001:159), Andolina e Vignera afirmam que “[a]s normas e os princípios constitucionais que se referem ao exercício das funções jurisdicionais, se consideradas na sua complexidade, concedem ao intérprete a determinação de um verdadeiro e próprio esquema geral de processo” (ANDOLINA e VIGNERA, 1990:13). Lembra Nunes (2003:128) que, através do modelo constitucional de processo, garantem-se os princípios do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões, do juízo natural, da inafastabilidade da tutela jurisdicional, entre outros:

Assim, em decorrência da conjugação das garantias constitucionais do contraditório e da [ampla] defesa, cria-se uma impossibilidade de atuação monológica do juiz na construção de todos os provimentos, pois estes seriam inválidos toda vez que levassem em consideração aspectos fáticos ou jurídicos não debatidos e problematizados com as partes (NUNES, 2003:135).

²² “[...] the judge is obliged to justify her decision with regard to the litigants and the public. In a procedural paradigm of law, the fourth part, the public, plays a prominent role in legal adjudication. By publicly critiquing her decisions, the public permanently reminds the judge that she is merely delegated to play a role in legal adjudication which originally belongs to all those participants who are involved. To be sure, the public may not intervene directly in the concrete case. But, especially if the judge cannot avoid changing the law through coherent interpretation, a public critique of the reasons is necessary. If major changes are made, the democratic public has to inaugurate democratic procedures of justification, which lead to new legislations” (GÜNTHER, 1995:52-53).

²³ No caso da atual Constituição Brasileira, o devido processo bem como suas garantias foram assegurados expressamente: “art. 5. [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”. Como lembra Nunes (2003:118), o direito ao recurso figurou expressamente na Constituição de 1824, ficando implícito nas demais até a Constituição de 1988.

²⁴ “Los derechos procedimentales garantizan a toda persona jurídica la pretensión a un procedimiento fair, el cual no garantiza seguridad de resultado, pero sí la clarificación discursiva de todas las cuestiones de hecho y de derecho que resulten pertinentes. Así, los afectados pueden contar con que en el procedimiento no resulten decisorias para el fallo del juez cualesquiera razones, sino sólo razones relevantes” (HABERMAS, 1998:291).

Tal conclusão, contudo, acerca da íntima relação entre direito de recorrer e devido processo legal não parece ser pacífica para os processualistas. Cappelletti, em parecer elaborado em 1968, a pedido de membros do Senado italiano, durante o movimento de reforma do Código de Procedimento Civil, afirmou que o recurso *não* pode ser entendido como garantia fundamental. Em sua leitura, os recursos – principalmente o recurso de apelação – desvalorizam o juízo de primeira instância,²⁵ além de aumentarem a duração do processo, o que conduz a uma fuga da “justiça estatal” por parte da classe com maiores recursos econômicos, cujas preferências são por mecanismos alternativos de composição de conflitos, como a arbitragem. Já no caso das classes menos abastadas, acontece uma “litigiosidade contida”, o que representa um risco para a estabilidade estatal (MARINONI, 2002:214).

Outro risco de desestabilização viria da constatação de divergências nas decisões de primeira e segunda instâncias, o que, pelo aspecto funcional, desalojaria a estabilização de expectativas de comportamento como papel principal do sistema do Direito (MARINONI, 2002:216).²⁶

Mesmo assim, como já observado, os argumentos que embasam tal tese se apegam a uma racionalidade instrumental e a uma teoria processual que coloca o magistrado ilhado no centro do processo, aniquilando o espaço discursivo com as partes – peça fundamental para a legitimidade da decisão.²⁷ Pertinente, nesse esteio, é a crítica de Allorio (1982:319-320) à tese de Cappelletti:

[Allorio] Critica a posição de Cappelletti ao afirmar que a apelação seria inconstitucional por ferir a garantia de acesso à justiça, uma vez que se deve indagar qual o conteúdo da justiça requisitada, pois ela pode ser célere, com a quebra das garantias de um Estado de Direito, ou mais lenta, com a possibilidade de um controle interno a diminuir a sujeição a erros. Percebe que a celeridade não pode servir de motivo para a decretação da inconstitucionalidade do duplo grau (NUNES, 2003:113).

É importante ainda destacar que mesmo os defensores do direito ao recurso, de forma majoritária, pautam seus argumentos em razões instrumentais, olvidando a dimensão discursiva do Direito e, com isso, enfraquecendo a sua própria defesa. Desse modo, concorda-se com Dierle Nunes (2003:115): o argumento em defesa dos recursos como direitos processuais não se funda na maior experiência do magistrado de segunda instância ou na maior independência do mesmo, como Laspro também já afirmou (1995:99-101).

²⁵ Marinoni, lembrando Cappelletti, afirma que "o primeiro grau é somente uma larga fase de espera, uma extenuante e penosa ante-sala para se chegar à fase de apelação; é este último o único juízo verdadeiro, ao menos para a parte que tem condições econômicas para nele chegar" (2002:215).

²⁶ Esses mesmos argumentos são utilizados também por Marinoni (2002:209-210), para defender a natureza infraconstitucional do direito ao recurso. Para o autor, há um culto exagerado e indevido aos recursos, que nem mesmo seriam princípios fundamentais de justiça. Nessa linha de raciocínio, defende que algumas causas não deveriam ensejar recursos, garantindo uma "prestação jurisdicional" mais célere e efetiva.

²⁷ Um outro problema, que pode ser colocado e melhor aclarado no terceiro capítulo, é a identificação de que tais argumentos utilizados pelos teóricos, contrários à constitucionalização do direito ao recurso, pautam-se em razões que Dworkin (2002) denomina como diretrizes políticas - representam uma possibilidade de melhoria ou bem-estar para um determinado grupo pertencente a uma sociedade, mas não susceptível de universalização, uma vez que se rege pela idéias do que é bom para um determinado grupo, uma determinada forma de vida concreta.

O instituto do recurso em todas as suas modalidades não pode ser compreendido apenas como o desenvolvimento do princípio do duplo grau, mas integra o desdobramento dinâmico das garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que possibilita “uma intervenção das partes e um diálogo com o juízo todas as vezes que a decisão recorrida não tenha levado em consideração o seu contributo crítico” (NUNES, 2003:145). Precisa é, portanto, a crítica de Nunes ao movimento do *acesso à justiça*, que tem adeptos no Brasil, como Marinoni (2002:220-223):

No direito brasileiro, percebe-se que as tendências para o denominado acesso à justiça, nos seus moldes, não se preocupa com a leitura democrática das garantias processuais de nosso modelo constitucional e permite, com o paulatino aumento dos poderes judiciais, uma formação solitária de provimentos (NUNES, 2003:144).

Essa mesma corrente, defensora da celeridade processual a todo custo, influenciará o movimento de reforma do direito processual – quer em nível infraconstitucional, quer em nível constitucional – como ocorreu com a Emenda Constitucional n. 45/2004,²⁸ que lançou novas luzes sobre o instituto dos recursos destinados a Tribunais Superiores, notadamente par restringir, através da criação da arguição de repercussão geral das questões constitucionais, causas que supostamente seriam de menor significância (jurídica, política, social ou econômica) da análise e apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. O que é flagrante violação do princípio do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ALLORIO, Enrico. Sul doppio grado del processo civile. *Rivista di Diritto Civile*. Milano, CEDAM, 1982. Parte 1

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lesioni*. Torino: Giappichelli, 1990.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

²⁸ Theodoro Júnior (2005:37) lembra que a Emenda Constitucional n. 45/2004 teve como grande fonte de inspiração a reforma constitucional italiana com o mesmo propósito, proclamando a celeridade como elemento do princípio do devido processo legal (constitucionalizado). Todavia, diferentemente de Marinoni, o processualista mineiro alerta que a celeridade reflete mais um anseio desejável que necessariamente um argumento de jurídico que deva ser observado, ainda às custas do sacrifício das demais garantias processuais, principalmente do contraditório.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução Miguel Angel Rosas Lightschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa América, 1964.

CAMARA, Bernardo Ribeiro; SILVA, Bruno César Gonçalves; MACHADO, Daniel Carneiro. Processo, ação e jurisdição em Liebman. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Porto Alegre: Síntese, 2004. v.5

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COUTURE, Eduardo. *Introdução ao estudo do processo civil: discurso, ensaios e conferências*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 2 v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). *Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8.ed. Padova: CEDAM, 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. *European Journal of Philosophy*. Essex, Blackwell Publishers, v.3, n.1, abr.1995.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MACEDO, Gisela Márcia Araújo. O contraditório e a decisão *ex officio* no procedimento civil. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Porto Alegre: Síntese, 2001. v.2

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/27.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, a.28, n.112, out./dez. 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, Síntese, n. 29, maio/jun., 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. *O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo sobre o tema. In: FIÚZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho (Coord.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PIMENTA, André Patrus Ayres et al. Processo, ação e jurisdição em Chiovenda. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual*. Porto Alegre: Síntese, 2004. v.5

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 30, n.124, jun. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a.4, n.23, jul./set. 1981.

A ÉTICA COMO ORIGEM E FIM DO DIREITO

HUMBERTO GOMES MACEDO*

FLÁVIA VIEIRA DE RESENDE**

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Ética: princípio universal que rege a ação humana para o Bem. 3. A filosofia da Justiça. 4. Paradigma da segurança: positivismo, codificação e lei escrita. 5. O novo Direito: a volta ao início. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Estudar e discutir Ética no Direito é, nada mais, que reforçar a idéia de que a mesma é o Sol para onde todos operadores e profissionais jurídicos devem sempre voltar-se, sob pena de perda de seu escopo e fundamento mais vital: a Justiça.

Isto porque com ascensão dos valores, da normatividade dos princípios, da Dignidade da Pessoa Humana, da Concretude e da interpretação argumentativo-constitucional que evita aplicação literal e estática da lei, o Direito faz uma verdadeira regressão e volta à sua origem. Como dito, volta à Ética e se curva à Justiça.

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, valores e criando-se mecanismos para que os preceitos legais possam adaptar-se as novas situações surgidas. Daí a importância e atualidade deste discurso e artigo.

2. ÉTICA: PRINCÍPIO UNIVERSAL QUE REGE A AÇÃO HUMANA PARA O BEM

O pensar sobre a ação humana é objeto da Ética. São problemas éticos o sentido da vida, a liberdade do homem, se existe um modo de vida capaz de alcançar uma vida boa, os fundamentos do dever, o desejo, a natureza do bem e do mal, entre outras questões ligadas à ação humana.

* Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual Civil. Professor de Direito Civil da UNA. Advogado Autárquico do Estado de Minas Gerais.

** Filósofa e Mediadora do Programa Mediação de Conflitos do Governo do Estado de Minas Gerais.

Têm-se registros da reflexão acerca da *práxis* humana desde os tempos mais remotos e nas mais variadas sociedades. Assim é que na Índia, por volta do século IV ac aparece o *Bhagavad Gita (A Canção do Senhor)*, texto religioso Hindu¹ que fala acerca da boa vida para o homem. No judaísmo temos o Pentateuco com os dez mandamentos de Moisés que são revelados por Javé no monte Sinai. Na China, encontramos reflexões sobre a ação humana em textos de Lao Tse Tung e Confúcio.

Na Grécia, no seu período pré-filosófico, a reflexão acerca da ação está nas obras *Iliada* e *Odisséia* de Homero (IX a.c), que são escritas a partir da tradição oral do povo, e cujos ensinamentos morais vem pelos paradigmas e tipos humanos que as personagens representam. Assim, o episódio da *Iliada* que retrata a escolha de Aquiles, em que este tem de escolher entre lutar na guerra e ter seu nome eternizado no imaginário grego, ou voltar pra casa e ter uma vida tranqüila, diz do papel que a coragem como virtude representa para o povo helênico. Aquiles, filho dos deuses, um modelo de conduta para o homem comum, escolhe o primeiro destino, tornando-se um tipo moral ideal para a sua cidade.

Outras personagens também são tomadas como exemplo de vida moral por possuírem outras virtudes importantes na vida helênica. Assim na *Odisséia*, vemos o elogio de Homero à fidelidade de Penélope, à sabedoria de Nestor e à audácia de Ulisses.

Já a personagem Clitemnestra, que planeja a morte do marido é o exemplo que toda mulher deve evitar. Nos poemas homéricos, as personagens que encarnam os ideais de virtude são pessoas escolhidas pelos deuses, formando a classe dos *aristoi*, os bons, participando do ideal de excelência grego.

Notável passo na direção da reflexão moral de cunho mais filosófico, se dá com a obra do poeta Hesíodo (VIII ac), também chamado de o profeta da Justiça, tamanho o elogio que ele faz a esta virtude em *O trabalho e os dias*². O ideal de moral passa a vir da conduta do homem que evita os excessos e se entrega à boa luta, que segundo o poeta, é a luta do trabalho. A vida boa segundo Hesíodo, é, ao contrário de Homero, uma vida cuja virtude depende da ação do homem e não dos desmandos e preferências dos deuses na vida de seus escolhidos. O homem no universo literário de Hesíodo toma as rédeas de suas ações e tem uma vida ou virtuosa ou não, dependendo de suas boas ou más atitudes.

Como se vê nas diversas obras literárias e religiosas do mundo antigo, a reflexão moral é uma herança espiritual de todos os homens em todas as culturas. Os homens usam da razão ou da revelação para exprimir regras, comparar, discriminar e chegar a máximas de condutas. Este tipo de reflexão, no entanto, é chamado pré-filosófico, uma vez que a análise da ação humana fica voltada para o particular, voltada para um povo ou uma cultura, sem elevar-se

¹ O texto, escrito em sânscrito, relata o diálogo de Krishna (uma das encarnações de Vishnu) com Arjuna (seu discípulo guerreiro) em pleno campo de batalha para seu discípulo as ações que o homem deve ter para se ter uma vida feliz. Diz Krishna: "*Você tem o controle sobre os feitos apenas da sua responsabilidade, mas não controle ou reclamação sobre os resultados. Os frutos do trabalho não devem ser seu motivo, e você nunca deverá ser inativo*". (2.47)

² "Tu, ó Perses, escuta a justiça e o excesso não amplies! O excesso é ma ao homem fraco e nem o poderoso facilmente pode sustentá-lo e sob seu peso desmorona quando em desgraça cai; a rota a seguir pelo outro lado é preferível: leva ao justo; Justiça sobrepõe-se ao Excesso quando se chega ao final: o néscio aprende sofrendo". (Hesíodo, 1996: 39)

a princípios universais. Ou ainda, como acontece nas sabedorias orientais e na Grécia pré-filosófica, o pensamento moral fica embebido de representações fantásticas, nele predominando o elemento imaginativo e mítico, carecendo, portanto, do pensamento lógico e totalizante, que é específico do modo de ser da filosofia.

A Ética, portanto, tem o mesmo objeto da reflexão moral, que é a conduta humana, mas não se confunde com esta. A reflexão moral, objeto dos mitos e da literatura, vai cedendo lugar ao pensamento com bases lógicas e argumentativas, próprio da filosofia. Etimologicamente, a palavra Ética origina-se do termo grego *ethos*, que significa o conjunto de costumes, hábitos e valores de uma sociedade ou cultura. No seu sentido mais estrito, ela é fruto do pensamento filosófico nascente na civilização grega.

Após os primeiros pensadores preocuparem-se com a problemática da *physis*³, ou seja, com questões que abarcam o mundo natural, tais como: como surge o cosmos, qual o seu princípio, quais as fases e os momentos de sua geração; a problemática do pensamento passa para a discussão do que é a natureza do *homem*, de onde nascerá o problema ético.

A ação humana vai sendo analisada na sua totalidade, através de uma explicação motivada logicamente, com objetivo meramente teórico. A reflexão ética vai além do acontecimento, buscando estabelecer regras que valham para os casos particulares, mas, para caminhar para além destes, buscando estabelecer nexos e ligações necessários para as questões da conduta humana.

Para Reale (1993:177), a reflexão Ética só aparece no imaginário grego após a problemática da *Physis* ser colocada pelos primeiros filósofos. Isso acontece dada a dificuldade de se teorizar num campo em que rege a liberdade, que é a práxis humana:

“A condição que permite a algo tornar-se ou poder se tornar objeto da ação sistemática é que ele constituía, ou, pelo menos, apareça como uma unidade orgânica e não como uma multiplicidade desagregada ou sem visíveis conexões. Ora, enquanto o mundo e os procedimentos cósmicos já aparecem á imediata representação sensorial como uma unidade orgânica, os homens e os procedimentos humanos aparecem, ao invés, em forma totalmente diferente: aparecem, precisamente, como uma multiplicidade na qual não se vêem claros nexos e na qual, pelo contrário parecem prevalecer cisões e separações”.

3. A FILOSOFIA DA JUSTIÇA

A Ética vai dar nascimento então, a Filosofia da Justiça ou a Filosofia do Direito. Segundo Bentes (*apud* BARRETO, 2006:338), a Ética e a filosofia do Direito são uma invenção particularmente helênica:

“a história da Filosofia do Direito deve percorrer os mesmos caminhos onde o pensamento reflexivo começa a desenhar os seus primeiros sinais. (...) A singularidade do grego reside

³ Tales de Mileto (640ac -548 ac) é considerado o pai da filosofia grega. Mas restringiu-se ao conhecimento das coisas da natureza. Foi o primeiro pensador a indagar por que as coisas são e pelo princípio de suas mudanças. E descobre a água como princípio de composição de todas as coisas, ou seja, a água é a natureza da matéria.

na capacidade de forjar um pensamento paulatinamente liberto de crenças e dos mitos rumo a um patamar de racionalidade que irá abrir caminhos fecundos para a criação de vários campos de investigação: a Ciência, a Ética, a Política, o Direito, a Estética, a Filosofia. Conquanto seja incontroverso que os gregos auferem inúmeros ensinamentos da sabedoria oriental, constitui fato notável que esses conhecimentos, caracterizadamente empíricos e assistemáticos, penetram na Grécia para receber aí um impulso racional extraordinário, fruto de um gênio particularmente helênico que vinha gradativamente manifestando-se nos vários setores da vida humana.”

Outros historiadores, como Louis Gernet (*apud* BENTES, 2006:340), declaram que não se pode falar de uma Filosofia do Direito na Grécia, mas, certamente, de uma Filosofia da Justiça. No entanto, consideramos que na cultura helênica, conceitos como Ética, Direito, Justiça e Política são conceitos extremamente imbricados. O indivíduo ético, que age segundo a natureza racional do homem, vai realizar ações justas, fazendo nascer da sua ação, a Justiça e o Direito na *pólis*. A Ética faz nascer a Justiça ou o Direito. Há um universo harmônico na conduta do homem e a vida na *pólis*, similar à harmonia do cosmos. Diz Bentes (2006:340)

“Cabe enfatizar que o conceito de harmonia desempenha um papel capital no ideal grego de justiça, de equilíbrio, fixando as premissas básicas da Política, do Direito, da Ética e da estética. A doutrina sobre a harmonia aparece em Pitágoras (540-537 a.c), geralmente associada à questão da afinação musical, relacionada à razão numérica. A idéia de harmonia como um princípio fundamental para a ordenação do universo fascinou não somente Pitágoras como filósofos de diferentes orientações. (...) De Hesíodo a Aristóteles, assistimos à condenação da desmedida (*hýbris*) e à busca incessante da moderação (*soprhosýne*) para a consecução de um estado ético”.

Foi Platão (427-348 ou 327ac) quem primeiro sistematizou na antiguidade o pensamento filosófico acerca da Justiça nos diálogos Socráticos e, mais firmemente, na obra *A República*. Na obra, Platão, através da personagem Sócrates (470-399 ac), faz uma reflexão sobre a decadência da democracia ateniense e propõe o modelo de cidade-estado ideal. A estrutura deste Estado e o equilíbrio social são comparados ao equilíbrio individual. A Justiça é uma forma interna do homem. O indivíduo precisa ser justo para que essa virtude possa acontecer no plano maior da cidade.

Platão estabelece uma comparação entre a cidade e o indivíduo. E para isso ele faz uma homeologia, analisando a natureza da alma humana. Para Platão, a *pysiché* humana é composta de três elementos, que sempre estão em conflito: a parte apetitiva (*tó epithynetikón*), a parte irascível (*tó thymoéides*) e a parte racional (*tó logistikón*). O homem justo será aquele em que a razão dirige os sentimentos e os desejos. A justiça tem a ver assim, com alma organizada pelo elemento racional, do homem que é senhor de si, que não se deixa levar pelos seus desejos.

Da mesma forma, o equilíbrio da sociedade resulta de uma harmonia hierarquizada dos elementos que a compõem: a economia, a serviço dos desejos; o exército, elemento sentimental da nação; a direção política, semelhante à função racional. O Estado justo será então aquele em que o os filósofos dirigem as classes dos soldados e dos artesãos, se entendermos por filósofos aqueles indivíduos que cultivam a saúde da alma, guiando-se sempre pelo conhecimento filosófico, o conhecimento das idéias, do Bem em si.

Aristóteles (384-322 ac), discípulo de Platão, desenvolve a idéia de Justiça em obras como *Ética a Nicômaco* e *Política*. Como seu mestre, Aristóteles compartilha da visão de que a

melhor vida para o homem é aquela de acordo com a razão, que é o elemento que diferencia o homem dos animais. A virtude é uma boa ordenação dos desejos e dos afetos humanos. O homem feliz é aquele que se guia pela reta razão (*ortho lógos*).

No entanto, há uma originalidade em Aristóteles que o diferencia de Platão. É que o saber que guia o homem em Aristóteles, não é um saber dos Universais, da Essência ou da idéia do Bem em si, como propõe Platão. O que auxilia a moral do homem é o conhecimento que ele tem do contingente. Essa virtude Aristóteles chama de Prudência (*phrónesis*), que o homem vai desenvolvendo no decorrer de sua vida pela experiência e pelo hábito. Nesse sentido, a virtude tem a ver com a repetição, com o exercício. A virtude não é desenvolvida por uma vida conceitual, pelo fato do homem conhecê-la pelo seu intelecto, como acontece na ética platônica.

A virtude será então, a mediania determinada pelo homem prudente. A ação correta do ponto de vista ético deve evitar os extremos, tanto o excesso quanto a falta, caracterizando-se assim pelo equilíbrio, ou justa medida. É a sabedoria prática que leva o homem a discernir esta medida, que varia nos indivíduos e de acordo com as circunstâncias. A excelência moral, é, portanto, um meio-termo entre duas formas de deficiência moral, uma pressupondo excesso e a outra a falta, num cálculo que depende do homem em cada caso particular.

A finalidade da Ética Nicomaquéia é a busca do Bem, que para Aristóteles é a felicidade do homem. Esse Bem individual está intrinsecamente ligado com o bem comum, pois, o exercício da virtude pressupõe um outro. A felicidade da comunidade é a realização do Bem soberano. A Ética está inscrita no domínio político, ela é a arquitetônica da política, do justo e do Direito.

É na cultura grega, portanto, que vemos uma identificação total entre a Ética e o Direito. Tanto na reflexão pré-filosófica, quanto nos sistemas filosóficos de Platão e Aristóteles, para não falar de outros pensadores tão importantes quanto, mas que aqui não citamos, tais como Epicuro, e os estóicos; o Direito – aqui sinônimo de Justiça - aparece como um prolongamento da moral. Segundo Japiassú, (1990:16) na antiguidade, o equilíbrio da conduta individual é condição e causa da Justiça, "pois a virtude só se realiza na vida social: a verdadeira humanidade só é adquirida na sociabilidade".

4. O PARADIGMA DA SEGURANÇA: POSITIVISMO, CODIFICAÇÃO E LEI ESCRITA

O paradigma da Justiça, valor fundante do direito antigo, vai ceder lugar, na Modernidade, ao paradigma da Segurança. Essa passagem se dá com o Contratualismo⁴ de Thomas Hobbes (1588-1679).

⁴ A noção de contrato social definindo a sociedade como o produto de uma convenção entre os homens, marca o nascimento da reflexão política moderna (século XVIII). Trata-se de uma concepção, bastante controversa entre os filósofos, que define a sociedade como o resultado das convenções pelas quais os cidadãos, de modo livre e voluntário, trocando sua liberdade natural pela paz e segurança, constituem o poder comum.: "o único meio de instituir um poder suscetível de dar segurança aos homens, consiste em conferirem eles todo o seu poder e toda a sua força a um homem ou a um conjunto de homens que pode reduzir todas as suas vontades a uma única vontade" (Hobbes). Para Rousseau, o contrato social é um pacto constituindo o fundamento ideal do direito político e repousando numa forma capaz de "defender e proteger, com toda a força comum, a pessoa e os bens de cada sociedade, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece a si mesmo e permanece tão livre quanto antes. (...) Embora o contrato não tenha constituído um "acontecimento" vivido pelos primeiros homens, nem por isso deixa de constituir a essência do social como tal. (Japiassú, 2001:55)

É que, se na filosofia grega o Estado se institui com vistas a um Bem Supremo, em Hobbes, o que antecede a polis é o mal e não o bem. A origem do Estado é o desejo do homem de se furtar ao mal no estado de natureza. É o medo que faz os homens se reunirem na figura do pacto social e acordarem abrir mão de uma parte de sua liberdade, entregando-a a um poder soberano, que ele chama de Leviatã, a fim de terem assegurados os seus direitos naturais.

Hobbes quer compreender a origem do Estado a partir da observação científica do homem, uma vez que para ele, *“a natureza (a arte mediante a qual Deus fez e governa o mundo) é imitada pela arte dos homens também nisto: que lhe é possível fazer um animal artificial”* (1988:7). Com o seu método de análise lógico, Hobbes se afasta da filosofia política da tradição, pois, para ele, não há que se falar na essência das coisas. Assim, não há que se dizer que a Justiça é um valor em si, como o faz Platão, ou que há uma essência de homem. As categorias para Hobbes são lógicas e não ontológicas, o que faz do filósofo um pensador nominalista⁵, influenciando mais tarde o fenômeno do positivismo⁶.

Disso decorre, que o homem não é mais considerado um animal político na perspectiva hobbesiana. Não há inclinação natural do homem para o Estado. O Estado é consequência de uma escolha racional feita pelos homens no estado de guerra, em que *“a vida do homem é solitária, pobre, embrutecida e curta”* (Hobbes, 1988:76). O Estado é o que permite o homem escapar das suas paixões e fazer valer as leis naturais, leis estas deduzidas do pensamento lógico.

A autoconservação é o valor que institui o político em Hobbes, e, conseqüentemente, a axiologia do Direito na era Moderna. Difere-se da antiguidade clássica, em que o Direito era a justiça efetiva, real. Segundo Barzotto (*apud* BARRETO, 2006:647), *“o Direito, que para os clássicos só faz sentido a partir da alteridade, da presença do outro, agora passa a ver a presença do outro como ameaça aos meus interesses”*.

O positivismo, a partir da influência Hobbesiana e outros filósofos iluministas, vai representar, portanto, segundo Barzotto, (*apud* BARRETO, 2006:647), *“a tentativa de fornecer segurança a um mundo em que a presença do outro gera insegurança”*.

A corrente positivista pensa o Direito como um fenômeno social objetivo. O Direito quer tornar-se uma ciência tão rigorosa quanto as ciências naturais, apartando-se da sua base axiológica a moral, a ética ou a religião. O que serve como fundamento para o fenômeno jurídico são os sistemas de leis escritas nas diferentes sociedades históricas. Para Barzotto, (*apud* BARRETO, 2006:643)

⁵ Corrente filosófica que se origina na filosofia medieval, interpretando as idéias gerais ou universais como não tendo nenhuma existência real, sendo apenas nomes. Através do estudo do nominalismo em Hobbes, podemos notar que o pensador influencia a corrente positivista no Direito, pois, se não encontramos nas coisas - no fenômeno da justiça, por exemplo - o conceito absoluto de Ser, deixa-se aberta a via do relativismo ético, características do pensamento político hobbesiano e da doutrina do positivismo jurídico.

⁶ "Sistema filosófico formulado por Augusto Comte, tendo como núcleo a teoria dos três estados, segundo o qual o espírito humano, ou seja, as sociedade, a cultura passa por três etapas: a teológica, a metafísica e a positiva. As chamadas ciências positivas surgem apenas quando a humanidade atinge a terceira etapa, sua maioridade, rompendo com as anteriores. (...) O positivismo valoriza o método empirista e quantitativo, defende a experiência sensível como fonte principal do conhecimento, pela hostilidade em relação ao idealismo, e pela consideração das ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade e modelos para as demais ciências". (JAPIASSÚ, 2001:217)

“assim como o positivismo filosófico revela uma era pós-metafísica, na qual o mundo é reduzido à sua descrição científica, o positivismo jurídico também partilha a visão de Direito desencantada própria do mundo contemporâneo, nas quais as práticas sociais, e, portanto, o direito, parecem carecer de um propósito e um sentido últimos”.

Um dos principais expoentes desta Escola é Hans Kelsen (1881-1973). Em Kelsen, o objeto da ciência jurídica são as normas válidas em de um estado. Segundo Noletto (2005:2), o filósofo apresenta o

“ordenamento jurídico positivo - conjunto das normas válidas - como uma pirâmide de normas, onde se articulam o aspecto estático (normas) e o aspecto dinâmico (fatos) do Direito. A noção de validade formal é o elemento que integra esses dois aspectos, pois, nesse arranjo, cada norma retira de uma outra que lhe é superior, na escala hierárquica do ordenamento jurídico, a sua existência e validade. O ponto final dessa cadeia de validade é o que Kelsen chama de norma fundamental - pressuposto lógico de seu sistema normativo”.

O objetivo do cientista do Direito é dizer se as normas são válidas ou não num determinado ordenamento, fazendo uma análise lógica da hierarquia das leis. Julgamentos axiológicos tais como opinar se uma regra é justa ou não, se deve ou não ser aplicada em determinado caso concreto, não são da seara do cientista jurídico.

Se por um lado a Teoria Pura do Direito Kelseneana delimita o campo da disciplina jurídica dos outros saberes, dando-lhe clareza, objetividade e um método de análise lógico acerca da sua validade, por outro lado, a cisão da ciência jurídica dos valores humanistas faz surgir inúmeras críticas contra o positivismo.

O surgimento do pós-positivismo é a consequência da reação dos filósofos à ortodoxia positivista. Segundo Diniz, (*apud* BARRETO, 2006:650)

“para alguns, o pós-positivismo pode ser descrita como uma espécie de terceira via aos paradigmas positivista e jusnaturalista, sem incorrer nos reducionismos e aporias nos quais estes desembocaram historicamente; para outros, seria uma nova geração do positivismo jurídico mitigado pelo peso da principiologia jurídica; e ainda, para terceiros, o pós-positivismo não passaria de mais uma variante fraca do jusnaturalismo, uma fase ulterior na milenar história do Direito Natural”.

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 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 (2003:12).

5. O NOVO DIREITO: A VOLTA AO INÍCIO

O fato é que um novo paradigma de Direito vem se delineando, e pensadores como John Rawls (1921-), por exemplo, começa 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 idéia de justiça, “*a desconfiança e o ressentimento corroem os vínculos de civilidade*” (2002:2). Para tanto, na obra *Uma Teoria da Justiça*, ele propõe um parâmetro para se medir se uma sociedade é ou não justa, contemporaneamente.

Segundo Rawls, os princípios de uma sociedade devem ser escolhidos por indivíduos livres e racionais numa posição original. Essa posição é uma situação hipotética, assim como é o contrato social em Hobbes. Nesta posição, os indivíduos cobertos por um “*véu de ignorância*” (2002:21) de sua posição social na sociedade a posteriori, vão escolher sob quais princípios serão reguladas as suas instituições.

Rawls conclui que a partir da posição original, os indivíduos escolherão dois princípios: o da Liberdade dos indivíduos e o princípio da Diferença, que é aquele que tenta corrigir as contingências naturais, através da regulamentação das ações de indivíduos e instituições pelo princípio de que “*Ninguém deve beneficiar das contingências, a não ser de maneira que redundem no bem-estar dos outros*”. (2002: 106).

Nesse sentido, Rawls resgata o que ele crê que os ideais burgueses deixaram de lado nas revoluções da modernidade. Ao lado da igualdade e da liberdade, ele propõe que as sociedades contemporâneas guiem-se também pelo ideal de fraternidade, que, na sua obra, corresponde ao segundo princípio regulador das instituições sociais, que é o princípio da Diferença.

O importante fazer notar a partir desta pequena visão da obra de Rawls é que a idéia de Justiça volta para o horizonte das instituições sociais e, conseqüentemente, para a ciência jurídica, fato este impensável dentro de um paradigma positivista.

Está suprimida nos tempos atuais a separação entre o Direito e a Ética. Segundo Diniz, (*apud* BARRETO, 2006:650),

“caminhamos a passos largos para uma Teoria do Direito normativa, fortemente conectada com a filosofia política e a filosofia moral. Nesta nova etapa, a razão jurídica não é mais identificada exclusivamente com a racionalidade formal, instrumental, dirigida a fins, passando a incorporar também a razão prática. Neste sentido, a mola mestra da atividade jurídica não deve estar orientada – ou pelo menos, não totalmente – pela obtenção de êxito ou vantagem, mas por uma aspiração moral, uma pretensão de justiça”.

6. CONCLUSÃO

É neste sentido que faz-se necessário agregar ao valor segurança, base axiológica do Direito moderno outros valores que esta ciência foi deixando pelo caminho. A Ética, cuja pretensão é a busca de princípios universais para reger a conduta do homem, cujo escopo é a felicidade - se

tomarmos um conceito aristotélico - ou a dignidade do homem - se tomamos um conceito kantiano - deve estar imbricada ao fenômeno jurídico.

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.

Daí a idéia de propor à ciência do Direito esse eterno retorno às reflexões morais, não para tomá-las ao modo místico ou metafísico dos antigos – como é por vezes salientado por autores críticos do jusnaturalismo – mas para que nós, homens de hoje, possamos ter em vista um horizonte de Justiça nas nossas instituições.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO. *O livre arbítrio*. Tradução N. de A. Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.

ARISTÓTELES. *Poética. Ética a Nicômaco*. Organon. Política. Constituição de Atenas. São Paulo: Nova Cultural, 1999. 313 p.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 874 p.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. 559p.

CANTO-SPERBER, Monique. *Dicionário de ética e filosofia moral*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2003. 2v.

EPICURO. *Carta sobre a felicidade: a Meneceu*. São Paulo: Unesp, 2002. 51 p.

HESÍODO. *Os trabalhos e os dias: primeira parte*. Tradução Mary de Camargo Neves Lafer. 3.ed. São Paulo: Iluminuras, 1996. 103p.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. 2v.

HOMERO. *A Ilíada: em forma de narrativa*. 6.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. 275p.

_____. *Odisséia*. Tradução em forma narrativa por Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nova Cultural, 2002. 316p.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

KANT, Immanuel; QUINTELA, Paulo. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002. 139 p.

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: temas e tendências*. Curitiba: Bio Editora, 2007.

MARCONDES, Danilo. *Textos básicos de ética: de Platão a Foucault*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. 131 p.

MARQUES, Marcelo. *Filosofia e educação: introdução à leitura de Platão*. Belo Horizonte: UFMG/Departamento de Filosofia, 2004.

NOLETO, Mauro Almeida. *Direito e ciência na teoria pura de Hans Kelsen*. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2644>>. Acesso em: 2 mar. 2008

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. 352 p.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 701 p.

REALE, Giovanni. *História da filosofia antiga*. São Paulo: Loyola, 1993. 5v.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei nº 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei 10.211/01*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 431 p.

EUTANÁSIA E DIREITO À VIDA

JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA*

Coloca-se com frequência para juristas e médicos o problema da abreviação da vida humana. O questionamento que se põe é saber se está de acordo com a ética provocar a morte quando temos diante de nós doentes graves e desenganados, ou pessoas muito idosas e que não têm mais capacidade de produzir ou que são portadores de doenças incuráveis.

Eutanásia é uma palavra de origem grega composta de dois termos: *eu* que significa boa e *thánatos* que quer dizer morte. Em geral pode ser dividida em quatro hipóteses: *eutanásia positiva*, *eutanásia negativa*, *eutanásia suicida* e *eutanásia eugênica*.

A eutanásia é muitas vezes entendida como sendo um “homicídio misericordioso ou bondoso” no qual se tira a vida de uma pessoa com doença incurável, velhice, ou portador de uma deficiência psíquica ou física, seja congênita ou adquirida.

A eutanásia positiva se faz mediante uma intervenção médica, em geral administrando alguma droga ou medicamento que irá determinar a morte do paciente. Já a forma negativa consiste em negar ao paciente os meios ordinários básicos para que ele se mantenha vivo, como por exemplo negar-lhe a alimentação ou água.

A suicida é a que é praticada pelo próprio sujeito e a *eugênica* tem por objeto a eliminação de pessoas “sem valor” ou que não têm “qualidade de vida”, segundo os padrões de uma sociedade hedônica e consumista.

A eutanásia eugênica foi praticada amplamente pelos nazistas para obter a “purificação da raça”, resultando no assassinato de milhares de vidas então qualificadas de “sem valor”, de deficientes físicos e mentais. O programa nazista de eugenesia ficou conhecido mais tarde como programa AK – T4. Foi usado sob o argumento utilitarista da “despesa” e do “custo” para o Estado destas vidas tidas por “improdutivas”. Entre 1939 e 1946 foram mortos mais de 250.000 deficientes físicos e mentais sob as alegações de “morte misericordiosa”, “ajuda para os agonizantes” e “destruição de vida sem valor”.

A eutanásia é um ato homicida já que visa diretamente à supressão da vida de alguém. Rafael Gomes Perez em “Problemas morais da existência humana”, lista, além disto, uma série de inconvenientes que advêm da prática da eutanásia: poderia encobrir determinados interesses econômicos (herança, seria um deles), pode encobrir verdadeiros homicídios intencionais pelos mais variados motivos, traz consigo uma desvalorização da profissão médica e para-médica, como fruto da desconfiança generalizada nos cuidados terapêuticos, principalmente no caso de idosos e de doentes graves. Não foi sem razão que a Associação Médica Mundial, por duas vezes, se pronunciou categoricamente contra qualquer forma de eutanásia, mesmo contra a solução adotada na Holanda (Declarações de Madri, outubro de 1987 e de Marbella, outubro de 1992).

* Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais

Este fato, por exemplo, verificou-se quando o governo há poucos anos atrás quis induzir a obrigatoriedade de doação de órgãos determinando que no silêncio entender-se-ia que a pessoa seria doadora. Formaram-se filas imensas nos órgãos expedidores de identidade para que fosse substituída por outra em que a pessoa se declarava não doadora.

Na verdade o que se observou é que as pessoas efetivamente não deixariam de ser doadoras, mas não queriam fazer constar na identidade este fato com medo de terem a morte “apressada” pelos médicos ou para-médicos no caso de uma urgência ou emergência.

De resto, além da falibilidade dos diagnósticos a eutanásia vai contra o progresso e o desenvolvimento da medicina que ao longo dos séculos tem lutado pela busca da cura do que se considera incurável.

Não deve, no entanto, ser considerada como “eutanásia” propriamente dita a chamada *eutanásia lenitiva* que consiste na aplicação de determinados medicamentos para aliviar a dor do paciente causada por uma doença mortal e que **secundariamente** tem o efeito de encurtar-lhe a vida, esta prática pode estar de acordo com a ética e ser lícita.

Não é correto considerar que esta é uma questão religiosa, e que quem não tem religião seria livre para praticar ou consentir na eutanásia. De fato é verdade que quase todas as religiões – as cristãs, de modo inequívoco – a consideram um autêntico homicídio. No entanto, foram encontrados túmulos de homens de Neanderthal em que se pôde comprovar como foram cuidados doentes graves, pelo menos durante mais de dois anos. Isto sem contar na antiga Grécia o juramento de Hipócrates, 460 anos antes de Cristo e diz textualmente: *Não subministrarei nenhum veneno a ninguém, ainda que mo peçam, nem nunca tomarei a iniciativa de sugerir tal coisa.*

A PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE DOS MEIOS TERAPÊUTICOS

É chamada de *distanásia* a omissão de meios considerados extraordinários ou excepcionais para prolongar de modo artificial a vida de um paciente que padece de uma doença ou patologia irreversível. Esta modalidade de conduta não corresponde propriamente à eutanásia e não pode ser classificada como tal, porque possibilita uma vida natural do doente e não implica na intenção de matar.

Neste caso, deve-se fazer uma apreciação dos meios a utilizar, considerando a modalidade terapêutica a ser aplicada, o grau de dificuldade e o risco, o custo, as possibilidades de aplicação comparativamente com o resultado que se pode esperar e tendo em conta o estado geral do doente. É lícito renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem omitir ou interromper os cuidados normais devidos.

O que se há que ter em conta sempre é o valor absoluto da vida humana, que está preservado nas grandes declarações dos direitos dos homens e na constituição. Em relação à vida humana não se pode transigir, porque quando se transige num ponto está aberto o caminho para a transigência em muitos outros.

Não se pode tratar a pessoa humana pelo “valor econômico” que possa ter ou pelo que possa “produzir” ou pela “qualidade de vida” no sentido materialista e fisiológico que possa ter.

Poder-se-ia citar inúmeros exemplos de pessoas que aparentemente não têm o que o padrão burguês materialista e consumista costuma chamar de “qualidade de vida”, como por exemplo, a multidão de pessoas portadoras da “síndrome de Down”, e no entanto têm uma profunda vida afetiva, dão uma resposta contundente à mentalidade utilitarista.

Beethoven compôs até o último momento de sua vida, Mozart terminou no leito de morte o seu famoso *Réquiem*, Ticiano pintou até os noventa anos quando mal podia segurar o pincel, o Aleijadinho esculpindo sem dedos e carregado por um escravo nos deixou as maravilhas do barroco mineiro, e a estes acrescento Guilherme Kuerten, que padecia de paralisia cerebral e microcefalia e que segundo o seu irmão Guga, foi “um grande vencedor” e “quebrador de barreiras e preconceitos”. Como diz Gomez Perez: “Se houvesse uma só vida que não fosse “importante” nenhuma seria”. Ou a vida humana é inviolável em todas e em quaisquer situações e circunstâncias ou então não o será nunca em nenhuma.

A EXPERIÊNCIA DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MARCELO BARROSO LIMA BRITO DE CAMPOS*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Estrutura e atribuições do Conselho de Administração de Pessoal do Estado de Minas Gerais. 3. Súmulas administrativas. 4. Funcionamento do CAP. 5. Recurso. 6. Coisa julgada administrativa. 7. Disposições gerais. 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O controle da Administração Pública deve ser operante no seu próprio âmbito, a fim de que haja um efetivo controle preventivo.

Certamente uma controvérsia entre a Administração Pública de um lado e o administrado ou servidor público de outro pode (deve) ser dirimida no âmbito administrativo. Nesse sentido o princípio da autotutela¹ se transforma em uma verdadeira garantia, tanto para a Administração Pública, quanto para os administrados, uma vez que para aquela estará cumprindo com eficiência o seu dever e para estes assegurando a possibilidade de efetividade de seus direitos.

A criação, a manutenção e o funcionamento de órgãos colegiados no âmbito da Administração Pública com a finalidade de apresentar soluções (decisões) administrativas em face de controvérsias havidas entre estas e seus servidores é medida de eficiência (CF, art. 37) e de evitabilidade de lides judiciais.

O presente artigo científico visa apresentar o Conselho de Administração de Pessoal – CAP do Estado de Minas Gerais à comunidade jurídica como mecanismo de controle (preventivo) da Administração Pública, com vistas a estabelecer um elo entre o Estado e a sociedade que clamam pela eficiência daquele e plena efetividade dos direitos humanos em busca da tão sonhada dignidade da pessoa humana e conseqüente consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Presidente por delegação do Conselho de Administração de Pessoal - CAP, da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais nos anos de 2003/2004. Professor de Processo Constitucional e de Processo Administrativo na Pós-graduação da PUCMINAS/IEC/TJMG/OAB-MG. Professor de Direito Constitucional, de Processo Constitucional e de Direito da Seguridade Social na Graduação e na Pós-Graduação do UNI-BH. Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo Prof. Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro.

¹ Princípio da autotutela entendido como o poder (dever) da Administração Pública de rever seus atos inconvenientes e inoportunos, bem como anular aqueles eivados de ilegalidade.

2. ESTRUTURA E ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Conselho de Administração de Pessoal – CAP é órgão integrante da estrutura da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais².

O Decreto nº 43.697, de 11 de dezembro de 2003 dispõe sobre o Regimento Interno do CAP (RICAP) e o define como órgão coletivo de jurisdição administrativa intermediária (art. 1º), composto pelo Plenário, pela Presidência, pela Assessoria e pela Secretaria Executiva (art. 3º RICAP).

Diz-se intermediária porque seria uma instância recursal existente entre a primeira reclamação feita pelo servidor junto ao seu órgão ou entidade de provimento e a reclamação em grau de recurso final a ser analisada em última instância pelo Governador do Estado.

Trata-se de órgão coletivo porque o Plenário³ é paritário, composto no total por 7(sete) membros: pelo Advogado-Geral do Estado (Presidente)⁴ e mais seis membros efetivos e respectivos suplentes, designados pelo Governador do Estado⁵, sendo um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Minas Gerais; dois representantes da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão; um representante da Secretaria de Estado da Fazenda e dois representantes dos servidores públicos, todos preferencialmente possuidores de títulos de bacharel em Direito (art. 4º, do RICAP).

O CAP tem por incumbência acolher, analisar e decidir reclamações e pleitos dos servidores, na ativa e aposentados, das Secretarias de Estado, das autarquias e das fundações públicas, em relação a atos que afetem seus direitos funcionais. Registre-se que os servidores e empregados públicos das sociedades de economia mista e das empresas públicas estaduais não estão sujeitos às atribuições do CAP, assim como não se inclui na sua competência a apreciação de atos relativos ao regime disciplinar dos servidores estaduais, ressalvada a hipótese de alegação de nulidade do processo administrativo.⁶

Poderia causar espécime ao leitor a expressão jurisdição administrativa disposta no art. 1º do RICAP. Isto porque, se entendida a jurisdição como o poder de dizer o direito, o Constituinte de 1988 a atribuiu com exclusividade ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV)⁷,

² Definição prevista na Lei Complementar nº 83, de 28 de janeiro de 2005, no seu art. 2º, II, b.

³ Órgão deliberativo do CAP, cujas decisões são denominadas de Deliberações nos termos do art. 6º do Decreto nº 43.697/2003.

⁴ O Presidente é membro nato, tem voto ordinário em todos os julgamentos (art. 7º, IV, RICAP) e voto de qualidade, para fins de desempate, neste caso por escrito e fundamentado (art. 7º, V, c/c art. 35, RICAP). O Presidente do CAP é o Advogado-Geral do Estado (art. 4º, caput, RICAP), que pode delegar esta competência a Procurador do Estado (art. 7º, §2º, RICAP).

⁵ Os conselheiros designados são remunerados por comparecimento em sessão (art. 9º RICAP) e têm mandato de dois anos, permitindo-se uma recondução (art. 4º, §2º, RICAP). As funções de Conselheiro são consideradas de relevante interesse público e seu exercício pelo servidor do Estado tem prioridade sobre as atividades próprias do cargo de que é ocupante (art. 10, RICAP).

⁶ Atribuições previstas no art. 2º caput e parágrafo único do RICAP.

⁷ O art. 5º, XXXV da CF/88 consagra o princípio da reserva da jurisdição, da inafastabilidade da jurisdição ou da indeclinabilidade da jurisdição ao prever que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

excepcionando apenas a jurisdição exercida pelo Senado Federal na ocasião do julgamento do crime de responsabilidade do Presidente da República (CF, art. 86)⁸, logo, não haveria como atribuir jurisdição a órgão administrativo. Entendo não ser correta esta abordagem. Com efeito, a norma constitucional que garante a reserva de jurisdição ao Judiciário não exclui a possibilidade de que órgão administrativo possa dizer o direito em relação a conflito de interesses, desde que este órgão não o faça com definitividade imposta, eis que a questão poderá ser apreciada e julgada pelo Judiciário, ressalvada a intangibilidade judicial do mérito administrativo (critérios de oportunidade e conveniência), sob pena de ofensa ao princípio da separação funcional dos poderes (CF, art. 2º).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que existe um núcleo dos atos da Administração Pública que são insindicáveis pelo Judiciário ao pontificar que:

O tema concernente às limitações à discricionariedade administrativa é conexo com o do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública. Esses limites definem a esfera dentro da qual a Administração Pública pode decidir livremente, segundo seus próprios critérios, inapreciáveis pelo Poder Judiciário. Quando a Administração exerce atividade vinculada, o controle judicial pode exercer-se sem restrições, com o fim de verificar a conformidade do ato com a lei e decretar sua nulidade, se reconhecer que essa conformidade inexistiu.

No entanto, quando a atividade é discricionária, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar os limites da discricionariedade definidos em lei.

Isso ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador. Este, ao definir determinados atos, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode apreciar diante de cada caso concreto.

A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade. Por isso mesmo, seria lícito dizer que a legalidade constitui o limite único à discricionariedade administrativa.⁹

⁸ Registre-se o entendimento em contrário, segundo o qual o Tribunal de Contas, na hipótese do art. 71, II, da CF/88 exerceria jurisdição. Dispõe o citado dispositivo: "Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;" Esse o entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em sua obra *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*, da Editora Fórum, Belo Horizonte, 2. ed., 2005, para quem "o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, veda à lei excluir da apreciação judicial lesão ou ameaça a direito, mas não restringe a possibilidade de exclusão pela própria Constituição (...) o exercício da função de julgar não é restrito ao Poder Judiciário. Os Tribunais de Contas possuem a competência constitucional de julgar contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos. Os termos julgamento, jurisdição e judicatura, utilizados na Constituição brasileira em relação aos Tribunais de Contas, não podem ter outro significado que não corresponda ao exercício da jurisdição, o qual só é efetivo se produzir coisa julgada." (p. 226).

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 133.

Germana de Oliveira Moraes, por sua vez, tem posicionamento similar, mas observa que:

Exerce-se o controle jurisdicional de legalidade sobre os aspectos vinculados dos atos administrativos; exercita-se o controle judicial de juridicidade *stricto sensu* sobre os aspectos não vinculados do ato administrativo, distintos do mérito, vale dizer, sobre a valoração administrativa que não envolve os juízos de oportunidade nem de conveniência para a prática do ato, mas outros juízos, como o de justiça e proporcionalidade, no Direito Português e os de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, no Direito Brasileiro. O terreno do mérito do ato administrativo persiste infenso ao controle jurisdicional, pois reporta-se a regras não positivadas de boa administração.

(...)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal anterior e posterior à Constituição de 1988, sempre se orientou precisamente no sentido da insindicabilidade judicial do mérito do ato administrativo. No mesmo sentido, tem se firmado a diretriz jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.¹⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello também reconhece a existência de uma reserva intangível do ato administrativo, contudo, entende que, no caso concreto, pode o Judiciário avaliar se os critérios de conveniência e oportunidade foram observados para a prática do único ato possível para cumprir a finalidade desejada, ao asseverar que:

Então, o controlador da legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função própria, não se poderá lavar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejaram o ato, se, à vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser *in concreto* incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma.

Este é um exame de pura legitimidade e que impõe a fulminação dos atos – praticados embora *sub color* de (pretensão) exercício de discricionariedade – sempre que seja objetivamente demonstrável que a conduta adotada não foi a providência ótima almejada pela lei, pois, em casos que tais, não terá havido exercício de verdadeira discricionariedade administrativa, mas terá ocorrido pura e simplesmente violação do Direito.¹¹

Convém registrar que a discricionariedade não se limita apenas às questões de conveniência e oportunidade, eis que, segundo alguns autores, também abriga a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, sobre os quais também se admite controle judicial. Esse é o posicionamento do Professor Edimur Ferreira de Faria que, com maestria, preleciona:

Com o objetivo de ampliar o controle do Judiciário sobre os atos decorrentes do poder discricionário, desenvolveu-se na Alemanha a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. Com essa teoria, restringiu-se o espaço da discricionariedade. Vários comportamentos da Administração, tidos até então como discricionários, eram na verdade, casos de inteligência da lei e não de escolha. Assim, no caso concreto, a autoridade não terá a faculdade de valorar, mas o dever de descobrir na lei a sua vontade para aquela situação fática. Só há poucos anos iniciou-se o estudo da adoção da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito brasileiro. São exemplos de conceitos jurídicos indeterminados ou vagos: notório saber, boa reputação, pobreza, interesse público, imediatamente, etc.¹²

¹⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 200-201.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48.

¹² FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 288.

Em que pese a evolução da Ciência Jurídica contemporânea que se conduz para a restrição da liberdade de escolha do administrador e sindicabilidade judicial dos atos administrativos¹³, ainda há uma reserva dessa atividade intocável pelo Judiciário.

Portanto, com a ressalva da intangibilidade judicial do mérito administrativo, sendo esta reserva exclusiva da função administrativa, tenho que o disposto no art. 1º do Regimento Interno do CAP é compatível com o disposto no art. 5º, XXXV da CF/88, pois a norma constitucional garante realmente o exercício da jurisdição pelo Judiciário, mas não afasta a possibilidade de uma jurisdição administrativa.

Em suma, a jurisdição administrativa exercida pelo Conselho de Administração de Pessoal não exclui a questão nele analisada da apreciação pelo Poder Judiciário, mas pode assumir caráter de definitividade (coisa julgada) se as partes se conformarem com sua deliberação, se ocorrer prescrição, prescrição de fundo de direito, decadência ou se se tratar de matéria relativa ao mérito administrativo, no exato exercício de um controle preventivo da Administração Pública.

3. SÚMULAS ADMINISTRATIVAS

Uma das mais importantes atribuições do CAP é a de propor ao Advogado-Geral do Estado a edição de enunciados de súmulas administrativas, que deverão ser publicadas no diário oficial do Estado – o Minas Gerais (art. 6º, §§1º e 2º, do RICAP).

Não consta do Regimento Interno do CAP expressa determinação de que as súmulas têm caráter vinculante em relação aos órgãos da administração pública estadual, mas o art. 7º, VIII, do RICAP ao dispor que compete ao Presidente dar ciência das Deliberações do CAP às autoridades às quais competir sua observância, a meu sentir, indica para a observância em caráter obrigatório dos enunciados das súmulas no âmbito da administração direta, nas fundações e nas autarquias estaduais, não incluindo as empresas públicas e as sociedades de economia mista por não estarem sujeitas à jurisdição administrativa do Conselho de Administração de Pessoal.

Portanto, as súmulas administrativas não podem ser caracterizadas apenas como fonte jurídica orientadora ou persuasiva, mas como fonte do Direito a ser efetivamente e obrigatoriamente observada no âmbito administrativo estadual.

A súmula administrativa pode ser considerada um dos mecanismos de aplicação da isonomia, na medida em que visa a uniformizar as decisões sobre casos idênticos. Com efeito, a uniformização da jurisprudência administrativa evita as contradições nos julgados, evitando, por conseguinte, que casos idênticos sejam solucionados de maneiras diferentes e injustas.

Não bastasse isso, as súmulas administrativas evitam a repetição de processo administrativos idênticos, eis que a sua observância pode inibir a instauração do litígio administrativo. Logo, a súmula administrativa funciona com um efeito intimidatório e pedagógico de práticas contrárias à Ciência Jurídica e ao interesse da própria Administração Pública, reduzindo o conflito de interesses.

¹³ Cf.: FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.286-287.

Diminuindo o conflito de interesses, diminui a quantidade de processos administrativos, proporcionando uma melhoria na eficiência do serviço público, outrora comprometida com o excessivo volume de controvérsias administrativas.

A aplicação da súmula administrativa representa celeridade processual, eis que evita a prática de atos processuais, pois, em face da identidade de casos e da existência de solução pretérita, o Conselho de Administração de Pessoal já possui os fundamentos para sua rápida e pronta prestação jurídica. Em consequência, a ausência de atos processuais implica medida de economia processual, também no aspecto material em face da inexistência da prática de atos reputados desnecessários, considerando a presença dos elementos suficientes para, com segurança, dar solução final ao conflito de interesses apresentado. Por esse enfoque, a súmula administrativa consiste em efetivação do direito fundamental do ser humano consistente em assegurar a todos a razoável duração do processo e os meios de garantirem a celeridade de sua tramitação, conforme consta do art. 5º, LXXVIII, da Constituição de 1988, dispositivo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

A segurança jurídica do Estado Democrático de Direito depende, também, da coerência das decisões administrativas, sendo que, a súmula administrativa, como forma de unificação da solução dada pela própria Administração Pública sobre conflitos de mesma natureza, milita em favor da estabilidade do sistema, evitando a prática de decisões sazonais em prol de interesses momentâneos divorciados do verdadeiro ideal de justiça administrativa.

A soma de todos estes fatores retro destacados conduz ao entendimento de que se deve prestigiar a edição, a revisão, o cancelamento, a manutenção e, acima de tudo, o respeito, a credibilidade e a observância efetiva por parte de toda a Administração Pública, especialmente no Estado de Minas Gerais, sobre o enunciado das súmulas administrativas.

Em Minas Gerais, a Advocacia-Geral do Estado, até o momento, já editou 8 (oito) súmulas administrativas.¹⁴

¹⁴ Seguem abaixo as súmulas administrativas em vigor no Estado de Minas Gerais:

Súmula administrativa nº 1: "Não se recorrerá de decisão judicial que reconhecer que não incide imposto de renda sobre os valores pagos a título de férias ou férias-prêmio não gozadas."

Súmula administrativa nº 2: Obs.: Revogada pela Súmula Administrativa nº 8, de 10/12/2004.

Súmula administrativa nº 3: Não se recorrerá de decisão judicial que declare ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não tenha sido previamente notificado.

Súmula administrativa nº 4: Não se recorrerá de decisão judicial que reconhecer ilegal a realização do exame psicotécnico para provimento de cargos públicos, sem previsão legal e critérios mínimos de objetividade e sem direito à recurso administrativo previsto em edital.

Súmula administrativa nº 5: É dispensada a interposição de recurso contra a decisão que considerar inconstitucional o tratamento favorecido por servidores públicos em detrimento dos que não o são, relativamente à exigência de limite etário para ingresso no serviço público mediante concurso.

Súmula administrativa nº 6: Não se recorrerá de decisão judicial que reconhecer o direito adquirido a contagem de tempo de serviço nas atividades pública e privada, para fins de adicionais, quando o servidor público estadual tiver reunido os requisitos necessários para sua concessão antes da entrada em vigor daquela Emenda Constitucional, ainda que só requerida a contagem após esta data.

Súmula administrativa nº 7: É auto-aplicável o art. 40, §5º da Constituição de 1988 (§ 7º com a redação da Emenda Constitucional nº 20/98), ficando dispensada a interposição de recurso contra decisão naquele sentido.

Súmula administrativa nº 8: Não se recorrerá da decisão judicial que reconhecer inconstitucional a cobrança de contribuição previdenciária de servidor público civil inativo e de pensionistas dos três poderes do Estado de Minas Gerais, em período posterior à promulgação da Emenda à Constituição Federal nº 20, de 16 de dezembro de 1998 e anterior à promulgação da Emenda à Constituição Federal nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

4. FUNCIONAMENTO DO CAP

As atribuições do CAP começam pela reclamação de um servidor irressignado com a decisão de seu pleito negado por um agente público estadual da Administração direta, das autarquias ou das fundações públicas, sendo de 120 (cento e vinte) dias consecutivos o prazo para apresentação de reclamação ao Conselho, contados do dia seguinte ao que ocorrer a publicação no Órgão Oficial dos Poderes do Estado, do ato impugnado, ou, quando não publicado, de sua ciência por parte do servidor (art. 41 do RICAP).

A reclamação pode ser subscrita pelo próprio servidor ou por advogado habilitado com poderes especiais consubstanciados no instrumento da procuração que deverá acompanhar a petição.

Em face do princípio da informalidade aplicado ao processo administrativo, a reclamação deve conter requisitos simples, pois deverá ser formulada em 3 (três) vias e conter, além de dados informativos sobre a identidade do reclamante, a situação funcional e o endereço completo, a indicação do ato recorrido e a exposição fundamentada do direito do servidor, além da declaração do reclamante de que não postulou o mesmo pedido em juízo (art. 19, I, RICAP).

Esta última informação é essencial, pois é causa de não conhecimento da reclamação, uma vez que o reclamante preferiu resolver sua pretensão perante o Judiciário, que tem o poder de dizer o direito com força de coisa julgada, logo, torna-se inócua a manifestação do Conselho, até mesmo para evitar criar situações que devam ser desfeitas posteriormente com a solução judicial. É dever do reclamante, sem prejuízo da investigação feita pela assessoria ou pelos Conselheiros, informar ao CAP, a todo tempo, a existência da ação judicial de teor idêntico, no todo ou em parte, ao da reclamação, e na qual ele for igualmente autor, eis que se verificada a existência da ação judicial o processo administrativo será extinto sem análise de seu mérito. (art. 19, §§1º e 2º do RICAP).

Admite-se litisconsórcio ativo de até 20 (vinte) reclamantes cujos pedidos derivem dos mesmos fundamentos de fato e de direito (art. 19, III, RICAP) e apesar de silente o RICAP é possível que o mesmo reclamante faça pedidos plúrimos em um só processo administrativo, desde que observado o disposto no art. 19, I, RICAP.

Autuado o feito será ele distribuído à assessoria para requisitar informações às autoridades¹⁵, instruí-lo mediante diligências, enfim, preparar o processo para que os Conselheiros tenham condições de julgá-lo. Há previsão de que o assessor apresente ao final de seus trabalhos um relatório conclusivo, bem como a informação sobre deliberações similares ou idênticas ao caso em questão (art. 19, IV, RICAP), certamente para orientar os Conselheiros a manter uma coerência nos julgamentos, mas sem prejuízo de sua lícita convicção. Concluídos os trabalhos da assessoria, o feito será distribuído ao conselheiro relator, que tem prazo de 30 (trinta) dias para análise, eis que até o final deste prazo deverá ser incluído em pauta de julgamento (art. 19, VI, RICAP).

¹⁵ Nos termos do art. 15, §2º, RICAP, o descumprimento da requisição sujeitará, no que couber, o servidor público responsável pela informação às sanções administrativas cabíveis. A autoridade responsável pelo ato impugnado tem prazo de 30 (trinta) dias úteis, improrrogáveis, contados do dia seguinte ao do recebimento da 2ª via da reclamação, acompanhada do pedido de informação, para apresentar as razões, de fato e de direito, de sua decisão (art. 19, V, RICAP).

Ordinariamente o Plenário do CAP se reúne para julgamento uma vez por semana¹⁶, normalmente nas quintas-feiras às 16:00 horas, mas, a critério do Presidente poderá se reunir mais de uma vez por semana, desde que não se ultrapasse o limite de 12 (doze) sessões no mês (art. 20, *caput* e §1º, RICAP). As sessões extraordinárias podem ocorrer até o limite de 4(quatro) por mês (art. 20, §2º, RICAP).

A pauta de julgamento é publicada no Diário Oficial com antecedência mínima de 48 horas (art. 23, RICAP).

As sessões de julgamento do Plenário do CAP são acessíveis a todos os interessados eis que, em homenagem ao princípio da publicidade e da impessoalidade, são públicas (art. 26, RICAP). O processo também é acessível a todos os interessados por força do disposto no art. 5º, XXXIII, da CF/88, desde que o interessado demonstre seu interesse particular, coletivo ou geral. Ainda, o RICAP é omissivo quanto à possibilidade do processo administrativo tramitar em caráter sigiloso, mesmo assim entendendo ser possível, em caráter excepcional, o segredo apenas para proteger a segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5º, XXXIII, *in fine*), bem como a intimidade dos interessados e o interesse social (CF, art. 5º, LX), devendo o Presidente do CAP, após ouvido o Conselho¹⁷, em despacho motivado sem expor o objeto do segredo, atribuir sigilo na tramitação do feito.

O quorum de instalação de uma sessão no CAP é de maioria absoluta (art. 25, RICAP), isto é 4(quatro) membros, sendo a Deliberação também tomada por maioria absoluta (art. 34, RICAP), lembrando que em caso de empate o Presidente tem o voto de qualidade (art. 35, RICAP).

Aberta a sessão, após a leitura da ata e das deliberações da sessão anterior, o Presidente anuncia o primeiro caso a ser julgado. É praxe que se siga a ordem da pauta, que se inverte, no entanto, para dar preferência aos casos em que haja inscrição para sustentação oral do interessado ou de seu advogado¹⁸ e para os casos em que haja pessoas inscritas para assistir, nesta ordem. Havendo inscrição para sustentação oral, o Presidente passa a palavra ao Relator para a leitura do Relatório, em seguida, ao interessado ou ao seu advogado para defesa oral em até 15 (quinze) minutos e, logo após, retorna a palavra ao Relator para seu voto, finalizando o julgamento depois de colhidas as decisões dos demais Conselheiros (art. 33, RICAP). Proclamado o resultado da votação, o Conselheiro não poderá mais modificar o seu voto (art. 36, RICAP).

Quando não há inscrições para sustentação oral ou assistência, o Plenário procede ao julgamento de forma simplificada das reclamações cujo objeto constitua questão já pacificada no CAP, para dar celeridade aos trabalhos como determina o art. 20, §4º, RICAP.

Como as deliberações são tomadas pelo Plenário do CAP, o voto vencido não enseja qualquer tipo de recurso para o próprio Conselho, como poderia ocorrer no âmbito judicial com os embargos infringentes, porém, a requerimento do Conselheiro vencido, o seu voto deverá constar da Deliberação (art. 39, RICAP).

¹⁶ Exceto no mês de janeiro em que o Plenário não se reúne, mas a Secretaria Executiva funciona normalmente (art. 21, RICAP).

¹⁷ Compete ao Presidente do CAP resolver os casos omissos, ouvido o Conselho (art. 7º, XVIII, RICAP).

¹⁸ É assegurado às partes ou aos seus representantes usar da palavra, pelo prazo máximo de 15 (quinze) minutos, para fazer defesa oral, desde que se inscrevam antes do início da sessão (art. 32, RICAP).

Inexiste previsão no RICAP sobre uma espécie de embargos de declaração para sanar omissões, contradições ou obscuridades, contudo, considerando o poder de revisão (autotutela) dos atos administrativos e com base no direito constitucional de petição (CF, art. 5º, XXXIV), entendo que, em casos de flagrante omissão, contradição ou obscuridades no julgado ou na deliberação, é possível que o Plenário do CAP integre o julgado por meio de novo julgamento e nova deliberação, desde que não se modifique o julgado em obediência ao disposto no art. 36, RICAP.

5. RECURSO

Das deliberações do CAP cabe recurso ao Governador do Estado, tanto por parte do reclamante, acaso negado o seu pedido, quanto por parte da Administração Pública estadual, se a decisão for favorável ao reclamante, sendo que neste último caso, o recurso deverá ser voluntário por parte do servidor público que tiver praticado o ato impugnado ou se seu superior hierárquico (art. 42, RICAP).

O prazo para a interposição do recurso para ambas as partes é de 30(trinta) dias consecutivos, cujo termo inicial ocorre na publicação da Deliberação ou na ciência dada ao servidor (art. 42, §1º, RICAP), devendo se esclarecer que a contagem do prazo segue a regra do processo judicial, iniciando no primeiro dia útil seguinte ao do termo inicial (art. 44, RICAP).¹⁹

A fim de se observar o princípio do contraditório e da ampla defesa, é assegurada a possibilidade de apresentação de contra-razões por parte do vencedor, cujo prazo, para atender ao princípio da isonomia, também é de 30 (trinta) dias (art. 42, §3º, RICAP).

Se a decisão do Presidente do Conselho de Administração de Pessoal for favorável à Administração Pública estadual e este for vencido, o recurso será de ofício (art. 42, §5º, RICAP). Trata-se de um verdadeiro reexame necessário no âmbito administrativo. Fundamenta-se esse mecanismo na proteção ao interesse público, uma vez que o voto do Presidente deve ser considerado em instância recursal.

6. COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

Dispõe literalmente o art. 42, §2º, RICAP que não havendo apresentação de recurso, no prazo regimental, a decisão transitará em julgado na esfera administrativa.

Considerando o disposto no artigo retro citado e a inexistência de previsão de qualquer medida avocatória por parte de quem quer que seja, a questão deverá ser tida como decidida definitivamente no âmbito administrativo, devendo ser tratada e respeitada por toda a Administração Pública estadual e pelo reclamante como coisa julgada administrativa, o que, contudo, não exclui a sua apreciação pelo Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) a ser provocado por qualquer das partes sucumbentes, salvo se a questão envolver o mérito administrativo, insindicável por este Poder, conforme já se observou neste artigo.

¹⁹ Exclui-se da contagem do prazo o dia do seu início e inclui-se o dia do vencimento.

Neste contexto resta esgotada a instância administrativa que realizou a sua jurisdição.

Entendo que, mantidas as mesmas condições de fato e de direito, nem o poder de revisão dos atos administrativos revela-se forte o suficiente para mudar o julgado administrativo, eis que deve prevalecer a segurança jurídica e a confiabilidade e credibilidade das decisões do CAP, sob pena de torná-lo um órgão inócuo.

Cumprе ressalvar, entretanto, que diante de um fato novo ou de uma prova nova, não avaliada pelo CAP e susceptível de alterar o julgado, entendo que deva acontecer novo processo, deflagrado desde o início, não somente para proceder uma simples re-análise do caso, mas para analisar os novos elementos. Frise-se que o RICAP não contempla a hipótese de revisão de seus julgados, mas também não veda revisão nos termos ora propostos.

7. DISPOSIÇÕES GERAIS

O RICAP não trata da possibilidade de medida cautelar para assegurar o resultado útil de uma decisão. Mas, nada impede que ela seja realizada, cabendo ao Presidente tal tarefa, após ouvido o Conselho, acaso se depare, por exemplo, com a possibilidade do perecimento do objeto da controvérsia ou dano irreparável ou de difícil reparação.

Em face do atributo do ato administrativo de presunção de veracidade e de legitimidade, a reclamação feita ao CAP não tem efeito suspensivo, por disposição expressa contida no art. 41, §1º, RICAP.

O processo administrativo que tramita perante o CAP é gratuito e não há previsão de cobrança de qualquer valor para prática de atos processuais. Também não se exige qualquer tipo de depósito prévio, como garantia de conhecimento de recurso.²⁰

O RICAP expressa várias causas de não conhecimento das reclamações. A primeira delas ocorre quando o reclamante ajuíza ação perante o Judiciário (art. 19, §2º, RICAP), deixando claro que prefere a solução definitiva perante aquele Poder.

Outra causa de não conhecimento da reclamação perante o Conselho de Administração de Pessoal - CAP é a sua intempestividade, eis que ultrapassado o prazo regimental de 120(cento e vinte) dias consecutivos contados do dia seguinte ao que ocorrer a publicação no Órgão Oficial dos Poderes do Estado, do ato impugnado, ou, quando não publicado, de sua ciência por parte do servidor, o CAP não deve analisar o mérito do caso.

Ainda, não se conhecerá da reclamação contra a Administração Pública quando a matéria já houver sido pacificada em parecer normativo do Advogado-Geral do Estado aprovado pelo Governador do Estado e publicado no Órgão Oficial dos Poderes do Estado nos termos do art. 7º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004 (art. 41, §2º, RICAP).

Por fim, compete ao Presidente negar seguimento, por simples despacho, aos recursos que estiverem em desacordo com iteradas decisões do Governador do Estado, conforme preceitua o art. 42, §4º, RICAP, como garantida de economia e celeridade processual.

²⁰ Registre-se, por oportuno, que o STF já declarou a inconstitucionalidade, em sede de critério difuso, de depósito recursal na esfera administrativa, por entender ofensivo à garantia da ampla defesa e os meios a ela inerentes. (Cf.: Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 461e RE nº 388359, RE nº 389383 e RE nº 390513.)

8. CONCLUSÃO

O controle da Administração Pública é garantia de efetividade dos direitos fundamentais do ser humano e medida de sua eficiência. No contexto de um Estado Democrático de Direito a função do Poder Judiciário como limitador da atividade administrativa assume significativa relevância. Nada obstante, considerando a existência de matérias administrativas insindicáveis pelo Judiciário (mérito administrativo) e considerando o excesso de feitos em tramitação perante este Poder, a via judicial para solução de conflitos não pode ser a única, sendo necessários a criação, a manutenção e o fortalecimento de mecanismos de controle interno da Administração Pública, dentre eles os órgãos colegiados de solução de conflitos administrativos.

Com efeito, a experiência do Conselho de Administração de Pessoal da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais revela a possibilidade de um efetivo controle interno exercido no âmbito da própria Administração Pública.

No caso, compete aos servidores, aos integrantes do CAP e à Administração Pública estadual aperfeiçoar os mecanismos de solução das controvérsias administrativas, mantendo o respeito e recrudescendo a credibilidade deste órgão, a fim de assegurar à sociedade e ao Estado exemplo de responsividade e transparência no trato da *res publica*.

As súmulas administrativas devem representar elemento de consolidação e fortalecimento do controle interno da Administração Pública, máxime porque editadas pelo órgão jurídico máximo da unidade federada.

REFERÊNCIAS

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t.2
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionariade e controle jurisdiccional*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdiccional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE AO PODER DE POLÍCIA FISCAL:

uma análise do processo de fiscalização tributária

PRISCILLA GUEDES CASTILHO DA SILVA*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Evolução e conceito de poder de polícia 3. A fiscalização tributária como modo de exercício do poder de polícia fiscal. 4. Poder de polícia fiscal e princípio da proporcionalidade. 4.1 Sobre o princípio da proporcionalidade. 4.2 O poder de polícia no exercício da atividade de fiscalização tributária e o princípio da proporcionalidade. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O conteúdo e exercício pela Administração Pública do que se convencionou chamar de “poder de polícia”¹, desconsiderando as diversas críticas que se tem feito ao termo, constitui um dos temas mais debatidos pela doutrina administrativista contemporânea.

Tal “poder” pode ser entendido, sucintamente, como a prerrogativa atribuída à Administração Pública de restringir direitos individuais em prol do bem comum, cujo fundamento está arraigado no princípio da predominância do interesse público sobre o particular.

Tendo em vista que se trata de prerrogativa destinada a restringir direitos individuais em favor do coletivo, através da interferência no conjunto de direitos do particular, torna-se absolutamente justificável a preocupação com a conceituação exata dos contornos deste poder, em especial naquilo que se refere aos seus limites de exercício.

Procuraremos, dessa forma, aprofundar os estudos acerca dos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade à atuação do Fisco no exercício do poder de polícia fiscal, durante o processo de fiscalização tributária.

* Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduanda em Curso de Especialização em Direito Processual: grandes transformações, pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL VIRTUAL.

¹ Ao criticar a expressão, Bandeira de Mello (2002, p.708) observa que este termo "traz consigo a evocação de uma época pretérita, a do Estado de Polícia, que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do 'príncipe' e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo". O autor observa, ainda, que tal expressão deveria ser banida do vocabulário jurídico, haja vista existirem outras expressões que melhor representam o real significado do que se convencionou chamar 'poder de polícia'.

2. EVOLUÇÃO E CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA

A expressão *poder de polícia* é, segundo Cretella Júnior (1999, p.4) “bastante moderna, tendo nascido em país de língua inglesa e, logo depois, acolhida pelos cultores do Direito Público em todo o mundo”. Para este autor o poder de polícia pode ser visto como “a faculdade discricionária da Administração de, dentro da lei, limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo”².

Ao analisar a evolução histórica do termo *polícia*, Bartolomé Fiorini (1962, p.24-25) observa que na Grécia antiga “a polícia referia-se às necessidades que sentia a coletividade como um todo único sem desintegração [...]. As necessidades que deveriam ser satisfeitas e reguladas não eram as do indivíduo, mas da cidade”.

Segundo Beznos (1979, p.3) “os bens dos habitantes da Cidade-Estado estavam sempre à disposição da *Polis*, e se a cidade necessitasse de dinheiro, podia ordenar às mulheres lhe entregassem suas jóias, os credores que abrissem mão de seus créditos [...]”.

O indivíduo grego era, portanto, isento de valor autônomo e não havia nenhum limite à atuação do Estado que restringisse direitos individuais em benefício da coletividade. Neste período não havia sequer uma definição clara acerca dos direitos e liberdades individuais, não havendo, pois, limites ao poder de polícia.

Em Roma, a expansão do Império, aliada à divisão entre direito público e direito privado, determinou o surgimento de direitos individuais e, a partir daí, a necessidade de se ajustar o exercício de tais direitos aos interesses coletivos.

A percepção romana, portanto, distinguia-se da percepção grega, uma vez que naquela sociedade já existia certa noção de direitos individuais (embora voltada para o poder do Império) e, conseqüentemente, também da “função policial necessária à manutenção do equilíbrio desses direitos com o bem comum”(BEZNOS, 1979, p.12).

No período medieval, o termo *jus policei* passou a significar toda e qualquer ação do príncipe destinada a garantir a boa ordem da sociedade civil, tendo em vista que a ordem moral e religiosa era incumbida à autoridade eclesiástica.

No Estado Absolutista, também conhecido como Estado de Polícia, entendia-se que o Estado destinava-se à consecução do interesse público, contudo era atribuída ao príncipe uma liberdade ilimitada de “meios” para o alcance dos fins.³

Posteriormente, no Estado de Direito, caracterizado pelo Princípio da Legalidade, o Estado passou a se submeter às leis por ele mesmo impostas.

² Podemos citar, ainda, o conceito de Hely Lopes Meirelles (1989, p.110), para o qual o poder de polícia corresponde à “[...] faculdade de que dispõe a Administração Pública, para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Em linguagem menos técnica podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.”

³ No Estado Absolutista é possível distinguir dois momentos distintos, da forma como postos por Miranda (1997 apud BATISTA JÚNIOR, 2001, p.31): “Em um primeiro, princípios do século XVIII, a monarquia se afirma como 'direito divino', em que o rei, que se clama 'escolhido por Deus', legitima seu poder num fundamento religioso. Porém, em um

Segundo Di Pietro (2002, p.109-110), o Estado de Direito desenvolveu-se em dois momentos. Inicialmente baseou-se nos princípios do liberalismo destinados à segurança dos direitos subjetivos do indivíduo. A polícia administrativa⁴ limitava-se, assim, a garantir, de modo geral, a segurança. O segundo momento caracterizou-se por um Estado intervencionista, no qual a atuação do poder público se estendeu também à ordem econômica e social⁵.

Da análise do conceito legal de poder de polícia no atual Estado de Direito brasileiro, expresso no artigo 78 do Código Tributário Nacional⁶, percebemos que a ação de polícia não mais se restringe à questão da segurança, tal qual estabelecia o Estado Liberal. Pelo contrário, tal ação abrange cada vez mais novos campos relacionados à promoção do bem comum.

3. A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO MODO DE EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA FISCAL

Partindo da concepção de poder de polícia no atual Estado de Direito é possível entender o poder de polícia fiscal como “o poder de limitar liberdades individuais ou impor deveres aos particulares, de forma a assegurar o efetivo, justo e adequado fluxo de recursos derivados aos cofres públicos”(BATISTA JÚNIOR, 2001, p.336).

Percebemos que tal poder está relacionado, portanto, à imposição de limites ao exercício de direitos e liberdades individuais, atribuindo à autoridade administrativa a faculdade de exigir o cumprimento dos deveres tributários em prol do interesse público.

segundo subperíodo, busca-se atribuir ao poder uma fundamentação racionalista dentro do iluminismo dominante, o que se traduzia no despotismo esclarecido, ou, em alguns países, no Estado de Polícia, visualizando-se o estado como uma associação par a consecução do interesse público que, porém, atribuía ao príncipe plena liberdade de 'meios' para alcançar os fins. A fundamentação do domínio arbitrário dos poderes encontrava sua justificativa na consideração de que a vontade do príncipe tendia sempre à realização da felicidade dos súditos. Enaltece-se assim, o 'poder pelo poder', posto ao serviço do Estado Soberano, que se guia pela conveniência, pelo bem público, e não pela justiça ou legalidade".

⁴ A expressão polícia administrativa aqui empregada tem o mesmo significado atribuído por Bandeira de Mello (2002, p.724), para o qual se trata da "[...] atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção -"non facere"- a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo".

⁵ Sobre o poder de polícia no Estado Liberal, observa Beznos (1979, p.16-17) que "o Estado não deveria intervir com a sua atuação policial, senão quando a boa ordem da comunidade se encontrasse em perigo [...]. Nessa época a liberdade era algo imanente à condição humana. O direito de liberdade tinha seu respaldo numa ordem natural outorgada por Deus aos homens". Observa, ainda, citando Gordillo, que "essa época representa o ponto culminante da noção jurídica do poder de polícia, uma vez que é dotado de fundamento político, fundamento jurídico e caracteres jurídicos específicos, que diferenciam do resto da atividade estatal".

⁶ Art. 78. Atividade da administração que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Mas até onde vai o poder investigatório do Estado?

O artigo 195 do Código Tributário Nacional⁷ atribui aos fiscais da receita ampla liberdade de atuação, sendo difícil situar, nos estreitos limites postos pelo princípio da legalidade, o ponto a partir do qual se inicia a violação dos direitos pelo exercício do poder de polícia.

A lei deve, de fato, deixar razoável margem discricionária de atuação aos fiscais de tributos, sob pena de ineficácia da polícia fiscal perante a multiplicidade de casos concretos. Dessa forma, é com lastro em outros princípios constitucionais, em especial o da proporcionalidade, que a ação fiscal deve encontrar seus limites.

4. PODER DE POLÍCIA FISCAL E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Embora com certa dose de discricionariedade, o exercício do poder de polícia está limitado pela vinculação, que é inerente a todo ato administrativo e diz respeito, sobretudo, à competência do agente, à finalidade de interesse público ou social e à existência dos motivos do ato.

Em relação ao **objeto**, ou melhor, tratando-se do **meio de ação**, Di Pietro(2001, p.116) esclarece que, nestes casos, aplicar-se-á o “princípio da proporcionalidade dos meios aos fins”, não podendo, a Administração Pública, no exercício discricionário do poder de polícia, “ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger”.

4.1 SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

De acordo com Barros (1996, p.33-35), a origem histórica do princípio da proporcionalidade está relacionada à passagem do Estado de Polícia – Estado Absolutista – para o Estado de Direito:

Da filosofia ao direito, o princípio da proporcionalidade, até chegar à modelagem atual, acompanha a história da defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, quando é formulado com o intuito de controlar o poder de coação do monarca, chamado de poder de polícia, porque ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar. O germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. [...]

Pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade foi consagrado no direito administrativo como uma evolução do princípio da legalidade, mas inicialmente a idéia de proporção ligava-se somente às penas. A submissão dos atos administrativos a um controle jurisdicional requereu a criação de instrumentos processuais hábeis a impedir os órgãos do poder executivo de se desviarem da atuação reclamada pelos fins da lei ou, quando ainda adequada a ditos fins, essa atuação se mostrasse excessivamente gravosa aos direitos dos cidadãos.

⁷ Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

O princípio da proporcionalidade representava, na sua origem, um limite à atuação do Poder Executivo, no que se refere às restrições administrativas sobre direito de liberdade e propriedade. Nesse sentido, tal princípio foi teorizado pelos administrativistas do século XVIII como um princípio geral a ser obedecido no exercício do poder de polícia (PONTES, 2000, p.45)⁸.

A passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal foi, pois, marcada pela incompatibilidade de interesses entre uma monarquia que administrava ilimitadamente, e uma nova classe social – a burguesia – que se desenvolvia em um ambiente de expansão não só dos setores do comércio, mas também dos setores culturais. Nesse contexto, “[...] é compreensível que as doutrinas e concepções filosóficas de então procurassem fundamentar e fazer valer os ideais de liberdade da burguesia”(BARROS, 1996, p.34).

Dessa forma, a proporcionalidade, nesse contexto, já representava um limite ao livre arbítrio do Estado no exercício do poder de polícia, área onde até então o Estado era livre para decidir quando e de que forma agir.

Ao analisar o significado do princípio da proporcionalidade no atual Estado de Direito, observa Pontes (2000, p.2) que

a proporcionalidade é princípio que já não se aplica somente às relações jurídicas nas quais se discute os direitos fundamentais; ao lado desta função, *constitui também princípio jurídico de concretização de todo o rol de direitos e garantias constitucionais, bem como princípio geral de vedação ao arbítrio estatal.* (destaque nosso).

Ademais, Barros (1994, p.315) observa, ainda, que a concepção do princípio da proporcionalidade, tal qual entendido hoje em dia, foi, na verdade, uma construção dogmática dos alemães, correspondendo ao chamado Princípio da Razoabilidade⁹ dos norte-americanos, em que pesem as peculiaridades histórico-culturais de ambos países.

De modo geral os estudiosos alemães apresentam como aspectos ou dimensões do princípio da proporcionalidade, embora com relativa variação terminológica, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tais dimensões devem ser observadas em conjunto quando se trata da aplicação deste princípio ao caso concreto.

Por meio da adequação¹⁰ busca-se descobrir se o meio escolhido contribui para ao alcance do resultado predeterminado. O meio escolhido pelo Estado deve, pois, ser sempre apropriado ao alcance da finalidade desejada.

⁸ Sobre o direito administrativo clássico observa o autor que "a doutrina administrativa pretendia impor um limite jurídico de caráter substancial ao exercício das funções estatais, notadamente no que tange à disciplina da liberdade e da propriedade dos indivíduos, através do então já conhecido poder de polícia. A fórmula de concretização desse controle constituía-se na exigência de uma relação proporcional (Verhältnismässig) entre o fim buscado pelo Estado no exercício do poder de polícia (manutenção da ordem pública) e o meio utilizado para atingir tal desiderato".

⁹ Bandeira de Mello (2002, p.101) observa que "o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade de fisionomia específica de um vício que pode surdir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento".

¹⁰ Para Pontes (2000, p.66) "a análise da adequação de uma medida estatal implica a verificação da relação de causalidade entre meio (medida) adotado(a) e o fim perseguido".

A necessidade¹¹, por sua vez, trata da escolha do melhor meio, ou seja, do meio menos gravoso ao cidadão ou ao contribuinte. Examina-se, sob o ponto de vista da menor restrição possível, se o meio eleito pela Administração para a consecução do fim predeterminado era aconselhável.

Através da proporcionalidade em sentido estrito, enfim, é possível verificar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporcionalidade com o fim perseguido.

Bonavides (1994, p.315), a fim de diferenciar a proporcionalidade em sentido amplo da proporcionalidade em sentido estrito, cita Pierre Muller para o qual, em sentido estrito, há “violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta”. Em sentido amplo, por sua vez, “entende Muller que o princípio da proporcionalidade é regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem do poder”.

4.2 O PODER DE POLÍCIA NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ao limitar as liberdades individuais a fim de assegurar a “justa tributação”, a Administração Pública, através da fiscalização tributária, desempenha dois papéis essenciais, quais sejam: “*previne* as infrações, pela possibilidade sempre presente de verificação do cumprimento das obrigações e deveres dos contribuintes” e “*prepara a repressão* das infrações à legislação tributária ou administrativo-fiscal, pela constatação dos atos ofensivos”(BATISTA JÚNIOR, 2001, p.225).

Quanto à liberdade de atuação dos fiscais de tributos, a lei concede à Administração tributária a prerrogativa de agir com discricionariedade na escolha, por exemplo, do momento oportuno e conveniente em que a função de fiscalização deve ser cumprida, uma vez que tal atuação depende não só da disponibilidade de pessoal, mas também de outras variáveis que porventura possam, até mesmo, inviabilizar a efetividade desta função.

No campo da fiscalização tributária, observa Batista Júnior (2001, p.254) que “[...] a escolha dos tipos de fiscalização a serem adotados, cabe à Administração Fiscal, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, visando uma atuação eficaz, razoável *margin discricionária*”. Para este autor, “[...] é a Administração Fiscal que, com base em seus dados e indícios, verifica quem deve ser fiscalizado, quando e como”.

Nesse sentido, Alberto Xavier (1977, p.165 *apud* SEIXAS FILHO, 2001, p.19) esclarece que “é inegável a existência [...] de atos discricionários no domínio das providências probatórias, em que ao Fisco é confiada a livre escolha ou da providência a adotar, ou da sua

¹¹ Para Philippe (apud Bonavides, 1994, p.319) "pela necessidade não se questiona a escolha operada, 'mas o meio empregado' e que este 'deve ser dosado para chegar ao fim pretendido'. Complementando esta idéia, Pontes (2000, p.68) observa que "o juízo de necessidade exige, portanto, uma seleção dos meios, igualmente adequados para alcançar o fim objetivado, diante do grau e da intensidade da limitação que cada qual impõe aos vários bens jurídicos constitucionalmente tutelados".

oportunidade, ou até mesmo de sua adoção”. O autor afirma, ainda, que “a ação fiscalizatória permite à autoridade competente adotar uma série de procedimentos, comissivos e omissivos no sentido de descobrir e identificar os fatos praticados pelo contribuinte, ou de aceitar as declarações apresentadas sem questioná-las”.

Não restam dúvidas, portanto, de que a função de fiscalização tributária emana de um poder de polícia atribuído ao Fisco, ao qual cabe agir com discricionariedade em determinadas circunstâncias, a fim de cumprir seu dever definido e delimitado pela lei.

Além dos limites genéricos atribuídos normalmente à atuação discricionária da Administração Pública, percebemos que o poder de polícia atribuído ao Fisco no exercício da fiscalização submete-se, em especial, à restrição determinada pelo princípio da proporcionalidade.

Da análise desse princípio e dos elementos que o compõem é possível perceber se a forma de conferir os fatos declarados pelo contribuinte e os mecanismos de investigação adotados durante o processo de fiscalização não ultrapassam as barreiras impostas pelas três dimensões do princípio da proporcionalidade. Assim, os questionamentos abaixo descritos contribuem, na análise do caso concreto, para a identificação do respeito ao princípio da proporcionalidade em sua completude:

a) Adequação: o meio escolhido pelo Fisco para efetivar a fiscalização contribui para a obtenção do resultado pretendido que é verificar o cumprimento das obrigações fiscais por parte dos contribuintes?

b) Necessidade: o meio escolhido pelo Fisco é realmente o menos gravoso ao contribuinte?

c) Proporcionalidade em sentido estrito: existe realmente um equilíbrio entre o meio empregado pelos fiscais e o fim da fiscalização? Ou melhor, o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido?

Para Pontes (2000, p.139) “a máxima concretização do princípio da proporcionalidade exige a consideração dos três comandos que este alberga: a adequação, necessidade e conformidade ou proporcionalidade em sentido estrito”.

O ato de polícia deve ser o menos oneroso e restritivo possível. Excedidos os limites desta prerrogativa, configurar-se-á o abuso do poder, o arbítrio, o que ensejará o acionamento de mecanismos de controle da Administração Pública, inclusive através do emprego de remédios judiciais, como o mandado de segurança, por exemplo.

Ao analisar o princípio da proporcionalidade contra abusos da administração, Bandeira de Mello (2002, p.730)¹² observa que:

Mormente no caso da utilização de meios coativos, que, bem por isso, interferem energeticamente com a liberdade individual, é preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Importa que haja proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida.

¹² Bandeira de Mello (2002, p.730) observa, ainda, que o excesso cometido pela Administração pode dar-se, eventualmente, de dois modos: quando “a intensidade da medida é maior que a necessária para a compulsão do obrigado” ou quando “a extensão da medida é maior que a necessária para a obtenção dos resultados lícitamente perseguíveis”.

As atuações fiscais em desconformidade com o princípio da proporcionalidade devem ser evitadas, enfim, tanto para assegurar a garantia dos direitos individuais dos contribuintes, quanto para evitar ações de ressarcimento que resultam na responsabilização do Estado em tais circunstâncias.

Durante o procedimento de fiscalização tributária, a existência de atuações que extrapolam os limites impostos pelas três dimensões do princípio da proporcionalidade resulta em ofensa aos direitos fundamentais do cidadão contribuinte, o que gera consideráveis desgastes para a Administração Pública, responsável pela atuação daqueles que agem em seu nome.

5. CONCLUSÃO

O poder de polícia está relacionado à prerrogativa do Estado destinada a restringir liberdades individuais em prol do bem comum. Nesse sentido, o poder de polícia fiscal pode ser entendido como o poder atribuído por lei à administração pública, a fim de que esta garanta a “justa tributação” mediante restrições à esfera de liberdades individuais dos contribuintes.

A fiscalização, na administração tributária, representa um dos modos de exercício do poder de polícia fiscal. Tal atividade é vinculada em relação à finalidade e possui seus contornos delimitados por lei. Contudo, é possível visualizarmos situações nas quais é dada à autoridade fiscal a possibilidade de fazer juízo de conveniência e oportunidade no que se refere ao momento de agir e aos meios utilizados na ação de investigação.

Conscientes dessa margem de discricionariedade atribuída ao Fisco, é possível identificarmos o princípio da proporcionalidade como limite à atividade de fiscalização tributária como modo de exercício do poder de polícia fiscal.

A atuação dos fiscais de tributos, enfim, deve atender às três dimensões do princípio da proporcionalidade - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, as quais deverão se verificadas em conjunto na aplicação desse princípio ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O poder de polícia fiscal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- BEZNOS, Clóvis. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a constituição de 1998. In: *Direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1973.
- BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BRASIL. *Código tributário nacional*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do poder de polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FIORINI, Bartolomé A. *Poder de polícia*. 2.ed. Buenos Aires: Alfa, 1962.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.
- QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas: e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios fundamentais do direito administrativo tributário: a função fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n.27, jan./mar. 1952.

A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ALIENANTE DE VEÍCULO AUTOMOTOR NO CASO DE OMISSÃO DA COMUNICAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO

RAFAEL AUGUSTO BAPTISTA JULIANO*

SUMÁRIO

1.Introdução. 2. IPVA: contribuinte e fato ge-rador. 3. A transferência da propriedade de bem móvel. 4. Sujeito passivo da obrigação tributária. 5. Previsão legal expressa da responsabilidade tributária do alienante omissor. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo é analisada a consequência tributária de uma situação fática muito comum entre os cidadãos brasileiros, principalmente em cidades do interior: a alienação de veículos automotores sem que ocorra a regular comunicação da transmissão ao órgão de trânsito do Estado.

Esta conduta implica em total descontrole e descompasso entre a realidade e os dados existentes nos cadastros do Departamento de Trânsito. Tal divergência de dados, em primeiro momento, causa grande dificuldade na localização do proprietário ou do condutor do veículo em caso de infrações administrativas, ou mesmo em infrações penais cometidas à direção do veículo, o que contribui para aumentar a sensação de impunidade que acaba por tomar conta da sociedade.

Entretanto, este artigo não pretende analisar as consequências da omissão da comunicação da alienação sob o ângulo da responsabilidade pelas infrações administrativas ou penais, mas sim sobre o aspecto da responsabilidade tributária do alienante pelo Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores devido após a alienação não comunicada ao órgão de trânsito.

Este tema, apesar de simples, acaba sendo abordado de maneira equivocada em algumas decisões judiciais, as quais muitas vezes confundem a pessoa do proprietário do veículo (contribuinte) com a do responsável tributário.

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Especialista em Direito Tributário pela Universidade de Franca.

2. IPVA: CONTRIBUINTE E FATO GERADOR

Antes de tratar da responsabilidade tributária do alienante que não comunica a alienação do veículo ao órgão de trânsito, importante lembrar alguns aspectos do IPVA, tais quais seu contribuinte e seu fato gerador.

O imposto sobre a propriedade de veículos automotores é tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do art. 155, inciso I, da Constituição Federal. Interessante lembrar que o tributo não possui uma Lei Complementar que o regule, o que, a princípio, seria necessário, conforme previsão do art. 146, inciso II, da Carta Magna.

Entretanto, resta pacificado no Supremo Tribunal Federal¹ o entendimento de que os Estados podem exercer a competência plena enquanto a Lei Complementar inexistir, nos termos do art. 24, § 3º da CF e do art. 34, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: *“promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto”*.

No exercício da competência outorgada pelo art. 24, §3º da CF, a Lei Estadual nº 14.937, de 23 de dezembro de 2003, estabelece, dentre outros aspectos, contribuinte, fato gerador e base de cálculo do IPVA no Estado de Minas Gerais. Segundo o art. 4º da referida lei, o *“contribuinte do IPVA é o proprietário de veículo automotor”*.

O fato gerador do IPVA é a propriedade de veículo automotor de qualquer espécie², sujeito a registro, matrícula ou licenciamento no Estado de Minas Gerais (art. 1º, caput, da lei estadual). Acrescenta ainda o parágrafo único do art. 1º que o IPVA também incide sobre os veículos automotores dispensados de registro, matrícula ou licenciamento, quando o proprietário seja domiciliado no Estado.

Em resumo, o contribuinte do IPVA é o proprietário do veículo automotor, sendo o fato gerador a propriedade do veículo.

3. A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE DE BEM MÓVEL

Como é sabido, o contribuinte é o proprietário do veículo automotor. Mas qual é o momento em que é transferida a propriedade de um bem? O direito civil dá a resposta, fazendo apenas distinção entre transferência da propriedade de bem imóvel e de bem móvel. A transferência dos primeiros, que não tem relevância para efeito do Imposto sobre Propriedade de

¹ Agravo regimental. IPVA. Como salientado no despacho agravado, ambas as Turmas desta Corte (e foram citados vários precedentes) já se manifestaram pela constitucionalidade da disciplina do imposto sobre propriedade de veículos automotores por lei local. E a questão relativa à inobservância do artigo 146 da Carta Magna, no tocante à exigência de Lei Complementar, foi largamente examinada e rejeitada. Agravo a que se nega provimento (AI-AgR 279645 / MG, rel. Moreira Alves, Primeira Turma, j. 05/12/2000, DJ 02/03/2001).

² O presente trabalho não tem como escopo abordar a discussão a respeito a incidência do IPVA sobre aeronaves (veículos automotores de quaisquer espécies), uma vez que tal discussão é irrelevante no que tange à responsabilidade do ex-proprietário omissor na comunicação da alienação ao órgão onde o veículo está registrado.

Veículos Automotores, é realizada pelo registro do título no respectivo Cartório de Registro de Imóveis onde está matriculado, nos termos do art. 1.245 do Código Civil de 2002.

Já com relação aos bens móveis, estes têm sua propriedade transferida, desde os romanos, através da tradição, que consiste no ato de entrega da coisa ao adquirente³, transferindo-se o domínio. O atual Código Civil manteve a tradição, em regra, como marco para a transferência de propriedade, conforme previsão do art. 1.267, *in verbis*:

Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.

Nas palavras de Washington de Barros Monteiro:

Com a entrega, torna-se pública a transferência. O direito pessoal, resultante do acordo de vontades, transforma-se em direito real. Antes da tradição, o domínio não se considera transferido do alienante para o adquirente. Ela é para os bens móveis o que a transcrição representa para os imóveis. Costuma-se dizer até, a propósito, que transcrição constitui tradição solene.⁴

Importante que, neste aspecto, a lei tributária não poderia dispor que a transmissão do bem se daria de maneira diversa, condicionando-a, por exemplo, à comunicação e registro da operação no Departamento de Trânsito.

Isto porque a transmissão é instituto do Direito Civil, e, tratando-se de Direito Privado, a lei tributária não pode alterar sua definição, nos termos do art. 110 do Código Tributário Nacional.

Sobre o tema, muito oportuna a lição de Alfredo Augusto Becker:

(...) uma definição, qualquer que seja a lei que a tenha enunciado, deve valer para todo o direito salvo se o legislador expressamente limitou, estendeu ou alterou aquela definição ou excluiu sua aplicação num determinado setor do direito, mas para que tal alteração ou limitação ou exclusão aconteça é indispensável a existência de regra jurídica que tenha disciplinado tal limitação, extensão, alteração ou exclusão. Portanto, quando o legislador tributário fala de venda, de mútuo, de empreitada, de locação, de sociedade, de comunhão, e incorporação, de comerciante, de empréstimo, etc., deve-se aceitar que tais expressões têm dentro do Direito Tributário o mesmo significado que possuem no outro ramo do direito onde originalmente entraram no mundo jurídico.⁵

Assim, tem-se que o Direito Tributário não pode alterar os conceitos de proprietário ou de transmissão de propriedade previstos na legislação civil, de forma que, com a alienação do automóvel, o antigo proprietário realmente não pode ser considerado *contribuinte* com relação aos fatos geradores ocorridos posteriormente à alienação. Entretanto, isto não quer dizer que não possa haver *responsabilidade* do ex-proprietário, em razão de sua omissão.

³ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 776.

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.3, p. 191.

⁵ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 111.

4. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Nos termos do art. 121 do Código Tributário Nacional, o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Mais completa é a conceituação de Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior, segundo o qual “*sujeito passivo da obrigação tributária é a pessoa física ou jurídica, obrigada, por lei, ao cumprimento da prestação tributária, principal, ou acessória, esteja ou não em relação direta e pessoal com a situação que constitua o respectivo fato gerador*”⁶.

Celso Ribeiro Bastos o define de maneira mais prática, assim o fazendo:

Sujeito passivo da obrigação tributária é aquele a quem incumbe adimpli-la, se a obrigação for principal (pagamento de tributo ou penalidade pecuniária); é, obviamente, aquele a quem cabe pagar o montante do débito art. 121). Se a obrigação for acessória, o sujeito passivo será aquele a quem couber a realização dos deveres acessórios (art. 122).⁷

Segundo o CTN, sujeito passivo comporta duas espécies: *contribuinte e responsável* (art. 121, parágrafo único). O contribuinte é o sujeito passivo direto, o qual tem relação pessoal e direta com o fato gerador. Já o responsável – sujeito passivo indireto – não possui relação pessoal e direta com o fato gerador e sua responsabilidade decorre de disposição expressa da lei (art. 121, parágrafo único, inciso II).

Nas palavras de Bernardo Ribeiro de Moraes:

(...) dois tipos específicos de sujeito passivo, com denominações diversas: para a sujeição passiva direta, quando a pessoa do sujeito passivo tem relação pessoal e direta com o pressuposto de fato da obrigação tributária, temos o contribuinte, para a sujeição passiva indireta, quando a pessoa do sujeito passivo não tenha relação pessoal e direta com o fato geradora respectiva obrigação tributária, mas a lei a coloca como devedora da prestação jurídica, temos o responsável.⁸

Fator importante que se extrai do art. 121, parágrafo único, inciso II do CTN, é que a sujeição passiva indireta só pode existir quando deriva de previsão expressa na lei, sem a qual, não há que se falar em responsabilidade tributária.

5. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ALIENANTE OMISSO

Como se verifica, a principal característica da responsabilidade é a sua previsão legal. Com efeito, a responsabilidade tributária do alienante está expressamente prevista na legislação mineira do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores.

Diz o art. 13 da Lei Estadual nº 14.937, de 23 de dezembro de 2003, *in verbis*:

⁶ ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 16.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 494.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 197.

⁸ MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.2, p.282.

Art. 13. Fica facultado ao alienante comunicar ao órgão onde registrou, matriculou ou licenciou o veículo a transferência de sua propriedade.

Parágrafo único. A comunicação a que se refere o caput deste artigo desobriga o alienante de responsabilidade relativa a imposto cujo fato gerador ocorra posteriormente a ela, bem como dos acréscimos legais.

Importante ressaltar que igual disposição era encontrada na Lei Estadual nº 12.735, de 30 de dezembro de 1997, lei que tratava do IPVA no Estado antes da atual lei.

Como se observa, a legislação mineira vigente que trata do IPVA contempla de maneira clara a responsabilidade tributária do alienante pelos fatos geradores do imposto - e seus acréscimos - ocorridos posteriormente à alienação, restando eximida a responsabilidade somente com a devida comunicação da alienação ao órgão onde está registrado, matriculado ou licenciado o veículo.

Convém salientar ainda que, não bastasse a Lei Estadual do IPVA tratar do assunto, responsabilizando expressamente o alienante omissor, é certo ainda que o Código de Trânsito Brasileiro também aborda o assunto, ainda que com certa impropriedade, em seu art. 134, *in verbis*:

Art. 134. No caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado dentro de um prazo de trinta dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado, sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação.

O requisito previsão em lei é devidamente cumprido, não havendo qualquer dúvida. Entretanto, apesar de expressamente prevista na lei, é comum encontrar acórdãos nos tribunais brasileiros, declarando inexistência de relação jurídica tributária entre o alienante do veículo e a Fazenda Pública Estadual, com relação ao imposto decorrente dos fatos geradores posteriores à alienação.

Fundamentam essas decisões judiciais apenas no fato de a transmissão de bem imóvel se dar pela simples tradição⁹, nos termos da lei civil. Com todo respeito, como já mencionado, o sujeito passivo da obrigação tributária não é apenas o contribuinte, mas também o responsável, não havendo razão para se entender como inexistente a relação jurídica tributária entre o Estado e o ex-proprietário do veículo, omissor em comunicar a alienação, pelo IPVA e acréscimos relativos a fatos geradores posteriores.

Os acórdãos mais recentes, entretanto, explicitam a responsabilidade do alienante que não comunicou a alienação aos órgãos de trânsito, valendo citar os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

⁹ APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPVA. TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE. O fato gerador do IPVA é a propriedade do veículo automotor e não o cadastro no DETRAN. No caso dos autos, houve a transferência do veículo mediante tradição, razão pela qual o contribuinte do IPVA passa a ser o adquirente, devendo este responder pelo débito, já que figura como proprietário, apesar de tal transferência não constar no DETRAN. Precedentes. Negado provimento ao apelo. (TJRS, AC 70007192362, Primeira Câmara Cível, rel. Des. Roberto Caníbal, j. em 29/10/03)

IPVA - TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO - AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO - DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. (...) Em se constatando que a transferência do veículo não foi comunicada ao órgão de trânsito estadual, o antigo proprietário é responsável solidário pelo recolhimento do IPVA e penalidades até que se efetive a comunicação.¹⁰

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ALIENAÇÃO DE VEÍCULO - IPVA - AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA AOS ÓRGÃOS COMPETENTES - RESPONSABILIDADE DO ANTIGO PROPRIETÁRIO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NÃO CARACTERIZAÇÃO - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA - MANUTENÇÃO - IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 53 DA LEI Nº 5.108/1966. Se o antigo proprietário do veículo não comunica ao Órgão de Trânsito estadual a transferência da propriedade, mesmo que ocorrida na vigência do antigo Código Nacional de Trânsito, será responsável pelo pagamento do imposto incidente sobre o bem, após a sua alienação.¹¹

Assim, não há que se falar em inexistência de previsão legal da responsabilidade tributária do ex-proprietário que não comunicou a alienação ao órgão de trânsito na legislação mineira, de forma que apesar de o ex-proprietário não figurar mais como *contribuinte* do IPVA, ainda sim continua como sujeito passivo da obrigação tributária na figura de *responsável*, enquanto não comunicar a alienação.

6. CONCLUSÃO

Como advertido desde o início, o tema não traz maiores dificuldades, mas, em razão de abordagens equivocadas em algumas decisões judiciais, necessária a análise mais cautelosa do tema.

Não se nega que os bens móveis sejam transmitidos pela simples tradição. Entretanto, não se pode admitir que a omissão de comunicação da alienação ao órgão competente seja um verdadeiro prêmio ao omissor, já que, sem a comunicação, o Estado não teria como descobrir quem seria o proprietário atual do bem móvel, não tendo de quem exigir o cumprimento da obrigação tributária.

Assim, observa-se que a lei estadual é acertada ao estabelecer a responsabilidade do alienante pelo IPVA e multas devidas após a alienação, caso haja omissão da comunicação da transferência, não havendo que se falar em desrespeito a instituto de direito civil.

¹⁰ TJMG. Apelação Cível / Reexame Necessário Nº 1.0701.05.106174-8/001, rel. Moreira Diniz, j. 14/12/2006, p. 16/01/2007.

¹¹ TJMG. Apelação nº 1.0433.06.177253-2/002, rel. Dorival Guimarães Pereira, j. 27/09/2007, p. 11/10/2007.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.3
- MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.2
- ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 16.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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 uma execução fiscal em Minas Gerais

REINALDO CARVALHO DE MORAIS*

ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR**

PRISCILLA GUEDES CASTILHO DA SILVA***

PEDRO LUCAS DE MOURA PALOTTI****¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Custo médio de um processo judicial no contexto nacional. 3. Custo médio de um processo de execução fiscal para o Estado de Minas Gerais. 3.1 Gastos no Judiciário mineiro. 3.2 Gastos na Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. 4. Tempo médio de duração de um processo judicial. 5. Tempo médio de duração de um processo de execução fiscal para o Estado de Minas Gerais. 5.1 Determinação da amostra. 5.2 Aplicação da metodologia de análise de sobrevivência. 5.3 Resultados obtidos. 6. Conclusão.

* Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em exercício na Fundação João Pinheiro. Bacharel em Estatística pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestrando em Administração Pública.

** Procurador-chefe da 2ª PDA. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

*** Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

**** Bacharelado em Administração Pública pela Escola de Governo "Prof. Paulo Neves de Carvalho" da Fundação João Pinheiro. Bacharelado em Direito pela UFMG.

¹ Os autores agradecem ao prestimoso assessoramento para a constituição do banco de dados utilizado nesse trabalho prestado pelos servidores da Secretaria de Estado de Fazenda (SEF), em especial por Nohelen Maria Souto Ribeiro, diretora da Diretoria de Cadastro, Arrecadação e Cobrança, e Marcelo Guerra, técnico em desenvolvimento de sistemas; e da Advocacia Geral do Estado (AGE), particularmente Maria Helena Teixeira Lamounier, coordenadora da Diretoria de Dívida Ativa. À Laura de Michelis, diretora do Centro de Estatística e Informações da Fundação João Pinheiro (CEI/FJP), pela prontidão em estabelecer a parceria para que esse trabalho fosse realizado. Ao Dr. Alberto Guimarães Andrade, Advogado-Geral Adjunto, pela articulação empreendida com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) para obtenção de informações essenciais à pesquisa. E a Tháisa Gomes, aluna de Administração Pública da EG/FJP, que auxiliou no trabalho de constituição do banco de dados. Nunca é demais lembrar, no entanto, que equívocos, imprecisões e omissões são de exclusiva responsabilidade dos autores.

1. INTRODUÇÃO

A demanda por solução de controvérsias por meio do Judiciário vem se ampliando ao longo do período pós-redemocratização no Brasil, assumindo proporções colossais nos últimos anos. A explicação para esse fenômeno é complexa, residindo em fatores econômicos, sociais, políticos e institucionais. Segundo a cientista social Maria Tereza Sadek (2004), de 1990 a 2002, enquanto o número de brasileiros aumentou em 20%, a demanda pela Justiça comum cresceu 270%.

A análise dos números absolutos esconde, contudo, uma desigualdade no acesso à Justiça. Estar-se-ia lidando, para a pesquisadora acima citada, com o fenômeno paradoxal, peculiar ao sistema de justiça brasileiro, de *demandas de menos versus demandas de mais*. Isso configuraria a existência de duas situações extremas. Por um lado, setores significativos da sociedade estão completamente descobertos de qualquer assistência judicial, sujeitos aos desmandos da “lei do mais forte”. Por outro, há aqueles que usufruem em excesso a justiça formal, muitas vezes se aproveitando de uma justiça morosa, ineficiente e orientada mais a questões procedimental-formais que substantivas.

Em 2004, ao prefaciá-lo o Diagnóstico do Poder Judiciário² realizado pelo Ministério da Justiça, observou o então Secretário de Reforma do Judiciário, Sérgio Rabello Tamm Renault, que “(...) o governo é o maior cliente do Poder Judiciário”. De acordo com o ex-secretário, cerca de 80% dos processos e recursos que tramitam nos tribunais superiores tratam de interesses do governo. Concluiu argumentando que “se deve buscar a definição de uma nova conduta do Estado em relação ao Judiciário, através de medidas que inibam a propositura de ações judiciais ou interposição de recursos sobre matérias a respeito das quais já exista jurisprudência razoavelmente pacificada”.

Sobre essa questão da utilização do Judiciário como interventor em contendas, entende Batista Júnior (2007) que “*a função judicante é substitutiva, e não primária, apenas encontrando sua justificativa quando inviável ou inoperante os outros meios de solução de conflitos*”³. Dessa perspectiva, mesmo no que se refere a questões que envolvam o Estado, a via judiciária não é precípua nem obrigatória, principalmente, pode-se argumentar, quando resulte em ineficiências e prejuízos para própria administração pública e para o funcionamento do sistema judiciário como um todo.

² Diagnóstico do Poder Judiciário. 2004. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/diagnostico_web.pdf>.

³ Ainda segundo Batista Júnior (2007), “(...) o princípio da inafastabilidade do acesso ao Judiciário deve ser interpretado em consonância com o também princípio constitucional da celeridade judicial, estampado, desde a Emenda Constitucional n. 45/2004, no inciso LXXVIII da CRFB/88, que determina que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Nesse sentido reforça-se a idéia prática de que o acesso ao Judiciário deve ser garantido, eliminando-se o excesso de demanda de tutela jurisdicional, que provoca situação de ofensa incompatível com o princípio da celeridade judicial”.

Dentre as diversas ações judiciais que envolvem o Estado como parte litigante, pode-se dar destaque ao processo de execução fiscal⁴. Duas são as razões para a análise mais detalhada desse instrumento processual. Em primeiro lugar, no atual ordenamento jurídico brasileiro, a execução fiscal assume centralidade, senão o monopólio, no processo de cobrança da dívida ativa⁵ dos entes federados. De acordo com informação do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ)⁶, as “execuções fiscais correspondem à metade do volume judicial de demandas em todo o país”. A execução fiscal foi um dentre os onze pontos destacados em dezembro de 2004, no Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano⁷, fruto da Reforma do Judiciário (EC n.º 45/2004).

Em segundo lugar, essa ação judicial permite que se possa fazer, com um grau significativo de precisão, uma avaliação custo-benefício de sua utilização. Há, em cada ação, um valor que se pretende receber, que pode ser contraposto ao custo que se espera, em média, deva o Estado arcar para sua tramitação⁸. São menores as complexidades da estimação e quantificação de “benefícios”, que a não ser pelo efeito dissuasivo para que outros possíveis devedores não incorram em débito⁹, limita-se ao valor a receber em cada processo judicial. Em outras palavras, a execução fiscal, por lidar diretamente com a cobrança de créditos devidos ao Erário, permite que se tenha um valor preciso dos seus benefícios esperados *vis a vis* os custos que acarreta, de sua inscrição em dívida ativa até a baixa.

Nesse sentido, o presente trabalho visa a análise do custo-benefício do ajuizamento das execuções fiscais, tendo como base o Estado de Minas Gerais, no intuito de propiciar conseqüências positivas para o aperfeiçoamento dos mecanismos de gerenciamento e cobrança da dívida ativa. Para tanto, procura-se determinar o custo médio para inscrição de crédito tributário em dívida ativa, e respectiva cobrança, além do tempo médio de duração de uma execução fiscal desde o dia da inscrição do crédito em dívida ativa até a data da baixa do processo judicial.

⁴ O processo de execução fiscal está regulamentado pela Lei 6.830/80, consistindo basicamente na cobrança judicial de crédito tributário ou não-tributário inscritos em dívida ativa, efetuada pela Fazenda Pública. O processo de execução, após a propositura da petição inicial pelo Estado, "se desenvolve através de atos praticados por determinação do juiz (citação, penhora e avaliação de bens). Em seguida, pode o devedor oferecer ou não embargos à penhora. Opostos os embargos, inaugura-se a fase de cognição; sucede-se a intimação da Fazenda para impugná-los (fase das provas); e, por fim, é proferida a decisão final nos embargos. Sendo favorável ao contribuinte a decisão, terá eficácia constitutivo-negativa, anulando o crédito tributário; se favorável à Fazenda, encerra-se o litígio, desapensando-se os embargos dos autos de execução, a qual prosseguirá em seu curso normal. No caso de o devedor não oferecer embargos à penhora (ou se estes forem rejeitados) tem início a fase expropriatória, com o leilão dos bens penhorados ou sua adjudicação à Fazenda Pública" (FERREIRA FILHO, 2003).

⁵ A dívida ativa consiste, de acordo com o jurista Frejda Szklarowsky (1997) no "crédito da Fazenda Pública regularmente inscrito, no órgão e por autoridade competentes, após esgotado o prazo final para pagamento fixado pela lei ou por decisão final, em processo administrativo regular. Esta dívida, regularmente, inscrita, goza da presunção relativa de certeza e liquidez, que pode ser elidida por prova irretorquível a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite."

⁶ Disponível em: <<http://www.cebepej.org.br/>>. Acesso em: 26 dez. 2007.

⁷ O Pacto evidencia que "mais de 400 bilhões de reais são objeto de cobrança judicial, em ações propostas pelo Erário contra sonegadores e inadimplentes". Entretanto, os índices de arrecadação por essa via estão em torno de dois por cento ao ano.

⁸ Como se verá em seguida, o custo aqui inclui os dispêndios com os serviços de advocacia e justiça, englobando todo o esforço mobilizado pela máquina pública, nessas duas esferas, para custear uma execução fiscal.

⁹ Para fins desse estudo, não será analisada a externalidade ou conseqüência positiva proveniente do ajuizamento de ações judiciais pelo Estado, em termos de constrangimentos para futuros devedores. O "benefício", por simplificação, restringir-se-á ao valor monetário a ser recebido em cada processo judicial.

O estudo tem por objetivo, além do exposto, fornecer subsídios para orientação de uma política pública que possa tratar adequadamente do tema da cobrança da dívida ativa pelo Poder Público. Um novo paradigma de inibição da propositura de ações judiciais para a cobrança de pequenos créditos, no que se refere especificamente ao ajuizamento das execuções fiscais, pode vir a ser consolidado. Isso desde que se consiga embasar cientificamente quão pequenos devem ser os créditos a partir dos quais se aconselha que métodos alternativos de solução de cobrança entrem em cena, como a cobrança realizada por meio da via administrativa.

Ademais, ao Estado se permitirá estar em consonância com o princípio da eficiência administrativa, inserido na Constituição de 1988, com repercussões positivas para o melhor funcionamento, em última instância, do próprio sistema judiciário. Um demandante em excesso da prestação jurisdicional deixará de fazê-lo nos milhares de processos em que, paradoxalmente, ao final do tortuoso caminho judicial, são gerados mais custos que benefícios.

Esse trabalho está estruturado da seguinte maneira. A seção 2 irá traçar as principais pesquisas acerca do custo médio de um processo judicial no contexto nacional, enquanto a seção 3 delineará o custo médio anual de um processo de execução fiscal para o Estado de Minas Gerais, tendo em vista os gastos com o Judiciário mineiro e com a Advocacia-Geral do Estado. Na seção 4 serão apresentados alguns resultados de outras pesquisas com estimativas do tempo médio de duração de um processo judicial. A seção 5 terá por intuito a obtenção do tempo médio de duração de um processo de execução fiscal para o Estado de Minas Gerais, procedendo-se à descrição da metodologia utilizada para tanto e os principais resultados obtidos. Por último, sintetizamos os resultados alcançados, delineando suas principais conseqüências e implicações, além de apontar estudos futuros que podem decorrer desse trabalho.

2. CUSTO MÉDIO DE UM PROCESSO JUDICIAL NO CONTEXTO NACIONAL

De acordo com o primeiro Diagnóstico realizado pelo Ministério da Justiça em 2004 (antes, portanto, das recentes reformas ocorridas no Código de Processo Civil), a manutenção do Judiciário brasileiro exige dispêndio de 3,66% do Orçamento, o custo mais alto entre 35 países analisados pelo Banco Mundial (0,87% no Chile e 0,38% no Japão, por exemplo).

Ao comentar os reflexos da morosidade do Judiciário sobre a economia, o economista Gesner Oliveira (2005) observou que “o custo da demora inibe o crédito, que, como se sabe, desde o economista austríaco Schumpeter, é um dos motores do crescimento. A lentidão da Justiça gera insegurança jurídica, deprime a rentabilidade esperada das inversões produtivas, prejudicando a produção e o emprego”.

No âmbito interno, a tabela abaixo, também relativa ao primeiro Diagnóstico do Poder Judiciário realizado pelo Ministério da Justiça em 2004, apresenta o *ranking* de estimativa dos custos por processo julgado em cada estado da Federação.

Embora não apresente a duração média da tramitação de um processo no Judiciário e não se refira especificamente às execuções fiscais, tal pesquisa, ao evidenciar a grande diferença entre os Estados, nos permite situar o Estado de Minas Gerais quanto ao custo do Judiciário no contexto nacional.

Conforme se verifica, na média nacional obteve-se um custo estimado de R\$ 1.848 por processo julgado, variando desde um mínimo de R\$ 973, na Paraíba, até um máximo de R\$ 6.839, no Amapá.

Os maiores custos foram os verificados, pela ordem, no Amapá, Amazonas, Pará e Rio de Janeiro, superiores ao dobro da média nacional. Os menores custos foram registrados, pela ordem, na Paraíba, São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Pernambuco, todos abaixo de R\$ 1.400.

TABELA 1

CUSTO POR PROCESSO JULGADO NAS JUSTIÇAS ESTADUAIS EM 2004.

ESTADO	DESPESAS R\$ MILHÕES	PROCESSOS JULGADOS	CUSTO R\$/PROCESSO
AP	232	33.924	6.839
AM	103	16.256	6.336
PA	357	70.662	5.052
RJ	2.619	700.936	3.737
ES	410	124.141	3.305
MG	1.766	607.572	2.906
AL	64	22.846	2.792
MS	283	110.016	2.570
TO	89	41.255	2.149
GO	308	161.028	1.913
RO	174	96.715	1.798
AC	88	49.275	1.786
SE	162	91.364	1.771
MT	221	126.241	1.751
PE	285	218.046	1.307
SC	507	408.191	1.242
RS	1.094	899.566	1.216
SP	5.237	4.651.628	1.126
PB	157	160.976	973
BA	568	Nd	nd
CE	343	Nd	nd
DF	nd	216.204	nd
MA	219	Nd	nd
PI	189	Nd	nd
PR	505	Nd	nd
RN	251	Nd	nd
RR	49	Nd	nd
TOTAL	16.280	8.806.842	1.848

Fonte: Diagnóstico do Poder Judiciário. Ministério da Justiça 2004.

Nota: Valores de maio de 2004

Nesse sentido, vale lembrar que o Ministério da Justiça identificou o processo de execução como o ponto de estrangulamento para a cobrança de uma dívida. Em quase metade dos casos, o credor simplesmente desiste ou o devedor não é encontrado. Ou, quando é localizado, não há bens a serem penhorados. Tais litígios ocorrem em um Judiciário com milhares de causas repetitivas e que dão margem a número excessivo de recursos.

3. CUSTO MÉDIO DE UM PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL PARA O ESTADO DE MINAS GERAIS

A verificação do custo médio para a inscrição de crédito tributário em dívida ativa, e respectiva cobrança, no Estado de Minas Gerais, se dará a partir da detecção do custo de uma execução fiscal no Poder Judiciário estadual, somando-se a este valor o custo de uma execução fiscal na Advocacia-Geral do Estado, a partir da seguinte memória de cálculo:

Quadro 1

Cálculos utilizados para se obter o custo anual de um processo de execução fiscal

Gastos no Judiciário

Despesa anual empenhada — n°. total de processos tramitando no Judiciário mineiro

X — n°. total de executivos fiscais ativos em MG

X = Parte do orçamento do Judiciário destinada aos executivos fiscais

$X / n^\circ \text{ executivos fiscais} = \text{custo por executivo fiscal no Judiciário}$

Gastos na AGE

Despesa anual empenhada — n°. total de processos ativos acompanhados pela AGE

Y — n°. total de executivos fiscais ativos em MG

Y = Parte do orçamento da AGE destinada às execuções fiscais

$Y / n^\circ \text{ de execuções fiscais} = \text{custo por executivos fiscal na AGE}$

Custo anual para a inscrição de crédito em dívida ativa e respectiva cobrança = Custo por executivo fiscal no Judiciário + Custo por executivo fiscal na AGE

Destaque-se que as quantidades levantadas neste estudo sobre o número de processos em trâmite, por sua vez, referem-se ao número de processos identificados pelo Poder Judiciário e por todos os órgãos da AGE em julho de 2007.

Assim, os custos serão estimados, assumido que, em 2007, as despesas serão iguais a 2006. É provável, portanto, que as despesas em 2007 sejam distintas das de 2006 e os cálculos dos custos por processo sejam levemente diferentes.

3.1 GASTOS NO JUDICIÁRIO MINEIRO

Os dados sobre o custo médio anual do Judiciário, na esfera estadual, se referem à despesa empenhada em 2006, relativa à 1ª e 2ª instâncias da Justiça Comum Estadual, conforme informações prestadas pela Secretaria de Estado de Fazenda:

Tabela 2

Previsão orçamentária para o Judiciário mineiro, para o ano de 2006

GRUPO	FT	DESPESA EMPENHADA
INVESTIMENTOS	24	11.117.116,51
	28	21.204.633,85
	60	1.259.993,01
SUBTOTAL		33.581.743,37
OUTRAS DESPESAS CORRENTES	10	120.912.345,00
	28	110.395.640,02
	60	3.638.733,81
SUBTOTAL		234.946.718,83
PESSOAL E ENCARGOS SOCIAIS	10	1.253.350.600,07
	42	95.804.181,44
	43	109.123.353,09
SUBTOTAL		1.458.278.134,60
TOTAL		1.726.806.596,80

Fonte: Secretaria de Estado de Fazenda

A quantidade total de processos acompanhados pelo Judiciário mineiro foi informada pela Presidência do Tribunal de Justiça, conforme tabelas abaixo:

Tabela 3

Quantidade total de processos no acervo¹⁰, em 31 de agosto de 2007, para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJMG (2ª instância)	254.251
Justiça Comum (1ª instância)	2.818.677
Juizados Especiais	555.608
Turmas recursais	17.611
Total	3.646.147

Fonte: TJMG.

Tabela 4

Quantidade total de Execuções Fiscais que fazem parte do acervo da Justiça Comum de 1ª instância, em 31 de agosto de 2007, para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Execução Fiscal (Estadual/Municipal)	613.488
Execução Fiscal (Federal)	119.590
Total	733.078

Fonte: TJMG.

O total de execuções fiscais atualmente em trâmite no Judiciário mineiro, considerando as execuções fiscais estaduais, municipais e federais, corresponde a aproximadamente 20% do montante de todos os processos constantes no acervo do TJMG (tabela 5).

A quantidade de executivos fiscais estaduais, por sua vez, atinge o montante de 149.436 ações, conforme dados extraídos do SICAF¹¹/SEF em 17 de julho de 2007, o que representa cerca de 20% de todas as execuções em andamento no Judiciário mineiro.

¹⁰ O acervo compreende todos os processos ativos que estão pendentes de julgamento e os que já foram julgados e, por motivos diversos, não foram encerrados (em fase de execução, em tramitação na instância superior etc) (Movimentação Processual, 1º semestre de 2007, TJMG)

¹¹ O SICAF é o Sistema de Informatização e Controle de Arrecadação e Fiscalização, respondendo pelo gerenciamento das execuções fiscais no âmbito do estado de Minas Gerais.

Tabela 5

Índices por natureza de feito, para o 1º semestre de 2007, para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Natureza	IJ	IE	IA
Desejável	>1	>1	≤1
Possessórias	0,82	0,90	4,49
Usucapião	0,62	0,77	6,59
Despejo	0,98	1,07	3,33
Exec. Fiscal (Estadual/Municipal)	0,74	0,61	8,20
Exec. Fiscal (Federal)	0,39	0,53	17,24
Outras Execuções	1,21	1,81	14,66
Embargos à Execução	0,83	0,85	6,76
Falências e Concordatas	2,90	4,31	30,66
Medidas Cautelares	0,57	0,86	3,69
Acidentes do Trabalho	0,74	0,61	5,25
Família	0,91	1,23	2,84
Órfãos e Sucessões	0,90	1,64	6,29
Cartas Precatórias Cíveis	0,001	1,01	0,47
Menores	0,54	0,92	2,44
Outros Feitos Cíveis	0,71	0,72	2,82
Total Cível	0,68	0,92	4,03

Fonte: TJMG. Dados de 31/08/2007**Notas** ¹²: IJ = índice de julgamentos

IE = índice de encerrados

IA = índice de acervo

¹² De acordo com a definição adotada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "O índice de julgamentos (IJ) e o índice de encerrados (IE) avaliam a quantidade de processos julgados e de encerrados em relação às distribuições, ou seja, os novos processos. Os resultados desejáveis devem ser iguais ou maiores que 1. Estes resultados indicam que a unidade jurisdicional julga e encerra processos na mesma proporção ou acima do que recebe. Número índice abaixo de 1 indica acúmulo de processos carecendo de sentença e acúmulo de processos no acervo.

O índice de acervo (IA) avalia o acúmulo de processos no acervo da unidade jurisdicional, demonstrando o número de processos em andamento em relação ao número de processos distribuídos no período. O resultado desejável deve ser igual ou menor a 1, isto é, que o acervo seja, no final de 12 meses, exatamente igual ao número de novas ações ajuizadas neste período. Número índice acima de 1 indica acúmulo de acervo."

Analisando o acúmulo de processos no acervo (IA), verifica-se, que os feitos de falência e execuções fiscais são os que apresentam o maior número de feitos acumulados no acervo cível em relação à distribuição.

Quanto ao custo do processo de execução no Judiciário mineiro, os dados a serem utilizados na pesquisa serão, portanto, os seguintes:

Quadro 2

Dados consolidados para se obter o custo por execução fiscal no Judiciário

Gastos do Judiciário em 2006	R\$ 1.726.806.596,80
Quantidade total de processos em trâmite no Judiciário, em 31 de agosto 2007, incluindo executivos fiscais.	3.646.147
Quantidade total de executivos fiscais ativos em MG, em julho de 2007	149.436

A partir desses dados podemos, enfim, por meio da memória de cálculo acima descrita, concluir que o custo médio anual de um executivo fiscal para o Poder Judiciário estadual corresponde a aproximadamente R\$ 473,60 (quatrocentos e setenta e três reais e sessenta centavos).

3.2 GASTOS NA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da mesma forma, o custo médio anual da Advocacia-Geral do Estado tem por base a despesa empenhada em 2006. Quando confrontada tal despesa com o número total de processos ativos acompanhados por todos os Procuradores do Estado, permite calcular o custo por processo na AGE. A partir desse valor é possível calcular o custo anual de uma execução fiscal.

Tabela 6

Previsão orçamentária para a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, para o ano de 2006

GRUPO	FT	DESPESA EMPENHADA
INVESTIMENTOS	10	18.091,20
SUBTOTAL		18.091,20
OUTRAS DESPESAS CORRENTES	10	24.835.304,40
SUBTOTAL		24.835.304,40
PESSOAL E ENCARGOS SOCIAIS	10	76.228.216,26
SUBTOTAL		76.228.216,26
TOTAL		101.081.611,86

Fonte: Secretaria de Estado de Fazenda

A quantidade total de processos acompanhados pela Advocacia-Geral do Estado foi identificada a partir da soma da quantidade aproximada das ações informadas pelos diversos órgãos da AGE (quantidades referentes ao mês de julho de 2007), conforme tabelas abaixo:

Tabela 7

Quantidade de Ações Judiciais Ativas, por Procuradoria Especializada, em 2007

Procuradoria Especializada	Quantidade de processos (1)
PO	12.754
PPI	16.337
PA	29.735
PT	13.000
CGSEE	6.000
Total	77.826

Fonte: Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

(1) Informação referente a julho/2007

Tabela 8

Quantidade de Ações Judiciais Ativas, por Advocacia Regional (1), em 2007

Advocacia Regional	Quantidade de processos (2)
Advocacia Contenciosa	11.918
Contagem	3.148
Divinópolis	785
Governador Valadares	830
Ipatinga	2.016
Juiz de Fora	1.618
Montes Claros	617
Uberaba	1.342
Uberlândia	6.100
Varginha	8.482
Total	36.856

Fonte: Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

(1) Exclui as execuções fiscais

(2) Informações referentes a julho/2007.

O montante, pois, dos processos ativos na AGE, em julho de 2007, corresponde a aproximadamente 114.682 processos.

A quantidade aproximada de processos informada pelas Advocacias Regionais e Advocacia Contenciosa inclui não só os processos de natureza não tributária, mas também outros processos de natureza tributária, como ações anulatórias fiscais, ações declaratórias fiscais, embargos à execução ou de terceiros, mandados de segurança etc. Tais processos devem ser incluídos no conjunto de processos atrelados a uma execução fiscal, sendo levados em consideração para fins do cálculo do custo com uma execução fiscal.

A quantidade de executivos fiscais, por sua vez, conforme dados extraídos do SICAF/SEF em julho de 2007, atinge o montante de 149.436 ações.

Os dados a serem utilizados na pesquisa serão, portanto, os seguintes:

Quadro 3

Dados consolidados para se obter o custo por execução fiscal na Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

Gastos da AGE em 2006	R\$ 101.081.611,86
Quantidade total de processos ativos na AGE, em julho de 2007, salvo executivos fiscais.	114.682
Quantidade total de executivos fiscais ativos em MG	149.436

Dos dados acima consolidados, percebe-se que do total de processos acompanhados pela AGE (264.118), cerca de 56,58% refere-se a execuções fiscais.

A partir desses dados podemos, enfim, por meio da memória de cálculo acima descrita, concluir que o custo médio anual de um executivo fiscal para a Advocacia-Geral do Estado corresponde a aproximadamente R\$ 382,71.

Somando-se os custos de um executivo fiscal no Poder Judiciário e na Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais chega-se ao custo anual de R\$ 853,31.

4. TEMPO MÉDIO DE DURAÇÃO DE UM PROCESSO JUDICIAL

Baseado em indicadores apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2005, no estudo Judiciário e Economia, elaborado pela Secretaria de Reforma do Judiciário, no mesmo ano, concluiu-se que a morosidade da Justiça pode ser percebida diante das altas taxas de congestionamento (processos em tramitação + processos entrados/ processos julgados em um ano), que beira o percentual de 60%.

Tabela 9

Taxas de Congestionamento na Justiça Brasileira em 2005

Âmbito	2º Grau	1º Grau
Justiça Federal	76,23%	81,37%
Justiça do Trabalho	20,56%	62,97%
Justiça Estadual	57,84%	75,45%
STF		58,67%
STJ		31,12%
TST		69,10%
TOTAL		59,26%

Fonte: Superior Tribunal Federal, A Justiça em Números

De acordo com a Secretaria de Reforma do Judiciário, nesse estudo, esta alta taxa de congestionamento é responsável pelo tempo de duração dos processos, que pode chegar a 100 meses (cerca de 8 anos): “de 10 a 20 meses na 1ª instância, de 20 a 40 meses na 2ª instância, e de 20 a 40 meses nas instâncias especiais. ”

Recentemente, um estudo realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, visando identificar o custo no Judiciário de um processo de execução fiscal, levou em consideração as Comarcas de São João Batista (entrância inicial) e da Capital (entrância final), chegando-se ao valor de R\$ 529,22 apurado na Comarca da Capital, e R\$ 1.344,66 apurado na Comarca de São João Batista. Ademais, o tempo médio de tramitação dos processos de execução fiscal, em tais municípios, corresponde a 2792 dias ou 3,8 anos (da distribuição ao arquivamento), conforme aponta o estudo.

É necessário que se mencione, ainda, o estudo realizado, em 2007, pela Procuradoria da Fazenda Nacional, segundo o qual a fase administrativa de uma execução fiscal dura 4 anos, enquanto a fase judicial leva 12 anos para ser concluída.

5. TEMPO MÉDIO DE DURAÇÃO DE UM PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL PARA O ESTADO DE MINAS GERAIS

Uma vez estabelecido o custo médio de uma execução fiscal ao longo de um ano, é necessário que se proceda ao diagnóstico do tempo médio de duração de um processo dessa natureza - desde a inscrição do crédito tributário em dívida ativa até a baixa do processo judicial no sistema do Tribunal de Justiça mineiro – a fim de que se identifique o montante dos gastos despendidos pelo Estado de Minas Gerais com a inscrição e efetiva cobrança do crédito por meio do processo de execução fiscal.

Para isso calculamos amostras a partir da identificação do montante dos processos tributário-administrativos inscritos em dívida ativa, por ano, de 1995 a 2006. Os dados para cálculo das amostras e demais informações sobre PTA's inscritos em dívida ativa foram

informados pela Secretaria de Estado da Fazenda, por meio do banco de dados disponível no SICAF, cuja implementação se deu em 1995.

5.1 DETERMINAÇÃO DA AMOSTRA

A quantidade de processos inscritos anualmente no Estado de Minas Gerais é expressiva, oscilando consideravelmente durante o período de 1995 a 2006. A média de inscrições em dívida ativa para o período foi de 26.452 processos tributário-administrativos (PTA) por ano, quando se realiza a somatório para todas as regionais do Estado.

Deve-se destacar, nesse sentido, que o processo de amostragem não é menos preciso que a análise de todos os elementos da população. As imprecisões provenientes do processo de coleta e manuseio de um número muito grande de dados implicam impropriedades não evidentes que têm “impacto maior que a incerteza a que estamos sujeitos quando generalizamos, via inferência, as conclusões de uma amostra bem selecionada” (Soares *et al.*, 2003).

Tendo isso em vista, e a complexidade de se executar a análise estatística de toda população de processos inscritos, que superam a casa de 300.000 para o período em estudo, procedeu-se à determinação de uma amostra para cada ano, como se observa na tabela abaixo.

Tabela 10

Quantidade de PTA inscritos em dívida ativa, por Advocacia Regional, de 1995 a 2006

ARE	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Belo Horizonte	803	4.621	13.623	7.611	4.640	1.493	3.865	5.165	4.034	2.491	3.164	2.616
Divinópolis	1.074	2.778	1.954	1.276	692	627	605	1.483	1.571	1.284	1.235	682
Gov. Valadares	767	1.276	943	757	442	352	285	853	1.129	799	1.061	620
Ipatinga	847	2.241	1.424	1.122	937	460	508	1.302	1.182	815	1.002	472
Juiz de Fora	392	4.705	6.752	4.620	2.886	1.754	1.659	1.536	4.906	2.592	2.242	1.909
Montes Claros	989	2.250	2.464	1.449	497	522	872	2.528	2.209	2.084	2.967	1.053
Uberaba	330	1.496	1.139	318	1.172	370	613	649	1.826	1.103	2.162	669
Uberlândia	1.143	3.492	4.097	2.250	914	737	1.617	1.958	2.207	1.621	2.345	1.351
Varginha	1.348	2.876	3.521	2.394	1.451	1.161	2.407	2.333	5.656	4.171	4.425	1.947
Contagem	936	2.839	4.002	2.744	1.436	1.119	1.045	1.603	1.310	661	894	1.117
TOTAL	8629	28.574	39.919	24.541	15.067	8.595	13.476	19.410	26.030	17.621	21.497	12.436
AMOSTRA	368	379	381	378	375	368	374	377	379	376	377	373

Fonte: SICAF/SEF

Cumprido destacar que, objetivando-se obter um resultado estatisticamente significativo para cada uma das 10 advocacias regionais que compõem o quadro da Advocacia-Geral do Estado, para que a análise permita que se façam inferências para cada uma delas em particular, a amostra foi proporcional à quantidade de processos ajuizados em cada regional.

A determinação da amostra pautou-se pela seguinte fórmula:

$$n = \frac{N \cdot \hat{p} \cdot \hat{q} \cdot (Z_{\alpha/2})^2}{\hat{p} \cdot \hat{q} \cdot (Z_{\alpha/2})^2 + (N - 1) \cdot E^2}$$

De modo que n é o tamanho da amostra, N é o total de elementos na população – no caso, o total de processos inscritos a cada ano. $Z_{\alpha/2}$ é o valor correspondente ao intervalo de confiança desejado – para esse estudo, o valor crítico de 1,96 ou 95% de confiança – \hat{p} e \hat{q} , por sua vez, são as proporções amostrais referentes à categoria que se está interessado em estudo – como não há informações a esse respeito, estimou-se o maior valor possível para essas variáveis, que é 0,5 – e E , por último, é o erro máximo de estimativa, identificando a diferença máxima entre a proporção amostral e a verdadeira proporção populacional.

5.2 APLICAÇÃO DA METODOLOGIA DE ANÁLISE DE SOBREVIVÊNCIA

A estimação do tempo médio de duração de um processo de execução fiscal em Minas Gerais foi conduzida no presente estudo com base na técnica estatística convencionalmente conhecida como análise de sobrevivência.

O motivo de utilização da referida técnica se dá em função do viés de estimação que pode ser causado no caso da utilização de outras ferramentas convencionais. O interessante é que são aproveitados todos os dados disponíveis e não apenas os relativos às unidades observacionais que já “falharam”. No caso, ao invés de considerarem-se apenas os processos que já foram solucionados para o cálculo das medidas estatísticas, também são utilizados os dados de processos que continuaram tramitando no momento da interrupção do acompanhamento.

A principal característica da análise de sobrevivência é considerar a presença de falha e censura. A falha consiste no tempo até a ocorrência de determinado evento – no presente estudo consiste no tempo até um processo administrativo deixar de tramitar. A censura diz respeito às unidades observacionais (processo no caso) que não falharam (continuaram tramitando) quando os dados foram analisados.

A estimação de parâmetros como tempo médio, tempo mediano, desvio-padrão e outras medidas estatísticas têm a propriedade de obter valores mais fidedignos ao considerar os dados que foram censurados.

A representação da censura pode ser feita com a utilização de duas variáveis aleatórias. Seja T uma variável aleatória representando o tempo de falha de um processo e seja C uma variável aleatória independente de T , representando o tempo de censura associado a este processo. Os dados observados são

$$t = \min(T, C) \quad \text{e} \quad \delta = \begin{cases} 1, T \leq C \\ 0, T > C \end{cases}$$

Os pares (T, C_i) , $i = 1, \dots, n$, formam uma amostra aleatória de n processos administrativos.

Conforme Colosimo et al. (2006) “a variável aleatória não-negativa T , que representa o tempo de falha, é usualmente especificada em análise de sobrevivência pela sua função de sobrevivência. Esta é uma das principais funções probabilísticas usadas para descrever estudos de sobrevivência. A função de sobrevivência é definida como a probabilidade de uma observação não falhar até um certo tempo t , ou seja, a probabilidade de uma observação sobreviver ao tempo t .”

Em termos probabilísticos, pode-se escrever

$$S(t) = P(T \geq t).$$

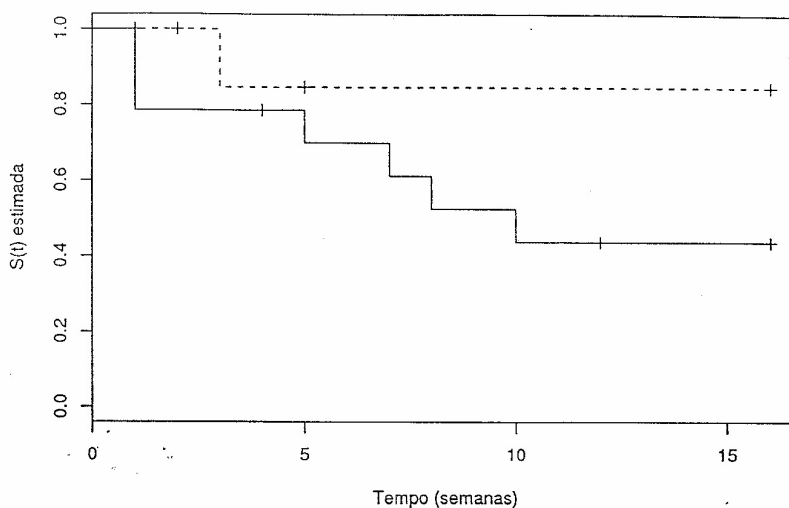
A função acima retorna valores para a probabilidade de sobrevivência em cada momento do tempo. No contexto do presente trabalho, suponha que se deseja saber a probabilidade de sobrevivência (ou seja, de o processo continuar em tramitação) no tempo 72 meses (7 anos). Supondo que tal probabilidade seja de 0.30, a representação seria:

$$S(72) = P(T \geq 72) = 0,30.$$

Matematicamente, a função de sobrevivência decresce monotonicamente, ou seja, os valores do eixo das ordenadas nunca crescem com o crescimento dos valores do eixo das abscissas. Para a estimação empírica da função de sobrevivência foi utilizado o estimador não-paramétrico de Kaplan-Meier. Isso se observa no gráfico ilustrativo a seguir, retirado de Colosimo et al. (2006).

Gráfico 1

Estimador não-paramétrico Kaplan-Meier para a função de sobrevivência



O gráfico ilustra o estimador Kaplan-Meier, que é composto pelo número de observações que falharam sobre o número total de observações de um estudo. O estimador considera a quantidade de intervalos de tempo na mesma medida do número de falhas distintas. Desse modo, o seu formato é o de múltiplos degraus que sucedem, na proporção de observações que vão falhando ao longo do tempo. A tabela 11 mostra resumidamente como os dados são inseridos no software estatístico para a obtenção das medidas de interesse.

Tabela 11

Exemplo de entrada de dados no software estatístico

PROCESSO	TEMPO	CENSURA/FALHA	DEBITO	REGIONAL
1	95	1	12.315,28	10
2	103	1	4.049,88	10
3	113	1	93.012,42	1
4	113	1	281.660,07	1
5	124	1	10.423,71	10
6	130	1	3.123,52	8

5695	155	0	5.542,66	10
5696	155	0	2.780.436,65	1
5697	155	0	591.284,05	5
5698	155	0	36.732,17	5
5699	155	0	47.423,23	7

Fonte: Banco de dados do SICAF/SEF
Elaboração dos autores

A primeira coluna representa o conjunto de todos os processos, sendo os mesmos representados individualmente em cada linha. Na coluna “TEMPO” é representado o número de meses que o processo tramitou até deixar de tramitar ou até o fim da medição (outubro/2007). Na terceira coluna a variável binária “CENSURA/FALHA” assume o valor 1 para falha (o processo deixa de tramitar) e 0 para censura (o processo continua tramitando no mês 155). A quarta coluna mostra os valores dos débitos e a última é uma variável categórica que indica a regional.

5.3 RESULTADOS OBTIDOS

O primeiro ponto a ser destacado é o número de observações – ou seja, processos – que foi censurado. Tal valor foi de 3.572 no total de 5.699 processos, sendo portanto 62,5% do total. Dessa forma quando do total de processos em estudo, quase dois terços ainda encontram-se tramitando.

A tabela a seguir apresenta uma síntese inicial dos dados ao dividir o número de processos por regional.

Tabela 12

Número e percentual de processos incluídos na amostra em estudo por regional

Regional	Número de processos	Percentual de processos	Percentual acumulado
Belo Horizonte	1321	23,2	23,2
Juiz de Fora	842	14,8	38,0
Varginha	750	13,2	51,1
Uberlândia	558	9,8	60,9
Contagem	526	9,2	70,1
Montes Claros	484	8,5	78,6
Divinópolis	352	6,2	84,8
Uberaba	306	5,4	90,2
Ipatinga	293	5,1	95,3
Gov. Valadares	267	4,7	100,0
Total	5699	100	100

Fonte: Banco de dados do SICAF/SEF

Elaboração dos autores

Os dados da Tabela 12 mostram que 51% dos processos concentram-se nas regionais Belo Horizonte, Juiz de Fora e Varginha.

A Tabela 13 também divide os dados por regional, porém a estratificação ocorre por somatório em reais de débito.

Tabela 13

Distribuição do montante de débitos dos processos administrativos por regional
(valores constantes – base média de 2006 em R\$)

Regional	Total de Débitos	Percentual do Total de débitos	Percentual acumulado Total de débitos
Belo Horizonte	298.810.270,84	36,7%	36,7%
Contagem	156.211.061,08	19,2%	55,9%
Juiz de Fora	90.679.484,29	11,1%	67,1%
Divinópolis	56.196.876,30	6,9%	74,0%
Varginha	48.513.096,54	6,0%	80,0%
Gov. Valadares	38.955.194,10	4,8%	84,8%
Uberlândia	37.377.599,86	4,6%	89,4%
Uberaba	32.034.394,55	3,9%	93,3%
Ipatinga	28.284.710,23	3,5%	96,8%
Montes Claros	26.232.685,00	3,2%	100,0%
TOTAL	813.295.372,78	100,0%	100,0%

Fonte: Banco de Dados do SICAF/SEF

Elaboração dos autores

Ao analisar o montante de débitos por regional, nota-se que o peso da regional Belo Horizonte torna-se ainda mais destacado, pois concentra mais de um terço do total de valores somados.

As principais medidas de interesse na presente análise consistem no tempo médio e tempo mediano que os processos ficam tramitando. Para isso segue a função de sobrevivência para o total dos dados e em seguida o gráfico com cada função por regional.

A curva de sobrevivência estimada mostra visualmente que aproximadamente 90% dos processos têm chance de tramitar mais de 34 meses.

A Tabela 14 mostra os demais decís de probabilidade de sobrevivência.

Gráfico 2
Função de Sobrevivência

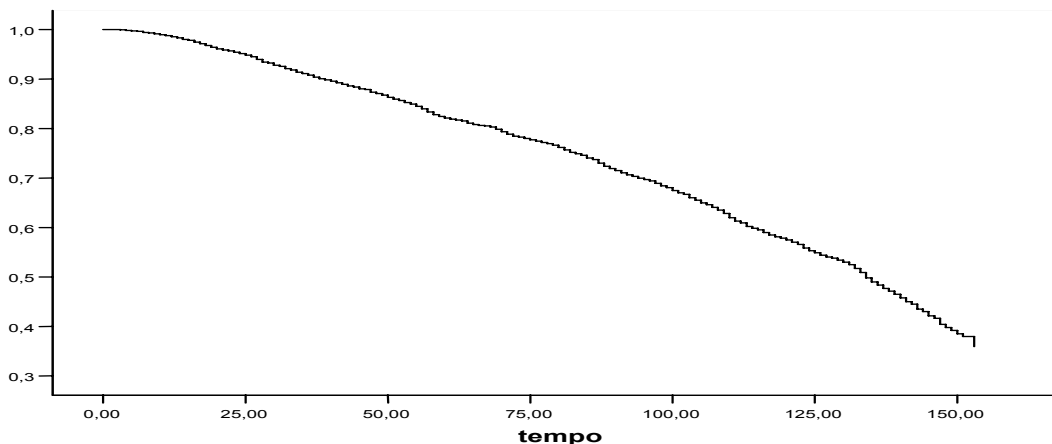


Tabela 14

Probabilidade de tramitação em função do tempo

Tempo de tramitação	Probabilidade de continuar tramitando
34	0,90
58	0,80
85	0,70
106	0,60
126	0,50
144	0,40
153	0,34

Fonte: Banco de dados do SICAF/SEF
Elaboração dos autores

Continuando a interpretação, ao atingir o valor de 58 meses para a Função de Sobrevivência, pode-se afirmar que 80% (o que corresponde ao percentil 80) dos processos tendem a tramitar mais de 58 meses.

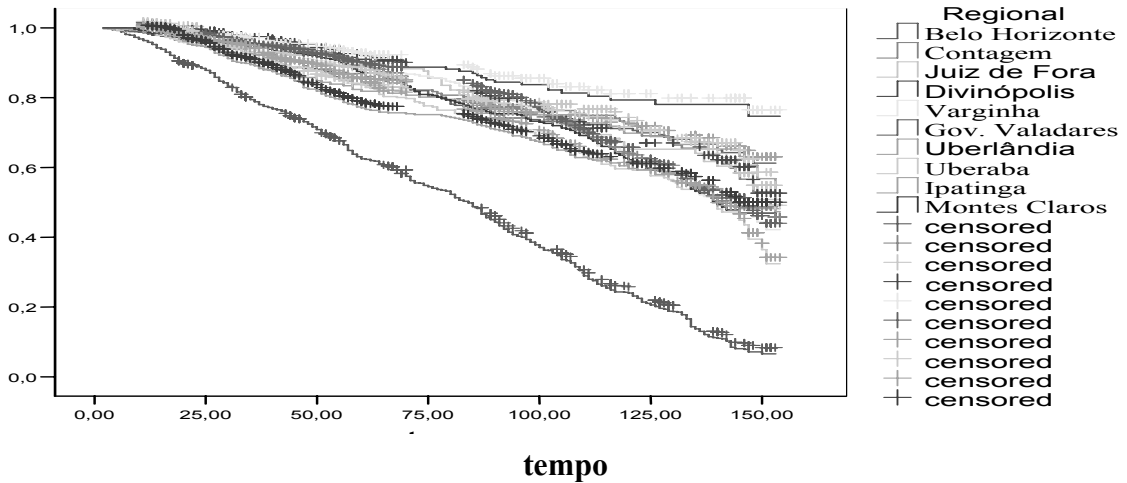
Metade dos processos tende a tramitar mais de 126 meses. Isso é o mesmo que afirmar que o tempo mediano de duração da tramitação do processo é de 126 meses. O valor médio encontrado foi de 110 meses¹³. Tal distância entre média e mediana indica que a

¹³ Média e mediana são medidas de tendência central, ou seja, apontam para um valor representativo no qual os dados tendem a se agrupar, com frequência maior ou menor. A média é o quociente da soma de determinados valores dividida por n, ou quantidade total de elementos. A mediana é literalmente o valor do "meio" do conjunto. A diferenciação entre ambas fica clara quando exemplificamos: suponhamos 5 operários que recebem 200, 250, 250, 300 e 450. A média é 290 e a mediana é 250. Se no lugar de um dos operários, tivéssemos incluído o gerente da fábrica - de forma que a nova seqüência de salários seja 200, 250, 250, 300 e 2200 - a média passaria a ser 640, porém a mediana permaneceria a mesma, 250. Para valores muito assimétricos, a mediana é uma medida dita mais robusta, capturando melhor a distribuição dos dados (Soares et al., 2003).

distribuição do tempo de tramitação é assimétrica, o que já é esperado com a análise de variáveis aleatórias caracterizadas pelo tempo até a ocorrência de determinado evento.

Para ter uma clareza maior acerca dos dados fez-se interessante a estratificação da análise por regionais. O Gráfico 3 mostra as curvas de sobrevivência para cada regional.

Gráfico 3
Funções de Sobrevivência



O gráfico mostra que a regional Belo Horizonte tem inclinação bem diferente que as demais. Isto significa que os tempos médios e medianos de tramitação são menores, como mostra a tabela a seguir.

Tabela 15

Probabilidade de tramitação em função do tempo por regional

Regional	Tempo em meses	Probabilidade de continuar tramitando	Regional	Tempo em meses	Probabilidade de continuar tramitando
Belo Horizonte	20	0,90	Montes Claros	40	0,90
	34	0,80			
	51	0,70			
	67	0,60			
	84	0,50			
	96	0,40			
	109	0,30			
	126	0,20			
142	0,10	77	0,80		
Divinópolis	46	0,90	Uberaba	122	0,70
	83	0,80		148	0,61
	123	0,69		35	0,90
	143	0,60		73	0,80
				119	0,70
Gov. Valadares	60	0,90	Uberlândia	146	0,61
	84	0,80		149	0,57
	110	0,70		153	0,47
	140	0,60		41	0,90
	149	0,51		68	0,80
				98	0,70
Ipatinga	62	0,90	Varginha	117	0,60
	111	0,80		139	0,50
	147	0,75		147	0,39
				151	0,32
Juiz de Fora	54	0,90	Contagem	33	0,90
	89	0,80		53	0,80
	107	0,70		93	0,70
	126	0,60		118	0,60
	141	0,50		144	0,50
	151	0,42		55	0,90
				77	0,80

Fonte: SICAF/SEF
Elaboração dos autores

A interpretação da Tabela 15 é análoga à da Tabela 14. Dessa forma, na regional Contagem por exemplo, o tempo mediano de tramitação é 139 meses. Há 90% dos processos com probabilidade de tramitar mais de 55 meses.

A Tabela 16 mostra os valores médios de tempo de tramitação por regional

Tabela 16

Estimação do desvio-padrão e tempo médio e intervalar detramitação do processo na AGE por regional

Regional	Tempo Médio	Padrão Desvio	Intervalo de Confiança a 95%	
			Limite Inferior	Limite Superior
Belo Horizonte	81	1,3	79	84
Divinópolis	125	2,7	120	130
Gov. Valadares	126	3,1	120	132
Ipatinga	135	2,6	130	140
Juiz de Fora	123	1,7	119	126
Montes Claros	124	2,5	119	129
Uberaba	124	3,1	118	130
Uberlândia	116	2,3	112	121
Varginha	115	2,1	111	119
Contagem	121	2,1	117	125

Fonte: SICAF/SEF

Elaboração dos autores

Como anteriormente depreendido através da visualização do Gráfico 3, pode-se constatar que o tempo médio de tramitação dos processos na regional Belo Horizonte difere bastante dos demais. Tal resultado implica fortes evidências de maior eficácia na referida regional.

Procedeu-se, por último, a testes estatísticos para medir a correlação existente entre o tempo médio de tramitação e o valor do débito. Devido ao longo intervalo de tempo do estudo, procedeu-se ao deflacionamento dos valores de débito, convertendo-se os valores correntes em valores reais.

Foram realizados dois testes. O primeiro deles incluindo todos os processos, independentemente dos valores de débito. O segundo excluindo 20% dos processos em cada extremidade, de maior e menor valor de débito, para evitar possíveis distorções que poderiam estar sendo causadas pelos valores extremos.

Os resultados obtidos não demonstram uma correlação considerável. O coeficiente de correlação linear r foi de 0,02, enquanto que o coeficiente de correlação por postos foi de 0,15¹⁴, para o primeiro teste. Para o segundo teste, desconsiderando-se os 20% maiores e os 20% menores débitos, os coeficientes de correlação são 0,10 para ambos. Desse modo, pode-se concluir que não há, de modo realmente considerável, uma correlação entre o tempo médio de tramitação e o valor de débito da execução fiscal.

6. CONCLUSÃO

Em Minas Gerais, o custo médio anual de um executivo fiscal para o Poder Judiciário corresponde a aproximadamente R\$ 473, 60, enquanto para a Advocacia-Geral do Estado corresponde a aproximadamente R\$ 382,71.

Somando-se os custos de um executivo fiscal no Poder Judiciário e na Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais chega-se ao custo anual aproximado de R\$ 853,31.

Por meio da aplicação da metodologia de análise de sobrevivência à determinação do tempo de tramitação dos executivos fiscais, foi possível verificar que metade dos processos tende a tramitar mais de 126 meses. Isso é o mesmo que afirmar que o tempo mediano de duração da tramitação do processo é de 126 meses, ou seja, 10 anos e meio.

Desta forma, considerando em conjunto essas informações, do custo anual e do tempo mediano de tramitação de uma execução fiscal, evidencia-se que um processo judicial dessa natureza possui o custo médio esperado de R\$ 8.959, 76.

Tal informação pode ser de grande valia para o delineamento de uma política pública de cobrança da dívida ativa que seja mais eficiente. Atualmente cerca de 156.989 PTA's encontram-se em aberto no SICAF/SEF, conforme ilustra a tabela abaixo, dos quais 58% (ou seja, 90.997 processos) refere-se a processos abaixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais):

¹⁴ O coeficiente de correlação linear ou de correlação momento-produto de Pearson mede o nível de correlacionamento linear entre duas variáveis de uma amostra. O coeficiente de correlação por postos ou de Spearman indica a força da associação de duas variáveis utilizando-se da ordenação em postos. Partindo de métodos distintos, ambos têm por objetivo mensurar o grau de associação entre duas variáveis distintas.

Tabela 17

PTAs em Aberto Inscritos em Dívida Ativa, no Estado de Minas Gerais, no ano de 2007

Faixa de devedor	Qtde	% Qtde	Valor (R\$)	% Valor
Até R\$ 5.000,00	68.824	43,87%	151.239.842,78	0,71%
De R\$ 5.000,01 a R\$ 10.000,00	22.173	14,13%	158.974.643,61	0,74%
Acima de R\$ 10.000,00	65.901	42,00%	21.091.581.706,06	98,55%
Totais	156.898	100,00%	21.401.796.192,45	100,00%

Fonte: Banco de Dados do SICAF/SEF. Posição em 06.07.2007

Spearman indica a força da associação de duas variáveis utilizando-se da ordenação em postos. Partindo de métodos distintos, ambos têm por objetivo mensurar o grau de associação entre duas variáveis distintas.

Tabela 18

Valores acumulados para PTAs em Aberto Inscritos em Dívida Ativa, no Estado de Minas Gerais, no ano de 2007

Faixa de devedor	Qtde Acum.	Valor Acumulado (R\$)	% Valor Acum.
Até R\$ 5.000,00	68.824	151.239.842,78	0,71%
De R\$ 5.000,01 a R\$ 10.000,00	90.997	310.214.486,39	1,45%
Acima de R\$ 10.000,00	156.898	21.401.796.192,45	100%

Fonte: Banco de Dados do SICAF/SEF. Posição em 06.07.2007

Embora correspondam à maioria dos PTA's em aberto no SICAF/SEF, os processos abaixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) representam apenas 1,45% do valor total dos processos em aberto. Os processos acima de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por sua vez, correspondem a apenas 42% da totalidade de PTA's, o que representa, contudo, 98,6% do valor total.

Essas constatações apontam para a necessidade de se implementar algumas mudanças que poderiam tornar mais eficiente o processo de cobrança da dívida ativa. Mesmo considerando-se que o tempo de tramitação de uma execução fiscal não é influenciado pelo valor da dívida a ser cobrada, observa-se que há um volume significativo de processos que corresponde a um valor inferior ou próximo ao custo estimado de sua cobrança por meio do Judiciário. Em outras

palavras, executando-se uma análise custo/benefício da dívida ativa mineira, espera-se que parte significativa da dívida a ser cobrada, ao fim e ao cabo, implicará, via de regra, em maiores perdas financeiras do que ganhos.

Não é o escopo desse estudo delinear pormenorizadamente as múltiplas perspectivas existentes de se lidar com essa questão, mas cumpre que se evidencie a importância que métodos alternativos de cobrança poderiam significar, notadamente pela via administrativa, como a transação administrativa ou a utilização de um cadastro de devedores do Estado.

O presente trabalho demonstra ainda que as regionais apresentam desempenhos muito distintos quanto ao tempo médio de duração de um executivo fiscal. A regional de Belo Horizonte claramente possui um desempenho superior a todas as outras regionais. As origens dessas discrepâncias – que podem residir em diferenças organizacionais, administrativas, entre outras – bem como alternativas para se lidar com esse problema, sem dúvida são questões extremamente relevantes que devem ser abordadas em futuros trabalhos.

Almeja-se ter respondido à questão inicialmente proposta de se estabelecer, com algum grau confiável de precisão, o custo médio de um processo de execução fiscal para o Estado de Minas Gerais. Pretendeu-se realizar um estudo exploratório dessa questão de singular importância para orientar futuras intervenções de políticas públicas que pretendam lidar com o problema da vultosa dívida ativa do Estado. Novos estudos podem, a partir das evidências alcançadas aqui, pretender explicar qual a razão de os processos judiciais se prolongarem por tanto tempo – há hipóteses, ainda a serem testadas, que atribuem a excessiva morosidade a uma estratégia protelatória dos devedores, ao grande número de devedores não encontrados ou com bens não penhoráveis, às exigências processuais da lei de execução fiscal, dentre outras.

Espera-se ter contribuído para que novas pesquisas nessa linha se proliferem, procedendo-se a uma análise científica do direito que ultrapasse os formalismos dos estudos jurídicos tradicionais para uma compreensão mais abrangente das conseqüências econômicas e sociais da utilização e do funcionamento das instituições judiciárias.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Gugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática*. 2007. Tese (Doutorado) - UFMG, Belo Horizonte.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Reforma do Judiciário: perspectivas*. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em: mar. 2005.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Judiciário e Economia*. 2005.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Pacto de estado em favor de um judiciário mais rápido e republicano*. 2004.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Diagnóstico do Poder Judiciário*. 2004.

COLOSIMO, Enrico Antônio; GIOLO, Suely Ruiz. *Análise de sobrevivência aplicada*. Belo Horizonte: Edgard Blucher, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números, referentes aos anos de 2003, 2004 e 2005.

FERREIRA FILHO, Sérgio Penteado. A marcha processual no processo de execução fiscal: os principais procedimentos adotados durante o processo de execução fiscal. *DireitoNet*, 14 de jun. de 2003. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/11/24/1124/>>. Acesso em: 26 dez. 2007.

OLIVEIRA, Gesner. Custo chamado Justiça. *Correio de Sergipe*, Aracaju, 10 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.correiodesergipe.com/lernoticia.php?noticia=10768>>. Acesso em: 26 dez. 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar. A reforma do Judiciário: uma análise econômica. Seminário Internacional “Sociedade e Reforma do Estado”, São Paulo, 28 de março de 1998. p.226.

SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, v.18, n. 51, 2004.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, v.10, n. 1, 2004.

SOARES, Jose Francisco; FARIAS, Alfredo Alves de; CÉSAR, Cibele Comini. *Introdução a estatística*. 2.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2003. 340p.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A Lei de Execução Fiscal: o contencioso administrativo e a penhora administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, a.2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1320>>. Acesso em: 26 dez. 2007.

TRIOLA, Mario F. *Introdução a estatística*. 9.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2005. 656p.

LESÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA ISONOMIA NA ESFERA DA INSTÂNCIA SUPERIOR NO QUE PERTINE A MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA

TARCISIO MARQUES *

EDSON ALEXANDRE DA SILVA **

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais. 2. O Parquet e o seu múnus no feito criminal. 3. O Contraditório e a manifestação do Ministério Público na 2ª Instância. 4. Jurisprudências. 5. Doutrina no Direito comparado. 6. Conclusão.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Insta-nos como intróito, embora de todos os estudiosos do Direito já por demais sabido, trazer à baila alguns dos princípios basilares do regime democrático que se consubstanciam, entre outros, no *princípio da igualdade das partes, da ampla defesa*, e em principal, como constou do título - *o princípio do contraditório e da isonomia*, quer seja, igualdade das partes em todos os atos e fases processuais.

O princípio do contraditório como sabido figura como um dos mais importantes no processo acusatório, garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado, conforme expresso inclusive na Carta Maior (art. 5º, LV). Segundo tal princípio o acusado goza do direito de defesa sem restrições, repita-se - sem restrições - em todo processo, destarte, deve estar assegurada a igualdade das partes.

Como já apregoava o mestre J. CANUTO MENDES DE ALMEIDA ¹ abordando o princípio do contraditório no processo penal:

"A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo

* Membro do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e Sociais - IBRAJS. Juiz de Direito titular da 2ª. Vara da Comarca de Andradas. Juiz Eleitoral da 13ª. Zona. Pós Graduado em Direito Processual Penal.

** Membro do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e Sociais - IBRAJS. Assessor de Juiz de Direito. Pós Graduado em Direito Público e em Direito Processual.

¹ ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 86-87.

para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito."

Corolário do princípio da igualdade, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições e também de oportunidades. Em outras palavras: se determinada parte se manifestou, seguidamente a parte contrária ou *ex-adversa* deverá ter a possibilidade de também manifestar-se nos autos. Assim, a ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se concedam às partes ocasião e possibilidade de intervenção no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, e, ao menos rebater, ter o direito de rebater o que foi dito em seu desfavor.

Feitas essas considerações preliminares e adentrando no tema propriamente dito (*lesão aos princípios do contraditório e da isonomia*), insta-nos desde já mencionar, fato que não é de ninguém desconhecido, que nos processos criminais, após a prolação da sentença em 1ª Instância, havendo, por óbvio recurso, após as razões e contra-razões das respectivas partes envolvidas (art. 601, CPP), nos termos do artigo 602, Código de Processo Penal, os autos após ascender a instância superior, são remetidos à Procuradoria da Justiça para a sua devida (ou indevida?, como se verá) manifestação (art. 610, CPP).

Nos dizeres do artigo 610, parte final do CPP após essa etapa é que será remetido ao relator, para designação, pela respectiva câmara, de dia para julgamento.

Pois bem, quem desconhece que o Procurador de Justiça, quando de sua manifestação não raras vezes, acrescenta, enxerta, até mesmo insere novas citações de doutrina e jurisprudência às razões/contra-razões do *Parquet* de 1ª Instância? Há casos que conhecemos, que até mesmo inova as teses expostas em instância primeva, muitas vezes até partindo para a exacerbação. Em princípio, poderiam pensar alguns que tal manifestação do Procurador de Justiça seria até aceitável, afinal é o órgão acusador que está com a palavra.

Entretanto, não nos parece correto, aqui usando um eufemismo, pois na verdade nos afigura como inexoravelmente injusto e ilegal, que não seja possibilitado à defesa qualquer oportunidade para manifestar-se sobre a inovação ou o acréscimo aposto no corpo acusatório, em detrimento do réu.

Que desde já não se argua que poderia perfeitamente o réu, através de seu procurador constituído, se desejasse, proceder a sustentação oral, onde poderia rebater o que passamos, doravante, denominar de "*acréscimos acusatórios*", apostos pela Procuradoria de Justiça. Mas, não é também desconhecido de ninguém que a maioria dos réus não dispõe de recursos financeiros para contratar um advogado para desenvolver sua defesa, sendo, via de regra designado advogado dativo para tal mister. Não é também desconhecido de ninguém a carência de Defensores nos Estados da Federação para proceder a defesa, e muito menos realizar a manifestação ou sustentação oral na instância *ad quem*. Assim, somente os réus e acusados que tenham como parceiro o níquel e a prata, é que terão condições de contratar um profissional para o rebatimento do que fora acrescido em seu desfavor pelo Procurador de Justiça que atua em grau de recurso no feito.

Desejamos consignar que uma única vez, durante nossa atuação junto ao Poder Judiciário, pudemos verificar que um único Procurador de Justiça² quando de sua manifestação, assim se pronunciou, *in verbis*:

² Apelação no. 446.123-2 - TJMG - Comarca de Santa Rita de Caldas MG, Procurador de Justiça Marco Antonio Lopes de Almeida

"(...)

Inicialmente, peço venia ao nobre Relator para tecer alguns comentários a respeito de nossa visão acerca da intervenção da Procuradoria de Justiça nos recursos de apelação e nos recursos em sentido estrito.

A nosso aviso, a manifestação do Procurador de Justiça em segunda instância, se contrária ao réu, fere os princípios constitucionais do contraditório e da igualdade entre as partes.³"

De louvar-se, pois, tal iniciativa.

2. O PARQUET E O SEU MUNUS NO FEITO CRIMINAL

Fato é que o crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições da harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária. Mas incumbe ao Estado - que é um meio e não um fim - a consecução do bem comum, que não conseguiria alcançar se não estivesse investido do *jus puniendi*, do direito de punir o crime, que é o fato mais grave que o empeça na consecução daquela finalidade. Consequentemente deve o Estado, além do *jus puniendi*, dispor de outro direito que vai realizar aquele: é o *jus persequendi* ou *jus persecutionis* (direito de ação), que, por assim dizer, realiza o *jus puniendi*.

Assim, o processo como procedimento, é, pois, o conjunto de atos legalmente ordenados para apuração do fato, da autoria e exata aplicação da lei. O fim é este; a descoberta da verdade, o meio⁴.

O Ministério Público é o órgão estatal da pretensão punitiva. Como a aplicação do direito de punir depende de julgamento prévio, existe esse órgão para deduzir a pretensão punitiva em juízo, através da acusação, e também para orientar e ter proeminência em toda a persecução penal⁵.

No processo penal é parte, como senhor que é da ação: propõe-na, enumera e fornece as provas, luta e porfia para o triunfo final da pretensão punitiva, que será proclamado pelo juiz contra o acusado. Participa, pois, do juízo - *acutum trium personarum* - onde existem autor, réu e o juiz⁶.

Sobre a instituição Ministério Público sempre oportuno recordar o ensinamento de JOSÉ FREDERICO MARQUES⁷:

"O Ministério Público, por sua vez, integra a relação processual armado de direitos subjetivos correlacionados com a função que lhe seja dado exercer no desenrolar do procedimento. Quer como autor, quer como fiscal da lei, esse órgão estatal se encontra em face da norma processual, ora na posição ativa de quem exige o cumprimento de imperativos jurídicos em prol dos interesses que encarna, ora na de sujeição passiva a outros imperativos da mesma natureza. Também o Ministério Público, por isso mesmo, é titular de direitos subjetivos processuais, que se configuram segunda a função que lhe é conferida na relação processual" (*Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 289).

³ No mesmo sentido, o artigo de autoria do Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Roberto Schietti Machado Cruz, "Atuação do Ministério Público no processamento dos recursos criminais face aos princípios do contraditório e da isonomia", Revista dos Tribunais, 737/491.

⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁵ MARSICO, Alfredo de. *La rappresentanza nel diritto processuale penale*. 1915. p.150.

⁶ NORONHA, E. Magalhães. Op cit.

⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v.2

Não desconhecemos as prerrogativas do Parquet, todavia, contemporaneamente, considerando que na República Federativa do Brasil vige o Estado Democrático de Direito⁸ (artigo 1º da CF/88), ao nosso aviso, sua manifestação na segunda instância do Poder Judiciário, sem que seja de igual modo possibilitada à Defesa enseja pelo menos uma discussão.

A propósito a Carta Magna de 1988, a Constituição Cidadã incorporou o princípio do devido processo legal, que remonta à Magna *Charta Libertatum* de 1215, de fundamental importância no direito anglo-saxão.

Desde a Revolução de 1789, o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. Não é ocioso recordar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 16) condicionou à proteção dos direitos individuais a própria existência da Constituição⁹.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XI, no. 1º, garante:

"todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa."

Ora, dos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório (ou da bilateralidade da audiência). Trata-se de garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art. 5º, LV).

JULIO FABBRINI MIRABETE¹⁰ sobre a *quaestio* assinala que:

"O acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes. (...) Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições (*audiatur et altera pars*). A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se conceda às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões, etc."

3. O CONTRADITÓRIO E A MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA 2ª INSTÂNCIA

O contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor¹¹.

⁸ Anote-se que o Estado Democrático de Direito, conformado pela Constituição de 1988, é um Estado de Justiça Social. Com efeito, constituem seus fundamentos a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político. (In: CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo*. 13.ed. rev., atual. e ampl. conforme a Emenda Constitucional 53/06. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 1986.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

¹¹ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 21.ed. atual. até a EC 53/06. São Paulo: Atlas, 2007.

Hoje, na apelação comum, subindo os autos ao juízo *ad quem*, irão eles com vista ao Ministério Público de segunda instância, pelo prazo de dez dias, e em seguida - é claro - aos atos preliminares do recebimento do processo no tribunal, respectivo registro e outros mais ¹².

Vejamos:

Nos recursos em sentido estrito, com exceção do de *habeas corpus*, e nas apelações interpostas das sentenças em processo de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção, os autos irão imediatamente com vista ao procurador-geral, pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, passarão, por igual prazo, ao relator, que pedirá designação de dia para o julgamento (*artigo 610 do Código de Processo Penal Brasileiro*).

Se o requerimento não foi indeferido in limine, abrir-se-á vista dos autos ao procurador-geral, que dará parecer no prazo de dez dias. Em seguida, examinados os autos, sucessivamente, em igual prazo, pelo relator e revisor, julgar-se-á o pedido na sessão que o presidente designar (*parágrafo 5º, do artigo 625 do Código de Processo Penal Brasileiro*).

Assim, é que o imortal e sempre lembrado professor JOSÉ FREDERICO MARQUES ensinava que

"(...) Segundo nos parece, o texto mencionado só se afina com os princípios de nosso processo penal se for entendido em termos restritos. O procurador-geral deve ter vista dos autos, não para neles officiar, e sim para tomar conhecimento da causa e acompanhar seus trâmites no juízo *ad quem*."

Com efeito, a vista é aberta a Procuradoria-Geral de Justiça para que o Procurador verifique a pertinência de se fazer sustentação oral da acusação, colocar-se a par das questões debatidas no recurso e, se requerer intervenção nos debates orais do processo para responder à defesa, encontrar-se apto a propugnar pela condenação do acusado.

4. JURISPRUDÊNCIA

A Corte Constitucional Brasileira, STF já teve a oportunidade de tratar da questão que não é singela:

"I - O recorrente foi condenado a 3 meses de detenção, com convalidação em multa, por difamação (Lei 5.250/67, art. 21, caput). O Ministério Público, que falou por último lugar, opinou pela condenação. Como o querelado não pode manifestar-se depois, argüiu a nulidade do processo a partir daí, pois violado teria ficado o devido processo legal na modalidade da ampla defesa. II - O art. 45, IV, da Lei de Imprensa abre prazo para que o autor e réu falem seguidamente. No art. 40, parágrafo 2º., II, determina seja ouvido o Ministério Público. Como o Parquet se manifestou, ainda que como custos legis, contra o querelado, cabia ao juiz, sob pena de violação 'material' do devido processo legal, ter dado oportunidade ao ora recorrente para que ele rebatesse as argumentações ministeriais. Invocação do disposto no parágrafo 2º. do art. 500 do CPP. III - Recurso provido."

(STF, RHC 4457, Relator Ministro Adhemar Maciel, 6ª Turma, julgado em 13 nov.1995, DJU 24.jun.1996, p. 22.810)

¹² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v.4

5. DOUTRINA NO DIREITO COMPARADO

No direito alienígena em Portugal o tema foi objeto de questionamento no Tribunal Constitucional.

MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, comentando o artigo 416 do novo Código de Processo Penal de Portugal de 1988, correspondente ao artigo 664 do CPP de 1929, leciona que:

"cumprirá ao MP no tribunal superior apor o seu visto ou emitir o seu parecer, o qual não está vinculado pela motivação ou pela resposta do Ministério Público emite o seu parecer, podendo suscitar quaisquer que se lhe oferecem como cabidas para a decisão e devendo, logicamente, seguir a ordenação estabelecida nas alíneas do no. 2 do art. 417; em casos que se afigurem de extrema simplicidade aporá o visto no processo."

"A norma do art. 664 do CPP de 1929, reproduzida pelo art. 416 do CPP de 1987, quando interpretada no sentido de conceder ao Ministério Público, para além já de qualquer resposta ou contrapartida da defesa, a faculdade de trazer aos autos uma nova e eventualmente mais aprofundada argumentação contra o recorrido, é lesiva dos princípios consagrados no art. 32, ns. 1 e 5 da CRP."

JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, outro lusitano, asseverou que:

"Relativamente à tramitação do recurso, o Código mantém a vista inicial ao Ministério Público emitir parecer no tribunal superior foi objecto de recente apreciação pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade. Por acórdão de 6 de maio p.p. (1987), o Tribunal considerou inconstitucional o art. 664 do Código de Processo Penal (de 1929), que continha a mesma redação do atual art. 416). Se bem compreendemos, na decisão deste Alto Tribunal, aliás excelentemente fundamentada, a linha - força da argumentação reside mais na violação do contraditório que do princípio de igualdade de armas. Qualquer que seja o rigor da decisão, ela parece ter ido além da intenção do Tribunal. Não se afigura passível de censura constitucional o Ministério Público ter vista do processo. É uma via processual legítima de transmissão dos autos. A outra (notificação e confiança do processo) é estranha à posição do Ministério Público como órgão de justiça."

6. CONCLUSÃO

A filosofia do direito pretende pensar com o rigor do pensamento científico. Pretende ser considerada uma "*ciência do direito*". Para tanto, elude uma tarefa hermenêutica sumamente interessante: interpretar as construções fantásticas do direito penal. Porém ao mesmo tempo também elude uma incumbência ética: a reflexão sobre as conseqüências destas construções para o ser humano que as sofre¹³.

DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS¹⁴ anota que: "*é inegável, diz o Ministro JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, que o Promotor de Justiça detém parcela da autoridade emanada do Estado, razão pela qual os seus atos serão passíveis de controle e de correção judiciais quando afetados pelos vícios da ilegalidade ou do abuso de poder*".

¹³ MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Tradução Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁴ JESUS, Damásio E. de. *Código de processo penal anotado*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

O princípio do contraditório - diz ROBERT WYNESS MILLAR¹⁵: "*é inseparável da administração de uma justiça bem organizada e encontra sua expressão na parêmia romana do *audiatur et altera pars*, pois o juiz deve ouvir ambas as partes para poder decidir e julgar*".

Assim, temos como reluzente que "as partes devem ser postas em condições de se contrariarem" é o mínimo que o ordenamento jurídico pátrio deve prever sob pena de ferir o princípio do contraditório, e, com a ausência deste não há o devido processo legal.

Finalmente, não raras vezes, como já salientado alhures, o Procurador de Justiça em sua manifestação na segunda instância, trazendo novos arestos jurisprudenciais, entendimentos doutrinários e mesmo novos argumentos, induz a Câmara Criminal ao aumento da pena, bem como ainda a negar provimento a apelação manejada pelo réu.

Com a *permissa venia*, em respeito aos princípios ora debatidos, entendemos que deva ser pensado em uma etapa, uma fase a ser deferida à defesa, propiciando, quiçá, ao menos que se proceda a intimação da parte *ex adversa*, para fazer a contra oposição ao que foi em nosso entender indevidamente acrescido, alongado, ou seja, o que denominamos de "*acrêscimos acusatórios*"; e, em caso de tratar-se de réu pobre, portanto sem recursos financeiros, como via de regra, possibilitar em respeito ao princípio do contraditório, da igualdade, etc., que a Defensoria Pública, se manifeste a respeito.

É o mínimo o que se poderia esperar de um Estado Democrático de Direito, onde haja Justiça e vigore princípios basilares da Constituição tal qual o *contraditório e a isonomia*.

*Ne Sutor ultra crepidam.*¹⁶

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CALDAS, Gilberto. *Novo dicionário de latim forense: como traduzir e empregar o latim forense*. São Paulo: LEUD, 1984.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo*. 13.ed. rev. atual. e ampl. conforme a Emenda Constitucional n. 53/06. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CRUZ, Roberto Schietti Machado. Atuação do Ministério Público no processamento dos recursos criminais face aos princípios do contraditório e da isonomia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n.737, p.491.

DE MARSICO, Alfredo. *La rappresentanza nel diritto processuale penale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1915.

¹⁵ MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*, 1945, p. 47.

¹⁶ Não vá o sapateiro além das chinelas*. In: CALDAS, Gilberto. *Novo dicionário de latim forense: como traduzir e empregar o latim forense*. São Paulo: LEUD, 1984.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 1986.
- JESUS, Damásio E. de. *Código de processo penal anotado*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v.2
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v.4
- MESSUTI, Ana. O tempo como pena. Tradução Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003.
- MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, 1945.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Proceso penal*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 21.ed. atual. até a EC 53/06. São Paulo: Atlas, 2007.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- PLATÃO. *Diálogos, Protágoras o de los sofistas*. México: Porrúa, 1996.

"Zeus... enviou Hermes com o objetivo de dar aos homens pudor e justiça, a fim de que construíssem cidades e estreitassem os laços comuns de amizade. Hermes, após receber esta ordem, perguntou a Zeus como deveria dar aos homens o pudor e a justiça, e se as distribuiria como Epimeteu havia distribuído as artes; porque eis aqui como foram estas distribuídas: a arte da medicina, por exemplo, foi atribuída a um homem só, que a exerce para uma multidão de outros que não a conhecem, e o mesmo sucede com todos os demais artistas. Bastará, pois, que eu distribua igualmente pudor e justiça entre um pequeno número de pessoas, ou que os reparta entre todos indistintamente? Entre todos, sem dúvida, respondeu Zeus; é preciso que todos sejam partícipes, porque ao se entregar a um pequeno número, como foi feito com as demais artes, nunca haverá nem sociedades nem povos¹⁷."

¹⁷ PLATÃO. *Diálogos, Protágoras o de los sofistas*. México: Porrúa, 1996. p. 114.

**PARECERES,
NOTAS JURÍDICAS E
PEÇAS PROCESSUAIS**

O Advogado-Geral do Estado proferiu no Parecer abaixo o seguinte despacho:

“Aprovo,
Em 19.09.2007.”

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Fazenda
INTERESSADO: Secretário Adjunto de Estado de Fazenda
NÚMERO: 14.805
DATA: 19 de setembro de 2007

EMENTA: EXAME JURÍDICO A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO E PRORROGAÇÃO DO CONTRATO MANTIDO ENTRE O ESTADO DE MINAS GERAIS E O BANCO ITAÚ S/A – NOVOS PARÂMETROS MERCADOLÓGICOS – PREVISÃO DE GANHOS FINANCEIROS A FAVOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS A SEREM REVERTIDOS NA CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
SUSPENSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.192-70/2001 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO FÁTICO-JURÍDICA A MOTIVAR, A ESSA ALTURA, A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LIMITE TEMPORAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO – NECESSIDADE DE SUBMETER A CONTRATAÇÃO ALMEJADA AOS CONTORNOS DA LEI FEDERAL Nº 8.666, DE 1993.

RELATÓRIO

Vem a esta Advocacia-Geral do Estado, por meio do OF. SEF.GAB. SADJ. Nº 909/07-A, pedido de exame e emissão de parecer a respeito da intenção de o Estado de Minas Gerais rever as condições atuais do contrato mantido com instituição financeira para a execução dos serviços de pagamento da folha do funcionalismo estadual, inclusive, mediante a prorrogação do ajuste existente.

2. Relata a Consulta o fato de que o vigente contrato mantido com instituição financeira para a execução dos serviços acima mencionados foi concebido em momento histórico bem distinto do atual, “ou seja, foram contratados em bases negociais que determinavam, inclusive, custo financeiro ao Tesouro, na medida em que era cobrado do Estado um valor em reais por cada pagamento realizado”.

3. Ao contrário, nos dias de hoje, continua a Consulta, “a conceituação econômica desses serviços, incluído o vínculo formado entre a Instituição Financeira pagadora e os servidores, passou a representar para o Estado, na qualidade de demandante dos serviços, oportunidade de ganhos financeiros, possibilitando ainda a inclusão do tema nas políticas públicas destinadas aos servidores, de maneira a criar condições mais favoráveis a estes no trato de seu relacionamento com os Bancos”.

4. Assim, adverte a Consulta o fato de que o Banco Central do Brasil, ao final do exercício de 2006, editou as Resoluções 3.402 e 3.424, respectivamente, a partir das quais se

dimensionou a perspectiva de ganho financeiro a favor dos entes políticos, sendo certo que, para os Bancos a agregação de valor correspondente se projetou até dezembro de 2.011.

5. Expõe, mais, o ilustre Consultente, que outras unidades da Federação já ou reviram os contratos mantidos com as instituições financeiras ou promoveram, mediante licitação pública, novas contratações dos serviços da folha do funcionalismo com expressivo ganho financeiro “que decorrem da atual caracterização econômica desse ativo”.

6. Em decorrência, tendo em vista a oportunidade mercadológica, acima apontada, bem como os reflexos que o ganho financeiro a favor do Estado de Minas Gerais representará para a implementação de políticas públicas voltadas para os cidadãos mineiros, a Secretaria consultente empreendeu estudo econômico “para estimativa do valor econômico da folha, enquanto ativo a ser negociado com os Bancos” e, paralelamente, deseja a emissão de parecer jurídico.

7. Sobre o parecer jurídico solicitado, pondera a Consulta que seja considerada a “existência do Contrato e Aditivo firmados entre o Estado e o Banco BEMGE/Itaú, cujos serviços relacionados ao pagamento de pessoal estão englobados em seu objeto”, de modo a contemplar a hipótese de prorrogação do “prazo de vigência contratado por mais 60 (sessenta) meses, contados a partir de um provável 2º segundo aditamento, de maneira que o valor a ser negociado com aquele Banco alcance os requisitos necessários à maior precificação econômica possível do negócio que se pretende realizar”.

8. Examinada a matéria, opina-se.

PARECER

9. Conforme se depreende da Consulta, sintetizada no capítulo anterior, almeja o Estado de Minas Gerais, diante da oportunidade mercadológica de ganhos financeiros em relação à contratação da execução dos serviços da folha de pagamento do funcionalismo estadual, avaliação jurídica sobre ser ou não possível à revisão do contrato vigente, mantido com o Banco Itaú S/A, inclusive, prorrogando-o por um período de mais 60 (sessenta) meses.

10. De início, impõe seja dito que o contrato mantido com a instituição financeira acima mencionada decorreu do processo de privatização do Banco BEMGE, ou seja, o Banco Itaú S/A, quando adquiriu o controle acionário do BEMGE, incorporou, entre outros ativos, o contrato que o Estado de Minas Gerais mantinha com aquela instituição financeira pública, que contemplava entre os seus objetos os serviços de execução da folha de pagamento do funcionalismo estadual.

11. Já, em um segundo momento, com apoio na Medida Provisória nº 2.192-70, de 24 de agosto de 2001, bem como diante das circunstâncias fáticas da época, foi admitida a prorrogação excepcional do contrato mantido entre o Estado de Minas Gerais e o BEMGE/Itaú S/A, até o final do exercício de 2.010. O Parecer então exarado pela Procuradora Geral do Estado, hoje Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, concluiu:

Pelo exposto,

opino quanto às questões postas a exame desta Procuradoria Geral do Estado no sentido seguinte:

a) quanto à necessidade ou obrigatoriedade legal de licitação para nova contratação tenho-a, neste momento, por negativa no caso em foco. Optando pela renovação do contrato, não há como exigir uma licitação que não tem como ser levado a efeito por ausência de situação que

possa ser objeto de cotejo com outras propostas, nos termos do art. 25, da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), sendo comprovado haver uma singular condição no negócio firmado entre o Estado de Minas Gerais e o BEMGE, que impede a possibilidade de processo seletivo;

b) quanto à possibilidade jurídica de renovação do contrato para se ampliar o prazo inicial de vigência, tenho-a como possível juridicamente, estando fundamentada na legislação vigente, e, em especial, no art. 4º, §1º, da Medida Provisória nº 2.192-70/2001, que cuida da ressalva contida na parte final do §3º do art. 164, da Constituição da República.

12. Não obstante a conclusão alcançada no Parecer acima aludido, que possuiu respaldo fático e legal no momento em que foi exarado, tem-se que, hodiernamente, não poderá orientar a pretensão do Estado de Minas Gerais.

13. Com efeito, não se vislumbra, como à época do aditivo firmado com o BEMGE/Banco Itáú S/A, as circunstâncias fáticas caracterizadoras de uma impossibilidade jurídica de se deflagrar o processo licitatório de sorte a engendrar uma contratação direta pela via da inexigibilidade.

14. É que, diante do novo panorama que sinaliza a perspectiva de ganhos financeiros a favor do Estado de Minas Gerais ao contratar a execução dos serviços da folha do funcionalismo estadual, não se tem o receio de que os trabalhos burocráticos para se desencadear o processo de uma nova contratação provocarão eventual solução de continuidade na prestação dos serviços em foco.

15. De outro lado, a norma jurídica na qual se apoiou o Parecer então emitido, qual seja, a Medida Provisória nº 2.192-70/2001 – o que não poderá ser desconsiderado aqui – foi objeto de questionamento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, sendo certo que no deferimento da medida cautelar, ainda que com efeito ex nunc, suspendeu-se a eficácia dos arts. 4º, §1º, e 29 e parágrafo único do ato normativo questionado. (ADin nº 3.578, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU de 24/02/2006).

16. Destarte, levando-se em consideração que o Estado de Minas Gerais projeta a nova contratação, nela inserida às novas bases negociais, para um período de 60 (sessenta) meses, não se poderá admitir a prorrogação do contrato vigente nesta extensão, porquanto não mais possui respaldo na Medida Provisória objurgada, como, também, não encontra apoio na Lei federal nº 8.666, de 1993 que, ao contrário, restringe os contratos de prestação de serviços de natureza contínua ao prazo em questão (art. 57, inciso II, da lei citada).

17. Além do mais, a Consulta, de maneira correta, frise-se, adverte que visa “submeter todo o processo à análise do Tribunal de Contas e ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais”. Ora, há de ser ressaltado que o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais posicionou-se contra o aditivo então firmado entre o Estado de Minas Gerais e o BEMGE/Itáú S/A, conforme decisão contida nos autos nº 692050, razão pela qual, por certo, não anuirá a eventual nova prorrogação do contrato em questão.

18. De outro lado, pondere-se que a decisão havida no âmbito do Supremo Tribunal Federal (ADin nº 3.578), bem como o exame perpetrado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, como se percebe da leitura das mesmas, questiona a necessidade de que a disponibilidade de caixa mantenha-se em bancos oficiais, a teor do art. 164, §3º, da Constituição da República de 1988, não se impedindo, pois, a contratação seja com instituições financeiras oficiais, nesta hipótese por eventual dispensa de licitação pública (Resposta do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais a Consulta nº 616.661, DJMG de 21.03.2000, p. 31), ou instituições financeiras privadas a execução dos serviços da folha de pagamento do funcionalismo

estadual, que não se insere no conceito de disponibilidade de caixa. A propósito, colhe-se excerto da seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Carlos Velloso:

É que, disponibilidade de caixa não se confunde com depósito bancário de salário, vencimento ou remuneração de servidor público, sendo certo que, enquanto a disponibilidade de caixa se traduz nos valores pecuniários de propriedade do ente da Federação, os aludidos depósitos constituem autênticos pagamentos de despesas, conforme previsto no artigo 13 da Lei 4.320/64. Como se observa, as disponibilidades de caixa é que se encontram disciplinadas pelo artigo 164, § 3º da Constituição Federal, que nada dispõe sobre a natureza jurídica, se pública ou não, da instituição financeira em que as despesas estatais, dentre elas a de custeio de pessoal, deverão ser realizadas.

(RE 444.056/MG, DJU de 17/10/2005, p. 104)

CONCLUSÃO

Em conclusão, vislumbra-se a possibilidade jurídica de se destacar do vigente contrato mantido entre o Estado de Minas Gerais e o Banco Itaú S/A, operando-se o indispensável distrato, os serviços de execução da folha do funcionalismo estadual de modo a, aproveitando-se do novo panorama mercadológico, contratar os mesmos com outras instituições financeiras, observada a Lei federal nº 8.666, de 1993, ante a vedação legal de se prorrogar o contrato em vigor por um período de mais 60 (sessenta) meses.

É como se submete à elevada consideração superior.

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2007.

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO

Consultor Jurídico-Chefe

O Advogado-Geral do Estado proferiu no Parecer abaixo o seguinte despacho:

“Aprovo,
Em 26.09.2007.”

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Fazenda
INTERESSADO: Secretário Adjunto de Estado de Fazenda
NÚMERO: 14.807
DATA: 26 de setembro de 2007

EMENTA: CONSULTA FORMULADA PELA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA A RESPEITO DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONTRATAR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA OFICIAL MEDIANTE DISPENSA DE LICITAÇÃO PÚBLICA, NOS TERMOS DO ART. 24, INCISO VIII, DA LEI FEDERAL Nº 8.666, DE 22 DE JUNHO DE 1993 – ORIENTAÇÃO JURÍDICA

RELATÓRIO

Vem a esta Advocacia-Geral do Estado, por meio do OF. SEF. GAB. SADJ/970/07, pedido de exame e emissão de parecer a respeito da intenção de o Estado de Minas Gerais promover a contratação da execução da folha de pagamento dos servidores públicos, incluindo-se como contratantes o Poder Executivo, a Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, o Ministério Público Estadual, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e o Poder Judiciário.

2. A um primeiro momento, o ilustre Consulente, após historiar a evolução mercadológica em torno da execução da folha de pagamento dos servidores públicos e o atrativo financeiro por ela representado a essa altura a favor do Estado para o desempenho de políticas públicas, cogitou da contratação direta da atual instituição financeira executora desta atribuição.

3. Contudo, ao se examinar a questão fática sob as circunstâncias do momento presente, esta Advocacia-Geral do Estado manifestou-se no sentido de que não se caracterizava a possibilidade de contratação direta pretendida pela via da inexigibilidade, bem como incorria a pretensão em limitação temporal. Com efeito, no estudo empreendido consubstanciado no Parecer AGE nº 14.805, de 19 de setembro de 2007, formulou-se a seguinte conclusão:

Em conclusão, vislumbra-se a possibilidade jurídica de se destacar do vigente contrato mantido entre o Estado de Minas Gerais e o Banco BEMGE/Itaú S/A, operando-se o prévio e indispensável distrato, os serviços de execução da folha do funcionalismo estadual de modo a, aproveitando-se do novo panorama mercadológico, contratar os mesmos com instituições financeiras, observada a Lei federal nº 8.666, de 1993, ante a ausência de circunstâncias fáticas caracterizadoras de eventual inexigibilidade e diante da vedação legal de se prorrogar o contrato em vigor por um período de mais 60 (sessenta) meses.

4. Em decorrência, retorna o assunto a esta Casa tendo, nesta oportunidade, o ilustre Consulente aprofundado a sua análise econômica a respeito da vantagem da contratação imediata da execução da folha de pagamento dos servidores públicos estaduais, incluindo-se os órgãos públicos mencionados no preâmbulo com vistas a aumentar a perspectiva de retorno financeiro ao Estado, o qual será revertido, reitera-se por relevante, na concretização de políticas públicas a favor dos cidadãos mineiros.

5. Assim, expõe a Consulta o fato de que é preferível operar-se nova contratação pelo período de tempo equivalente a 60 (sessenta) meses em razão de que o Conselho Monetário Nacional editou as Resoluções números 3.402 e 3.424, ambas de 2006, respectivamente, as quais estabelecem que a partir de 1º de dezembro de 2.012 os servidores terão o direito de perceber seus salários em instituições financeiras de seu interesse, o que diminui, consideravelmente, as potencialidades do negócio em prol do Estado, uma vez que o banco pagador não mais terá, a partir de então, “a garantia de que tais fluxos e, portanto, as receitas potenciais associadas”, permanecerão em seu poder, diminuindo-se, destarte, o interesse das instituições financeiras por este “ativo”.

6. Acrescenta-se, ainda, segundo a Consulta, como argumento fático-econômico da perda do Estado de Minas Gerais com a postergação da contratação em apreço o fato de que se for aguardar o prazo remanescente do contrato havido com o Banco BEMGE/Itaú S/A, o qual se encerrará aos 31 de dezembro de 2.010, restaria “negociar os serviços em questão por um período de apenas 12 meses, provocando o esvaziamento do valor econômico desse ativo”, tendo em vista as Resoluções acima mencionadas.

7. Em virtude, portanto, da necessidade premente de se formalizar a contratação almejada, sem maiores perdas financeiras para o Estado de Minas Gerais que, segundo a Consulta alcança, ao se formatar a contratação envolvendo como contratantes todos os órgãos públicos mencionados mais o ente político da Federação, a cada mês decorrido sem sua realização, a expressiva cifra de “R\$18,7 milhões em média por mês, considerado um prazo de 60 meses para o eventual Contrato”; o ilustre Consulente aventa a possibilidade de ser contratado o Banco do Brasil S/A mediante dispensa de licitação pública com fundamento no art. 24, inciso VIII, da Lei federal nº 8.666, de 1993.

8. Informa, para tanto, a Consulta, o fato de que referida instituição financeira formalizou proposta ao Estado de Minas Gerais, a qual acompanha o expediente, e dela se colhe o seguinte excerto: “Em contrapartida à exclusividade dos serviços a serem contratados pelos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público, o Banco compromete-se a repassar aos respectivos entes públicos do Estado de Minas Gerais recursos da ordem de R\$1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais)”. Aludida proposição adverte a Consulta encontra-se em consonância com os valores máximos apurados pela consultoria econômica contratada para estimar o valor potencial da folha de pagamento do Estado de Minas Gerais, estudo este colacionado ao expediente.

9. A Consulta relaciona, inclusive, propostas comerciais levadas ao conhecimento da Secretaria de Estado de Fazenda, apresentadas formalmente pelo Banco Bradesco S/A e pelo Banco do Brasil S/A, sendo que a proposta apresentada por esta última instituição financeira retrata o maior ganho financeiro para o Estado de Minas Gerais, da ordem de R\$38,57 (trinta e oito reais e cinquenta e sete centavos) por servidor/mês pelo prazo de 60 (sessenta) meses.

10. Alude, ainda, a Consulta, ao fato de que as tratativas então mantidas com o Banco Itaú S/A projetavam um ganho financeiro inferior, ou seja, da ordem de R\$32,19 (trinta e dois reais e dezenove centavos) por servidor/mês pelo prazo de 60 (sessenta) meses.

11. Ante os fatos expostos na Consulta, aqui retratados em síntese, formulou o ilustre Consulente a seguinte e objetiva indagação:

Por todo o exposto, gostaríamos de, mais uma vez, contar com o posicionamento dessa Advocacia-Geral, com vistas à emissão de Parecer conclusivo dispondo sobre a possibilidade de, nos termos da hipótese prevista no inciso VIII do artigo 24 da Lei federal 8.666/93, promovermos a contratação direta do Banco do Brasil S.A., uma vez que foi a Instituição que promoveu a oferta econômica mais vantajosa ao Estado.

12. De se registrar que o ilustre Consultante relacionou no expediente documentação complementar, em relação a qual também solicita exame, especialmente no que se refere às minutas relacionadas nos itens 7, 9 e 10 indicadas em sua Consulta.

13. Examinada a matéria, formula-se o seguinte

PARECER

I – EXAME DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONTRATAÇÃO DIRETA COGITADA PELA CONSULTA

14. É de conhecimento notório que a Administração Pública, ao se relacionar contratualmente com terceiros, em regra, se obriga a deflagração do processo licitatório sob as modalidades admitidas na legislação infraconstitucional aplicáveis a cada caso concreto.

15. Não obstante a obrigação republicana de licitar, é a própria Constituição da República que facultou ao legislador ordinário a possibilidade de ressaltar casos específicos que, ocorrentes as circunstâncias fáticas contempladas na lei, possibilitarão a formalização da contratação direta. Eis a redação do inciso XXI do art. 37, do texto constitucional vigente:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamentos, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

16. Em decorrência, com o advento da Lei federal nº 8.666, de 1993, o legislador cuidou de ressaltar as hipóteses em que seriam admitidas as contratações diretas por parte da Administração Pública, ora de forma taxativa, de que são exemplos os incisos constantes do art. 24 da citada lei, a denominada dispensa de licitação pública, ora de forma exemplificativa, de que são exemplos o *caput* e os incisos do art. 25 da lei em destaque, denominada de inexigibilidade de licitação pública. A esse respeito, ensina ADILSON ABREU DALLARI (In: Aspectos jurídicos da licitação. 4.ed. Saraiva: 1997. p. 45):

A legislação vigente cuida em artigos separados da dispensa e da inexigibilidade. Os casos de inexigibilidade são aqueles em que, logicamente, não existe possibilidade de licitação. Os casos de dispensa são aqueles em que, havendo possibilidade de licitação, uma circunstância relevante autoriza uma discriminação.

17. Logo, há de ser obtemperado que a regra é a submissão das contratações públicas ao processo licitatório e a exceção é a contratação direta, seja por fundamento na dispensa, desde que a situação concreta se amolde a circunstância fática acolhida pelo legislador, seja por fundamento na inexigibilidade quando se revelar impossível lógica e materialmente a sujeição da contratação à licitação pública, porquanto ausente a competitividade.

18. Contudo, quando a Lei federal nº 8.666, de 1993 admite que em determinadas circunstâncias fáticas a Administração Pública poderá contratar diretamente pela via da dispensa, por se cuidar de uma exceção ao princípio republicano de licitar, a ação administrativa haverá de se conformar, compulsoriamente, ao conjunto de princípios jurídicos que informam o atuar administrativo e, paralelamente, o ato administrativo discricionário que opte pela dispensa sujeita-se a obedecer, igualmente, a motivação e a razoabilidade.

19. Neste sentido, o art. 26 da Lei federal nº 8.666, de 1993, em sua redação vigente dada pelas Leis federais números 11.107, de 6 de abril de 2005 e 9.648, de 27 de maio de 1998, respectivamente:

Art. 26 - As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, **necessariamente justificadas**, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para eficácia dos atos.

Parágrafo único - O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II – razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III – justificativa do preço;
- IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisas aos quais os bens serão alocados.

20. Entrementes, a contratação direta seja por dispensa, seja por inexigibilidade, impõe a caracterização da situação fática aos contornos estabelecidos legalmente devendo ser demonstrada em processo administrativo próprio, no qual se apresente motivação suficiente e, considerado cada caso concreto, as circunstâncias relacionadas nos incisos do parágrafo único do art. 26, acima transcrito, no que couber.

21. Ora, voltando-se os olhos para a Consulta formulada, tem-se que o ilustre Consulente, diante das circunstâncias fáticas que envolvem a questão, especialmente em razão de que não se poderá prorrogar o contrato havido com a atual instituição financeira executora dos serviços que se pretende contratar; a perda financeira significativa na postergação da formalização do contrato; a perspectiva de que eventual sujeição da contratação à licitação pública não alcançará o montante de recursos financeiros estimados em estudo econômico-financeiro realizado pela Secretaria de Estado de Fazenda e; tendo em vista que o Banco do Brasil S/A apresentou a melhor proposta para a execução da folha de pagamento dos servidores públicos estaduais, indaga sobre a incidência na hipótese fática do art. 24, inciso VIII, da Lei federal nº 8.666, de 1993. O artigo em questão preceitua:

Art. 24 - É dispensável a licitação:

(...)

- VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

22. Há de ser dito, obtemperando-se o quanto já externado nestas razões que, não obstante a excepcionalidade da contratação direta, quando a situação fática subjacente se ajusta à

previsão legal de dispensa de licitação, em relação a qual se apresenta motivação e a atuação administrativa se revela razoável, a mesma poderá ser concretizada sem receio algum de se contrariar princípio fundamental do regime jurídico de direito público, qual seja, o da indisponibilidade do interesse público. Ao contrário, neste contexto, o que se terá, exatamente, é a efetivação deste princípio tão caro ao Direito Administrativo, à consideração da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

23. Entretanto, o preceptivo legal no qual o ilustre Consulente pretende apoiar-se para formalizar a contratação direta cogitada, há de ser dito, é de interpretação polêmica na doutrina especializada. Com efeito, especialmente após o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, a qual atribuiu nova redação, entre outros, ao art. 173, § 1º e seus incisos I a IV da Constituição da República, há autores que defendem que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica não poderão ser contratadas pela Administração Pública com supedâneo no art. 24, inciso VIII, da lei de licitações, porquanto se vulneraria o preceptivo constitucional em destaque, mormente em relação ao seu inciso II, o que atingiria, igualmente, o princípio da livre concorrência, albergado no art. 170, inciso IV da Lei Fundamental e o princípio da isonomia.

24. Em que pese tal posicionamento doutrinário, tem-se, de outro lado, que o art. 24, inciso VIII da Lei federal nº 8.666, de 1993, possui respaldo constitucional no art. 37, inciso XXI da Constituição da República de 1988, o qual ressalva, expressamente, a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público interno poder adquirir serviços prestados por entidade que integre a Administração Pública. Nesse sentido, tem-se que a não submissão da contratação à competitividade é acolhida pela própria Constituição da República razão pela qual não há rompimento seja com o princípio da livre concorrência, seja com o princípio da isonomia.

25. De outro lado, a suposta restrição que parte da doutrina enxerga no art. 24, inciso VIII, da Lei federal nº 8.666, de 1993, segundo a qual ele não se aplicaria a favor das empresas estatais exploradoras de atividade econômica não pode ser tida como a única interpretação possível de tal dispositivo. É que, embora a exegese das hipóteses de dispensa deva ser restritiva, ela não poderá ser formulada acrescentando ao artigo interpretado expressões que nele não se contém.

26. De fato, o preceptivo legal em exame não restringe a possibilidade de contratação, pela pessoa jurídica de direito público interno, de empresas estatais que desempenham atividade econômica, uma vez que a referência à expressão “serviços”, dele constante, não comporta a adjetivação sugerida por parte da doutrina.

27. Ademais, a interpretação sistemática da Constituição da República de 1988, enseja o raciocínio jurídico legítimo no sentido de que a submissão das empresas estatais ao regime jurídico de direito privado não implicará no impedimento de eventualmente serem contratadas diretamente pela Administração Pública, com respaldo no art. 24, inciso VIII da lei de licitações, na medida em que, reitera-se, é o próprio texto constitucional que admite a ressalva, *ex-vi* de seu art. 37, inciso XXI, afastando-se, pois, a pecha de suposto desrespeito à livre concorrência e à isonomia.

28. Destarte, deve-se investigar, no caso concreto, admitida a inclusão de empresas estatais exploradoras de atividade econômica no âmbito de abrangência do art. 24, inciso VIII da Lei federal nº 8.666, de 1993, se o Banco do Brasil S/A perfaz as demais exigências constantes de referido preceptivo legal. O Prof. JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR (In: *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 5.ed. Renovar, p. 275), sobre o assunto, apostila:

A Lei nº 8.883/94 fez a hipótese do inciso VIII girar 180 graus ao tornar dispensável a licitação se:

- (a) o adquirente for pessoa jurídica de direito público interno (logo, a regra não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado na posição de adquirente);
- (b) o bem ou o serviço objeto da aquisição for produzido por órgão (administração direta) ou entidade (administração indireta) integrante da Administração Pública;
- (c) o órgão ou a entidade fornecedor haja sido criado anteriormente à Lei nº 8.666/93 e com o fim específico de produzir aqueles bens ou serviços;
- (d) o preço seja compatível com o que se encontra no mercado.

29. Após analisar o Estatuto do Banco do Brasil S/A, percebe-se que o excerto que se segue, contido no Parecer DIJUR-COJUR/CONSU nº 14.131, sobre a situação fático-jurídica de referida instituição financeira, é retrato da realidade. Eis a passagem aludida de referido estudo:

Com efeito, todos os requisitos previstos no inciso VIII do art. 24 da Llic estão presentes para a contratação do Banco por quaisquer entes federados, senão vejamos.

I – Os Estados – bem assim a União, o Distrito Federal, os Municípios e as Autarquias – são pessoas jurídicas de direito público interno.

II – Na definição do inc. XI do art. 6º da Llic, para efeitos dessa Lei, Administração Pública é a “administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade de direito privado sob o controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas.(...)”

III – O Banco do Brasil é uma instituição financeira que tem por objeto a prática de todas as operações bancárias ativas, passivas e acessórias, a prestação de serviços bancários, de intermediação e suprimento financeiro sob suas múltiplas formas e o exercício de quaisquer atividades facultadas às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

IV – Como instrumento de execução da política creditícia e financeira do Governo Federal, ao Banco do Brasil compete exercer as funções que lhe são atribuídas em lei, especialmente aquelas previstas no art. 19 da Lei nº 4.595/64, dentre as quais destacamos:

- a) receber, a crédito do Tesouro Nacional, as importâncias provenientes da arrecadação de tributos ou rendas federais;
- b) realizar os pagamentos e suprimentos necessários à execução do Orçamento Geral da União;
- c) como principal executor dos serviços bancários de interesse do Governo Federal, inclusive suas autarquias, receber em depósito, com exclusividade, as disponibilidades de quaisquer entidades federais, compreendendo as repartições de todos os ministérios civis e militares, instituições de previdência e outras autarquias, comissões, departamentos, entidades em regime especial de administração e quaisquer pessoas físicas ou jurídicas responsáveis por adiantamentos.

V – Inequivocamente, pois, foi o Banco do Brasil criado, na esteira da lição de Jorge Jacoby FERNANDES acima reproduzida, para a prática dos serviços em questão, ou seja: de pagamento de servidores (folha de pagamento), fornecedores, centralização das contas e serviços afins à atividade bancária.

VI – O Banco do Brasil, como é notório, é instituição financeira secular e sua história, já de 195 anos, confunde-se com o surgimento e desenvolvimento da própria atividade bancária, financeira e econômica no País¹.

30. Mister, a essa altura, advertir o ilustre Consulente de outras objeções formuladas pela doutrina especializada. A primeira delas no sentido de que o art. 24, inciso VIII da Lei federal

¹ A existência jurídica atual do Banco do Brasil teve início nos primórdios do Século findo, com o Decreto nº 1.455, de 10.12.1905.

nº 8.666, de 1993, ao se referir a expressão “Administração Pública”, estaria a significar que a contratação pela pessoa jurídica de direito público interno de entidade que integra a Administração Pública limitar-se-ia às entidades que se encontrassem no âmbito daquele ente político, ou seja, não seria possível cogitar da contratação, por exemplo, pelo Estado de Minas Gerais de entidade da Administração Pública Federal. Tal entendimento, no entanto, encontra-se superado pela grande parte da doutrina. A título de ilustração, têm-se os seguintes escólios:

Basta a lógica para assegurar essa proposição: se o legislador tivesse estabelecido que as pessoas jurídicas de direito público pudessem contratar com órgãos e entidades da Administração, faria sentido restringir o alcance da norma à respectiva pessoa jurídica. Não o fez, porém. Expressamente, e com o conteúdo que precisamente definiu, o legislador usou o termo “Administração Pública”.

(FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 4.ed. Brasília Jurídica, 1999. p. 285).

A compra, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens ou serviços prestados por órgão ou entidade integrante da Administração Pública pode ser efetuada com dispensa de licitação mesmo que o contratante seja de um nível de governo e o contratado de outro. Exemplo: pode um Município adquirir os bens ou os serviços de uma entidade federal, ou estadual, criada para o fim específico de vender aqueles bens e serviços para o poder público, independentemente o nível de governo a que pertença. Tal assertiva se dá em virtude da definição que a Lei Nº 8.666/93 apresentou para “Administração Pública”, conforme consta do art. 6º, inc. XI, que abrange toda e qualquer pessoa jurídica, de direito público e privado, no nível que for, para abarcar a todas naquele abrangente conceito.

(In: BLC - Boletim de Licitações e Contratos, n. 3, 1997, p. 154).

31. A segunda objeção contida na doutrina especializada se refere à circunstância de que a hipótese fático-jurídica retratada no art. 24, inciso VIII da lei de licitações exigiria que, para o aperfeiçoamento da contratação da entidade da Administração Pública, ela devesse ter sido criada para o “fim específico” da contratação pretendida e de atender exclusivamente ao ente político que a criou.

32. Ora, esta objeção é afastada não só pelo argumento deduzido no item 30 supra, por meio da qual se demonstrou que a exegese majoritária do preceptivo legal em apreço admite a contratação de entidade da Administração Pública por diferentes entes políticos da Federação, mas, outrossim, em razão de que a expressão legal “fim específico” não significa dizer que a entidade só possa atuar exclusivamente em prol e a favor da pessoa de direito público que a controla, com o devido respeito às opiniões em contrário.

33. Filio-me, ao contrário, à doutrina que advoga que a expressão contida no preceptivo em destaque se refere ao objeto social da entidade a ser contratada, e não, ao objeto em si a ser contratado. Dizendo de outro modo, o fim específico há de constar do objeto social da entidade, que se viu criada em data anterior à vigência da lei de licitações, não significando que ela tivesse de ter sido criada especialmente para atender, com exclusividade, o ente político que a controla.

34. Destarte, a instituição financeira oficial mencionada na Consulta, atende, ao meu juízo, as exigências legais contidas no art. 24, inciso VIII, da Lei federal nº 8.666, de 1993. A interpretação sistemática aqui defendida a favor do artigo mencionado não se trata de uma interpretação extensiva, mas, sim, de uma interpretação que confere à lei a sua plena e necessária efetividade, respeitado seus contornos.

35. A título de exemplo, deve ser dito que esta interpretação encontra ressonância junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que, ao responder à Consulta nº 616.661, formulada por Município mineiro (DJMG de 21.03.2000, p. 31, Relator Conselheiro Eduardo Carone), à unanimidade dos Conselheiros, admitiu, em situação jurídica como a ventilada na Consulta, a formalização da contratação direta do Banco do Brasil S/A. Extraí-se do voto proferido pelo eminente Conselheiro Relator, o seguinte excerto:

Nessa ordem de idéias, é forçoso concluir que a abertura de conta corrente em instituição bancária é objeto perfeitamente licitável. Primeiro, porque, no mercado financeiro brasileiro, como é notório, existem várias instituições financeiras aptas a ofertar o mesmo produto e serviços bancários à Administração Pública, em níveis elevados de segurança e qualidade. Segundo, porquanto será o instrumento mais eficaz de escolha daquela instituição bancária de melhor solidez econômica e financeira, e que, por conseguinte, dará maior segurança à Administração Pública, como também aquela que oferecerá os melhores serviços, mediante o pagamento de menores tarifas, nos termos fixados no edital de convocação.

Ressalve-se, entretanto, que, em se tratando de instituição financeira oficial, ou seja, aquela integrante da Administração Pública, a licitação é dispensável, atendidos os requisitos expressos no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, com a nova redação dada pela Lei nº 8.883/94 (...)

Os doutos, como, por exemplo, Marçal Justen Filho, entendem que esse dispositivo é inconstitucional, por ofender tanto o princípio da moralidade como o da isonomia, ao criar um privilégio de contratação direta com pessoa jurídica de direito público interno, sem a prévia licitação, para os órgãos ou entidades da Administração Pública. Todavia, em que pese o entendimento doutrinário, da mais alta respeitabilidade, o dispositivo está em pleno vigor. (...)

Diante do exposto, no tocante à necessidade de licitação para a manutenção ou abertura de conta e movimentação bancárias pela Administração Pública, concluo o seguinte:

(...)

b) No caso de instituição financeira oficial, entendida aqui aquela integrante da Administração Pública, a licitação é dispensada, atendidas as exigências estabelecidas no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94.

36. No âmbito da Administração Pública, pode-se, igualmente, afirmar que a interpretação atribuída neste estudo ao art. 24, inciso VIII, da Lei federal nº 8.666, de 1993, também encontra guarida. Exemplificativamente, tem-se que o Município de Belo Horizonte está a contratar diretamente o Banco do Brasil para os fins de pagamento de pessoal e de fornecedores, de arrecadação municipal e centralização de arrecadação. Veja-se o teor do despacho de ratificação de dispensa de licitação emitido pelo Secretário Municipal Interino de Administração e Recursos Humanos (In: Diário Oficial do Município de Belo Horizonte de 15.09.2007, cópia que se anexa ao expediente):

Processo nº 01.112410.07.11

Em conformidade com o art. 26 da Lei Federal nº 8.666/93 e face à solicitação da Secretaria Municipal de Finanças, RATIFICO a situação de dispensa de licitação, com fundamento no inciso VIII, do artigo 24, da Lei 8.666/93, para contratar o Banco do Brasil S/A, para prestação de serviços ao Município, para pagamento de pessoal e de fornecedores da Administração direta e indireta, de arrecadação municipal e centralização de arrecadação.

37. Acrescente-se, ainda, que para o aperfeiçoamento da contratação direta desejada é compulsória a demonstração, no processo de dispensa, de que o preço praticado pela instituição financeira oficial seja “compatível com o praticado no mercado”, em respeito a parte final do art. 24, inciso VIII e ao art. 26, parágrafo único, inciso III, ambos da Lei federal nº 8.666, de 1993.

38. Da documentação acostada à Consulta e do próprio conteúdo desta, que já antecipa a motivação administrativa para o aperfeiçoamento da contratação direta, percebe-se que a proposta materializada pelo Banco do Brasil alcança, diferentemente de outras instituições financeiras que também se manifestaram, a cifra máxima estabelecida pelo estudo econômico-financeiro contratado pela Secretaria consulente, sem a incidência de quaisquer ônus financeiros a cargo do Estado de Minas Gerais, que não desembolsará, inclusive, qualquer recurso para remunerar a referida instituição financeira pelos serviços contratados, isto, aliás, está consignado na minuta do contrato que se pretende firmar. Eis a redação da cláusula oitava da aludida minuta, que integra o expediente:

CLÁUSULA OITAVA – DA REMUNERAÇÃO AO BANCO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS:

Nenhuma importância ou prestação direta será devida pelos CONTRATANTES ao BANCO pela prestação dos serviços objeto da Cláusula Primeira deste Instrumento.

39. Em outra perspectiva do negócio jurídico, a Secretaria consulente obtempera que a deflagração de uma licitação pública, ainda que possível, não seria, do ponto de vista econômico, a melhor solução, advertindo como segue:

Temos então que, provavelmente, o certame contaria com poucos Bancos capazes de prestar o serviço na forma a ser definida, o que faria com que o valor atual estimado para o negócio corresse sérios riscos de não ser alcançado. Devemos enfatizar que o preço médio por servidor/mês poderia cair cerca de 22%, passando para algo em torno de R\$26,00. Caso ocorra tal hipótese, o EMG perderia aproximadamente R\$555 milhões (R\$26,00 x 51 x 561.694 – R\$1.3 bi), os quais, somados ao valor a ser devolvido ao Banco Itaú, R\$128 milhões, representaria perda em torno de R\$683 milhões.

40. Neste diapasão, há de ser considerado que a atuação da Administração Pública deverá concretizar, especialmente quanto às contratações de que participa, os princípios jurídicos da eficiência, da economicidade e da maior vantagem para a Administração, tendo sempre em mente, obviamente, uma ação concertada com o princípio da legalidade.

41. Daí que, à vista das razoáveis ponderações de ordem econômica e financeira da Secretaria consulente, demonstrado que o preço ofertado pelo Banco do Brasil S/A para a execução da folha de pagamentos dos servidores públicos estaduais é consentânea com o preço praticado no mercado por outras instituições financeiras, inserindo-se o mesmo na ressalva legal (art. 24, inciso VIII, da Lei federal nº 8.666, de 1993), que detém, por sua vez, apoio constitucional (art. 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988), afigura-se-nos lícita a contratação direta de que se cogita a Consulta.

42. Será, reiterar-se, indispensável que a Secretaria consulente promova a regular instauração de um processo de dispensa de licitação pública, nos termos do art. 26 da lei de regência, de modo a inserir nesse expediente a motivação administrativa indispensável para a contratação direta que se pretende efetivar com o Banco do Brasil S/A, já, aliás, em boa parte antecipada na Consulta formulada, demonstrando-se que o preço praticado por referida instituição financeira é compatível com o praticado no mercado, colacionando, inclusive, o Estatuto Social de referida instituição financeira e o presente parecer jurídico.

43. Em seguida, dentro de 3 (três) dias da edição do ato administrativo que reconhecer configurada a hipótese da dispensa o expediente deverá ser remetido para a ratificação pela autoridade superior e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias subsequentes, como condição para a eficácia dos atos. JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR (In: *Op. cit.*, p. 312), ensina:

Além da motivação expressa, o ato que autoriza a aquisição direta há de ser submetido à autoridade superior, para ratificação e publicação, sem o que não produzirá efeito. Vale dizer, o ato existirá e poderá estar íntegro (planos de existência e da validade), mas, no plano da eficácia, penderá de ratificação e publicação para que a Administração possa contratar.

44. Aqui, uma ligeira palavra a respeito de quem, no caso concreto, deverá ser a autoridade superior que ratificará o ato administrativo de dispensa da licitação pública, tendo em vista que além do Estado de Minas Gerais, representado pelo seu Governador, constarão como contratantes, outrossim, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Tribunal de Contas e o Ministério Público, todos desta unidade da Federação. Em conseqüência, se recomenda que o ato de dispensa seja firmado, conjuntamente, pelos dirigentes máximos do ente político e dos órgãos públicos mencionados, autoridades estas que subscreverão, futuramente, o contrato administrativo a ser entabulado.

45. Há de ser advertido, entretanto, ao ilustre Consulente, o fato de que, ante a existência do contrato mantido entre o Estado de Minas Gerais e o Banco BEMGE/Itaú S/A para a execução da folha de pagamento dos servidores públicos que o mesmo deverá ser, previamente, distratado na parte correspondente à contratação direta que será formalizada com outra instituição financeira, como, aliás, já salientado no Parecer AGE nº 14.805, de 19 de setembro de 2007.

II – EXAME DAS MINUTAS:

46. A esse respeito, a Consulta solicita exame da minuta do Ofício que o Sr. Governador do Estado remeterá ao Banco Itaú S/A e da minuta do distrato contratual respectivo, as quais seguem por mim rubricadas. A minuta do Ofício está em consonância com o quanto aqui orientado, ou seja, a sinalização prévia à instituição financeira atualmente contratada do interesse de o Estado de Minas Gerais distratar aquele ajuste em relação aos serviços de execução da folha de pagamento dos servidores públicos estaduais.

46.1. Quanto ao conteúdo, em si, da minuta do distrato, a mesma já foi objeto de prévio exame pelo Procurador do Estado que esta subscreve, em reuniões mantidas com o ilustre Consulente e insignes membros de sua assessoria, mantendo-se, assim, a recomendação contida, entre parêntesis, na cláusula terceira da minuta constante do presente expediente, qual seja, de que as orientações de ordem operacional a serem expedidas pela Secretaria de Estado de Fazenda e Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, pertinentes à implementação do distrato, constem, desde já, em um Anexo do instrumento em questão, dele fazendo parte integrante.

46.2. Em relação aos valores que comporão a cláusula segunda, ainda que sinalizados na presente Consulta a memória de seu cálculo, tem-se que se cuida de matéria negocial, a cargo da Secretaria consulente, não sendo o caso de se formular qualquer tipo de consideração jurídica.

47. Outras duas minutas encaminhadas com a Consulta e, em relação as quais o ilustre Consulente solicita pronunciamento são as minutas de Ofício a ser encaminhada pelo Sr. Governador do Estado ao Banco do Brasil S/A, por meio do qual se exterioriza a anuência do Estado de Minas Gerais para com a proposta formalizada por aquela instituição financeira e do contrato a ser entabulado com o Banco do Brasil S/A, sendo que os Anexos nela referidos não

acompanham o expediente. Estas minutas também seguem rubricadas pelo Procurador do Estado que esta subscreve.

48. No que se refere à minuta do Ofício nada se tem a opor.

49. Em relação à minuta do contrato, sugere-se, no preâmbulo, que se digite integralmente o nome das autoridades públicas que representam legalmente os contratantes ali mencionados.

50. A cláusula primeira descreve o objeto contratual de maneira precisa, consistindo ele na “prestação de serviços financeiros pelo BANCO relacionados ao pagamento da folha salarial dos CONTRATANTES, em caráter de exclusividade, abrangendo servidores, membros, sejam ativos ou inativos, pensionistas e demais empregados públicos, ou seja, qualquer beneficiário que mantenha vínculo de remuneração com os CONTRATANTES para recebimento de seus vencimentos, salários, subsídios, soldos, proventos e pensões, em contrapartida da efetivação de débito em conta corrente dos CONTRATANTES, na forma das disposições operacionais constantes do ANEXO 1 a este Instrumento, que passa a integrá-lo”.

51. A previsão contida no parágrafo primeiro da cláusula primeira de que se encontram vinculados ao contrato, além dos órgãos e entidades integrantes da estrutura administrativa dos contratantes, inclusive as empresas vinculadas ao Estado, conforme serão nomeados no ANEXO 2 do instrumento, convém seja ponderado que as empresas estatais detêm personalidade de direito privado, daí que, ao nosso juízo, é preferível adotar a seguinte redação:

Encontram-se, a partir da assinatura deste instrumento, vinculados a ele, todos os órgãos e entidades da estrutura administrativa dos CONTRATANTES. Estão vinculadas a este instrumento as empresas controladas pelo Estado listadas no ANEXO 2 que deverão firmar o Termo de Adesão correspondente, nos termos do ANEXO 3.

52. Diga-se que o modelo do Anexo 3 deverá ser o mesmo adotado à época da contratação do Banco BEMGE/Itaú S/A.

53. Na cláusula primeira, parágrafo segundo, em que pese se estipular que eventuais ajustes anteriormente firmados com o contratado ficam automaticamente revogados, orienta-se no sentido de que cada qual destes ajustes sejam formal e individualmente revogados por instrumentos próprios.

54. A cláusula segunda dispõe regularmente sobre a execução dos serviços fazendo remissão ao Anexo 1, do qual deverão constar as condições e regras operacionais do serviço contratado de maneira pormenorizada.

55. A cláusula terceira estabelece a condição de exclusividade conferida ao contratado, ressalvando-se que eventuais encerramentos de atividades de quaisquer unidades do contratado, instaladas em espaço físico dos contratantes, deverão se efetivar com a prévia concordância destes, desde que não causem prejuízos aos servidores públicos estaduais.

56. Na cláusula quarta, que dispõe sobre os recursos financeiros para pagamento da folha, convém esclarecer o significado do termo D-1, para que na interpretação do contrato, no futuro, não paire qualquer dúvida sobre este termo técnico.

57. A cláusula quinta estabelece, adicionalmente, as condições e regras operacionais constantes do Anexo 1, estabelecendo algumas vantagens a favor dos servidores públicos estaduais, como, por exemplo, isenção de tarifas para a manutenção da conta-corrente no contratado.

58. A cláusula sexta prevê as hipóteses de reparação de falhas e danos e a aplicação de eventuais sanções, nos termos da legislação em vigor.

59. A cláusula sétima dispõe sobre a remuneração devida aos contratantes pelo contratado, o que é uma situação atípica, na medida em que nas relações contratuais é o contratante quem remunera o contratado. Assim, em que pese à atipicidade da previsão, que é, para os fins do acordo, indispensável e uma das razões, inclusive, da escolha do contratado pela via da dispensa da licitação pública, nos parece mais adequado intitulá-la: DO PAGAMENTO DEVIDO AOS CONTRATANTES.

60. A cláusula oitava dispõe sobre a ausência de remuneração do contratado pelos contratantes pela prestação dos serviços objeto da cláusula primeira do contrato.

61. Na cláusula nona se prevê que a rescisão do contrato ocorrerá nos termos da Lei federal nº 8.666, de 1993. No entanto, no que se refere à aplicação de multa, a lei em questão não há prevê especificamente remetendo sua fixação para o instrumento contratual ou para o ato convocatório, *ex-vi* de seu art. 86. Logo, faz-se necessário inserir na cláusula em questão um parágrafo prevendo o montante pecuniário da multa pela eventual inexecução de obrigações a cargo do contratado.

62. A cláusula décima dispõe sobre o prazo de vigência do contrato fixando-a, desde já, pelo prazo de 60 (sessenta) meses. Ora, em não havendo dispêndio de recursos públicos para remunerar o contratado, nos termos da cláusula oitava antes mencionada, tem-se que a definição, desde logo, do prazo de vigência em 60 (sessenta) meses é lícito e está em conformidade com o art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666, de 1993, à vista de se tratarem os serviços contratados de serviços de natureza contínua. A propósito, apostila MARÇAL JUSTEN FILHO (In: *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, Dialética, p. 486):

A contratação pode fazer-se por período total de sessenta meses. Não se afigura obrigatória a pactuação por períodos inferiores. Trata-se de faculdade outorgada pela Administração, que poderá optar por períodos inferiores, com renovações sucessivas (até atingir o limite de sessenta meses).

63. A cláusula décima primeira disciplina a publicação do extrato do contrato no Diário Oficial e a cláusula décima segunda fixa o foro contratual. Relativamente às assinaturas dos contratantes, deve ser lembrado que todos os representantes legais dos contratantes deverão subscrever o contrato, e não apenas o Sr. Governador do Estado.

CONCLUSÃO

Do que vem de ser exposto, tendo em vista que a situação fático-jurídica do Banco do Brasil S/A se amolda à previsão legal contida no art. 24, inciso VIII da Lei federal nº 8.666, de 1993 e; embora seja licitável o objeto pretendido pela Administração Pública, lhe é facultado, desde que obedeça, outrossim, as exigências legais contidas no art. 26 da lei citada e demonstre, cabalmente, que o preço praticado pela instituição financeira em destaque é compatível com o de mercado, bem como distrate previamente o contrato mantido com outra instituição financeira, operacionalizar a contratação direta almejada pela via da dispensa da licitação pública.

Quanto às minutas submetidas ao exame desta Casa, tem-se que as recomendações de suas adequações encontram-se indicadas no corpo do presente parecer para as quais se remete o ilustre Consulente.

É o parecer solicitado, sub censura.

Belo Horizonte, 26 de setembro de 2007.

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
Consultor Jurídico-Chefe

Advogado-Geral do Estado proferiu no Parecer abaixo o seguinte despacho:

“Aprovo,
Em 17.10.2007.”

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável
INTERESSADO: Secretário de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável
NÚMERO: 14.808
DATA: 17 de outubro de 2007
EMENTA: EXAME DA RESOLUÇÃO CONAMA Nº 396, DE 2006 E DA LEI ESTADUAL Nº 14.309, DE 2002 – AUSÊNCIA DE CONFLITO – NORMAS JURÍDICAS QUE SE COMPATIBILIZAM E RESPEITAM O CÓDIGO FLORESTAL – ESPAÇO PARA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DO ESTADO – ORIENTAÇÃO QUANTO A APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 11.428, DE 2006 – PREVALÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

RELATÓRIO

Vem a esta Advocacia-Geral do Estado, por meio do Ofício nº 618/Gab./SEMAD/SISEMA, solicitação de exame e emissão de parecer formulado pelo ilustre Secretário de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável a respeito de eventual conflito existente na exegese de normas federais e estaduais que dispõem a respeito do meio-ambiente.

2. Uma das questões que se coloca é saber qual norma jurídica incide em processos de licenciamento de empreendimentos cuja implementação pressupõe intervenção em áreas de preservação permanente, se a Resolução CONAMA 369, de 28 de março de 2006 ou o art. 13, §3º, inciso I, alínea c da Lei estadual nº 14.309, de 19 de junho de 2002.

3. A outra indagação se refere à proteção do bioma mata atlântica. Nesta hipótese quer-se saber se no caso de um distrito industrial situado em zona de expansão urbana, deve-se seguir as normas dos artigos 30 e 31 da Lei federal nº 11.428, de 2006 combinadas com as demais disposições do regime especial e do regime geral de proteção do bioma em questão ou as normas incidentes são aquelas previstas tão-somente pelos artigos 30 e 31 da lei federal citada, respeitando-se, portanto, apenas a classificação ali prevista.

4. Examinada a matéria, opina-se.

PARECER

5. A primeira indagação posta se refere à suposta existência de conflito entre uma resolução federal editada pelo CONAMA e uma lei estadual, ambas disciplinadoras da intervenção da atividade econômica em área de preservação permanente. Antes de enfrentá-la impõe-se a seguinte digressão.

6. Como se sabe, o Código Florestal, instituído pela Lei federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, criou as chamadas áreas de preservação permanente com a finalidade de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (art. 1º, §2º, inciso II). Segundo apostila PAULO AFFONSO LEME MACHADO (In: *Direito ambiental brasileiro*, 12.ed., Malheiros, p. 638-639):

Há dois tipos de vegetação de preservação permanente: a instituída pela lei florestal e a instituída por ato da Administração Pública. O primeiro tipo está previsto no art. 2º, e o segundo tipo no art. 3º, ambos da Lei 4.771/65.

7. Neste contexto o Código Florestal estabeleceu, mais, que “a supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social” (art. 3º, §1º).

8. De igual maneira, o art. 4º, caput, do Código Florestal, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001, estabeleceu que: “A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto”.

9. Percebe-se, portanto, que as normas gerais contidas no Código Florestal não impedem a atuação da atividade econômica em áreas definidas como de preservação permanente, mas, sim, condicionam que as intervenções nestas hipóteses deverão observar: (i) a prévia autorização do Poder Executivo desde que caracterizada as circunstâncias de (ii) utilidade pública ou de interesse social e (iii) quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

10. Neste diapasão, o próprio Código Florestal, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001, estipulou, em *numerus apertus*, hipóteses de utilidade pública e de interesse social, conforme se depreende de seu art. 1º, §2º, inciso IV, alíneas a e b e inciso V, alíneas a e b, respectivamente. Diz-se que a definição é aberta porquanto, no que se refere às hipóteses de utilidade pública e interesse social, estipulou-se que se caracterizaria como tais “demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA” (art. 1º, §2º, inciso IV, alínea c e inciso V, alínea c).

11. A propósito de o Poder Executivo, por órgão seu, poder estipular quais empreendimentos (obras, planos, atividades ou projetos) caracterizam utilidade pública ou interesse social, admitindo-se, em consequência, a supressão de vegetação em área de preservação permanente, tem-se que não se trata de um “cheque em branco” ao Executivo, mas, ao contrário, deverão os órgãos ambientais, seja no plano federal ou estadual, definirem tais empreendimentos com respaldo na razoabilidade e tendo por parâmetro a mesma natureza jurídica das hipóteses fáticas definidas pela norma geral como sendo de utilidade pública ou de interesse social. A esse respeito o magistério do Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA (In: *Direito ambiental constitucional*, item n.6, 4.ed., 2.tir., 2003, Malheiros, p. 176):

Tanto no caso de utilidade pública como no de interesse social se dá uma faculdade ao CONAMA para, mediante resolução, definir demais obras, planos, atividades ou projetos que possam gerar a possibilidade de supressão da vegetação na área de preservação permanente. É preciso que se esclareça que a faculdade que assim se confere ao CONAMA não é um cheque em branco que o autoriza a aplicar os ditames legais: tais

obras, planos, atividades e projetos não que se enquadrar na mesma natureza dos que foram enumerados, respectivamente, como de utilidade pública e de interesse social.

12. Em decorrência, foi editada a Resolução CONAMA nº 396, de 2006 que, em seu art. 2º, inciso I, alíneas a a g, definiu hipóteses de utilidade pública e no inciso II, alíneas a a d, definiu hipóteses de interesse social para o fim de intervenção da atividade econômica em área de preservação permanente, fazendo-o, contudo, sem inibir ou obstaculizar a atuação legislativa estadual no exercício de sua competência suplementar relativamente à norma geral estabelecida no art. 3º, §1º do Código Florestal. A propósito, é a própria Constituição da República que determina:

Art. 24. (...)

§2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

13. Nesta medida, tem-se que o Estado de Minas Gerais, com espeque em sua competência constitucional concorrente para legislar sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição” (art. 24, inciso VI, da Constituição da República de 1988) e, outrossim, à vista de sua competência suplementar (art. 25, § 1º, da Constituição da República de 1988), editou a Lei estadual nº 14.309, de 2002, que, em seu art. 13, § 3º, alínea c, estabeleceu o seguinte comando:

Art. 13. A supressão de vegetação nativa em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizado e motivado em procedimento administrativo próprio, quando não existir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

...

§ 3º Para fins do que dispõe este artigo, considera-se:

I - de utilidade pública:

...

c) a obra, plano, atividade ou projeto assim definido na legislação federal ou estadual.

14. Como se percebe da leitura tanto do Código Florestal (art. 3º, §1º e art. 4º, *caput*) quanto da Lei estadual nº 14.309, de 2002 (art. 13, *caput*, inciso I, alínea c), tem-se que não incorreu o legislador estadual em qualquer afronta à regra da repartição das competências constitucionais, ao contrário, respeitou-a integralmente.

15. Ou seja, a lei estadual, editada antes do advento da Resolução CONAMA nº 396, de 2006, ao cuidar da peculiaridade regional, sem contrapor-se à norma geral em referência, estipulou que será considerada como utilidade pública para tal fim “a obra, plano, atividade ou projeto assim definido na legislação federal ou estadual”. O saudoso RAUL MACHADO HORTA (In: *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 366) já ensinara:

As Constituições federais passaram a explorar, com maior amplitude, a repartição vertical de competências, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a *Rhamengesetz*, dos

alemães; a *Legge-cornice*, dos italianos; a *Loi de cadre*, dos franceses; são as normas gerais do Direito Constitucional Brasileiro.

16. Logo, a legislação estadual, editada em 2002, em sintonia com a norma geral, diga-se de passagem, estabeleceu tratar-se de utilidade pública para fins de intervenção em área de preservação permanente a obra, plano, atividade ou projeto assim definido não só na legislação federal, mas, igualmente, na legislação estadual, permitindo-se que a atividade econômica se desenvolva regularmente nesta unidade federativa, de acordo com as peculiaridades locais, mas, sobretudo, em conformidade com a preservação do meio-ambiente, nos termos dos artigos 170, inciso VI e 225, *caput*, ambos da Constituição da República de 1988.

17. De outro lado, a superveniência da Resolução CONAMA nº 369, de 2006 em nada conflita com a disposição contida no art. 13, *caput*, inciso I, alínea c, da Lei estadual nº 14.309, de 2002, na medida em que há margem para que o Estado, como ente integrante da Federação, possa legislar sobre as peculiaridades dos empreendimentos em curso na respectiva unidade federativa, quando estes interfiram em áreas de preservação permanente, respeitando-se, naturalmente, as normas gerais. A atuação legislativa do Estado pauta-se, portanto, como já dito, na sua competência legislativa suplementar. Em análise de questão similar, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Compete aos Estados, em relação ao controle ambiental, dentro de seus limites territoriais, estabelecer os índices de poluição toleráveis. À Conama, órgão federal especializado, compete estipular os índices máximos de poluição suportáveis, fixando, em consequência, um mínimo a ser exigido, o que não impede aos Estados formular exigências maiores a respeito, dentro dos limites de seus territórios. Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a multa aplicada por emissão de fumaça de veículos, compatibiliza-se com típico poder de polícia, inserindo-se na legítima competência supletiva do Estado-membro (STJ-1ª T., REsp. 4.161-0-RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 19.4.95, v.u., DJU, p. 13.365).
(STF – Agravo de Instrumento nº 0149742-0/040-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 20.3.96)

18. Em razão do que se expôs, tem-se que, ao invés de conflitarem, a Resolução CONAMA nº 396, de 2006 e a Lei estadual nº 14.309, de 2002 se compatibilizam, sendo que esta respeita, inteiramente, as diretrizes contidas no Código Florestal, norma esta de caráter geral. Aliás, relativamente aos empreendimentos em áreas de preservação permanente, à semelhança da norma geral contida no art. 4º, §4º, do Código Florestal, que se viu reiterado na Resolução CONAMA em destaque (art. 5º, *caput*), a Lei estadual mencionada é incisiva ao reiterar a norma geral referida, no seguinte preceptivo, verbis:

Art. 13. (...)

§5º O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias a serem adotadas pelo empreendedor.

19. Entrementes, reafirma-se a ausência de conflito entre as normas contidas na Resolução CONAMA nº 396, de 2006 e a constante da Lei estadual nº 14.309, de 2002, uma vez que esta foi editada em conformidade com a norma geral prevista no Código Florestal e no exercício da competência suplementar assegurada ao Estado de Minas Gerais, impondo-se, pois, exegese que harmonize ambos os diplomas normativos.

20. Em relação à segunda indagação contida na Consulta, que solicita orientação sobre quais regras da Lei federal nº 11.428, de 2006, a qual dispõe sobre a utilização e proteção

da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, se aplicariam a hipótese de um distrito industrial situado em zona de expansão urbana, tenho que a orientação jurídica é singela.

21. Com efeito, embora os artigos 30 e 31 de referido diploma legal façam menção a proteção do Bioma Mata Atlântica nas áreas urbanas e regiões metropolitanas, há que prevalecer o raciocínio no sentido de que é aplicável, ainda que se cuide de um distrito industrial em zona de expansão urbana, o conjunto da legislação em enfoque, no que for, à evidência, pertinente ao empreendimento a ser realizado, tendo em vista que a interpretação há de ser realizada sistematicamente e não de maneira estanque. É lição do festejado CARLOS MAXIMILIANO (In: *Hermenêutica e aplicação do direito*, Forense, 19.ed. p. 105):

O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.

Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.

CONCLUSÃO

Em conclusão, opina-se no sentido de que não há qualquer incompatibilidade entre a Resolução CONAMA nº 396, de 2006 e a Lei estadual nº 14.309, de 2002, pois ambas se encontram em sintonia com as normas gerais estabelecidas no Código Florestal, existindo, ademais, espaço para o exercício da competência suplementar do Estado de Minas Gerais na definição da obra, plano, atividade ou projeto que se caracterize como sendo de utilidade pública, observando-se os parâmetros legais estabelecidos pelo Código Florestal, competindo ao órgão ambiental competente impor ao empreendedor as medidas mitigadoras e compensatórias tidas como necessárias.

Quanto a aplicação da Lei federal nº 11.428, de 2006 em relação a distrito industrial situado em zona de expansão urbana, tem-se que deverão incidir, na análise do empreendimento a ser realizado, todas as regras constantes de referida legislação que sejam a ele pertinentes, tendo em vista a prevalência da interpretação sistemática.

É como se orienta, sub censura.

Belo Horizonte, 16 de maio de 2007.

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
Consultor Jurídico-Chefe

O Advogado-Geral do Estado proferiu no Parecer abaixo o seguinte despacho:

“Aprovo,
Em 27.12.2007.”

- PROCEDÊNCIA:** IPSEMG – Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais.
- INTERESSADO:** IPSEMG – Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais.
- NÚMERO:** 14.817
- DATA:** 28 de dezembro de 2007.
- EMENTA:** PARECERES/AGE Nº 14.327/2004 E Nº 14.761/2007 - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - MENOR SOB GUARDA JUDICIAL - ROL DE DEPENDENTES - NÃO INCLUSÃO - LEIS FEDERAIS 8.213/91 E 9.717/98 E LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 64/2002 - ESPECIALIDADE - PREVALÊNCIA SOBRE O ART. 33, §3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

RELATÓRIO

Por meio do Ofício GAB/PROC nº 183/07, vem à Advocacia-Geral do Estado pedido da Procuradoria do IPSEMG, de apreciação dos Pareceres de números 14.761, de 13/03/2007, e 14.327, de abril de 2004, com conclusão divergente.

Busca-se, pois, definir a orientação jurídica que dará suporte a decisões administrativas em requerimentos de pensão por morte de menor sob guarda judicial, considerando, de um lado, as disposições das Leis Federais números 8.213/91 e 9.717/98 e da Lei Complementar Estadual nº 64/2002 e, do outro, a previsão do art. 33, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

No parecer de nº 14.327/2004, concluiu-se no sentido de que

“o menor sob guarda judicial não faz jus aos benefícios da Previdência Social uma vez que não está no rol dos dependentes do segurado”

e que

“não há que se falar em aplicação do § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, porquanto é norma de cunho genérico, cuja incidência é totalmente afastada no caso de benefícios mantidos pelo Regime Geral de Previdência.”

A conclusão apoiou-se na interpretação do art. 24, inciso XII, da Constituição da República – competência concorrente para legislar sobre Previdência Social – combinado com art. 5º da Lei nº 9.717/98 que veda, no art. 5º, a concessão de benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) pelos regimes próprios, à consideração da

omissão legislativa, no âmbito federal – art. 16 da Lei 8.213/91 – de menor sob guarda judicial como beneficiário do RGPS, na condição de dependente do segurado. Por conseguinte, da mesma ausência de previsão na Lei Complementar nº 64/2002.

Já no Parecer 14.761/2007, opinou-se pelo direito de inclusão de menor sob guarda judicial como dependente previdenciário com “amparo no art. 33, § 3º, Lei 8.069/90”. Portanto, pelo deferimento de pensão por morte a menor sob guarda judicial, com base em referido dispositivo de lei, mesmo não estando ele incluído no rol de dependentes na legislação previdenciária, federal e estadual.

Exposta a divergência, passamos ao exame da matéria.

PARECER

No Regime Geral de Previdência Social, o menor sob guarda foi excluído do rol de dependentes, por meio da Lei 9.528/97, que alterou a redação do art. 16, §2º da Lei nº 8.213/91.

Por seu turno, a Lei Complementar Estadual nº 64/2002 - que instituiu o Regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais – não incluiu, no rol de dependentes do segurado, o menor sob guarda judicial.

Com efeito, tendo em vista o preceito do art. 33, § 3º, do ECA, Lei nº 8.069/1990, impõe-se definir qual a lei a ser observada na espécie.

A questão já foi objeto de apreciação pela 5ª e 6ª Turmas do Colendo Superior Tribunal de Justiça, especializadas em Direito Previdenciário.

Na 6ª Turma, é firme o entendimento no sentido de que o menor sob guarda não tem direito adquirido à pensão por morte. Assim, em observância do princípio *tempus regit actum*, a partir da entrada em vigor da Lei 9.528/97, que alterou a redação do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91, excluindo do rol de dependentes o menor sob guarda, não tem ele mais direito a tal benefício. Afasta-se a incidência do art. 33, § 3º, do ECA, ao fundamento de se tratar de norma de cunho genérico, inaplicável aos benefícios mantidos pelo RGPS, os quais, por sua vez, são regidos por lei específica. Nesse sentido:

“Ementa: Pensão por morte. Menor sob guarda. Incidência da Lei nº 9.528/97. Inaplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente.

1. O fato gerador da concessão da pensão por morte é o falecimento do segurado; para ser concedido o benefício, deve-se levar em conta a legislação vigente à época do óbito.
2. Inexiste direito à pensão por morte se o instituidor do benefício falece em data posterior à lei que excluiu a figura do menor sob guarda do rol de dependentes de segurado do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.
3. O Estatuto da Criança e do Adolescente é norma de cunho genérico e anterior à lei específica sobre a matéria, por isso inaplicável aos benefícios mantidos pelo RGPS.
4. Agravo regimental improvido.

AgRg no REsp 750.520 / RS AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2005/0080032-8. Relator Ministro Nilson Naves. 6ª Turma. DJ DE 05.06.2006.

“Ementa:
PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DO FATO GERADOR DO BENEFÍCIO. DEPENDÊNCIA APÓS A LEI Nº 9.528/97. IMPOSSIBILIDADE. ESTATUTO DA

CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INAPLICABILIDADE.

1. Resta incontroverso nesta Corte o entendimento de que a lei a ser aplicada, para fins de percepção de pensão por morte, é aquela em vigor quando do evento morte do segurado, que constitui o fato gerador do benefício previdenciário, inexistindo direito adquirido de menor sob guarda na vigência da lei anterior.

2. Tratando-se de benefícios oriundos do Regime Geral da Previdência Social, a lei previdenciária prevalece sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Precedentes.

4. Recurso provido.

REsp323893- SC - RECURSO ESPECIAL 2001/0060106-3 – Relator: Ministro Paulo Gallotti. DJ DE 27.03.2006. 6ª Turma

Perfilhando a mesma orientação, decisões monocráticas: REsp 721.225, Ministro convocado do TRF da 1ª região, Carlos Fernando Mathias, DJ de 20.11.2007 e REsp 981.984, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 17.10.2007.

Já a 5ª Turma do mesmo Superior Tribunal de Justiça vinha decidindo pela incidência do ECA, ao entendimento de que a alteração introduzida no § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 pela MP nº 1.523/96, convertida na Lei 9.528/97, não revogou o disposto no § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, norma de cunho especial. Nesse sentido, EERESP 200101947005/RS. Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 21/08/2003, DJ 29/09/2003; REsp 346.157/SC. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ 22.4.2002 e REsp 762.329, Relatora Ministra Laurita Vaz, quando reviu seu entendimento para acompanhar seus pares.

Ocorre que houve alteração na composição da 5ª Turma, não se sabendo qual entendimento irá prevalecer ali, tampouco na Terceira Seção que também poderá ficar modificada. De outro lado, existem vários Embargos de Divergência aguardando julgamento, quando, então, haverá pacificação do tema naquela e. Corte.

Desta forma, sem embargo da divergência jurisprudencial apontada, mas tendo em vista que a omissão do art. 4º da Lei Complementar nº 64/2002, na esteira da exclusão advinda da Lei nº 9.528/97, que alterou a redação do art. 16, §2º, da Lei 8.213/91, evidencia a intenção do legislador de excluir o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado, aliando-se ao fato de que a lei previdenciária, também especial, é posterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe-se a manutenção dos atos de negativa do direito à pensão por morte.

CONCLUSÃO

Com estas considerações, no momento, é de se manter a conclusão exarada no Parecer/AGE nº 14.327, de abril de 2004, de que o menor sob guarda judicial não faz jus ao benefício de pensão por morte, assegurado pelo Regime Próprio de Previdência Social.

Belo Horizonte, 26 de dezembro de 2007.

NILZA APARECIDA RAMOS NOGUEIRA
Procuradora do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA

O ESTADO DE MINAS GERAIS, por seus Procuradores infra-assinados, com fundamento no artigo 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e artigo 1º, da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, vem, respeitosamente, requerer, **COM EFEITO SUSPENSIVO LIMINAR**, a **SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA** deferida, sem a prévia oitiva do requerente, pela Dra. Juíza de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte, nos autos da **AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0024.06.993616-9 promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, com vista à *“supressão de critério de discriminação por motivo de idade em edital de concurso público estadual e declaração incidental de inconstitucionalidade de dispositivo legal”*.

O despacho antecipatório da tutela, cuja execução se pretende ver suspensa, **suspendeu o concurso público** visando o provimento de 500 (quinhentos) cargos da carreira de AGENTE DE POLÍCIA integrante da Polícia Civil deste Estado, **declarou a nulidade da prova de conhecimentos realizada no dia 06 de agosto de 2006 e determinou, “a abertura de novo prazo para inscrição.”**

Inscreveram-se no certame 42.485 (quarenta e dois mil e quatrocentos e oitenta e cinco) candidatos.

O requisito do limite máximo de idade de 32 (trinta e dois) anos para investidura no cargo consta do item 12.1. “b” do respectivo Edital nº 03/2006, (publicado em maio do corrente ano), e foi estabelecido nos termos do art. 80, II, da Lei estadual nº 5.406, de 1969.

Saliente-se a **URGÊNCIA** da suspensão da execução do referido despacho, especialmente em razão de seus reflexos multiplicadores, tendo em vista **que centenas de concursados aprovados na Prova de Conhecimentos, realizada no dia 06 de agosto de 2006, foram diretamente atingidos pela decisão, e, provavelmente, poderão impugná-la pelas vias legais.**

Esclareça-se, também, que por aviso publicado no “Minas Gerais” (cópia anexa), realizou-se a convocação para a prova seguinte, à qual dezenas de candidatos já se submeteram.

I - DOS ANTECEDENTES: OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face do Estado de Minas Gerais, “*visando a supressão de critério de discriminação por motivo de idade em edital de concurso público estadual e declaração incidental de inconstitucionalidade de dispositivo legal*”.

Argumenta o *Parquet*, em síntese, que o Estado de Minas Gerais fez publicar no “Minas Gerais” de 19/05/2006, o Edital nº 03/06, regulamentando o concurso público para provimento 500 (quinhentos) cargos de AGENTE DE POLÍCIA da Polícia Civil deste Estado, com a exigência da idade máxima de 32 (trinta e dois) anos para o ingresso na carreira, requisito a ser atendido quando da matrícula no curso de formação policial, fase final do processo seletivo.

Aduz o Autor-Público que, em Procedimento Preliminar, ouviu a Diretora-Geral da ACADEPOL, ocasião em que afirmou possuir o limite de idade amparo nos dispositivos da Constituição da República, da Lei nº 5.406/1969 e na Lei Complementar Estadual nº 84/2005. Disse aquela autoridade que o exercício do cargo de Agente de Polícia exigia “*destreza, vigor e desprendimento para as investigações criminais*”, e o candidato deverá prestar seu serviço “*em condições adversas de segurança, com risco de vida, cumprimento de horários normais e irregulares, sujeito a plantões noturnos e a chamados a qualquer hora e dia, inclusive nos dias de dispensa de trabalho. (art. 124 da Lei nº 5.409/69)*”.

Que existem de 3.699 (três mil, seiscentos e noventa e nove) candidatos com idade superior a 32 (trinta e dois) anos, dentre o número total de inscrições realizadas 42.485 (quarenta e dois mil, quatrocentos e oitenta e cinco).

Que o requisito enfocado, exigido para a matrícula no Curso de formação policial, condição de ingresso na carreira da Polícia Civil, está previsto no artigo 80 da Lei estadual nº 5.406, de 1969.

Que o limite máximo de 32 (trinta e dois) anos de idade para a investidura no cargo de Agente de Polícia não teria sido recepcionado pelo art. 7º, XXX, da Constituição da República de 1988 (inconstitucionalidade incidental), “*além de não ser razoável a exigência etária máxima para o exercício da função de Agente de Polícia.*”

A peça vestibular tece, ainda, considerações sobre o disposto nos artigos 5º, *caput*, 7º, XXX, c/c art. 39, § 3º, e sobre a exceção quanto à fixação de limite etário constante no inciso X do §3º do art. 142 aplicável aos militares do Estado, na forma do §1º do art. 42, todos da Carta Magna.

E comentando o disposto no art. 4º da Lei Complementar nº 84, de 2005, que contém as atribuições do cargo de Agente de Polícia, conclui que “*pela leitura dos incisos desse artigo não se pode extrair nenhuma atividade tão exaustiva ou tão pesada que não possa ser exercida por pessoa com 36 (trinta e seis) anos ou 40 (quarenta) anos de idade.*”

Sob a ótica do Autor-Público “*o alegado vigor físico necessário para a execução das atribuições previstas para o cargo deve ser auferido no devido exame físico e não com a estipulação de limite máximo de idade em edital para o concurso público.*”

I.1) DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Postulou o Ministério Público a liminar visando:

“1. a **IMEDIATA SUSPENSÃO DO CONCURSO PÚBLICO** referente ao Edital nº 03/06 para o cargo de Agente de Polícia, com a **ABERTURA DE NOVO PRAZO DE INSCRIÇÃO**, pelo mesmo período anterior, com **SUPRESSÃO DO ITEM 12.1.B** do referido Edital, (com ampla divulgação desta supressão), que prevê limite máximo de idade para matrícula no curso de formação policial, contendo requisitos discriminatórios inconstitucionais (Constituição da República: art. 5º, *caput*, art. 7º, XXX, c/c art. 39, 3º) como critério para ingresso na carreira, até final julgamento, sob pena de cominação de **multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais)**, mais juros de correção monetária pelo FAM – Fator de Atualização Monetária – a ser revertida para o FIA – Fundo Estadual para a Infância e Adolescência, ”.

I.2) DO PEDIDO FINAL.

Além da medida liminar, pediu o Autor Público,

“4. a **PROCEDÊNCIA INTEGRAL** da presente ação, declarando-se, incidentalmente, a **INCONSTITUCIONALIDADE** do disposto no **artigo 80, II, da Lei estadual nº 5.406/69**, por ferir o disposto no art. 5º, *caput*; art. 7º, XXX, todos da Constituição Federal e no art. 13 da Constituição Estadual Mineira, e, subseqüentemente, **DECRETANDO-SE**:

4.1. a **CONVERSÃO**, em definitiva, da medida liminar, e conseqüente **NULIDADE** das **EXIGÊNCIAS DE LIMITE MÁXIMO ETÁRIO de 32 (trinta e dois) anos** consignadas no **item 12.1.b do edital 03/06, para o cargo de Agente de Polícia**, cominando à Administração Pública estadual a **OBRIGAÇÃO DE FAZER**, consistente em proceder a **ABERTURA DE NOVO PRAZO DE INSCRIÇÃO** pelo mesmo período anterior, bem como, a ampla divulgação de novo prazo ora cogitada;”

Alternativamente, pediu:

“4.2. a **NULIDADE** de **TODO o CERTAME PÚBLICO** a que se refere o Edital 03/06, restituindo-se aos candidatos a importância por eles recolhida a título de taxa de inscrição.” (destaques e grifos no original).

A ação foi inicialmente extinta, pela r. sentença de fls. 19/25, prolatada pela douta Juíza substituta legal, Dra. LILIAN MACIEL SANTOS, que reconheceu a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, conforme razões deduzidas em cópia anexa.

Inconformado com a sentença, dela apelou o Ministério Público postulando a sua reforma, sob afirmar que defende interesse individual homogêneo.

II - DO DESPACHO CONCESSIVO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Ao apreciar a apelação interposta, em sede de juízo de retratação, com fulcro no artigo 296 do Código de Processo Civil, a ilustre Juíza titular da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias Estaduais, da Comarca de Belo Horizonte, Dra. ÁUREA MARIA BRASIL SANTOS PEREZ, deferiu o processamento da petição inicial.

Ao mesmo tempo, acolheu a tese do Ministério Público. Considerou presentes os requisitos do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*” e concedeu, sem a oitiva prévia do representante legal do Estado de Minas Gerais, (nos termos do art. 2º da Lei federal nº 8.437, de 1992), a tutela urgente “*com vistas a suspender o concurso público para Agente de Polícia, reconhecendo a nulidade da prova de conhecimentos realizada, determinando a abertura de novo prazo de inscrição referente ao Edital nº 03/06, com supressão da limitação máxima de idade prevista no item 12.1, ‘b’, até provimento final da demanda.*”, consoante argumentação deduzida no r. despacho concessivo da antecipação de tutela, datado de 25 de agosto de 2006, cópia anexa.

A ilustre prolatora do citado despacho justificou a decisão, afirmando, em síntese, que “*analisando criteriosamente os argumentos do autor, bem como as atribuições inerentes ao cargo de Agente de Polícia (previstas no art. 4º da Lei Complementar estadual n. 84/2005) -...- a princípio parece inexistir respaldo a justificar a limitação etária contida no edital, lastreada em lei anterior à Constituição Federal de 1988.*”

Data maxima venia, o r. despacho não pode prosperar, merecendo sua imediata suspensão, como a seguir se demonstrará.

III - DO CABIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO.

Cabível o presente requerimento de suspensão da tutela antecipada, dirigido ao Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, posto tratar-se de órgão competente para julgar eventual recurso interposto de decisão proferida na indicada ação civil pública.

Assim, insere-se na alçada de competência do eminente Presidente do Tribunal de Justiça o exame e julgamento do presente pedido de suspensão.

A medida, ora pleiteada, atende a **manifesto interesse público**, seriamente comprometido com a decisão antecipatória da tutela, implicando, outrossim, **grave lesão à ordem, à segurança e à economia públicas**. Enquadra-se, portanto, na hipótese legal pertinente.

O referido despacho impõe constrangimento ilegítimo, precipitado e prejuízo irreversível ao ente público e aos concursados inscritos no aludido certame.

Registre-se, ademais, que o ESTADO não foi previamente ouvido no prazo de 72 (setenta e duas) horas e nem os candidatos aprovados foram intimados para a defesa de seus direitos.

Neste ponto, configura-se violação da garantia do devido processo legal e da ampla defesa, prevendo-se o ajuizamento de inúmeras medidas judiciais visando a reforma do aludido despacho.

O ESTADO DE MINAS GERAIS possui legitimidade tanto para agravar, nos termos da lei processual, como para requerer, simultaneamente, a suspensão da execução da liminar, na forma do art. 4º. da Lei n. 8.437, de 1992.

IV - DAS RAZÕES PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO R. DESPACHO ANTECIPATÓRIO DA TUTELA.

1) INTELIGÊNCIA CONSTRUTIVA DO CONCEITO DE “LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA”.

2) DA LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA, À SEGURANÇA E ÀS FINANÇAS PÚBLICAS.

3) DA CONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DO LIMITE ETÁRIO.

4) AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A TUTELA: *PERICULUM IN MORA INVERSO*.

Data maxima venia, a decisão, ora impugnada, não pode prosperar, merecendo imediata suspensão, pois além de atentar contra dispositivos legais e constitucionais, causa grave lesão à ordem administrativa, à segurança e às finanças públicas.

IV.1) DO CONCEITO DE “LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA”.

É incontroverso que “*ao Presidente (do Tribunal competente) é dado aquilatar não a correção ou equívoco da medida cuja suspensão se requer, mas a sua potencialidade de lesão a outros interesses superiormente protegidos*”.

Na espécie, apresenta-se incontornável a necessidade de abordar, também, a matéria de fundo em suas origens constitucional e infraconstitucional, eis que as questões jurídicas invocadas na inicial da ação civil pública e no enfocado despacho lhes são pertinentes.

Há de observar, portanto, a linha da posição majoritária adotada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal no AgSS nº 846, 29.5.96, Min. Sepúlveda Pertence, de cuja decisão extrai-se o seguinte:

“Suspensão de segurança: natureza cautelar e pressuposto de viabilidade de recurso cabível contra a decisão concessiva da ordem.

*A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia plena do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão de interesses públicos privilegiados – a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do **fumus boni iuris** que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante.”*

A propósito, na Suspensão de Segurança nº 1.133-2/STF, in DJU de 19/11/1996, o eminente Presidente, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, reafirmou tal orientação:

“Essa orientação – como recorda, no caso, o pedido de suspensão – ganhou substancial reforço dogmático com o advento da L. 8.437/92: depois de estender o âmbito da suspensão cautelar às liminares deferidas contra atos do Poder Público em outros processos que não o mandado de segurança (art. 1º), a lei acrescenta aos pressupostos tradicionais da contracautela - a necessidade de ‘evitar grave lesão à ordem, à saúde, à

segurança e à economia públicas’ - as hipóteses de manifesto interesse público ou de flagrante ilegalidade (art. 4º).”

*“Certo, a L. 8.437/92, literalmente, tem por objeto, como dito, a liminar concedida (arts. 1º, 2º, 3º e 4º) ou a sentença proferida (arts. 3º e 4º, §1º) em vias processuais que não a do mandado de segurança; **parece claro, entretanto, que, no ponto considerado, também a ele é de aplicar-se a regra da suspensão cautelar da eficácia de decisões concessivas viciadas de flagrante ilegitimidade.**” (grifamos)*

E prossegue o judicioso voto:

*“A verdade, aliás, é que, independentemente da lei, a partir da inteligência construtiva do conceito de ‘lesão à ordem administrativa’ - tema que fez escola o ensinamento repetido do em. Ministro Néri da Silveira (TFR, SS 5.265, DJ 7.12.79) -, os Tribunais vinham reconhecendo existir casos - como há anos pode sustentar (Pareceres do Proc. Geral da República, 1988, p. 566) - **‘em que a injuridicidade da decisão é de tal modo evidente que a sua subsistência, ofendendo princípios basilares do sistema, abala a segurança da ordem jurídica, de forma a reclamar a suspensão imediata de sua eficácia.’** (grifamos)*

*Entre estes casos de flagrante ilegitimidade ou evidência injuridicidade da decisão a impor urgente suspensão em prol da ordem jurídica administrativa, **creio situar-se o que claramente ultrapasse os lindes do âmbito material ou dos instrumentos processuais do controle pelo Judiciário da ação dos demais poderes do Estado.**” (grifamos)*

IV.2) DA LESÃO À ORDEM, À SEGURANÇA E ÀS FINANÇAS PÚBLICAS.

Observando-se a orientação do Excelso Supremo Tribunal Federal e diante da solução apresentada pela MMª Juíza no indigitado despacho, ora impugnado, que suspendeu o concurso público já na fase de realização da segunda prova, inclusive após a convocação de candidatos aprovados na primeira, já se evidencia, na espécie, **o potencial de lesão à ordem jurídica, à segurança e às finanças públicas.**

De início, evidencia-se a violação à ordem pública, eis que a decisão é ofensiva ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, tendo em vista que o ESTADO DE MINAS GERAIS não fez parte da relação processual originária.

Constata-se que o despacho ora impugnado foi prolatado **sem a prévia oitiva do representante legal da entidade-ré**, ora requerente, apesar de lhe impor a suspensão do mencionado concurso e a decretação de nulidade de uma prova realizada por 42.485 candidatos inscritos, com a participação de elevada quantidade de recursos humanos, materiais e financeiros.

Surpreendente, ainda, **a determinação judicial para que o requerente reabra o prazo de inscrição**, “*com a supressão da limitação máxima de idade prevista no item 12.I, “b”, do Edital*”, até decisão final da demanda, por entender, a douta prolatora da decisão, invocando o art. 7º, III, da Constituição Federal, “*inexistir respaldo a justificar a limitação etária contida no edital, lastreada em lei anterior à Constituição de 1988.*”

De se ver que o ponto central da controvérsia reside na adoção, pelo Edital nº 03/06, publicado no “Minas Gerais”, de 19 de maio de 2006, que regulamenta o concurso público para provimento de cargos de Agente de Polícia, do requisito de 32 (trinta e dois) anos como limite máximo para matrícula no Curso de Formação Policial, uma das fases do certame, mesmo reconhecendo o Autor Público que tal requisito foi estabelecido pelo art. 80, II, da Lei estadual nº 5.406, de 1969.

Neste contexto, fácil constatar, na antecipação da tutela, simultânea e concomitantemente, **as seguintes LESÕES**:

a) à ORDEM JURÍDICA:

- por **ofensa aos princípios constitucionais da interdependência harmônica dos poderes e do poder de auto-organização dos serviços públicos pelos Estados-membros** (arts. 2º, 24 e 25 da CF/88), sendo inadmissível, - apesar de reconhecer a excelência dos serviços prestados à comunidade pelo Ministério Público e a competência e zelo da douta magistrada -, que tais órgãos possam tomar para si deliberação de atos de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

In casu, ditos atos resultam, sempre e necessariamente, do exame de conveniência e oportunidade daqueles escolhidos pelo meio constitucional próprio para exercê-los, pois **atinentes à organização dos serviços públicos** estaduais, em especial, à segurança pública.

Nesta vertente, o mais grave, é que o entendimento judicial assentou-se “*nos argumentos trazidos pelo Autor-Público*”, para declarar “*inexistir respaldo a justificar a limitação etária contida no Edital, lastreada em lei anterior à Constituição Federal de 1988*”, repita-se, sem ao menos oportunizar a manifestação preliminar do representante judicial do Estado-membro;

- por **ofensa ao princípio de sobreposição do interesse público ao interesse privado**, eis que a antecipação da tutela foi concedida em benefício de interesses subjetivos defendidos pelo Autor-Público, a favor de supostos (e identificáveis) candidatos cuja idade ultrapassaria **o limite etário de 32 (trinta e dois) anos fixados em lei**; não se configura interesse coletivo homogêneo disponível; caracteriza-se, ainda, prejuízo aos direitos: (i) do restante da população; (ii) dos demais candidatos que compareceram a tempo e modo à convocação editalícia; (iii) do erário e do interesse público, o que por si só embasa a concessão da contracautela aqui pleiteada;

- **por ofensa direta aos arts 37, I e II, e 144, § 7º, da CF**, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, tendo em vista que o limite etário para a investidura no cargo de Agente de Polícia foi (e poderia ser) fixado por lei estadual, no caso, a Lei nº 5.406, de 1969, recepcionada pelos dispositivos retro mencionados **c/c com os arts. 2º, 24 e 25, todos da Carta Magna**;

- por ausência de **ilegitimidade ativa “ad causam”** do Ministério Público, extrapolando a **competência prevista no inciso III do art. 129 da CF**;

- **por ofensa ao devido processo legal e aos artigos 2º e 4º, §4º, da Lei 8.437, de 30.06.92**, pois negada a prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, no prazo de 72 (setenta e duas) horas anteriores ao deferimento da liminar.

b) à ORDEM ADMINISTRATIVA E À SEGURANÇA PÚBLICA:

- em razão do iminente risco de **engessamento de serviço público relacionado às funções de resguardar e preservar a segurança da coletividade**, atividades integrantes da carreira de Agente de Polícia, já desfalcada em decorrência do atraso imposto com a suspensão do concurso público para provimento de 500 (quinhentos) cargos, o que poderá comprometer, quanto à segurança pública, que é direito de todos a tão almejada eficácia deste dever do Estado;

- em face da **potencialidade de ocorrências de graves e imprevisíveis distúrbios da ordem e segurança pública**, tendo em vista a impossibilidade de serem substituídas, em todo o Estado de Minas Gerais, em descompasso com o Planejamento Governamental, as funções que deveriam desempenhar, em curto espaço de tempo, os futuros titulares dos 500 (quinhentos) cargos ofertados no concurso, que fora suspenso pela decisão objurgada;

c) às FINANÇAS PÚBLICAS:

- diante do irreversível prejuízo imposto ao ESTADO DE MINAS GERAIS, (*periculum in mora inverso*), sabido que a reedição do concurso público com participação de mais de 42.400 candidatos inscritos exige mobilização de expressivas quantidades de recursos humanos, de materiais e de verba orçamentária (aproximadamente R\$1.000.000,00 – um milhão de reais).

Em suma, a execução do r. despacho deferitório da tutela exige, concernente à administração do sistema de defesa social, alterações de metas e de deliberações pré-estabelecidos pelos órgãos competentes, **suficientes para lesionar a ordem jurídica e administrativa, a segurança e as finanças públicas, em face do obstáculo imposto ao desempenho de ações administrativas de extrema relevância, eis que voltadas à segurança pública.**

Com efeito, o pedido formulado na inicial e a antecipação de tutela são, *data maxima venia*, exemplos típicos de intromissão em assuntos reservados à Administração Pública, que nada pode fazer se não tiver recursos financeiros, materiais e humanos disponibilizados dentro das previsões programáticas e orçamentárias, apesar da notória necessidade de admissão de Agentes de Polícia.

Basta ressaltar que, inexistindo, no momento, o quantitativo de recursos humanos qualificados, - ainda dependentes da finalização do processo de recrutamento, seleção e treinamento -, impossível juridicamente a assunção, por outros servidores, das atividades pertinentes ao exercício dos cargos ofertados em concurso.

IV.3) DA CONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DO LIMITE ETÁRIO, SEGUNDO A NATUREZA E PECULIARIDADES DA CARREIRA DE AGENTE DE POLÍCIA.

a) ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DAS CARREIRAS DE SEGURANÇA PÚBLICA.

b) COMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO: RECEPÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL.

c) OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

No que se refere à **LESÃO À ORDEM JURÍDICA**, desconsidera, d.v., a r. decisão, o disposto no art. 37, “caput”, e incisos I e II do art. 37 da CF, que determinam, expressamente, para a investidura em cargos, empregos e funções públicas, o preenchimento dos requisitos estabelecidos e na forma prevista em lei “*de acordo com a natureza e complexidade do cargo e emprego*”, bem como o § 7º do art. 144 da mesma Lei Magna, que remete à lei a disciplina e organização dos órgãos responsáveis pela segurança pública, “*de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.*”

Ora, evidenciam-se, sem qualquer dúvida, os fins sociais a serem atendidos: o princípio da **eficiência** é aquele revelado pelo Texto Magno como finalidade inafastável da atuação da Administração Pública e do comportamento interpretativo.

Referidas normas são aplicáveis em harmonia com o disposto no art. 7º, XXX, da CF. Sob este ângulo da questão, não se ignoram os julgados inadmitindo a imposição de limitações de idade para o ingresso, por concurso, no serviço público; no entanto, tais julgados, em sua maioria, resguardam as hipóteses que contemplam a natureza e peculiaridades do cargo.

Ora, a interpretação constitucional resolve-se pelos princípios constitucionais, visando evitar erros entre normas aparentemente conflitantes. E os fins eleitos pela norma constitucional conduzem a interpretação jurídica.

Na hipótese dos autos, tanto pela diretriz constitucional, quanto pelos precedentes jurisprudenciais, o conflito instalado só pode ser solucionado após exame do caso concreto e seu enquadramento à norma jurídica.

Vejamos.

a) A Constituição da República reserva ao art. 144 do Capítulo III do Título V, denominado “**Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas**”, a seguinte determinação:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I. polícia federal;

II. polícia rodoviária federal;

III. polícia ferroviária federal;

IV. polícias civis;

V. polícias militares e corpos de bombeiros militares.

(...)

§ 4º. *As polícias civis, dirigidas por delegados de polícias de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.*

(...)

Quanto às polícias civis e militares e corpos de bombeiros militares, (incisos IV e V), o § 6º do referido art. 144, as **subordinam, expressamente, aos Governadores dos Estados**, seguindo-se-lhe o §7º, dirigida aos Estados, ao estabelecer:

§ 7º. *A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.*” (grifamos).

Por outra senda, os incisos I e II do art. 37 da Constituição Federal **asseguram o acesso aos cargos**, empregos e funções públicos, **“aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”**, e que **“a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público ... de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.”**

Vê-se que o comando constitucional remete à lei a competência para estabelecer requisitos de investidura no cargo público, por concurso, atendidas as peculiaridades das funções atribuídas ao mesmo.

b) Esta **lei**, sem dúvida, é da **esfera estadual**, nos termos do disposto nos artigos 24, XVI, §§1º e 3º e 25, § 1º, ambos da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XVI, organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis;

(...)

§1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

(...)

§3º. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades”

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

(...)

§1º. São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”

Pela simples leitura dos retro mencionados arts. 37, I e II, 144, §§ 6º e 7º, 24, XVI, §§ 1º e 3º, e 25, §1º, conclui-se que a competência para deflagrar o processo legislativo sobre a organização e o funcionamento dos órgãos administrativos, em especial dos órgãos incumbidos, na esfera estadual, da segurança pública, é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

Ademais, diante do entendimento firmado em precedente do Excelso Supremo Tribunal Federal (ADI 882), no sentido de que a *segurança pública* está abrangida no conceito de “*organização administrativa*”, incontestoso que a *gestão* da segurança pública, na esfera estatal, é atribuição privativa do Governador do Estado (Min. EROS GRAU, ADI 2.819).

Ora, o princípio **geral** contido no art. 7º, XXX, da CF vigente **não exclui os especiais e excepcionais**, como os contidos nos incisos I e II do art. 37 c/c o art. 144, §7º, ambos da Carta Magna, quando remetem ao legislador ordinário estabelecer os requisitos para o acesso a cargos públicos.

Logo, houve delegação expressa para o legislador ordinário, da função regulamentadora da Constituição, na edição de normas legais que fixam os requisitos necessários ao exercício do cargo posto em concurso, dentre eles, a aptidão física, mental, profissional e outros.

Em suma, a Polícia Civil, (composta de várias carreiras), subordina-se ao Governador do Estado, e a lei disciplinar-lhe-á a organização e o funcionamento, **visando a garantir a eficiência de suas atividades**. Neste ponto, sobreleva assinalar que o interesse público prevalente exige “**eficiência**” no desempenho das atividades policiais.

Pode-se, então, afirmar que a estruturação legal das carreiras policiais civis, implantadas no Estado de Minas Gerais, tal como a definição de competência dos cargos integrantes da carreira de **Agente de Polícia**, bem **como os requisitos para a investidura nestes cargos, constituem matéria de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, consoante previsão constitucional**.

Neste cenário foi editada a Lei Complementar nº 84, de 25 de julho de 2005, que “*Modifica a estrutura das carreiras policiais civis, cria a carreira de Agente de Polícia, cria cargos no Quadro de Pessoal da Polícia Civil e dá outras providências.*”

A carreira de **Agente de Polícia**, na forma do art. 1º da Lei Complementar Estadual nº 84, de 2005, integra a estrutura das carreiras policiais civis e o art. 4º, da mesma lei, estabelece as suas atribuições, nestes termos:

*“Art. 1º. A estrutura das carreiras policiais civis, integradas pelas carreiras de Delegado de Polícia, Médico Legista, Perito Criminal, Escrivão de Polícia, **Agente de Polícia** e Auxiliar de Necropsia, passa a ser a estabelecida nesta Lei”. (Vide art. 2º da Lei nº 15962, de 30/12/2005.)*

“Art. 4º. O servidor ocupante de cargo de provimento efetivo de Agente de Polícia tem por atribuição as atividades integrantes da ação investigativa, para o estabelecimento das causas, circunstâncias e autoria das infrações penais, administrativas e disciplinares e:

I - o cumprimento de diligências policiais, mandados e outras determinações da autoridade superior competente, contribuindo na gestão de dados, informações e conhecimentos e na execução de prisões;

II - a execução de busca pessoal, de identificação criminal e datiloscópica de pessoas para captação dos elementos indicativos de autoria de infrações penais;

III - a execução das ações necessárias para a segurança das investigações, inclusive a custódia provisória dos presos no curso dos procedimentos policiais, até o seu recolhimento na unidade responsável pela guarda penitenciária;

IV - a coleta de dados objetivos pertinentes aos vestígios encontrados em bens, objetos e locais de cometimento de infrações penais, inclusive em veículos, com a finalidade de estabelecer sua identificação, elaborando autos de vistoria, descrevendo suas características e condições, para os fins de apuração de infração penal;

V - a coleta de elementos objetivos e subjetivos para fins de apuração das infrações penais, administrativas e disciplinares.

§ 1º O conhecimento técnico-científico pertinente às funções de vistoria de veículos e às de identificação humana, de natureza biológica e antropológica, para fins da investigação criminal, será incorporado à formação dos servidores policiais civis e, especialmente, à formação dos Agentes de Polícia, dado o caráter especial e específico de sua função.

§ 2º As infrações administrativas e disciplinares de que trata o caput deste artigo são aquelas ocorridas no âmbito da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.”

Ao lado disso, o ingresso nas carreiras mencionadas **depende, da observância** de outros requisitos, inclusive de escolaridade, previstas no artigo 9º do mesmo diploma legal.

No referido dispositivo verifica-se que o nível de escolaridade e a habilitação mínima exigidos para o ingresso nos cargos policiais são diferentes para cada carreira, assim como desiguais é o conteúdo, a natureza, a complexidade e as peculiaridades.

E mais: o art. 7º da LC nº 84 consagra a hierarquia e a disciplina como valores de integração e otimização das atribuições dos cargos e competência organizacionais pertinentes às atividades da Polícia Civil, ao dispor, dentre outros valores, igualmente observados, que “o servidor ocupante de cargo de provimento efetivo de Agente de Polícia tem por atribuição as atividades integrantes da ação investigativa”, incumbindo-lhe, dentre outras, o “cumprimento de diligências policiais, mandados e outras determinações da autoridade superior competente”; “a execução de busca pessoal, de identificação criminal e datiloscópica de pessoas para captação dos elementos indicativos de autoria de infrações penais;”.

Sob este enfoque, há de se reconhecer **recepção** pela Carta de 1988 e pela EC nº 19/1998, o disposto no artigo 80 da Lei estadual nº 5.406, de 1969, inclusive o **limite etário** constante do inciso II, que dispõe:

“Art. 80. São requisitos para matrícula em curso da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais:

I - ser brasileiro;

II - ter no mínimo dezoito anos e no máximo trinta e dois; ...”

A propósito, a matrícula no Curso da Academia de Polícia assegura ao candidato uma bolsa de estudo, durante toda a realização do curso, equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor correspondente à remuneração atribuída ao nível inicial da carreira, nos termos do art. 81 do mesmo diploma legal, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 11.180, de 10/8/1993.

O candidato aprovado nas fases anteriores, - o aspirante ao cargo policial -, passa a receber uma bolsa de estudo. Nessa fase, inicia-se um treinamento especializado do candidato, de altíssimo custo para o erário.

Adequado e necessário ou seja, constitucionalmente “razoável”, que a admissão na ACADEPOL exija o atendimento da limitação etária, sob pena de impor despesas desnecessárias ao ESTADO.

Sem se descuidar das condições exigidas para o desempenho do cargo em questão, da competência a ele atribuída e **do atendimento ao princípio da eficiência preconizado no texto constitucional**, a Administração Pública, nos termos do processo legislativo de sua iniciativa, não pode ser despojada de suas prerrogativas constitucionais, como ocorreu na espécie.

A adoção, por lei, do limite máximo de idade, é sim constitucional, uma vez que o desempenho efetivo do cargo exige de seu titular “*destreza, vigor e desprendimento para as investigações criminais*”, “*em condições adversas de segurança, com risco de vida, cumprimento de horários normais e irregulares, sujeito a plantões noturnos e a chamados a qualquer hora e dia, inclusive no dias de dispensa de trabalho.* (art. 124 da Lei 5.406/1969)”

c) OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Não há, portanto, de se argumentar, como procedido na inicial, que a exigência de idade é “irrazoável”. Pelo contrário, o impugnado requisito afigura-se **razoável**, pois adequado, oportuno e compatível com a finalidade pública específica, atendendo, outrossim, o princípio da eficiência.

A propósito do tema, invoca-se a doutrina:

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, (1989:37-40), afirma sobre a razoabilidade: “*o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos **interesses públicos***”.

Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o renomado jurista realça o aspecto entre **oportunidade e conveniência**, de um lado, e a **finalidade**, de outro. Para esse autor, diz ela, “*a razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.*” (Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2000. p. 81). Grifos nossos.

LUÍS ROBERTO BARROSO assim sintetiza o papel do referido princípio:

“(...) dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.” (Interpretação e aplicação da Constituição. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 223- 224)

Analisando ditos requisitos, na (a) **adequação**, busca-se aferir se uma determinada medida consiste no meio certo para levar à finalidade almejada. No caso em exame, não se verifica qualquer excesso no critério diferenciador utilizado como meio (limite de idade de 32 anos) em face do fim público perseguido na espécie (formação de um quadro de pessoal com aptidões, inclusive físicas, aptas para a satisfação das necessidades de segurança pública). O pretenso sacrifício a interesses individuais justifica-se em face dos objetivos condutores da atuação administrativa, a saber, a proteção da segurança na sociedade.

Anota GUSTAVO FERREIRA SANTOS, (O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004), que segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a mera realização parcial do fim já é suficiente para tomar a medida como adequada, pois o Judiciário apenas analisa se o meio é objetivamente adequado à finalidade proposta. *“Nesse sentido, um meio só será considerado inadequado se não ajuda, de alguma forma e em algum grau, a facilitar o fim declarado. Assim tem sido formulado pelo Tribunal Constitucional alemão o enunciado desse subprincípio: ‘um meio é adequado quando com sua ajuda pode ser alcançado o resultado perseguido’ (cf. Cara, 1994, p. 303).” (p. 111)*

HUMBERTO ÁVILA (Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005) afirma: *“Essas considerações levam ao entendimento de que o exame da adequação só redundará na declaração de invalidade da medida adotada pelo Poder Público nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta. Caso contrário deve prevalecer a opção encontrada pela autoridade competente.” (p. 121) (grifos nossos)*

E prossegue: *“4.12 Um meio é adequado quando promove minimamente o fim. Na hipótese de atos jurídicos gerais a adequação deve ser analisada do ponto de vista abstrato, geral e prévio. Na hipótese de atos jurídicos individuais a adequação deve ser analisada no plano concreto, individual e prévio. O controle de adequação deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos Poderes, à anulação de meios manifestamente inadequados.” (p. 131)*

No tocante ao segundo requisito, a (b) **necessidade** como pressuposto à caracterização da proporcionalidade da conduta administrativa, é mister frisar que o comportamento estatal em questão mostrou-se exigível como condição indispensável à concretização do interesse público, uma vez que, sem a fixação de um máximo de idade, não se obtém o mínimo de solidez e rigidez física na formação do quadro de pessoal da instituição policial encarregada da segurança pública.

A adoção do limite de idade afigura-se como menor desvantagem possível para os cidadãos, considerando as possibilidades de atuação concreta na realidade em questão. A limitação imposta ao Poder Público na lei e no edital, destarte, não restringe excessivamente direitos alheios, caracterizando-se a indispensabilidade da conduta estatal para a conservação dos interesses da sociedade. Em nenhum momento o Estado excedeu os limites indispensáveis para a consecução da finalidade pública pretendida, restando atendida a **ponderação** razoável exigida pela doutrina.

Em sentido estrito, é necessário determinar a relação custo-benefício da medida em face do conjunto de interesses em jogo, de modo a ponderá-la mediante o exame dos eventuais danos e dos resultados benéficos viáveis na espécie. Nesse mister, o operador do direito “deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim” (RDA, v. 227, p. 331).

Ora, na presente hipótese, o gravame imposto (limite de idade) e o benefício pretendido (formação de quadro de pessoal capaz de exercer adequada e eficientemente a atividade de policiamento, em face das suas especificidades), deixa evidente a **proporcionalidade (3º requisito)** em sentido restrito.

GUSTAVO FERREIRA SANTOS (*Op. cit.*, p. 114) adverte:

“O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito permite realizar uma proporcional distribuição dos ônus da vida em sociedade, à medida que proíbe ao Estado sacrificar direitos fundamentais, sob a justificativa de proteger direitos e interesses que, na prática, apresentam menor relevância. Assim, tendo em vista considerações fáticas do caso, os direitos ou interesses em tensão passarão por uma operação de sopesamento.”

Não se ignore, quando do exame da **proporcionalidade**, a imprescindibilidade do ajustamento da resposta estatal às demandas que justificam ou exigem a conduta administrativa (avaliação do conjunto de circunstâncias, com a eleição de prioridades), bem como a evidência da exatidão e justiça das decisões administrativas, conforme juízos objetivos de valores vigentes.

A propósito da “**proporcionalidade**”, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (O novo papel do Estado na economia, RDA, v. 241, p. 24) afirma:

“O princípio da proporcionalidade determina que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente, na consecução dos seus objetivos. Desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio e, portanto, antijuridicidade.”

...

“Cumpre notar que o princípio da proporcionalidade não estatui simples adequação meio-fim. Para ser preciso, a violação à proporcionalidade ocorre, não raro, quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o

agente público dá prioridade a um em detrimento exagerado ou abusivo de outro.” (p. 24)

No caso, a proporcionalidade é evidente com a adoção do limite máximo de idade: os interesses públicos sobrepõem-se ao interesse individual.

Basta considerar a gravidade das demandas de segurança enfrentadas pela sociedade, não ignoradas pelo Estado, e as especificidades das atividades policiais a ser desenvolvida com força, vigor físico e psicológico, para concluir por inexistência de qualquer incongruência entre o limite imposto e os fins legitimamente buscados pelo Poder Público em face dos interesses públicos tutelados.

A verdade é que as atividades desses servidores não podem, como pretende a inicial, dissociar-se do conteúdo substancial atribuído aos integrantes da carreira policial, de apoio institucional às **diligências determinadas pelas autoridades policiais** ou em cumprimento de **mandados judiciais**, para atender às peculiaridades do Estado, segundo garante o § 3º do art. 24 da mesma Carta, evitando-se comprometer a otimização e a eficiência das ações investigativas, (**caput** do art. 37 e do art. 144, §7º, ambos da CF).

Acentue-se que o recrutamento de AGENTES DE POLÍCIA prevê que se mantenham íntegras, também no futuro, as qualificações e as habilidades exigidas no presente concurso, sob pena de impor ao erário, em curto espaço de tempo, as despesas com pagamento de servidores afastados de suas atribuições precípuas, por motivo de doenças previsíveis em idade mais avançada, o que seria irrazoável e imoral.

Por mais este fundamento, não pode prosperar o referido despacho senão com o enfraquecimento das prerrogativas do Chefe do Poder Executivo e ofensa aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Enfim, a norma estadual adota requisitos de investidura que se ajustam às peculiaridades, aos problemas e ao planejamento estratégico do Estado, visando alcançar, pelo modo menos gravoso, **a eficiência da atuação estatal** em tão sensível área: a da segurança pública.

DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

A respeito do tema, apenas para ilustrar, vale anotar os seguintes precedentes jurisprudenciais:

1) No Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.160.901-5/00 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): 1º)JD 2ª V FAZ COMARCA BELO HORIZONTE, 2º)ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: CONCURSO Público - Detetive - Edital - Teste de Capacitação Física - Legalidade.

- Apel. nº 1.0433.03.094802-3/001(1), Súmula 17/06/2005, Rel Des. KILDARE CARVALHO:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO - CONCURSO PARA CURSO TÉCNICO EM SEGURANÇA PÚBLICA DA PMMG - SOLDADO - LIMITE IDADE - LEGALIDADE - SENTENÇA REFORMADA. A Constituição Federal permite que a lei estabeleça requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir, sendo certo que os pressupostos legais devem guardar pertinência com as funções que serão exercidas pelo servidor. Em se tratando de atividade policial, mostra-se coerente a exigência de limite etário para o ingresso na carreira. Em reexame necessário, reforma-se a sentença.”

- 1.0000.00.297975-5/000(1); Súmula 30/05/2003; Rel. Des. ORLANDO CARVALHO:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - CONCURSO PÚBLICO PARA CARGO DE POLICIAL CIVIL - INSCRIÇÃO - LIMITE DE IDADE. A Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, nº 5.406/69, ao estabelecer idade limite de 32 anos para inscrição de candidatos a concurso público para o cargo de Policial Civil, não feriu a anterior Constituição Federal de 1969, nem foi revogada pela atual CF/88, não configurando discriminação constitucional a imposição legal do limite de idade. A norma geral contida no art. 7º, XXX, da CF vigente, não exclui as especiais e excepcionais, como a contida no inciso I do art. 37 da Carta Magna, quando remete ao legislador ordinário estabelecer os requisitos para o acesso a cargos públicos, desempenhando, assim, o legislador ordinário, a função regulamentadora da Constituição, na edição de normas legais reguladoras dos requisitos necessários ao exercício do cargo posto em concurso, dentre eles, a aptidão física, mental, profissional e outros.”

2) no Superior Tribunal de Justiça:

- RMS 18710/SC; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 2004/0101902-7 – Rel. MIN. LAURITA VAZ (1120)-T5 - Quinta Turma, pub. DJ 20.03.2006 p. 309

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. IDADE. LIMITE MÁXIMO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL. NATUREZA DO CARGO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

1. Consoante precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, pode a lei ordinária, *ex vi* da interpretação dos art. 7º, XXX, 39, §2º, 37, I, da Constituição Federal, desde que pautada no princípio da razoabilidade, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em funções, empregos e cargos públicos. A controvérsia deve ser dirimida a par dos elementos norteadores do caso concreto, considerando-se a natureza do cargo que se pretende prover e o exigido do candidato, sempre dentro dos limites do razoável.

2. Recurso ordinário desprovido.

- No mesmo sentido: RMS 18358/SC; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 2004/0064962-7, rel MIN. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106), Quinta Turma, pub. DJ 05.09.2005 p. 438.

3) no Supremo Tribunal Federal:

- RE 184.635, Rel. MIN. CARLOS VELLOSO, DJ 04/05/01.

“Pode a lei, desde que o faça de modo razoável, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em funções, emprego e cargos públicos. Interpretação harmônica dos artigos 7º, XXX, 37, I, 39, § 2º. O limite de idade, no caso, para inscrição em concurso público e ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Mato Grosso — vinte e cinco anos e quarenta e cinco anos — é razoável, portanto não ofensivo à Constituição, art. 7º XXX, ex vi do art. 39, § 2º. III. Precedentes do STF: RMS 21.033/DF, RTJ 135/958; RMS 21.046; RE 156.404/BA; RE 157.863/DF; RE 136.237/AC; RE 146.934/PR; RE 156.972/PA.”

- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 243 / RJ - Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI.

Relator p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 01/02/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 29-11-2002, PP-00017 EMENT VOL-02093-01 PP-00027.

Reqte.: Governador do Estado do Rio de Janeiro
Advdos.: José Eduardo Santos Neves e Outros
Reqda.: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO - INSCRIÇÃO - IDADE. Os requisitos para ingresso no serviço público - entre eles, o concernente à idade - não de estar previstos em lei de iniciativa do Poder Executivo - artigos 37, inciso I, e 61, inciso II, “c”, da Constituição Federal,

mostrando-se com esta conflitante texto da Carta do Estado a excluir disciplina específica do tema. Inconstitucionalidade do inciso III do artigo 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual “não haverá limite máximo de idade para a inscrição em concurso público, constituindo-se, entretanto, em requisito de acessibilidade ao cargo ou emprego a possibilidade de permanência por cinco anos no seu efetivo exercício”.

- RE 176479 / RS - RIO GRANDE DO SUL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 26/11/1996. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 05-09-1997 PP-41893 EMENT VOL-01881-04 PP-00771.

Recte: Estado do Rio Grande do Sul; Recdo.: Janio Jacob Baldo.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO A CURSO DE FORMAÇÃO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. ADMISSIBILIDADE DA IMPOSIÇÃO DE LIMITE DE IDADE PARA A INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. - O Plenário desta Corte, ao julgar os recursos em mandado de segurança 21.033 e 21.046, firmou o entendimento de que, salvo nos casos em que a limitação de idade possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, não pode a lei, em face do disposto nos artigos 7º, XXX, e 30, § 2º, da Constituição Federal, impor limite de idade para a inscrição em concurso público. - No caso, dada a natureza das atribuições do cargo, é justificada a limitação de idade, tanto a mínima quanto a máxima, não se lhe aplicando, portanto, a vedação do artigo 7º, XXX, da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

- RE 184.635/MT - MATO GROSSO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 26/11/1996. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 04-05-2001 PP-00035 EMENT VOL-02029-04 PP-00866

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. C.F., art. 7º, XXX; art. 37, I; art. 39, § 2º. I. - Pode a lei, desde que o faça de modo razoável, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em funções, emprego e cargos públicos. Interpretação harmônica dos artigos 7º, XXX, 37, I, 39, § 2º. II. - O limite de idade, no caso, para inscrição em concurso público e ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Mato Grosso — vinte e cinco anos e quarenta e cinco anos — é razoável, portanto não ofensivo

à Constituição, art. 7º XXX, ex vi do art. 39, § 2º. III. - Precedentes do STF: RMS 21.033-DF, RTJ 135/958; 21.046; RE 156.404-BA; RE 157.863-DF; RE 175.548-AC; RE 136.237-AC; RE 146.934-PR; RE 156.972-PA. IV. - R.E. conhecido, em parte, e provido na parte conhecida.”

- ADI 3460/DF, rel. Min. CARLOS BRITTO, j. 31.8.2006

Recente notícia extraída do sítio do STF divulga o resultado do julgamento realizado em 31/08/2006: o STF, por maioria de votos, declarou constitucional (improcedente a ação) o requisito estabelecido em Resolução pelo Conselho Superior do MP/DF, no sentido de que a inscrição em concurso público para a carreira do Ministério Público será feita por bacharéis em Direito com, no mínimo, três anos de atividade jurídica, cuja comprovação dar-se-á pelos meios que elenca e no momento da inscrição definitiva.

Se isso não bastasse, outros relevantes fundamentos existem para o acolhimento deste pleito. Vejamos.

IV.4) DA AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*.

O pedido liminar também não poderia ser deferido, à ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, além de atentar contra os referidos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

O “*fumus boni iuris*”, que consiste na verossimilhança do direito reivindicado, não se encontra demonstrado.

De fato, são princípios constitucionais de observância obrigatória pela Administração Pública em todos os Poderes e esferas de governo, dentre outros, os da autonomia e independência dos poderes, do poder de auto-organização dos Estados-membros, da legalidade, eficiência, impessoalidade e moralidade.

Da observância destes princípios **decorre a presunção de legitimidade do ato administrativo**, em especial, se decorrente de regular processo legislativo, como ocorre na espécie. Logo, vedado apreciar-lhe o mérito quanto aos aspectos de oportunidade e conveniência, quanto aos requisitos adotados legalmente para a investidura no cargo, sob pena de ofensa direta aos multicitados princípios e subtração de prerrogativa do Estado-federado.

Conforme demonstrado nestes autos, as regras adotadas na elaboração do Edital amparam-se na diretriz extraída da Constituição Federal, e, no âmbito estadual, do art. 4º da Lei Complementar nº 84, de 2005 e do art. 80, II, da Lei 5.406/69, ao estabelecerem as atribuições do cargo de Agente de Polícia e os requisitos de investidura. Tudo isso, repita-se, em razão das **peculiaridades e natureza** do serviço público a ser desempenhado pelo candidato nomeado.

DA AUSÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA*

Constatado que os critérios adotados no Edital estão previstos em dispositivos da Lei estadual de 1969, recepcionada pela Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, ausente o *periculum in mora* para a concessão da antecipação da tutela.

A propósito do tempo de vigência da lei, decidiu o Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, in ADIn 1.959/MC-SP, Rel. Min. NELSON JOBIM, j. 03.11.1999:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE- LEI PAULISTA 7.844/92 -

O lapso temporal decorrido entre o começo da vigência da lei questionada e o ajuizamento da ação é de mais de seis anos. Inocorre o requisito do periculum in mora, essencial ao acolhimento da medida cautelar.

Liminar indeferida.”

Além disso, reconhecido na peça vestibular e na decisão que a primeira prova de conhecimentos foi realizada em 6 de agosto de 2006, e já foram convocados os candidatos aprovados para realização da segunda prova, há de se reconhecer o transtorno e prejuízo impostos à Administração Pública, frustrando, além dos interesses públicos, os interesses de centenas de candidatos aprovados no certame.

DO PERICULUM IN MORA AO REVERSO. POSSIBILIDADE DE GRAVE LESÃO À ORDEM E FINANÇAS PÚBLICAS.

A concessão da liminar desatende ao requisito do perigo da demora, estrito senso, igualmente essencial ao deferimento do provimento liminar, simultaneamente ao *fumus boni iuris*.

O prosseguimento do concurso é imprescindível para viabilizar o desempenho de ações atinentes à área da segurança pública, cumprindo-se a norma constitucional e a legislação pertinente, em especial as Leis Complementar nº 84, de 2005, e nº 5.406, de 1969, que, respectivamente, estabeleceram as atribuições e peculiaridades da carreira de Agente de Polícia, bem como os requisitos para o ingresso por concurso público nos cargos.

A liminar, na forma proposta inicialmente e como tal deferida, desconsidera a vigente ordem constitucional, sendo que a suspensão do concurso público causa o engessamento e atraso no provimento dos 500 cargos vagos relacionados no edital, provoca instabilidade entre os candidatos inscritos, inclusive com reflexos na comunidade privada dos serviços de natureza policial correspondentes aos cargos não providos.

Logo, configura-se o “*periculum in mora*” **inverso**, o que justifica o indeferimento da liminar, pela interpretação teleológica do art. 12, §1º da Lei 7.347, de 1985.

O *periculum in mora* é, de fato, inverso. A preparação das ações e procedimentos necessários à realização do referido certame, já consumiu da Administração Pública expressiva quantidade de recursos financeiros, materiais e humanos, de difícil, até impossível, reposição ou reparação ao erário. Isso, sem contabilizar as ações de segurança pública não realizadas, comprometendo a eficácia tão desejada nesta área.

IV.5) DA NULIDADE DO DESPACHO: OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL: DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 2º DA LEI 8.437, DE 30.06.92.

Pelo princípio da eventualidade, de se reconhecer a lesão à ORDEM JURÍDICA, por flagrante ofensa ao devido processo legal.

Nesta trilha, vê-se que o art. 2º da Lei nº 8.437, de 1992, (dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público), estabelece: “*No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas*”.

Inadmissível – e, de conseguinte, **nulo** - o deferimento da medida pleiteada sem que tenha sido, previamente, ouvido o Estado, no prazo assinalado. Tem-se, obviamente, a ocorrência de censurável error in procedendo, o que está a exigir a suspensão da decisão enfocada, para que se restabeleça o respeito à dicção legal.

Anota o Prof. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (Curso de direito processual civil. 34.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v.1), referindo-se à Lei nº 8.952/94, que várias leis recentes, anteriores a ela, já previam, sob a forma de liminares, a tutela antecipatória, de que são exemplos a Lei da Ação Popular, a Lei de Locação e a própria Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 8.437/92).

Portanto, a medida liminar de que trata o art. 2º da Lei 8.437/92 é essa mesma medida antecipatória, que, *in casu*, foi deferida pelo Juízo *a quo* ao arrepio de disposição legal, pois não intimada a pessoa jurídica de direito público para manifestar-se no prazo de 72 (setenta e duas) horas. Tal procedimento não foi observado pelo Juízo *motivo suficiente para a suspensão do despacho, por nulidade*.

A conseqüência de **nulidade** da decisão antecipatória da tutela, na forma como proferida, vem sendo amplamente reconhecida pelos egrégios Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Superior Tribunal de Justiça:

– “AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O deferimento de antecipação de tutela contra o Poder Público é medida excepcionalíssima, visto produzir efeitos sem o indispensável reexame, valendo, em conseqüência, mais que a sentença, que pode se sujeitar à suspensividade. Ademais, o presente caso não se insere na hipótese prevista no art. 2º da Lei 8.437/92, ou seja, que se conceda liminar após audiência do representante judicial de pessoa jurídica de direito público, o que ino correu. Recurso improvido.

(TJMG - Agravo nº 000.230.435-0/00 - 5.ª Câmara Cível - Relator: DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: Município de Uberaba – Súmula em 05.02.2002).

- “AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR – PRÉVIA OITIVA DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – INOCORR N CIA – NULIDADE. É nula a liminar concedida em ação civil pública sem prévia oitiva da pessoa jurídica de direito público demandada, conforme exigência consignada no art. 2º, da Lei n. 8.437/92.” (Agravo n. 1.0056.04.081.731-6/002, 7ª Câmara. Cível, TJMG, Relator: ALVIM SOARES - Súmula em 13/09/2005).

- “*PROCESSUAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - LIMINAR - OITIVA DO PODER PÚBLICO - LEI NUM. 8.437/1992, ART. 2. I - NO PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR SOMENTE PODE OCORRER, SETENTA E DUAS HORAS APÓS A INTIMAÇÃO DO ESTADO (LEI NUM. 8.437/1992, ART. 2.).*”

II - LIMINAR CONCEDIDA SEM RESPEITO A ESTE PRAZO É NULA.”

(STJ - RESP 88583/SP. 1.^a Turma. Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS. Publicado DJ DATA: 18/11/1996 PG:44847, LEXSTJ VOL.:00092 PG:00209).

- “*LIMINAR - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REPRESENTANTE JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. NA PRESENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, A LIMINAR SÓ PODERIA TER SIDO CONCEDIDA APÓS OUVIDO O REPRESENTANTE JUDICIAL DO RECORRENTE. A LEI É CLARA E SE NÃO É INCONSTITUCIONAL, NÃO PODE DEIXAR DE SER APLICADA PELO MM. JUIZ. RECURSO PROVIDO PARA REFORMAR O VENERANDO ACÓRDÃO E CASSAR A LIMINAR.”*”

(STJ - RESP 74152 / RS. 1.^a Turma. Relator Min. GARCIA VIEIRA. Publicado DJ DATA:11/05/1998 PG:00007)

- “*PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE DESAPROPRIAÇÃO. NULIDADE. LIMINAR. OITIVA DO PODER PÚBLICO. LEI Nº 8.437/1992, ART. 2º.*”

- ***É nula a liminar concedida sem a audiência prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público afetada. Inteligência do art. 2º, da Lei 8.437/1992.***

- *Recurso especial provido.”*

(STJ - RESP 285613/SP. 1.^a Turma. Relator Min. FRANCISCO FALCÃO. Publicado DJ DATA:03/09/2001 PG:00152 e RSTJ VOL.:00158 PG:00134)

- “*PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO. AUSÊNCIA DO FUMUS BONI IURIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSÃO DE LIMINAR SEM SER OUVIDO REPRESENTANTE DA PESSOA JURÍDICA. DECISÃO RECORRIDA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUD N CIA DOMINANTE DO STJ. IMPROCED N CIA DO PEDIDO.*”

I - Na ação civil pública, a liminar não pode ser concedida sem ser ouvido o representante legal da pessoa jurídica. Precedentes jurisprudenciais do STJ.

II - Não cabe conferir efeito suspensivo a recurso especial interposto contra acórdão que decidiu em plena consonância com a jurisprudência

dominante neste STJ, no sentido de que, na ação civil pública, a liminar só poderia ser concedida após ouvido o representante judicial da parte recorrente. Falta, na espécie, a configuração do fumus boni iuris.
 III - Medida cautelar julgada improcedente.”
 (STJ - MEDIDA CAUTELAR - MC 4219/MG. 1.ª Turma. Relator Min. GARCIA VIEIRA. Publicado DJ DATA:17/06/2002 PG:00192)

IV.6) DA ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS.

Preliminarmente, ainda, constata-se a ilegitimidade ativa do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos disponíveis, como entendeu a doutra Magistrada Substituta, na sentença de fls. 21 a 25, que extinguiu o processo (cópia anexa), cujos judiciosos fundamentos ficam fazendo parte integrante deste.

A Lei 7.347, de 1985, que regulamenta a ação civil pública, estabelece o seu objeto para proteger e reprimir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, e por infrações de ordem econômica.

Na lição do sempre lembrado Prof. HELY LOPES MEIRELLES, o Código de Defesa do Consumidor ampliou as áreas de utilização desta ação, para que viesse a abranger os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos casos dos três primeiros incisos do artigo 1º (proteção ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico e paisagístico) e tão somente os interesses difusos ou coletivos nos demais casos.

Segundo fundamentação adotada na citada sentença, a classificação dos direitos como difusos, coletivos ou individuais homogêneos não é tarefa fácil, ainda que o Código de Defesa do Consumidor os tenha definido em seu art. 81. A doutrina preleciona a impossibilidade de realizar a distinção de forma abstrata e genérica, sendo necessária a análise do caso em concreto na busca da identificação do direito subjetivo especificamente violado, bem como do tipo de tutela jurisdicional que se pretende.

No caso enfocado, muito embora o d. representante do Ministério Público Estadual fundamente a pretensão exordial no direito ao acesso irrestrito ao cargo público, é visível que não busca a condenação da entidade estatal na obrigação genérica de admitir todos os cidadãos interessados pelo cargo público.

Ao contrário, atua o MP, claramente, como “procurador” de **candidatos**, facilmente identificáveis, maiores de 32 anos que não se inscreveram ao concurso, apesar de terem feito a inscrição 3.699 candidatos, nesta mesma condição.

Em suma, atua o *Parquet* no interesse delimitado de uma categoria de candidatos que ultrapassaram a idade limite, mas de forma abstrata e genérica, sem identificá-los, pois considera “difícil tentar imaginar quantas pessoas, deixaram de efetivar a sua inscrição ao lerem o limite de idade de 32 (trinta e dois) anos”.

A verdade é que se cuida de ajuizamento de ACP na defesa de interesse individual homogêneo, ou seja, aquele determinado ou determinável de um grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato.

E tendo sido proposta pelo Órgão Ministerial, a doutrina e jurisprudência reconhecem, que somente há de ser tutelado o direito individual homogêneo indisponível, de grande relevância social, à vista da própria definição do Ministério Público e de suas funções precípuas previstas no artigo 127 da Constituição da República.

Com efeito, refere-se o MP, detidamente, ao princípio da razoabilidade, que afirma ofendido, a par de sustentar que a Constituição Federal prevê única exceção aplicável exclusivamente aos militares, expressamente contemplados no art. 42, §1º, da CF, o que é manifestamente equivocado. Não se pode, assim, pretender classificar o direito defendido como difuso ou homogêneo indisponível.

Significa dizer, que, *in casu*, não defende o *Parquet* direitos difusos “*de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*”, nos termos do que estabelecido no art. 81, parágrafo único, I do CDC. É o próprio MP que descaracteriza, de plano, eventual “direito difuso” ou homogêneo disponível ao identificar **as pessoas em nome das quais atua, vale dizer, em cujo interesse advoga**, definindo bem a titularidade do direito invocado.

A impossibilidade de divisão em quotas atribuíveis individualmente a cada um dos interessados é a característica maior dos direitos difusos e coletivos, em contraposição aos individuais homogêneos que são passíveis de divisão e identificação específica dos sujeitos do direito lesado, tal como ocorre, incontestavelmente, na presente ação.

Neste sentido, com propriedade, afirmou o TARS (ApC 191130194, JTARS 81/213):

“Destaca-se, assim, que os interesses ou direitos difusos e coletivos têm de comum a característica de serem transindividuais, de natureza indivisível. A divisibilidade apresenta-se, pois, como marco divisório entre os interesses difusos ou coletivos e os direitos individuais, homogêneos ou não. Interesses divisíveis, individualizáveis, podem qualificar-se como direitos individuais homogêneos, jamais como interesses difusos ou coletivos.”

É certo, portanto, que o direito ora tutelado pelo Ministério Público Estadual caracteriza-se como direito individual homogêneo disponível e não como direito coletivo e difuso! E quanto aos direitos individuais homogêneos, a jurisprudência é uníssona ao consignar que o *Parquet* só detém legitimidade para sua defesa se eles restam inseridos no âmbito da relação de consumo, o que também não ocorre *in casu*:

“Quando a Lei 7.347/85 faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor, pretende explicitar que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação coletiva quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aqueles e os respectivos consumidores. 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 objetivo maior da legislação pertinente.” (RSTJ 95/93)

Neste sentido, colhe-se precedente jurisprudencial do eg. TJMG, que negou provimento à Apelação Cível interposta nos autos de ACP, também promovida pelo órgão ministerial contra o Município de Prados, visando o fornecimento de remédios a determinados pacientes. A área da segurança pública, tal como acontece com a saúde, é direito de todos e dever do ESTADO.

O r. voto condutor proferido pelo Relator, eminente Des. SÉRGIO BRAGA, elucida qualquer dúvida sobre o tema:

“...

A apelação se insurge contra decisão monocrática que julgou extinto os autos da ação civil pública devido à ilegitimidade ativa do M.P.. Verifico que não assiste razão ao Órgão Ministerial em suas argumentações.

O M.P., no caso em tela, ao requerer o fornecimento de medicamentos, tratamentos, exames e transporte a pessoas determinadas visa proteger interesses individuais e não difuso.

Conforme colacionado na sentença, vem decidindo nossos Tribunais Superiores:

‘Com efeito, inexistente tutela coletiva a pessoas conhecidas, ou facilmente identificáveis, ou poucas.

Para considerar-se coletivo ou difuso, o direito ou interesse deve necessariamente reportar-se a pessoas não-determinadas e não-determináveis. Entre a indeterminabilidade, caracterizadora dos interesses e direitos difusos ou coletivos, e o estado de determinação que existe nos direitos individuais comuns, existe, inerente aos direitos e interesses individuais homogêneos, a determinabilidade, que é a possibilidade de se determinar aquilo que não está ainda determinado’. (Voto do Exmo. Sr. Ministro César Asfor Rocha no Resp. 140.097-SP, contido na RT 803, p. 166).

Em caso análogo, o TJMG já manifestou-se pela ilegitimidade do Ministério Público:

‘EMENTA: É inadmissível o ajuizamento de ação civil pelo Ministério Público, para obrigar o Município, através do Chefe do Executivo e sob a alegação de defesa de interesses difusos e coletivos, a fornecer remédios para toda a comunidade carente, sem qualquer previsão orçamentária específica para tanto, pois tal medida configura invasão e usurpação de competência que não lhe pertence.

(...)

Inexistem dúvidas de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido constitucionalmente.

Entretanto, não há como o Ministério Público, utilizando das prerrogativas que lhe são concedidas pela Constituição e pela Legislação de regência, pretenda impingir ao Chefe do Executivo Municipal, sob a alegação de defesa de interesses difusos ou coletivos, a obrigação de fornecer remédios para toda a comunidade carente.

É invasão de competência, além de pretender ser mais realista que o rei. Friso, mais uma vez, que apesar da relevância da matéria, pois a saúde é um dos pontos que precisam ser mais cuidadosamente revistos pelos Administradores, a questão envolve ato administrativo, de competência exclusiva, não sendo possível a intervenção do Ministério Público, na forma como pretendida pela presente ação civil, pois uma decisão judicial deste porte, além de usurpar competência ocasionaria uma situação de

grave desestruturação no orçamento municipal, inviabilizando a própria administração do Município.

Sendo assim, não há como o Ministério Público pretenda ajuizar uma ação para obrigar o Município a fornecer medicamentos para todos os carentes, sem oferecer a receita orçamentária para tanto, passando por cima dos Poderes Executivo e Legislativo e desconsiderando as Leis Orçamentárias e as previsões estabelecidas para a gestão do Município, mesmo que seja para suprir carências que infelizmente existem e são reconhecidas, mas que não são resolvidas da forma como entende o autor.’ (Apelação Cível n. 000.196.633-2/00 – Comarca de Mateus Leme – Rel. Des. Bady Curi – Publ. 30/08/2001).

Isto posto, mantenho a decisão de primeiro grau e julgo prejudicado o recurso voluntário.” (grifos nossos)

(TJMG – Apelação Cível nº 1.0000.00.321.516-7/000 – Rel. Des. Sérgio Braga – 8ª C. Cível – j. 19/05/2003 – DJMG 14/11/2003).

O impacto da usurpação de competência identificada pelo TJMG, no referido acórdão, possui, na espécie, idêntica dimensão. É que da mesma forma caracteriza-se invasão de competência do Chefe do Poder Executivo e ocasiona prejuízos desestruturantes e irreversíveis no orçamento público.

Nestes autos, frise-se, como o direito postulado é claramente individual homogêneo (não obstante ”disfarçado” de direito difuso) e como não se caracteriza como direito do consumidor, ausente a legitimidade ativa.

Em artigo intitulado *Ação Civil Pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público* (AJURIS 56/35-55, nov. 92), ROGÉRIO LAURIA TUCCI pontifica (grifamos):

“Noutro caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pela sua 4ª Câmara Cível, no julgamento unânime da Apelação n. 162.175-1/4, da Comarca de São Paulo, em 12/12/91, proclamou a ilegitimação para a causa do MP Estadual, ao intentar a tutela de interesses, ditos difusos, de alunos e/ou seus genitores ou responsáveis, no tocante à majoração de preços de serviços prestados por estabelecimento de ensino.

Enfatizou, então, em seu voto, condutor do aludido julgamento, o eminente Des. CUNHA DE ABREU, que a afirmação de os interesses em jogo serem efetivamente difusos, na medida em que não se restringem a esfera de interesses de número finito de indivíduos, senão a toda a coletividade, alcançada pelo resultado a ser ditado, não se sabendo bem quais segmentos dessa coletividade, esbarra na *mens legislatores*; **não podendo, por outro lado, o parquet exercer o munus concedido pela lei ao advogado, se não usurpando a sua atividade profissional.**

E, de todo o excelente pronunciamento judicial, vale transcrever o tópico conclusivo, que dispensa, também, mais alentadas considerações, verbis: ‘Não parece ter sido essa em verdade a intenção do legislador constituinte, que de uma penada teria assim erigido o parquet em curador e custos legis universal,

sem oitiva dos beneficiados, dispensando o concurso ou ao menos a presença obrigatória do advogado, visto que levado o alcance do posicionamento ministerial às suas culminâncias, todo e qualquer interesse pode ser tido e rotulado de difuso, na esteira do que disse alguém alhures, que tudo que afeta o menor dos indivíduos a todos afeta (...). Por outro lado, **não pode realmente o parquet exercer o munus que a lei concedeu ao advogado, pena de insuportável usurpação e virtual obsolescência da nobre atividade, relegada que estaria ao rol das excentricidades das partes, não se vislumbrando porque alguém – refere-se aqui aos não pobres no sentido da lei – iria procurar e pagar um advogado, se pode ter seus interesses superiormente e gratuitamente defendidos por uma instituição do porte do MP, de indiscutível ascendência moral e festejável nível intelectual.**”

Vale destacar trecho de erudito voto da lavra do Ministro SIDNEY SANCHES, nos seguintes termos:

‘O que não se pode permitir é o uso inadequado da ação civil pública para defesa de direitos marcadamente privados e individuais, embora numerosos seus titulares. Confundi-los com direitos e interesses difusos só porque atingem número elevado de pessoas é desvirtuar o instituto da ação civil pública e transformar o Promotor de Justiça numa espécie de advogado das massas. (RTJ130/485)’. ”

Impõe-se, por tudo o que foi dito, a suspensão da execução da decisão, configurada lesão à ordem jurídica, diante da ilegitimidade ativa do Ministério Público.

IV.7) PROIBIÇÃO LEGAL DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR QUE ESGOTE O OBJETO DA AÇÃO.

Por outro giro, tem-se que a petição inicial do *Parquet* revela a total impossibilidade de concessão da antecipação de tutela pretendida: o pedido de antecipação é exatamente da mesma dimensão do pedido final. Vale dizer, por meio da antecipação de tutela, já se encontra satisfeito o pedido final, o que é vedado pela ordem jurídica vigente.

A concessão da antecipação de tutela *in casu* configura lesão à ordem jurídica, pois esbarra em óbice legal intransponível, qual seja, a norma insculpida no § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92, *in verbis*:

“Art. 1º. [...]

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

Se a lei proíbe até mesmo a concessão de medida liminar que esgote *em parte* o objeto da ação, com mais razão impede que se antecipem os efeitos da tutela pretendida de forma a esgotar, *no todo*, o objeto da ação.

No caso em tela, a situação é muito clara: o pedido liminar é idêntico ao pedido final; o objeto da ação civil pública postula, em última análise, a suspensão do concurso e o reconhecimento de inconstitucionalidade do limite etário fixado na lei 5.406/69, *coincidente* com o pedido de antecipação de tutela.

Assim, o deferimento proferido, por óbvio, esgotou o objeto da ação.

Tem-se, pois, mais um motivo para que seja suspensa a decisão agravada, por descumprir dispositivo legal.

V - CONCLUSÃO

Em face das razões expostas, tendo em vista que o provimento cautelar, inicialmente assumido pela Juíza primeva, gera dano irreparável ou de difícil reparação à ordem, à segurança e às finanças públicas, configurando, também, ofensa direta aos princípios e garantias, constitucionalmente asseguradas às partes na via judicial, com fulcro no art. 4º da Lei 8.437, de 30/07/1992 e artigo 1º da Lei nº 9.494, de 10/09/1997, bem como no Regimento Interno do TJMG, requer o ESTADO DE MINAS GERAIS a urgente suspensão da execução do despacho em questão, até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação ordinária, consoante dispõe a Súmula nº 626 do Colendo STF.

Em face da plausibilidade do direito invocado e da urgência na concessão da medida de suspensão, ora pleiteada, diante do previsível efeito multiplicador, requer o ESTADO DE MINAS GERAIS que Vossa Excelência se digne conferir ao pedido EFEITO SUSPENSIVO LIMINAR (Lei 8.437/92, art. 4º, §7º, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001).

Requer, ainda, que eventual oitiva do Ministério Público, ora requerido, ocorra após a concessão da suspensão da liminar ora requerida.

Deferimento.

Belo Horizonte, 06 de setembro de 2006.

HELOIZA SARAIVA DE ABREU
Procuradora do Estado
Assessora-Chefe da Assessoria do Advogado-Geral do Estado

SUSPENSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Nº 1.0000.06.443844-3/000 COMARCA DE BELO HORIZONTE

REQUERENTE: ESTADO DE MINAS GERAIS
REQUERIDO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE BELO HORIZONTE
INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vistos, etc...

Trata-se de pedido formulado pelo Estado de Minas Gerais no sentido da suspensão da execução da tutela antecipada concedida pela Juíza da 1ª Vara da Fazenda Estadual da Capital nos autos da Ação Civil Pública de nº 0024.06.993616-9, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Pelo que consta, questiona-se na Ação cláusula contida no Edital nº 03/2006, publicado no Diário Oficial, edição de 19.05.2006, relativo a Concurso Público para preenchimento de 500 vagas para o cargo de Agente de Polícia, atual nomenclatura do antigo cargo de Detetive, onde estaria sendo imposta, segundo ali sustentado, ilegalmente, “a idade máxima de 32 anos para o ingresso na carreira”. (fl. 45)

Na liminar, a Juíza determinou a suspensão do Concurso, reconheceu “a nulidade da prova de conhecimentos realizada”, bem como determinou “a abertura de novo prazo de inscrição referente ao Edital 03/06, com a supressão da limitação máxima de idade prevista no item 12.1, ‘b’, do Edital, até provimento final da demanda”. (fl. 74)

No presente pedido, que foi formulado com fulcro nos artigos 1º e 4º das Leis federais números 9.494/1997 e 8.437/1992, respectivamente, alega-se que da execução da referida tutela decorrerá grave lesão à ordem (aí incluídas a jurídica e a administrativa), à segurança e às “finanças públicas”.

À ordem pública porque, a seu ver, referida decisão ofenderia:

- 1) os “princípios constitucionais da interdependência harmônica dos Poderes e do poder de auto-organização dos Serviços Públicos pelos Estados-membros”;
- 2) o “princípio da sobreposição do interesse público ao interesse privado”, de vez que a mesma teria sido “concedida em benefício de interesses subjetivos defendidos pelo Autor-Público, a favor de supostos e (identificáveis) candidatos cuja idade ultrapassaria o limite etário de 32 anos fixados em lei;
- 3) os “arts. 37, I e II, e 144, § 7º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, tendo em vista que o limite etário para a investidura no cargo de Agente de Polícia foi fixado por Lei estadual, no caso, a Lei nº 5.406, de 1969”;

- 4) o art. 129, III, da Constituição Federal, “por ausência de legitimidade ativa ‘*ad causam*’ do Ministério Público”;
- 5) o devido processo legal, porque proferida sem a oitiva prévia de seu representante judicial;
- 6) o §3º do art. 1º da Lei federal nº 8.437/1992, que contém proibição no sentido da impossibilidade da concessão de medida liminar que esgote o objeto da ação. (fls. 11/12 e 42)

À ordem administrativa e à segurança pública, em especial, porque a referida decisão suspende Concurso Público destinado ao provimento de 500 cargos de Agente de Polícia, provocando um descompasso no Planejamento Governamental na área de segurança.

Às “Finanças Públicas” porque, segundo aduz, “a reedição do concurso público com participação de mais de 42.400 candidatos inscritos exige mobilização de expressivas quantidades de recursos humanos, de materiais e de verba orçamentária (aproximadamente R\$1.000.000, 00 - um milhão de reais)”. (fl. 13)

Defende, a mais, a constitucionalidade da fixação do limite etário para o cargo em questão, cujas atribuições exigem esforço físico, além de o Agente ter de se submeter a condições especiais de exercício.

Acerca, ainda, disso, sustenta que, se não bastasse a existência de expressa previsão legal para a imposição da referida limitação (art. 80, II, da Lei estadual nº 5.406/1969), haveria “orientação jurisprudencial pacífica do Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, como também, desta Casa, que a admitiria nos casos em que se mostre razoável e possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, que seria, exatamente, o caso.

À luz do art. 4º da Lei federal nº 8.437/92, conheço do pedido, presentes que estão, para tanto, os pressupostos.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais questiona, em sede de Ação Civil Pública, cláusula contida no Edital nº 03/2006, relativo a Concurso Público para ingresso na Polícia Civil estadual, em vagas atinentes a cargos de Agente de Polícia, nomenclatura atual do antigo cargo de Detetive, que estaria a exigir, no item 12, 1, “b”, para participação no Curso de Formação ministrado pela ACADEPOL, a idade máxima de 32 anos, conforme previsão contida na Lei estadual nº 5.406/1969.

Para o *Parquet*, referida Lei, no ponto, não teria sido recepcionada pela nova Ordem, sendo descabida a exigência para o cargo de Agente, de cujas atribuições, previstas no artigo 4º da Lei Complementar estadual nº 84/2005, “não se pode extrair nenhuma atividade tão exaustiva ou tão pesada que não possa ser exercida por pessoa com 36 (trinta seis) ou 40 (quarenta) anos de idade”. (fls. 50/51)

Já para o Estado, a exigência seria perfeitamente compatível, tendo em vista que o cargo de Agente exige “destreza, vigore desprendimento para as investigações criminais”, sendo que “o candidato deverá prestar seu serviço ‘em condições adversas de segurança, com risco de vida, cumprimento de horários normais e irregulares, sujeito a plantões noturnos e a chamados a qualquer hora e dia, inclusive nos dias de dispensa de trabalho. (art. 124 da Lei nº 5.406/1969)”. (fls. 3/4)

Ambas as teses carregam, em princípio, parcela de *fumus boni iuris*, ou seja, são sustentáveis, não se podendo aquilatar qual delas irá sair, ao final, vitoriosa.

Nesses casos tendo em vista a estreiteza desta via excepcional, não se haverá de dar equacionamento final, tampouco provisório, à questão, sob pena de supressão de instância, com reflexos negativos à ordem jurídica.

Registre-se, apenas, que, como componente de Câmara Cível deste Tribunal, já cheguei a apreciar casos parecidos com o presente.

Naquelas oportunidades, porém, havia um diferencial: no Edital inseriram-se cláusulas isentando determinada categoria profissional do limite de idade.

Entendeu-se que, se os pertencentes àquela categoria poderiam exercer o Ofício mesmo após os 32 anos, tal exigência não estaria relacionada às funções do cargo, e sim a fatores outros, circunstância tida por discriminatória para com os demais concursandos.

No presente Edital não localizei cláusula parecida, que me pudesse levar à existência de discriminação.

Não consta, também, tenha, a Lei estadual onde previsto o limite perdido sua eficácia, tanto assim o é que vem sendo observada pela Administração.

Quanto ao *periculum in mora*, razão assiste ao Estado pelo menos por três motivos.

Primeiro, porque se há, de um lado, pretensos candidatos que não fizeram suas inscrições, de número, diga-se, desconhecido, de outro, há um expressivo contingente (mais de 42.000 pessoas) que se submeteram ao Concurso e que esperam, naturalmente, pela continuidade deste.

Segundo, porque os mais de 3.600 candidatos com idade acima de 32 anos, mas que mesmo assim fizeram suas inscrições, acaso alijados, poderão manejar instrumento autônomo para a proteção de seu pretenso direito.

Terceiro, e por fim, que o pedido formulado pelo Ministério Público não restará ineficaz acaso atendido ao final, quando então, se for o caso, poderão ser adotadas as providências vindicadas na Ação Civil em questão.

Anote-se que, nesse caso, o risco é só do Estado, isto é, se o mesmo deliberar Administrativamente pela continuidade do Certame, seqüência do Curso de Formação, nomeação, posse e exercício, e vier a recair sobre ele constrição judicial proibitiva destes atos, é sabedor que sofrerá, por conta própria, todas as conseqüências.

Sob esse enfoque, e sem deixar de realçar a grandeza e objetivo do Concurso em tela, há de se dar guarida às pretensões do Estado, cujas justificativas aqui apresentadas faz com que reste delineado o risco de grave lesão a que alusão faz a Lei de regência.

E satisfeita, assim, a exigência constante do art. 4º da Lei federal nº 8.437/1992, defiro o pedido e suspendo a execução da tutela antecipada deferida nos autos da Ação Civil Pública de nº 0024.06.993616-9.

Intime-se.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2006.

Desembargador HUGO BENGTTSSON JÚNIOR

Presidente

JURISPRUDÊNCIA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.358 - MG (2007/0139616-9)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
RECORRENTE : EDSON ANTÔNIO ARGER
ADVOGADO : ALEXANDRE TORIDO BRANDÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : HELOIZA SARAIVA DE ABREU E OUTRO(S)

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. ESCOLHA. ARTIGO 73, §2º, I E II, E 75 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. AFASTAMENTO.

I - A proporção estabelecida para a composição dos Tribunais de Contas, de acordo com o artigo 73, §2º, I e II, da CF é de um terço das vagas escolhidas pelo Chefe do Executivo, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, e outros dois terços pelo Congresso Nacional.

II - Aplicando-se tal mandamento às Cortes de Contas Estaduais, observa-se que, remanescendo vaga destinada a Assembléia Legislativa, na parcela constitucionalmente indicada, inexistente direito líquido e certo de Auditor para pleitear vaga que já pertence a outro auditor, indicado pelo Governador do Estado.

III - *“O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em reiteradas oportunidades, já decidiu que: nos Tribunais de Contas, compostos por sete membros, três devem ser nomeados pelo Governador (um dentre membros do Ministério Público, um dentre Auditores, e um de livre escolha) e quatro pela Assembléia Legislativa, para conciliar o disposto nos artigos 73, § 2º, incisos I e II, e 75 da Constituição Federal.”* (RMS 14.824/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 19/12/2002, P. 352).

IV - Assim, inexistindo expectativa ou comunhão de direito à indicação do nome do impetrante para ocupar vaga de outrem, há que se reconhecer também a não caracterização do impetrante como litisconsorte passivo necessário.

V - Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros LUIZ FUX, TEORI ALBINO ZAVASCKI (Presidente), DENISE ARRUDA e JOSÉ DELGADO votaram com o Sr. Ministro Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2007 (data do julgamento).

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.358 - MG (2007/0139616-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: Edson Antônio Arger, Auditor do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, interpõe recurso ordinário em mandado de segurança visando à reforma de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que restou sumariado nestes termos:

Mandado de Segurança. Decisão colegiada proferida em Mandado de Segurança por um dos Grupos de Câmara Cíveis. Alegação de ter sido ofendido direito líquido e certo do ora impetrante de figurar na anterior ação mandamental como litisconsorte. Indicação para vaga de Conselheiro do Tribunal de contas. Direito líquido e certo inexistente. Segurança denegada.

O acórdão encimado decorre de mandado de segurança impetrado por Antônio Carlos Andrada, em face da decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, o qual indeferiu o pedido de designação de dia para sua posse, no cargo de conselheiro do Tribunal de Contas daquele Estado, em face da indicação da Assembléia Legislativa e nomeação efetivada pelo Governador do Estado.

A ação mandamental foi concedida sem que o ora impetrante fosse chamado para integrar a lide.

O ora impetrante afirma que tem interesse na questão suso mencionada, haja vista que a vaga aberta para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, deveria lhe pertencer.

Afirma o recorrente ser o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais composto por sete conselheiros, “sendo quatro de indicação da Assembléia Legislativa e três de livre escolha do Governador do Estado”.

Sustenta que, dentre aqueles a ser escolhidos pelo Governador, um há de ser, obrigatoriamente, do Ministério Público Especial; o outro, da carreira de auditores da Corte de Contas e o último, de livre escolha do Governador, nos termos da Súmula 653 do STF.

Diz o recorrente ter sido esta regra inobservada, *in casu*, haja vista que o Governador de Minas Gerais, aberta a sucessão no Tribunal de Contas do Estado pelo falecimento de um de seus Conselheiros, resolveu referendar mais uma escolha da Assembléia Legislativa e indicar para o cargo vago o líder de seu governo na Assembléia, o deputado Antonio Carlos Andrada, violando a alternância constitucionalmente prevista.

Assim, procura demonstrar o recorrente a existência de um “conflito de interesses” entre ele e o deputado Antonio Carlos Andrada.

Em conseqüência, assinala o recorrente ter o Tribunal *a quo* inobservado o disposto no artigo 47 do Código de Processo Civil, porquanto julgou a ação mandamental mencionada sem o incluir como litisconsorte passivo necessário, condição essa que exsurgiria pelo fato de ser ele o único auditor do Tribunal de Contas de Minas Gerais.

Busca a declaração de nulidade do v. acórdão proferido no julgamento do MS n. 1000005420242-9/000, em razão da ausência de sua citação, na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

Contra-razões às fls. 184/210, relevando ser observada, na espécie, a Súmula n. 653/STF. Parecer do Ministério Público Federal às fls. 219/227, pelo não provimento do recurso. É o relatório.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.358 - MG (2007/0139616-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passo ao exame do mérito recursal.

O impetrante, em sua peça exordial, apresenta a composição do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, sendo 01 (um) conselheiro investido antes da Constituição Federal de 1988; 01 (um) conselheiro indicado por livre escolha do Governador do Estado; 01 (um) conselheiro indicado na vaga de Auditor e 04 (quatro) conselheiros indicados pela Assembléia Legislativa.

A vaga aberta era de conselheiro indicado pela Assembléia Legislativa.

Por sua vez, a vaga destinada à carreira de Auditores do TC/MG já se encontra preenchida, desde 1999, conforme observa o próprio impetrante.

As vagas do Tribunal de Contas da União são vinculadas a cada uma das respectivas categorias contempladas no artigo 73, §2º, I e II, da Constituição Federal.

Tal norma, de acordo com o artigo 75, da *Lex Mater*, deve ser aplicada, no que couber aos Tribunais de Contas do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios.

A proporção estabelecida para a composição dos Tribunais de Contas então é de um terço das vagas escolhidas pelo Chefe do Executivo, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, e outros dois terços pelo Congresso Nacional.

Aplicando-se tal mandamento às Cortes de Contas Estaduais, observa-se que, remanescendo vaga destinada a Assembléia Legislativa, na parcela constitucionalmente indicada, inexistente direito líquido e certo de Auditor para pleitear vaga que já pertence a outro auditor, anteriormente indicado pelo Governador do Estado.

No ponto, faz-se oportuno transcrever excerto do parecer do *Parquet* (fls. 225), *verbis* :

“Ora, estando suprida a única vaga de Conselheiro destinada à carreira dos Auditores do TCMG, na qual se insere o ora impetrante; dispondo a Assembléia Legislativa do direito de indicar o nome de quatro Conselheiros; e tendo a vacância se dado pelo falecimento de um dos quatro conselheiros indicados pela Assembléia Legislativa, resta evidente que o sucessor deve ser indicado pela Assembléia Legislativa, a fim de manter a regular composição do órgão, sob pena de se privilegiar

indevidamente a carreira dos Auditores do TCMG, que passariam a ocupar dois cargos de Conselheiros em detrimento do direito de indicação de quatro nomes pelo Legislativo Estadual.”

Tal entendimento está em consonância com a própria jurisprudência desta Corte Superior, conforme se deduz do seguinte precedente:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. CONSELHEIRO ESCOLHIDO FORA DOS NOMES INTEGRANTES DAS CARREIRAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE AUDITOR. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 73, § 2º E 75 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCED N CIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DOS IMPETRANTES NÃO ACOLHIDA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em reiteradas oportunidades, já decidiu que: nos Tribunais de Contas, compostos por sete membros, três devem ser nomeados pelo Governador (um dentre membros do Ministério Público, um dentre Auditores, e um de livre escolha) e quatro pela Assembléia Legislativa, para conciliar o disposto nos artigos 73, § 2º, incisos I e II, e 75 da Constituição Federal.

2. Em face dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, restando comprovado que no Tribunal de Contas já existe uma vaga ocupada por Conselheiro nomeado livremente pelo Governador, as duas outras deverão ser preenchidas por membros das carreiras técnicas para abreviar a transição e assegurar plena eficácia à atual Constituição Federal.

3. Provimento do recurso em mandado de segurança.” (RMS 14.824/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 19/12/2002, P. 352).

Nesse diapasão, inexistente conflito de interesses para atrair o instituto do litisconsórcio, máxime, de litisconsórcio necessário.

Tais as razões expendidas, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2007/0139616-9
Número Origem: 10000064340052
PAUTA: 06/09/2007

RMS 24358 / MG

JULGADO: 06/09/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS**

Secretária

Bela. **MARIA DO SOCORRO MELO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EDSON ANTÔNIO ARGER
ADVOGADO : ALEXANDRE TORIDO BRANDÃO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : HELOIZA SARAIVA DE ABREU E OUTRO(S)

ASSUNTO : Administrativo - Ato - Nulidade

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki (Presidente), Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de setembro de 2007.

MARIA DO SOCORRO MELO
Secretária

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 3257-7 – STF

Relator(a): MINISTRA PRESIDENTE
REQUERENTE(S): ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO(A/S): ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO - MG - MARCO TÚLIO CALDEIRA GOMES
REQUERIDO(A/S): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.06.436415-1/000)
IMPETRANTE(S): MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO NEPOMUCENO
ADVOGADO(A/S): RODRIGO FELIPE DE MENDONÇA E OUTRO(A/S)

DESPACHO

1. O Estado de Minas Gerais, com fundamento nos arts. 4º da Lei 4.348/64, 4º da Lei 8.437/92, 25 da Lei 8.038/90 e 297 do RISTF, requer a suspensão da execução da segurança concedida pelo egrégio Tribunal de Justiça daquela unidade da federação nos autos do Mandado de Segurança nº 1.0000.06.436415-1/000 (fls.10/25), que determinou a não-incidência do ICMS sobre a tarifa de energia elétrica relativa ao consumo do Município de São João de Nepomuceno, no exercício de suas atividades públicas.

Sustenta, em síntese, que:

a) cabimento do presente pedido de suspensão, uma vez que a matéria em discussão é de natureza exclusivamente constitucional;

b) ocorrência de grave lesão à ordem pública, porquanto a decisão em apreço viola a alínea “a” do inc. VI do art. 150 da Constituição Federal (princípio da imunidade recíproca);

c) existência de grave lesão à economia pública, diante do perigo de irreversibilidade da imunidade concedida, na medida em que “os valores relativos ao ICMS deixariam de ingressar nos cofres públicos, além de ter o Estado de ressarcir os valores que já foram pagos” (fls. 07), comprometendo o equilíbrio financeiro naquela unidade da federação;

d) possibilidade de ocorrência do denominado “efeito multiplicador”, tendo em vista os vários municípios que se encontram em situação semelhante.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, aprovado pelo Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, opina pelo deferimento do pedido (fls. 188/191).

2. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: interpretação a respeito do princípio da imunidade recíproca, ao contido na alínea “a” do inc. VI do art. 150 da Constituição Federal (inicial: fls. 55/59 e acórdão: fls. 10/25). Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento

jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Mauricio Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Ministro Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.

3. A Lei 4.348/64, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. Não cabe, todavia, em suspensão de segurança, “a análise com profundidade e extensão da matéria de mérito analisada na origem” (SS 1.918-AgR/DF, rel. Min. Mauricio Corrêa, Plenário, DJ 30.4.2004), domínio reservado ao juízo recursal.

No presente caso, encontra-se demonstrada a lesão à ordem pública estadual, considerada em termos de ordem econômica, dado que a determinação da não-incidência do ICMS sobre a tarifa de energia elétrica decorrente do consumo municipal, ainda que no exercício de suas atividades públicas, afeta a arrecadação. No presente caso, encontra-se demonstrada a lesão à ordem pública estadual, considerada em termos de ordem econômica, dado que a determinação da não-incidência do ICMS sobre a tarifa de energia elétrica decorrente do consumo municipal, ainda que no exercício de suas atividades públicas, afeta a arrecadação do ICMS e, não há dúvida disso, o orçamento estadual.

4. Além disso, numa breve análise deliberatória, em caso similar ao descrito nestes autos, a Primeira Turma desta Suprema Corte, ao julgar a AC 457-MC, rel. Min. Carlos Britto, DJ 26.10.2004, proferiu acórdão assim ementado:

“MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ICMS. IMUNIDADE INVOCADA PELO MUNICÍPIO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 150, INC. VI, LETRA ‘A’.

(...)

Condição inexistente no caso, visto que, de acordo com o acórdão recorrido, o fornecedor da iluminação pública não é o Município, mas a Cia. Força e Luz Cataguases, que paga o ICMS à Fazenda Estadual e o inclui no preço do serviço disponibilizado ao usuário. A imunidade tributária, no entanto, pressupõe a instituição de imposto incidente sobre serviço, patrimônio ou renda do próprio Município.

Ademais, de acordo com o art. 155, §3º da Magna Carta, o ICMS é o único imposto que poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica.

Medida Cautelar indeferida.

(...)”

Nesse mesmo sentido: AI nº 550300, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 18.05.2006; RE 255.673; rel. Min. Marco Aurélio, DJ 06.10.2004 e RE 212209, rel. para o acórdão, Min. Nelson Jobim, DJ 23.06.1999.

5. Aponto, por último, a manifestação da Procuradoria-Geral da República, ao constatar “a presença do efeito multiplicador, uma vez que diversas demandas fundadas em causa de pedir idêntica podem ser propostas contra o requerente, de onde ressaí o grave risco de lesão à economia pública” (fls. 191).

6. Ante o exposto, **defiro** o pedido para suspender a execução do acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 1.0000.06.436415-1/000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Comunique-se.

Publique-se.

Brasília, 14 de agosto de 2007.

Ministra ELLEN GRACIE
Presidente

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.07.459386-4/000 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NÚMERO DO PROCESSO: 1.0000.07.459386-4/000(1)
RELATOR: SILAS VIEIRA
RELATOR DO ACÓRDÃO: WANDER MAROTTA
DATA DO JULGAMENTO: 20/02/2008
DATA DA PUBLICAÇÃO: 21/05/2008

EMENTA: PRELIMINAR – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL – NECESSIDADE DE SUBMISSÃO DA QUESTÃO À CORTE SUPERIOR – INTELIGÊNCIA DO CPC 481 – Compete ao Plenário ou órgão especial declarar a inconstitucionalidade de lei estadual, de acordo com o CPC 481, exceto quando já houver pronunciamento deste ou do plenário do STF sobre a questão.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO COM PEDIDO LIMINAR – LEI ESTADUAL Nº 15.969, DE 10.01.2006 – VERBA DESTINADA EXCLUSIVAMENTE AOS PROCURADORES DO ESTADO LOTADOS NO DISTRITO FEDERAL – NATUREZA INDENIZATÓRIA – INEXISTÊNCIA – TRATAMENTO REMUNERATÓRIO – DISCRIMINAÇÃO – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA IMPESSOALIDADE, BEM COMO AO IGUALITÁRIO REGIME JURÍDICO DA CARREIRA – NECESSÁRIA EXTENSÃO DA VERBA. – A Lei estadual nº 15.969, de 2006, discrimina e, em consequência, afronta direito líquido e certo dos demais Procuradores do Estado de Minas Gerais, ocupantes de cargo efetivo, por instituir verba nitidamente remuneratória a uma parcela da carreira lotada na Advocacia Regional do Estado no Distrito Federal.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.07.459386-4/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - IMPETRANTE(S): ASSOCIACAO PROCURADORES ESTADO MINAS GERAIS - AUTORID COATORA: SECRETARIO ESTADO PLANEJAMENTO GESTAO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. SILAS VIEIRA - RELATOR PARA O ACÓRDÃO: EXMO SR. DES. WANDER MAROTTA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o 4º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS 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, EM REJEITAR A PRELIMINAR ARGÜIDA ‘EX OFFICIO’ PELO PRIMEIRO VOGAL (WANDER MAROTTA), VENCIDA A TERCEIRA VOGAL (TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO). DENEGAR A SEGURANÇA, VENCIDOS O RELATOR E O QUARTO VOGAL.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2008.

DES. WANDER MAROTTA - Relator para o acórdão.

DES. SILAS VIEIRA - Relator vencido.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiram sustentação oral, pelo Impetrante, o Dr. José Alfredo Borges, e, pelo Coator, o Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

O SR. DES. SILAS VIEIRA:

Sr. Presidente, eminentes colegas.

Ouvi, atentamente, as colocações feitas da tribuna pelo ilustre Advogado, Dr. José Alfredo Borges, e, também, pelo então Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, Advogado-Geral do Estado.

Pedi vista desses autos e por se tratar de matéria nova, que não tem precedentes neste Tribunal, busquei, então, durante alguns dias, estudar e meditar muito em cima desse processo para que pudesse chegar a um denominador comum, para que, assim se fizesse, aqui, a verdadeira justiça. Que bom que o Direito não é como as ciências exatas, como a matemática; o Direito nos proporciona uma interpretação maior e, repito, do estudo que fiz dos autos, cheguei às conclusões que estão abordadas no voto que trago escrito.

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO impetrado pela ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APEMINAS contra ato da Sra. SECRETÁRIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO DE MINAS GERAIS que indeferiu a extensão, a todos os Procuradores do Estado - ativos e inativos -, titulares de cargos de provimento efetivo, ainda que em exercício de cargo comissionado, associados da APEMINAS, da verba instituída pela Lei estadual nº 15.969, de 10.01.2006.

Inconformada, a APEMINAS afirma que a verba prevista pela Lei estadual n. 15.969, de 2006, é “[...] aumento disfarçado de remuneração concedido apenas a pequena parcela de servidores ocupantes de cargos efetivos de Procuradores de Estado, quais sejam, os lotados na Advocacia Regional do Estado no Distrito Federal, [e] ofende direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna, e a princípios básicos também nela estabelecidos, que têm, também, natureza de garantia individual oponível à ação do Estado.” (f.08)

Pondera que há nítida violação do princípio da isonomia, bem como da norma que estabelece o regime jurídico igualitário, inclusive em termos remuneratórios, para os ocupantes, ativos e inativos, do cargo de Procurador do Estado, da carreira da Advocacia-Geral do Estado.

Assevera que

“se a Constituição assegura a irredutibilidade do valor dos vencimentos e dos benefícios em geral, a supressão de tal verba legalmente instituída estaria malferindo a texto constitucional transcrito e, seria, portanto, sem validade jurídica. A solução legal e constitucional é estendê-la a todos os ocupantes do cargo efetivo de Procurador do Estado, e bem assim aos aposentados em tais cargos, com direito à paridade de vencimentos com os da ativa.” (f.16)

Enfatiza que a Súmula nº 339 do colendo STF não tem aplicabilidade ao caso, pois, aqui, ficou patente a ofensa ao princípio da isonomia, diferentemente do que ocorreu nos precedentes que levaram à edição daquele enunciado.

Pugna pela concessão de liminar para que a autoridade coatora seja compelida a tomar as providências necessárias ao imediato pagamento da verba prevista pela Lei estadual nº 15.969, de 2006, aos Procuradores do Estado, ativos e inativos, associados da impetrante e relacionados em documento anexo.

Requer que, ao final, seja concedida, em definitivo, a segurança.

Comprovante de recolhimento das custas (f.86).

À f.92, indeferi o pedido liminar e ordenei a notificação da impetrada, bem como a posterior abertura de vista à Procuradoria-Geral de Justiça.

Informações da autoridade coatora (f.103/121).

Parecer da nobre Procuradora de Justiça, Fé Fraga França, opinando pela denegação da ordem (f.127/132-TJ).

O ESTADO DE MINAS GERAIS peticiona, às f.134/136, momento em que roga pelo cadastramento, nos autos, dos subscritores da aludida peça, além da intimação dos próximos atos processuais.

É o relato.

Sabe-se que o mandado de segurança está voltado à defesa de lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, nos termos do artigo 5º, LXIX e LXX, da Constituição da República de 1988.

Para Hely Lopes Meirelles, IN Mandado de Segurança, 17.ed., p. 28:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Feitas essas colocações, observo que, na espécie, a APEMINAS – associação devidamente constituída (f.28/42) – formulou requerimento administrativo, para fins de obter o reconhecimento do direito e o início do pagamento, aos seus associados, da verba instituída pela Lei estadual nº 15.969, de 2006 (cópia da peça - f.55/56).

Constato mais.

Que a Sra. SECRETÁRIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO DE MINAS GERAIS, em ato publicado no “Minas Gerais” de 05.06.2007, indeferiu o referido pleito, por falta de amparo legal (f.58), ensejando a presente ação mandamental coletiva, nos moldes do artigo 5º, LXX, “b”, da Lei Maior.

Em síntese: a controvérsia reside na extensão da verba prevista pela Lei estadual nº 15.969, de 10.01.2006, a todos os Procuradores do Estado de Minas Gerais, ativos e inativos, titulares de cargos de provimento efetivo, ainda que em exercício de cargo comissionado, desde que associados à APEMINAS.

Pois bem.

Os Procuradores do Estado de Minas Gerais são agentes públicos de carreiras especiais e estão submetidos, como regra, ao Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais - Lei estadual nº 869, de 1952. Sujeitam-se, ainda, às regras próprias da carreira, dentre elas, as exteriorizadas pela Lei Complementar estadual nº 81, de 10.08.2004, pela Lei Complementar estadual nº 83, de 28.01.2005, e pela Lei Complementar estadual nº 96, de 17.01.2007.

Realço, por ser objeto da contenda, a Lei estadual nº 15.969, de 10.01.2006, que instituiu verba, nominada de indenizatória, para Procuradores do Estado de Minas Gerais lotados na Advocacia Regional do Estado no Distrito Federal.

Seu artigo 1º, *caput* e §1º, estabelece:

Art. 1º. Fica instituída verba indenizatória de serviço fora do Estado, a ser paga a até dez ocupantes de cargo efetivo de Procurador do Estado, da carreira da Advocacia Pública do Estado, lotados na Advocacia Regional do Estado no Distrito Federal, que não sejam proprietários de imóvel residencial quitado no Distrito Federal.

§1º. A verba de que trata o *caput* deste artigo será de 100% (cem por cento) do valor do vencimento básico do cargo de Procurador do Estado nível I grau A e não constitui base de cálculo para nenhum adicional nem integra a remuneração do beneficiário para nenhum efeito. (Parágrafo com redação dada pelo art. 24 da Lei Complementar nº 92, de 23/6/2006.) (f.62)

Do dispositivo supra, depreendo que a verba destina-se ao número máximo de 10 (dez) ocupantes de cargo efetivo de Procurador do Estado, da carreira da Advocacia Pública do Estado de Minas Gerais, se estiverem lotados no Distrito Federal e não forem proprietários de imóvel residencial quitado naquela localidade.

Num contexto como esse, torna-se indispensável reportar ao Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais (Lei estadual nº 869, de 1952), lei geral a que se submetem os Procuradores do Estado, como dito antes. Só assim será possível, ao meu juízo, desvendar a natureza jurídica da verba em exame e, por conseguinte, solucionar o conflito.

Vejamos.

De acordo com o artigo 73 da Lei estadual nº 869, de 1952, “entende-se por lotação o número de funcionários de cada carreira e de cargos isolados que devam ter exercício em cada repartição ou serviço.” Já a sede “é a localidade onde o funcionário tem exercício.” (artigo 139, § 2º, da Lei estadual nº 869, de 1952; artigo com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 7.179, de 19.12.1977)

Como se verifica, “lotação” e “sede” são termos interligados e enfatizam o local onde devem ser desempenhadas, em geral, as funções do cargo público, no qual o funcionário encontra-se investido, até provável remoção disciplinada no artigo 80 da Lei estadual nº 869, de 1952.

Excepcionalmente, porém, admite-se a prestação dos serviços fora da sede da repartição em que o servidor público esteja lotado, com a devida compensação dos gastos daí advindos.

No Estado de Minas Gerais, tal compensação pode ser feita mediante o pagamento, ao servidor público, de 2 (duas) modalidades de vantagem pecuniária, que vão além do vencimento ou da remuneração do cargo: 1. A ajuda de custo; ou 2. As diárias (artigo 118, I e II, da Lei estadual nº 869, de 1952).

A primeira “será concedida [...] ao funcionário que, em virtude de transferência, remoção, designação para função gratificada, passar a ter exercício em nova sede, ou quando designado para serviço ou estudo fora do Estado”. Destina-se a indenizar o servidor das despesas de viagem e de nova instalação sua e da sua família (artigo 132, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei estadual nº 869, de 1952) (Destaquei).

Por outro lado,

“o funcionário que se deslocar de sua sede, eventualmente e por motivo de serviço, faz jus à percepção de diária, nos termos de regulamento” (artigo 139, *caput*, do Estatuto do Servidor) (Destaquei), excetuados: o período de trânsito, ao funcionário removido ou transferido; o deslocamento com duração inferior a 6 (seis) horas; o deslocamento para a localidade onde o funcionário resida; quando relativa a sábado, domingo ou feriado, salvo se a permanência do funcionário fora da sede nesses dias for conveniente ou necessária ao serviço.”(artigo 139, §1º)

Ora, voltando à verba instituída pela Lei estadual nº 15.969, de 2006, fica patente a sua natureza não-indenizatória.

Explico.

A concessão da verba pautou-se no preenchimento conjunto de 2 (dois) requisitos, quais sejam, a lotação no Distrito Federal e a ausência de título de propriedade de imóvel residencial quitado no Distrito Federal (artigo 1º da Lei estadual nº 15.969, de 2006).

Todavia, esses fatores não se encaixam nos critérios estabelecidos, pelo Estatuto do Servidor, às 2 (duas) supramencionadas espécies de vantagem pecuniária para compensação de gastos.

Com efeito. A lotação, em especial, é ato inerente à investidura; é a regra para a identificação do local de desempenho das funções atinentes ao cargo público de Procurador do Estado. Não se refere, portanto, a nenhuma situação excepcional, permanente ou temporária, vivenciada pelo servidor público.

Quanto à ausência de título de propriedade de imóvel residencial quitado no Distrito Federal, é exigência que não merece maior consideração, pois, isoladamente, não conduziria ao recebimento da verba, sendo certo que afastei o critério da “lotação” como indicativo do caráter indenizatório da verba.

Se não fosse o bastante, é de se destacar que não existe apenas a Advocacia Regional do Estado no Distrito Federal. Há outras Advocacias Regionais não alcançadas pela Lei estadual nº 15.969, de 2006, o que afasta a tentativa de justificar a verba pelo critério da diferenciação do local de exercício das funções.

Outrossim, é insustentável, do ponto de vista jurídico-legal, amparar a natureza indenizatória da verba no alto custo de vida na capital brasileira, tendo em vista que a legislação estadual que instituiu e/ou regula a estrutura da Advocacia-Geral do Estado não faz, para qualquer finalidade (remuneratória, de atribuições, etc.), distinção dos Procuradores do Estado com base nesse aspecto.

De tudo, concluo que houve, na verdade, aumento discriminatório e inexplicável da remuneração de uma pequena parcela dos Procuradores do Estado de Minas Gerais, em evidente afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade (artigos 5º, *caput*, e 37, *caput*, da Constituição da República de 1988), e ao igualitário regime jurídico da carreira (artigo 39, §1º, da Constituição de 1988 e regras próprias, notadamente, externadas pela Lei Complementar estadual nº 81, de 2004).

Logo, configurada a violação de direito líquido e certo dos associados da impetrante e atento à previsão do artigo 37, XV, da Constituição de 1988, é de se estender a verba prevista pela Lei estadual nº 15.969, de 10.01.2006, a todos os Procuradores do Estado de Minas Gerais associados (f.44/50), ativos e inativos, titulares de cargos de provimento efetivo, ainda que em exercício de cargo comissionado.

Nem se levante a Súmula 339 do colendo STF, pois, no caso, não se está aumentando, sob o argumento de isonomia, os vencimentos de servidores públicos em situações diferentes. Trata-se, sim, de determinar a aplicação isonômica da Lei estadual nº 15.969, de 2006, para ocupantes da mesma carreira, sujeitos ao mesmo regime jurídico e às mesmas atribuições, independente da lotação.

Vale dizer, não há usurpação da função legislativa, pelo Judiciário, mas resguardo dos princípios constitucionais da igualdade, da impessoalidade, do igualitário regime jurídico da carreira.

Por todo o exposto, concedo a ordem rogada, determinando à autoridade coatora que tome as medidas necessárias para o imediato pagamento da verba prevista pela Lei estadual nº 15.969, de 2006, aos Procuradores do Estado, ativos e inativos, titulares de cargos de provimento efetivo, ainda que em exercício de cargo comissionado, associados da impetrante e relacionados no Doc. 3, f.44/50.

Custas, *ex lege*.

Deixo de arbitrar honorários advocatícios, *ex vi* das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

É como voto.

O SR. PRESIDENTE (DES. ALVIM SOARES):

Antes de passar a palavra ao 1º Vogal, informo que a Des.^a Heloísa Combat está impedida de participar deste julgamento. Quanto ao Des. Roney Oliveira, também estaria impedido, no entanto, S. Ex.^a não é mais membro efetivo deste Grupo de Câmaras.

O SR. DES. WANDER MAROTTA:

Sr. Presidente.

Registro, de início, ter ouvido, atentamente, a sustentação oral proferida pela Associação Impetrante e pelo seu eminente Procurador e Advogado, Professor José Alfredo Borges, da mesma forma, a sustentação oral proferida em nome do Estado de Minas Gerais por seu ilustre Procurador-Geral.

Recebi, também, memorial de ambas as partes, que tive oportunidade de examinar, e tal exame leva-me, neste momento, a suscitar uma questão de ordem, tendo em vista que, segundo me parece, a continuidade deste julgamento pode resultar num pronunciamento nulo deste Grupo de Câmaras. É que o art. 97 da Constituição estabelece que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” É a chamada cláusula de reserva de plenário, de todos conhecida.

Por sua vez, dando concretude a esta regra constitucional, o art. 480 do CPC estabelece que argüida a inconstitucionalidade de lei, dever-se-á submeter ao órgão julgador, no caso, este Grupo de Câmaras, a questão sobre a argüição da inconstitucionalidade ou não, e há necessidade, segundo o Código, de um pronunciamento prévio do Grupo sobre a relevância desta argüição de inconstitucionalidade.

A inicial tem como causa de pedir a inconstitucionalidade da Lei que se está examinando, isto foi objeto de ratificação da tribuna, como todos tivemos oportunidade de ouvir, e o voto do eminente Relator, que acaba de ser pronunciado, sinalizando, inclusive, sobre a possibilidade, em tese, de uma declaração de inconstitucionalidade, faz com que surja esta absoluta necessidade da submissão desta questão prévia ao Grupo e proponho, então, que haja um pronunciamento de todos os seus integrantes para que se faça um pronunciamento prévio sobre a necessidade ou não de submeter-se à egrégia Corte Superior a argüição de inconstitucionalidade, o que estou, neste momento, propondo.

Vejo a necessidade de levantar uma questão de ordem, relativa à chamada “reserva de plenário”. (art. 97 da CF).

Não pode o Grupo de Câmaras, isoladamente, declarar a inconstitucionalidade de lei e proferir julgamento desde logo, sem submeter a questão prejudicial ao Órgão Especial, obedecidos os trâmites previstos no CPC, que assim dispõe:

“Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão a tribunal pleno.

Parágrafo Único - Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§1º O Ministério Público e as pessoas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos e entidades”.

Na palavra autorizada de NELSON NERY e ROSA MARIA ANDRADE NERY:

“A turma ou câmara examinará a alegação de inconstitucionalidade, como questão prejudicial ao julgamento do recurso ou ação. Rejeitando-a, prossegue o julgamento pelo próprio órgão do tribunal; acolhendo-a, o órgão lavra o acórdão e submete a questão prejudicial, relativa à inconstitucionalidade de lei, ao plenário do tribunal, a quem compete declarar, ou não, referida inconstitucionalidade.

A causa de competência da turma ou câmara (recurso ou ação), fica sobrestada até que o pleno julgue a prejudicial de inconstitucionalidade. O julgamento do pleno, sobre a questão prejudicial, vinculará a turma ou câmara, que terá de aplicá-lo obrigatoriamente na solução do recurso ou ação” (Código de processo civil comentado. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 857).

Assim, necessário se faz suscitar essa questão prejudicial da inconstitucionalidade da lei, aqui discutida, e, votando-a, submetê-la se for o caso, à Corte Superior desta Casa.

O SR. DES. SILAS VIEIRA:

Sr. Presidente

Estou convencido, muito embora tenha tomado ciência do posicionamento do Des. Wander Marotta nesta sessão, neste momento, de que a sua ponderação tenha pertinência neste caso em julgamento, até porque poderá este julgamento ser fadado a uma nulidade.

Em sendo assim, embora tenha tido um grande trabalho em examinar este processo, acompanho o Des. Wander Marotta no tocante à remessa dos autos à Corte Superior deste egrégio Tribunal, a fim de que a Corte Superior decida sobre a constitucionalidade ou não da Lei estadual que instituiu a verba questionada pela Associação Impetrante.

É o meu voto.

O SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM:

Sr. Presidente.

Eminentes Pares, ilustres Advogados que assomaram à tribuna em defesa dos interesses de seus representados.

A questão de ordem levantada pelo em. Des. Wander Marotta, como S. Ex.^a mesmo disse, necessita do pronunciamento de toda a Turma Julgadora. Então, esta é uma primeira questão que submeto a V. Ex.^{as}: de que se colham as manifestações dos demais integrantes, uma vez que dos arts. 480 e 481 do CPC infere-se que, se a arguição for rejeitada, no caso concreto,

prosseguir-se-á o julgamento; se acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão de inconstitucionalidade ao Tribunal Pleno, no caso, representado pela egrégia Corte Superior. Então, quer-me parecer, em primeiro lugar, repito, que sobre a questão de ordem deve-se pronunciar todo o Grupo de Câmaras. Se assim acolhido por V. Ex.^a, então me reservo para sobre a questão de ordem manifestar-me.

O SR. DES. PRESIDENTE:

Retorno a palavra ao Des. Wander Marotta em face do acolhimento da preliminar, vamos dizer assim, suscitada por V. Ex.^a.

O SR. DES. WANDER MAROTTA:

Sr. Presidente.

Da minha própria proposta já constou explicitamente que todos os integrantes do grupo devem se pronunciar sobre a relevância da questão de ordem, sobre a relevância da argüição de inconstitucionalidade, tal como já o fez o eminente Relator, no sentido do acatamento da proposta de argüição que será levada ao órgão especial. Se a proposta for recusada, prosseguir-se-á no julgamento, segundo dispõe o CPC.

O SR. DES. PRESIDENTE:

Agora, retorno a palavra ao Des. Edgard Penna Amorim, a respeito da situação que se encontra o julgamento desta preliminar.

SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM:

Sr. Presidente.

Peço vênia para divergir em parte da questão de ordem suscitada pelo em. Des. Wander Marotta e explico o porquê da dissensão parcial.

É que, segundo depreendo do art. 481 do CPC, que tive a oportunidade de ler agora há pouco, a relevância da submissão do feito à Corte Superior está condicionada a que a maioria do órgão fracionário afirme a inconstitucionalidade ou acolha a argüição, tal como feito pelo voto do em. Desembargador Relator. S. Ex.^a, para conceder a segurança, entre outros argumentos e fundamentos, acolhe a tese da inicial de que inconstitucional, por violação do princípio da isonomia, o normativo em que se baseou a Autoridade coatora para praticar o ato impetrado.

Declarada, assim, no voto de S. Ex.^a, a inconstitucionalidade incidental, o princípio da reserva de plenário, sem dúvida nenhuma, impõe a afetação da questão à Corte Superior, desde que o voto de S. Ex.^a, ou a afirmação da inconstitucionalidade, procedida por S. Ex.^a, prevaleça na Turma Julgadora, porquanto, se a Turma Julgadora ou denega a segurança, por maioria, já agora cogitável, por haver pelo menos um voto pela concessão, ou concede a segurança, mas a outros fundamentos que, eventualmente, dispensem ou tornem irrelevante a afetação da matéria constitucional à Corte Superior, isso, também, poderá ensejar o desacolhimento eventual da questão de ordem suscitada pelo em. Desembargador Primeiro Vogal.

Assim é que adiro à questão de ordem na parte em que S. Ex.^a adverte, desde logo, que, a prevalecer o voto do em. Relator, o julgamento ter-se-á que suspender, até que a Corte Superior confirme a afirmação de constitucionalidade procedida pelo órgão fracionário, mas dirirjo na questão atinente a que, desde logo, independentemente do resultado do julgamento, já

se afira da relevância ou não desta afetação, antes de se saber o posicionamento, quanto ao mérito, deste órgão fracionário.

O SR. DES. PRESIDENTE:

Passo a palavra à Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, levando em consideração não só o acolhimento do Relator e do 1º Vogal, como agora, também, do posicionamento do 2º Vogal, Desembargador Edgard Penna Amorim.

A SR^a DES.^a TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO:

Sr. Presidente.

Inicialmente, registro minha atenção aos ilustres Advogados que ocuparam a tribuna, que o fizeram com muito brilhantismo e com muita objetividade.

Nesse momento, sendo a primeira vez que uma situação dessa natureza é apresentada a esse Grupo de Câmaras, e me permitindo, sem a limitação de um exame mais acurado da questão, *data venia*, acompanho o eminente Desembargador Wander Marotta, que suscitou a questão da inconstitucionalidade, porque, a meu sentir, acho que ela tem precedência ao julgamento da questão.

Na exordial foi infirmada e foi dita a todas as luzes a existência da inconstitucionalidade. Não cabe a nós, como órgão fracionário deste Tribunal, decidir sobre a inconstitucionalidade ou não de ato normativo, senão à Corte Superior.

Reafirmando, novamente, que vou me debruçar sobre a questão, porque esta é a primeira oportunidade em que me manifesto e em que me vejo na situação levantada, não só pelo eminente Desembargador Wander Marotta, mas, também, pelo Desembargador Edgard Penna Amorim, quanto à questão da finalização da votação, para então, sim, submeter o incidente à Corte Superior, é que, neste primeiro momento, acompanho, *data venia*, o eminente Desembargador Wander Marotta, achando que a questão deve ser submetida, desde logo, à Corte Especial deste Tribunal.

O SR. DES. ALVIM SOARES:

Com vênia aos entendimentos em contrário, acompanho o douto Desembargador Edgard Penna Amorim, porque entendo que é possível a complementação deste julgamento, mesmo porque, se denegada a segurança, equivalerá à constitucionalidade da lei.

Então, fico com os argumentos, pedindo-lhe permissão, do Desembargador Edgard Penna Amorim.

O SR. DES. FERNANDO BRÁULIO:

Sr. Presidente.

Ouvi, com atenção, ambas as sustentações orais desenvolvidas com brilho e erudição pelos doutos Advogados em defesa de suas teses.

Quanto à submissão do incidente de inconstitucionalidade, parece-me que, por uma questão lógica, *data venia*, deve ser posterior ao julgamento do recurso. Só com o julgamento do recurso pode-se aferir, com mais elementos, quanto à relevância ou não do incidente.

Então, ponho-me de acordo com o eminente Desembargador Edgard Penna Amorim, com vênia à dissidência.

O SR. DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS:

Sr. Presidente.

Pedindo vênia ao ilustre Desembargador Wander Marotta e à brilhante Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, com base na exposição do ilustre Desembargador Edgard Penna Amorim e no art. 481 do Código de Processo Civil, estou a acompanhá-lo para prosseguir o julgamento e, ao final, decidir sobre a remessa ou não para a Corte, dependendo do resultado do julgamento.

O SR. DES. SILAS VIEIRA:

Sr. Presidente, pela ordem.

Depois de ouvir as ponderações do eminente Desembargador Edgard Penna Amorim e, também, do Desembargador Edivaldo George dos Santos, convenci-me do entendimento esposado por ambos. Sendo assim, quero retificar meu posicionamento anterior, aderindo à divergência.

O SR. DES. PRESIDENTE:

Retorno a palavra ao Desembargador Wander Marotta, para a continuação do julgamento, superada a preliminar argüida por V. Ex.^a.

O SR. DES. WANDER MAROTTA:

Sr. Presidente.

Vencido quanto à questão de ordem que suscitei, por imaginar que o pronunciamento do Órgão Especial seria necessário, tendo em vista que, depois de uma declaração de inconstitucionalidade, se chegar a ser feita, este pronunciamento será inútil, nesta parte, passo a proferir voto de mérito acerca do pedido.

O exame da inicial mostra que o que se pretende é o imediato pagamento da verba instituída pela Lei 15.969, de 2006, a todos os Procuradores do Estado, ativos e inativos. Chama a atenção a cláusula temporal do imediato pagamento que, a meu ver, incide com a vedação estabelecida pela ADL 4, do Supremo Tribunal Federal, que proíbe qualquer tribunal de decidir contra a jurisprudência consolidada daquela Corte, segundo a qual o pagamento inaugural de quaisquer verbas a servidores públicos só pode ser feito após o trânsito em julgado da decisão.

Entretanto, independentemente dessa consideração porque, a serem acatados os termos da inicial, este apontado excesso poderia ser decotado, vejo-me, embora a contragosto, na

inconfortável alternativa de pronunciar-me contrariamente ao voto que acaba de ser proferido pelo eminente Relator, porque, segundo a reflexão que fiz a respeito da questão, a gratificação, instituída pela lei questionada, não é inconstitucional por estabelecer pagamento de adicional para servidores em situação diversa de todos os demais, genericamente considerados. Embora não haja, a respeito desta lei, especificamente, nenhum pronunciamento anterior de órgãos jurisdicionais, o que se tem, na realidade, é que, por analogia, os precedentes conhecidos são no sentido da possibilidade de diferenciação de servidores em algumas situações, como aquela que, aqui, se examina.

Assim é que as leis de organização judiciária, por exemplo, sempre contemplaram a possibilidade de instituição de uma gratificação para magistrados que ocupassem o que se chamava de comarca de difícil provimento. Hoje, com o progresso das comunicações, das estradas, quase nem temos essas comarcas de difícil provimento, mesmo porque se encontrou uma outra solução para esse problema, mas nunca se questionou a constitucionalidade de tal gratificação ou de tal verba indenizatória. Por outro lado, reconheço que Brasília tem mesmo peculiaridades que foram apontadas pela ilustre autoridade. Sabe-se que, desde a época da inauguração, o serviço público federal, como ficou salientado da tribuna, fornece moradia para os servidores mais qualificados e isso, num reconhecimento, a meu ver, explícito, de que é problemático o imóvel de Brasília, ou mesmo a possibilidade de vida no Planalto, havendo, conseqüentemente, um reconhecimento no plano federal da necessidade de tratamento diferenciado que se fez especificamente com a cessão prematura dessas moradias. Por uma questão que, ao meu ver, é absolutamente discricionária, o Estado de Minas Gerais - que poderia, em tese, adquirir apartamentos funcionais em Brasília para esses servidores e não o fez, preferindo instituir uma verba que indenizasse o pagamento da moradia - age, portanto, dentro de limites que não me parecem ilegais ou inconstitucionais. Sub-rogando-se essa verba num imóvel físico, não haveria êxito na alegação de que a cessão desses imóveis funcionais pelo Estado de Minas Gerais, se fosse o caso, poderia ser considerado inconstitucional, tendo em vista que a União faz isso de modo público e notório.

Com esses argumentos que considero suficientes, peço vênia para denegar a ordem.

O SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM:

Sr. Presidente.

Eminentes Pares.

Anoto que a atenção que dei às sustentações orais estendeu-se à leitura dos memoriais oferecidos pelas partes litigantes. Não obstante em casos desse jaez, sobretudo após os fundamentos trazidos pelo erudito voto do em. Relator, aos quais farei menção a seguir, justificar-se-ia mesmo o exercício do direito de pedir vista, sei, Sr. Presidente, que há uma grande expectativa por parte dos interessados de que a solução logo se dê, porquanto, concedida ou não a ordem, em definitivo, certamente algumas medidas de cunho administrativo e/ou legislativo haverão de ser adotadas, com vistas a dar uma solução que a decisão deste Tribunal, seja ela qual for, não dará.

Assim, peço desculpas por não ter trazido voto escrito e vejo-me na contingência de proferir o meu voto oralmente, sobretudo após a manifestação do em. Relator, que se caracteriza pelo pleno exercício da máxima, segundo a qual ao Judiciário se dêem os fatos, se formule o

pedido e este Judiciário afirmará o direito. É que S. Ex.^a, o em. Relator, deduz todo o seu raciocínio com base no Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais, a que submetidos, por óbvio, os representados pela impetrante, e, ao fazê-lo, colaciona fundamentos que a S. Ex.^a parecem suficientes para concluir pela inconstitucionalidade da restrição do pagamento da verba sob exame aos Procuradores do Estado lotados na unidade administrativa de Brasília ou do Distrito Federal.

Neste aspecto, peço vênias para, de início, divergir desta linha de interpretação, porquanto o cotejo, para o acolhimento da inconstitucionalidade, deve ser feito à luz da Constituição e, não, “*data venia*”, de legislação infraconstitucional ou outra a que se submetam, como disse, os representados pela impetrante. Neste aspecto, parece-me - também renovadas as vênias - suficiente a consideração de que, cuidando-se a verba indenizatória prevista na Lei 15.969/2006 de uma espécie de pagamento até então não prevista no Estatuto, por se tratar de lei posterior, a citada Lei Estadual nº 15.969/2006 revogou ou derogou ou ab-rogou, no que necessário, porque com ela incompatível, o previsto na anterior lei veiculadora do Estatuto dos Servidores Públicos, a saber, a Lei Estadual nº 869/1952.

Assim é que, circunscrevendo a análise da matéria à conformidade ou não da alegada discriminação procedida pelo ato impetrado; que não teria estendido a outrem o que a lei estabeleceu para alguém, é que renovo as vênias para, também, denegar a segurança.

Às razões do direito material expendidas pelo em. Primeiro Vogal, que instaura a dissidência de mérito, atinentes a que não fere a isonomia o tratamento diferenciado daqueles que estão em situação distinta, acrescento, desde logo, que a Lei diz indenizatória a natureza da verba, por isto mesmo não incorporada à remuneração ou à base de cálculo de quaisquer outros pagamentos que se destinam àqueles Procuradores do Estado que exercitam suas funções fora do território estadual, o que indica, inequivocamente, que há um critério possível para se distinguirem as situações. E mais diz a Lei - assim explicitando o que até então se tomasse apenas por implícito - que esta verba visa a uma ajuda de custo para fins de moradia, conclusão que se infere da exclusão daqueles que já têm imóvel próprio na Capital Federal ao direito à referida verba. Por a Lei dizer tudo isto, quando nada, a afirmação de sua inconstitucionalidade, se não desacolhível, mereceria, como merece, cautela, à luz, pelo menos, do princípio ou da presunção de constitucionalidade das leis que vigora no nosso ordenamento.

Se dúvida houvesse, e para mim, “*data venia*”, não há, quando nada, deveria o Judiciário deixar de afirmar a inconstitucionalidade.

Mas, além dessas questões de direito material, Sr. Presidente, a meu ver, há óbices de ordem formal, procedimental, processual para o acolhimento do pedido da Impetrante, ao menos na sede do Mandado de Segurança ora sob julgamento.

É que, efetivamente, dada a clareza do texto quanto à circunscrição dos seus destinatários e às condições para obterem o pagamento da referida verba, há pretensão da petição inicial de que a natureza seria remuneratória, e por isto mesmo o pedido é de extensão do respectivo pagamento a todos os demais, cerca de quatrocentos Procuradores do Estado, da ativa, além daqueles, de número por mim desconhecido, que já passaram para a inatividade. E isto, indubitavelmente e independentemente do enunciado da Súmula nº 339 do Supremo Tribunal

Federal, configuraria, repito, dada a clareza da circunscrição do normativo referido, em atuar o Poder Judiciário como legislador, porque a Lei não foi aprovada para alcançar mais de quatrocentos servidores. Ela, ao contrário, teve o cuidado de restringir a, no máximo, dez, antevendo uma dificuldade orçamentária e financeira para que, além desses dez, pudesse o Estado suportar, daí advindo a inconveniência para o próprio Estado de lotar no Distrito Federal mais do que dez Procuradores em condições de perceber a verba. Discrimen haveria, sim, se mais de dez preenchessem os requisitos e apenas dez recebessem a verba, o que não é objeto da discussão que ora se faz.

Assim sendo, independentemente do enunciado da Súmula do Supremo Tribunal Federal, mas com olhos postos na Constituição da República de 1988, que a ela é posterior, não há dúvida de que está o Poder Judiciário, no âmbito de um mandado de segurança, pelo menos, e de um controle difuso de constitucionalidade, impedido de agir como legislador e estabelecer uma obrigação não prevista em lei, sobretudo quando essa obrigação tem como destinatário o Poder Público, jungido que está ao princípio da legalidade, segundo o “*caput*” do art. 37 da Constituição Republicana.

É interessante notar que a mesma Carta de 1988 que, como disse, é posterior à Súmula do Supremo Tribunal Federal, prevê, em tese, ao menos, dois mecanismos mediante os quais o Poder Judiciário pode, e deve, se provocado, afirmar a omissão do legislador no atendimento de princípios ou preceitos constitucionais, instigando os órgãos competentes a suprir tal omissão. Refiro-me, como se pode imaginar, ao mandado de injunção, previsto no art. 5º, inc. LXXI, e na ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, de que trata o § 2º do art. 103 do Texto Constitucional Republicano.

Além de configurarem caminhos possíveis, em tese, para a obtenção do alegado restabelecimento da isonomia entre os representados pela Impetrante, estes dois dispositivos, a meu aviso, trazem subtendido, exatamente, o reforço à tese da separação de poderes. Isto porque, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a respeito deles se tem construído - ao Poder Judiciário, diante da omissão censurada - qual seja, no caso concreto, a previsão legal de que também os demais Procuradores, por razão da isonomia, devam fazer jus a esta verba indenizatória - caberá declarar a mora indispensável à configuração do direito subjetivo, a confirmar a inviabilidade processual e, no caso, constitucional, de que em sede de mandado de segurança se estenda, como pleiteado na exordial, o pagamento de uma verba àqueles que dela não são expressamente destinatários, segundo a norma legal.

Circunscrevendo-me, até pelo adiantado da hora, a tais argumentos, renovo as vênias para secundar o em. Des. Wander Marotta e também denegar a segurança.

A SR.^a DES.^a TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO:

Sr. Presidente.

Inicialmente, consigno que recebi memorial de ambas as partes e como é de meu feitio, dei a devida atenção à matéria exposta, não só no mandado de segurança, mas no material que me foi encaminhado pelas partes.

Antes de adentrar o meu posicionamento, registro a presença em plenário de inúmeros colegas da antiga Procuradoria-Geral do Estado, hoje, Advocacia-Geral do Estado, da qual tive a honra de ser uma das integrantes e orgulho-me de tê-lo sido, por ser uma Casa onde se atua privilegiando os interesses do Estado.

É uma carreira que alberga grandes cultores do direito, com os quais tive o privilégio de trabalhar, não só antes de aportar a esta Corte, mas, hoje, diuturnamente, como magistrada, e posso auferir a qualidade do serviço prestado pelos Advogados do Estado de Minas Gerais que quero, nesta oportunidade, cumprimentar.

Tenho voto singelo, mas que traduz aquilo que entendo com relação à matéria submetida à apreciação desse órgão fracionário do Tribunal de Justiça.

A matéria debatida no presente writ cinge-se a extensão a todos os Procuradores do Estado de Minas Gerais, ativos e inativos, titulares de cargo de provimento efetivo, ainda que em exercício de cargo comissionado, desde que associados a Apeminas, associação autora, da verba indenizatória prevista na Lei nº 15.969/06.

Para o devido deslinde da lide cumpre estabelecer se a verba elencada na Lei nº 15.969/06 tem caráter remuneratório ou indenizatório, pelo que trago à lume as disposições dos artigos 1º e 2º, *verbis*:

“Art. 1º Fica instituída verba indenizatória de serviço fora do Estado, a ser paga a até dez ocupantes de cargo efetivo de Procurador do Estado, da carreira da Advocacia Pública do Estado, lotados na Advocacia Regional do Estado no Distrito Federal, que não sejam proprietários de imóvel residencial quitado no Distrito Federal.

§ 1º A verba de que trata o caput deste artigo será de 100% (cem por cento) do valor do vencimento básico do cargo de Procurador do Estado nível I grau A e não constitui base de cálculo para nenhum adicional nem integra a remuneração do beneficiário para nenhum efeito. (Parágrafo com redação dada pelo art. 24 da Lei Complementar nº 92, de 23/6/2006.)

§ 2º A verba indenizatória instituída por esta Lei é fixada por resolução do Advogado-Geral do Estado, observado o limite de beneficiários e o disposto no § 1º deste artigo”.

Faz-se, então necessário diferenciar remuneração de indenização, valendo-me para tanto das lições doutrinárias do mestre Hely Lopes Meirelles:

“Assim, o sistema remuneratório ou a remuneração em sentido amplo da Administração direta e indireta para os servidores da ativa compreende as seguintes modalidades:

a) subsídio, constituído de parcela única e pertinente, como regra geral, aos agentes políticos; b) remuneração, dividida em (b1) vencimentos, que corresponde ao vencimento (no singular, como está claro no art. 39, § 1º, da CF, quando fala em ‘fixação dos padrões de vencimento’) e às vantagens pessoais (que, como diz o mesmo art. 39, § 1º, são os demais componentes do sistema remuneratório do servidor público titular de cargo público na Administração direta, autárquica e fundacional), e em (b2) salário, pago aos empregados públicos da Administração direta e indireta regidos pela CLT, titulares de empregos públicos, e não de cargos públicos.

(...)

Indenizações - São previstas em lei e destinam-se a indenizar o servidor por gastos em razão da função. Seus valores podem ser fixados em lei ou em decreto, se aquela

permitir. Tendo natureza jurídica indenizatória, não se incorporam à remuneração, não repercutem no cálculo dos benefícios previdenciários e não estão sujeitas ao imposto de renda. Normalmente, recebem as seguintes denominações:

ajuda de custo - destina-se a compensar as despesas de instalação em nova sede de serviço, pressupondo mudança de domicílio em caráter permanente; diárias - indenizam as despesas com passagem e/ou estadia em razão de prestação de serviço em outra sede em caráter eventual; auxílio-transporte - destina-se ao custeio total ou parcial das despesas realizadas pelo servidor com transporte coletivo nos deslocamentos de sua residência para o trabalho e vice-versa.

Outras podem ser previstas pela lei, desde que tenham natureza indenizatória. Seus valores não podem ultrapassar os limites ditados por essa finalidade, não se podem converter em remuneração indireta. Há de imperar, como sempre, a razoabilidade” (Direito administrativo brasileiro, 30.ed. Malheiros, 2005. p. 459/460 e p. 480).

Feitas essas considerações, tenho, rogando vênias ao entendimento exarado pelo digno Relator, que a verba elencada na Lei nº 15.969/69 tem caráter nitidamente indenizatório, uma vez que destinada aos Procuradores do Estado lotados na Advocacia Regional do Estado no Distrito Federal, que não sejam proprietários de imóvel residencial quitado no Distrito Federal, ou seja, destina-se a cobrir as despesas geradas pelo exercício da função de Procurador do Estado de Minas Gerais em outro Estado da Federação.

Verifica-se, ainda, do § 1º do artigo 1º da referida lei, que aludida verba não constitui base de cálculo para nenhum adicional nem integra a remuneração do beneficiário para nenhum efeito, tendo, por isso, exatamente, a característica de verba indenizatória, salientado nesse passo o caráter eventual e temporário do auferimento do benefício submetido ao enquadramento daquelas hipóteses especiais postas pela legislação.

Assim, em razão desse caráter, a mesma não deve e não pode ser estendida a todos os procuradores do Estado, como requerido na exordial, inclusive aos inativos, tendo em vista que o escopo da norma foi exatamente indenizar, repita-se, aqueles procuradores que deixaram seu Estado, para prestar serviços no Distrito Federal.

Como bem consignado pela Procuradora de Justiça:

“O dispositivo legal transcrito ressalta o eminente caráter indenizatório da verba que se pode chamar de ‘auxílio moradia’, então destinado aos Procuradores lotados na Advocacia Regional do Estado no Distrito Federal, fora, portanto, dos limites territoriais do Estado de Minas Gerais. (...)

Permissa vênias, não vislumbramos na verba em questão o inquinado caráter de aumento do vencimento, então concedido a apenas uma parte da classe, mas, sim, uma verba de caráter eminentemente indenizatório, visando cobrir situação peculiar e específica de determinado número de integrantes da classe dos Procuradores do Estado. (...)

Nesse passo, insta ainda assinalar que, em se tratando de gratificação especial, foi ela devidamente instituída por lei, em sentido formal, com a observância da competência para sua iniciativa, de molde que, uma vez configurada a situação fática previamente estabelecida na norma jurídica pertinente, resta assegurado ao servidor o direito subjetivo à percepção do valor pecuniário correspondente. (...)

Assim, não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade na lei aqui questionada, e, por outro lado, não se incluindo os demais associados da impetrante na situação legal prevista para a obtenção da vantagem questionada, não lhes assiste direito líquido e certo algum” (fls. 127/132).

Isto posto, observando que a verba prevista na Lei Estadual nº 15.969/06 tem caráter eminentemente indenizatório, visando a ajudar financeiramente aqueles procuradores lotados fora do Estado de Minas Gerais, além de não constituir base de cálculo para nenhum outro benefício, resta patente a ausência de direito líquido e certo de todos os associados da autora de recebê-la.

Mediante tais considerações, denego a ordem.

Custas, na forma da lei.

O SR. DES. ALVIM SOARES:

O problema com o sistema remuneratório, seja dos funcionários públicos, seja até das empresas privadas, sempre tem sido no país alvo de constantes críticas e, até mesmo, relativamente ao contexto da igualdade entre as classes sociais que temos visto que, nem sempre, estão em equilíbrio.

Quanto a Brasília, acho que a discriminação está sendo feita ao contrário; Brasília é a capital do nosso país, cidade maravilhosa, de vida fácil e tranqüila, como qualquer outra. Brasília não fica aquém de São Paulo, do Rio ou de Recife. É uma cidade que tem os mesmos princípios, os mesmos padrões de vida, seja social, seja funcional, então, a partir desse princípio, penso que a discriminação está sendo feita ao contrário, de dizer que Brasília tem um custo de vida alto, difícil, onde o clima é ruim. Se fosse tão ruim assim, Brasília não teria multiplicado por dez ou vinte, nestes poucos anos de existência da nossa Capital.

Então, é um ponto de vista, sim, e acho que está havendo uma terrível discriminação contra os Procuradores de determinadas outras regiões administrativas da Procuradoria e Planejamento dos Procuradores do Estado de Minas Gerais. É tratamento desigual. Trata-se desigual até aqueles que estão dentro de Brasília, porque se porventura possuir uma quitinete lá, não pode receber este dinheiro; agora, aquele que tem lá na cidade satélite ou em lugar próximo, pode recebê-lo. Então, é uma lei que discrimina e fere a igualdade entre os Procuradores, trata desigual aqueles que estudaram e fizeram o concurso para um determinado cargo, visando a um determinado vencimento. Peço vênias ao Des. Wander Marotta, mas o sistema da Magistratura foi bem diferente deste que está sendo tratado aqui. A Magistratura tinha algumas comarcas de difícil acesso e de difícil preenchimento, e para resolver esta questão, elas foram elevadas de entrância. É bem diferente. Mesmo assim, para alguns, essas comarcas poderiam ser de difícil acesso, mas para outros, que eram daquela região, eram as escolhidas. Tivemos, também, nesta questão de organização judiciária, um problema muito sério, que continua até hoje, que é exatamente a classificação das entrâncias.

Passando para outro ponto de vista, há o problema do salário mínimo, que se diz que para São Paulo teria de ser o dobro do que ganha uma pessoa no interior de Minas Gerais. Então, seria, vamos dizer assim, o salário mínimo teria que ser diferente, não poderia ser também o salário mínimo igual, então não podemos tratar de maneira desigual pessoas que se submeteram a um concurso e a uma carreira visando igualdade entre eles. Então, pedindo vênias e acatando com muita simplicidade e humildade os argumentos contrários que foram expendidos, que são de alto saber jurídico, constitucional e administrativo, como tive a oportunidade de ver, mas nem por isso vou deixar de externar a minha opinião de que esta lei fere a igualdade e, conseqüentemente, a isonomia entre os Procuradores.

Peço vênia ao eminente Relator para acompanhar o seu voto e conceder a segurança.

O SR. DES. FERNANDO BRÁULIO:

Sr. Presidente.

A questão é saber essencialmente, como advertiu o eminente Relator em seu voto, quanto à natureza jurídica da verba pretendida pelo impetrante, se compensatória ou remuneratória. A mim parece-me, *data venia*, compensatória, eis os termos do art. 1º, *caput*, da Lei estadual nº 15.969, de 10-01-2006:

“fica instituída verba indenizatória do serviço fora do Estado, a ser paga a até dez ocupantes de cargo efetivo de Procurador do Estado, da carreira da Advocacia Pública do Estado, lotados na Advocacia Regional do Estado do Distrito Federal, que não sejam proprietários de imóvel residencial quitado no Distrito Federal”

A lei teve em mira, principalmente, as condições locais de habitação no Distrito Federal.

A meu ver, não há afronta ao princípio de isonomia consagrado pela Constituição Federal. O Estado, pelo Poder Executivo, através do seu poder discricionário, estabeleceu critérios para a lotação em Brasília, destinados a um exíguo e diferenciado quadro de dez Procuradores. Não se pode dizer que a situação dos Procuradores em Brasília é a mesma em Belo Horizonte e em todo o Estado.

Rogando vênia aos entendimentos em contrário, denego a segurança, desde o voto do eminente Des. Wander Marotta e, conseqüentemente, julgo prejudicado o incidente de inconstitucionalidade.

Este é o meu voto.

O SR. DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS:

Sr. Presidente.

Não vou me prolongar em meu voto, uma vez que brilhantes pronunciamentos já foram feitos nesta Casa e dispensam maiores comentários, assim como não vou tratar das condições de vida da Capital, uma vez que isto é matéria secundária ao principal de que trata a lide.

A meu sentir, não foi ferido o princípio da isonomia, quando se criou a Lei nº 15.969, de 2006, pois entendo que esta tem caráter indenizatório, como prevê o seu art. 1º:

“Art. 1º. Fica instituída verba indenizatória de serviço fora do Estado, a ser paga a até dez ocupantes de cargo efetivo de Procurador do Estado, da carreira da Advocacia Pública do Estado, lotados na Advocacia Regional do Estado no Distrito Federal, que não sejam proprietários de imóvel residencial quitado no Distrito Federal.”

A lei indenizatória destina-se a indenizar os servidores por gastos em razão do exercício de suas funções. Estes gastos, a meu ver, são com o exercício das suas funções na Capital Federal, prevendo o alto custo de vida ali. Tais verbas não se incorporam à remuneração dos servidores. Podemos verificar, como ressalta o art. 1º, §1º, da referida Lei, que não constitui base de cálculo para nenhum adicional e nem é integrante de qualquer remuneração.

Com esses expendimentos, observando que a verba prevista na Lei estadual nº 15.969 tem caráter eminentemente indenizatório, visando a ajudar aqueles Procuradores de Brasília, e que não está presente direito líquido e certo aos Impetrantes, denego a ordem, na forma convencionada.

SÚMULA: REJEITARAM A PRELIMINAR ARGÜIDA 'EX OFFICIO' PELO PRIMEIRO VOGAL (WANDER MAROTTA), VENCIDA A TERCEIRA VOGAL (TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO). DENEGARAM A SEGURANÇA, VENCIDOS O RELATOR E O QUARTO VOGAL.

CONCURSO PÚBLICO – PORTADOR DE DEFICIÊNCIA – ORDEM – NOMEAÇÃO.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE PROCURADOR FEDERAL. EDITAL CESPE/UnB 1/2005. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. REJEIÇÃO. CRITÉRIOS ADOTADOS NO EDITAL. NÃO-IMPUGNAÇÃO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. LISTA GERAL DE CANDIDATOS APROVADOS E CLASSIFICADOS. INOBSERVÂNCIA DO PERCENTUAL FIXADO. ART. 37, §2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 5º, §2º, DA LEI 8.112/90. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.

1. Os impetrantes insurgem-se contra a posição que assumiram, na condição de portadores de deficiência, na lista geral de candidatos aprovados e classificados do Concurso Público para Provimento de Cargos de Procurador Federal de 2ª Categoria do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral Federal, regido pelo Edital CESP/UnB 1/2005.

2. Tendo sido homologado o resultado final do certame pelo Advogado-Geral da União, por meio da Portaria 610, de 28/6/2006, não há falar em sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

3. Os critérios fixados no edital não se mostram impugnados no *mandamus*, mas, tão-somente, sua efetiva aplicação, considerando, ainda, as normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria. Daí a possibilidade de exame da controvérsia pelo Poder Judiciário, porquanto não envolve aspectos relacionados ao mérito administrativo.

4. Permanece incólume o interesse de agir dos impetrantes diante da retificação na lista geral de candidatos aprovados e classificados, considerando que teria persistido o desacordo com as normas de regência.

5. A Constituição Federal, em seu art. 37, inc. VIII, assegura, para provimento de cargo ou emprego público, reserva de percentual de vagas aos candidatos portadores de deficiência. Os percentuais mínimo e máximo devem ser de 5% (cinco por cento) e 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas, conforme a Lei 8.112/90 e o Decreto 3.298/99.

6. No edital que disciplina o concurso em exame, foram reservadas 14 (catorze) vagas para os candidatos portadores de deficiência, o que corresponde a 5% (cinco por cento) das 272 (duzentos e setenta e duas) previstas, sendo que, ao final, apenas 6 (seis) lograram aprovação.

7. Desse modo, todos os candidatos portadores de deficiência aprovados, ainda que com média inferior aos demais, deveriam, para dar efetividade à norma constitucional, posicionar-se dentro do número total de vagas previsto, e não simplesmente de acordo com a nota final obtida.

8. Segurança concedida em parte para reconhecer aos impetrantes o direito de figurarem nas posições 269 e 270, respectivamente, na lista geral de candidatos aprovados e classificados do certame em tela. (STJ, 3ª SEÇÃO, MS 11.983-DF, REL.: MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ. 09.05.2008)

EXECUÇÃO DE SENTENÇA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO.

PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NOVA SISTEMÁTICA IMPOSTA PELA LEI Nº 11.232/05. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE.

- O fato de se ter alterado a natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como

processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não traz nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios.

- A própria interpretação literal do art. 20, §4º, do CPC não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos “nas execuções, embargadas ou não”.

- O art. 475-I, do CPC, é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução. Ora, se haverá arbitramento de honorários na execução (art. 20, §4º, do CPC) e se o cumprimento da sentença se faz por execução (art. 475, I, do CPC), outra conclusão não é possível, senão a de que haverá a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença.

- Ademais, a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então.

- Por derradeiro, também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei nº 11.232/05, em especial a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC. De nada adiantaria a criação de uma multa de 10% sobre o valor da condenação para o devedor que não cumpre voluntariamente a sentença se, de outro lado, fosse eliminada a fixação de verba honorária, arbitrada no percentual de 10% a 20%, também sobre o valor da condenação.

Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 3ª TURMA, RESP Nº 978.545-MG, REL.: MINISTRA Nanci Andrigli, DJ. 01/04/2008)

EXECUÇÃO FISCAL – REDIRECIONAMENTO – DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE SOCIEDADE.

TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA O SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE.

1. A existência de indícios que atestem o provável encerramento irregular das atividades da empresa e a ausência de bens penhoráveis autorizam o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes.

2. Constitui obrigação elementar do comerciante a atualização de seu registro cadastral junto aos órgãos competentes.

3. O fechamento da empresa sem baixa na Junta Comercial constitui indício de que o estabelecimento encerrou suas atividades de forma irregular, circunstância que autoriza a Fazenda a redirecionar a execução.

4. Recurso especial provido. (STJ, 2ª TURMA, RESP 985.616-RS, REL.: MINISTRO CASTRO MEIRA, DJ. 21/11/2007)

FALÊNCIA – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – MULTA E JUROS.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA E DE JUROS. POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO MEDIANTE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECEDENTES.

1. A aplicação de multa e juros em processo falimentar, por versar matéria essencialmente de direito que diz respeito a própria liquidez e certeza do título é passível de ser argüida em sede de exceção de pré-executividade.

2. *In casu* o Tribunal a quo deu provimento ao recurso por entender cabível a exceção de pré-executividade proposta com fim de exclusão da multa moratória exigida e dos juros de mora, no caso de se verificar que não existe saldo positivo após o pagamento do passivo com a decretação da falência, consoante se extrai da seguinte fundamentação, *verbis*:

“Portanto, conclui-se que se tratando a multa moratória de penalidade que objetiva a punição do contribuinte, com o fim de desestimular que o tributo seja recolhido em tempo inoportuno, não há como ser exigida após a decretação de falência, eis que ficaria a cargo de terceiros, ou seja, dos demais credores da massa, em razão do exercício do direito de preferência, não se verificando qualquer ofensa ao artigo 150, §6º, ou artigo 151, inciso III, da CR/88 em razão da aplicação do artigo 23 da LF, ao contrário do que entendeu o Estado de Minas Gerais. Também os juros de mora não são exigíveis se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal, nos termos do artigo 26 da Lei de Falências, ficando a sua cobrança interrompida a partir da decretação da quebra e até que seja verificado se existe valor suficiente para a liquidação. Assim, a teor dos mencionados dispositivos legais, infere-se que **a CDA de f. 23/24 mostra-se inexigível, estando ausentes os requisitos para a válida constituição do título executivo, matéria que pode ser constatada de ofício, independentemente da produção de provas, não havendo que se falar, data venia, que tais matérias só poderiam ser argüidas em sede de embargos à execução**” (fls. 120/123 - grifou-se)

3. Os juros moratórios anteriores à decretação da quebra são devidos pela massa independentemente da existência da saldo para pagamento do principal. Todavia, após a quebra, a exigibilidade fica condicionada à suficiência do ativo.

4. Na execução fiscal movida contra a massa falida não incide multa moratória, consoante as Súmulas 192 e 565 da Suprema Corte, e art. 23, parágrafo único, III do Decreto-Lei 7.661/45. Precedentes: **AgRg no REsp 693.195 - MG**, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 24.10.2005; **REsp 447.385 - RS**, DJ de 08/08/06; **Resp 660.263 - RS**, 10/05/06.

5. Recurso especial desprovido. **(STJ, 1ª SEÇÃO, RESP 949.319-RS, REL.: MINISTRO LUIZ FUX, DJ. 10/12/2007)**

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR IRRISÓRIO.

RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO DA VERBA. POSSIBILIDADE.

- O valor atribuído aos honorários, em sendo irrisório ou exageradamente alto, transcende os limites da equidade e da razoabilidade, permitindo a intervenção do STJ para ajustá-lo aos parâmetros do preceito contido no Art. 20, §4º, do CPC. **(STJ, 3ª TURMA, RESP Nº 931.434-MS, REL.: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ. 13/08/2007)**

ICMS – BACALHAU – SÚMULA 71 DO STJ NÃO SE APLICA AO ESTADO DE MINAS GERAIS.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 458, II, DO CPC NÃO-CONFIGURADA. ICMS. BACALHAU. GATT. CONV NIO 29/87. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 71/STJ. PRECEDENTES.

1. Não há violação do art. 458, II, do CPC quando todas as questões suscitadas e discutidas no processo são apreciadas, nem, tampouco, há omissão no julgado, mesmo em face de rejeição dos embargos de declaração se os argumentos da decisão atacada são claros e nítidos e a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto recorrido.

2. A partir de 1º de maio de 1999, os Estados não mais estavam autorizados a conceder isenção de ICMS sobre as operações internas e interestaduais com pescado, pelo que não há que se cogitar, a partir de então, em isenção do tributo para as operações com bacalhau importado, porquanto deve ser dispensado ao produto estrangeiro importado o mesmo tratamento dado ao produto similar no país, sob pena de tratamento desigual e desprestígio ao mercado nacional.

3. Em Minas Gerais não vigora mais a isenção para o pescado, por revogação do benefício mediante a assinatura do Convênio nº 29/87, posteriormente ratificado pelo Decreto nº 27.281/87, não haver- do se falar, por conseguinte, em isenção para o bacalhau, tendo em vista que esta não mais subsiste para o similar nacional. Precedentes: REsp nº 821406/RJ, REsp 709.216/MG, AgRg no Ag.495.694/MG.

4. Recurso especial provido em parte.

(STJ, 2ª TURMA, RESP Nº 947.714-MG, REL.: MINISTRO JOSÉ DELGADO, DJ. 26/02/2008)

ICMS - CLÁUSULA FOB – INCLUSÃO DO FRETE NA BASE DE CÁLCULO.

TRIBUTÁRIO – ICMS – CLÁUSULA FOB (FREE ON BOARD) – INCLUSÃO DO FRETE NA BASE DE CÁLCULO – LEGALIDADE – ART. 8º DA LC Nº 87/96 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALORES EXCESSIVOS – NÃO-OCORR RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 123 do CTN, a cláusula FOB não pode ser oposta perante a Fazenda Pública para exonerar a responsabilidade tributária do vendedor. (Precedente REsp 37.033/SP.)

2. O valor do frete integra a base de cálculo do ICMS. (Precedente REsp 777.730/RS.)

3. A jurisprudência desta Corte adotou o entendimento de que os honorários advocatícios são passíveis de modificação no STJ somente quando se mostrarem irrisórios ou exorbitantes. (Precedente AgRg no AgRg no Ag 863.435/SP.)

4. Não sendo desarrazoada a verba honorária, sua redução importa, necessariamente, no revolvimento dos aspectos fáticos do caso, o que é defeso no âmbito do apelo nobre, a teor da Súmula 7/STJ.

Recurso especial improvido. **(STJ, 2ª TURMA, RESP - 886.695-MG, REL.: MINISTRO MARCO HUMBERTO MARTINS, DJ. 14/12/2007)**

ICMS – CRÉDITO – SAÍDA – BASE DE CÁLCULO REDUZIDA.

DECISÃO: O Plenário desta Suprema Corte, ao julgar o RE 174.478/SP, Rel. p/ o acórdão Min. CEZAR PELUSO, firmou orientação sobre a controvérsia ora em análise, proferindo decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“**TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. ICMS. Créditos relativos à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. Caso de isenção fiscal parcial. Previsão de estorno proporcional. Art. 41, inc. IV, da Lei estadual nº 6.374/89, e art. 32, inc. II, do Convênio ICMS nº 66/88. Constitucionalidade reconhecida. Segurança denegada. Improvimento ao recurso. Aplicação do art. 155, § 2º, inc. II, letra ‘b’, da CF. Voto vencido. São constitucionais o art. 41, inc. IV, da Lei nº 6.374/89, do Estado de São Paulo, e o art. 32, incs. I e II, do Convênio ICMS nº 66/88.**”

Cabe ressaltar, neste ponto, **que essa orientação plenária - que se reflete** em julgamentos emanados **de ambas as Turmas** do Supremo Tribunal Federal (AI 497.755-ED/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 552.306 - AgR-AgR/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 154.179-AgR-ED/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES - RE 334.819-AgR/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE) - **tem sido igualmente observada** em sucessivas decisões proferidas por eminentes Juízes desta Corte (AI 389.119/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – AI 547.624/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 423.782/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 526.700/RS, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.).

O **exame** da presente causa **evidencia** que o acórdão ora impugnado **ajusta-se** à diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte **firmou** na matéria em análise.

Sendo assim, e considerando as razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para negar-lhe provimento. (STF, RE-448.159-6, REL.: CELSO DE MELO, DJE. 18/12/2007)

ICMS – DENÚNCIA ESPONTÂNEA – PARCELAMENTO – DÉBITO.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. PARCELAMENTO DO DÉBITO, OU SUA QUITAÇÃO COM ATRASO. MULTA MORATÓRIA. CABIMENTO. APLICABILIDADE DA LC Nº 104/2001. ART. 155-A DO CTN. POSIÇÃO DA 1ª SEÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 168/STJ.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a embargos de divergência.
2. O instituto da denúncia espontânea exige que nenhum lançamento tenha sido feito, isto é, que a infração não tenha sido identificada pelo fisco nem se encontre registrada nos livros fiscais e/ou contábeis do contribuinte. A denúncia espontânea não foi prevista para que favoreça o atraso do pagamento do tributo. Ela existe como incentivo ao contribuinte para denunciar situações de ocorrência de fatos geradores que foram omitidas, como é o caso de aquisição de mercadorias sem nota fiscal, de venda com preço registrado aquém do real, etc.
3. A jurisprudência da egrégia Primeira Seção, por meio de inúmeras decisões proferidas, dentre as quais o REsp nº 284189/SP (Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 26/05/2003), uniformizou entendimento no sentido de que, nos casos em que há parcelamento do débito tributário, ou a sua quitação total, mas com atraso, não deve ser aplicado o benefício da denúncia espontânea da infração, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado, e esta só será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. O parcelamento, pois, não é pagamento, e a este não substitui, mesmo porque não há a presunção de que, pagas algumas parcelas, as demais igualmente serão adimplidas, nos termos do art. 158, I, do CTN.

4. A existência de parcelamento do crédito tributário, ou a sua quitação total, mas com atraso, não convive com a denúncia espontânea. Sem repercussão para a apreciação dessa tese o fato de o parcelamento ou o pagamento total e atrasado do débito, ter ocorrido em data anterior à vigência da LC nº 104/2001 que introduziu, no CTN, o art. 155-A. Prevalência da jurisprudência assumida pela 1ª Seção. Não-influência da LC nº 104/2001.

5. O pagamento da multa, conforme decidiu a 1ª Seção desta Corte, é independente da ocorrência do parcelamento. O que se vem entendendo é que incide a multa pelo simples pagamento atrasado, quer à vista ou que tenha ocorrido o parcelamento.

6. Aplicação da Súmula nº 168/STJ: *“Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.”* Os mesmos fundamentos para rejeitar a denúncia espontânea em parcelamento são aplicados, também, para, não se aceitar a denúncia espontânea em caso de débito pago com atraso.

7. Agravo regimental não-provido. (STJ, 1ª SEÇÃO, AGRG. NOS EAG – 656.397-RS, REL.: MINISTRO JOSÉ DELGADO, DJ. 25.02.2008)

ICMS – DIFERIMENTO NÃO GERA DIREITO A CRÉDITO.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. DIFERIMENTO. OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. A questão foi dirimida nos moldes da jurisprudência desta Corte, no sentido de que o regime do diferimento, quanto ao recolhimento do imposto, não gera direito a crédito.

2. Os embargos de declaração prestam-se às hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil e não para rediscutir os fundamentos do acórdão embargado. Embargos de declaração rejeitados. (STF, EMB.DECL. NO AGRG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 325.623-8, REL.: MINISTRO EROS GRAU, DJ. 30/11/2007)

ICMS – IMPORTAÇÃO INDIRETA.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO. SUJEITO ATIVO. ALÍNEA ‘A’ DO INCISO IX DO §2º DO ART. 155 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. O Supremo Tribunal Federal possui orientação pacífica no sentido de ser extemporâneo o recurso protocolado antes da publicação da decisão recorrida, sem posterior ratificação.

2. O sujeito ativo da relação jurídico-tributária do ICMS é o Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico da mercadoria importada, pouco importando se o desembaraço aduaneiro ocorreu por meio de outro ente federativo. Precedente.

3. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula nº 279 do STF. Agravo regimental a que se nega seguimento. (STF, AGRG. NO AGRG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 635.746, REL.: MINISTRA DENISE ARRUDA, DJ. 13/03/2008)

ICMS – IMPORTAÇÃO INDIRETA – FUNDAP.

ICMS - MERCADORIA IMPORTADA - INTERMEDIÇÃO - TITULARIDADE DO TRIBUTO. O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços cabe ao Estado em que localizado o porto de desembarque e o destinatário da mercadoria, não prevalecendo a forma sobre o conteúdo, no que procedida a importação por terceiro consignatário situado em outro Estado e beneficiário de sistema tributário mais favorável. (STF, RE 268.586-SP, REL.: MINISTRO MARCO AURÉLIO, DJ. 18/1/2005)

ICMS – NOTA FISCAL INIDÔNEA – APROVEITAMENTO DE CRÉDITO.

CRÉDITO DE ICMS. NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES COMERCIAIS ALEGADAS PELO CONTRIBUINTE. SÚMULA 7/STJ.

I - A Fazenda Pública entendeu que as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte são inidôneas para comprovar as operações comerciais que dariam ensejo ao aproveitamento de ICMS, haja vista que a empresa participante da operação havia sido encerrada, inexistindo para os critérios do FISCO.

II - Em face de tal entendimento, o acórdão recorrido concluiu que o contribuinte deveria ter comprovado cabalmente que a operação teria sido realizada, não servindo os livros fiscais que atestam a operação com a empresa irregular como prova idônea das aludidas operações.

III - O Tribunal analisou os documentos trazidos pelo recorrente, chegando à conclusão de que nenhum dos documentos trazidos atestariam a realização da operação comercial apta ao aproveitamento de ICMS, afastando de logo as notas fiscais inidôneas. Para examinar a pretensão do recorrente visando declarar a higidez das operações por ela praticadas, tem-se impositivo reexaminar o mesmo conjunto probatório avaliado pelos julgadores das instâncias ordinárias, o que é insusceptível no âmbito do recurso especial.

IV- Agravo regimental improvido. (STJ, 1ª TURMA, AGRG no AI 952.434-MG, REL.: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, DJ. 03/03/2008)

ICMS – PRODUÇÃO DE PROGRAMAS DE TV A CABO E COMERCIAIS.

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. PRODUÇÃO DE PROGRAMAS DE TV A CABO E DE COMERCIAIS. NÃO-ENQUADRAMENTO NO ART. 2º, INCISO III, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96.

I - Não incide ICMS sobre a prestação de serviços de produção de programas de televisão a cabo e de comerciais, quando a própria empresa não transmite os sinais de TV, porquanto não se enquadra a sua atividade como fato gerador do tributo previsto no artigo 2º inciso III, da Lei Complementar nº 87/96. Precedentes: REsp nº 763.431/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 04/10/07 e REsp nº 726.103/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 08/08/07.

II - Recurso especial improvido. (STJ, 1ª TURMA, RESP 799.927-MG, REL.: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, DJ. 30/04/2008)

ICMS – PRODUTO SEMI-ELABORADO – REQUISITOS DA LC 65/91.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUTO SEMI-ELABORADO. REQUISITOS DA LC 65/91. PREENCHIMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC EM DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. EXISTÊNCIA DE LEI ESTADUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. É necessário o preenchimento de todos os três requisitos elencados no art. 1º da Lei Complementar 65/91, para que o produto seja considerado semi-elaborado, para fins de incidência de ICMS.
2. O Superior Tribunal de Justiça considera aplicável a taxa SELIC no cálculo dos débitos dos contribuintes para com as Fazendas Estadual e Federal. No âmbito federal, a utilização da mencionada taxa encontra respaldo na Lei 9.065/95, enquanto no âmbito estadual, para que seja autorizada a sua aplicação, é necessária a existência de legislação específica prevendo a sua incidência.
3. No caso vertente, trata-se de débitos tributários em favor da Fazenda do Estado de Minas Gerais, no qual existe legislação que autoriza a utilização da SELIC como taxa de juros no âmbito estadual.
4. Esta Corte de Justiça firmou o entendimento de que a revisão dos critérios e do percentual relativos à sucumbência resulta em reexame de matéria fático-probatória, insuscetível, portanto, de reapreciação em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).
5. Recurso especial desprovido. **(STJ, 1ª TURMA, RESP-748.458-MG, REL.: MINISTRA DENISE ARRUDA, DJ. 13/03/2008)**

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FATO GERADOR PRESUMIDO.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPROVIMENTO.

1. O STF, na ADI nº 1.851, decidiu pela constitucionalidade da cláusula segunda do convênio ICMS 13/97, em face do disposto no §7º do art. 150 da CF.
2. Técnica de substituição tributária para cobrança de ICMS que o STF reconheceu como válida.
3. Alegação de venda por preço menor do que o fixado pelo fisco para impor a substituição tributária. Simples alegação do contribuinte. Não-comprovação.
4. A substituição tributária, até que não ocorra alteração na jurisprudência do STF, deve obedecer à disciplina fixada no fundamento da ADI nº 1.851.
5. O fato gerador presumido, conforme entendeu o STF, não é provisório, ele é definitivo. Não abre oportunidade para concessão de restituição ou complementação do imposto pago, salvo em hipótese da não-realização do fato gerador.
6. Ressalva do ponto de vista, quanto à restituição ou complementação, do relator. Submissão à jurisprudência do STF, intérprete maior da Constituição Federal.
7. Recurso ordinário denegado. Reconhecimento da impossibilidade de compensação do ICMS pago, por via de substituição tributária. **(STJ, RMS Nº 22.137-MG, REL.: MINISTRO JOSÉ DELGADO, DJ. 28/02/2008)**

ICMS – TELEFONIA MÓVEL CELULAR – HABILITAÇÃO.

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. LC Nº 87/96. HABILITAÇÃO. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. LEGITIMIDADE. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. É cabível mandado de segurança contra norma tributária de aplicabilidade imediata capaz de produzir efeitos concretos na esfera patrimonial dos contribuintes.
2. As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como “serviço de telecomunicação” propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS. Não tem amparo, portanto, na Lei Complementar nº 87/96 a cláusula primeira do Convênio nº 69/98, que inclui as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS-comunicação. Precedentes.
3. Impossibilidade de ser reconhecido direito líquido e certo à não-incidência do ICMS sobre “serviços suplementares e facilidades adicionais”, sem que haja explicitação de quais operações a recorrente entende estarem inseridas em conceitos por demais vagos.
4. Incide ICMS sobre a cobrança de assinatura básica residencial, que se constitui em verdadeira remuneração do serviço de telefonia, já que sua previsão legal é de estabelecer valor mínimo que justifique a viabilidade econômica do serviço com a contrapartida de franquia de utilização.
5. Recurso especial provido em parte. **(STJ, 2ª TURMA, RESP Nº 1.022.257-RS, REL.: MINISTRO CASTRO MEIRA, DJ. 17/03/2008)**

ICMS – VENDA A PRAZO.

ICMS: assente a jurisprudência do Supremo Tribunal de que é legítima a não diferenciação entre operações de venda à vista e a prazo, para fins de incidência do ICMS. Precedentes **(STF, AGREGNO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 418.410-SP, REL.: MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ. 12/05/2006)**

ICMS – VENDA A PRAZO – ENCARGOS FINANCEIROS.

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. REQUISITOS. MATÉRIA DE ORDEM FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. DÉBITO TRIBUTÁRIO ESTADUAL. AUTORIZAÇÃO LEGAL. ENCARGOS FINANCEIROS. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental interposto por Cristal Blumenau S/A contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento, por entender que: a) têm incidência as Súmulas nºs. 282 do STF, 7 do STJ; b) é legal a Taxa Selic; c) o entendimento firmado pelo TJSC espelha o posição desta Corte sobre a incidência de ICMS nos encargos financeiros em vendas a prazo.
2. Para o fim de viabilizar o acesso à instância extraordinária, é necessário o prequestionamento da matéria impugnada. Incidência da Súmula n. 282/STF.

3. A revisão dos critérios utilizados pela Instância de origem no sentido de que as CDAs que embasam o feito executivo preenchem os requisitos de validade, depende do enfrentamento de questões fáticas, o que é incompatível com a via especial.

4. No mesmo sentido: “a aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa (CDA), bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e da regularidade dos lançamentos, conduz necessariamente ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, medida vedada na estreita via da instância especial (Súmula nº 7 do STJ)”. (REsp 529.257/PR, DJ de 03/08/2007).

5. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não há óbice para aplicação da Taxa SELIC, no campo tributário, a partir da edição da Lei n. 9.250/95. Precedentes.

6. O entendimento firmado pelo TJSC vertente à inserção dos encargos financeiros nas vendas a prazo na base de cálculo do ICMS espelha a orientação desta Casa de Justiça.

7. Agravo regimental não-provido. **(STJ, 1ª TURMA, AGRG. no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 915.013 – SC, REL.: MINISTRO JOSÉ DELGADO, DJ. 28/02/2008)**

INTERPOSIÇÃO DE AI PARA O STF E STJ – REQUISITO IMPORTANTE.

TRIBUTÁRIO - INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO - INADMISSÃO - AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE NÃO ADMITIU O RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. A relação de peças de instrução do agravo de instrumento no STJ, assinalada no art. 544, §1º, do Código de Processo Civil, tem caráter de *numerus apertus*, podendo-se exigir outros documentos indispensáveis à cognição do recurso. (STF, AgRg em AgIn 81.265-6/RJ, Rel. Min. Maurício Correa.)

2. A exigência de que se comprove a interposição do agravo de instrumento voltado a permitir a admissibilidade de recurso extraordinário, quando se funda a matéria em duplo fundamento, é válida e compreensível, no teor do enunciado 126 da Súmula do STJ. Precedentes.

Agravo regimental improvido. **(STJ, 2ª TURMA, AGRG. NO AI Nº 399.327-MG, REL.: MINISTRO HUMBERTO MARTINS, DJ. 19/12/2007)**

PRESCRIÇÃO E DENÚNCIA ESPONTÂNEA NOS LANÇAMENTOS POR HOMOLOGAÇÃO.

TRIBUTÁRIO. ARTIGO 535. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO DO CONTRIBUINTE DESACOMPANHADA DE PAGAMENTO. PRESCRIÇÃO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA.

1. Não caracteriza insuficiência de fundamentação a circunstância de o aresto atacado ter solvido a lide contrariamente à pretensão da parte. Ausência de violação ao artigo 535 do CPC.

2. Tratando-se de tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte desacompanhada do seu pagamento no vencimento, não se aguarda o decurso do prazo decadencial para o lançamento. A declaração do contribuinte elide a necessidade da

constituição formal do crédito, podendo este ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte.

3. O termo inicial da prescrição, em caso de tributo declarado e não pago, não se inicia da declaração, mas da data estabelecida como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada.

4. A Primeira Seção pacificou o entendimento no sentido de não admitir o benefício da denúncia espontânea no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação quando o contribuinte, declarada a dívida, efetua o pagamento a destempo, à vista ou parceladamente. Precedentes.

5. Não configurado o benefício da denúncia espontânea, é devida a inclusão da multa, que deve incidir sobre os créditos tributários não prescritos.

6. Recurso especial provido em parte. **(STJ, 1ª SEÇÃO, RESP Nº 850.423-SP, REL.: MINISTRO CASTRO MEIRA, DJ. 07/02/2008)**

RECURSO ESPECIAL – PREPARO IRREGULAR – DESERÇÃO.

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – PREPARO IRREGULAR – DESCUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO 12/2005 DO STJ – DESERÇÃO.

1. Nos termos da Resolução 12/2005 do Superior Tribunal de Justiça, o número do processo deve constar, obrigatoriamente da GRU (Guia de Recolhimento à União), sob pena de deserção.

2. Recurso especial não conhecido. **(STJ, 2ª TURMA, RESP-867.876-MG, REL.: MINISTRA ELIANA CALMON, DJ. 06/03/2008)**

REPERCUSSÃO GERAL – TERMO INICIAL – DATA DA PUBLICAÇÃO DA EMENDA REGIMENTAL Nº 21

I. Questão de ordem. Recurso extraordinário, em matéria criminal e a exigência constitucional da repercussão geral. 1. O requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, §3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da Lei 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais. 2. Os recursos ordinários criminais de um modo geral, e, em particular o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades - referentes a requisitos formais ligados a prazos, formas de intimação e outros - que, no entanto, não afetam substancialmente a disciplina constitucional reservada a todos os recursos extraordinários (CF, art. 102, III). 3. A partir da EC 45, de 30 de dezembro de 2004 - que incluiu o §3º no art. 102 da Constituição -, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional. 4. Não tem maior relevo a circunstância de a Lei 11.418/06, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas. 5. Cuida-se de

situação substancialmente diversa entre a Lei 11.418/06 e a Lei 8.950/94 que, quando editada, estava em vigor norma anterior que cuidava dos recursos extraordinários em geral, qual seja a Lei 8.038/90, donde não haver óbice, na espécie, à aplicação subsidiária ou por analogia do Código de Processo Civil. 6. Nem há falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que “ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (C.Pr.Civil, art. 543-A, §1º, incluído pela Lei 11.418/06). 7. Para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção - por remotas que sejam -, há sempre a garantia constitucional do habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII). II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência. 1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade - seja na origem, seja no Supremo Tribunal - verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (C.Pr.Civil, art. 543-A, §2º; RISTF, art. 327). 2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita “à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal” (Art. 543-A, §2º). III. Recurso extraordinário: exigência de demonstração, na petição do RE, da repercussão geral da questão constitucional: termo inicial. 1. A determinação expressa de aplicação da Lei 11.418/06 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia. Tanto que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à execução da mesma lei (art. 3º). 2. As alterações regimentais, imprescindíveis à execução da Lei 11.418/06, somente entraram em vigor no dia 03.05.07 - data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007. 3. No artigo 327 do RISTF foi inserida norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre a repercussão geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser “formal e fundamentada”. 4. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007. (STF, AIQO 664.567-RS, REL.: MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ. 05/09/2007)

TAXA DE INCÊNDIO – MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE INCÊNDIO. ARTS. 77 E 79 DO CTN. DIVISIBILIDADE E ESPECIFICIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. DIREITO LOCAL. SÚMULA 280/STF. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Esta Corte de Justiça já firmou entendimento no sentido de ser inviável a discussão pela via do recurso especial de questões atinentes aos arts. 77 e 79 do CTN, visto que, ao cuidarem da

divisibilidade e da especificidade das taxas, apenas reproduzem o art. 145, II, da Constituição Federal. Dessa forma, a apreciação da matéria resultaria em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. É inviável recurso especial quando, para se aferir a procedência das alegações do recorrente, é necessário interpretar lei local, no caso dos autos o Decreto Estadual 38.866/97 e a Lei Estadual 6.763/75. Isso, porque incide, na espécie, a vedação da Súmula 280/STF, segundo a qual “*por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário*”.

3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRG. no AI N° 950.657, REL.: MINISTRA DENISE ARRUDA, DJ. 31.03.2008)

LEGISLAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

LEGISLAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

DECRETOS

DECRETO Nº 44.842, de 20 de junho de 2008.

Altera o Decreto nº 44.619, de 21 de setembro de 2007, que define a área de atuação de unidades de execução contenciosa da Advocacia-Geral do Estado – AGE.

DECRETO Nº 44.830, de 10 de junho de 2008.

Altera o Decreto nº 43.896, de 19 de outubro de 2004, que estabelece critérios para a movimentação, mediante remoção voluntária, de ocupante de cargo de carreira da Advocacia Pública do Estado, no âmbito da Advocacia-Geral do Estado.

DECRETO Nº 44.828, de 10 de junho de 2008.

Altera o Decreto nº 44.113, de 21 de setembro de 2005, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Advocacia-Geral do Estado – AGE.

DECRETO Nº 44.748, de 03 de março de 2008.

Autoriza a Advocacia-Geral do Estado – AGE a assumir a representação judicial do Instituto de Desenvolvimento do Norte e Nordeste de Minas Gerais – IDENE nos casos que menciona.

DECRETO Nº 44.651, de 07 de novembro de 2007.

Fixa o quadro de distribuição, por localidade, dos integrantes da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

DECRETO Nº 44.641, de 25 de outubro de 2007.

Aprova a Deliberação nº 23, de 23 de outubro de 2007, do Conselho Superior da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

DECRETO Nº 44.640, de 17 de outubro de 2007.

Altera o Decreto nº 44.113, de 21 de dezembro de 2005, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Advocacia-Geral do Estado – AGE, e dá outras providências.

DECRETO Nº 44.619, de 21 de setembro de 2007.

Define as áreas de atuação de unidades de execução contenciosa da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

DECRETO Nº 44.598, de 14 de agosto de 2007.

Define as áreas de atuação de unidades de execução contenciosa da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

RESOLUÇÕES

RESOLUÇÃO Nº 221, de 17 de junho de 2008.

Altera a Resolução AGE nº 207, de 26 de novembro de 2007, que define a área de atuação dos Escritórios Seccionais da Advocacia-Geral do Estado – AGE.

RESOLUÇÃO Nº 220, de 13 de junho de 2008.

Aprova o Regimento Interno da Comissão de Avaliação Permanente de Arquivo da Advocacia-Geral do Estado e dá outras providências.

RESOLUÇÃO Nº 219, de 12 de junho de 2008.

Delega competência ao Procurador-Chefe do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG, para os fins que menciona.

RESOLUÇÃO Nº 218, de 6 de junho de 2008.

Transfere Coordenações de Área entre procuradorias especializadas.

RESOLUÇÃO Nº 217, de 16 de maio de 2008.

Altera a Resolução AGE nº 140, de 25 de abril de 2005, que delega competência ao Diretor-Geral da Advocacia-Geral do Estado – AGE.

RESOLUÇÃO Nº 216, de 17 de abril de 2008.

Dispõe sobre a substituição do Presidente do Conselho de Administração de Pessoal - CAP, nos casos que menciona.

RESOLUÇÃO Nº 215, de 17 de abril de 2008.

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.

RESOLUÇÃO Nº 214, de 04 de abril de 2008.

Dispõe sobre a identificação, o acesso e o trânsito de servidores e visitantes nas dependências da Advocacia-Geral do Estado – AGE.

RESOLUÇÃO Nº 213, de 04 de abril de 2008.

Concede Progressão na Carreira aos Procuradores do Estado.

RESOLUÇÃO Nº 212, de 28 de março de 2008.

Altera a Resolução AGE nº 207, de 26 de novembro de 2007, que define a área de atuação dos Escritórios Seccionais da Advocacia-Geral do Estado – AGE.

RESOLUÇÃO Nº 211, de 27 de março de 2008.

Concede Progressão na carreira aos Advogados Autárquicos.

RESOLUÇÃO Nº 210, de 27 de março de 2008.

Concede Progressão na carreira do Grupo de Atividades de Gestão, Planejamento, Tesouraria e Auditoria e Político-Institucionais

RESOLUÇÃO Nº 209, de 27 de dezembro de 2007.

Dispõe sobre o funcionamento da Câmara de Coordenação de Consultoria Jurídica.

RESOLUÇÃO Nº 208, de 05 de dezembro de 2007.

Regulamenta a eliminação de pastas administrativas de acompanhamento de processos findos no âmbito da Advocacia-Geral do Estado – AGE

RESOLUÇÃO Nº 207, de 27 de novembro de 2007.

Define a área de atuação dos Escritórios Seccionais da Advocacia-Geral do Estado – AGE

RESOLUÇÃO Nº 206, de 19 de novembro de 2007.

Constitui Comissão de levantamento dos bens pertencentes ao ativo permanente e dos materiais em almoxarifado da Advocacia-Geral do Estado – AGE.

RESOLUÇÃO Nº 205, 1º de novembro de 2007.

Revoga a Resolução nº 187, de 16 de maio de 2007.

RESOLUÇÃO Nº 204, de 27 de setembro de 2007.

Delega competência para receber citações e intimações em nome do Estado de Minas Gerais e dá outras providências.

RESOLUÇÃO Nº 203, de 27 de setembro de 2007.

Altera a Resolução nº 19, de 23 de novembro de 2006, que dispõe sobre o gozo de férias regulamentares de Procurador do Estado, de Assistente do Advogado-Geral do Estado e de Consultor-Técnico Legislativo e dá outras providências.

RESOLUÇÃO Nº 202, de 27 de setembro de 2007.

Institui as Comissões de Avaliação e a Comissão de Recursos para atuarem em Processos de Avaliação de Desempenho Individual e Avaliação Especial de Desempenho dos Advogados Autárquicos lotados na Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO Nº 201, de 19 de outubro de 2007.

Institui as Comissões de Avaliação e a Comissão de Recursos para atuarem em Processos de Avaliação de Desempenho Individual e Avaliação Especial de Desempenho dos servidores Administrativos em exercício na Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO Nº 200, de 19 de outubro de 2007.

Dispõe sobre as comissões de avaliação e a comissão de recursos para atuarem em Processos de Avaliação de Desempenho Individual e Avaliação Especial de Desempenho dos Procuradores do Estado

RESOLUÇÃO Nº 199, de 04 de outubro de 2007.

Estabelece rotina de acompanhamento de processos judiciais cíveis e processos extrajudiciais nas comarcas do interior do Estado.

RESOLUÇÃO Nº 198, de 27 de setembro de 2007.

Define a área de atuação dos Escritórios Seccionais da Advocacia-Geral do Estado – AGE.

RESOLUÇÃO Nº 197, de 21 de setembro de 2007.

Define a metodologia e os procedimentos da Avaliação de Desempenho Individual e Avaliação Especial de Desempenho dos Procuradores do Estado lotados na Advocacia-Geral do Estado e em exercício em Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista do Poder Executivo Estadual.

RESOLUÇÃO Nº 196, de 18 de setembro de 2007.

Dispõe sobre a substituição do Presidente do Conselho de Administração de Pessoal – CAP, nos casos que menciona.

RESOLUÇÃO Nº 195, de 31 de agosto de 2007.

Dispõe sobre o acompanhamento de processos judiciais em comarcas do interior do Estado.

RESOLUÇÃO Nº 194, de 30 de agosto de 2007.

Institui Comissão Permanente de Avaliação de Documentos de Arquivo na Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

RESOLUÇÃO Nº 193, de 08 de agosto de 2007.

Dispõe sobre as informações a serem prestadas pela Advocacia-Geral do Estado aos órgãos da Secretaria de Estado de Fazenda, relativas aos créditos tributários inscritos em dívida ativa ou discutidos judicialmente.

RESOLUÇÃO Nº 192, de 16 de julho de 2007.

Define a competência de atuação nas ações em que o Estado de Minas Gerais e o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG, forem litisconsortes.

RESOLUÇÕES CONJUNTAS

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 6551, de 30 de maio de 2008.

Dispõe sobre a promoção por escolaridade adicional dos Advogados Autárquicos, de que trata a Lei Complementar nº 81, de 10 de agosto de 2004, lotados na Advocacia-Geral do Estado – AGE.

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 6550, de 30 de maio de 2008.

Dispõe sobre a promoção por escolaridade adicional dos servidores das carreiras de que tratam os incisos I a IV do artigo 1º da Lei nº 15.470, de 13 de janeiro de 2005, lotados na Advocacia-Geral do Estado – AGE.

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 3955, de 28 de janeiro de 2008.

Dispõe sobre o arrolamento administrativo de Bens e Direitos.

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 05, de 23 de outubro de 2007.

Detalha os procedimentos e formalidades a serem adotados no parcelamento dos débitos resultantes de multas aplicadas em decorrência de infração às normas de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos e aprova modelo de termo de confissão e parcelamento de débito.

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 3909, de 11 de junho de 2007.

Altera a Resolução Conjunta nº 3889, de 29 de junho de 2007, que disciplina o Parcelamento Especial para contribuintes optantes pelo Simples Nacional.

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 3900, de 26 de julho de 2007.

Dispõe sobre o pagamento, integral ou parcelado de crédito tributário não parcelado o prazo previsto pela Resolução nº 3.889, de 29 de junho de 2007, e sobre o cumprimento de obrigações acessórias, pelo contribuinte que efetuar a opção pelo Simples Nacional até 31 de julho de 2007.

OBS.: O inteiro teor da legislação acima citada encontra-se no sítio da Advocacia-Geral do Estado: www.age.mg.gov.br.

**ÍNDICE DE
JURISPRUDÊNCIA
TRIBUTÁRIA**

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA TRIBUTÁRIA

• Concurso público – Portador de deficiência – Ordem – Nomeação (STJ).....	195
• Execução de sentença – Honorários advocatícios – Fixação (STJ).....	195
• Execução fiscal – Redirecionamento – Dissolução irregular de sociedade (STJ).....	196
• Falência – Exceção de pré-executividade – Multa e juros (STJ)	196
• Honorários advocatícios – Valor irrisório (STJ).....	197
• ICMS – Bacalhau – Súmula 71 do STJ não se aplica ao Estado de MG (STJ).....	197
• ICMS – Cláusula FOB – Inclusão de frete na base de cálculo (STJ).....	198
• ICMS – Crédito – Saída – Base de cálculo reduzida (STF).....	198
• ICMS – Denúncia espontânea – Parcelamento – Débito (STJ).....	199
• ICMS – Diferimento não gera direito a crédito (STF).....	200
• ICMS – Importação indireta (STF)	200
• ICMS – Importação indireta – Fundap (STF).....	201
• ICMS – Nota fiscal inidônea – Aproveitamento de crédito (STJ)	201
• ICMS – Produção de programas de TV a Cabo e comerciais (STJ)	201
• ICMS – Produto semi-elaborado – Requisitos da LC 65/91 (STJ)	202
• ICMS – Substituição tributária – Fato gerador presumido (STJ)	202
• ICMS – Telefonia móvel celular – Habilitação (STJ)	203
• ICMS – Venda a prazo (STF)	203
• ICMS – Venda a prazo – Encargos financeiros (STJ)	203
• Interposição de AI para o STF e STJ – Requisito importante (STJ)	204
• Prescrição e denúncia espontânea nos lançamentos por homologação (STJ)	204
• Recurso Especial – Preparo irregular – Deserção (STJ)	205
• Repercussão geral – Termo inicial – Data da publicação da Emenda Regimental nº 21 (STF)	205
• Taxa de Incêndio – Matéria constitucional (STJ)	206

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 às disposições contidas na RESOLUÇÃO AGE nº. 160, de 23 de março de 2006 e às 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 se apresentados em eventos públicos ou outro periódico, que faça a indicação da apresentação.

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, com no máximo 20 laudas, deverão ser enviados em disquete de 3 ½ 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, alinhamento justificado e corpo 14 para o título do artigo alinhamento centralizado; 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(s) 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, alinhamento 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 (:), alinhamento centralizado e em letras minúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 12).

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 do(s) autor(es), 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 conterà um sumário logo abaixo do nome do autor, e nele serão mencionados os principais pontos a serem abordados pelo trabalho, por meio 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 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 título das seções e subseções, digitados em letra maiúscula, obedecerão à mesma fonte do texto, formato maiúscula, corpo 12, negrito; parágrafo com entre linhas antes e depois de espaço a 6pt ou automático; alinhamento justificado; com numeração ordinal e 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, confronte

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 para todo o texto.

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.

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

José Bonifácio Borges de Andrada

Advogado-Geral Adjunto

Marco Antônio Rebelo Romanelli

Advogado-Geral Adjunto

Alberto Guimarães Andrade

Procuradores do Estado

Adalberto Cabral da Cunha
Aderbal Rêgo
Adilson Albino dos Santos
Adriana Gonçalves Myrrha
Adriana Mandim Theodoro de Mello
Adriano Antônio Gomes Dutra
Adrienne Lage de Resende
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 Di Neves
Aline Guimarães Furlan
Almir Geraldo Guimarães
Aloísio Vilaça Constantino
Amélia Josefina Alves N. da Fonseca
Ana Carolina Oliveira Gomes
Ana Cristina Sette Bicalho Goulart
Ana Luíza Goulart Peres
Ana Maria de Barcelos Martins
Ana Maria Jeber Campos
Ana Maria Richa Simon
Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz
Ana Paula Muggler Rodarte
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
Antônio Carlos Diniz Murta
Antônio Fernando Armentano
Antônio Olímpio Nogueira

Aparecida Imaculada Amarante
Ari Timóteo dos Reis Júnior
Armando Sérgio Peres Mercadante
Arthur Pereira de Mattos Paixão Filho
Atabalipa José Pereira Filho
Aurélio Passos Silva
Barney Oliveira Bichara
Benedicto Felipe da Silva Filho
Breno Rabelo Lopes
Bruno Matias Lopes
Bruno Resende Rabello
Bruno Rodrigues de Faria
Caio de Carvalho Pereira
Camila Franco e Silva Velano
Carlos Alberto Rohrmann
Carlos Augusto Góes Vieira
Carlos Eduardo Tarquíneo
Carlos Frederico Bittencourt R. Pereira
Carlos José da Rocha
Carlos Roberto Meneghini Cunha
Carlos Torres Murta
Carlos Vicente Magalhães Viola
Carlos Victor Muzzi Filho
Cássio Roberto dos Santos Andrade
Catarina Barreto Linhares
Catharina Piedade Moreira
Celeste de Oliveira Teixeira
Célia Cunha Mello
Celina Gontijo Leão
Célio Lopes Kalume
Celso de Oliveira Ferreira
César Raimundo da Cunha
Christiano Amaro Correa
Cibele Cotta Cenachi
Clara Maria Hoehne Sepúlveda
Clara Silva Costa de Oliveira
Claudemiro de Jesus Ladeira
Claudia Lopes Passos
Cláudio Roberto Ribeiro

Cléber Maria Melo e Silva
Cléber Reis Grego
Cornélia Tavares de Lanna
Cristiane de Oliveira Elian
Cristiano César Pimenta Dayrell da Cunha
Cristina Andrade Melo
Cristina Grossi de Moraes
Daniel Bueno Cateb
Daniel Luiz Barbosa
Daniel Santos Costa
Daniela Victor de Souza Melo
Danilo Antônio de Souza Castro
Dario de Castro Brant Moraes
Débora Val Leão
Denise Maria Soares
Denise Soares Belém
Diego Almeida da Silva
Diógenes Baleeiro Neto
Dirce Euzébia de Andrade
Éder Sousa
Edgar Saiter Zambrana
Edílson Vitorelli Diniz Lima
Edrise Campos
Eduardo de Mattos Paixão
Eduardo Goulart Pimenta
Elaine Coura
Élcio Reis
Elisangela Soares Chaves
Eliza Fiúza Teixeira
Elmo Toledo de Castro
Érico Andrade
Érika Gualberto Pereira de Castro
Ester Virgínia Santos
Esther Maria Brighenti dos Santos
Evandro Coelho Taglialegna
Evânia Beatriz de Souza Cabral
Fabiana Kroger Magalhães
Fabiano Ferreira Costa
Fábio Diniz Lopes
Fábio Murilo Nazar
Fabiola Pinheiro Ludwig Peres
Fabrícia Barbosa Duarte Guedes
Fabrícia Lage Fazito Rezende
Fernanda Barata Diniz
Fernanda Carvalho Soares
Fernanda Saraiva Gomes Starling
Fernando Antônio Chaves Santos
Fernando Antônio Rolla de Vasconcelos
Fernando Márcio Amarante Ribeiro
Fernando Salzer e Silva
Flávia Bianchini Mesquita Gabrich
Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Francisco de Assis Vasconcelos Barros
Françoise Fabiane Ferreira Diniz
Geralda do Carmo Silva
Geraldo Ildebrando de Andrade
Geraldo Júnio de Sá Ferreira
Gerson Ribeiro Junqueira de Barros
Gianmarco Loures Ferreira
Gisele Carmo e Coura
Gleide Lara Meirelles Santana
Gleuso de Almeida Franca
Glória Maria de Oliveira Gários
Grazielle Valeriano de Paula Alves
Guilherme Bessa Neto
Guilherme do Couto de Almeida
Guilherme Guedes Maniero
Guilherme Pereira Dolabella Bicalho
Gustavo Albuquerque Magalhães
Gustavo Brugnoli Ribeiro Cambraia
Gustavo Chaves Carreira Machado
Gustavo de Oliveira Rocha
Gustavo Luiz Freitas de Oliveira Enoque
Gustavo Vargas Mendonça
Hebert Alves Coelho
Helena Retes Pimenta Bicalho
Heloíza Saraiva de Abreu
Henrique Lucas de Miranda
Humberto Rodrigues Gomes
Irene Ribeiro de Lima
Isabela Passos Silva
Jader Augusto Ferreira Dias
Jaime Napoles Villela
Jalmir Leão Santos
Jamerson Jadson de Lima
Jane Maria Gomes Marotta
Jaques Daniel Rezende Soares
Jason Soares de Albergaria Neto
Jayme Zattar Filho
Jerusa Drummond Brandão Regazzoni
Joana Faria Salomé
João Calcagno Bandeira de Melo
João Lúcio Martins Pinto
João Paulo Pinheiro Costa
João Viana da Costa
Joel Cruz Filho
José Antônio Santos Rodrigues
José Benedito Miranda
José de Sales Pereira
José dos Passos Teixeira de Andrade

José Helvécio Ferreira da Silva	Luíza Cristina Pinto e Neto
José Hermelindo Dias Vieira Costa	Lyssandro Norton Siqueira
José Horácio da M. e Camanducaia Júnior	Magaly de Carvalho
José Marcos Rodrigues Vieira	Maiara de Castro Andrade
José Maria Couto Moreira	Manuela Teixeira de Assis Coelho
José Mauro Catta Preta Leal	Marcelino Cristelli de Oliveira
José Roberto de Castro	Marcelo Barroso Lima Brito de Campos
José Roberto Dias Balbi	Marcelo Berutti Chaves
José Sad Júnior	Marcelo Cássio Amorim Rebouças
Josélia de Oliveira Pedrosa	Marcelo de Castro Moreira
Juarez Raposo Oliveira	Marcelo de Pádua Cavalcanti
Juliana Campos Horta de Andrade	Marcio dos Santos Silva
Juliana Faria Pamplona	Marco Antônio Gonçalves Torres
Juliana Schmidt Fagundes	Marco Antônio Lara Rezende
Juliano Lomazini	Marco Antônio Paulinelli de Carvalho
Júlio César Peixoto	Marco Antônio Rebelo Romanelli
Júlio José de Moura	Marco Túlio Caldeira Gomes
Karen Cristina Barbosa Vieira	Marco Túlio de Carvalho Rocha
Karina Brandão Rezende Oliveira	Marco Túlio Fonseca Furtado
Kleber Silva Leite Pinto Júnior	Marconi Bastos Saldanha
Lais D'angela Gomes da Rocha Azevedo	Marcus Vinicius Lamas Moreira
Larissa Maia França	Margarida Maria Pedersoli
Leandro Almeida Oliveira	Maria Antônia de Oliveira Cândido
Leandro Lanna de Oliveira	Maria Aparecida dos Santos
Leandro Raphael Alves do Nascimento	Maria Cecília de Almeida Castro
Leonardo Augusto Leão Lara	Maria Clara Teles Terziz
Leonardo Bruno Marinho Vidigal	Maria da Consolação Lanna
Leonardo Canabrava Turra	Maria Letícia Séra de Oliveira Costa
Leonardo Maurício de Carvalho	Maria Teresa Lima Lana
Leonardo Oliveira Soares	Mariana Oliveira Gomes
Liana Portilho Mattos	Mariana Santos de Brito Alves
Lina Maia Rodrigues de Andrade	Mariane Ribeiro Bueno Freire
Lincoln D'aquino Filocre	Mário Eduardo G. Nepomuceno Júnior
Lincoln Guimarães Hissa	Mário Roberto de Jesus
Lucas Leonardo Fonseca e Silva	Marismar Cirino Motta
Lucas Pinheiro de Oliveira Sena	Maurício Barbosa Gontijo
Lucas Ribeiro Carvalho	Maurício Bhering Andrade
Luciana Ananias de Assis Pires Pimenta	Maurício Leopoldino da Fonseca
Luciana Guimarães Leal Sad	Max Galdino Pawlowski
Luciana Trindade Fogaça	Melissa de Oliveira Duarte
Luciano Neves de Souza	Milena Franchini Branquinho Lima
Luciano Teodoro de Souza	Moacyr Lobato de Campos Filho
Ludmila Junqueira Duarte Oliveira	Moises Paulo de Sousa Leão
Ludmila Meira Maia Dias	Mônica Stella Silva Fernandes
Luis Gustavo Lemos Linhares	Murilo Silvio de Abreu
Luisa Carneiro da Silva	Nabil El Bizri
Luiz Eduardo Coimbra Ubaldo	Nádia Gomes Sarmento
Luiz Francisco de Oliveira	Nadja Arantes Grecco
Luiz Gustavo Combat Vieira	Naldo Gomes Júnior
Luiz Henrique e Novaes Zacarias	Nardele Débora Carvalho Esquerdo
Luiz Paulo Bhering Nogueira	

Nilber Andrade
Nilce Madureira Leão
Nilma Rogéria Cândido
Nilza Aparecida Ramos Nogueira
Núbia Neto Jardim
Odir Martins Benadusi
Onofre Alves Batista Júnior
Orlando Ferreira Barbosa
Osvaldo Nunes França
Patrícia Campos de Castro Véra
Patrícia de Oliveira Leite Leopoldino
Patrícia Martins Ribeiro
Patrícia Mota Vilan
Patrícia Pinheiro Martins
Paula Abranches de Lima
Paula Maria Rezende Vieira
Paula Souza Carmo de Miranda
Paulo da Gama Torres
Paulo Daniel Sena Almeida Peixoto
Paulo de Tarso Jacques de Carvalho
Paulo Fernando Cardoso Dias
Paulo Fernando Ferreira Infante Vieira
Paulo Gabriel de Lima
Paulo Henrique Gonçalves Pena Filho
Paulo Murilo Alves de Freitas
Paulo Roberto Lopes Fonseca
Paulo Sérgio de Queiroz Cassete
Paulo Valadares Versiani Caldeira Filho
Priscila Vieira de Alvarenga Penna
Rafael Augusto Baptista Juliano
Rafael Cascardo Lopes
Rafael Rezende Faria
Rafaella Barbosa Leão
Ranieri Martins da Silva
Raquel Correa da Silveira Gomes
Raquel Guedes Medrado
Raquel Melo Urbano de Carvalho
Raquel Oliveira Amaral
Regina Lúcia da Silva
Renata Couto Silva
Renata Melo Noger
Renato Antônio Rodrigues Rego
Rennata Viana de Lima Netto
Ricardo Adriano Massara Brasileiro
Ricardo Magalhães Soares
Ricardo Milton de Barros
Ricardo Sérgio Righi
Roberto Gomes de Souza
Roberto Portes Ribeiro de Oliveira
Roberto Simões Dias

Robson Lucas da Silva
Rochelle Costa Cardoso
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
Rodrigo Peres de Lima Netto
Rogério Antônio Bernachi
Rogério Guimarães Salomé
Rogério Moreira Pinhal
Romeu Rossi
Ronaldo Maurílio Cheib
Roney Luiz Torres Alves da Silva
Roney Oliveira Júnior
Rosalvo Miranda Moreno Júnior
Rubens de Oliveira e Silva
Samuel de Castro Barbosa Melo
Saulo de Freitas Lopes
Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho
Sérgio Duarte Oliveira Castro
Sérgio Pessoa de Paula Castro
Sérgio Timo Alves
Sheila Glória Simões Murta
Shirley Daniel de Carvalho
Shirley Terezinha Tassini
Silvana Coelho
Simone Ferreira Machado
Soraia Brito de Queiroz Gonçalves
Stela Maria Lírio Reis e G. Vieira
Tatiana Sales Cúrcio
Telma Regina Pereira Santos Rodrigues
Tércio Leite Drummond
Thereza Cristina de Castro Martins Teixeira
Thiago Elias Mauad de Abreu
Tiago Anildo Pereira
Tiago Maranduba Schroder
Tiago Penna Braga
Tuska do Val Fernandes
Valéria Duarte Costa Paiva
Valmir Peixoto Costa
Vanessa de Oliveira Rodrigues
Vanessa Lopes Borba
Vanessa Saraiva de Abreu
Vinicius Rodrigues Pimenta
Wagner Mendonça Bosque
Wallace Alves dos Santos
Wallace Martiniano Moreira
Walter Santos da Costa
Wanderson Mendonça Martins
Wendell de Moura Tonidandel
Wilson Medeiros Pereira

Advogados Autárquicos

Abdala Lobo Antunes
Aloísio Alves de Melo Júnior
Alesxandra Marota Crispim Prates
Antônio Eustáquio Vieira
Bernardo Werkhaizer Felipe
Cristiano de Senna Micheletti Dias
Cíntia Rodrigues Maia Nunes
Cláudio José Resende Fonseca
Débora Cunha Penido Barros
Daniel Francisco da Silva
Eneida Criscoulo Gabriel Bueno Silva
Fabíola Peluci Monteiro
Fernanda de Campos Soares
Flávia Baiao Reis Martins
Gladys Souza de Reque
Humberto Gomes Macedo
João Augusto de Moraes Dummond
Laurimar Leão Viana Filho
Márcio Roberto de Souza Rodrigues
Marcos Ferreira de Pádua
Maria Beatriz Penna Misk
Maria Estela Barbosa Figueiredo
Reinaldo Tadeu de Andrade
Rosália Silva Bicalho
Simone Alves de Queiroz
Valéria Magalhães Nogueira
Valéria Miranda de Souza
Wagner Lima Nascimento Silva



Av. Augusto de Lima, 270 - Centro - BH - Fone:(31) 3237-3400
<http://www.iof.mg.gov.br>

Revisão: Responsabilidade do Encomendante

