

**REVISTA DA
PROCURADORIA
GERAL DO
ESTADO**



GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Centro de Estudos Jurídicos

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

R.PGE	Manaus	a.24	nº. 32-33	2009/20010
-------	--------	------	-----------	------------

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS PROCURADORIA GERAL DO ESTADO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Rua Emílio Moreira, 1308 - Praça 14 de Janeiro
69020-040 Manaus-AM Fone: (92) 3622-3904

Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos:
KLEYSON NASCIMENTO BARROSO

Comissão Editorial:

KLEYSON NASCIMENTO BARROSO - Procurador do Estado
ROBERTA F. DE ANDRADE MOTA - Procuradora do Estado

Comissão de Revisão:

KLEYSON NASCIMENTO BARROSO - Procurador do Estado
SUELY XAVIER LIMA - Procuradora do Estado
MARIA TEREZA SERRÃO DE SOUSA - Bibliotecária

Organização:

Cássia Maísa B. S. Fernandes
Islene Botelho Barroso

Apoio Informática:

Raimunda de Freitas Soares
Bruno Silva de Araújo

Os artigos assinados não representam necessariamente a opinião da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas. A transcrição de matérias contidas na Revista da Procuradoria Geral do Estado só será permitida com citação da fonte.

Tiragem deste número: 500 exemplares

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.
Manaus, Procuradoria Geral do Estado, Centro de Estudos
Jurídicos, 1983-

ISSN 1807-9261
1983-2007 (1-31)

D.Q.C. 340.05



**GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

Prof. JOSÉ MELO DE OLIVEIRA
Governador do Estado do Amazonas

CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
Procurador-Geral do Estado

FÁBIO PEREIRA GARCIA DOS SANTOS
Subprocurador-Geral do Estado

PROCURADORES DO ESTADO 2009/2010

1ª CLASSE:

ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO
ALDEMAR AUGUSTO ARAÚJO JORGE DE SALLES
ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GOES
ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO
INDRA MARA DOS SANTOS BESSA
JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
JOSÉ SODRÉ DOS SANTOS
JÚLIO CEZAR LIMA BRANDÃO
LEONARDO PRESTES MARTINS
LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA
PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA
SÉRGIO VIEIRA CARDOSO
SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
VITOR HUGO MOTA DE MENEZES

2ª CLASSE:

ALBERTO BEZERRA DE MELO
ANGELA BEATRIZ GONÇALVES FALCÃO DE OLIVEIRA BASTOS
ANNA KARINA LEÃO BRASIL SALAMA
ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA
EVANDRO EZIDRO DE LIMA REGIS
HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
LEONARDO DE BORBOREMA BLASCH
LUIS CARLOS DE PAULA E SOUSA
MARCELO AUGUSTO ALBUQUERQUE DA CUNHA
MARIA FLORÊNCIA SILVA AIUB
MARIA HOSANA DE SOUZA MONTEIRO
NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES
ONILDA ABREU DA SILVA
PATRÍCIA PETRUCCELLI MARINHO
RONALD DE SOUSA CARPINTEIRO PÉRES
RUTH XIMENES DE SABÓIA
SIMONETE GOMES SANTOS

SUELY XAVIER LIMA
YOLANDA CORRÊA PEREIRA

3ª CLASSE:

ALTIZA PEREIRA DE SOUZA
ANDREA PEREIRA DE FREITAS
BENEDITO EVALDO DE LIMA MORENO
CARLOS ALEXANDRE MOREIRA DE CARVALHO M. DE MATOS
CLARA MARIA LINDOSO E LIMA
CLÁUDIO ROBERTO BARBOSA DE ARAÚJO
CLÓVIS SMITH FROTA JUNIOR
ELIANA LEITE GUEDES
FÁBIO PEREIRA GARCIA DOS SANTOS
GLÍCIA PEREIRA BRAGA
INGRID KHAMYLLA XIMENES DE SOUZA
ISABELA PÉRES RUSSO ANDRADE
JEIBSON DOS SANTOS JUSTINIANO
JÚLIO CÉSAR VASCONCELOS ASSAD
KALINA MADDY MACÊDO COHEN
KARLA BRITO NOVO
KLEYSON NASCIMENTO BARROSO
LEILA MARIA RAPOSO XAVIER LEITE
LISIEUX RIBEIRO LIMA
LUCIANA ARAÚJO PAES
LUCIANA BARROSO DE FREITAS
LUCIANA GUIMARÃES PINHEIRO VIEIRA
MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO
RAIMUNDO PAULO DOS SANTOS NETO
RAQUEL BENTES DE SOUZA NASCIMENTO
RICARDO ANTONIO REZENDE DE JESUS
RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES
SÁLVIA DE SOUZA HADDAD GURGEL DO AMARAL
TADEU DE SOUZA SILVA
TATIANNE VIEIRA ASSAYAG
VICTOR FABIAN SOARES CIPRIANO
VIRGÍNIA NUNES BESSA
VIVIAN MARIA OLIVEIRA DA FROTA
VIVIEN MEDINA NORONHA

PROCURADORES APOSENTADOS 2009/2010

ADSON SOUZALIMA
ALBERTO GUIDO VALÉRIO
ALDEMARAUGUSTOA. JORGE DE SALLES
ALZIRAFARIASALMEIDADAFONSECADE GÓES
ANTONIO MENDES DO CARMO
BENEDITO DE JESUS AZEDO
ELSON RODRIGUES DE ANDRADE
FERNANDO DE MELO COLLYER CAVALCANTE
FLÁVIO CORDEIRO ANTONY
JACIREMA SANTANA PAES
JAIME CARVALHO ARANTES
JAIME ROBERTO CABRAL ÍNDIO DE MAUÉS
JARI VARGAS
JOÃO BOSCO DANTAS NUNES
JOSÉ BERNARDO CABRAL
JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO
JOSÉ MARTINS DE ARAÚJO
LEONARDO PRESTES MARTINS
LEONOR DO CARMO MOTA VILA
MARIABEATRIZ DE JESUS PINTO MARTINS
MIOSÓTIS CASTELO BRANCO
OLDENEY SÁ VALENTE
PAULO LOBATO TEIXEIRA
RAIMUNDO FRÂNIO DE ALMEIDA LIMA
ROOSEVELT BRAGADOS SANTOS
SEBASTIÃO DAVID DE CARVALHO
SILVIA PUCÚ STEPHANO
WANDINA DE ARAÚJO OLIVEIRA

SUMÁRIO

Apresentação..... 13

PARECERES

- Parecer nº 293/2009-PPE/PGE – Suspensão do período de estágio probatório. **Ana Eunice Carneiro Alves**..... 17

- Parecer nº 294/2009-PPE/PGE – Ampliação do prazo de licença maternidade concedida às servidoras públicas estaduais. **Ana Eunice Carneiro Alves**..... 25

- Parecer nº 094/2009-PA/PGE – Proposição de intervenção estadual em Municípios do Estado do Amazonas pelo Tribunal de Contas do Estado. **Heloyza Simonetti Teixeira**..... 29

- Parecer nº 013/2009-PPT/PGE – Nomeação de servidor para ocupar cargo em comissão. **Simonete Gomes Santos** 35

- Parecer nº 01/2010-PA/PGE – Análise sobre a locação de imóvel com avaliação inferior ao preço proposto pelo proprietário. **Heloyza Simonetti Teixeira**..... 41

- Parecer nº 74/2010-PA/PGE – Dissolução de consórcio constituído entre empresas para execução de contrato. **Heloyza Simonetti Teixeira**..... 47

- Parecer nº 255/2010-PPE/PGE – Jornada de trabalho de plantonistas. **Tatianne Vieira Assayag Toledo**..... 59

- Parecer nº 222/2010-PPE/PGE – Enquadramento. Aplicabilidade das Leis nºs 3.503/10 e 3.510/10. **Ana Eunice Carneiro Alves** 65

- Parecer nº 121/2010-PPE/PGE – Licença para exercer mandato sindical. **Isabela Peres Russo Andrade** 71

TRABALHOS FORENSES

- Recurso de Apelação interposto contra sentença prolatada em embargos à execução. **Evandro Ezidro de Lima Régis** 77

- Contestação em ação declaratória de nulidade de ato administrativo. **Clara Maria Lindoso e Lima** 107

- Recurso Extraordinário interposto contra acórdão prolatado em ação de desapropriação. **Roberta Ferreira de Andrade Mota**..... 121

- Recurso Especial interposto contra acórdão prolatado em ação de desapropriação. **Roberta Ferreira de Andrade Mota**..... 149

DOCTRINA

- Inscrição em dívida ativa de débitos relativos a tributos sujeitos a lançamento por homologação e declarados pelo contribuinte. **Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho**..... 179

- Processo administrativo tributário. Análise da legislação federal e estadual. **Patrícia Petruccelli Marinho**..... 201

- Considerações sobre a recorribilidade das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais e o princípio da oralidade. **Leila Maria Raposo Xavier Leite**..... 217

- Articulações entre modernidade, direitos fundamentais e dinâmica constitucional: um olhar sobre as Propostas de Emenda Constitucional nºs 19/2010 e 341/2009. **Ricardo Antonio Rezende de Jesus**..... 229

- O Princípio da reserva do possível e o direito à saúde. **Vitor Hugo Mota de Menezes**..... 249

- Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. **Giordano Bruno Costa da Cruz**..... 275

- As políticas afirmativas de cotas raciais como ação transformadora do Estado Brasileiro. **Daniel Pinheiro Viegas e Beatriz Queiroz de Castro**..... 287

- Perfilando o teletrabalho – Subordinações, parassubordinação e para-autonomia nas relações de trabalho. **Caroline Ferreira Ferrari**..... 311

- Responsabilidade tributária por sucessão dos adquirentes de fundo de comércio ou estabelecimento empresarial. **Benedito Evaldo de Lima Moreno** 331

- Imposto sobre transmissão causa mortis e doação (ITCMD). **Simonete Gomes Santos**..... 357

APRESENTAÇÃO

Cabe-me, nesta quadra, a honrosa missão de apresentar o volume 32/33 da *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas*, publicação já tradicional no meio jurídico amazonense, em que se reúnem pareceres e trabalhos forenses produzidos por integrantes da categoria, além de artigos doutrinários de autoria destes e de renomados autores.

A *Revista* tem cumprido, ao longo de seus anos de existência, uma tríplice função. De um lado, funciona como um veículo para intercâmbio de informações entre os integrantes da carreira. De outro, contribui para o desenvolvimento da ciência jurídica no Amazonas, haja vista o reconhecido nível técnico de seu conteúdo. Finalmente – e certamente se trata da função mais importante – ela dá conhecimento ao público quanto ao trabalho desenvolvido na PGEAM, o que diz com o conceito de função administrativa e os deveres que lhe são correlatos, conforme já lecionava RUY CIRNE LIMA¹.

Ciente disso, a PGEAM entrega o presente volume ao público com prazer, pois sabe que a análise de seu conteúdo, como de resto os demais, permitirá aferir a destacada qualidade técnica do trabalho aqui desenvolvido, o que se deve ao comprometimento e à reconhecida capacidade intelectual de seus integrantes.

Com estudos que vão desde os mais variados aspectos da vida funcional dos servidores estatutários, até a análise de propostas de emendas constitucionais à luz dos direitos fundamentais, passando pelo complexo tema da regularização fundiária, o conteúdo que ora se entrega ao público certamente receberá boa acolhida por parte deste.

Não poderia encerrar sem antes parabenizar o Centro de Estudos Jurídicos e a Coordenadoria de Cerimonial e Comunicação pela vinda a lume da presente publicação.

À leitura!

CLÓVIS SMITH FROTA JUNIOR
Procurador-Geral do Estado do Amazonas

¹ *Princípios de Direito Administrativo*, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PARECERES

PROCESSO Nº 7392/09-PGE**INTERESSADO:** Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas**ASSUNTO:** Suspensão do período de estágio probatório. Consulta.**PARECER Nº 293/09-PPE/PGE****AFASTAMENTO DE SERVIDOR PÚBLICO CUMPRINDO ESTÁGIO PROBATÓRIO. HIPÓTESES LEGAIS. SUSPENSÃO DO PERÍODO DE ESTÁGIO. CONSULTA.**

- De acordo com a doutrina e jurisprudência pátrias, para o exato cumprimento da norma contida no art. 41 da CF/88, o tempo de exercício efetivo a ser computado para fins de estágio probatório é o tempo de exercício em cargo de provimento efetivo específico, vale dizer, somente poderá ser levado em consideração o lapso temporal em que o servidor público exerceu o respectivo cargo efetivo para o qual foi nomeado.

- Em outras palavras: “será de serviço efetivo o tempo em que o servidor exercita a sua função integrado na atividade normal da Administração, entendendo-se esse exercício tanto o período de dedicação direta às funções do cargo quanto o período no qual o servidor em estágio probatório permaneça à disposição da administração, à semelhança dos demais servidores, para o desempenho de suas funções”.

Senhor Subprocurador-Geral-Adjunto/Seção II:

Por meio do Ofício de fl. PGE-02 e do despacho de fls. PGE-15/16, o nobre Desdor. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas indaga a esta Procuradoria Geral sobre a legalidade de suspensão do período de estágio probatório, quando servidora encontra-se afastada do exercício das atribuições de seu cargo por motivo de licença-maternidade.

Instruem os autos cópia do requerimento formulado pela servidora *Maria Auxiliadora Paula de Paiva*, que deixou de ser avaliada no período em que esteve gozando a licença em questão (fls. PGE-04/06), bem como cópia da decisão proferida pela Presidente da Comissão de Avaliação do Desempenho do Servidor em Estágio Probatório daquele TJ, acerca do pedido formulado (09/13).

É o relatório.

A Carta Federal e a Lei nº 1.762/86, bem como outros diplomas legais estaduais conferem ao servidor público o direito ao afastamento do exercício das atribuições de seu cargo, sendo omissos, em alguns casos, acerca da possibilidade de esse afastamento ocorrer durante o período do estágio probatório.

A Carta garante aos servidores os seguintes direitos:

1. Repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
2. Licença à gestante;
3. Licença-paternidade.

Por seu turno, o Estatuto Geral garante ao servidor o direito aos seguintes afastamentos, dentre outros:

1. Licença por motivo de doença em pessoa da família;
2. Licença por motivo de afastamento do cônjuge;
3. Licença para tratamento de interesses particulares;
4. Licença para serviço militar obrigatório;
5. Afastamento para estudo ou aperfeiçoamento;
6. Casamento;
7. Luto, etc.

De igual modo, a Lei nº 2.885/04 garante licença à servidora gestante e à adotante.

Dos afastamentos acima elencados, só há regra expressa dizendo ser possível o licenciamento durante o período do estágio probatório, com a conseqüente suspensão do período, no que se refere à licença para tratamento de interesses particulares, vez que o art. 75 do Estatuto estabelece que o tempo correspondente não será computado para qualquer efeito, *inclusive o de estágio probatório*.

Pois bem: no âmbito do E. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, o art. 8º da Resolução nº 28, de 26 de julho de 2007, estabelece, por meio de seu § 2º, que “*não se considera efetivo exercício no cargo, licença por gestação*”. E o § 3º do mesmo artigo fixa que, na hipótese, “*o período do estágio probatório ficará suspenso*”.

Abstendo-me de comentar o texto legal acima referido, sobretudo no que diz respeito ao que deve ser considerado como efetivo exercício, necessário registrar o seguinte acerca da matéria de fundo tratada nestes autos.

Como sabido à farta, o estágio probatório é o período durante o qual o servidor nomeado para cargo efetivo entra em exercício, após aprovação em concurso público, ficando sujeito à avaliação de competências técnicas e comportamentais para o desempenho do cargo, com base em padrões e indicadores pré-estabelecidos.

Sobre esse tema, o § 4º do art. 41 da CF/88 estabelece, taxativamente, que, como condição para a aquisição da estabilidade, é **obrigatória** a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Em razão dessa determinação constitucional, a doutrina e jurisprudência pátria são uníssonas em afirmar que o estágio probatório somente poderá tomar em consideração o lapso temporal em que o servidor público exerceu o respectivo cargo efetivo para o qual foi nomeado.

Nesse sentido, merece transcrição o pré-julgado nº 1.682, de 30/09/2005, do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, *verbis*:

“Fere a lógica constitucional submeter a estágio probatório servidor fora do exercício do cargo no qual fora aprovado por concurso.”

Ainda no mesmo sentido, é o magistério de Carlos Ari Sundfeld:

“...como apontei anteriormente, o uso, pelo constituinte, da expressão efetivo para adjetivar o exercício foi eloqüente, destinando-se a diferenciá-lo do mero exercício. Não posso, por isso, ser aliciado por uma interpretação que conduza à assimilação dos conceitos de exercício e de efetivo exercício. De outra parte, há de se atentar que o Estatuto dos Funcionários Públicos diz serem considerados (a expressão não é minha, é da lei) como de efetivo exercício certos afastamentos justamente porque, em verdade, de efetivo exercício não se trata. Em outras palavras: a lei criou uma ficção, alterando o sentido comum da linguagem. Pôde fazê-lo – e aqui está um ponto decisivo – porque a Constituição não exigia que fosse de efetivo exercício o tempo computado para aposentadoria, adicional por tempo de serviço e outros direitos que motivaram a definição legal.”

Daí nada impedir que a lei contrariasse a realidade. Mas, no que tange ao tempo para aquisição da estabilidade, a Carta exige o efetivo exercício, e, sem violá-la, não se pode aceitar que o legislador, através de ficções arbitrariamente construídas, costeeie a exigência constitucional. (in Estágio probatório dos servidores públicos. Revista Trimestral de Direito Público nº 5, p. 182.).

Sobre o mesmo tema, ensina Paulo Modesto (Revista Diálogo Jurídico, Número 12 – março de 2002 – Salvador – Bahia – Brasil):

“O conceito de efetivo exercício é um **conceito-realidade**, expressão que utilizo recordando figura conhecida do direito do trabalho (contrato-realidade).

Repele ficções, construções artificiais, burlas ao propósito constitucional de realizar a avaliação dos servidores no desempenho concreto da atividade funcional.

Mas qual o conteúdo deste conceito? Ele se confunde com a rotina, os dias de expediente nas repartições públicas? Penso que não.

Entendo que o melhor caminho para determinar o conceito de efetivo exercício durante o período de prova é inserir o servidor durante o processo de estágio probatório na **atividade regular do Estado**.

Neste sentido, será de serviço efetivo **o tempo em que o servidor exercita a sua função integrado na atividade normal da Administração**, entendendo-se esse exercício tanto o período de dedicação direta às funções do cargo quanto o período no qual o servidor em estágio probatório permaneça à disposição da administração, à semelhança dos demais servidores, para o desempenho de suas funções.

O efetivo exercício é o exercício possível nos períodos de atividade regular do serviço e nos marcos do regime normal de trabalho dos servidores em geral.

Tempo de exercício efetivo é o tempo dedicado à administração, tenha ou não esta expediente de trabalho. Havendo expediente, o tempo de efetivo exercício conta-se em serviço, porque há serviço. Não havendo expediente, por determinação legal, que alcance à generalidade dos agentes, há mera disponibilidade para o serviço, o único

exercício possível neste contexto para qualquer servidor, inclusive o servidor em estágio. Por isso, deve ser reconhecido como efetivo exercício, para fins de integralização do estágio probatório, o descanso semanal remunerado, os dias de feriado, bem como **todos os dias de inatividade que alcancem generalizadamente os servidores da administração.**

É freqüente que a lei trate como ficção inclusive esses períodos de inatividade normal da administração. Não importa. Não será ficção, mas efetivo exercício, sem qualquer burla ao texto constitucional.

Não deve ser computado no estágio probatório, porém, o período transcorrido em razão de situações específicas, particulares, que **afastem de modo especial** (individualizado) o agente do serviço quando há serviço, isto é, quando existe funcionamento normal da administração pública. **Exemplos: afastamentos em razão de serviço militar, licença para trato de assunto particular, desempenho de mandato classista, licença gestante, exercício de mandato eletivo, afastamentos em razão de casamento, luto, acidente ou doença.**

O direito a férias anuais constitui situação à parte. O gozo de férias pelo agente em estágio probatório não ocorre em situação de inatividade geral da administração, salvo a hipótese de férias coletivas, mas tampouco caracteriza situação peculiar, particular ou individualizada do agente em período de prova.

As férias constituem direito reconhecido a todos os trabalhadores, ocupantes de cargos ou empregos (CF, art. 7º, XVII, c/c art. 39, §3º) e que todos devem poder gozar.

Trata-se de período que deve também ser considerado como de efetivo exercício, uma vez que o servidor usufrui um direito constitucional reconhecido a todos os agentes públicos, segundo uma programação definida pela própria Administração, e permanece à disposição da administração, sem particularizar a sua situação de afastamento em face dos demais agentes públicos.

Mas, não se deve perder de vista que, conforme vem especificando a jurisprudência, o tempo de exercício efetivo a ser computado é o tempo de exercício em cargo de provimento efetivo específico, não sendo considerado o

tempo de serviço prestado em outro cargo, da mesma ou de outra entidade.

Assim, em resumo, não deve ser computado no estágio probatório:

a) licenças, afastamentos e outras hipóteses de ausência ao serviço referenciadas unicamente na situação peculiar dos agentes em estágio, quando houver funcionamento normal da administração pública;

b) períodos de tempo ficto, artificialmente construídos por lei ordinária (...)"

A jurisprudência pátria caminha, também, nesse mesmo sentido. Vejamos, exemplificativamente:

1 - Apelação Cível nº 595176389, de 15-02-96, Relator: Desdor Araken de Assis - Terceira Câmara Cível.

“Administrativo. Estabilidade. Licença durante o Estágio Probatório. Impossibilidade de computar tal tempo para fins de estabilidade.

‘1. Nos termos do art. 41 da CF/88, o servidor concursado só adquire estabilidade após dois anos de exercício efetivo do cargo, durante o qual se apurará a conveniência de sua estabilização e, para tal efeito, não vigora o art. 46 da Lei nº 3.008/96 do Município de Pelotas, que considera de efetivo exercício o tempo relativo às licenças.

Tal dispositivo exige interpretação sistemática, considerando o art. 19 do mesmo diploma, e conforme a Constituição.

4 ... omissis ...

*“VOTO. 1. Não há dúvida de que, nos termos do art. (...) do Município de Pelotas, as licenças desfrutadas pela Apelante são, em princípio, considerada ‘efetivo exercício’ do cargo. Todavia, a ressalva se aplica a outros efeitos, não à aquisição da estabilidade, durante o estágio probatório, nos termos do art. 41 da CF/88 (...) Deste modo, os artigos arrolados pela Apelante, da Lei nº 3.008/86, merecem interpretação sistemática e conforme a Constituição (v. GILMAR FERREIRA MENDES (...)) Em especial, o art. 19, caput, estabelece **as finalidades do estágio probatório, e perante ele as licenças, ainda que ‘efetivo exercício’ para outros efeitos, não operam, porque não permitem a apuração da conveniência de sua estabilização. A***

solução de prorrogar o estágio, até a implementação do número adequado de dias de exercício real, não ficto, do cargo, se coaduna com o texto da Carta Política.
(grifou-se)

2 - Apelação/Reexame nº 596227348, de 14-05-97, Quarta Câmara Cível - Relator Dr. José Maria Rosa Tesheiner:
“Servidor Público. Extinção do cargo de servidora grávida em estágio probatório. 'Direto à remuneração correspondente ao período de licença-gestante, não computado, porém, para fins de aquisição de estabilidade, por não se tratar de tempo de efetivo exercício, como exigido pelo artigo 41 da Constituição ...”(grifou-se)

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça deixa também bem clara a alteração operada no tipo de serviço considerado para cômputo do período de estágio probatório pela atual Constituição Federal, que alterou o conceito antes elencado na Carta anterior que referia, tão somente, *tempo de serviço*, ao contrário do texto de 88, que o especifica como de *efetivo exercício*. Neste sentido, o afirmado no Recurso em Mandado de Segurança nº 866 - SP (91/0002646-8), de 05-08-91, tendo como Relator o Min. Geraldo Sobral, em seu voto, *verbis*:

“É que, dizendo a Constituição anterior (art. 100) 'serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso', resulta que o tempo da licença médica é computado como de serviço público, tal como ocorre com as férias.

'Na Carta Magna atual, consoante demonstrado no aludido parecer, a dicção é diferente, dizendo só haver estabilidade após dois anos de efetivo exercício (fls. 216), o que é diferente de tempo de serviço, que compreende até o de vínculo trabalhista.'

A partir desses ensinamentos e porque a questão do que deve ser entendido como efetivo exercício para fins de estágio probatório tem-se tornado bastante controvertida, é que as Administrações Públicas federal, estadual e municipal, quando não previsto expressamente em lei, vêm disciplinando, via de regra por ato do Chefe do respectivo Poder e com base no princípio da

razoabilidade e da conveniência administrativa, as hipóteses de afastamento de servidor público em que o prazo do estágio probatório haverá ou não de ser suspenso.

No caso concreto destes autos, restou visto que, de acordo com a doutrina e jurisprudência pátrias, não deverá ser computado, no estágio probatório, o período transcorrido em razão de gozo de licença-maternidade. Não bastasse isso, a Resolução nº 28/2007-TJ/AM fixou, taxativamente, que tal afastamento suspende o prazo do estágio probatório, justo porque nesse período não ocorre a exigência constitucional de *efetivo exercício*, assim considerado **o tempo em que o servidor exercita a sua função integrado na atividade normal da Administração.**

Diante do exposto, opino no sentido de que assiste razão à Comissão de Avaliação de Estágio Probatório, pelo que recomendo ao nobre Desembargador Presidente o indeferimento do pedido formulado pela servidora.

É o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em Manaus, 10 de novembro de 2009.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES

Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 7.392/2009-PGE

INTERESSADO: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

ASSUNTO: Consulta sobre a suspensão do período de estágio probatório durante o gozo de licença maternidade.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 293/2009-PPE/PGE, da Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário, Dra. Ana Eunice Carneiro Alves.

EMCAMINHEM-SE os autos, via ofício, ao Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus, 13 de novembro de 2009.

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO

Procurador-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 7653/09-PGE**INTERESSADA:** Secretaria de Estado de Saúde**ASSUNTO:** Ampliação do prazo de licença maternidade concedida às servidoras públicas estaduais. Consulta.**PARECER Nº 294/09-PPE/PGE****AMPLIAÇÃO DO PRAZO DE LICENÇA MATERNIDADE.**

- Nos termos do que dispõe a Lei Promulgada nº 55/08, regulamentada pelo Decreto nº 29.260, de 23.10.09, é de ser prorrogado o prazo de licença maternidade ainda em vigor quando da edição do ato regulamentador.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

Em data de 16 de outubro de 2009, a servidora *Sylvia Montenegro Valente Maués da Rocha* solicitou a ampliação, por mais sessenta dias, do prazo da licença maternidade que lhe foi concedida pelo período de 16.07.09 a 12.11.09, fundamentando o pedido na Lei Promulgada nº 55/08 (fl. PGE-07).

A Assessoria Jurídica da SUSAM manifestou-se pelo deferimento do pleito, em razão do que dispõe o Decreto nº 29.260, de 23.10.09, que regulamentou a citada Lei (fl. PGE-07) e, por tratar-se de “exigência nova”, o Secretário de Estado de Saúde, em exercício, solicitou a manifestação desta PGE acerca da matéria.

É o relatório.

Antes de responder ao questionamento do nobre Titular da SUSAM, entendo necessário registrar o seguinte.

Quando da análise do projeto de lei acerca da matéria, encaminhado ao Chefe do Executivo para sanção, esta PGE manifestou-se assim:

“(…) no âmbito estadual a licença à gestante está prevista no art. 1º da Lei nº 2.885, de 27.04.04, nos seguintes termos:

'Art. 1º - Será concedida licença à servidora gestante, por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, mediante atestado médico, sem prejuízo da remuneração.

§ 1º - A licença poderá ter início no primeiro dia do nono mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica.

§ 2º - No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto.”

No que se refere ao salário-maternidade, o art. 30 da Lei

Complementar nº 30/01 estabelece ser da competência da AMAZONPREV o seu pagamento às seguradas, na forma ali disciplinada.

A primeira conclusão que firmo, então, é no sentido de que, no âmbito estadual, a licença à gestante das servidoras públicas titulares de cargo efetivo, seguradas obrigatórias do Fundo Previdenciário, é concedida nos moldes da referida Lei nº 2.885/04, cabendo àquele Fundo proceder ao pagamento do benefício durante o período de duração da licença.

Se é assim, para que o prazo da licença em questão seja prorrogado, faz-se necessário alterar a redação da referida Lei, sendo imprópria, *data maxima venia*, a redação de que cuida o art. 1º do projeto em exame, uma vez que, existindo Lei disciplinando a concessão da licença, não pode simplesmente o Chefe do Executivo “*determinar aos órgãos e repartições públicas, no âmbito do Estado do Amazonas, a conceder 180 (cento e oitenta) dias de prazo de licença maternidade às mulheres grávidas.*”

Merece registro, também, o fato de que o *caput* do art. 1º do projeto refere *mulheres grávidas*, incluídas, aí, então, as submetidas a qualquer regime jurídico. Ora, é sabido que para as servidoras regidas pelas regras da CLT, o prazo fixado para a licença maternidade é de 4 meses e, como sabido, é de competência federal alterar as normas da CLT. Não bastassem essas impropriedades técnicas, é sabido, também, que a Constituição Estadual reservou ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa das leis que versem sobre servidores públicos, inclusive seu regime jurídico, bem como aquelas com repercussão orçamentária (art. 33, § 1º, II, “b” e “c”).

Ademais, uma vez que o salário-maternidade configura um benefício previdenciário, a teor do que estabelece o art. 5º da Lei Complementar nº 30/01, faz-se necessário que a lei guarde consonância com o disposto no § 5º do art. 195 da CF/88, segundo o qual nenhum benefício da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Como visto, o projeto em apreço não indica a fonte de custeio total dos dois meses a mais do benefício previdenciário decorrente da ampliação da licença-maternidade, razão pela qual afronta o dispositivo constitucional antes referido.

De se ressaltar, por oportuno, que, de acordo com o entendimento consolidado no STF, a eventual sanção a projeto de lei no qual haja sido constatado vício de iniciativa não convalida as normas que se introduzirem no ordenamento jurídico (cfr. Adi-2417MC/SP; ADI 1391-2 MC/SP).

Diante do exposto, considerando que o projeto de que se cuida fere o § 5º do art. 195 da CF/88, por não indicar fonte de custeio total e o art. 33, § 1º, II, “b” e “c” da Carta Estadual, por dispor sobre servidor público e seu regime jurídico e sobre matéria com repercussão orçamentária, opino no sentido de aposição de veto total ao projeto de lei em exame, vez que os vícios apontados não poderão ser convalidados pela sanção governamental.”

Após a promulgação da citada Lei 58/08, restou dito por esta PGE que a Lei em exame, além de padecer de vício de inconstitucionalidade intransponível, não poderia produzir efeitos com a simples entrada em vigor, vez que o legislador deixou para o Chefe do Executivo uma normatividade posterior para potencializar sua eficácia e torná-la exeqüível.

Pois bem: por meio do Decreto nº 29.260/09, essa exigência foi suprida, vez que o Chefe do Executivo regulamentou o direito assegurado pela Lei às servidoras estaduais, conforme se verifica da cópia do referido ato à fl. PGE-06.

Dessa forma, havendo o ato regulamentador entrado em vigor em data de 23.10.09, considerando que nessa data a servidora ainda se encontrava no gozo da licença maternidade, como aliás ainda se encontra, vez que concedida pelo período compreendido entre 16.07.09 e 12.11.09, não há óbices para que o prazo de 120 dias concedidos originariamente seja prorrogado por mais 60 dias, totalizando a licença, então, 180 dias, como determinado pela legislação de regência.

É o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus, 10 de novembro de 2009.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 7.653/2009-PGE**INTERESSADA:** SUSAM**ASSUNTO:** Consulta atinente à possibilidade jurídica de ampliação do prazo de licença maternidade para 180 dias.**DESPACHO:**

APROVO o Parecer nº 294/2009-PPE/PGE, da Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário, Dra. Ana Eunice Carneiro Alves.

DEVOLVAM-SE os autos à SUSAM, via ofício.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 10 de novembro de 2009.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 2852/2009-PGE**INTERESSADA:** Casa Civil**ASSUNTO:** Proposição de intervenção estadual em Municípios do Estado do Amazonas pelo Tribunal de Contas do Estado.**PARECER Nº 94/2009-PA-PGE****CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO ESTADUAL EM MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS.**

A ausência de prestação de contas, na forma da lei, enseja a decretação de intervenção da União nos Estados e dos Estados nos Municípios.

Senhor Subprocurador-Geral-Adjunto:

Examina-se, nesta oportunidade, proposição do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Amazonas para intervenção estadual nos Municípios que menciona, fundamentada na ausência de apresentação de prestação de contas referente ao exercício de 2008, no prazo assinado no art. 20, inciso I, da Lei Complementar Estadual n. 06/1991, com fundamento nos artigos 128, II e 129, I, da Constituição Estadual c/c o artigo 35, II da Constituição Federal.

A proposta, formulada por meio do ofício n. 544/GP, datado de 5 de maio de 2009, foi enviada ao Gabinete do Governador-Casa Civil, e encaminhada para apreciação desta Procuradoria Geral, em 8 de maio.

Estão listados como inadimplentes na apresentação da prestação de contas relativas ao exercício de 2008 os seguintes Municípios: Alvarães, Barcelos, Beruri, Boa Vista do Ramos, Caapiranga, Careiro, Eurunepé, Envira, Fonte Boa, Itapiranga, Japurá, Jutai, Nhamundá, Novo Airão, Pauini, Rio Preto da Eva, São Paulo de Olivença, Tonantins e Uarini.

É o breve relatório. Passo às minhas considerações, com a urgência que o caso requer.

1. DA NATUREZA DA INTERVENÇÃO

Segundo o bem conceituado autor José Afonso da Silva¹ a

¹Curso de Direito Constitucional Positivo. p.483. Ed. Malheiros.

“intervenção é ato político que consiste na incursão da entidade interventora nos negócios da entidade que a suporta”. A intervenção é medida excepcional quando se trata de Estado Federal, como a República Federativa do Brasil. Neste, as entidades componentes caracterizam-se pela autonomia que lhe é conferida. Essa autonomia, prevista constitucionalmente, é exercida dentro dos limites traçados na Constituição, como forma de se permitir o equilíbrio federativo, levado a efeito por meio de mecanismos constitucionais.

Neste ponto, destaca-se a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal e dos Estados nos Municípios, conforme prevêem os artigos 34 a 36 da Constituição Federal.

O entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido da impossibilidade de sindicância quanto ao mérito do ato de intervenção.

Interpretando, pode-se considerar que, se compete privativamente ao Chefe do Executivo a análise dos pressupostos para a decretação da intervenção, somente ele pode decidir a esse respeito. Todavia, tal ato não se confunde com o chamado ato discricionário. Para a prática deste ato político deve-se levar em consideração que o exame dos pressupostos para sua prática é restrito a uma autoridade política.

Não cabe ao Poder Judiciário a análise do mérito desse ato político. O ato político não é discricionário porque não é concedido, ao seu prolator, o critério de escolha, em razão da conveniência e oportunidade. Ao contrário, exige a análise profunda da situação, sendo que, conforme orienta a mais abalizada doutrina, se o Chefe do Executivo se convencer que está presente a hipótese de intervenção, ele é obrigado a adotá-la, sob pena de responsabilização.

A intervenção, exatamente porque é antonímia da autonomia, só é admitida nas hipóteses enumeradas nos sobreditos dispositivos constitucionais, como medida excetiva ao princípio da não intervenção, abrigado pelo Estado Federal. Assim, a leitura das hipóteses de intervenção impõe seja feita de forma taxativa, e estas somente devem ser consideradas de modo estreito e **adotadas quando absolutamente necessárias.**

Sob esse prisma, cabe realçar o Princípio da Não-Intervenção e o Princípio da Necessidade, que informam a intervenção. A regra, como dito, é a autonomia de cada ente da federação, a exceção é a intervenção. Assim, sendo possível a utilização de um outro instrumento sem a necessidade da retirada da

autonomia do ente da federação, tal conduta deve ser adotada, ao invés da intervenção.

O princípio da não intervenção gera o princípio da necessidade. Este princípio tem aplicação relevante quanto ao prazo de intervenção. Se não houver mais a necessidade da intervenção, ela deve cessar imediatamente, apesar de ainda não decorrido o prazo estabelecido no decreto. Uma vez resolvido o problema, não há necessidade de permanência da intervenção.

Por ser instituto típico da estrutura do Estado Federal, a intervenção tem como pressupostos de fundo situações críticas que põem em risco a segurança do Estado, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e a estabilidade da ordem constitucional (art. 34, I, II, III, IV, da CF/88).

O enquadramento da situação de que se cuida pode ser tida como finalidade de defesa da ordem constitucional, prevista no art. 34, VII, da CF e no art. 128, II, da CE, para observância de princípios constitucionais, dentre os quais sobreleva **o da prestação de contas da Administração Pública, direta e indireta**².

A hipótese de que se cuida, seguindo orientação doutrinária, pode ser classificada como intervenção provocada, a qual pode se dar por solicitação ou requisição. No caso concreto tem-se a solicitação, que é um pedido, ao qual a autoridade atenderá ou não de acordo com sua convicção. O mesmo não se diz da requisição, sendo esta uma ordem, que deve ser obedecida pela autoridade, atribuída apenas ao Poder Judiciário.

2. DA DECRETAÇÃO DA INTERVENÇÃO ESTADUAL E O CONTEÚDO DO DECRETO

A intervenção estadual, seguindo os mesmos pressupostos da federal, é efetivada por meio de decreto do Governador do Estado, o qual especificará a sua amplitude, prazo e condições de execução e, se couber, nomeará um interventor (art. 36, § 6º). Em sendo a citada intervenção no Poder Executivo Municipal é necessária a nomeação de um interventor para assumir as funções de prefeito. A previsão constitucional na esfera estadual encontra amparo no art. 129, I, da CE, cuja dicção merece transcrição:

Art. 129. A intervenção em Município se dará por decreto do Governador, observado o seguinte procedimento;

² José Afonso da SILVA. Op. Cit. p. 484.

I – nas hipóteses dos itens I a III, do artigo anterior, a denúncia será apresentada ao Governador do Estado por autoridade pública ou por qualquer cidadão.

A hipótese ventilada na proposição da Egrégia Corte de Contas autoriza a intervenção pela sua só ocorrência, ou seja, em se verificando a ocorrência dos motivos que a autorizam, a intervenção pode ser decretada – art. 35, II, da CF/88 e art. 128, II, da CE.

Não se poderia deixar de referir ao controle político da intervenção, que por isso mesmo necessita ter seu decreto autorizador submetido, no prazo de vinte e quatro horas, à apreciação da Assembléia Legislativa Estadual, que, se não estiver funcionando, será convocada extraordinariamente, para conhecer do ato interventivo (art. 129, II, da CE).

Conforme a mais abalizada doutrina, a apreciação pela Assembléia Legislativa não se limita a tomar ciência da intervenção, ao contrário, submete-se o decreto interventivo a juízo de aprovação ou rejeição, na forma descrita no art. 28, VI, da Constituição do Estado do Amazonas.

Se a conclusão da Assembléia Legislativa se der no sentido oposto, ou seja, pela inadmissibilidade da intervenção, esta passará a ser ato inconstitucional, e deverá ser suspensa imediatamente, pois sua manutenção constituir-se-á atentado contra os poderes constitucionais do Estado, caracterizando-se crime de responsabilidade do Governador do Estado previsto no art. 55, II da Constituição Estadual³.

O art. 36, § 1º, da CF, e o art. 129, III, da CE, tratam dos requisitos do decreto, que deve prever a amplitude, os poderes e as autoridades atingidas. Enfim, o decreto de intervenção é a norma que deve ser obedecida pelo interventor para aplicação da intervenção, devendo ser interpretado de forma restritiva.

Do mesmo modo é imprescindível a estipulação do prazo da intervenção (art. 129, III, da CE), mesmo não havendo referência a limites mínimos ou máximos na Constituição para a duração da intervenção. O referido limite encontra razão mesmo no antes citado Princípio da Necessidade, de vez que a resolução do problema impõe a cessação da intervenção, podendo, inclusive, o Congresso ou Assembléia Legislativa suspender a intervenção, ainda que não decorrido todo o prazo previsto no decreto. Mencione-se, ainda, que

³idem.

a nomeação do interventor e as condições de execução da intervenção devem estar previstas no decreto, de forma clara e precisa, às quais se impõe interpretação restritiva, dada sua natureza excepcional.

Como não há previsão legal de prorrogação da intervenção, se o prazo previsto no decreto não foi suficiente, há necessidade de expedição de novo decreto de intervenção, devendo ser obedecidos todos os requisitos formais para tanto, inclusive com a análise, pela Casa Legislativa respectiva, do novo decreto.

3. DA CESSAÇÃO DA INTERVENÇÃO

A intervenção, justamente por ser ato temporário, ficará imediatamente suspensa se cessados os motivos ensejadores de sua decretação, e os titulares afastados de seus cargos retornarão a eles, salvo impedimento legal (art. 34, § 6º da CF e art. 129, § 3º da CE).

Tal ocorre porque o afastamento dessas autoridades visa a permitir o retorno à normalidade constitucional. Portanto, em consequência, obtida a normalidade e cessados os motivos da intervenção, as autoridades só não poderão retornar a seus cargos se assim estiverem impedidos, por força de lei. Se ocorrer seu impedimento, deverão assumir aqueles previstos na Lei Orgânica do Município como sucessores.

Impende pontuar a atuação do interventor, que deverá estar adstrita ao que fixar o decreto, *in casu*, providenciar a prestação de contas não enviada ao Tribunal de Contas. Vê-se, na situação fática, que o interventor atuará na missão de auxiliar o Chefe do Executivo para sanar a irregularidade apontada pela Corte e fazer cumprir o dispositivo constitucional. A meu ver, não caberá ao interventor, na hipótese, praticar atos de gestão administrativa, ao revés, competir-lhe-ão os atos necessários ao cumprimento do dispositivo constitucional violado.

4. CONCLUSÃO

Ao final, conclui-se no sentido de que se trata de hipótese de intervenção constitucionalmente prevista, permitindo ao Chefe do Poder Executivo decretar a intervenção nos Municípios indicados, por solicitação do Tribunal de Contas do Estado, com fundamento no art. 128, II da CE c/c art. 35, II da CF.

É o parecer, que encaminho à apreciação do Senhor Subprocurador-Geral-Adjunto.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus, 13 de maio de 2009.

HELOYSIA SIMONETTI TEIXEIRA
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 2852/2009-PGE

INTERESSADA: Casa Civil

ASSUNTO: Consulta sobre intervenção estadual em Municípios do Estado do Amazonas.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 094/2009-PA/PGE, da Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, Dra. Heloysa Simonetti Teixeira.

ENCAMINHEM-SE os autos à Casa Civil.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 14 de maio de 2009.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº: 00481/2009-PGE**INTERESSADO:** DETRAN – Departamento Estadual de Trânsito do Amazonas**ASSUNTO:** Nomeação de servidor para ocupar cargo em comissão.**PARECER Nº 013/2009 – PPT/PGE**

Ressalvados os casos de acumulação remunerada previstos no artigo 37, inciso XVI, alíneas a, b e c da Constituição Federal, impõe-se reconhecer a ilicitude da acumulação de emprego público com cargo de provimento em comissão. Servidores investidos em emprego público, regido pela legislação consolidada, ao serem designados para o exercício de função comissionada ou nomeados para ocupar cargo de provimento em comissão, terão seus contratos de trabalho suspensos.

Senhor Subprocurador-Geral-Adjunto:

Trata-se de Processo Administrativo encaminhado pela Secretaria de Estado da Administração e Gestão – SEAD, para manifestação acerca da consulta formulada pelo DETRAN sobre a possibilidade de nomeação de empregados daquela autarquia para exercerem cargos comissionados, sem a suspensão de seus contratos de trabalho.

A Autarquia interessada informa que a solicitação fundamenta-se no fato de que o Parecer nº 16/98-PPT/PGE se posiciona no sentido de haver a necessidade de suspensão do contrato de trabalho quando houver acumulação de gratificações e que tal fato não ocorre com seus empregados, pois a única gratificação que recebem é a GATA.

Submetido à análise da Chefia do Departamento de Gestão e Pessoas da SEAD (fls. 13), fez-se referência ao parecer nº 270/08 – PPE/PGE, que se manifestou favorável à situação ora tratada, em relação à UEA.

Sobre a questão foi lavrado o Parecer nº 0071/2009, da consultoria jurídica da SEAD, no qual se esposou a tese de que a orientação contida no Parecer 270/08 – PPE/PGE é específico para os professores da UEA, não se aplicando ao DETRAN e, diante da divergência com o parecer 16/98, sugere a oitiva desta PGE para pacificação da matéria.

Resumidamente e o relatório. Passo a opinar.

A matéria sob consulta já foi objeto de inúmeros pareceres desta especializada e em todos se concluiu pacificamente o entendimento de que: servidor investido em emprego público, regido pela legislação consolidada, ao serem designados para o exercício de função comissionada ou nomeados para ocuparem cargo de provimento em comissão, deverão ter seus contratos de trabalho suspensos.

Especificamente em relação ao DETRAN, verifica-se que o art. 19 do seu regimento interno, estabelece que os seus servidores são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e os titulares de cargos comissionados, inclusive os membros da Diretoria, são regidos pelo Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Amazonas – Lei 1762/86.

A Lei Delegada nº 97, de 18 de maio de 2007, dispõe no parágrafo único do seu art. 12 que os cargos de provimento em comissão do DETRAN serão ocupados, preferencialmente, por servidores da autarquia.

Por outro lado, dispõem os incisos XVI e XVII da Constituição Federal, que:

“XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

a) de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.”

Revela-se evidente que a proibição de acumular “cargos públicos”, constante do inciso XVI do art. 37, abrange, também, os cargos de provimento em comissão, pois quando o legislador constituinte quis distinguir os cargos em comissão daqueles de provimento efetivo o fez expressamente, como se vê na ressalva relativa a não obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargos de provimento em comissão

(inciso II, do art. 37, CF), ou ao estabelecer que apenas os servidores titulares de cargos efetivos fazem jus à aposentadoria estatutária (caput do art. 40, CF).

A regra da não acumulação de cargos, empregos e funções comporta algumas exceções que a própria Constituição estabelece. Relativamente aos cargos em comissão, a Carta Magna admite apenas duas hipóteses de acumulação, sendo a primeira constante do parágrafo 10, do art. 37, ao permitir que os aposentados exerçam cargos em comissão, acumulando, assim, os proventos de aposentadoria com a remuneração desses cargos, *verbis*:

“Parágrafo 10 – É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

A segunda hipótese é a constante do inciso V, do art. 37, que admite servidores de carreira exercerem cargos em comissão nos casos e condições previstos em lei, *verbis*:

“V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

Infere-se que somente nos casos e condições previstos em lei é permitido ao servidor acumular a titularidade de cargo efetivo ou de emprego permanente com cargo em comissão.

Por oportuno, trago ao debate a lição judiciosa do ilustre professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, (Curso de Direito Constitucional Positivo, 23ª edição, 12.2003, p. 669, ed. Malheiros), que sobre o assunto, assim se manifesta:

“A Constituição, seguindo a tradição, veda as acumulações remuneradas de cargos, empregos e funções na Administração direta e nas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias,

e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público (EC 19/98), significando isso que, ressalvadas as exceções expressas (infra), não é permitido a um mesmo servidor acumular dois ou mais cargos ou funções ou empregos, nem cargo com função ou emprego, nem função com emprego, quer sejam um e outros da Administração direta ou indireta, quer sejam um daquela e outro desta – art. 37, XVI e XVII”.

Conclui-se, assim, que o exercício simultâneo de emprego público com cargo de provimento em comissão, por não guardarem compatibilidade com a Constituição Federal, implica na acumulação remunerada ilícita, devendo ser cessada por ato próprio da Administração.

Nesse diapasão, o servidor investido em emprego público, ao ser nomeado para exercer cargo comissionado, deverá ter seu contrato de trabalho suspenso enquanto perdurar essa situação, o que implicará, necessariamente, na ausência de remuneração relativa ao contrato de trabalho, passando a receber tão somente a remuneração referente ao cargo em comissão.

O ponto pacífico repousa na impossibilidade jurídica de acumulação de emprego público com cargo em comissão, diante da vedação estabelecida no art. 37, incisos XVI e XVII da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação remunerada se estende a empregos, cargos e funções e abrange todos os órgãos da Administração direta e indireta do Estado.

Assim, corroboro o entendimento exarado no Parecer nº. 16/98 – PPT/PGE (em anexo), que se manifesta no sentido de ser necessária a suspensão dos contratos de trabalho de empregados nomeados para exercerem cargo em comissão.

É o parecer, que submeto à consideração superior.

PROCURADORIA DE PESSOAL TEMPORARIO – PPT,
em Manaus (AM), 06 de março de 2009.

SIMONETE GOMES SANTOS

Procuradora-Chefe da PPT, em exercício

PROCESSO Nº 000481/2009-PGE

INTERESSADO: Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN

ASSUNTO: Consulta sobre nomeação de servidor para ocupar cargo em comissão.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 013/2009-PPT/PGE, da lavra da eminente Procuradora do Estado, Dra. Simonete Gomes Santos, em exercício na Chefia da Procuradoria do Pessoal Temporário, por seus próprios e legítimos fundamentos.

Adjudivando, perfilho-me às conclusões do parecer no sentido de que, em face da grande responsabilidade de que se incumbem o agente público, e visando sempre a máxima eficiência do serviço, a Administração Pública encontra-se sujeita a regras específicas quanto à acumulação de cargos. São ilícitas todas as acumulações de cargos públicos não excepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

- a) de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

A vedação se limita ao acúmulo de cargos dentro da própria Administração, direta ou indireta, autárquica, fundacional ou de direito privado. Incluem-se aí cargo efetivo, de contratação temporária ou cargo de provimento em comissão.

As três alíneas constituem exceção à proibição e representam um rol taxativo, a ser interpretado restritivamente, impassível de ampliação. É, nesse sentido, inflexível, embora outras restrições possam ser estabelecidas pela Administração.

Deste modo, orientamos no sentido da necessidade de suspensão dos contratos de trabalho de empregados nomeados para exercerem cargos em comissão.

Sejam os autos encaminhados imediatamente ao Chefe da

Casa Civil, com as observâncias do disposto no item II da Portaria nº 102/2007-GPGE, de 21 de dezembro de 2007.

SEÇÃO II/SUBGAD/PGE, em Manaus, 12 de março de 2009.

VITOR HUGO MOTA DE MENEZES
Subprocurador-Geral-Adjunto, em substituição.

PROCESSO Nº 020/2010-PGE**INTERESSADA:** Secretaria de Estado da Cultura**ASSUNTO:** Análise sobre locação de imóvel com avaliação inferior ao preço proposto pelo proprietário.**PARECER Nº 01/2010-PA/PGE****DIREITO ADMINISTRATIVO E CIVIL. LEI DE LOCAÇÕES. JUSTIFICATIVA DE PREÇO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. AVALIAÇÃO INFERIOR AO PREÇO COBRADO PELO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL.**

Em atendimento ao princípio da eficiência, traduzido no princípio da economicidade, imprescindível a demonstração material da vantajosidade na relação custo-benefício, para se admitir contratação com preço superior à avaliação realizada por técnicos da área de engenharia.

Senhor Procurador-Geral

Cuida-se de consulta formulada pela Representante da Secretaria de Estado da Cultura, em exercício, Sra. Marlene Oliva Veloso, para emissão de parecer acerca da legalidade de contrato de locação por preço superior à avaliação realizada por técnicos do Estado do Amazonas, de acordo com a proposta apresentada pelo proprietário.

Conforme a instrução processual, a Secretaria de Cultura mantinha contrato de locação de um imóvel localizado na Rua Ramos Ferreira, nº 141, bairro de Aparecida, tipo galpão, desde 2004 (Termo de Contrato n. 05/04-fl.28-PGE), pelo preço inicial de R\$12.330,00, prorrogado até 30.12.09, por haver completado o prazo de 60 meses, na forma preconizada no art. 57, II, da Lei n. 8.666/93. Por este motivo, pretende a celebração de um novo contrato.

Submetido o assunto à Secretaria da Infraestrutura, o laudo de avaliação concluiu pelo valor de R\$17.839,40, podendo variar entre uma margem de 10% a mais ou a menos, situando-se na faixa de R\$16.055,46 e R\$19.623,34 (fl.16-PGE).

A teor do ofício n. 2064/09 (fl.02-05-PGE), verifica-se que o Estado do Amazonas, autorizado que estava pelo ajuste contratual, realizou várias benfeitorias no imóvel, com vistas à adaptação do

espaço às necessidades da Secretaria de Cultura, que transformou o local em verdadeira “oficina completa para elaboração de cenários, de um atelier de costura para a confecção de figurino e de uma área adaptada para a confecção de contraregragem.”

Mais adiante, afirma a Senhora Secretária, em exercício, que “foram feitas adequações para acondicionar perfeitamente os cenários, figurinos, adereços, sapataria, perucária e demais objetos feitos para a realização dos eventos. A estrutura física do prédio permite a setorização necessária ao bom desenvolvimento dos trabalhos, ou seja, o galpão está dividido em vários espaços, tais como: administração, refeitório, almoxarifado, banheiros, sala de costura, salas de armazenagem de figurinos, de adereços, de perucaria, de sapataria, estrutura porta paletes para os cenários, oficinas de pintura, carpintaria e serralheria, conforme folder em anexo.”

Está, ademais, explicitado que a localização do imóvel facilita o trabalho de logística para a realização dos eventos, devido à proximidade do Teatro Amazonas e do Largo de São Sebastião.

Levado ao conhecimento do proprietário do imóvel o valor de avaliação pelo Estado, a proposta foi recusada, sendo proposto novo valor, agora de R\$35.000,00.

Ante o impasse negocial, a ilustre Representante da Pasta indaga “se é lícito a Secretaria cobrir a proposta que ficou acima da avaliação da SEINF, e, se negativo, qual o prazo que proprietário deverá dar para a desocupação do imóvel”.

A questão merecedora de análise é daquelas que envolve as normas de Direito Privado, dada a incidência da Lei nº 8.245/91 (Lei de Locações) com as alterações da Lei nº 12.112/2009, e, no que couber, as regras e princípios da Lei nº 8.666/93, inserida no arcabouço jurídico do Direito Público, uma vez que os contratos de locação de subsumem, predominantemente, às regras de Direito Civil (art. 62, § 3º, II da Lei nº 8.666/93).

No que concerne ao primeiro questionamento, cumpre reafirmar, como é cediço, que as licitações públicas visam a assegurar, a todos os interessados aptos, a possibilidade de vir a contratar com o Poder Público, em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da legalidade. A situação em apreço se enquadra à hipótese de exceção à obrigatoriedade de licitar, qual seja, a dispensa do art. 24, inciso X (locação de imóvel), c/c o art. 26 ambos da Lei nº 8.666/93.

No elenco de requisitos dispostos nos indigitados artigos, realça-se a apresentação de justificativa do preço, demonstrando-se que o preço a ser pago pela Administração está compatível com o de mercado. Tal imposição legal visa a alcançar, no mercado, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Mas, no caso trazido a exame, tem-se justamente o oposto. O preço cobrado pelo proprietário excede bastante o de mercado quando em cotejo com o encontrado pelos avaliadores da SEINF. Sobre esse assunto, faz-se importante mencionar não ser matéria jurídica, eis que depende de avaliações, quesitos, características, parâmetros, entre outros, não relacionadas à Ciência do Direito. No âmbito das Ciências Econômicas e da Administração, “preço de mercado” é razão da relação oferta *versus* demanda. Enquanto a “avaliação de imóveis” está afeta às Ciências da Engenharia e da Arquitetura, e ligada diretamente à profissão de corretor de imóveis.

No que tange aos aspectos jurídicos, aparentemente, então, estamos diante de um conflito, em face de a SEC necessitar do imóvel, mas o atual valor exigido pelo dono exceder o da avaliação feita. Exsurgem alguns questionamentos: a Administração está sempre jungida ao cumprimento do menor preço? Este seria o significado do termo vantajosidade?

Cabe refletir com maior detença. A vantagem, na verdade, não pode ser considerada em termos nominais, mas, em termos reais. Significa dizer que se faz imperioso averiguar se o preço menor é de fato o mais vantajoso ou se há outros fatores que, quando ponderados, oferecem a dita vantajosidade, em detrimento do estrito menor preço. Nesse contexto, não é possível desconsiderar o princípio da economicidade, cuja finalidade está intimamente ligada ao princípio da eficiência. Para ilustrar, convém colacionar os dizeres de Juarez Freitas sobre o princípio da economicidade (in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, São Paulo, Ed. Malheiros, 1997, p. 85-86):

“No tocante ao princípio da economicidade ou da otimização da ação estatal, urge rememorar que o administrador está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo. Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da

coisa pública. A violação manifesta do princípio dar-se-á quando constatado vício de escolha assaz imperfeita dos meios ou dos parâmetros voltados para a obtenção de determinados fins administrativos. Não aparecerá, no controle à luz da economicidade, nenhum traço de invasão da discricionariedade, porém se é certo que esta precisa ser preservada, não é menos certo que qualquer discricionariedade legítima somente o será se guardar vinculação com os imperativos de adequação e sensatez."

Relevante trazer à colação jurisprudência do Tribunal de Contas da União a respeito do tema:

*"A atuação estatal não deve ser balizada apenas pelos critérios de legalidade, de moralidade, de impessoalidade. Exige-se que a administração pública seja igualmente pautada pelos **princípios da eficiência e da economicidade**. A ênfase é dada na produtividade, na obtenção de resultados. Portanto, atuação administrativa legítima, nos dias atuais, será aquela que, além de realizar os princípios tradicionais da impessoalidade, da legalidade, etc., igualmente dê ênfase à obtenção de resultados positivos sob o ponto de vista da eficiência, da economicidade". (Decisão nº 765/99 - Plenário DC 0765-47/99-P - DOU de 18.11.99). (g/n).*

Na mesma senda:

*"A gestão da "res publica" não mais pode contentar-se singelamente em atender o imperativo da legalidade nos seus atos. Há que ser **produtiva**, há que ser eficiente no uso dos recursos, há que produzir resultados tangíveis. Tais são os reclamos da sociedade moderna quanto à atuação dos administradores públicos, os quais encontram abrigo nos princípios da economicidade, eficácia e eficiência, inculcado no art. 70, caput, e art. 74, inciso III da Carta Magna." (Acórdão nº 067/95 - 2ª Câmara AC-0067-07/95-2 - DOU de 14.03.95). (g/n).*

No entanto, na prática, os argumentos jurídicos sustentados pela Corte de Contas têm que estar **materialmente provados**. A

resposta a essa questão requer a comprovação irrefutável de que, ao assentir pela proposta do proprietário – de valor superior à avaliação – a Secretaria tem a certeza de que a decisão atende ao princípio da economicidade. Para tanto, os argumentos técnicos expendidos no corpo da justificativa de fls. 02-05-PGE **precisam estar traduzidos em números**, de forma a demonstrar que os gastos despendidos pelo Estado foram de tal monta e os que ainda serão despendidos (na hipótese de se alugar um outro imóvel) serão de outras tantas, e, ainda, que o preço cobrado pelo proprietário, ao ser diferido no prazo estimado de cinco anos para o contrato de locação, torna-se mais vantajoso, quando comparado com os custos de novos investimentos em imóvel com aluguel nominalmente menor.

A meu ver, imprescindível a elaboração de planilhas de custos de todos os investimentos realizados, com preços atualizados, e os a realizar em um outro imóvel, para se ter um parâmetro, para se fazer um paralelo entre as possíveis vantagens econômicas. Atende-se, dessa feita, ao princípio da motivação dos atos administrativos, que requer a exposição das razões das tomadas de decisão do administrador.

Em resposta ao primeiro questionamento, a regra é atender à avaliação, realizada por profissionais técnicos diretamente atuantes na área (art. 26, III). Todavia, para se ultrapassar a barreira imposta pela interpretação fria da lei, há de se sopesar os fins buscados pelo legislador, que, nesse caso, indubitavelmente, estão atrelados à busca pela **eficiência** – princípio albergado pela Constituição Federal, no *caput* do art 37.

Para alcançar tal desiderato, parece-me que a alternativa é, de fato, sopesar o caminho que melhor consulte os interesses públicos envolvidos, visto que toda decisão administrativa envolve uma relação sujeita a enfoque de **custo-benefício**. O que se busca, nesse caso, é decidir pela opção que ofereça maior vantagem econômica, em termos reais, o que não implica, necessariamente, menor preço.

Pelos motivos delineados, carece de comprovação a vantajosidade de se aceitar proposta de aluguel tão distante da avaliação de mercado.

Quanto ao prazo para entrega do imóvel, o termo contraual silenciou a esse respeito. No entanto, a Lei n. 12.112/2009, no art. 74, prevê o prazo de 30 dias para a entrega voluntária do imóvel.

É o parecer, sob censura.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PGE, em Manaus (AM), 08 de janeiro de 2010.

Heloya Simonetti Teixeira

Procuradora do Estado, Chefe da PA.

PROCESSO Nº 20/2010-PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado de Cultura

ASSUNTO: Análise sobre locação de imóvel avaliado por valor inferior ao preço proposto pelo proprietário.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 1/2010-PA/PGE, da Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, Dra. Heloya Simonetti Teixeira.

DEVOLVAM-SE os autos à Interessada, via ofício.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 12 de janeiro de 2010.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº: 2008/2010-PGE

INTERESSADA: Secretaria Executiva do Conselho de Desenvolvimento Sustentável da Região Metropolitana - SRMM

ASSUNTO: Consulta sobre dissolução de consórcio constituído entre empresas para execução de contrato.

PARECER Nº 74 /2010-PA-PGE**ADMINISTRATIVO. TERMO DE CONTRATO. CONSÓRCIO. ALTERAÇÃO.**

A alteração da composição do consórcio se torna possível quando não há vedação no edital e a empresa ou empresas reúnam as condições de habilitação exigidas na licitação, avaliadas a conveniência e a oportunidade de assim fazê-la, em confronto com a opção de se realizar nova licitação para conclusão do objeto a ser executado. Entendimento jurisprudencial e doutrinário favorável.

Senhor Procurador-Geral

Os autos cuidam de consulta acerca da possibilidade de alteração da constituição de consórcio de empresas contratadas para execução de serviços de engenharia para construção da ponte estaiada sobre o Rio Negro, ligando Manaus ao Município de Iranduba e da infraestrutura viária da Ponta do Pepeta em Iranduba e da Ponta do Ouvidor em Manaus, encaminhada pelo Senhor Secretário-Geral, Eng. René Levy Aguiar, por meio do ofício nº 237/2010-SG-SRMM, datado como 16 de abril de 2010, distribuído a esta Especializada em 19/4/2010.

A análise permaneceu sobrestada até juntada de documentação adicional, a pedido da Consulente.

Instruem os autos: carta da empresa Camargo Corrêa n. CRN/GEEP/CE/2010; cópia do edital de licitação da CP 001/2007; cópia do projeto básico; cópia do Termo de Contrato n. 059/2007-SEINF/SRMM; cópia do Parecer n. 001/2010-TCE-Tribunal Pleno e publicação; despacho da Assessoria Jurídica.

Posteriormente, em data de 30/4/2010, foi encaminhado ofício n. 260/2010-SG/SRMM, que anexou a carta da empresa Construtora Camargo Corrêa, n. CRN/GEEP/CE/074/2010, de 26.4.2010, subscrita pelo Gerente de Obras, Senhor Henrique Barroso Domingues, acompanhada de farta documentação,

anexada a estes autos (Comprovação da Experiência Técnico-Operacional; Índice de Liquidez e Balanço Patrimonial; Parecer Jurídico; Instrumento Particular de Distrato do Contrato de Constituição do Consórcio Rio Negro).

A participação de consórcios em licitações visa, primordialmente, a assegurar ampla participação de empresas interessadas, de sorte a permitir maior competitividade. A adoção de consórcio, reiterando posicionamento já defendido em outra oportunidade, se insere na decisão discricionária do Administrador, analisado o caso concreto e avaliadas as peculiaridades da licitação. O objetivo do consórcio é a associação temporária de duas ou mais empresas para execução de determinado objeto à Administração Pública, que, em condições normais não poderiam fazê-lo.

Nas lições do eminente Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, o consórcio:

“É uma associação de empresas que conjugam recursos humanos, técnicos e materiais para a execução do objeto a ser licitado. Tem lugar quando o vulto, complexidade ou custo do empreendimento supera ou seria dificultoso para as pessoas isoladamente consideradas.” (Curso de Direito Administrativo, 17ª Ed. São Paulo, p-545-546).

O consórcio no Direito Público, particularmente no âmbito das contratações administrativas, está previsto no **art. 33 da Lei n. 8.666/93**, que traz a seguinte dicção:

Art. 33 - Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação,

podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º - No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º - O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

A figura do consórcio também é prevista na legislação de Direito Privado, no art. 278 da Lei 6.404/76, que estabelece a possibilidade de quaisquer companhias ou outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, constituir consórcio para executar determinado empreendimento. Proíbe, no entanto, a formação de consórcio que vise a restringir a liberdade de comércio, a dominação de mercado, a eliminação da concorrência ou o monopólio na obtenção de elevação de preço, em virtude de serem práticas prejudiciais ao mercado, conforme previsão da Lei nº 8.884/94.

O consórcio, nos moldes da legislação mercantil, não caracteriza a criação de nova pessoa jurídica, distinta dos consorciados. Ao contrário, todos os consorciados estão no mesmo nível, não havendo subordinação entre as empresas e sim cooperação administrativa.

Para Modesto Carvalhosa, a figura do consórcio constitui, na verdade, “uma comunhão de interesses e de atividades que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam.” (Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. 4º vol. T.II 2ª. Ed. p.386, Saraiva).

Todavia, registram-se algumas diferenças entre o consórcio previsto na Lei n. 8.666/93, daquele de Direito Privado. A diferença que tem merecido mais atenção da doutrina diz respeito à existência de cláusula de solidariedade nos consórcios constituídos para

contratação com o Poder Público, esta não prevista para os consórcios de direito privado.

Importa pontuar que a habilitação das empresas deve ser comprovada por cada uma das participantes, demonstrando o preenchimento dos requisitos do edital, permitido o somatório dos quantitativos técnicos e dos valores econômicos, na proporção de participação no consórcio, consoante prevê o art. 33, III, antes citado. A condição de habilitação, portanto, deve ser mantida durante toda a execução do contrato, condição esta imposta a qualquer contrato administrativo, na forma do art. 55, XIII, da Lei Geral de Licitações.

Nesse contexto, pode ocorrer que a saída de uma das empresas do consórcio, cause prejuízo à execução do objeto contratual, eis que a retirada de uma das empresas impossibilitará, **em tese**, o cumprimento da obrigação em relação à parcela que lhe cabe. Em assim ocorrendo, não restará outro caminho à Administração, senão a rescisão contratual com aplicação de sanção por inadimplemento.

No entanto, outra situação poderá surgir, qual seja, a retirada da empresa não importará prejuízo ao objeto porquanto ela já poderá ter executado sua parte ou mesmo, em outra hipótese, as outras integrantes, ou outra integrante, do consórcio poderão assumir o remanescente do objeto. Nas situações apontadas, o que deve ser sopesado é **o atendimento ao interesse público**, isto é, se não causar inexecução contratual, e forem atendidas as condições de habilitação exigidas à época da licitação, a exclusão de uma das empresas do consórcio não terá o condão de viciar a contratação.

No sentido da possibilidade de se manter o ajuste contratual, mediante a comprovação de que a empresa remanescente preenche as condições habilitatórias do edital, se pronunciou o Tribunal de Contas da União, no **Acórdão nº 1.038/2003-Plenário** (Min. Relator Ubiratan Aguiar):

“7. Entendo que sendo a contratada um consórcio, a falência de um de seus membros não acarreta a rescisão do contrato. Se as demais sociedades, ou se a sociedade remanescente, possuem condições de adimplir o contrato, não vejo porque rescindi-lo e abrir novo procedimento licitatório para contratação de nova sociedade. (...)” (grifei).

Observa-se que a orientação da Corte está em perfeita

consonância com os **princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, uma vez que, ao se proceder ao cotejo da decisão de manter o contrato com a de rescindi-lo, esta última se afigura, de um modo geral, mais gravosa para o atendimento do interesse público buscado pela Administração Pública, eis que a rescisão, *in casu*, implicará a realização de nova licitação para contratação de empresa para continuação do objeto. É claro que dependerá da análise do caso fático.

Para José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, p.21, ed. Lumen Juris, 13ª ed.), “*razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos standards de aceitabilidade (...)*”.

A Profª. Lúcia Valle de Figueiredo, citada pelo autor (op.cit.p.22), indica que a **razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas**, o que significa que ante a falta da congruência, há a violação do princípio da legalidade, *porque, no caso, ou há vício nas razões impulsionadoras da vontade, ou o vício estará no objeto desta.* (grifos originais).

Nesse prisma, cumprirá à Administração adotar a decisão mais razoável possível, de modo a não gerar tal incongruência.

Acerca do **princípio da proporcionalidade**, que se calca em fundamentos da doutrina alemã, ensina o eminente autor, a conduta estatal, para observar esse princípio, deverá se pautar em tríplice fundamento: 1) **adequação**, *significando o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado;* 2) **exigibilidade**, *porque a conduta deve ter-se necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa menor prejuízo possível para os indivíduos;* 3) **proporcionalidade em sentido estrito**, *quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.* (p.23, grifos originais).

É de se concluir, em primeiro lugar, pela necessidade de a opção abarcada pela Administração atender aos dois princípios sob enfoque, em outras palavras, se a decisão de dar continuidade ao contrato com a empresa remanescente é menos gravosa ao

interesse público, é adequada ao caso e as vantagens a serem obtidas são superiores às desvantagens.

Outro ponto merecedor de destaque diz respeito à cláusula de **solidariedade** constante do edital, considerada como sendo uma garantia superlativa à Administração, ao impor a responsabilidade solidária de todos os participantes do consórcio. Acerca do tema, relevantes são as reflexões do Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira¹:

(...) Isto é, e ao contrário do previsto na Lei n. 6.404/76, existe regra de plena solidariedade entre os consorciados. Mais do que isso: norma de ordem pública que é, essa solidariedade não é derogável pela vontade das partes e a Administração não pode a ela renunciar (através de edital, v.g).

Ora a solidariedade existe “quando, na mesma obrigação, concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigação, à dívida toda” (c.c. art. 264). Lendo-se o dispositivo nos termos da Lei de Licitações: a apresentação da proposta através de um consórcio de empresas implica a responsabilidade de todas e de cada uma delas por todos os atos praticados na licitação e na futura execução do contrato”.

De qualquer modo, a solidariedade imporá então a todos os integrantes do consórcio o dever de responder pela execução do contrato. Nesse passo, é de se entender que a empresa líder responderá pelas obrigações assumidas pela sociedade que se retirou. Também aqui é de se entender que se a empresa líder preenche os requisitos de habilitação poderá assumir o objeto, até por força da cláusula de solidariedade.

Um terceiro aspecto a ser analisado, que terá por fim conferir maior segurança à decisão administrativa, diz respeito à classificação do consórcio, se **homogêneo ou heterogêneo**, que, não obstante não se baseie em fundamento legal, é bem aceita no campo doutrinário. Sobre o tema, Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 496, 14^a ed., Ed. Dialética, 2010) oferece as seguintes considerações:

“A diferença não consta do direito posto, mas é útil para compreender melhor a função dos consórcios. Em alguns

¹ Artigo intitulado “Os Consórcios empresariais e as Licitações Públicas – Considerações em torno do art. 33 da lei n. 8.666/93, publicado no site www.zenite.com.br.

*casos, os consórcios reúnem empresas de objeto similar, que se associam para conjugação de recursos ou experiências equivalentes – **homogêneas**. Já em outras hipóteses, cada empresa atua em determinado segmento de atividade e o consorciamento objetiva a união de qualificações distintas e inconfundíveis – **heterogêneas**. A complexidade do objeto determina a natureza do consórcio. Usualmente, há consórcios heterogêneos quando a execução do objeto pressupõe a multiplicidade de atividades empresariais distintas (...)*”.

Trata-se, ao que indicam o contrato e a documentação da empresa, tratar-se de consórcio homogêneo, em que as empresas se associaram para reunir experiências equivalentes, visto que as duas atuam na área de construção civil. Tem-se, assim, um reforço à possibilidade de assunção da parcela do objeto atinente à empresa Construbase pela Construtora Camargo Corrêa.

No sentido esposado pela doutrina manifestou-se a E. Corte de Contas Federal, no **Acórdão n. 22/2003, Plenário** (rel. Min. Benjamim Zymler):

“Em regra, a formação de consórcio é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital. Nestes casos, a Administração, com vistas a aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio.”

À vista dessas orientações, releva notar que este se torna mais um argumento em favor da possibilidade, sem prejuízos ao interesse público, de a empresa líder assumir o remanescente do objeto.

Conclui-se, assim, que, caberá a análise do caso concreto para saber se é possível, ou não, a manutenção do contrato com nova composição consorcial ou mesmo com um único contratado, diante da **regra geral de que o consórcio deve ser mantido até o final do contrato**.

A análise do caso concreto, portanto, deverá passar pela avaliação de todos os pontos aqui abordados. Em breve síntese, como bem demonstrado no Parecer Jurídico, subscrito pelos representantes jurídicos da empresa Camargo Corrêa Construções

e Comércio S/A, faz-se relevante demonstrar o preenchimento dos requisitos reclamados para se admitir a alteração da composição do consórcio com a conseqüente assunção do objeto pela empresa remanescente.

Para execução do objeto contratual foi celebrado o Termo de Contrato n. 059/2007-SEINF, com o Consórcio Rio Negro, composto pelas empresas Construbase Engenharia Ltda e Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A. Em conformidade com o Edital de Concorrência n. 001/2007, **o item 7.4 permitiu a participação de empresas em consórcio**, por no máximo três empresas, atendidos os seguintes requisitos, aqui transcritos:

“I – as empresas consorciadas apresentarão instrumento público ou particular de compromisso de constituição do consórcio, subscrito por todas elas, regulando a participação, em percentual (%), sendo vedada a indicação de qualquer valor monetário que importe em divulgação antecipada do conteúdo da “Proposta de Preços”; o mencionado documento deverá estabelecer a forma de participação de cada uma das empresas no Consórcio, bem como a duração, domicílio e foro do Consórcio, a empresa líder, responsável principal, perante o Estado, pelos atos praticados pelo Consórcio, sem prejuízo da responsabilidade solidária estabelecida no inciso V, a qual deverá ser detentora de poderes especiais para requerer, transferir, receber (inclusive faturas), dar quitação, transigir, acordar, renunciar o direito de recorrer, desistir, responder administrativamente e judicialmente e, em qualquer grau de jurisdição, receber notificação, intimação e citação.

II – as empresas deverão atingir os índices econômico-financeiros indicados nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II do item 9.1.3. (inciso II.1 – para empresa participando individualmente ou empresa líder e inciso II.2 – para as demais consorciadas).

III – para participação em consórcio, o capital mínimo deverá ser igual ou superior ao valor do capital social integralizado indicado no inciso III do item 9.1.3 e deverá ser atendido pela soma dos capitais das empresas consorciadas, integralizado e registrado na Junta Comercial na proporção direta de sua respectiva participação no consórcio a ser constituído.

IV – para fazer prova de qualificação técnica, cada empresa

consorciada deverá atender isoladamente ao estabelecido no inciso I do item 9.1.2. do edital. Quanto ao inciso II e III do item 9.1.2, no caso do consórcio poderão ser atendidas (sic) por qualquer uma das consorciadas.

V – as empresas consorciadas não poderão também participar da licitação isoladamente, nem através de mais de um Consórcio.

VI – as empresas consorciadas responderão solidariamente pelos atos praticados em Consórcio, tanto na fase da licitação quanto na execução do contrato.

VII – a empresa vencedora isoladamente ou participando de Consórcio não poderá realizar operações de transformação societária, fusão, cisão e incorporação, até a aceitação definitiva das obras, salvo com prévia e expressa anuência formal da Contratante. O Consórcio vencedor ficará obrigado a promover a constituição e o registro do Consórcio no Cartório de Registros no qual esteja localizada a sede da empresa líder, antes da celebração do Contrato, e não poderá ter sua constituição ou sua composição alterada, salvo prévia e expressa anuência do CONTRATANTE.”

A previsão editalícia pela alteração da constituição do **consórcio exige a prévia anuência do Contratante**, razão por que caberá à Administração decidir pela possibilidade de atendimento ao pleito do Consórcio Rio Negro.

Para decidir, reiterando o que se disse antes, a Administração deverá demonstrar que os requisitos de habilitação exigidos no edital estão rigorosamente atendidos.

Inicialmente, a intenção de não mais prosseguir na execução do objeto está demonstrada pelo documento de Instrumento de Distrato acostado pela Construtora Camargo Corrêa, onde se lê na Cláusula Primeira, que a empresa *“Construbase expressamente declara e consente com a sua retirada do CONSÓRCIO e, em consequência, com a sua desconstituição a partir da data de assinatura do presente Instrumento.”* No preâmbulo do referido instrumento, prevê-se que a empresa Construtora Camargo Corrêa atende, isoladamente, às condições de habilitação e qualificação exigidas no edital, *“de modo que não estará prejudicada, em nenhum aspecto, a execução do **CONTRATO**”*.

Tendo como paradigma o **Acórdão nº 634/2007-TCU-Plenário**, que estendeu o balizamento para casos de cisão, incorporação e fusão, a situações da espécie aqui tratada:

“8. Naquela oportunidade, ao acolher a proposta do relator Ministro Augusto Nardes, resolveu o Colegiado admitir essa substituição desde que:

a) o Edital não vedasse expressamente;

b) fossem atendidos pela nova empresa os requisitos de habilitação de que trata o art. 27 da Lei n. 8.666/93, originalmente exigidos;

c) fossem mantidas todas as condições estabelecidas no contrato original;

d) não houvesse prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e

e) houvesse expressa autorização da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para continuidade do contrato.”

O enunciado na citada manifestação se coaduna com as preliminares considerações feitas por esta PGE em reunião realizada com o órgão Consulente e os Representantes do Consórcio, na presença do Senhor Procurador-Geral, corroborada neste Parecer, de sorte que restará a verificação do preenchimento dos pressupostos mencionados.

Importa realçar que o Parecer Jurídico juntado aos autos reafirma, no item 9, que a Construtora Camargo Corrêa atende, isoladamente, às condições de habilitação. Compulsando os documentos referentes à qualificação econômico-financeira e ao preenchimento do capital social, dá-se pelo atendimento às exigências. Assinalo, no entanto, que o índice de liquidez, atualmente em 1,5, o que, em tese não atenderia o edital, à época da licitação foi observado pelas componentes do Consórcio. Para justificar, a empresa esclareceu que tal se deu em face do elevado volume de investimentos feitos pelo Poder Público que redundou em iguais investimentos pelas sociedades mercantis da construção civil, e que essa alteração refletiu nas empresas de um modo geral nesse mercado, o que não lhe retira a solidez financeira.

Acerca deste aspecto, não obstante tenha como razoável a afirmativa, para segurança da Consulente, proponho a análise por um profissional de contabilidade, para confirmação, especialmente se considerarmos que grande parte do objeto já foi realizado.

Relevante justificativa para a dissolução do consórcio fixa-se nos atrasos de pagamento superiores a 90 dias, o que tem causado prejuízos à empresa Construbase. Nesse sentido, entendo que a

argumentação exarada, se confirmada pela Administração, pode ser plenamente aceita, uma vez que, sabe-se ser esta causa para o pedido de rescisão da Contratada. Neste momento, não é possível a manifestação dos fatos concretos por não existirem elementos nos autos a confirmar. No entanto, é de se reconhecer que a manutenção do contrato nas condições inicialmente pactuadas poderia ensejar prejuízos muito maiores ao Estado, dada a possibilidade de descumprimento das obrigações assumidas pela empresa Construbase. Portanto, diante de tais justificativas fica afastada qualquer ilação de comportamento de má-fé por parte das Contratadas.

A habilitação técnica, comprovada pelos atestados apresentados, preenche os requisitos editalícios. Quanto à habilitação jurídica e à regularidade fiscal, estas devidamente comprovadas à época do certame, **opino pela comprovação da manutenção**, com a exibição de **documentos atualizados** a exemplo das certidões negativas.

Sobreleva dizer que a comprovação das condições técnico-operacionais, conforme documentos juntados no Anexo I, também entendo ser necessário recomendar o exame por um profissional de engenharia, eis que o assunto refoge à competência jurídica desta parecerista.

Por toda a argumentação defendida, posiciono-me pela possibilidade de alteração da composição do Consórcio Rio Negro, impondo-se, por necessário, a análise de alguns pontos técnicos referentes à situação fática, alheios à área jurídica, para fins de ratificação do cumprimento das condições editalícias.

É o parecer, que levo à consideração do Senhor Procurador-Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PGE, em Manaus, 3 de maio de 2010.

HELOYSIA SIMONETTI TEIXEIRA

Procuradora do Estado

Chefe da Procuradoria Administrativa

PROCESSO Nº 2008/2010-PGE

INTERESSADA: Secretaria Executiva do Conselho de Desenvolvimento Sustentável da Região Metropolitana de Manaus.

ASSUNTO: Consulta atinente à alteração do consórcio de empresas contratadas para a construção da Ponte sobre o Rio Negro.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 74/2010-PA/PGE, da Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, Dra. Heloysa Simonetti Teixeira.

DEVOLVAM-SE os autos à SRMM, via ofício.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 3 de maio de 2010.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 2097/2010 – PGE**INTERESSADOS:** SUSAM/SPA São Raimundo**ASSUNTO:** Jornada de trabalho de plantonistas. Consulta.**PARECER Nº 255/10-PPE/PGE****JORNADA DE TRABALHO DE MÉDICOS PLANTONISTAS.
CONSULTA.**

- De acordo com o inciso XVIII do artigo 109 da Constituição Estadual, a jornada de trabalho cumprida em regime de plantão não pode exceder 12 horas diárias.

- Uma vez que até a presente data a determinação contida no § 3º do artigo 109 da CE não foi cumprida, aplica-se aos Médicos Plantonistas, para efeito de duração da jornada de trabalho semanal, a regra geral de 44 horas semanais prevista tanto na Constituição Federal quanto na Carta Estadual.

Senhora Procuradora-Chefe

Trata-se de consulta proferida pelo Diretor Geral do SPA São Raimundo, através do Ofício nº 125/10-DG SPASR, em que indaga acerca da carga horária dos servidores plantonistas nos meses de 31 (trinta e um) dias.

Afirma que a Lei nº 3469/2009 estabeleceu, em seu Anexo IV, a carga horária dos servidores em “30 horas semanais e/ou de acordo com o que estabelecer a legislação específica da área de formação” e que os servidores plantonistas daquela Unidade estariam cumprindo 120 horas mensais, mas que nos meses de 31 (trinta e um) dias, haveria um grupo com carga mensal de 132 (cento e trinta e duas) horas/mês.

É o Relatório. Passo a opinar.

No § 3º de seu artigo 39, a Constituição Federal assim estabelece:

“§ 3º - Aplica-se aos servidores **ocupantes de cargo público** o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, **XIII**, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo exigir.” (grifei)

O referido inciso XIII do artigo 7º da Carta da República dispõe:

“XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.”

A Constituição Estadual, por sua vez, tratou do assunto no inciso XVIII de seu artigo 109, nos seguintes termos:

“XVIII – nenhum **servidor ou empregado público** prestará jornada de trabalho superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, **exceto quando em plantão, caso em que a duração do trabalho não excederá a doze horas, atendendo ao disposto no § 3º, deste artigo.**” (grifei).

O § 3º do artigo 109 tem a seguinte redação:

“§ 3º - A lei disporá sobre a condição de trabalho especial de que trata o inciso XVIII, deste artigo.”

Diante desse quadro, é preciso, em primeiro lugar, separar as três principais categorias de servidores existentes no âmbito da Administração Pública Estadual: a dos servidores estatutários titulares de cargo público, a dos empregados públicos regidos pela CLT e a dos contratados em regime temporário, regidos pela Lei nº 2.607/2000.

Quanto aos servidores estatutários que exercem suas atividades em regime de plantão, a Constituição Estadual limitou-se a fixar a jornada diária máxima de 12 horas, deixando para o legislador infraconstitucional a tarefa de dispor sobre essa condição de trabalho, tida por “especial”.

A Lei nº 3469/2009 limitou-se a estabelecer carga horária semanal de 30 (trinta) horas, nada referindo acerca da carga horária mensal. De tal sorte, considerando que as semanas são absolutamente iguais durante todo o ano e não há parâmetro fundamentado em carga horária mensal estipulada pelo legislador, não haverá qualquer diferença entre os meses de 28 (vinte e oito), 30 (trinta) ou 31 (trinta e um) dias.

Tem-se, assim, como únicas regras previstas a respeito do assunto a de que a jornada diária do plantonista titular de cargo público não pode ultrapassar 12 horas e a semanal do servidor público listado pelo Anexo IV da Lei nº 3469/2009, 30 (trinta) horas.

Feitas essas considerações iniciais, é necessário esclarecer neste momento que, ao contrário do que entendeu o Nobre Consulente, a Lei nº 3469/2009, que aprovou o PLANO DE CARGOS, CARREIRAS E REMUNERAÇÃO dos servidores do Quadro de Pessoal Permanente do Sistema Estadual de Saúde, **NÃO** pode ser aplicado aos Plantonistas, sejam eles estatutários ou não, uma vez que ali está fixada a duração das jornadas semanais dos servidores titulares de cargo público cumpridas em regime normal, ou seja, o diploma não cuida da jornada cumprida em regime de plantão.

Como reforço a essa tese, transcrevo a motivação do ato em questão: “**INSTITUI** o PLANO DE CARGOS, CARREIRAS E REMUNERAÇÃO dos Servidores do Quadro de Pessoal Permanente do Sistema Estadual de Saúde e dá outras providências”. Ora, se a Lei nº 3469/2009 tivesse por conteúdo a regulamentação do § 3º do artigo 109 da CE, tal dispositivo teria servido de fundamento para o ato e sua ementa mencionaria essa finalidade. Como nem uma nem outra coisa ocorreu, não há que se falar em aplicação das regras ali contidas aos servidores que cumprem jornada de trabalho em regime de plantão.

Como deve ser estabelecida, então, a escala de plantões desses servidores?

A questão dos servidores estatutários já foi definida por esta Especializada, através do Parecer nº 196/04-PPE/PGE, da lavra da Procuradora do Estado, Dra. Isabela Peres Russo, conforme se transcreve a seguir:

“Penso que, na ausência de norma que fixe a jornada semanal ou mensal dos Médicos Plantonistas, deve ser aplicada a regra geral imposta pela Constituição Federal e Estadual a respeito da duração máxima da jornada de trabalho semanal dos servidores públicos.

Considerando que as Cartas estabelecem para os servidores estatutários uma jornada semanal máxima de 44 horas semanais, o que, via de consequência, faz com que a jornada máxima mensal seja de 176 horas (44 x 4), entendo que enquanto a norma mencionada no § 3º do artigo 109 da CE não for editada, os Médicos Plantonistas devem cumprir jornadas diárias de no máximo 12 horas, respeitados os limites semanal e mensal acima referidos.

Dessa forma, a Administração não poderia estabelecer escala de Médicos Plantonistas que contemplassem o

cumprimento de mais de 3 plantões de 12 horas diárias por semana, o que totaliza 36 horas semanais, sob pena de extrapolar o máximo de 44 horas fixado tanto pela Constituição Federal quanto pela Estadual.

Tendo isso como parâmetro, não importaria para efeito de estabelecimento da escala de Médicos Plantonistas a quantidade de dias do mês, se trinta ou trinta e um, pois em ambos os casos os servidores estariam cumprindo jornada mensal de 144 horas (36 x 4), que é inferior à de 176 horas estabelecida como máximo pelas Cartas da República e do Estado.

Quanto ao período de descanso a ser estabelecido entre um plantão e outro, mais uma vez tenho de chamar atenção para o fato de que inexistente norma estatutária disciplinando o assunto. Entendo, por isso, que pode ficar a critério da chefia da unidade de saúde estabelecer o revezamento dos Médicos Plantonistas, podendo ser utilizada, pelo menos a título de ilustração, no que couber, as regras no Decreto nº 20.275, de 27 de agosto de 1999, que dispõe sobre a jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas estaduais.

De tal sorte, conclui-se:

- 1) Até a presente data não foi editada a norma de que trata o § 3º do artigo 109 da Constituição Estadual;
- 2) A Lei nº 3469/2009 **não** é aplicável aos servidores que cumprem jornada em regime de plantão, pois cuida somente das jornadas de trabalho cumpridas de forma normal;
- 3) A duração da jornada diária do plantonista, portanto, é de no máximo 12 horas, nos termos do inciso XVIII do artigo 109 da CE;
- 4) Não havendo sido editada norma disciplinando a jornada de trabalho cumprida em regime de plantão, aplica-se, para efeito de duração da jornada semanal, a regra geral de 44 horas semanais prevista tanto na Constituição Federal quanto na Estadual;
- 5) Como também não há previsão legal a respeito do intervalo mínimo de descanso entre um plantão e outro, pode ser aplicada aos plantonistas, a critério da chefia da unidade de saúde a que estão vinculados, as regras do Decreto nº 20.275/99, no que couber.

É o Parecer, que ora submeto à superior consideração.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO – PPE/PGE, em Manaus -AM, 10 de agosto de 2010.

TATIANNE VIEIRA ASSAYAG TOLEDO

Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 2097/10-PGE

INTERESSADOS: SUSAM/SPA São Raimundo

ASSUNTO: Jornada de trabalho dos plantonistas. Consulta.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 255/10-PPE/PGE, lavrado pela Procuradora Tatianne Vieira Assayag Toledo.

Nada havendo a acrescentar, encaminhe-se à superior consideração do Senhor Subprocurador-Geral-Adjunto/Seção II.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em Manaus, 12 de agosto de 2010.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES

Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 2097/10-PGE

INTERESSADOS: SUSAM/SPA São Raimundo

ASSUNTO: Jornada de trabalho dos plantonistas. Consulta.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 255/10-PPE/PGE, lavrado pela Procuradora Tatianne Vieira Assayag Toledo, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário, Ana Eunice Carneiro Alves.

Sejam os autos devolvidos à SUSAM, observado o disposto no item II da Portaria n. 102/2007-GPGE, de 21 de dezembro de 2007.

SEÇÃO II/SUBGAD/PGE, em Manaus, 13 de agosto de 2010.

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO

Subprocurador-Geral-Adjunto do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 3833/10 – PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado de Administração e Gestão.
ASSUNTO: Enquadramento. Aplicabilidade das Leis nºs 3.503/10 e 3.510/10. Consulta.

PARECER Nº 222/10-PPE/PGE**ENQUADRAMENTO. ESTABILIDADE.**

- Gozam da estabilidade excepcional do artigo 19 do ADCT da Carta Federal, os servidores estaduais que contavam, em 05 de outubro de 1988, com pelo menos cinco anos continuados de serviço público, se admitidos sem exibição de aprovação em concurso público.

- Nos termos fixados pelas Leis nº 3.503/10 e 3.510/10, além dos servidores titulares de cargo em decorrência de aprovação em concurso público, somente poderão ser enquadrados nos cargos constantes dos seus Anexos I os servidores titulares de cargo efetivo que gozem da estabilidade excepcional de que cuidou o art. 19 do ADCT (aqueles que tenham ingressado no serviço público até 05.10.83) e tenham sido transpostos para o regime estatutário até 05.10.88. Interpretação dos arts. 29 da Lei 3.503/10 e 31 da Lei nº 3.510/10.

- De acordo com o que estabelecem, respectivamente, os arts. 30 e 33 das mesmas Leis, os vencimentos a serem pagos aos servidores que passarão a compor o Quadro Adicional deverão corresponder aos atribuídos à Classe e Referência inicial do cargo equivalente, pelo que, para esse fim, o tempo de serviço que o servidor possui haverá de ser desconsiderado.

Senhor Subprocurador-Geral-Adjunto/Seção II:

Em face do que estabeleceram as Leis nº 3.503, de 12 de maio de 2010, que institui o Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos Servidores da Secretaria de Estado de Produção Rural e do Instituto de Desenvolvimento Agropecuário e Florestal Sustentável, e 3.510, de 21 de maio de 2010, que institui o Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos Servidores da Administração Direta, Fundações e Autarquias do Governo do Estado do Amazonas, pediu a Chefe do Departamento de Gestão e Pessoas

da SEAD, à Titular daquele Órgão, formular a esta Procuradoria Geral as seguintes indagações:

- “1. Os servidores admitidos sem concurso e enquadrados no Regime Estatutário através de Decretos e Portarias até 1988, podem ser considerados do Quadro Efetivo?
2. Os integrados em 1993, 1994 e outros podem ser considerados Quadro Adicional conforme preconiza a Lei nº 3.510, de 21 de maio de 2010 e 3.503, de 12 de maio de 2010?”

Os autos vieram ao exame desta PGE por solicitação da Secretária de Estado de Administração e Gestão.

É o relatório.

Quanto ao primeiro questionamento, que diz respeito à situação funcional dos servidores transpostos para o regime estatutário por meio de Decretos anteriores a 05.10.88, necessário registrar o seguinte.

Por meio do Parecer nº 141/96 – PPE/PGE, V. Exa. firmou o seguinte entendimento acerca da matéria de fundo aqui tratada:

“Permito-me agora enfrentar a questão de definir se os servidores enquadrados são, ou não, titulares de cargos de provimento efetivo, posta com a segurança usual e reconhecida pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Jurídica do IPAAM. Faço-o para considerar, em primeiro lugar, que a Constituição Federal não oferece dificuldade qualquer à aceitação da tese de que efetividade e estabilidade são institutos que não se confundem, não constituindo pressuposto necessário uma da outra. Bem por isso que o art. 37, II da Carta exige a aprovação em concurso público para a titularidade, em caráter efetivo, de cargo público e o art. 41, também da parte permanente da Lei-Mãe, diz estáveis os nomeados assim 'após dois anos de efetivo exercício' [A EC nº 19/97 deu nova redação ao art. 41, determinando agora que o período de estágio probatório será de três, e não mais dois anos, como à época em que o Parecer foi lavrado]. Possível, então, por esse conjunto de regras, ser o servidor efetivo e não estável, justo enquanto não completar o que no plano infra-constitucional se

denomina de estágio probatório. Mas estável não haverá que não efetivo.

Já no âmbito das disposições transitórias, a Constituição, reeditando modelo de tradição, garantiu a estabilidade excepcional a quantos contassem, na data da promulgação, com pelo menos cinco anos continuados de serviço público, desde que o ingresso não se tivesse operado por via de aprovação em concurso público”.

A primeira conclusão que firmo, então, é no sentido de que os servidores integrados no regime estatutário por meio dos Decretos 9.992/87 a 11.452/88, elencados às fls. PGE-06/07, são efetivos não concursados, vez que a Lei transformou seus empregos em cargos públicos permanentes, integrando-os, assim, ao regime estatutário.

É que, no âmbito estatutário, onde não há empregos, os cargos classificam-se em duas espécies: de provimento efetivo e de provimento em comissão, exclusivamente, caracterizando estes últimos a livre nomeação e exoneração, o que se compadece com a definição do inciso II do art. 37 da Carta. Assim, integrados que foram no regime estatutário, por transformação de seus empregos em cargo público, aqueles servidores passaram a ostentar a condição de efetivos.

Necessário destacar, de outro ponto, que o art. 19 do ADCT garantiu estabilidade excepcional a quantos contassem, na data da promulgação da Carta, com pelo menos cinco anos continuados de serviço público, desde que o ingresso não se tivesse operado por via de aprovação em concurso público.

Definida essa questão, passo ao exame dos dispositivos das Leis nº 3.503/10 e nº 3.510/10 que interessam ao caso concreto destes autos. Vejamos, então.

LEI Nº 3.503, DE 12 DE MAIO DE 2010

“Art. 29. Os servidores constantes dos Decretos, Portarias e outros Atos Governamentais de enquadramento, que não estejam abrangidos pela Regra Constitucional, não serão enquadrados nos cargos constantes deste PCCR, permanecendo os mesmos em Quadro Adicional, nos mesmos cargos atualmente por estes ocupados, sendo extintos à medida que vagarem.

Art. 30. A Remuneração dos servidores constantes dos

Decretos, Portarias e outros Atos Governamentais, citados no artigo anterior, será equivalente à praticada neste PCCR, tendo como base a Classe e a Referência inicial do cargo equivalente.

Parágrafo único. Fica assegurada aos servidores a que se refere o caput deste artigo a qualidade de beneficiários do Programa de Previdência estabelecido pela Lei Complementar nº 30, de 27 de dezembro de 2001, na condição de segurados.”

LEI Nº 3.510, DE 21 DE MAIO DE 2010

“Art. 31. Os servidores constantes dos Decretos, Portarias e outros Atos Governamentais de enquadramento, que não estejam abrangidos pela Regra Constitucional, não serão enquadrados nos cargos constantes deste PCCR, permanecendo os mesmos em Quadro Adicional, nos mesmos cargos atualmente por estes ocupados, sendo extintos à medida que vagarem.

Art. 33. A Remuneração dos servidores constantes dos Decretos, Portarias e outros Atos Governamentais, citados no artigo 31, será equivalente à praticada neste PCCR, tendo como base a Classe e a Referência inicial do cargo equivalente.

Parágrafo único. Fica assegurada aos servidores a que se refere o caput deste artigo a qualidade de beneficiários do Programa de Previdência estabelecido pela Lei Complementar nº 30, de 27 de dezembro de 2001, na condição de segurados”.

Embora a redação dos arts. 29 da Lei nº 3.503/10 e 31 da Lei nº 3.510/10 acima transcritos não primem pela boa técnica, penso que ao utilizar a expressão “os servidores que não estejam abrangidos pela Regra Constitucional não serão enquadrados...”, quis o legislador referir-se aos que, embora titulares de cargo efetivo, não foram beneficiados pela regra do art. 19 do ADCT e hajam sido transpostos para o regime estatutário após 05 de outubro de 1988. Em outras palavras, além dos servidores titulares de cargo de provimento efetivo por haverem sido aprovados em concurso público, somente poderão ser enquadrados nos cargos constantes dos Anexos I das citadas Leis os titulares de cargo efetivo que gozem da estabilidade excepcional de que cuidou o art. 19 do ADCT (aqueles que tenham ingressado no serviço público até

05.10.83) e tenham sido transpostos para o regime estatutário até 05.10.88.

Necessário esclarecer, por oportuno, que as disposições legais antes transcritas não têm pretensão constitutiva da situação funcional dos servidores titulares que não serão transpostos para os cargos do Quadro Permanente, por haverem sido integrados no regime estatutário após 05.10.88. A Lei preservou-lhes o regime jurídico e a situação funcional já existente, a significar que tais servidores continuarão titulares dos cargos de provimento efetivo que hoje ocupam. O que a Lei não lhes assegurou foi o direito de integrarem a carreira própria, mediante transposição para os novos cargos, buscando evitar, assim, a configuração de provimento derivado, banido pela Carta de 88.

De outro lado, a Lei assegurou a esses servidores o direito à percepção dos novos vencimentos fixados nos Anexos II, *tendo como base a Classe e a Referência inicial do cargo equivalente*. É o que estabelecem os arts. 30 da Lei nº 3.503/10 e 33 da Lei nº 3.510/10.

Diante de todo o exposto, respondo afirmativamente à primeira indagação, concluindo no sentido de que, em razão do que estabelecem os arts. 29 e 31, respectivamente, das Leis 3.503/10 e 3.510/10, poderão ser enquadrados nos cargos do Quadro Permanente os servidores que tenham ingressado no serviço público até 05.10.83, e tenham sido transpostos para o regime estatutário até 05.10.88.

Quanto aos que houverem sido transpostos para o regime estatutário após 05.10.88, passarão a integrar o Quadro Adicional definido pelo art. 4º, XXII¹, das mesmas Leis, pelo que os vencimentos a serem pagos a tais servidores deverão corresponder, na forma determinada pelos art. 30 e 33 daqueles diplomas legais, aos atribuídos à Classe e Referência inicial do cargo equivalente. De conseqüência, para esse fim, o tempo de serviço que o servidor possui haverá de ser desconsiderado.

¹ Art. 4º - (...)

XXII – QUADRO ADICIONAL – é o conjunto de cargos oriundos de Decretos, Portarias e outros Atos Governamentais de enquadramento efetuado pelo Governo do Estado do Amazonas.

É o parecer, s.m.j.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO –
PPE/PGE**, em Manaus, 06 de julho de 2010.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 003833/2010-PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado de Administração e Gestão.

ASSUNTO: Enquadramento com base nas Leis 3.503/10 e 3.510/10.

DESPACHO:

Averbo suspeição, por motivo de foro íntimo, à vista do que encaminho os autos à superior e sempre sábia apreciação do nobilíssimo Procurador-Geral do Estado.

SEÇÃO II/SUBGAD/PGE, em Manaus, 7 de julho de 2010.

LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA
Subprocurador-Geral-Adjunto do Estado

PROCESSO Nº 003833/2010-PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado de Administração e Gestão.

ASSUNTO: Enquadramento com base nas Leis 3.503/10 e 3.510/10.

DESPACHO:

APROVO o Parecer n. 222/2010-PPE/PGE, da Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário, Dra. Ana Eunice Carneiro Alves.

DEVOLVAM-SE os autos à SEAD, via ofício.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 9 de julho de 2010.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N.º 1628/2010 – PGE**INTERESSADA:** Cecília de Lima Borges**ASSUNTO:** Licença para exercer mandato sindical.**PARECER N.º 121/10-PPE/PGE****LICENÇA PARA DESEMPENHO DE MANDATO CLASSISTA. LEI N.º 2709/2001.**

- De acordo com a Lei n.º 2709/2001, o servidor público estadual tem direito a afastar-se de suas atribuições para o exercício de cargo de direção no âmbito de Associação ou Sindicato representativo de sua categoria, devendo esta ser entendida como a categoria à qual pertence no âmbito do Serviço Público Estadual.

Senhora Procuradora-Chefe

Em Assembléia Geral do Sindicato dos Profissionais de Enfermagem do Amazonas – SINPEAM, ocorrida a 30 de dezembro de 2006, foram eleitos Diretoria e Conselho Fiscal, para mandato de três anos, de dezembro de 2006 a dezembro de 2009 (fls. PGE-25/27).

A Interessada foi eleita Diretora Financeira (Tesoureira) do referido Sindicato, havendo a Administração, por isso, autorizado seu afastamento pelo período de 20 meses e 13 dias, a contar de 17 de abril de 2008 (Decreto de 13 de agosto de 2008 – fl. PGE-29).

No dia 6 de novembro de 2009, foi realizada Assembléia Geral Extraordinária em que a Diretoria e o Conselho Fiscal então atuantes foram reeleitos, para novo mandato de três anos (fls. PGE-56/61), razão pela qual o SINPEAM pediu a prorrogação do afastamento da Interessada (fl. PGE-11).

Vieram os autos a esta PGE, para exame e parecer, a pedido da Consultoria Técnico-Legislativa da Casa Civil (fls. PGE-63/65).

É o Relatório. Passo a opinar.

Assim estabelece a Lei n.º 2709, de 27 de dezembro de 2001, em seu artigo 1.º:

“Art. 1.º - É assegurado ao servidor o direito a licença para o desempenho de mandato em associação de classe ou sindicato representativo de sua categoria, com a remuneração do cargo efetivo, observados os seguintes princípios:

I - somente poderão ser licenciados servidores eleitos para cargos de direção em associação de classe ou sindicato, até o máximo de três por entidade;

II - a licença terá duração igual à do mandato, podendo ser prorrogada, no caso de reeleição, e por uma única vez;

III - o tempo de serviço do servidor estável afastado na hipótese do caput deste artigo será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;

IV - a contagem do tempo de serviço do servidor não-estável afastado na hipótese do caput deste artigo será interrompida, reiniciando-se quando do retorno às suas atividades funcionais.” (grifei).

Como se vê, a Lei nº 2709/2001 assegura o afastamento do servidor público estadual para desempenho de mandato classista no âmbito de associação de classe ou sindicato representativo de sua categoria, com as vantagens financeiras do cargo de que é titular, na hipótese de eleição para cargos de direção. A Lei autoriza também a prorrogação do afastamento, por uma única vez, no caso de reeleição.

Como se trata da primeira prorrogação do mandato da Diretoria do SINPEAM, da qual faz parte a Diretoria Financeira (fl. PGE-39), não vislumbro óbice para o deferimento do pedido.

Diante do exposto, opino pelo **deferimento** do pedido de prorrogação do afastamento.

É o Parecer.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO – PPE/PGE, em Manaus -AM, 16 de abril de 2010.

ISABELA PERES RUSSO ANDRADE

Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 1628/2010-PGE

INTERESSADA: Cecília de Lima Borges.

ASSUNTO: Afastamento de servidor para desempenho de mandato de representação classista. Prorrogação de licença.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 121/10-PPE/PGE, por meio do qual a Procuradora Isabela Peres Russo Andrade conclui, nos termos do que dispõe a legislação de regência, pela possibilidade jurídica de deferimento do pedido de prorrogação da licença concedida à servidora, vez que reeleita para cargo de direção em Sindicato representativo de sua categoria profissional.

À superior consideração do Senhor Subprocurador-Geral-Adjunto/SeçãoII.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUÁRIO/PGE, em Manaus, 19 de abril de 2010.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES

Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 1628/2010-PGE

INTERESSADA: Cecília de Lima Borges.

ASSUNTO: Exercício de mandato sindical: prorrogação de licença.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 121/10-PPE/PGE, da lavra da eminente Procuradora Isabela Peres Russo Andrade, convenientemente acolhido pela culta Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário, doutora Ana Eunice Carneiro Alves, favorável à prorrogação da licença da interessada para exercer mandato sindical para o qual foi reeleita.

Sejam os autos encaminhados ao nobilíssimo Secretário de Estado Chefe da Casa Civil, observado o disposto no item II da Portaria nº 102/2007-GPGE, de 21 de dezembro de 2007.

SEÇÃO II/SUBGAD/PGE, em Manaus, 20 de abril de 2010.

LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA

Subprocurador-Geral-Adjunto do Estado

***TRABALHOS
FORENSES***

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

PROCESSO Nº 001.07.003911-0/001

ESTADO DO AMAZONAS, devidamente qualificado nos autos do processo em referência que move em face de **DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO** e **COMÉRCIO DE PETRÓLEO E REPRESENTAÇÕES LTDA – COPERE** comparece respeitosamente perante Vossa Excelência para interpor **APELAÇÃO**, nos termos do art. 513 e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro, assim como pelos motivos de fato e de direito aduzidos nas razões em anexo.

Assim, recebida e autuada esta, requer-se a Vossa Excelência que intime a parte contrária para, querendo, ofereça as contrarrazões com o posterior encaminhamento dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Nestes termos, pede deferimento.

Manaus, 13 de julho de 2009.

EVANDRO EZIDRO DE LIMA REGIS
Procurador do Estado do Amazonas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS.

RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO QUE FAZ ESTADO DO AMAZONAS, NOS AUTOS DE EMBARGOS À EXECUÇÃO, PROCESSO Nº. 001.07.003911-0/001 EM QUE CONSTAM COMO EMBARGADOS, ORA RECORRIDOS DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO e COMÉRCIO DE PETRÓLEO E REPRESENTAÇÕES LTDA – COPERE DIRIGIDAS AO COLENDO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS.

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,
Ilustres Desembargadores Relator e Revisor.

Não é digna de confirmação, *concessa venia*, a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual que beneficiou direta e injustamente o Senhor DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO, em valores da ordem de R\$ 116.000.000,00 (cento e dezesseis milhões de reais), dando-lhe, ainda, área de aproximadamente 300.000,00 m² (trezentos mil metros quadrados) do patrimônio público do Estado do Amazonas.

Com efeito, consoante se demonstrará no decorrer destas razões, Vossas Excelências verificarão que a matéria posta nos embargos à execução é bastante clara e objetiva, apontando para vários desacertos da decisão, inclusive com a antecipação do suposto crédito do Apelado Djalma de Souza Castelo Branco para fins de quitação de dívidas de terceiros, ainda que não transitada em julgado a sentença de que ora se recorre.

1 – TEMPESTIVIDADE.

Contra a decisão que ora se recorre, o Estado do Amazonas ingressou com embargos de declaração, parcialmente provido, cuja decisão foi **disponibilizada** no Diário Oficial Eletrônico de **19/06/2009 - sexta-feira** -, publicada no dia **22/06/2009** e, portanto, iniciando o prazo recursal em **23/06/2009 - terça-feira**.

O Estado do Amazonas, na forma prevista no art. 188 do Código de Processo Civil Brasileiro, possui prazo em dobro para recorrer, daí porque o prazo final para interposição do presente Recurso de Apelação Cível é o dia **22/07/2009**, impondo-se o reconhecimento de sua tempestividade.

2 – DA SÍNTESE FÁTICA.

Djalma de Souza Castelo Branco, como suposto sucessor de COMÉRCIO DE PETRÓLEO E REPRESENTAÇÕES LTDA, iniciou procedimento de execução de sentença que julgou procedente a ação por desapropriação indireta movida exclusivamente por **COPERE – COMÉRCIO DE PETRÓLEO E REPRESENTAÇÕES LTDA**, CNPJ 04.559.415/0001-50, contra o então **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO AMAZONAS – DER-AM**, processo n° 294/1989, posteriormente inserido no SAJ sob o n° 001.07.003911-0.

Citado para opor embargos à execução, na forma do art. 730 do CPC, o Estado do Amazonas opôs à execução por meio dos respectivos embargos, cujo feito tomou o n° 001.07.003911-0/001 no qual ora se apela.

Antes de entrar nos argumentos contidos nos Embargos à

Execução opostos pelo Estado do Amazonas, cumpre salientar, em relação à ação ordinária por desapropriação indireta, em que eram partes COMÉRCIO DE PETRÓLEO E REPRESENTAÇÕES LTDA – COPERE e DEPARTAMENTO ESTADUAL DE ESTRADAS DE RODAGEM DO AMAZONAS – DER-AM que, contra a decisão que julgou procedente a ação e, por consequência, que condenou o DER-AM ao pagamento dos 282.300,00 m² de área referente a três imóveis que possuía, foi interposta apelação, conforme constam às fls. 148/150 dos autos principais.

De se salientar, também, que o acórdão de fls. 174, manteve a sentença na íntegra, tendo sido publicado no dia **07/11/1997**, data em que o Réu, **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO AMAZONAS – DER-AM**, já estava extinto, fato de suma relevância para entendimento das teses esposadas pelo Estado do Amazonas em relação à argumentação de que existiram vícios na publicação do acórdão que não permitiram que aquela decisão transitasse em julgado e, por consequência, permitisse a interposição dos recursos Especial e Extraordinário contra a decisão de mérito na ação por desapropriação.

3 – DA ESTRUTURAÇÃO DO PRESENTE RECURSO DE APELAÇÃO EM FACE DA QUANTIDADE DE VÍCIOS DEMONSTRADOS E NÃO ACATADOS.

Muitos são os argumentos, de fato e de direito, opostos pelo Estado do Amazonas contra as pretensões do Senhor DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO.

Justo por isso, na presente Apelação, o Estado do Amazonas transcreverá, para melhor compreensão das questões, os argumentos expendidos nos embargos e, ato contínuo, a tese esposada pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual para rejeitar dita pretensão e, óbvio, o desacerto da decisão.

4 – ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DE DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO PARA EXECUÇÃO DE VERBA HONORÁRIA.

Em sede de preliminar, nos Embargos à Execução, o Estado do Amazonas arguiu a ilegitimidade de DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO para executar a verba honorária de sucumbência fixada na decisão que julgou procedente a ação por desapropriação indireta movida pela COPERE contra o DER-AM.

Isto porque, dentre as condições da ação se insere a legitimidade ativa “ad causam”. No dizer de Luiz Guilherme Marinoni

e Sérgio Cruz Arenhart¹, diante do teor do art. 6.º do CPC, “somente tem legitimidade para a causa, na qualidade de autor, aquele que se diz titular do direito material, podendo ser réu apenas aquele que, no plano do direito material, tem a obrigação correspondente ao direito material afirmado na petição inicial”.

Nesse sentido, portanto, o Apelado, Djalma de Souza Castelo Branco, não poderia, como o fez, pleitear, em nome próprio, verba honorária que não lhe pertence, porquanto decorrente de sucumbência, fixada na forma do art. 20 do CPC.

Tentando se manifestar sobre a preliminar, o Juiz prolator da decisão disse, simplória e descabidamente, que:

“É cediço no Superior Tribunal de Justiça que a verba honorária do Advogado pode ser executada concorrentemente (REsp nº 191.378/MG; REsp nº 252.141/DF, REsp 304.564/MS e REsp 915163/RS)”.

Como se percebe pela humilde fundamentação do Juízo, a alegação do Estado do Amazonas não foi enfrentada, posto que não se questionou se a possibilidade de execução simultânea ou concorrente, se questionou a legitimidade de se executar a verba honorária, em nome próprio, pertencente ao advogado.

Com efeito, segundo consta da escritura pública de fls. 184, por meio da qual Djalma de Souza Castelo Branco iniciou a execução dos supostos “créditos” da empresa COPERE – COMÉRCIO DE PETRÓLEO E REPRESENTAÇÕES LTDA, esta cede e transfere seus créditos, não o podendo fazer, como efetivamente não o fez, em relação à verba honorária do advogado da Autora, COPERE.

O Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei Federal nº. 8.906/1994, estabelece em seu art. 23 o seguinte:

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor. (destacamos).

¹ Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47.

Portanto, não está incluído na escritura de fls. 184, nem mesmo de forma tácita, que os honorários de sucumbência fixados na sentença exequenda foram cedidos e/ou transferidos, eis que não pertencem ou jamais pertenceram à empresa COPERE.

Mesmo após ser instigado pelos embargos declaratórios, o Juiz Prolator da decisão não enfrentou o tema, afirmando que:

“Pois bem. Quanto a temas tais como ilegitimidade de DJALMA DE SOUZA para promover a Execução, tanto da Indenização pela desapropriação quanto dos honorários, bem como o respectivo prazo de prescrição, nada tenho a dizer, pois já se encontram devidamente analisados na sentença”.

É evidente o equívoco do Magistrado, posto que nada disse, no que concerne ao tema ilegitimidade ativa do Apelado para executar a verba honorária, vez que a manifestação do Juízo foi sobre possibilidade de cobrança concorrente das verbas, principal e acessória de honorários, mas nada sobre ilegitimidade.

Em assim agindo, isto é, não se manifestando sobre o tema constante dos embargos à execução e dos respectivos embargos de declaração, houve a clara e inequívoca violação ao devido processo legal (CF art. 5º, LIV), bem como ao art. 93, X, também da CF/88 e ao art. 458, II do CPC, por falta de fundamentação e, por fim, nesse tópico, art. 535, I e II do CPC, pelo que, desde já, se prequestiona para os fins legais.

Em face do exposto, especificamente sobre a inclusão de verba honorária na execução, no valor de **R\$ 19.419.295,15**, em nome de Djalma de Souza Castelo Branco ou mesmo de COPERE, constitui pleito que não lhe pertence e, portanto, manifesta a ilegitimidade dos Apelados para pleiteá-la, impondo-se a reforma da decisão para o fim de extinção do processo, sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VI do CPC, com a respectiva condenação dos Apelados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios a base de 20% sobre o valor dos embargos.

5 – ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DE DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO PARA EXECUÇÃO BASEADA NA ESCRITURA DE CESSÃO DE CRÉDITO COM SUBROGAÇÃO.

Ainda em sede de preliminar, o Estado do Amazonas asseverou que DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO é parte ilegítima para executar, com base em escritura pública de cessão de crédito com subrogação, supostos créditos de COPERE.

Isto porque COPERE não mais possuía qualquer direito a ser cedido em função da alienação total das áreas em 1994 para o próprio Djalma de Souza Castelo Branco.

Assim, a empresa recebeu pelas áreas alienadas e ainda cedeu, para novo recebimento, agora por interposta pessoa, os valores pelas mesmas áreas.

Embora o adquirente das áreas seja o beneficiário da cessão de crédito, sua habilitação se deu por esse título, ou seja, cessionário, beneficiário da boa vontade de COPERE quando o possível, em tese, seria habilitar-se como adquirente das áreas.

Obviamente que, sob o prisma econômico, habilitar-se como adquirente das áreas não traria o mesmo efeito que habilitar-se como cessionário, tendo em vista que, como adquirente, Djalma de Souza Castelo Branco estaria impedido de receber pelo total das áreas em face das alterações e alienações que procedeu.

Esse tema, também, não foi apreciado pela ótica aventada, senão vejamos o que disse o Magistrado:

“No tocante à possibilidade da sub-rogação por cessão de direitos não vejo óbice, ex vi art. 567, do CPC, tendo em vista que a hipótese dos autos não se trata de alteração de partes no curso do processo, mas de instauração de uma nova relação processual na qual o cedente não participa. A vedação do art. 42, §§ 2º e 3º não se aplica, pois o ingresso do cessionário ocorreu somente na fase de execução e não no processo de conhecimento”.

Mas a cessão, como já dito, não poderia albergar a pretensão em face das alienações feitas após a decisão condenatória, mas antes do trânsito em julgado da decisão, o que, aliás, é objeto da ação cautelar incidental de atentado, processo nº 001.07.348916-7 que dorme em alguma prateleira da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual, arrastando-se enquanto a ação de interesse do Senhor DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO anda em velocidade incompatível com o tratamento igualitário que se espera seja dado às partes.

Assim, Djalma de Souza Castelo Branco, ao pretender executar obrigação constante da sentença, baseado em escritura pública de cessão de crédito com subrogação, cujo cedente **não mais possuía o que ceder**, é parte ilegítima para figurar no polo ativo da execução, o que impõe a reforma da decisão guerreada e conseqüente extinção do processo, sem julgamento do mérito, na

forma do art. 267, VI do CPC, com a respectiva condenação do Apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios a base de 20% sobre o valor dos embargos.

5.1 – NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA EMBARGADA COMÉRCIO DE PETRÓLEO E REPRESENTAÇÕES LTDA – COPERE.

O Estado do Amazonas, ao opor-se à execução por meio dos embargos, indicou como embargado, além de DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO, também a empresa COMÉRCIO DE PETRÓLEO E REPRESENTAÇÕES LTDA – COPERE.

Isto porque, como é óbvio, eventual procedência dos argumentos expendidos, sejam em sede de sentença, seja em sede recursal, atingirá o direito da “cedente”.

Na pressa, sempre inimiga da perfeição, impediu que o Juízo de primeira instância olvidasse da citação da Embargada, vindo a prolatar a decisão sem qualquer menção àquela.

Instigado, via embargos de declaração sobre a omissão absurda, disse o Magistrado:

“Ora, com a cessão de crédito, deixou de ser a empresa COPERE a real titular da obrigação jurídica que nasceu com a sentença proferida na Ação de Indenização por Desapropriação Indireta. A transferência de titularidade obrigacional nada mais é do que um dos efeitos da cessão do direito creditício”.

Esse argumento poderia até ser aceito, acaso tivesse constado da sentença de embargos à execução após, é claro, ter a Embargada COPERE integrado a relação processual. Caso contrário, como é o que parece, o MM. Juiz, já quando do despacho da inicial, vislumbrou, antes mesmo de qualquer análise do feito, que a COPERE era parte ilegítima.

Assim, de se esperar, o que se requer, que esse E. Tribunal declare o processo de embargos à execução nulo de pleno direito, por ausência de citação da embargada COMÉRCIO DE PETRÓLEO E REPRESENTAÇÕES LTDA – COPERE, por ofensa ao art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal e artigos 736 e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro, bem como a condenação do Apelado em 20% de honorários advocatícios sobre o valor dos embargos e custas processuais.

6 – DA PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE EXECUTAR A VERBA HONORÁRIA.

Ingressando no mérito da causa, o Estado do Amazonas alegou, mesmo que superada a preliminar de ilegitimidade ativa decorrente da verba honorária, como já descrito, ocorrera a prescrição do direito de executar tal verba.

É que o Embargado, ora Apelado, executa, em nome próprio, a verba honorária de sucumbência pertencente ao advogado do Autor da ação por desapropriação indireta, conforme preliminar de ilegitimidade.

O Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei Federal 8.906/1994 estabelece, em seu art. 25, II que:

Art. 25. Prescreve em cinco anos a ação de cobrança de honorários de advogado, contado o prazo:

I - *omissis*;

II - **do trânsito em julgado da decisão que os fixar;**

Como o Juízo declarou que não houve qualquer dos vícios da publicação do acórdão que julgou a apelação, reconheceu que o direito de cobrar a verba honorária, conforme estatuído na Lei Federal 8.906/1994, está prescrito.

A questão também foi regulada pelo Código Civil Brasileiro de 2002 que, por seu art. 206, § 5º, inciso II, estabelece o aludido prazo.

Código Civil Brasileiro.

Art. 206 – Prescreve:

§ 5º – Em cinco anos:

II – a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandatos;

O Juízo, ao se manifestar sobre o tema, disse que:

“A verba honorária depende do sucesso da ação principal. Se a ação não prosperar, obviamente nada terá o causídico a executar.

Consoante a Súmula 119/STJ, as ações de desapropriação indireta prescrevem unicamente em 20 anos. Logo, não há que se falar em prescrição do direito do acessório, se o principal ainda permanece inabalável pelo efeito temporal”.

É impressionante a incapacidade do Juízo prolator da decisão em entender aquilo que claramente está dito nas peças processuais do Estado do Amazonas.

Não se trata de prescrição do direito de ação por desapropriação indireta (Súmula 119/STJ), trata-se de prescrição do direito à execução da verba honorária, matéria regulada especificamente pelo Estatuto da Advocacia da OAB e pelo Código Civil Brasileiro.

Comentando o dispositivo, na obra Código Civil Interpretado, Editora Renovar, Volume I, 2004, pág. 415, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes aduzem que:

*“Já na hipótese de **honorários fixados por decisão judicial**, tem-se o início do cômputo do prazo na data de **trânsito em julgado** da decisão (art. 25, II)”. (destaque nosso).*

A engenhosa solução dada pelo Juízo, tentando vincular a verba honorária, como acessório da ação principal e, com esse raciocínio elevar a prescrição quinquenal para vintenária, não encontra abrigo em qualquer doutrina ou jurisprudência.

A esse respeito, aliás, veja-se que o Superior Tribunal de Justiça declarou:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE **HONORÁRIOS**. **PRESCRIÇÃO** DO EXERCÍCIO DE AÇÃO EXECUTIVA. UTILIZAÇÃO DE AÇÃO MONITÓRIA. CPC, ART. 1.102, A. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 100 DA LEI 4.215/63. NÃO EVIDENCIADA A INDICADA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuida-se de recurso especial interposto pelo Estado de Goiás, mediante o qual se pretende desconstituir acórdão que reconheceu em favor da autora o direito de pleitear **honorários** referentes aos anos de 1986 e 1987, por via de ação monitória protocolada em 2002, reconhecendo-se, apenas, a extinção do lapso de **prescrição** de 5 anos, estabelecido no art. 100 da Lei 4.215/63 (art. 25 do atual Estatuto dos Advogados), e não decaimento do próprio direito, que somente ocorreria ao término de prazo vintenário.

2. Está expresso nos autos que Amália Carneiro, parte ora recorrida, em 2002, ajuizou ação monitória contra a Fazenda Pública com o objetivo de obter o pagamento de **honorários** advocatícios decorrentes de serviços profissionais que prestou nos anos de 1986 e 1987 na condição de procuradora nomeada (conforme previsto na Lei 1.060/50), e que, nesse contexto, logrou conferir executividade ao seu direito de crédito.

3. Todavia, o acórdão recorrido aplicou ao litígio solução jurídica equivocada, porquanto, na espécie, a **execução** prescreve no mesmo prazo da ação e do direito, em cinco anos, não mais havendo, portanto, direito a ser amparado por nenhuma ação, à espécie o constante no art. 100 da Lei 4.215/63.

4. Recurso especial provido.

REsp 908998/GO. RECURSO ESPECIAL 2006/0265725-8
Relator Ministro José Delgado. Primeira Turma. DJ
18/10/2007.

É portanto, sem qualquer sombra de dúvidas, que o prazo prescricional para execução de verba honorária, seja em nome próprio pelo advogado seja em nome da parte, é de 5 (cinco) anos e não segue, como quis fazer crer o Magistrado de primeira instância, a regra da ação principal.

Assim, requer-se a esse E. Tribunal de Justiça que reforme a decisão para o fim de declarar prescrito o direito de execução da verba honorária fixada na decisão exequenda, extinguindo o processo, nessa parte, com julgamento do mérito, na forma do art. 269, inciso IV do CPC, com a conseqüente condenação do Apelado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios a base de 20% sobre o valor dos embargos.

7- INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL POR NULIDADE DA INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE APRECIOU A APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA CONTRA A SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA – CPC ART. 741, INCISO II.

Outro ponto de mérito que consta dos embargos à execução opostos pelo Estado do Amazonas diz respeito à inexigibilidade do título executivo.

Em função do acórdão e voto de fls. 174/176, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas conheceu do recurso e lhe negou provimento.

Essa decisão foi publicada no Diário Oficial do Estado do dia 07/11/1997, que circulou em 11/11/1997, dela constando **três nulidades** que obstaram a interposição dos Recursos Especial e Extraordinário, a saber:

1 – AUSÊNCIA DO NOME DO ÚNICO PROCURADOR DO DER-AM QUE POSSUÍA PODERES NOS AUTOS;

2 – INCORREÇÃO DO NÚMERO DO PROCESSO;

3 – AUSÊNCIA DO NOME DO ESTADO DO AMAZONAS, SUCESSOR DO EXTINTO DER-AM DESDE 1995.

7.1 – NULIDADE DA INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DO NOME DO ÚNICO PROCURADOR DO DER-AM QUE POSSUÍA PODERES NOS AUTOS.

O DER-AM sempre foi representado nos autos pelo Dr. José Amarilis Castelo Branco, OAB/AM 931, conforme consta da contestação de fls. 33/36 e das petições de fls. 59, 109/110, termo de audiência de fls. 121/122, memorial de fls. 124/125, **na forma da procuração de fls. 37.**

Na apelação de fls. 148/150, em conjunto com o Dr. José Amarilis Castelo Branco, assinou a Dra. Ana Eunice Aleixo, OAB/AM 1408, **que não possuía habilitação nos autos, seja por procuração, seja por substabelecimento.**

Contudo, a despeito de todas as peças serem assinadas pelo **Dr. José Amarilis Castelo Branco**, na publicação do acórdão que julgou o recurso de apelação, também subscrito pelo Dr. José Amarilis Castelo Branco, **somente constou o nome da Dra. Ana Eunice Aleixo, QUE NÃO POSSUI HABILITAÇÃO NOS AUTOS.**

A esse respeito, na decisão que julgou os embargos à execução, foi o Juízo integralmente omissivo.

Instigado pelos embargos de declaração, de igual modo, o Juiz nada disse, talvez porque esse é um item que não há como se contestar.

Esse fato, por si só, fulmina, de forma insanável o processo, porque eivado de nulidade absoluta, conforme a jurisprudência a seguir transcrita:

“É obrigatória a intimação de todas as partes por meio dos respectivos advogados. A circunstância de os causídicos assinarem em conjunto as petições formuladas por litisconsortes não dispensa a intimação individual dos

respectivos patronos” (STJ-3ªT., REsp 468.130-MT, rel. Min. Gomes de Barros, j. 1.4.04, deram provimento, v.u., DJU 26.4.04, p. 166).

A não manifestação do Magistrado, ainda que instigado veementemente para tanto, viola, também, o devido processo legal (CF art. 5º, LIV), bem como ao art. 93, X, também da CF/88 e ao art. 458, II do CPC, por falta de fundamentação e, por fim, nesse tópico, art. 535, I e II do CPC, pelo que, desde já, se prequestiona para os fins legais.

Assim, requer o Estado do Amazonas que seja reformada a decisão de primeiro grau para o fim de declarar a inexigibilidade do título executivo judicial por nulidade da intimação do acórdão, na forma do art. 741, II do CPC, extinguindo-se a execução, com julgamento do mérito, condenando-se o embargado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor dos embargos ou, alternativamente, a declaração de violação às regras do devido processo legal, amplo direito de defesa e ausência de fundamentação, declarando-se nulo o processo a partir da decisão, com a consequente condenação nos ônus sucumbenciais.

7.2 – INCORREÇÃO DO NÚMERO DO PROCESSO NA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO.

O Embargante, Estado do Amazonas, ora Apelante, sustentou que o processo originário possuía o nº. 294/89 até que, no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, passou a ter o nº. **29200281-5**, sem que da mudança de número tenha o Réu/Apelante tomado conhecimento, bem como de que foi justamente esse número **29200281-5** que constou da publicação de intimação do acórdão que negou provimento à apelação e, portanto, também por esse motivo, deixou-se de apelar daquela decisão.

A decisão apelada, tal qual os demais argumentos, também nada disse a esse respeito, inclusive em sede de sentença de embargos de declaração, violando-se o art. 93, X da Constituição Federal e o art. 458, II do CPC e 535, I e II do CPC.

Trata-se, também, de nulidade da publicação e, por consequência, de todos os demais atos do processo, ante a clara e inequívoca violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, insertos no art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal.

A mudança no número do processo, sem que a parte tenha conhecimento, tem o mesmo efeito da publicação do número errado, porquanto, na essência, evita que a parte identifique corretamente a causa, mormente quando se trata de órgão da administração.

“Erro na publicação pela imprensa quanto ao número correto do processo torna ineficaz a intimação” (STJ-1ª T., REsp 13.472-0-MG, rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 15.2.95, não conheceram, v.u., DJU 6.3.95, p. 4.341).

Assim, requer o Estado do Amazonas que seja reformada a decisão de primeiro grau para o fim de declarar a inexigibilidade do título executivo judicial por nulidade da intimação do acórdão, na forma do art. 741, II do CPC, extinguindo-se a execução, com julgamento do mérito, condenando-se o embargado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor dos embargos ou, alternativamente, a declaração de violação às regras do devido processo legal, amplo direito de defesa e ausência de fundamentação, declarando-se nulo o processo a partir da decisão com a conseqüente condenação nos ônus sucumbenciais.

7.3 – AUSÊNCIA DO NOME DO ESTADO DO AMAZONAS, SUCESSOR DO EXTINTO DER-AM DESDE 1995.

A terceira nulidade na publicação do acórdão que negou provimento à apelação interposta pelo DER-AM diz respeito ao fato de **não constar da intimação o nome do Estado do Amazonas.**

É que o DER-AM, autarquia estadual, quando da publicação do acórdão no Diário Oficial, já estava extinto pela Lei Estadual 2.330, de 29/05/1995, art. 11, inciso II, alínea “b”.

Lei 2.330 de 29/05/1995.

Art. 11 – Serão extintos com a implantação das estruturas definidas nos artigos 4º e 8º desta Lei, os seguintes órgãos e entidades da Administração Estadual:

II – Autarquias:

b) Departamento de Estradas de Rodagem do Amazonas (DER-AM);

Art. 14 – Ficam transferidos **para a Companhia de Desenvolvimento do Estado do Amazonas (CIAMA)** as atribuições, as finalidades e o patrimônio das Secretarias de

Estado da Produção Rural (SEPROR) e dos Transportes e Obras (SETRAN), da Secretaria para Promoção do Desenvolvimento Econômico (SPDE), do **Departamento de Estradas de Rodagem do Amazonas (DER-AM)**, do Instituto de Desenvolvimento Rural do Estado do Amazonas (EMATER), da Companhia de Desenvolvimento Agropecuário do Estado do Amazonas (CODEAGRO) e da Companhia de Navegação Interior do Amazonas (CONAVI). (Destacamos).

Posteriormente, ainda em 1995, por meio da Lei 2.367, de 14 de dezembro de 1995, a responsabilidade foi transferida para o Estado do Amazonas, por meio da Secretaria de Estado de Infraestrutura – SEINF.

Art. 4º - Por força do disposto nesta Lei, as atribuições, finalidades e o patrimônio dos órgãos e entidades extintos ou transformados pela Lei nº 2.330/95, ficam transferidos:

V – das Secretarias de Estado da Produção Rural e Obras (SETRAN), do **Departamento de Estradas de Rodagem do Amazonas (DER-AM)**, do Instituto de Desenvolvimento Rural do Estado do Amazonas (EMATER), da Companhia de Desenvolvimento Agropecuário do Estado do Amazonas (CODEAGRO) e da Companhia de Navegação Interior do Amazonas (CONAVI) **para a Secretaria de Estado de Infraestrutura (SEINF)**. (Destacamos).

A intimação da decisão da apelação circulou no Diário Oficial do dia 07/11/1997, ainda com o nome do órgão extinto, ou seja, DER-AM, quando, na verdade, por força dos aludidos dispositivos da Lei 2.330/95 e da Lei 2.367/1995, o correto seria sair em nome do **ESTADO DO AMAZONAS**, como efetivamente se fez na execução.

A esse respeito o Juízo sustentou que:

“ora, se a sucessão DER-AM/ESTADO DO AMAZONAS se deu nos idos do ano de 1995 e o Acórdão foi publicado já em 1997, não há desculpas para que o ente público sucedido já não tivesse se inteirado de todas as causas em que figurava o DER-AM como parte, seja ativa ou passiva, afinal, já se

havia transcorridos mais de 2 (DOIS) ANOS da comprovada sucessão”.

Por força do disposto no art. 236 c/c com o art. 237 do CPC, as partes devem ser intimadas de todos os atos e termos processuais, o que no caso em tela de fato não ocorreu.

Merece menção, ainda, o teor do artigo 247, CPC, *in verbis*:

Art. 247 - *As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais.*

Sobre a publicação na imprensa oficial, reza o disposto no parágrafo 1º do art. 236 do CPC:

Art. 236 – omissis

§ 1º - *É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para identificação.*

É inválida a intimação no caso de publicação com graves omissões (RT 498/131, JTA 43/117), ou erros fundamentais (STF - JTA 59/194, RP 3/341).

“Faltando o nome do réu na publicação feita pelo órgão oficial, ainda que constando o de sua advogada, tem-se por nula a intimação”.

(STJ-4ª Turma, REsp 40.099-6 MG, rel. Min. Dias Trindade, j. 30.11.93, deram provimento, v.u., DJU 21.2.94, p. 2.176).

“Sentença. Intimação pela imprensa. Requisitos de validade. É nula a intimação feita por nota de expediente em que não constou o nome de litisconsorte passivo necessário – CPC, arts. 236 parágrafo 1º, e 247 – que sucumbiu na demanda”

(STJ-4ª Turma, REsp 12.807-CE, rel. Min. Athos Carneiro, j. 17.12.91, deram provimento, v.u., DJU 24.2.92, p. 1.874).

O dispositivo legal acima menciona como caso de nulidade da publicação a ausência do nome das partes, o que na hipótese em apreço pode ser observado, quando na **publicação deixou de**

constar o nome do Estado do Amazonas e do próprio Procurador que defendeu o órgão extinto na época, único com procuração nos autos.

Assim, requer o Estado do Amazonas que seja reformada a decisão de primeiro grau para o fim de declarar a inexigibilidade do título executivo judicial por nulidade da intimação do acórdão, na forma do art. 741, II do CPC, extinguindo-se a execução, com julgamento do mérito, condenando-se o embargado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor dos embargos ou, alternativamente, a declaração de violação às regras do devido processo legal, amplo direito de defesa e ausência de fundamentação, declarando-se nulo o processo a partir da decisão com a consequente condenação nos ônus sucumbenciais.

7.4 – NULIDADE DA EXECUÇÃO

Como corolário natural dos itens 7.1, 7.2 e 7.3 da presente Apelação, em virtude das três nulidades indicadas (ausência do nome do Procurador que atuava no feito pelo órgão extinto, constando apenas o nome da Procuradora que atuou em única fase do processo, em conjunto e sem procuração; publicação com o número errado do processo, ante o não conhecimento da parte na mudança da numeração; ausência do nome do sucessor, Estado do Amazonas, na publicação) causarem a não vinculação da publicação ao processo em apreço e, por consequência, da não interposição de recursos, impõe-se o reconhecimento da nulidade da execução.

Nesse sentido, aplicável o art. 618, I do CPC, *in verbis*:

Art. 618 - É nula a execução:

I - se o título executivo não for líquido, **certo e exigível**;

Ajurisprudência, atinente ao caso em apreço, é clara:

“Não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental; podendo a parte argui-la, independentemente de embargos de devedor, assim como pode e cumpre ao juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil”(RSTJ 40/447).

No mesmo sentido: RT 205/81, 811/326, RJTJERGS 169/247.

Ademais, ao não ser publicada, de forma correta, a intimação do acórdão que negou provimento à apelação, acabou-se por violar o amplo direito de defesa e contraditório, bem como o devido processo legal.

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

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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;

Ao não enfrentar o tema, o Juízo violou o art. 93, X da Constituição Federal, 458, II e 535, I e II do CPC.

Isto posto, o Estado do Amazonas prequestiona, por violação direta dos dispositivos constitucionais transcritos, a matéria constitucional decorrente dos vícios elencados, bem como a federal decorrente da violação dos dispositivos do CPC.

Em consequência das violações supra, o título que se pretende executar não contém obrigação **certa e exigível**, razão pela qual requer-se o provimento da apelação e conseqüente procedência dos embargos à execução, para o fim de declarar a inexigibilidade do título judicial, na forma do art. 741, II, do CPC, extinguindo-se a execução, com julgamento do mérito, condenando-se o Apelado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, na base de 20% sobre o valor dos embargos.

8 – CAUSA IMPEDITIVA DO DIREITO DE DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO COM BASE NA CESSÃO DE CRÉDITO COM SUBROGAÇÃO À EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO, ANTE A ALIENAÇÃO DE ÁREAS PELA EMPRESA COPERE EM FAVOR DO EMBARGADO DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO – ART. 741, INCISO VI, DO CPC.

Djalma de Souza Castelo Branco compareceu aos autos para executar sentença condenatória contra o extinto DER-AM, na

forma do pedido de fls. 182, com base na escritura pública de cessão de crédito com subrogação constante às fls. 184.

Nos embargos à execução, o Estado do Amazonas demonstrou que a empresa COPERE possuía três lotes de terras, a saber:

1º Lote – **106.650,00 m²** - matrícula 8479, Livro 2 do 4º Ofício de Registro de Imóveis.

2º Lote – **89.650,00 m²** - matrícula 8480, Livro 2 do 4º Ofício de Registro de Imóveis.

3º Lote – **86.000,00 m²** - matrícula 8481, livro 2 do 4º Ofício de Registro de Imóveis.

Os três lotes, somados, totalizavam **282.300,00 m²**, que foram declarados como desapropriados, indiretamente, na forma da sentença proferida em 1992 em favor de COPERE – COMÉRCIO DE PETRÓLEO E REPRESENTAÇÕES LTDA.

Contudo, mesmo a estrada tendo atingido apenas **93.468,55 m²**, conforme os termos do laudo pericial, Djalma de Souza Castelo Branco, após adquirir as áreas de COPERE, em 18 de maio de 1994, elevou-os para incríveis **319.419,60 m²**, **já excluída a área da estrada, o que, numericamente, desafia as leis da matemática, que é uma ciência exata.**

Em 1994, por meio da Escritura Pública de Compra e Venda lavrada às fls. 64, livro 2.350, do Tabelionato Raymundo Lucimar Marques Pinheiro, averbada nas matrículas 8479, 8480 e 8481 do livro 2 de Registro Geral do 4º Ofício de Registro de Imóveis, COPERE – COMÉRCIO DE PETRÓLEO E REPRESENTAÇÕES LTDA vendeu para DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO, os três imóveis acima citados, embora já não fosse mais proprietária, ante a sentença proferida em 1992.

Esclareça-se. Djalma de Souza Castelo Branco não está nos autos como adquirente dos lotes, mas como subrogado e detentor da cessão de créditos.

Ato contínuo, Djalma de Souza Castelo Branco passou a efetuar alterações nos imóveis, a saber:

1º LOTE E SUAS ALTERAÇÕES.

O primeiro lote, com área de 106.650,00 m², **foi retificado para 123.055,58 m²**, o que elevou sua área em **16.405,58 m²**, conforme Averbação 3 na matrícula 8479.

Ato contínuo o imóvel, já com sua nova área de **123.055,58 m²**, foi desmembrado em duas áreas, o primeiro denominado **Lote A** com área de **35.885,04 m²**, matrícula **12.399** do mesmo livro de Cartório, e o segundo **Lote B** com área de **87.170,63 m²**, matrícula 12.400 também do livro 2 do 4º Ofício de Registro de Imóveis.

Esse lote A, em 2001, foi alienado por Djalma de Souza Castelo Branco para AUTO VIAÇÃO VITÓRIA RÉGIA LTDA, conforme R.1 – 12.399, por escritura de fls. 183/184, livro 1.410, do 2º Ofício de Notas.

O lote B, com área de **87.170,63 m²**, permanece no nome do Apelado sob a citada matrícula 12.400 do livro 2 do 4º Ofício de Registro de Imóveis.

2º e 3º LOTES E SUAS ALTERAÇÕES.

O segundo lote com área de 89.650,00 m² foi retificado, inicialmente para menor, passando a **69.798,41 m²**, ou seja, 19.851,59 m² a menor.

O terceiro lote com área de 86.000,00 m² também foi alterado para menor, em um primeiro momento, passando para **81.582,83 m²**, ou seja, 4.417,17 m² a menor.

Dando seqüência às alterações das áreas adquiridas, Djalma de Souza Castelo Branco unificou os lotes 2º e 3º que, com as diminuições, juntos, passaram a se constituir em um único imóvel com área de **151.381,24 m²**, na matrícula 12.068 do livro 2 do 4º Ofício de Registro de Imóveis.

Já na nova matrícula 12.068, o imóvel foi retificado de 151.381,24 m² para **212.769,69 m²**, ou seja, além de recuperar aquelas diminuições iniciais que juntadas totalizaram 24.268,86 m² (19.851,59 m² + 4.417,17 m²), ainda aumentou o imóvel em mais **37.119,59 m²**.

Por fim, Djalma de Souza Castelo Branco pretende receber, por parte da área da matrícula 12.068, o valor aproximado de R\$ 5.100.000,00 de que tratam os autos do processo de desapropriação **012.10.034987-3**.

Para que fique claro para esse Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, resume-se:

1º - DER-AM foi condenado ao pagamento total das áreas – 282.300,00 m², matrículas 8479, 8480 e 8481 do 4º Ofício de Registro de Imóveis em 1992.

2º - Os 282.300,00 m² foram vendidos por COPERE –

COMÉRCIO DE PETRÓLEO E REPRESENTAÇÕES LTDA para o **Apelado DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO, em 1994.**

3º - Dos **282.300,00 m²**, a estrada Grande Circular, que ensejou a condenação do DER-AM, consumiu **93.468,55 m²** e, portanto, restariam nas matrículas apenas **188.831,45 m²**, os quais necessitariam de perícia para definir quais seriam as áreas remanescentes.

4º - **As áreas remanescentes não poderiam ser alienadas em função de não mais pertencerem à empresa COPERÉ e sim ao DER-AM, com a questão *sub judice* constituindo-se, no mínimo, em atentado que é objeto de ação não apreciada pelo Magistrado Leoney Figliuolo.**

5º - Djalma de Souza Castelo Branco ao adquirir, em tese, apenas 188.831,45 m², elevou a área para **429.293,82 m²** (212.769,69 m² da matrícula 12.068, 123.055,58 m² da matrícula 8479 retificada + 93.468,55 m² da estrada que lá se encontra).

6º - **Djalma de Souza Castelo Branco** pleiteia, junto ao processo **012.10.034987-3** cerca de **R\$ 5.100.000,00** por desapropriação direta de imóvel que, segundo a sentença exeqüenda, já pertence ao Estado do Amazonas, tal qual todas as áreas decorrentes da matrícula 8479, 8480 e 8481 do livro 2 de Registro Geral do Cartório do 4º Ofício de Registro de Imóveis de Manaus.

7º - **Djalma de Souza Castelo Branco** assumiu a posição de Exeqüente, ora Embargado, com base em escritura pública de cessão de créditos com subrogação e **não como adquirente das áreas objeto dos autos.**

8º - A alienação feita por COPERÉ em favor de DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO ou é nula de pleno direito, por se constituir em ato de atentado e venda a *non domino*, ou as áreas remanescentes devem ser excluídas da execução, em função de não ter sido atingidas pela estrada e, portanto, haver a sentença se fundado em premissa inexistente e, por conseqüência, nula de pleno direito.

9º - A alienação feita por COPERÉ em favor de Djalma de Souza Castelo Branco, além de nula, em função de se tratar de atentado e venda a *non domino*, também se constitui, em tese, fraude contra credores, por parte de COPERÉ, inclusive a própria Fazenda Pública do Estado do Amazonas, que possui créditos da ordem de **R\$ 650.000,00 em execuções fiscais** contra a empresa COPERÉ.

Assim, resta claro que incide na espécie uma causa

impeditiva do direito da Autora COPERE e, por conseqüência, de DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO, de executar o comando da sentença, à medida que praticou ação de atentado e alienou, a *non domino*, os imóveis que já não mais lhe pertenciam ao tempo de alienação, eis que já existia uma sentença que acatara o próprio pedido de COPERE.

O juízo de primeira instância, ao analisar esse ponto dos embargos opostos, afirmou em sentença de embargos à execução que:

“Ora, com a devida vênia, parece-me que o ESTADO DO AMAZONAS deseja discutir o que já definitivamente decidido na sentença que declarou desapropriadas as terras. Não cabe mais aqui discutir tamanho de área desapropriada. O que se pretende, tão somente, é aferir a executoriedade ou não do título executivo e desconstituí-lo se esse atributo a ele faltar.

Permitir que se renove a discussão sobre o tamanho da área que foi desapropriada implica em retirar do título sua força executória ante mera alegação do devedor, razão pela qual rejeito-a”.

(...)

Demais disso, e no pertinente ao tema da venda das terras desapropriadas (ponto sobre o qual, digo desde logo, não controvertem as partes), diz o Embargante que se cuida de alienação a non domino, negócio que, dependendo da tese doutrinária adotada, seria nula ou ineficaz em relação ao ESTADO DO AMAZONAS.

Esta discussão em nada interfere ao deslinde da causa. Se houve alienação das terras declaradas desapropriadas para o Sr. DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO, tal questão deve ser apurada em ação própria e não em Embargos à Execução da sentença que declarou a desapropriação. O fato de as terras terem sido posteriormente adquiridas pelo cessionário, por si só, não fulmina o título, constituído que foi antes da celebração dos dois negócios”.

É muito bonito se escrever e não se fazer. O Juiz que escreveu o que foi transcrito, Senhor Leoney Figliuolo, é o mesmo que possui em suas mãos a chamada “ação própria”, uma cautelar

de atentado que pode devolver as terras que o Senhor DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO possui.

E o que fez o Senhor Leoney Figliuolo?

Nada. Quer dizer, nada não. Concedeu compensações em favor de DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO de dívidas, próprias e de terceiros, com os créditos que são objeto da presente apelação, isto é, já antecipou o recebimento dos valores, inclusive furando a fila de precatórios.

E em relação à ação cautelar de atentado. Nada foi feito, sequer se chegou ao despacho saneador.

É um tratamento totalmente desigual que levou este Procurador a escrever expressões e figuras de linguagens que foram mandadas riscar pela decisão de fls. 313/318.

Portanto, patente a ocorrência de causa impeditiva ao cumprimento da obrigação, na forma do art. 741, VI do CPC, pelo que o Apelante requer o provimento do presente recurso com a consequente extinção da execução, com julgamento do mérito, condenando-se o Apelado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor dos embargos.

9 – DO ATENTADO – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, POR DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO, DA ESCRITURA PÚBLICA DE CESSÃO DE CRÉDITO E SUBROGAÇÃO.

Também em sede de embargos à execução, o Apelante argüiu a ocorrência de atentado praticado pelo Apelado, nos seguintes termos:

Código de Processo Civil Brasileiro.

Art. 879 – Comete atentado a parte que no curso do processo:

III – pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato.

COPERE, pretendendo e já tendo obtido, em 1994, a condenação do extinto DER-AM ao pagamento do total dos imóveis, isto é, dos 282.300,00 m², não poderia, de forma alguma, alienar as áreas, principalmente se considerarmos que alegou, em sua vestibular, que:

“O apossamento definitivo dos imóveis da autora, por parte do réu, não se deu na sua integralidade mas, **as partes que sobejaram foram profundamente atingidas pelos cortes**

no terreno, para a implantação da rodovia, não tendo nenhuma condição de aproveitamento, e, por isso mesmo, nenhum valor patrimonial.

É relevante também se considerar que **as partes** dos imóveis **não atingidas** pela obra pública **representam** muito **menos de 50%** (cincoenta por cento) da sua área total e, **por esses dois fundamentos**, a **indenização** há de ser **integral**". (transcrito como no original, salvo quanto aos negritos que são nossos).

Veja-se que, acatando esses argumentos, a sentença condenou, em 1992, o DER-AM ao pagamento total das áreas de que se dizia proprietária a COPERE e, portanto, não teria a empresa COPERE, em 1994, direito de alienar as áreas e, por conseqüência, não poderia Djalma de Souza Castelo Branco, como beneficiário da escritura de cessão de crédito com subrogação, pleitear a substituição processual, **não a esse título**.

O ato praticado por COPERE, concernente à venda das áreas que não mais lhe pertenciam, é o que a doutrina classifica como venda a *non domino*, ou seja, venda por quem não tinha o título de propriedade do bem alienado.

Isto porque a sentença proferida em ação de desapropriação indireta é ação de direito real, cuja conseqüência é a alteração na propriedade do imóvel, passando do autor ao réu.

Embora a opinião do Juiz de primeiro grau seja conhecida, como transcrito no tópico anterior, inafastável que quando da venda das áreas ao Apelado, COPERE já não mais tinha a sua propriedade, por força de sentença judicial, restando caracterizada a venda a *non domino*.

Na doutrina civilista, identificam-se duas correntes quanto aos efeitos desta aquisição, entendendo a primeira que seria nula e a segunda que seria ineficaz em relação ao proprietário.

Adotando-se a primeira, a venda feita por COPERE ao Apelado é nula. Adotando-se a segunda, a venda feita por COPERE ao Apelado é ineficaz em relação ao proprietário, Estado do Amazonas, ora Apelante, por força da condenação.

Com efeito, quando da venda efetuada por COPERE em favor de Djalma de Souza Castelo Branco, aquela (COPERE) não mais poderia alienar os bens em função da procedência de seu pedido, ainda que sujeito à apelação.

Ademais, mesmo que sujeita à apelação, a sentença, uma vez confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas e,

havendo a rejeição do Juízo primário quanto a não ocorrência do trânsito em julgado, ante as nulidades da intimação do acórdão, retroagem os efeitos da sentença à data de sua publicação, tanto quanto os juros de mora e os juros moratórios retroagem às datas próprias.

Por esses motivos, requer-se o provimento da apelação para o fim de, reformando-se a decisão primária, reconhecer-se a ocorrência de atentado e, como corolário, a existência de causa extintiva da obrigação, na forma do art. 741, VI do CPC, com a consequente extinção da execução, com julgamento do mérito e a condenação do Apelado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor dos embargos.

10 – CAUSA MODIFICATIVA DA OBRIGAÇÃO EM FUNÇÃO DAS ALIENAÇÕES FEITAS POR COPERE EM FAVOR DE DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO – CPC ART. 741, VI.

A despeito do atentado em si, o Estado do Amazonas demonstrou a ocorrência de causa impeditiva de Djalma de Souza Castelo Branco usufruir dos termos da escritura de cessão de crédito com subrogação, em decorrência da nulidade da alienação pela detentora do direito, a empresa COPERE.

Porém, além disso, Djalma de Souza Castelo Branco, ao adquirir as áreas objeto da sentença e, por corolário, da execução, não pretende, como de fato não o fez, ainda, a execução do julgado em seu todo, com base no domínio das áreas em função da aquisição feita em 1994.

É que, obviamente, tendo a sentença como premissa a afetação total das áreas da empresa COPERE, decorrente da obra pública, como alegado em sua vestibular, e, restando na sentença que se executa o reconhecimento de que houve a alegada imprestabilidade das áreas remanescentes, **não poderia, de modo algum, serem as áreas transferidas para Djalma de Souza Castelo Branco e para terceiros, como efetivamente ocorreu.**

Reitere-se, **por exemplo**, Djalma de Souza Castelo Branco alienou uma área de **35.885,04 m²** para **AUTO VIAÇÃO VITÓRIA RÉGIA LTDA**, conforme consta da matrícula 12.399 do livro 2 de RG do Cartório do 4º Ofício de Registro de Imóveis.

Como se conciliar a alegada imprestabilidade das áreas remanescentes com a alienação feita a Djalma de Souza Castelo Branco e a terceiros?

Conforme demonstrado no tópico atinente às alterações dos

lotes, a matrícula 12.399 tem origem na matrícula 8479 de COPERE, alienada para Djalma de Souza Castelo Branco.

O exemplo acima demonstra de forma clara e inequívoca que, por atos de COPERE e de DJALMA DE SOUZA CASTELO BRANCO, há a ocorrência de uma causa MODIFICATIVA DO DIREITO CONTIDO NA SENTENÇA, **QUAL SEJA, A DIMINUIÇÃO DAS ÁREAS NÃO AFETADAS PELA CONSTRUÇÃO DA AVENIDA GRANDE CIRCULAR.**

Trata-se de causa superveniente à sentença, eis que esta é do ano 1992 e as ações de venda das áreas ocorreram a partir do ano de 1994.

Guardadas as devidas proporções, a hipótese assemelha-se aos casos em que há uma condenação no cível e uma absolvição posterior à sentença cível na esfera criminal, onde a sentença penal, nesse caso, importa em causa de não cumprimento da obrigação cível.

“A absolvição no juízo criminal, posterior à sentença da ação civil reparatória por ato ilícito, importa em causa superveniente extintiva da obrigação, por isso que pode ser versada nos embargos à execução funda em título judicial, na previsão do art. 741, VI, do CPC” (TSRJ 107/278. No mesmo sentido: STJ-RT 763/157).

“Se a condenação no juízo cível à reparação de danos decorrente de acidente de trânsito foi calcada em condenação perante o juízo criminal, a superveniência de absolvição do acusado em virtude de revisão criminal constitui fato novo que torna impossível o cumprimento do julgado, podendo ser alegado em embargos à execução de sentença, nos termos do art. 462 do CPC” (RT 762/271, maioria).

Portanto, acaso Djalma de Souza Castelo Branco comparecesse aos autos pleiteando os direitos decorrentes da sentença condenatória **com base na aquisição das áreas de que trata a inicial da desapropriação indireta**, depois de superada as questões relativas ao atentado e à venda a *non domino*, entre outras elencadas anteriormente, no máximo poderia pretender a indenização sobre os 93.468,55 m² afetados pela obra pública e, ainda assim, **após perícia para confirmar se esse quantitativo foi efetivamente ocupado pela obra, o que talvez não seja o caso,**

em função do aumento que os imóveis adquiridos por Djalma de Souza Castelo Branco sofreram, para maior, com base em retificações.

Em qualquer dos casos (**pretensão com base na escritura de cessão de créditos e pretensão com base na aquisição das áreas**) ante o fato de ser o adquirente (Djalma de Souza Castelo Branco) o mesmo beneficiário da cessão de crédito com subrogação, o efeito prático é o mesmo.

Na primeira hipótese, como consta dos autos, ou seja, **recebimento de valores em face da escritura de cessão de créditos com subrogação, ocorre a nulidade da cessão, eis que inexistente propriedade a ser alienada por COPERE.**

Na segunda hipótese, isto é, **recebimento dos valores das áreas desapropriadas na base do domínio, há impossibilidade de receber os valores decorrentes das áreas remanescentes em face da comprovação de seu valor comercial e respectiva utilização do bem, causando enriquecimento sem causa.**

Por esses motivos, requer-se o provimento da apelação para o fim de, reformando-se a decisão primária, reconhecer-se a ocorrência de causa extintiva da obrigação, na forma do art. 741, VI do CPC, com a conseqüente extinção da execução, com julgamento do mérito e a condenação do Apelado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor dos embargos.

11 – DO EXCESSO DE EXECUÇÃO – CPC ART. 741, III e 743, I.

Além dos desacertos apontados na decisão, fruto dos óbices apontados nos itens anteriores, a sentença de primeiro grau também merece reforma em face de não ter reconhecido o excesso de execução apontado, conforme se passa a demonstrar.

11.1 – EXCESSO DE EXECUÇÃO EM FUNÇÃO DA INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE JUROS, OU SEJA, JUROS MORATÓRIOS SOBRE OS JUROS COMPENSATÓRIOS.

O Estado do Amazonas sustentou, também, que Djalma de Souza Castelo Branco aplicou os juros moratórios sobre base de cálculo diversa, incluídos que foram, na base de cálculo, os juros compensatórios.

Sabe-se que os juros, sejam moratórios sejam compensatórios, são acessórios e, por conseqüência óbvia e natural, dependem do principal.

O principal, pelo que foi apresentado pelo Apelado, é da

ordem de **R\$ 10.944.771,00** decorrentes da atualização do valor de Cr\$ 1.500,00 (R\$ 38,77 x **282.300,00 m²**) (para fins de comprovação do excesso, ressaltando o Embargante a questão relativa à ocorrência de coisa modificativa da obrigação em relação ao quantitativo da área, como já alegado).

Contudo, em seus cálculos, acolhidos pelo Juízo, Djalma de Souza Castelo Branco fez incidir os juros moratórios sobre a soma do principal acrescido dos juros compensatórios, ou seja, não fez incidir o percentual relativo aos juros compensatórios sobre a indenização, nos termos da Súmula 114 do STJ, *verbis*:

SÚMULA 114 - OS JUROS COMPENSATORIOS, NA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA, INCIDEM A PARTIR DA OCUPAÇÃO, CALCULADOS SOBRE O VALOR DA INDENIZAÇÃO, CORRIGIDO MONETARIAMENTE.
(destaque nosso).

O valor da indenização, constante da execução, é de **R\$ 10.944.771,00** e, por conseqüência, aplicando-se o percentual correto, com uma taxa de 6% ao ano, conforme tópico anterior, ou seja, 55%, chega-se ao valor de **R\$ 6.019.624,05 e não os astronômicos R\$ 51.237.846,47** apontados na execução.

Desse modo, tendo o Juízo de primeiro grau rejeitada a tese, impõe-se o provimento da apelação para o fim de, reformando a decisão apelada, reconhecer a inaplicabilidade de juros moratórios sobre juros compensatórios e vice versa, eis que os juros, como acessórios, somente devem incidir sobre o principal, na forma da Súmula 114/STJ, bem como a condenação do apelado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o valor da causa.

11.2 - EXCESSO DE EXECUÇÃO EM FUNÇÃO DO PERCENTUAL DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INCIDIR SOBRE BASE DE CÁLCULO INCORRETA.

Outra omissão integral da decisão apelada, ainda que embargada, diz respeito à base de cálculo dos honorários advocatícios, porque incidiram sobre a base de cálculo errada.

Com efeito, conforme se constata da petição de execução, a verba honorária de 20% incidiu, nos cálculos apresentados, sobre o valor de **R\$ 97.096.475,73**.

Esse valor está errado, pois é o que resulta das somas do principal (R\$10.944.771,00), juros compensatórios (R\$

34.913.819,49) e dos juros moratórios (R\$ 51.237.846,47), sendo que este último valor, atinente aos juros moratórios, está incorreto, no percentual e na base de cálculo, conforme tópicos anteriores.

Assim, para hipótese de se manter a execução pelo total das áreas, o que se admite por amor ao argumento, o percentual dos honorários advocatícios deve incidir sobre a nova base de cálculo, isto é, aquela decorrente da correção dos excessos apontados, pelo que se requer o provimento do apelo para esse fim e a condenação do apelado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios em 20% sobre o valor dos embargos.

11.3 - DA IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DOS JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS, ESTANDO A PARTE NA POSSE DO IMÓVEL - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

Também sem qualquer argumento para rejeitar a tese, o Juiz de primeiro grau não se manifestou, embora instigado para tanto, sobre o tema.

Conforme se demonstrou fartamente, COPER e Djalma de Souza Castelo Branco sempre estiveram com a posse de parte dos imóveis descritos na inicial, tanto que houve alteração nas suas dimensões, alienações, enfim, a prática de todos os atos inerentes à propriedade.

Assim sendo:

“Não são devidos juros compensatórios se o desapropriado continua na posse do imóvel” (RTRF 153/93).

De igual modo, a empresa COPER e Djalma de Souza Castelo Branco permaneceram inertes por longos 10 (dez) anos, desde o suposto trânsito em julgado da decisão, em 1997, até o início da execução, em 2007.

A despeito disso, na petição de execução pleiteia-se juros de mora e juros compensatórios, até a data de **31/01/2007**.

Contudo, no período compreendido entre o trânsito em julgado da decisão (**NOVEMBRO/1997 e JANEIRO/2007 ou qualquer outra data final**), não pode haver a incidência dos juros moratórios e compensatórios, porquanto não foi causada pelo Apelante a postergação do pagamento reconhecido na decisão ordinária.

Trata-se da aplicação do **princípio da causalidade**, segundo o qual aquele que deu causa à paralisação responde pelas conseqüências decorrentes.

A inércia dos supostos detentores do direito foi a verdadeira causa ao longo período em que esse processo tramita e, portanto, devem suportar o ônus decorrente, isto é, **não incidência de juros de mora e juros compensatórios, custas processuais**, sobre o período compreendido entre o trânsito em julgado da decisão e a data do trânsito em julgado dos presentes embargos.

Por analogia, cabe a aplicação do seguinte julgado:

“Os juros compensatórios não se contam pelo período em que os autos estiveram irregularmente em poder do advogado do expropriado” (RAMPR 46/125).

Ora, se a paralisação do processo não pode ser atribuída ao Estado do Amazonas, também não pode o Estado do Amazonas ser penalizado com a incidência de juros compensatórios.

Da mesma forma, inaplicável juros compensatórios sobre as áreas que estão na posse de Djalma de Souza Castelo Branco, conforme se comprovou, ou seja, **SOBRE AS ÁREAS REMANESCENTES, ISTO É, 188.831,45 M²**.

Em decorrência, requer o Estado do Amazonas o provimento da presente apelação para o fim de se excluir a incidência de juros moratórios e dos juros compensatórios no período compreendido entre o trânsito em julgado da decisão - **NOVEMBRO/1997 e JANEIRO/2007 ou a data do trânsito em julgado da decisão que julgar a apelação, bem como dos juros moratórios sobre a área de 188.831,45 m² de todo o período.**

De igual modo, sendo procedente o pedido, requer a aplicação de seus reflexos sobre a verba honorária e custas processuais, aquele no percentual de 20% sobre o valor da causa.

12 – QUANTO À COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS E CUSTAS

Por fim, o *decisum* determinou a compensação da verba honorária decorrente do provimento parcial dos embargos à execução com os créditos do Apelado pela verba honorária fixada nos embargos a execução, sob o pálio do disposto no art. 21 do CPC.

Incorreta a determinação. Primeiro porque os honorários não pertencem à parte e sim ao advogado, por força da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), conforme jurisprudência pacífica (STJ-3^a Turma, Resp 205.044-RS, rel. Min. Menezes Direito, j. 30.9.99, v.u., DJU 16.11.99, p. 209 e RJTJERGS 183/378).

Desse modo, qualquer determinação de compensação dos valores fixados com honorários de sucumbência, devidos pelo Estado na ação principal, com os valores devidos pelos Apelados nos embargos opostos, viola o disposto no art. 23 da Lei 8.906/94, Estatuto da Advocacia e da OAB.

Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da OAB.

Art. 23 - Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, **pertencem ao advogado**, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor. (destaque nosso)

Em segundo lugar, a disposição atinente à compensação de citadas verbas ocorria, quando vigente a disposição, quando cada litigante for vencido e vencedor, o que não é o caso, pois não há que se confundir o vencedor na ação principal (os Apelados) com o vencedor nos embargos à execução (o Apelante).

Deste modo, requer o provimento da presente apelação para o fim de excluir a determinação de compensação da verba honorária fixada em favor do Estado do Amazonas com a verba respectiva em favor do Apelado.

13 – DISPOSITIVOS PREQUESTIONADOS.

Em decorrência dos termos dos embargos à execução, dos embargos de declaração e da presente apelação, desde já prequestiona a ocorrência de violação ao texto constitucional do art. 5º, LIV e LV, 93, X e nos artigos 236, § 1º, 237, 247, 458, II, 535, II e II, 618, I, 741, II, III e VI, 743, I e 879, III do CPC, art. 205, § 5º, II do Código Civil Brasileiro e art. 23 e 25, inciso II da Lei 8.906/1994.

14 – DO PEDIDO.

Em decorrência do exposto, o Estado do Amazonas requer o conhecimento e o respectivo provimento da presente apelação nos exatos termos dos pedidos formulados ao cabo de cada um dos tópicos elencados e respectivo reflexo sobre a verba honorária de sucumbência.

Nesses termos, pede deferimento.

Manaus, 13 de julho de 2009.

EVANDRO EZIDRO DE LIMA RÉGIS
Procurador do Estado do Amazonas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA 1.^a VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO AMAZONAS**PROCESSO Nº. 2009.32.00.000717-0****AUTOR:** Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA**RÉUS:** Estado do Amazonas/Conselho da Magistratura do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de Direito Público Interno, judicialmente representado pela Procuradoria Geral do Estado, inscrita no CNPJ sob nº. 04.312.369/0011-62, por sua Procuradora, ao final subscrita, nos termos dos artigos 132, da CF/88, e 12, inciso I, do Código de Processo Civil, com exercício funcional na sede da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, sita à Rua Emílio Moreira, n. 1.308, Praça 14 de janeiro, vem, com o habitual respeito, na guarda do prazo legal e com as homenagens merecidas, apresentar

CONTESTAÇÃO

aos termos da AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELO CONSELHO DA MAGISTRATURA DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS ajuizada pelo INCRA contra o ESTADO DO AMAZONAS e o CONSELHO DA MAGISTRATURA DO EGRÉGIO TJ/AM, devidamente qualificados na exordial, fazendo-o com supedâneo nos fundamentos fáticos e jurídicos doravante expostos:

1. ESCLARECIMENTO INICIAL

Antes de qualquer outra consideração, o ESTADO DO AMAZONAS esclarece que, por meio de sua Procuradoria Geral, representa também o Egrégio Conselho da Magistratura do TJ/AM, por se tratar aquele colegiado de órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário, desprovido, portanto, de personalidade jurídica própria.

Dessa forma, a presente manifestação atende tanto ao chamamento do Estado do Amazonas quanto à citação do Conselho da Magistratura expedida por esse Douto Juízo.

2. SÍNTESE DA DEMANDA

O ato administrativo que o INCRA pretende ver declarado nulo por meio da presente Ação, trata-se de Acórdão de natureza administrativa do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas que cancelou os provimentos números 02/2001, da Comarca de Envira/AM e 02/2001, da Comarca de Eirunepé proferido no âmbito do Processo n.º 79/2002, no qual o particular Adrião de Souza Batalha foi o requerente.

Para perfeita compreensão da situação aqui posta à deslinde, necessário inicialmente lembrar que no ano de 2001, após visita do então Ministro do Desenvolvimento Agrário, Raul Jungmann, cientificando o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas de inúmeras irregularidades encontradas nos livros de registros de imóveis de várias Comarcas do interior do Estado, comprometendo seriamente o patrimônio fundiário da União, a Corregedoria Geral de Justiça do TJ/AM constituiu uma Comissão para realização de Correição Extraordinária nos serviços registrais, promovendo o cancelamento das averbações, registros, matrículas e transcrições referentes a diversos imóveis nas Comarcas do interior do Amazonas.

Pois bem, no âmbito da tal Correição Extraordinária, dentre tantos outros, foram exarados os Provimentos de número 02/2001 – referente ao Município de ENVIRA – e 02/2001 referente ao Município de EIRUNEPÉ.

Os referidos provimentos determinavam o CANCELAMENTO de diversas matrículas e registros nos respectivos Municípios e dentre estes estavam as **matrículas em nome do particular Adrião de Souza Batalha**.

Forçoso esclarecer entretanto, que antes mesmo da instauração do Processo Administrativo n.º. 79/2002 junto ao Conselho da Magistratura do TJ/AM que culminou com o ato que agora o Autor pretende anular, no âmbito da Procuradoria Especializada Junto ao INCRA no Estado do Amazonas, - Requerente na presente demanda, ressalte-se – tramitou o **procedimento administrativo de fiscalização de cadastro n.º. 54270.001009/00-97 envolvendo os imóveis “Seringal Foz do Aty”, “Seringal Aracajú” ou “Varginha” situados no Município de Envira e de propriedade do particular Adrião de Souza Batalha**.

Naquele procedimento administrativo, pelo menos na época, após a regular tramitação, inclusive com abertura de contraditório ao particular interessado, **o próprio INCRA, ora**

Requerente, concluiu pela “presunção de regular destaque do patrimônio público dos imóveis” opinando assim pela expedição do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCRI.

No bojo do referido procedimento, o particular Adrião de Souza Batalha juntou aos autos certidões emitidas pela SUHAB (detentora, à época, da memória fundiária do Estado), atestando a emissão de Títulos Definitivos de modo a complementar a cadeia dominial dos imóveis do interessado, e afastando a causa da irregularidade que ensejara o cancelamento das matrículas e transcrições nos termos dos Provimentos da Corregedoria do TJ/AM.

Na ocasião, à luz de tais conclusões, o Procurador Federal da Procuradoria Regional do INCRA no Estado do Amazonas protocolou o **Ofício nº. SR15/J/nº. 092/2002** (fls. 22 dos autos), datado de 09 de outubro de 2002, expressamente solicitando à Corregedoria do Tribunal de Justiça – AM:

*“retificar os provimentos nº. 02/2001 da Comarca de Envira e 02/2001 da Comarca de Eirunepé a fim de excluir dos efeitos do próprio provimento sobre as matrículas 12 e 13 do Livro 2-A do primeiro e a transcrição número de ordem 500 do Livro 2-D/2 (livro extraviado) do segundo, visando manter o princípio da continuidade espelhada na documentação em anexo, e o direito de propriedade, garantia constitucional, principalmente com base no Extrato da Cadeia Sucessória elaborada por esta Autarquia (o INCRA) e juntada a este, e **autorize sejam reativadas as matrículas** ou realizada uma nova, especificamente aquelas atingidas ou, por fim, se assim não entender, mantenha a decisão administrativa anterior”*(grifei).

Esse requerimento do próprio INCRA tramitou no âmbito da Corregedoria do TJ/AM, tendo recebido o nº 91/02 e foi analisado pelo Relator, o Juiz Elci Simões de Oliveira, que negou provimento ao pedido de reconsideração, tendo em vista a complexidade dos problemas fundiários da Amazônia e os fortes indícios de vícios no mecanismo de registro, sendo que, especificamente da questão ali posta, os dois títulos examinados, embora com aparência de verossímeis, deram origem a outros registros de áreas contíguas sem vínculo legal, conforme se vê às fls. 153/156 dos autos.

Assim, a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, em novembro de 2002, negou o pedido de reconsideração proposto pelo INCRA (fls. 157 dos autos).

Munido de toda documentação colecionada pelo próprio INCRA, inclusive do pedido de reconsideração expresso no Ofício n.º SR15/J/n.º 092/2002 o **particular Adrião de Souza Batalha**, por intermédio de seu Advogado, impetrou RECURSO junto ao Conselho da Magistratura do TJ/AM contra a decisão da Corregedoria daquela mesma Corte que negara provimento ao pedido de reconsideração formulado pelo INCRA visando o cancelamento dos Provimentos 02/2001 dos Municípios de Envira e Eirunepé (fls. 160 dos autos).

Abertas vistas regulamentares ao membro do Ministério Público junto ao Conselho da Magistratura, este opinou pelo provimento do Recurso *“de forma a revalidar as matrículas dos imóveis de propriedade do recorrente nos Municípios de Envira e Eirunepé”* (fls. 182/184).

Ressalte-se, por oportuno, que a manifestação do Parquet Estadual foi totalmente fundamentada na manifestação e na documentação encaminhada à Corregedoria do Tribunal de Justiça/AM pelo próprio INCRA, ora Autor da presente demanda.

Com base no entendimento do Ministério Público foi proferido o Acórdão do Conselho da Magistratura, em abril de 2003, que ora o INCRA pretende ver declarado nulo.

A aludida decisão do Conselho da Magistratura do TJ/AM, se consolidou sem interposição do possível recurso ao Pleno do Tribunal e foi levada a efeito por meio de determinação aos escrivães das Comarcas de Envira e Eirunepé.

Ocorre que, ao que se extrai dos autos, no âmbito do INCRA a revalidação dos registros na forma determinada pelo Conselho da Magistratura do TJ/AM causou inconformismos a outros Procuradores Regionais que não aquele que havia protocolado o pedido de reconsideração.

Sendo assim, o tal procedimento de fiscalização cadastral de imóvel n.º. 54270.001009/00-97 foi **reaberto** “constatando-se vício insanável, indícios de prática de fraude, por parte de ADRIÃO DE SOUZA BATALHA, inconstitucionalidade e ilegalidade praticada pelo CONSELHO DAMAGISTRATURA” (fls. 225 dos autos).

Dentre os argumentos agora encontrados pelos Procuradores do INCRA está a suposta fraude em Certidões emitidas pela SUHAB, dando conta da existência de Títulos Definitivos de imóveis na área em questão.

Segundo alega o INCRA, ora tais certidões indicam a existência de Títulos Definitivos efetivamente não emitidos, ora aumentam consideravelmente o tamanho da área titulada.

Com efeito, diante de tais constatações, o INCRA tentou a revisão da decisão do Conselho da Magistratura do TJ/AM junto ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Todavia, especificamente em relação aos imóveis de Adrião de Souza Batalha, o CNJ entendeu que haveria necessidade de perícia judicial para aferição da **autenticidade ou da falsidade da prova trazida pelo particular**, ultrapassando assim a questão a esfera administrativa, de modo que aquele Conselho não seria o fórum competente para o deslinde do caso.

Dessa forma, e com fundamento na complexa situação antes narrada é que o INCRA interpôs a presente Ação de Nulidade de Ato contra o Conselho da Magistratura do TJ/AM, que por carecer de personalidade jurídica, é defendido por esta Procuradoria do Estado.

3. DAS PRELIMINARES

O direito de ação no ordenamento jurídico brasileiro é garantido constitucionalmente e passível de exercício sem restrição. Todavia, uma vez instaurado o processo, este passa a ser regido por normas processuais infraconstitucionais que estabelecem condições a serem atendidas de modo a permitir a sua regular instauração, e o seu desenvolvimento válido, com a conseqüente tutela jurisdicional por meio da sentença de mérito.

Esclarece Luis Rodrigues Wambier¹ que, no Brasil, em conseqüência da adoção declarada do modelo inspirado na doutrina de Liebman, *“ao lado de um direito absolutamente abstrato e incondicional de se ter acesso aos juízes e tribunais (o direito constitucional de ação, direito à jurisdição), há o direito “processual” de ação (direito de receber sentença de mérito, ainda que desfavorável)”*.

Dessa forma, para que o direito de receber a tutela jurisdicional se consolide, devem estar presentes as chamadas **condições da ação**, previstas no CPC.

São três, nos termos do art. 267, VI do CPC, as condições que permitem a regular admissibilidade da ação e devem ser verificadas preliminarmente: interesse processual, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido. Com efeito, a presença de **todas** deve ser constatada, sendo que a falta de qualquer uma delas

¹ Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1, ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 138.

bloqueia o caminho para a prestação da tutela jurisdicional, devendo o juiz decretar a carência de ação e extinguir o feito sem julgamento do mérito.

É justamente a ausência das condições da ação que se constata de pronto nos presente autos, devendo ser a carência de ação declarada conforme demonstram os argumentos adiante expostos, não sem antes alertar para a impossibilidade de prosseguimento do feito em razão da flagrante inépcia da petição inicial, senão vejamos:

3.1 DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL: DA NARRAÇÃO NÃO DECORRE LOGICAMENTE A CONCLUSÃO

Na verdade, na hipótese dos autos, o AUTOR ingressou com a ação errada e contra as pessoas erradas, senão vejamos.

Sem dar margem a dúvidas, assim dispõe o Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I – quando for inepta.

(...)

Parágrafo único: Considera-se inepta a petição inicial quando:

(...)

II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

Em seus “*Comentários ao Código de Processo Civil*”, relativamente ao artigo 295-I e parágrafo único, inciso II (inépcia da inicial), José Joaquim Calmon de Passos ensina que inépcia é uma incompatibilidade lógica ou jurídica entre o pedido e a causa de pedir.

Dessa forma – prossegue esclarecendo o mesmo Autor – além da falta do pedido ou da causa de pedir, a lei contempla, como espécie de inépcia, a incompatibilidade, desarmonia ou desencontro entre a causa de pedir e o pedido.

Como é sabido, a petição inicial contém um silogismo. Ela deverá partir de uma premissa maior (fundamentos de direito), uma premissa menor (fundamentos de fato) para chegar a uma conclusão (o pedido). Em conseqüência, deverá necessariamente existir um nexo lógico entre esses três elementos do silogismo.

Do que se conclui que, caso os fatos não ensejem

conseqüências jurídicas, a conclusão é falha. Por sua vez, se as conseqüências jurídicas não correspondem aos fatos, do mesmo modo a conclusão é falha, e por fim, se a conclusão está em desarmonia com as premissas anteriores, ela é inconseqüente, tudo ainda segundo a lição de J.J. Calmon de Passos.

Assim sendo, tem-se que é inepta a petição inicial quando: a) para o fato narrado não há direito aplicável; b) o direito exposto não é aplicável ao fato narrado; c) da aplicação do direito exposto ao fato narrado não se conclui a procedência do pedido.

O conhecido brocardo jurídico segundo o qual o juiz sabe o direito, cabendo às partes apenas indicar-lhe os fatos e explicar as conseqüências pretendidas, não exime o Autor da necessidade de narrar os fatos com clareza e precisão e de concluir postulando as conseqüências que desse fato juridicamente decorrem. **Seu risco e seu erro é colocar mal os fatos ou concluir mal em relação aos fatos que expôs.**

Por esta razão é que o CPC aponta no inciso II do acima citado art. 295 a hipótese da ausência do nexos de lógica entre a narração dos fatos e a conclusão como causa para declaração de inépcia da petição inicial.

Prosseguindo em seus comentários acerca do antes transcrito dispositivo do Código de Processo Civil, J.J. Calmon de Passos esclarece:

“A premissa maior ainda quando não enunciada corretamente, não vicia o libelo, isto porque o juiz poderá inferi-la do seu conhecimento técnico (*jura novit curia*), contanto que autorizada pelos fatos e coerente com a conclusão formulada pelo autor.

156.1. A primeira hipótese a considerar é a de ter narrado o autor, em sua inicial, um fato não qualificado pelo direito, isto é, um fato que não é fato jurídico (não há direito a ele aplicável, logo não é relevante juridicamente). Se isso se verifica, duas coisas podem ter ocorrido: ou o autor não formulou pedido ou o fez obscuramente (e será caso de inépcia com fundamento no inciso I), ou se algum pedido formulou, esse pedido não decorre logicamente do fato narrado, porquanto o fato narrado é inábil para produzir as conseqüências jurídicas (e a inépcia será com fundamento no inciso II).

156.2. Segunda hipótese possível é aquela em que o fato

narrado é fato jurídico (está, em abstrato, tipificado pelo ordenamento jurídico). Nessa circunstância, duas possibilidades existem: a) o autor tipificou corretamente o fato jurídico, mas lhe atribuiu conseqüências jurídicas não autorizadas, pelo fato que o seu pedido não guarda coerência lógica com a premissa menor; e ainda quando o juiz possa corrigir a premissa maior, não poderá fazê-lo se modificar o pedido formulado pelo autor; nesse caso a inicial é inepta; b) o autor tipificou incorretamente o fato jurídico e, conseqüentemente, pediu o que os fatos não autorizavam; também aqui a faculdade deferida ao juiz de corrigir a premissa maior encontra obstáculo intransponível na impossibilidade de modificar o pedido como formulado pelo autor, pelo que a petição será igualmente inepta.

156.3. Se os fatos narrados, entretanto, guardam coerência lógica com o pedido formulado, pouco importa a tipificação que lhe deu o autor: a petição inicial não será inepta, porquanto a sentença pela procedência é possível, sem violação do princípio dispositivo.

156.4. Este inciso II inclui, na verdade, um caso de improcedência *prima facie*. De logo, o juiz percebe que o autor, ainda quando provasse plenamente os fatos narrados, jamais lograria acolhimento para o seu pedido. E é essa constatação que conduz à inépcia, já apontada com um julgamento preliminar de mérito, sem que essa opinião constitua qualquer absurdo ou extravagância.” (in Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. III, Ed. Forense, 8ª edição, pp. 215/216).

É exatamente no equívoco apontado no primeiro caso do segundo exemplo da lição de Calmon de Passos que incide o Autor: apesar de haver tipificado corretamente o fato (negócio jurídico celebrado entre Município e Estado), lhe atribuiu conseqüências não autorizadas, logo o seu pedido não guarda coerência com a premissa menor, tornando inepta a sua inicial.

Ora, o AUTOR, após discorrer longamente acerca do procedimento de fiscalização de cadastro de imóveis rurais e ainda acerca das dificuldades decorrentes do próprio sistema registral brasileiro pretende, em síntese, **ver canceladas as matrículas e registros que ele alega serem fraudulentos.**

É certo que num primeiro momento, no ano 2001, tal

procedimento foi levado a efeito em larga escala, em decorrência da atuação da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, por meio da Correição Extraordinária realizada a pedido do então Ministro do Desenvolvimento Agrário Raul Jungmann (fls. 215/217 dos autos), que por meio de vários provimentos cancelou inúmeras matrículas e diversos registros identificados como fraudulentos nos Municípios do interior do Estado do Amazonas.

Todavia, na hipótese dos autos, conforme narrado na inicial, as matrículas e registros outrora canceladas pela Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas **estão novamente válidas**.

Alega o AUTOR que o ato praticado pelo Conselho da Magistratura do TJ/AM precisa ser declarado nulo em razão **de vício nas certidões que respaldam os títulos apresentados pelo particular proprietário**.

Entretanto, das alegações do AUTOR não decorre logicamente o seu pedido, senão vejamos: a decisão do Conselho da Magistratura do TJ/AM foi respaldada por documentação trazida aos autos pelo próprio INCRA. O próprio INCRA atestou a veracidade das certidões apresentadas pelo particular e reconheceu a validade de seus títulos. Em momento algum, no decorrer do procedimento nº. 79/2002, se questionou a validade ou veracidade das aludidas certidões. Somente em momento muito posterior (2 anos depois) é que o INCRA, ora AUTOR, identificou a alegada fraude e a suposta falsidade dos documentos e por tal razão deduz a presente pretensão jurídica com vistas a cancelar as matrículas e registros viciados.

Dessa forma, a verdadeira intenção do AUTOR é anular as matrículas e registros eivados de vícios insanáveis materializados nas certidões supostamente falsas, logo não faz o menor sentido pretender a anulação do ato do Conselho da Magistratura do TJ/AM, que foi praticado dentro de todos os parâmetros de legalidade.

Portanto, é inegável que os fatos narrados pelo AUTOR, por si só, não autorizam a declaração de nulidade da decisão do Conselho da Magistratura do TJ/AM. Muito menos esclarecem a titularidade dos imóveis em questão, circunstância esta que determina o indeferimento da petição inicial, por inépcia, nos exatos termos do que dispõe o artigo 295-I e seu parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil, o que se requer, desde já, com a condenação do Autor nas verbas sucumbenciais.

3.2 – DO INTERESSE PROCESSUAL

Segundo conceito consagrado pela doutrina², o interesse processual se apresenta sempre que a parte tenha necessidade de exercer um direito de ação, e conseqüentemente de instaurar um processo, para alcançar o resultado pretendido, ou seja, para alcançar o descrito em seu pedido (pretensão). Também se faz necessário, para configurar o interesse processual, que o pedido, ou a **pretensão seja útil do ponto de vista prático**.

Assim, o interesse de agir, ou interesse processual, repousa no binômio **necessidade-adequação**. A necessidade se apresenta quando o direito material não pode ser realizado sem a intervenção jurisdicional, e a adequação, por sua vez, resta caracterizada quando a parte requer providência que lhe seja útil. O interesse processual nasce, portanto, da necessidade da tutela do Estado Juiz invocada pelo meio adequado que determinará o resultado útil pretendido do ponto de vista processual.

No caso dos autos, o pedido do INCRA lhe é absolutamente desnecessário e inútil, além de inadequado para obtenção da tutela pretendida.

Na verdade, pretende o INCRA, com a presente demanda, cancelar as matrículas e os registros de imóveis em nome do particular Adrião de Souza Batalha, por considerá-las viciadas, fraudulentas e conseqüentemente causam usurpação ao patrimônio da União.

Ocorre que eventual tutela jurisdicional a ser conferida ao INCRA, no sentido de declarar nula a decisão do Conselho da Magistratura, não fará com que os imóveis eventualmente usurpados pelo particular retornem ao patrimônio da União.

De outra mão, se o INCRA pretendia com a presente ação ver discutida e ao final esclarecida a titularidade dos imóveis do particular Adrião de Souza Batalha ingressou com o pedido equivocadamente, como já exposto anteriormente.

Na hipótese dos autos, por certo que a presente ação não é a via adequada para discussão das questões referentes à titularidade do bem, revelando-se a inutilidade e a desnecessidade do provimento jurisdicional buscado pelo AUTOR.

² Por todos, WAMBIER, Luiz Rodrigues, coord. Curso Avançado de Processo Civil, vol.1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

EDUARDO ARRUDAALVIM, in “Curso de Direito Processual Civil”, 1.^a ed., São Paulo: RT, 2000, coloca que:

“Na realidade, a escolha da via *inadequada* revela a *inutilidade* daquilo que se pede, razão pela qual a idéia de interesse processual pode ser reduzida à aferição da presença do binômio 'necessidade e utilidade' do provimento jurisdicional pleiteado. É o que observam com acuidade Nelson Nery Jr. e Rosa Nery: 'Movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta inexistência de interesse processual. (...)’”.

RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE, em seu livro “Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir”, 2.^a ed., São Paulo: RT, 2001, aborda a questão da perda do interesse de agir, aduzindo o seguinte:

“(...) Por fim, o interesse de agir deve ser atual, significando isso dizer que, desde a propositura da ação até o encerramento definitivo do processo, é preciso que a jurisdição esteja apta, pelo menos em tese, a provocar um resultado útil.

É possível que o interesse de agir esteja presente na propositura da ação, desaparecendo, todavia, no curso do processo.

Vejamos dois exemplos: 1.º) o candidato não obtém êxito em concurso público, cuja prova fora realizada por meio de medida liminar concedida em mandado de segurança; 2.º) 'a norma inquinada de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato deixa de integrar o ordenamento jurídico, porque revogada'³.

Em tais situações, impõe-se a declaração da ausência do interesse de agir, mesmo que já se tenha proferido sentença de mérito (o recurso estará prejudicado, por perda do objeto), salvo se tiver havido trânsito em julgado (CPC, arts.

³ STF – Tribunal Pleno, ADI 795-Sócio, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07.11.1996, DJU 06.12.1996, p. 48.704

267, § 3.º, e 557), devendo o autor arcar com os ônus sucumbenciais⁴.

Posta assim a questão, configurada a ausência de interesse processual do INCRA na presente demanda, requer-se, desde já, seja acolhida a presente preliminar argüida, para o fim de extinguir o processo sem julgamento do mérito e condenar o Autor aos ônus sucumbenciais.

3.3. DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO

Nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, haverá **litisconsórcio necessário** quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver que decidir a lide de modo uniforme para todas as partes.

Por certo que “o litisconsórcio necessário tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar o seu direito subjetivo” (STF – RT 594/248). Do contrário ele não ocorre (RTJ 84/267).

No caso em tela, não há como desconsiderar que eventual sentença reconhecendo a nulidade do ato praticado pelo Conselho da Magistratura do TJ/AM implicaria, necessariamente, na repristinação dos provimentos 02/2001 da Corregedoria do TJ/AM referentes aos Municípios de Eirunepé e Envira que, por sua vez, determinaram o cancelamento de matrículas e registros de diversos imóveis de vários particulares.

Com a decisão do Conselho da Magistratura os tais provimentos foram cancelados e os registros neles mencionados ficaram livres de qualquer constrição. Tal situação foi inclusive alegada pelo AUTOR na peça inicial nos seguintes termos:

“É sabido que Adrião de Souza Batalha já desmembrou parte dos imóveis rurais objeto dessa demanda e transferiu seus domínios para terceiros...”

Ora Excelência, qualquer provimento jurisdicional concedido no bojo dos presentes autos seria nulo sem que o particular Adrião de Souza Batalha estivesse compondo a lide, isso sem mencionar todos os demais particulares proprietários dos outros imóveis elencados nos dois provimentos cancelados pelo ato agora atacado.

⁴ Cf. Súmula 38 do TRF da 4.ª Região.

Compete ao Autor eleger contra quem pretende litigar processualmente, sendo que a falta de indicação dos litisconsortes passivos necessários, como é o caso em tela, **se configura em ausência de pressuposto válido e regular de desenvolvimento do processo**, ensejando sua extinção nos termos do parágrafo único do art. 47 do CPC.

Dessa forma, requer o Estado do Amazonas que determine V. Exa que o INCRA promova a citação de **todos os particulares** proprietários de imóveis elencados nos provimentos 02/2001 de Eirunepé e 02/2001 de Envira, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito, o que desde já requer.

4. MÉRITO

No mérito, o Estado do Amazonas pugna pelo reconhecimento da legalidade do ato praticado pelo Conselho da Magistratura do TJ/AM, na medida em que foi praticado de acordo com todas as formalidades legais exigidas.

De outra mão, segundo se extrai da farta documentação trazida aos autos pelo AUTOR, a decisão do Conselho da Magistratura se fundamentou totalmente na manifestação administrativa da própria Autarquia-Autora que requereu a revisão dos dois provimentos da Corregedoria do TJ/AM e para tanto anexou documentação comprovando a higidez dos títulos do particular.

Se as certidões que legitimaram os títulos do particular são falsas, tal como agora alegado pelo AUTOR para requerer a anulação da decisão do Conselho, tal fato não foi naquela ocasião levantado e dessa forma não compromete a legalidade daquela decisão.

Na verdade, trata-se de fato novo que precisa ainda ser devidamente comprovado para que venha a surtir qualquer efeito no mundo jurídico.

Nesse sentido, – uma vez comprovada a falsidade das certidões – forçoso admitir que a conseqüência natural seria o reconhecimento da nulidade das matrículas e dos registros em favor do particular, jamais do ato praticado pelo Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, como pretende o AUTOR.

5. PEDIDO

Ante o exposto, o Estado do Amazonas espera sejam acolhidas as preliminares argüidas, para o fim de extinguir o processo sem julgamento do mérito, ou, espera seja julgado

improcedente o pedido, ante evidente validade do ato praticado pelo Conselho da Magistratura do TJ/AM.

Termos em que, pede deferimento,
Manaus/AM, 15 de maio de 2009.

CLARA MARIA LINDOSO E LIMA
Procuradora do Estado

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS****PROCESSO N.º 2009.002243-6**

ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público, neste ato representado pela Procuradoria Geral do Estado, com sede nesta capital, na Rua Emílio Moreira, n.º 1308, Centro, por intermédio de sua Procuradora infra-assinada, não se conformando com o respeitável acórdão prolatado nos autos da **AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO** proposta contra **ANGEL MEDINA GARRIGOS**, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência interpor **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**, ao abrigo do artigo 102-III, alínea *a* da Carta Magna, consubstanciado nas inclusas razões, requerendo, após o cumprimento das formalidades legais, a remessa dos autos ao Colendo Supremo Tribunal Federal, para apreciação.

Termos em que
Pede deferimento,
Manaus/AM, 09 de outubro de 2009.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA

Procuradora do Estado
OAB/AM n.º 2334

**EXMOS. SRS. MINISTROS DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL****RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

PROCESSO N.º 001.05.046526-1 (APELAÇÃO CÍVEL N.º
2009.002243-6)

RECORRENTE: ESTADO DO AMAZONAS.

Procuradora: Roberta Ferreira de Andrade Mota

RECORRIDO: ANGEL MEDINA GARRIGOS.

Excelentíssimo Senhor MINISTRO RELATOR,

1. DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Cumpra, inicialmente, demonstrar a tempestividade deste recurso.

A intimação do Estado do Amazonas deu-se pela disponibilização do v. acórdão no DJE de 08/09/2009, com publicação em 09/09/2009, quarta-feira, iniciando-se o prazo no dia 10/09/09, primeiro dia útil seguinte. Observando-se que o prazo para a interposição do recurso extraordinário é de 30 dias, constata-se que o prazo expira somente dia 09 de outubro de 2009, o que, à vista do protocolo desta petição, denota a tempestividade recursal.

2. DA MEMÓRIA FÁTICA

Tratam os autos de ação expropriatória, com base no Decreto Governamental n.º 25.027, de 23 de maio de 2005, que declarou de utilidade pública o imóvel situado na cidade de Manaus, na Av. Noel Nutels, s/nº, bairro da Cidade Nova, com área de 25.342,00m² e perímetro de 675,86m, onde encontra-se construído o centro de referência da família no referido bairro, ajuizada em face da recusa do proprietário do imóvel em aceitar o valor da avaliação.

O valor ofertado e depositado pelo Estado do Amazonas, consoante laudo de avaliação da Secretaria de Estado de Política Fundiária – SPF (R\$ 354.000,00 – trezentos e cinquenta e quatro mil reais), para imissão da posse *initio lictis*, foi recusado pelo expropriado, que apresentou contra-proposta no valor de R\$ 1.385.333,34 (um milhão, trezentos e oitenta e cinco mil, trezentos e trinta e três reais e trinta e quatro centavos).

Contestada a ação, o MM. Juiz do feito determinou a reintegração de posse do imóvel ao expropriado, cuja decisão foi objeto de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Amazonas às fls. 213/220, o qual foi conhecido e provido pela Egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, conforme acórdão de fls. 243/244, obtendo, assim, a imissão da posse em seu favor.

O perito designado pelo juízo formulou laudo de avaliação (fls. 338/484), atribuindo ao imóvel objeto da lide o valor de R\$ 7.700.000,00 (sete milhões e setecentos mil reais).

O assistente técnico do Estado do Amazonas apresentou parecer técnico divergente às fls. 523/598, atribuindo à indenização devida ao expropriado o valor de R\$ 2.227.056,37 (dois milhões, duzentos e vinte e sete mil e cinquenta e seis reais e trinta e sete centavos).

O Ministério Público emitiu parecer conclusivo às fls. 610 a 614, opinando pela procedência da ação.

O MM. Juiz *a quo* prolatou sentença às fls. 678/685, fixando o pagamento da indenização no valor de R\$ 2.906.181,00 (dois

milhões, novecentos e seis mil, cento e oitenta e um reais), referente à área do terreno, muro de vedação e terraplanagem.

Inconformado, o Estado do Amazonas interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado provimento parcial, excluindo da indenização o valor referente aos serviços de terraplanagem.

Contudo, o v. acórdão recorrido não excluiu da indenização o valor referente ao muro e manteve o laudo pericial no tocante ao valor da indenização, ensejando a interposição do presente recurso extraordinário.

3. DO CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O presente recurso extraordinário fundamenta-se no artigo 102-III, letra “a” da Constituição Federal, porquanto violado, pelo v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, o princípio da justa indenização, fixado no inciso XXIV do art. 5º.

4. DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

O § 3º do art. 102 da Constituição Federal de 1988, na redação dada pelo artigo 1º da EC 45/2004, exige, quando da interposição do Recurso Extraordinário, a existência da chamada repercussão geral do recurso.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o recurso extraordinário, deverá constatar a existência da repercussão geral, conforme preceituado no art. 543-A do CPC:

Art. 543-A - O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista **econômico**, político, **social** ou **jurídico**, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

Na hipótese presente, não se deve olvidar que as matérias versadas na lide contêm a natureza de **abrangência institucional** e de **plúrima aplicação, notadamente no que concerne aos efeitos econômicos do valor fixado a título de indenização – R\$**

2.906.181,00 (DOIS MILHÕES, NOVECENTOS E SEIS MIL, CENTO E OITENTA E UM REAIS).

A cifra, acima informada, possui, por certo, poder devastador sobre o erário do Estado do Amazonas, repercutindo no seio social, em decorrência da impossibilidade de destinação de verbas para os projetos sociais, além do econômico, na elaboração e definição do orçamento do Estado do Amazonas, e jurídico, por conta da ofensa ao princípio constitucional da justa indenização.

Assim, **impossível** não se reconhecer a **ampla e geral repercussão, principalmente na seara econômico-financeira sobre o orçamento do Estado do Amazonas.**

Está demonstrada, assim, a repercussão geral da matéria versada nos presentes autos, de sorte que se espera que seja admitido, também quanto a esse requisito, o presente recurso extraordinário.

5. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO

O mandamento constitucional da justa indenização não pode servir ao enriquecimento ilícito do expropriado. A esse respeito, confira-se a lição do Mestre José Carlos de Moraes Sales, extraída da obra *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 511):

“Destarte, para que haja justeza e justiça na indenização, é preciso que se recomponha o patrimônio do expropriado com quantia que corresponda, exatamente ao desfalque por ele sofrido em decorrência da expropriação. Não se deve atribuir ao desapropriado nem mais nem menos do que se lhe subtraiu, porque a expropriação não deve ser instrumento de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou do expropriado.”

A fixação da justa indenização deve obediência ao artigo 27 do Decreto-Lei nº 3365/41, que dispõe:

O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à

valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

Para melhor elucidar os equívocos cometidos pelo laudo pericial, transcrevemos os comentários do assistente técnico indicado pelo Recorrente:

“Isto posto, passamos a comentar, em caráter exclusivamente técnico, o LAUDO DE AVALIAÇÃO do ilustre expert do Juízo, nos seguintes termos:

I - no item i) – item 1.5 do Laudo do Perito – o ilustre Perito apresenta definições de **Método Avaliatório** denominados de “a) **Métodos Diretos** e b) **Métodos Indiretos**”, e dentro dos indiretos cita o “**Método Residual**”. No item **1.5.1 Método comparativo de dados de mercado (MCDM)** cita: “A norma define, em seu artigo 6.2.1, que “as características e os atributos dos dados pesquisados que exercem influência na formação dos preços e, conseqüentemente, no valor, devem ser ponderados por homogeneização ou por inferência estatística, respeitados os níveis de rigor definidos nesta Norma” e cita também, “Observa-se que a Norma Brasileira admite o tratamento definido como “**homogeneização**”, quando o nível de rigor for referido à “**Avaliação Normal**”, vedando o seu emprego quando se tratar de “**Avaliação Rigorosa**” ou “**Rigorosa Especial**”, em que somente aceita a ponderação através da “**Inferência Estatística**”.”.

Ocorre que na norma que cuida das avaliações – NBR 14653 – Avaliação de bens, e suas partes, já citada em I, não existem estas denominações de “**Métodos Diretos e Métodos indiretos**” nem tampouco “**Método Residual**”, assim, equivoca-se o ilustre Perito em tal citação. Bem como, equivoca-se na definição do artigo 6.2.1 da norma, pois ao verificarmos na norma tal artigo não existe, assim transcrevemos o que encontramos na citada norma: “**6 Procedimentos de excelência ... 6.2 Quanto ao sigilo** – Considerar como confidencial o resultado do trabalho realizado e toda informação técnica, financeira ou de outra natureza, recebida do cliente”, quanto ao item **6.2.1**, este não consta; e equivoca-se novamente quando fala em “**Avaliação Normal**”, “**Avaliação Rigorosa**” e “**Rigorosa Especial**”, tendo em vista que a citada norma tais

classificações. Referente a este assunto encontramos na norma vigente o seguinte item **9 “Especificação das Avaliações ... 9.2.1 Graus de fundamentação no caso de utilização de modelos de regressão linear, ... 9.2.2 Graus de precisão no caso de utilização de modelos de regressão linear”**, ou seja: os níveis de rigor previstos na norma **NBR 7656 Avaliação de Imóveis Urbanos** (esta norma foi cancelada e substituída pela atual norma da ABNT – NBR 14.653 Avaliação de Bens – e suas partes) não mais existem, sendo as avaliações especificadas em graus de fundamentação e precisão.

II - Foi verificado em ii) que traz o ilustre Perito em seu Laudo, item **1.5.3 Homogeneização das amostras** definições de fatores diversos tais como: de atualidade; de fonte de informação; de forma – considerando a influência da testada e da profundidade; de topografia; de viabilidade e destinação segundo o plano diretor; de melhoramento e serviços públicos existentes e de localização. Consideramos serem desnecessárias, portanto, impertinentes tais informações, posto que, o ilustre perito delas não se utiliza para a feitura do Laudo, podendo causar confusão na interpretação do Laudo, por pessoas não especializadas no assunto (avaliações).

III - Nos itens iii) iv) v) vi) vii) e viii) das observações feitas foi verificado nos itens e subitens: **4 AVALIAÇÃO, 4.4 FINALIDADE, 4.5 VISTORIA DO IMÓVEL (Benfeitoria Tangível), 4.9 VALORAÇÃO DA GLEBA, 4.9.1 VALORAÇÃO DAS BENFEITORIAS TANGÍVEIS, 4.2.9.0 BENFEITORIAS INTANGÍVEIS, 4.9.VALOR FINAL, 5.0 CONCLUSÃO E VALOR FINAL** do laudo do ilustre Perito onde em sua definição afirma: **“4.4 FINALIDADE – Constar o valor de mercado do imóvel, incluindo o terreno e benfeitorias para efeitos de desapropriação total que o Desapropriado possa ter condição de obter um bem semelhante”**. (grifamos). Também cita em **Benfeitoria Tangível**: serviços de terraplenagem com limpeza do terreno, corte e aterro, compactação e regularização do sub-leito; serviços de pavimentação; Muro de Vedação; Projeto executivo de arquitetura e engenharia; e visualização das imagens virtuais do empreendimento. Ocorre que, por ocasião da primeira Vistoria realizada no imóvel dia 16 de março de 2005, foi verificada apenas a

existência de um muro de alvenaria de bloco de concreto com 211,8 m x 3,00m de altura; o terreno encontrava-se parcialmente coberto por vegetação, e apenas parte do terreno se encontrava sem vegetação, conforme pode ser visto em fotografias acostadas ao Laudo de Avaliação (Processo Administrativo nº. 1474/2005, com origem no processo 2939/05-Casa Civil que recebeu o nº. 775/2005-PGE); não sendo verificada a existência dos demais serviços alegados como: corte e aterro, compactação, regularização do subleito e pavimentação apresentados no Laudo de Avaliação do Perito como **Benfeitoria Tangível**. Nota-se que todos os Alvarás de Construção expedidos pela Prefeitura, de terraplanagem, pavimentação e residencial familiar + comercial tipo 4 foram expedidos em 26 de julho de 2004 e expiraram em 26 de janeiro de 2005. Ressalta-se que a primeira Vistoria de Avaliação realizada por técnicos desta Secretaria foi realizada em março de 2005 e nela não foi constatada a realização das mencionadas obras. Ainda, não constam acostados ao referido Laudo documentos probatórios de realização de tais despesas, destarte, não concordamos com os valores apresentados pelo expert do Juízo para efeito de acréscimo ao valor do bem avaliando, apenas o valor correspondente à construção do muro, este já contemplado na avaliação inicial.

No item **4.9 VALORAÇÃO DA GLEBA** o ilustre perito do Juízo diz que: “O modelo utilizado foi: $[P \text{ UNIT}] = 1/(0,13120 - 1,0644 \times 10^{13} \times \text{Exp}(-[\text{END}])) + 1,2903 \times 10^{-11} \times [\text{ÁREA TER}]^2 - 0,13417 / \text{Ln}([\text{ÁREA CONST}]) - 2,4866 \times 10^{-2} \times \text{Exp}(-[\text{TRANSP PUB}]) - 1,0071 \times 10^{-2} \times [\text{FLEX. MERC}]^2$ Estima-se P UNIT do LOTE AVALIANDO = R\$ 93,61/m²”.

Intervalo de confiança de 10,0 % para o valor estimado:

Mínimo : R\$/m² 92,25

Máximo : R\$/m² 94,99

Para uma Área do Lote de 25840 m², teremos:

Valor de Mercado obtido = R\$ 2.418.757,75

Valor de Mercado mínimo = R\$ 2.383.717,18

Valor de Mercado máximo = R\$ 2.454.576,68

Verifica-se que o “**Valor de Mercado obtido = R\$ 2.418.757,75**”, e que o valor unitário encontrado foi de R\$ 93,61/m², sendo o mínimo de R\$ 92,25/m² e o máximo de R\$ 94,99/m².

Tendo em vista o equívoco do Expert do Perito comentado

no item IV, b-1, abaixo, onde apresenta a equação do Valor Unitário (**V. UNIT**) de forma inadequada, levando o valor de mercado obtido para um valor que não corresponde ao valor de mercado que se quer encontrar.

No subitem **4.9.2.0 BENFEITORIAS TANGÍVEIS** o ilustre Perito do Juízo apresenta em planilha (página 30/80 do Laudo de Avaliação) o valor de um empreendimento.

Nota-se que a planilha se refere ao terreno e construção, de onde se depreende que seja a construção do condomínio anunciado em placa fixada no local, correspondente ao projeto aprovado, entretanto, conforme se verifica no Alvará de Construção nº. 00861 expedido pela Prefeitura Municipal, datado de 26 de julho de 2004, com data de vencimento em 26 de janeiro de 2005, considerando-se que, se a vistoria de avaliação foi realizada em março/2005 e o Decreto que declara – o imóvel (terreno) – de utilidade pública é datado de 23 de maio de 2005 e ainda, na ocasião não foi constatado nenhum indício de início da referida construção, nem mesmo piquetes de locação de obra; há de se convir da impossibilidade deste Assistente de Perito de realização de cálculo de lucros cessantes alegado.

Apresenta o ilustre Perito do Juízo, a estimativa de lucros da seguinte forma: ***“Estima-se que os investidores foram impedidos de lucros no valor de R\$ 4.419.895,32 (quatro milhões, quatrocentos e dezenove mil, oitocentos e noventa e cinco reais e trinta e dois centavos) em um prazo de retorno de 18 meses.”***

Buscamos na norma que norteia as avaliações, já anteriormente citada, a NBR 14653 – Avaliação de bens; na Parte 4 – Empreendimentos – que trata especificamente de empreendimentos alguns esclarecimentos como se seguem:

“11. Apresentação do Laudo de avaliação

11.1 Requisitos mínimos.

11.1.1 Os laudos de avaliação de empreendimentos para a identificação de valor só serão admitidos na modalidade completo e devem conter os seguintes itens:

- a) identificação do solicitante;***
- b) finalidade do laudo, quando informada pelo solicitante;***
- c) objetivo da avaliação***
- d) pressupostos, ressalvas e fatores limitantes;***

- e) *caracterização física do empreendimento e período de vistoria;*
- f) *indicadores básicos operacionais do empreendimento;*
- g) *análise das séries históricas do empreendimento;*
- h) *análise setorial e diagnóstico do mercado;*
- i) *indicação do(s) métodos e procedimento(s) utilizado(s);*
- j) *tratamento dos dados: taxas de desconto, escolha do modelo, estimativa do horizonte, fluxo de caixa, cenários, análise de sensibilidade e de risco;*
- k) *especificação da avaliação: indicar o grau de fundamentação atingido;*
- l) *identificação e fundamentação do resultado alcançado;*
- m) *resultado da avaliação e data-base;*
- n) *qualificação legal completa e a assinatura dos profissional(is) responsável(is) pela avaliação;*
- o) *local e data do laudo.*

Como se verifica no Laudo do ilustre Perito, os lucros atribuídos estão pautados apenas em uma planilha de custos (sintética), todavia menciona “um prazo de retorno de 18 meses”, destarte, não sendo possível ser analisada, se fosse o caso, do ponto de vista de determinação de lucros, pois não dá para saber, entre outros, qual indicador de viabilidade econômica de empreendimento foi adotado, se o valor presente líquido – VPL –, ou a taxa interna de retorno – TIR –, se tempo de retorno – TR –, ou índice de lucratividade. No item 5 **“CONCLUSÃO E VALOR FINAL** o ilustre Perito do Juízo conclui que o **“Valor de mercado obtido = R\$ 3.309.744,69 ao Valor de mercado mínimo = R\$ 3.345.563,62”**.

IV - Após análise e comentários sobre o Laudo de Avaliação, passamos a análise e comentários dos anexos (no que couber) que compõem o Laudo.

a) Análise e comentário sobre o **Pesquisa de Mercado**, anexo 1, (páginas 36-48 do Laudo).

Verifica-se que o ilustre Perito do Juízo, utilizou em seu Laudo elementos amostrais com área inferior a 10.000,00m² conforme se verifica abaixo:

Elemento pesquisado nº 02 – área do terreno = 2.464,00m²;

Elemento pesquisado nº 08 – área do terreno = 6.000,00 m²;

Elemento pesquisado nº 10 – área do terreno = 900,00 m²;

Elemento pesquisado nº 11 – área do terreno = 1.800,00 m²;

Elemento pesquisado nº 12 – área do terreno = 800,00 m²;

Elemento pesquisado nº 13 – área do terreno = 3.087,00 m²;
Elemento pesquisado nº 15 – área do terreno = 2.700,00 m².
Ou seja, dos quinze (15) elementos pesquisados e utilizados
no modelo, sete são lotes e não gleba, que por suas
características, ainda que tratados, geram resultado diverso
daquele que se pretende chegar, tais elementos não se
enquadram como gleba, que de acordo com o Plano Diretor
(Lei nº. 673, de 04 de novembro de 2002), Título II, das
Definições, Art. 4º. tem a seguinte definição: “Gleba – Imóvel
não parcelado e não edificado, una e indivisível, de área
igual ou superior a 10.000,00 m² (dez mil metros
quadrados)”.

Transcrevemos da ABNT NBR 14653-2:2004 o seguinte: “Item
11 Procedimentos específicos, 11.1 Desapropriações,
11.1.2 Critérios, 11.1.2.1 – Nas desapropriações totais, as
 avaliações devem ser realizadas com a utilização dos
 métodos previstos nesta Norma...”.

Da mesma Norma transcrevemos: “**11.3 Glebas urbanizáveis, 11.3.1** A avaliação das glebas urbanizáveis deve ser feita preferivelmente com a utilização do método comparativo direto de dados do mercado”.

Aduz-se que, se a área avalianda (objeto da lide) é uma
gleba, os elementos da amostra também o serão, quando o
método de avaliação adotado for o comparativo direto de
dados do mercado.

b) Análise e comentário sobre o **Tratamento Estatístico** dos elementos da amostra – pesquisados e tratados –, (anexo 1, páginas 49-89 do Laudo de Avaliação).

1) Equivoca-se o **Expert do Juízo quando define em “Descrição das Variáveis” a equação como:**

“Variável Dependente: P. UNIT

● : **P. Unit:** é a relação entre Preço ofertado ou transacionado e a soma das áreas do terreno e da construção... **Equação [PREÇO] ([ÁREA TER] + [ÁREA CONST])”.** (vide Laudo do Perito página 53/80).

A equação que deveria ser utilizada, no caso, seria:

P. UNITÁRIO = (PREÇO – VALOR DA ÁREA CONSTRUÍDA)

ÁREA TERRENO

2) No relatório estatístico consta: “Número mínimo de amostragens para 5 variáveis independentes: 8”.

Para melhor esclarecimento, transcreve-se da norma NBR

16653-2:2004, o seguinte: “**9.2.1 Graus de fundamentação no caso de utilização de modelos de regressão linear**”

..

(Tabela 1 – Graus de fundamentação no caso de utilização de modelos de regressão linear) - Parte

Exemplificando: Se a fundamentação for no Grau I, temos: a equação $3(k+1)$, onde k é o número de variáveis independentes, no caso $k = 5$, ficando da seguinte forma:

$$3(5 + 1) = 18$$

Logo, o número de dados de mercados efetivamente utilizados para a aplicação de cinco (5) variáveis independentes é dezoito (18). Como o número de dados de elementos da pesquisa é quinze (15), constata-se que este número não atende a Norma.

3) Ainda do **Relatório Estatístico – “Análise da Variância”**, verifica-se que:

“F Calculado: 3,214

F Tabelado: 6,057 (para o nível de significância de 1,000%)

Significância do modelo igual a 6,1%

Rejeita-se a hipótese de existência da regressão”.

Ao realizar a verificação da Significância das Variáveis – Testes de hipótese “t” e “F” – onde o resultado for “não O. K.”, deve o avaliador fazer eliminação de variáveis pouco significativas, definir nova especificação do modelo, ampliar a pesquisa e se possível, fazer nova coleta de dados e identificação das variáveis.

Se o próprio programa computacional rejeitou a hipótese da regressão significa dizer que o modelo de equação adotado não há coerente do modelo perante o mercado imobiliário e o imóvel avaliando.”

(grifos do Recorrente)

Permissa venia, Excelência, o MM. Juiz *a quo*, ao considerar como válida a construção do muro de vedação e terraplanagem, não atentou ao fato de que o Alvará de Construção expedido pela Prefeitura Municipal de Manaus, datado de 26 de julho de 2004, possuía data de vencimento de 26 de janeiro de 2005, impossibilitando o Recorrido, pelo menos no que concerne à legalidade para construir, de continuar com as obras de terraplanagem e construção.

Ademais, em vistoria do funcionário da SPF (Secretaria de

Política Fundiária), realizada em 16 de março de 2005, conforme laudo acostado aos autos, o muro de vedação e os serviços de terraplanagem ainda não haviam sido realizados, ou seja, foram posteriores à declaração de utilidade pública.

Portanto, Excelência, dúvida não há de que o muro foi construído pelo Recorrido, porém a questão é: quando? Após a declaração de utilidade pública e ao desabrigo de alvará, sendo, portanto, não indenizável.

De igual modo, revela-se a imprestabilidade do laudo pericial em relação ao método utilizado, restando equivocado o entendimento de inexistência de divergência entre o Perito judicial e o assistente técnico do Recorrente.

Data maxima venia, conforme demonstrado pelos comentários do assistente técnico indicado pelo Recorrido, o perito judicial utilizou em seu laudo elementos amostrais com área inferior a 10.000,00 m², sendo tais modelos pesquisados **lotes e não glebas**, e, portanto, inservíveis.

É que, conforme o Plano Diretor (Lei n.º 673, de 04 de novembro de 2002): “Gleba – imóvel não parcelado e não edificado, una e indivisível, de área igual ou superior à 10.000,00m² (dez mil metros quadrados).” Assim, a área expropriada é uma gleba, eis que possui 25.342,04m².

Portanto, Excelência, a utilização de lotes, ao invés de glebas, como elementos de amostras, não pode ser aceita, por não guardar semelhança com o imóvel objeto da lide.

De preferência, a avaliação de glebas deve ser feita com a utilização do método comparativo direto de dados de mercado, coletando amostras, cuja qualidade deve estar assegurada quanto à:

- correta identificação dos dados de mercado, com endereço completo, especificação e quantificação das principais variáveis levantadas, mesmo aquelas não utilizadas no modelo;

- isenção e identificação das fontes de informação, esta última no caso de avaliações judiciais, de forma a permitir a sua coerência;

- número de dados de mercado efetivamente utilizados, de acordo com o grau de fundamentação;

- sua semelhança com o imóvel objeto da avaliação, no que diz respeito à sua situação, à destinação, ao grau de aproveitamento e às características físicas.

A respeito do método comparativo, leia-se a lição de Marcelo Beserra, extraída da obra *Desapropriação no Direito Brasileiro* (Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 64-65):

“Consiste na adoção de valor de oferta de imóveis semelhantes colocados no mercado imobiliário na mesma região geoeconômica dos imóveis expropriados. Nesse caso, o perito deverá coligir, no mínimo, cinco ofertas de imóveis colocados à venda na mesma região do imóvel. Tratará os preços desses imóveis através de método científico, onde utilizará homogeneização dos elementos coletados, de forma a torná-los paradigmas, que possibilitem encontrar uma média entre os valores, sendo que, após, passa a desprezar os elementos que estiverem 30% acima ou abaixo da média encontrada. Após, passa a avaliar o imóvel valendo-se da média encontrada, aplicando-se nos cálculos fatores valorizantes, como por exemplo o de esquina e testada, ou depreciantes, como consistência de solo, em caso de terrenos brejosos ou alagadiços, topografia e lindeiros a cursos d'água, profundidade e testada, caso não estejam dentro dos parâmetros estabelecidos pelas normas e posturas administrativas.”

Contudo, o v. acórdão recorrido limitou-se a afirmar que “o *expert* do juízo elaborou detida e bem fundamentada análise das condições da propriedade e da situação de mercado, donde se conclui que a alegação de que houve interpretação equivocada do magistrado *a quo* porque o perito judicial utilizou em seu laudo elementos amostrais com área inferior a 10.000 m² não merece prevalecer” (fls. 751), transcrevendo duas decisões do STJ, que se referem à “solidez dos fundamentos da perícia oficial” (fls. 752) e à “perícia regular” (fls. 753).

Data maxima venia, entende o Recorrente que restaram suficientemente demonstrados os equívocos do laudo pericial, comprometendo o resultado final, mormente porque a perícia é a prova fundamental da ação de desapropriação e deve respaldar o julgador, o qual, por sua vez, está adstrito ao artigo 27 do Decreto-Lei nº 3365/41.

Dessa forma, o laudo judicial de avaliação deveria, pelo menos, conter os elementos indicados no artigo 27, em obediência ao § 1º do artigo 23 do Decreto-Lei nº 3365/41, a fim de permitir ao

Culto Julgador formar seu convencimento quanto ao valor da justa indenização, que deve ser fixado na sentença, conforme artigo 28 do Decreto-Lei nº 3365/41.

Contudo, ao dar parcial provimento ao apelo interposto pelo Recorrente, excluindo da indenização o valor referente aos serviços de terraplenagem, o v. acórdão recorrido acolheu o laudo pericial elaborado pelo Perito do Juízo, “em decorrência da solidez dos fundamentos da perícia judicial” (fls. 746).

Sucedo que, conforme já demonstrado, o laudo judicial contém impropriedades técnicas, além de refletir a valorização decorrente da atuação estatal, que deve ser desprezada.

Ora, o objetivo da perícia é apurar o justo valor indenizatório do imóvel expropriado, e não outorgar ao proprietário um ganho de capital.

A respeito, confira-se o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO-LEI Nº 3365/41, ART. 26. JUSTA INDENIZAÇÃO. VALOR DO IMÓVEL À ÉPOCA DA OCUPAÇÃO.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute a aplicação ou não do art. 26 do Decreto-Lei 3.365, de 1941, em desapropriação indireta.

2. Precedente desta Egrégia Primeira Turma da lavra do eminente Min. Teori Albino Zavascki (REsp n. 502.519/MA, DJU de 15.03.04), afirma que:

‘1 a chamada **desapropriação** 'indireta', ao contrário do que ocorre no procedimento legal de desapropriação, em primeiro lugar há a ocupação do bem e sua afetação ao domínio público, e somente depois, por iniciativa do proprietário, é que se desencadeia o processo judicial e a avaliação.

2. Em casos tais, a regra do art. 26 do Decreto-Lei 3.365/41 não pode ser aplicada cega e impositivamente, sob pena de se comprometer o preceito constitucional da justa indenização. No interregno, geralmente longo, entre a data da ocupação do bem pelo Estado e a sua avaliação no âmbito da ação de desapropriação indireta, é possível que ocorram mudanças substantivas no bem, que podem levar ou à sua valorização ou, ao contrário, à sua depreciação.

3. Não será justo, em nome do art. 26, reconhecer ao

proprietário o direito de ser indenizado pela valorização decorrente de ato estatal superveniente à perda da posse. É indispensável, sempre, levar em consideração o preceito constitucional que impõe o justo preço."

3. Recurso especial não-provido.

(REsp 912.778/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 31/05/2007, p. 403).

(grifos do Recorrente).

“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO-LEI Nº 3365/41. JUSTA INDENIZAÇÃO. VALOR DO IMÓVEL À ÉPOCA DA OCUPAÇÃO.

1. Na chamada desapropriação 'indireta', ao contrário do que ocorre no procedimento legal de desapropriação, em primeiro lugar há a ocupação do bem e sua afetação ao domínio público, e somente depois, por iniciativa do proprietário, é que se desencadeia o processo judicial e a avaliação.

2. Em casos tais, a regra do art. 26 do Decreto-Lei 3.365/41 não pode ser aplicada cega e impositivamente, sob pena de se comprometer o preceito constitucional da justa indenização. No interregno, geralmente longo, entre a data da ocupação do bem pelo Estado e a sua avaliação no âmbito da ação de desapropriação indireta, é possível que ocorram mudanças substantivas no bem, que podem levar ou à sua valorização ou, ao contrário, à sua depreciação.

3. Não será justo, em nome do art. 26, reconhecer ao proprietário o direito de ser indenizado pela valorização decorrente de ato estatal superveniente à perda da posse. É indispensável, sempre, levar em consideração o preceito constitucional que impõe o justo preço.

4. Recurso especial improvido.”

(RESP 502519/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 19/02/2004, v.u., DJ 15/03/2004, p. 160, RSTJ 180/160).

(grifos não constantes do original).

“RECURSO ESPECIAL. PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS.

As questões relativas ao exame da prova pericial e ao quantum fixado a título de indenização, in casu, não consistem em matéria puramente de fato. Em verdade,

cuida-se a hipótese de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.

Antes mesmo da edição do Decreto n. 10.251/77 e da tomada de posse pelo expropriado da gleba, já estava em vigor o Código Florestal, Lei n. 4.771/65, bem como os Decretos n. 50.813/61 e 24.643/34, que impunham restrições àquela área e que, certamente, influenciaram na valorização do imóvel.

A indenização é a pedra angular da desapropriação e se destina a promover o equilíbrio entre a situação anterior e posterior do expropriado e não a atender às expectativas da especulação imobiliária.

Recurso especial provido. Decisão unânime.”

(RESP 196456/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 07/08/2001, v.u., DJ 11/03/2002, p. 219, RSTJ 156/158). (grifos não constantes do original).

Outro não é o entendimento do Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. ÁREA DO IMÓVEL. DIVERGÊNCIA ENTRE ÁREA REGISTRADA E A ÁREA MEDIDA PELO INCRA E PELO PERITO OFICIAL. PREVALÊNCIA DA ÁREA MEDIDA. JUSTO PREÇO INDICADO PELA OFERTA C/C TABELAS DO INCRA. VALORIZAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE REFLEXO NA INDENIZAÇÃO. SUCUMBÊNCIA DO EXPROPRIADO. JUROS COMPENSATÓRIOS E JUROS MORATÓRIOS: NÃO INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS.

1. Havendo divergência entre a área medida, levantada por GPS e/ou imagens de satélites pelo perito oficial, e a área registrada, deve prevalecer a primeira, pois elaborada por meios mais confiáveis, sob pena de enriquecimento sem causa do expropriado, que seria indenizado por área superior à expropriada.

2. O valor da indenização deve corresponder ao preço de mercado do imóvel contemporâneo à imissão do INCRA na posse, não podendo ser contaminado por valorização ou desvalorização posterior.

3. Transcorridos mais de 4 (quatro) anos da oferta, e estando

a perícia contaminada por valorização de terras na região, correta a fixação da indenização da terra nua com base em Tabela do INCRA que, in casu, reflete adequadamente o preço de imóveis com notas agronômicas equivalentes.

4. Enquanto persistirem dúvidas quanto ao domínio, discutidas em ação própria, o valor da indenização não pode ser levantado. Inteligência do § único do art. 34 do Decreto-Lei 3.365/1941.

5. Como a indenização restou fixada abaixo do valor da oferta, não há incidência de juros compensatórios e moratórios.

6. Sucumbente a expropriada, deve arcar com honorários advocatícios e custas processuais.

7. Apelação improvida.”

(AC 2000.36.00.008337-6/MT, 4ª Turma, Rel. Des. Carlos Olavo, j. 17/01/2006, v.u., DJ 06/02/2006, p. 102) (grifos não constantes do original).

De outro lado, o laudo pericial também revela a valorização decorrente da consideração de suposto loteamento, em flagrante ofensa ao artigo 42 da Lei nº 6766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano) e ao artigo 27 do Decreto Lei nº 3365/41, divergindo da seguinte decisão do STJ, proferida no RESP 986470/RN:

“ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA POR UTILIDADE PÚBLICA. ADOÇÃO DE LAUDO BASEADO NA MERA POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE LOTEAMENTO NO IMÓVEL EXPROPRIADO. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Em ação de desapropriação direta por utilidade pública, o magistrado de primeiro grau de jurisdição, considerando justo o valor apurado pelo vistor oficial, fixou a indenização em R\$ 448.942,00 (quatrocentos e quarenta e oito mil, novecentos e quarenta e dois reais), pela expropriação de uma área de 459,08 hectares, destinada à construção de um novo aeroporto no Estado do Rio Grande do Norte.

2. O Tribunal de origem, no entanto, entendendo que a área em questão tinha vocação para ser loteada, circunstância que o perito judicial não teria levado em consideração, adotou o laudo elaborado pelo assistente técnico da

parte expropriada, fixando o valor da indenização em R\$ 3.489.000,00 (três milhões, quatrocentos e oitenta e nove mil reais).

3. O princípio da justa indenização constitui garantia, tanto do expropriado, de ser indenizado pelo prejuízo que efetivamente suportou, como do Poder Público, de pagar somente o necessário à recomposição integral do patrimônio atingido.

4. A fixação do preço justo não pode embasar-se em mera hipótese de aproveitamento do imóvel, jamais cogitada pelos expropriados antes do procedimento expropriatório. Vale dizer, não se pode levar em conta a possibilidade de implantação de loteamento em um imóvel que, antes da intervenção do Poder Público, sempre foi utilizado para a atividade agropecuária.

5. Tal orientação decorre, inclusive, da norma contida no art. 42 da Lei 6.766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), que assim dispõe: 'Nas desapropriações não serão considerados como loteados ou loteáveis, para fins de indenização, os terrenos ainda não vendidos ou compromissados, objeto de loteamento ou desmembramento não registrado'.

6. O interesse auferido pelo proprietário do imóvel expropriado, mencionado no artigo 27 do Decreto-Lei 3.365/41, refere-se às eventuais atividades praticadas no momento da declaração de utilidade pública.

7. Ademais, a implantação de um loteamento não é um fato corriqueiro, que depende apenas da vontade do proprietário do imóvel loteado. Para tanto, devem ser preenchidos inúmeros requisitos previstos em lei. Tal fato, portanto, também obsta a fixação do justo preço com base na mera possibilidade de implantação de um loteamento na área expropriada, tendo em vista que a concretização desse ato depende de diversos outros fatores.

8. O Tribunal de origem, por outro lado, considerou o valor de outro imóvel na mesma região, em que houve o pagamento, decorrente de acordo entre as partes, da quantia de R\$ 691.328,99 (seiscentos e noventa e um mil, trezentos e vinte e oito reais, noventa e nove centavos) que, dividido pelos 160,38 hectares da propriedade daquele expropriado, gerava um valor de R\$ 4.310,57 (quatro mil, trezentos e dez reais, cinqüenta e sete centavos) por hectare.

9. É fácil perceber, no entanto, que a indenização fixada para o imóvel dos ora recorridos, de R\$ 3.489.000,00 (três milhões, quatrocentos e oitenta e nove mil reais) para uma área de 459,08 hectares, ou seja, quase R\$ 7.600,00 (sete milhões e seiscentos reais) por hectare, supera, e muito, o valor do imóvel vizinho.

10. 'A valorização decorrente da implantação da obra em função da qual se fez a desapropriação não poderá ser incorporada no preço da indenização' (HARADA, Kiyoshi, 'Desapropriação: Doutrina e Prática', 7ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, págs. 124-125).

11. Recursos especiais providos, com a conseqüente anulação do acórdão recorrido, em razão da adoção de laudo pericial – apresentado por assistente técnico – dissonante da realidade do imóvel expropriada. Por ocasião do novo julgamento, a Corte de origem, acaso considere que o valor descrito no laudo oficial também não representa a justa indenização devida em decorrência da presente desapropriação, deverá determinar a realização de nova perícia.”

(REsp 986470/RN, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, j. 13/05/08, v.u., DJe 30/06/08).

Colhe-se do voto da Relatora o seguinte:

“Tem-se, portanto, que o princípio da justa indenização constitui garantia, tanto do expropriado, de ser indenizado pelo prejuízo que efetivamente suportou, como do Poder Público, de pagar somente o necessário à recomposição integral do patrimônio atingido.

O art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41 estabelece os critérios para se chegar à justa indenização. Confira-se:

'Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufero o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.'

Com fundamento na referida norma, especialmente no que

se refere ao interesse auferido pelo proprietário do imóvel, bem como ao valor venal dos da mesma espécie, a Corte de origem assim decidiu:

'Está claro que tanto os peritos quanto o magistrado, este último o perito peritorum, não levaram em consideração a possibilidade clara de destinação econômica do imóvel para loteamento, tendo em vista a sua localização em zona de expansão urbana da Grande Natal.

Desconsiderar que o imóvel desapropriado, rodeado de loteamentos, não possa ser utilizado para tal, assim como também desconsiderar os valores venais dos imóveis loteados nos últimos anos na região circunvizinha é afastar do campo material a aplicação da garantia constitucional da justa indenização em virtude da mais grave intervenção do Estado na propriedade privada.

Bastaria que tivesse observado o norte indicativo oferecido pelo artigo 27 da norma citada, nos pontos aos quais chamei a atenção: interesse do proprietário e valor venal dos imóveis próximos.

O método utilizado pelos peritos foi o comparativo para imóveis rurais e obviamente não poderia ter sido utilizado para loteamentos como observou o magistrado.

Todavia, por tratar-se de um imóvel loteável, o método correto a ser empregado deveria ter sido o método involutivo e não o método utilizado pelos peritos.' (fls. 950-951).

É certo, no entanto, que a fixação do preço justo não pode embasar-se em mera hipótese de aproveitamento do imóvel, jamais cogitada pelos expropriados antes do procedimento expropriatório. Vale dizer, não se pode levar em conta a possibilidade de implantação de loteamento em um imóvel que, antes da intervenção do Poder Público, sempre foi utilizado para a atividade agropecuária, conforme afirmam os próprios recorridos na contestação.

Sobre o tema, é oportuno conferir, ainda, a lição doutrinária de Sérgio Ferraz (A Justa Indenização na Desapropriação, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, págs. 18-19):

'Firmado ficou, em anteriores considerações, que a efetiva diminuição patrimonial ocasionada pela desapropriação constitui o critério seguro para a busca do sentido da expressão 'justa indenização'. Este

prisma sob o qual o problema deve ser necessariamente examinado, nos leva a afirmar sem resquício de dúvida, que a indenização há de compreender, para que justa seja, não apenas a recomposição dos prejuízos atuais e imediatos, provocados pela expropriação, mas, também, a da margem de lucros que a coisa expropriada efetivamente já assegurava projetar no futuro.

Cabe, aqui, fixar, entretanto, uma nítida distinção. Não nos parece cabível, no sistema jurídico positivo brasileiro, a indenização do mero prejuízo possível ou vagamente previsível. Imprescindível será que este prejuízo se afigure potencialmente indiscutível, ou então, que se trate de hipótese de lucro defluente necessariamente do uso da coisa, e que se torne inalcançável por força da expropriação.' (grifou-se).

Em situação semelhante, esta Corte deu o seguinte tratamento à matéria:

'PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO – INDENIZAÇÃO – MATA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – ESTAÇÃO ECOLÓGICA JURÉIA-ITATINS – PERÍCIA – INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS TÉCNICAS – NULIDADE – SÚMULA 07/STJ.

- A perícia que despreza a realidade para calcar-se em suposições é imprestável à determinação do justo preço indenizatório, devendo ser anulada para que seja realizada nova perícia, por isso que inviável discuti-la em sede de recurso especial, a teor da Súmula 07/STJ.

- Recurso especial do Estado conhecido e provido para anular a sentença e o acórdão determinando se proceda a nova perícia.

- Recurso especial de Walter Dias da Silva – espólio e outros julgado prejudicado.' (REsp 142.714/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.6.2000).

Confira-se, ainda, o seguinte trecho do voto condutor do referido julgado:

'Realmente a perícia técnica transbordou da realidade para construir uma indenização lastreada em hipóteses. Assim é que, em área já reservada, pois de preservação permanente por força da Lei 4.771/65, a perícia, presumindo possível a instituição de loteamento e a transformação das matas em

madeira industrializada para venda, estabeleceu valor indenizatório delirante para a gleba rural.

Ora, a indenização expropriatória deve ser atual e refletir a realidade do bem expropriado. Não é possível indenizar-se uma área sem utilização econômica pelas possibilidades econômicas de exploração. E quando impossíveis de concretização tais possibilidades face às limitações administrativas impostas à área onde se situa o imóvel, a perícia mal orientada não pode subsistir, impondo-se anular o acórdão que sobre ela se lastreou; por isso que imprestável à prova do justo preço indenizatório. Não posso valorar a perícia despresadora (sic) da realidade e calcada em suposições. E não podendo discuti-la nos seus aspectos especiais e capítulos em sede de recurso especial, a teor da Súmula 07/STJ, só me resta decretar sua nulidade por inadequação à realidade e, por conseguinte, conhecer e dar provimento ao recurso especial do Estado para anular a sentença e o acórdão e determinar se proceda a nova perícia, julgando prejudicado o recurso da parte.'

Tal orientação decorre, inclusive, da norma contida no art. 42 da Lei 6.766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), que assim dispõe:

'Art. 42 – Nas desapropriações não serão considerados como loteados ou loteáveis, para fins de indenização, os terrenos ainda não vendidos ou compromissados, objeto de loteamento ou desmembramento não registrado'.

A esse respeito, é oportuno conferir o seguinte precedente desta Corte:

'DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. LOTEAMENTO NÃO INSCRITO. LEI N. 6.766, DE 19.12.79, ART. 42.

I – O citado dispositivo, sem ludibriar o princípio constitucional da justa indenização, afasta a indenizabilidade de loteamento teórico e não a composição do efetivo desfalque patrimonial, como no caso. Precedente.

Omissis.

III – Recurso especial não conhecido.' (REsp 45.687/SP, 2ª

Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 31.10.1994).

Entende-se, desse modo, que o interesse auferido pelo proprietário do imóvel expropriado, mencionado no art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41, refere-se às eventuais atividades praticadas no momento da declaração de utilidade pública.

Deve-se ressaltar, ainda, que a implantação de um loteamento não é um fato corriqueiro, que depende apenas da vontade do proprietário do imóvel loteado. Para tanto, devem ser preenchidos inúmeros requisitos previstos em lei.

Impõe-se registrar o seguinte entendimento doutrinário sobre o tema:

'A aprovação de loteamento é ato da alçada privativa da Prefeitura, atendidas as prescrições da União, os preceitos sanitários do Estado e as imposições urbanísticas do Município, ouvidas previamente, quando for o caso, as autoridades militares e as florestais com jurisdição na área e o INCRA, se a gleba estiver na zona rural. Após a aprovação pela Prefeitura o loteamento deverá ser registrado no Registro Imobiliário competente, sendo passível de impugnação por terceiros (Lei 6.766, de 1979, arts. 19 e ss.) e de levantamento de dúvida pelo oficial do Registro (Lei 6.015, de 1973, arts. 198-204).' (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 15ª edição, atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva – São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 560).

Tal fato, portanto, também obsta a fixação do justo preço com base na mera possibilidade de implantação de um loteamento na área expropriada, tendo em vista que a concretização desse ato depende de diversos outros fatores.

O Tribunal de origem, por outro lado, considerou o valor de outro imóvel na mesma região, em que houve o pagamento, decorrente de acordo entre as partes, da quantia de R\$ 691.328,99 (seiscentos e noventa e um mil, trezentos e vinte e oito reais e noventa e nove centavos) que, dividido pelos 160,38 hectares da propriedade daquele expropriado, gerava um valor de

R\$ 4.310,57 (quatro mil, trezentos e dez reais e cinqüenta e sete centavos) por hectare.

É fácil perceber, no entanto, que a indenização fixada para o imóvel dos ora recorridos, de R\$ 3.489.000,00 (três milhões, quatrocentos e oitenta e nove mil reais) para uma área de 459,08 hectares, ou seja, quase R\$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais) por hectare, supera, e muito, o valor do imóvel vizinho.

É nítida, portanto, a ofensa ao art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41.

Salienta-se, por fim, invocando-se a lição de Kiyoshi Harada (*Desapropriação: Doutrina e Prática*, 7ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, págs. 124-125), que 'a valorização decorrente da implantação da obra em função da qual se fez a desapropriação não poderá ser incorporada no preço da indenização'.

E continua o ilustre doutrinador:

'E essa incorporação ocorrerá sempre que houver reabertura de dilação probatória em segunda instância, motivada pelo longo prazo decorrido entre a data da avaliação e o julgamento da apelação, hipótese em que, no entender de alguns julgadores, a mera atualização monetária do laudo pericial não se compatibilizaria com o preceito constitucional do justo preço. Após a execução da obra, haverá transformação nas condições no local da desapropriação e qualquer coleta de elementos comparativos para apuração do novo valor unitário incorporará, necessariamente, a valorização direta e específica acarretada pela implantação do melhoramento público, o que não nos parece uma solução legal e justa. O art. 26 da Lei Básica de Desapropriação, ao prescrever que o valor da indenização será contemporâneo ao da avaliação, erigiu como critério para a apuração da indenização o momento da avaliação, isto é, as condições e estado do imóvel expropriando na época da avaliação que se insere, indubitavelmente, na fase instrutória do processo, em primeira instância. A reabertura de instrução em segunda instância em razão do tempo decorrido é uma exceção, por sinal, carente de qualquer previsão legal. É claro que em algumas hipóteses justificasse a conversão do julgamento em diligência com a

nomeação de um perito desempatador, hipótese em que o novo laudo não poderá desconsiderar os elementos de pesquisas antes utilizados, se dentro das normais gerais de avaliação. Pode, evidentemente, o perito dar um tratamento que entender correto no descarte desses elementos de pesquisa que impliquem incorporação da mais-valia resultante da obra pública implantada.

A incorporação da mais-valia no preço da indenização através de nova avaliação após executada a obra pública é ilegal por afronta ao art. 26 da lei e inconstitucional por violar o preceito constitucional do justo preço, que é um conceito ambivalente, isto é, aplica-se tanto ao expropriado quanto ao expropriante. A mais-valia não deve crescer a indenização nem deve compensar a indenização no caso de desapropriação parcial.'

À vista do exposto, os recursos especiais devem ser providos, com a consequente anulação do acórdão recorrido, em razão da adoção de laudo pericial – apresentado por assistente técnico – dissonante da realidade do imóvel expropriado. Por ocasião do novo julgamento, a Corte de origem, acaso considere que o valor descrito no laudo oficial também não representa a justa indenização devida em decorrência da presente desapropriação, deverá determinar a realização de nova perícia.

É o voto.”

(negritos não constantes do original).

A situação descrita no acórdão paradigma se aplica como uma luva ao caso em tela, demonstrando o dissenso pretoriano, já que o acórdão paradigma expressamente menciona a violação ao artigo 27 do Decreto-Lei 3.365/41, argüida desde a primeira instância.

Ainda, o acórdão paradigma é claro ao afirmar a impossibilidade de inclusão da mais-valia na indenização, o que também foi objeto do apelo e rechaçado pelo acórdão recorrido, porque o princípio da justa indenização se destina também à garantia do erário, excluindo danos hipotéticos ou genéricos.

Para afastar o óbice da Súmula 7 do STJ, merece destaque o voto do Ministro Luiz Fux, proferido no mesmo REsp nº 986.470/RN:

Sra. Ministra Presidente, na realidade, poder-se-ia eventualmente alegar que estaríamos invadindo os limites fixados pela Súmula 7. Sucede que V. Exa., em seu voto, aponta um vício *in procedendo* da elaboração do laudo, qual seja, o de que o laudo considerou loteados os imóveis que ainda não estavam compromissados na forma da lei de loteamento.

Não se trata de avaliação e valoração de prova, mas, sim, valoração jurídica da prova que foi realizada em contravenção a essa regra legal. Houve realmente uma violação de literal disposição de lei, por isso não se trata de aplicação da Súmula 7, o que implica realmente a necessidade de refazimento do laudo pericial, levando em consideração esses aspectos legais de não fixar a indenização e considerando um imóvel loteado, quando, no momento, não é loteado nem está destinado para esse fim, tanto que se cogita de construir um aeroporto, segundo ouvi da brilhante sustentação do advogado.

Com o fundamento de que houve violação à Lei nº 6.766/79, Lei do Parcelamento do Solo Urbano, também concluo com V. Exa., dando provimento aos recursos especiais, com a conseqüente anulação do acórdão recorrido, para que novo laudo seja feito à luz das regras aplicáveis a esse imóvel.”

Portanto, Cultos Julgadores, diante da cabal demonstração dos equívocos cometidos pelo laudo pericial, conforme comentários do assistente técnico transcritos, não se trata de reapreciação de prova, e sim de valoração jurídica da prova realizada em ofensa à legislação.

Com efeito, determinando o artigo 27 do Decreto-Lei 3365/41 os critérios de julgamento e sendo a perícia técnica a prova norteadora do julgador na fixação da justa indenização, é óbvio que o laudo deve obediência ao regramento contido no dispositivo legal.

Demonstrada a inadequação do laudo pericial, por ferir a legislação, não se trata de reexame da matéria probatória, ficando, portanto, afastado o óbice da Súmula 7/STJ.

Isto posto, demonstrada a violação ao princípio da justa indenização, espera o Recorrente seja conhecido e provido o presente recurso extraordinário, para o fim de, reformando o v. acórdão recorrido, fixar como justo preço pela desapropriação do imóvel objeto da lide o valor ofertado, posto que o valor fixado, pelos

motivos já expostos, não corresponde à justa indenização, outorgando ao expropriado um ganho incompatível com o valor do bem.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Estado do Amazonas pleiteia a reforma do v. acórdão, diante da demonstração de violação ao princípio da justa indenização, para o fim de fixar como justo preço pela desapropriação do imóvel objeto da lide o valor ofertado, posto que o valor fixado, pelos motivos já expostos, não corresponde à justa indenização, outorgando ao expropriado um ganho incompatível com o valor do bem.

JUSTIÇA!

Manaus/AM, 09 de outubro de 2009.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA

Procuradora do Estado do Amazonas

OAB/AM n.º 2.334

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS****PROCESSO N.º 2009.002243-6**

ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público, neste ato representado pela Procuradoria Geral do Estado, com sede nesta capital, na Rua Emílio Moreira, n.º 1308, Centro, por intermédio de sua Procuradora infra-assinada, não se conformando com o respeitável acórdão prolatado nos autos da **AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO** proposta contra **ANGEL MEDINA GARRIGOS**, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência interpor **RECURSO ESPECIAL**, ao abrigo do artigo 105-III, alíneas *a* e *c* da Carta Magna, consubstanciado nas inclusas razões, requerendo, após o cumprimento das formalidades legais, a remessa dos autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, para apreciação.

Termos em que

Pede deferimento.

Manaus/AM, 09 de outubro de 2009.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA

Procuradora do Estado

OAB/AM nº 2334

**EXMOS. SRS. MINISTROS DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

PROCESSO n.º 001.05.046526-1 (APELAÇÃO CÍVEL N.º
2009.002243-6)

RECORRENTE: ESTADO DO AMAZONAS.

Procuradora: Roberta Ferreira de Andrade Mota

RECORRIDO: ANGEL MEDINA GARRIGOS.

Excelentíssimo Senhor MINISTRO RELATOR,

1. DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Cumpra, inicialmente, demonstrar a tempestividade deste recurso.

A intimação do Estado do Amazonas deu-se pela disponibilização do v. acórdão no DJE de 08/09/2009, com publicação em 09/09/2009, quarta-feira, iniciando-se o prazo no dia 10/09/09, primeiro dia útil seguinte. Observando-se que o prazo para a interposição do recurso especial é de 30 dias, constata-se que o prazo expira somente dia 09 de outubro de 2009, o que, à vista do protocolo desta petição, denota a tempestividade recursal.

2. DA MEMÓRIA FÁTICA

Tratam os autos de ação expropriatória, com base no Decreto Governamental n.º 25.027, de 23 de maio de 2005, que declarou de utilidade pública o imóvel situado na cidade de Manaus, na Av. Noel Nutels, s/nº, bairro da Cidade Nova, com área de 25.342,00m² e perímetro de 675,86m, onde encontra-se construído o centro de referência da família no referido bairro, ajuizada em face da recusa do proprietário do imóvel em aceitar o valor da avaliação.

O valor ofertado e depositado pelo Estado do Amazonas, consoante laudo de avaliação da Secretaria de Estado de Política Fundiária – SPF (R\$ 354.000,00 – trezentos e cinquenta e quatro mil reais), para imissão da posse *initio lictis*, foi recusado pelo expropriado, que apresentou contra-proposta no valor de R\$ 1.385.333,34 (um milhão, trezentos e oitenta e cinco mil, trezentos e trinta e três reais e trinta e quatro centavos).

Contestada a ação, o MM. Juiz do feito determinou a reintegração de posse do imóvel ao expropriado, cuja decisão foi objeto de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Amazonas às fls. 213/220, o qual foi conhecido e provido pela Egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, conforme acórdão de fls. 243/244, obtendo, assim, a imissão da posse em seu favor.

O perito designado pelo juízo formulou laudo de avaliação (fls. 338/484), atribuindo ao imóvel objeto da lide o valor de R\$ 7.700.000,00 (sete milhões e setecentos mil reais).

O assistente técnico do Estado do Amazonas apresentou parecer técnico divergente às fls. 523/598, atribuindo à indenização devida ao expropriado o valor de R\$ 2.227.056,37 (dois milhões, duzentos e vinte e sete mil e cinquenta e seis reais e trinta e sete centavos).

O Ministério Público emitiu parecer conclusivo às fls. 610 a 614, opinando pela procedência da ação.

O MM. Juiz *a quo* prolatou sentença às fls. 678/685, fixando o pagamento da indenização no valor de R\$ 2.906.181,00 (dois milhões, novecentos e seis mil, cento e oitenta e um reais), referente à área do terreno, muro de vedação e terraplanagem.

Inconformado, o Estado do Amazonas interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado provimento parcial, excluindo da indenização o valor referente aos serviços de terraplanagem.

Contudo, o v. acórdão recorrido não excluiu da indenização o valor referente ao muro e manteve o laudo pericial no tocante ao valor da indenização, ensejando a interposição do presente recurso especial.

3. DO CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

É cediço que cabe ao Superior Tribunal de Justiça promover, além da uniformização da interpretação do Direito, em nível federal, a sua correta aplicação por parte dos demais tribunais do país.

À luz do magistério de NELSON LUIZ PINTO¹, os termos contrariar ou negar vigência, eficazes a sustentar a interposição de recurso especial, possuem estreita relação entre si, senão vejamos:

“Entretanto, a distinção entre os sentidos de contrariar e negar vigência inspirou o Supremo Tribunal Federal a editar a conhecida Súmula 400 de sua jurisprudência dominante, que diz o seguinte: ‘Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra ‘a’ do art. 102, III, da Constituição Federal.’”

(...)

“A Constituição de 1988, entretanto, ao tratar das hipóteses de cabimento do recurso especial, não se limitou à hipótese de negativa de vigência à lei, mas referiu-se a contrariar tratado ou lei federal, expressão essa que, como dissemos, é muito mais abrangente do que negar vigência.” (sem grifos no original).

Infere-se, da lição acima, que o termo contrariar, por ser mais amplo do que negar vigência, não se restringe apenas à

¹ PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 116-7.

aplicação de determinada lei à situação *sub judice*, vale dizer, o constituinte permitiu, nas palavras de NELSON LUIZ PINTO², que “qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses a que a ele se devem subsumir, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-a de modo não-adequado e diferente da interpretação correta, possibilita a interposição de recurso especial; afastando, conseqüentemente, a incidência da Súmula 400.”

Permissa venia, entende o Estado do Amazonas que o v. acórdão recorrido, ao rejeitar parcialmente o apelo, violou o teor do artigo 27 do Decreto-Lei nº 3365/1941 e divergiu de decisões do STJ, que demonstram o cabimento do presente recurso especial pelas alíneas a e c do inciso III, do artigo 105, da Carta Magna.

4. DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 27 DO DECRETO LEI 3365/41

Dispõe o texto violado:

O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

O objetivo da norma é cumprir o mandamento constitucional da justa indenização, que não pode servir ao enriquecimento ilícito do expropriado. A esse respeito, confira-se a lição do Mestre José Carlos de Moraes Sales, extraída da obra *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 511):

“Destarte, para que haja justeza e justiça na indenização, é preciso que se recomponha o patrimônio do expropriado com quantia que corresponda, exatamente ao desfalque por ele sofrido em decorrência da desapropriação. Não se deve atribuir ao desapropriado nem mais nem menos do que se lhe subtraiu, porque a desapropriação não deve ser

² PINTO, Nelson Luiz, ob. cit.

instrumento de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou do expropriado.”

Para melhor elucidar os equívocos cometidos pelo laudo pericial, transcrevemos os comentários do assistente técnico indicado pelo Recorrente:

“Isto posto, passamos a comentar, em caráter exclusivamente técnico, o LAUDO DE AVALIAÇÃO do ilustre expert do Juízo, nos seguintes termos:

I - no item i) – item 1.5 do Laudo do Perito – o ilustre Perito apresenta definições de **Método Avaliatório** denominados de “a) **Métodos Diretos** e b) **Métodos Indiretos**”, e dentro dos indiretos cita o “Método Residual”. No item **1.5.1 Método comparativo de dados de mercado (MCDM)** cita: “A norma define, em seu artigo 6.2.1, que “as características e os atributos dos dados pesquisados que exercem influência na formação dos preços e, conseqüentemente, no valor, devem ser ponderados por homogeneização ou por inferência estatística, respeitados os níveis de rigor definidos nesta Norma” e cita também, “Observa-se que a Norma Brasileira admite o tratamento definido como “**homogeneização**”, quando o nível de rigor for referido à “**Avaliação Normal**”, vedando o seu emprego quando se tratar de “**Avaliação Rigorosa**” ou “**Rigorosa Especial**”, em que somente aceita a ponderação através da “**Inferência Estatística**”.”.

Ocorre que na norma que cuida das avaliações – NBR 14653 – Avaliação de bens, e suas partes, já citada em I, não existem estas denominações de “**Métodos Diretos** e **Métodos indiretos**” nem tampouco “**Método Residual**”, assim, equivoca-se o ilustre Perito em tal citação. Bem como, equivoca-se na definição do artigo 6.2.1 da norma, pois ao verificarmos na norma tal artigo não existe, assim transcrevemos o que encontramos na citada norma: “**6 Procedimentos de excelência ... 6.2 Quanto ao sigilo** – Considerar como confidencial o resultado do trabalho realizado e toda informação técnica, financeira ou de outra natureza, recebida do cliente”, quanto ao item **6.2.1**, este não consta; e equivoca-se novamente quando fala em “**Avaliação Normal**”, “**Avaliação Rigorosa**” e “**Rigorosa Especial**”, tendo em vista que a citada norma tais

classificações. Referente a este assunto encontramos na norma vigente o seguinte item **9 “Especificação das Avaliações ... 9.2.1 Graus de fundamentação no caso de utilização de modelos de regressão linear, ... 9.2.2 Graus de precisão no caso de utilização de modelos de regressão linear”**, ou seja: os níveis de rigor previstos na norma **NBR 7656 Avaliação de Imóveis Urbanos** (esta norma foi cancelada e substituída pela atual norma da ABNT – NBR 14.653 Avaliação de Bens – e suas partes) não mais existem, sendo as avaliações especificadas em graus de fundamentação e precisão.

II - Foi verificado em ii) que traz o ilustre Perito em seu Laudo, item 1.5.3 **Homogeneização das amostras** definições de fatores diversos tais como: de atualidade; de fonte de informação; de forma – considerando a influência da testada e da profundidade; de topografia; de viabilidade e destinação segundo o plano diretor; de melhoramento e serviços públicos existentes e de localização. Consideramos serem desnecessárias, portanto, impertinentes tais informações, posto que, o ilustre perito delas não se utiliza para a feitura do Laudo, podendo causar confusão na interpretação do Laudo, por pessoas não especializadas no assunto (avaliações).

III - Nos itens iii) iv) v) vi) vii) e viii) das observações feitas foi verificado nos itens e subitens: **4 AVALIAÇÃO, 4.4 FINALIDADE, 4.5 VISTORIA DO IMÓVEL (Benfeitoria Tangível), 4.9 VALORAÇÃO DA GLEBA, 4.9.1 VALORAÇÃO DAS BENFEITORIAS TANGÍVEIS, 4.2.9.0 BENFEITORIAS INTANGÍVEIS, 4.9.VALOR FINAL, 5.0 CONCLUSÃO E VALOR FINAL** do laudo do ilustre Perito onde em sua definição afirma: **“4.4 FINALIDADE – Constatar o valor de mercado do imóvel, incluindo o terreno e benfeitorias para efeitos de desapropriação total que o Desapropriado possa ter condição de obter um bem semelhante”**. (grifamos). **Também cita em Benfeitoria Tangível:** serviços de terraplenagem com limpeza do terreno, corte e aterro, compactação e regularização do sub-leito; serviços de pavimentação; Muro de Vedação; Projeto executivo de arquitetura e engenharia; e visualização das imagens virtuais do empreendimento. Ocorre que, por ocasião da primeira Vistoria realizada no imóvel dia 16 de março de 2005, foi verificada apenas a

existência de um muro de alvenaria de bloco de concreto com 211,8 m x 3,00m de altura; o terreno encontrava-se parcialmente coberto por vegetação, e apenas parte do terreno se encontrava sem vegetação, conforme pode ser visto em fotografias acostadas ao Laudo de Avaliação (Processo Administrativo nº. 1474/2005, com origem no processo 2939/05-Casa Civil que recebeu o nº. 775/2005-PGE); não sendo verificada a existência dos demais serviços alegados como: corte e aterro, compactação, regularização do subleito e pavimentação apresentados no Laudo de Avaliação do Perito como **Benfeitoria Tangível**. Nota-se que todos os Alvarás de Construção expedidos pela Prefeitura, de terraplanagem, pavimentação e residencial familiar + comercial tipo 4 foram expedidos em 26 de julho de 2004 e expiraram em 26 de janeiro de 2005. Ressalta-se que a primeira Vistoria de Avaliação realizada por técnicos desta Secretaria foi realizada em março de 2005 e nela não foi constatada a realização das mencionadas obras. Ainda, não constam acostados ao referido Laudo documentos probatórios de realização de tais despesas, destarte, não concordamos com os valores apresentados pelo expert do Juízo para efeito de acréscimo ao valor do bem avaliando, apenas o valor correspondente à construção do muro, este já contemplado na avaliação inicial.

No item **4.9 VALORAÇÃO DA GLEBA** o ilustre perito do Juízo diz que: “O modelo utilizado foi: $[P \text{ UNIT}] = 1/(0,13120 - 1,0644 \times 10^{13} \times \text{Exp}(-[\text{END}])) + 1,2903 \times 10^{-11} \times [\text{ÁREA TER}]^2 - 0,13417 / \text{Ln}([\text{ÁREA CONST}]) - 2,4866 \times 10^{-2} \times \text{Exp}(-[\text{TRANSP PUB}]) - 1,0071 \times 10^{-2} \times [\text{FLEX. MERC}])^2$ Estima-se $P \text{ UNIT}$ do LOTE AVALIANDO = R\$ 93,61/m²”.

Intervalo de confiança de 10,0 % para o valor estimado:

Mínimo : R\$/m² 92,25

Máximo : R\$/m² 94,99

Para uma Área do Lote de 25840 m², teremos:

Valor de Mercado obtido = R\$ 2.418.757,75

Valor de Mercado mínimo = R\$ 2.383.717,18

Valor de Mercado máximo = R\$ 2.454.576,68

Verifica-se que o “**Valor de Mercado obtido = R\$ 2.418.757,75**”, e que o valor unitário encontrado foi de R\$ 93,61/m², sendo o mínimo de R\$ 92,25/m² e o máximo de R\$ 94,99/m².

Tendo em vista o equívoco do Expert do Perito comentado no item IV, b-1, abaixo, onde apresenta a equação do Valor Unitário (**V. UNIT**) de forma inadequada, levando o valor de mercado obtido para um valor que não corresponde ao valor de mercado que se quer encontrar.

No subitem **4.9.2.0 BENFEITORIAS TANGÍVEIS** o ilustre Perito do Juízo apresenta em planilha (página 30/80 do Laudo de Avaliação) o valor de um empreendimento.

Nota-se que a planilha se refere ao terreno e construção, de onde se depreende que seja a construção do condomínio anunciado em placa fixada no local, correspondente ao projeto aprovado, entretanto, conforme se verifica no Alvará de Construção nº. 00861 expedido pela Prefeitura Municipal, datado de 26 de julho de 2004, com data de vencimento em 26 de janeiro de 2005, considerando-se que, se a vistoria de avaliação foi realizada em março/2005 e o Decreto que declara – o imóvel (terreno) – de utilidade pública é datado de 23 de maio de 2005 e ainda, na ocasião não foi constatado nenhum indício de início da referida construção, nem mesmo piquetes de locação de obra; há de se convir da impossibilidade deste Assistente de Perito de realização de cálculo de lucros cessantes alegado.

Apresenta o ilustre Perito do Juízo, a estimativa de lucros da seguinte forma: ***“Estima-se que os investidores foram impedidos de lucros no valor de R\$ 4.419.895,32 (quatro milhões, quatrocentos e dezenove mil, oitocentos e noventa e cinco reais e trinta e dois centavos) em um prazo de retorno de 18 meses.”***

Buscamos na norma que norteia as avaliações, já anteriormente citada, a NBR 14653 – Avaliação de bens; na Parte 4 – Empreendimentos – que trata especificamente de empreendimentos alguns esclarecimentos como se seguem:

“11. Apresentação do Laudo de avaliação

11.1 Requisitos mínimos.

11.1.1 Os laudos de avaliação de empreendimentos para a identificação de valor só serão admitidos na modalidade completo e devem conter os seguintes itens:

- a) identificação do solicitante;***
- b) finalidade do laudo, quando informada pelo solicitante;***
- c) objetivo da avaliação;***
- d) pressupostos, ressalvas e fatores limitantes;***

- e) *caracterização física do empreendimento e período de vistoria;*
- f) *indicadores básicos operacionais do empreendimento;*
- g) *análise das séries históricas do empreendimento;*
- h) *análise setorial e diagnóstico do mercado;*
- i) *indicação do(s) método(s) e procedimento(s) utilizado(s);*
- j) *tratamento dos dados: taxas de desconto, escolha do modelo, estimativa do horizonte, fluxo de caixa, cenários, análise de sensibilidade e de risco;*
- k) *especificação da avaliação: indicar o grau de fundamentação atingido;*
- l) *identificação e fundamentação do resultado alcançado;*
- m) *resultado da avaliação e data-base;*
- n) *qualificação legal completa e a assinatura dos profissional(is) responsável(is) pela avaliação;*
- o) *local e data do laudo.*

Como se verifica no Laudo do ilustre Perito, os lucros atribuídos estão pautados apenas em uma planilha de custos (sintética), todavia menciona “um prazo de retorno de 18 meses”, destarte, não sendo possível ser analisada, se fosse o caso, do ponto de vista de determinação de lucros, pois não dá para saber, entre outros, qual indicador de viabilidade econômica de empreendimento foi adotado, se o valor presente líquido – VPL –, ou a taxa interna de retorno – TIR –, se tempo de retorno – TR –, ou índice de lucratividade. No item 5 “**CONCLUSÃO E VALOR FINAL** o ilustre Perito do Juízo conclui que o “**Valor de mercado obtido = R\$ 3.309.744,69 ao Valor de mercado mínimo = R\$ 3.345.563,62**”.

IV - Após análise e comentários sobre o Laudo de Avaliação, passamos a análise e comentários dos anexos (no que couber) que compõem o Laudo.

a) Análise e comentário sobre o **Pesquisa de Mercado**, anexo 1, (páginas 36-48 do Laudo).

Verifica-se que o ilustre Perito do Juízo, utilizou em seu Laudo elementos amostrais com área inferior a 10.000,00 m² conforme se verifica abaixo:

Elemento pesquisado nº 02 – área do terreno = 2.464,00 m²;

Elemento pesquisado nº 08 – área do terreno = 6.000,00 m²;

Elemento pesquisado nº 10 – área do terreno = 900,00 m²;

Elemento pesquisado nº 11 – área do terreno = 1.800,00 m²;

Elemento pesquisado nº 12 – área do terreno = 800,00 m²;

Elemento pesquisado nº 13 – área do terreno = 3.087,00 m²;
Elemento pesquisado nº 15 – área do terreno = 2.700,00 m².
Ou seja, dos quinze (15) elementos pesquisados e utilizados
no modelo, sete são lotes e não gleba, que por suas
características, ainda que tratados, geram resultado diverso
daquele que se pretende chegar, tais elementos não se
enquadram como gleba, que de acordo com o Plano Diretor
(Lei nº. 673, de 04 de novembro de 2002), Título II, das
Definições, Art. 4º. tem a seguinte definição: “Gleba – Imóvel
não parcelado e não edificado, una e indivisível, de área
igual ou superior a 10.000,00 m² (dez mil metros
quadrados)”.

Transcrevemos da ABNT NBR 14653-2:2004 o seguinte:
 “Item 11 **Procedimentos específicos, 11.1 Desapropriações, 11.1.2 Critérios, 11.1.2.1** – Nas desapropriações totais, as avaliações devem ser realizadas com a utilização dos métodos previstos nesta Norma. ...”.

Da mesma Norma transcrevemos: “**11.3 Glebas urbanizáveis, 11.3.1** A avaliação das glebas urbanizáveis deve ser feita preferivelmente com a utilização do método comparativo direto de dados do mercado.”.

Aduz-se que, se a área avalianda (objeto da lide) é uma
gleba, os elementos da amostra também o serão, quando o
método de avaliação adotado for o comparativo direto de
dados do mercado.

b) Análise e comentário sobre o **Tratamento Estatístico** dos elementos da amostra – pesquisados e tratados –, (anexo 1, páginas 49-89 do Laudo de Avaliação).

1) Equivoca-se o **Expert do Juízo quando define em “Descrição das Variáveis”** a equação como:

“Variável Dependente: P. UNIT

● : **P. Unit:** *é a relação entre Preço ofertado ou transacionado e a soma das áreas do terreno e da construção... Equação [PREÇO] ([ÁREA TER] + [ÁREA CONST])”*. (vide Laudo do Perito página 53/80).

A equação que deveria ser utilizada, no caso, seria:

P. UNITÁRIO = (PREÇO – VALOR DA ÁREA CONSTRUIDA)

ÁREA TERRENO

2) No relatório estatístico consta: “Número mínimo de amostragens para 5 variáveis independentes: 8”.

Para melhor esclarecimento, transcreve-se da norma NBR

16653-2:2004, o seguinte: **“9.2.1 Graus de fundamentação no caso de utilização de modelos de regressão linear”**

...

(Tabela 1 – Graus de fundamentação no caso de utilização de modelos de regressão linear) - Parte

Exemplificando: Se a fundamentação for no Grau I, temos: a equação $3(k+1)$, onde k é o número de variáveis independentes, no caso $k = 5$, ficando da seguinte forma:

$$3(5 + 1) = 18$$

Logo, o número de dados de mercados efetivamente utilizados para a aplicação de cinco (5) variáveis independentes é dezoito (18). Como o número de dados de elementos da pesquisa é quinze (15), constata-se que este número não atende à Norma.

3) Ainda do **Relatório Estatístico – “Análise da Variância”**, verifica-se que:

“F Calculado: 3,214

F Tabelado: 6,057 (para o nível de significância de 1,000%)

Significância do modelo igual a 6,1%

Rejeita-se a hipótese de existência da regressão”.

Ao realizar a verificação da Significância das Variáveis – Testes de hipótese “t” e “F” – onde o resultado for “não O. K.”, deve o avaliador fazer eliminação de variáveis pouco significativas, definir nova especificação do modelo, ampliar a pesquisa e se possível, fazer nova coleta de dados e identificação das variáveis.

Se o próprio programa computacional rejeitou a hipótese da regressão significa dizer que o modelo de equação adotado não há coerente do modelo perante o mercado imobiliário e o imóvel avaliando.”

(grifos do Recorrente)

Permissa venia, Excelência, o MM. Juiz a quo, ao considerar como válida a construção do muro de vedação e terraplanagem, não atentou ao fato de que o Alvará de Construção expedido pela Prefeitura Municipal de Manaus, datado de 26 de julho de 2004, possuía data de vencimento de 26 de janeiro de 2005, impossibilitando o Recorrido, pelo menos no que concerne à legalidade para construir, de continuar com as obras de terraplanagem e construção.

Ademais, em vistoria do funcionário da SPF (Secretaria de

Política Fundiária), realizada em 16 de março de 2005, conforme laudo acostado aos autos, o muro de vedação e os serviços de terraplanagem ainda não haviam sido realizados, ou seja, foram posteriores à declaração de utilidade pública.

Portanto, Excelência, dúvida não há de que o muro foi construído pelo Recorrido, porém a questão é: quando? Após a declaração de utilidade pública e ao desabrigo de alvará, sendo, portanto, não indenizável.

De igual modo, revela-se a imprestabilidade do laudo pericial em relação ao método utilizado, restando equivocado o entendimento de inexistência de divergência entre o Perito judicial e o assistente técnico do Recorrente.

Data maxima venia, conforme demonstrado pelos comentários do assistente técnico indicado pelo Recorrido, o perito judicial utilizou em seu laudo elementos amostrais com área inferior a 10.000,00 m², sendo tais modelos pesquisados **lotes e não glebas**, e, portanto, inservíveis.

É que, conforme o Plano Diretor (Lei n.º 673, de 04 de novembro de 2002): “Gleba – imóvel não parcelado e não edificado, una e indivisível, de área igual ou superior à 10.000,00m² (dez mil metros quadrados).” Assim, a área expropriada é uma gleba, eis que possui 25.342,04m².

Portanto, Excelência, a utilização de lotes, ao invés de glebas, como elementos de amostras, não pode ser aceita, por não guardar semelhança com o imóvel objeto da lide.

De preferência, a avaliação de glebas deve ser feita com a utilização do método comparativo direto de dados de mercado, coletando amostras, cuja qualidade deve estar assegurada quanto à:

- correta identificação dos dados de mercado, com endereço completo, especificação e quantificação das principais variáveis levantadas, mesmo aquelas não utilizadas no modelo;

- isenção e identificação das fontes de informação, esta última no caso de avaliações judiciais, de forma a permitir a sua coerência;

- número de dados de mercado efetivamente utilizados, de acordo com o grau de fundamentação;

- sua semelhança com o imóvel objeto da avaliação, no que diz respeito à sua situação, à destinação, ao grau de aproveitamento e às características físicas.

A respeito do método comparativo, leia-se a lição de Marcelo

Beserra, extraída da obra *Desapropriação no Direito Brasileiro* (Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 64-65).

“Consiste na adoção de valor de oferta de imóveis semelhantes colocados no mercado imobiliário na mesma região geoeconômica dos imóveis expropriados. Nesse caso, o perito deverá coligir, no mínimo, cinco ofertas de imóveis colocados à venda na mesma região do imóvel. Tratará os preços desses imóveis através de método científico, onde utilizará homogeneização dos elementos coletados, de forma a torná-los paradigmas, que possibilitem encontrar uma média entre os valores, sendo que, após, passa a desprezar os elementos que estiverem 30% acima ou abaixo da média encontrada. Após, passa a avaliar o imóvel valendo-se da média encontrada, aplicando-se nos cálculos fatores valorizantes, como por exemplo o de esquina e testada, ou depreciantes, como consistência de solo, em caso de terrenos brejosos ou alagadiços, topografia e lindeiros a cursos d'água, profundidade e testada, caso não estejam dentro dos parâmetros estabelecidos pelas normas e posturas administrativas.”

Contudo, o v. acórdão recorrido limitou-se a afirmar que “o expert do juízo elaborou detida e bem fundamentada análise das condições da propriedade e da situação de mercado, donde se conclui que a alegação de que houve interpretação equivocada do magistrado a quo porque o perito judicial utilizou em seu laudo elementos amostrais com área inferior a 10.000 m² não merece prevalecer” (fls. 751), transcrevendo duas decisões do STJ, que se referem à “solidez dos fundamentos da perícia oficial” (fls. 752) e à “perícia regular” (fls. 753).

Data maxima venia, entende o Recorrente que restaram suficientemente demonstrados os equívocos do laudo pericial, comprometendo o resultado final, mormente porque a perícia é a prova fundamental da ação de desapropriação e deve respaldar o julgador, o qual, por sua vez, está adstrito ao artigo 27 do Decreto-Lei nº 3365/41.

Dessa forma, o laudo judicial de avaliação deveria, pelo menos, conter os elementos indicados no artigo 27, em obediência ao § 1º do artigo 23 do Decreto-Lei nº 3365/41, a fim de permitir ao Culto Julgador formar seu convencimento quanto ao valor da justa indenização, que deve ser fixado na sentença, conforme artigo 28 do Decreto-Lei nº 3365/41.

Isto posto, demonstrada a violação ao artigo 27 do Decreto-Lei nº 3365/41, espera o Recorrente seja conhecido e provido o presente recurso especial, para o fim de, reformando o v. acórdão recorrido, fixar como justo preço pela desapropriação do imóvel objeto da lide o valor ofertado, posto que o valor fixado, pelos motivos já expostos, não corresponde à justa indenização, outorgando ao expropriado um ganho incompatível com o valor do bem.

5. DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

O v. acórdão recorrido deu parcial provimento ao apelo interposto pelo Recorrente, excluindo da indenização o valor referente aos serviços de terraplenagem, porém acolheu o laudo pericial elaborado pelo Perito do Juízo, “em decorrência da solidez dos fundamentos da perícia judicial” (fls. 746).

Sucedendo que, conforme já demonstrado, o laudo judicial contém impropriedades técnicas, além de refletir a valorização decorrente da atuação estatal, que deve ser desprezada.

Ora, o objetivo da perícia é apurar o justo valor indenizatório do imóvel expropriado, e não outorgar ao proprietário um ganho de capital.

A respeito, confira-se o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO-LEI Nº 3365/41, ART. 26. JUSTA INDENIZAÇÃO. VALOR DO IMÓVEL À ÉPOCA DA OCUPAÇÃO.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute a aplicação ou não do art. 26 do Decreto-Lei 3.365, de 1941, em desapropriação indireta.

2. Precedente desta Egrégia Primeira Turma da lavra do eminente Min. Teori Albino Zavascki (REsp n. 502.519/MA, DJU de 15.03.04), afirma que:

‘1 a chamada **desapropriação** 'indireta', ao contrário do que ocorre no procedimento legal de desapropriação, em primeiro lugar há a ocupação do bem e sua afetação ao domínio público, e somente depois, por iniciativa do proprietário, é que se desencadeia o processo judicial e a avaliação.

2. Em casos tais, a regra do art. 26 do Decreto-Lei 3.365/41 não pode ser aplicada cega e impositivamente, sob pena de

se comprometer o preceito constitucional da justa indenização. No interregno, geralmente longo, entre a data da ocupação do bem pelo Estado e a sua avaliação no âmbito da ação de desapropriação indireta, é possível que ocorram mudanças substantivas no bem, que podem levar ou à sua valorização ou, ao contrário, à sua depreciação.

3. Não será justo, em nome do art. 26, reconhecer ao proprietário o direito de ser indenizado pela valorização decorrente de ato estatal superveniente à perda da posse. É indispensável, sempre, levar em consideração o preceito constitucional que impõe o justo preço”.

3. Recurso especial não-provido.

(REsp 912.778/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 31/05/2007, p. 403).

(grifos do Recorrente).

“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO-LEI Nº 3365/41. JUSTA INDENIZAÇÃO. VALOR DO IMÓVEL À ÉPOCA DA OCUPAÇÃO.

1. Na chamada desapropriação 'indireta', ao contrário do que ocorre no procedimento legal de desapropriação, em primeiro lugar há a ocupação do bem e sua afetação ao domínio público, e somente depois, por iniciativa do proprietário, é que se desencadeia o processo judicial e a avaliação.

2. Em casos tais, a regra do art. 26 do Decreto-Lei 3.365/41 não pode ser aplicada cega e impositivamente, sob pena de se comprometer o preceito constitucional da justa indenização. No interregno, geralmente longo, entre a data da ocupação do bem pelo Estado e a sua avaliação no âmbito da ação de desapropriação indireta, é possível que ocorram mudanças substantivas no bem, que podem levar ou à sua valorização ou, ao contrário, à sua depreciação.

3. Não será justo, em nome do art. 26, reconhecer ao proprietário o direito de ser indenizado pela valorização decorrente de ato estatal superveniente à perda da posse. É indispensável, sempre, levar em consideração o preceito constitucional que impõe o justo preço.

4. Recurso especial improvido.”

(RESP 502519/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j.

19/02/2004, v.u., DJ 15/03/2004, p. 160, RSTJ 180/160).
(grifos não constantes do original).

“RECURSO ESPECIAL. PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS.

As questões relativas ao exame da prova pericial e ao quantum fixado a título de indenização, in casu, não consistem em matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se a hipótese de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.

Antes mesmo da edição do Decreto n. 10.251/77 e da tomada de posse pelo expropriado da gleba, já estava em vigor o Código Florestal, Lei n. 4.771/65, bem como os Decretos n. 50.813/61 e 24.643/34, que impunham restrições àquela área e que, certamente, influenciaram na valorização do imóvel.

A indenização é a pedra angular da desapropriação e se destina a promover o equilíbrio entre a situação anterior e posterior do expropriado e não a atender às expectativas da especulação imobiliária.

Recurso especial provido. Decisão unânime.”

(RESP 196456/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 07/08/2001, v.u., DJ 11/03/2002, p. 219, RSTJ 156/158).
(grifos não constantes do original).

Outro não é o entendimento do Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. ÁREA DO IMÓVEL. DIVERGÊNCIA ENTRE ÁREA REGISTRADA E A ÁREA MEDIDA PELO INCRA E PELO PERITO OFICIAL. PREVALÊNCIA DA ÁREA MEDIDA. JUSTO PREÇO INDICADO PELA OFERTA C/C TABELAS DO INCRA. VALORIZAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE REFLEXO NA INDENIZAÇÃO. SUCUMBÊNCIA DO EXPROPRIADO. JUROS CÔMPENSATÓRIOS E JUROS MORATÓRIOS: NÃO INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS.

1. Havendo divergência entre a área medida, levantada por GPS e/ou imagens de satélites pelo perito oficial, e a área registrada, deve prevalecer a primeira, pois elaborada por

meios mais confiáveis, sob pena de enriquecimento sem causa do expropriado, que seria indenizado por área superior à expropriada.

2. O valor da indenização deve corresponder ao preço de mercado do imóvel contemporâneo à imissão do INCRA na posse, não podendo ser contaminado por valorização ou desvalorização posterior.

3. Transcorridos mais de 4 (quatro) anos da oferta, e estando a perícia contaminada por valorização de terras na região, correta a fixação da indenização da terra nua com base em Tabela do INCRA que, in casu, reflete adequadamente o preço de imóveis com notas agronômicas equivalentes.

4. Enquanto persistirem dúvidas quanto ao domínio, discutidas em ação própria, o valor da indenização não pode ser levantado. Inteligência do § único do art. 34 do Decreto-Lei 3.365/1941.

5. Como a indenização restou fixada abaixo do valor da oferta, não há incidência de juros compensatórios e moratórios.

6. Sucumbente a expropriada, deve arcar com honorários advocatícios e custas processuais.

7. Apelação improvida.”

(AC 2000.36.00.008337-6/MT, 4ª Turma, Rel. Des. Carlos Olavo, j. 17/01/2006, v.u., DJ 06/02/2006, p. 102) (grifos não constantes do original).

De outro lado, o laudo pericial também revela a valorização decorrente da consideração de suposto loteamento, em flagrante ofensa ao artigo 42 da Lei nº 6766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano) e ao artigo 27 do Decreto-Lei 3365/41, divergindo da seguinte decisão do STJ, proferida no RESP 986470/RN:

“ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA POR UTILIDADE PÚBLICA. ADOÇÃO DE LAUDO BASEADO NA MERA POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE LOTEAMENTO NO IMÓVEL EXPROPRIADO. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Em ação de desapropriação direta por utilidade pública, o magistrado de primeiro grau de jurisdição, considerando justo o valor apurado pelo vistor oficial, fixou a indenização em R\$ 448.942,00 (quatrocentos e quarenta e oito mil,

novecentos e quarenta e dois reais), pela expropriação de uma área de 459,08 hectares, destinada à construção de um novo aeroporto no Estado do Rio Grande do Norte.

2. O Tribunal de origem, no entanto, entendendo que a área em questão tinha vocação para ser loteada, circunstância que o perito judicial não teria levado em consideração, adotou o laudo elaborado pelo assistente técnico da parte expropriada, fixando o valor da indenização em R\$ 3.489.000,00 (três milhões, quatrocentos e oitenta e nove mil reais).

3. O princípio da justa indenização constitui garantia, tanto do expropriado, de ser indenizado pelo prejuízo que efetivamente suportou, como do Poder Público, de pagar somente o necessário à recomposição integral do patrimônio atingido.

4. A fixação do preço justo não pode embasar-se em mera hipótese de aproveitamento do imóvel, jamais cogitada pelos expropriados antes do procedimento expropriatório. Vale dizer, não se pode levar em conta a possibilidade de implantação de loteamento em um imóvel que, antes da intervenção do Poder Público, sempre foi utilizado para a atividade agropecuária.

5. Tal orientação decorre, inclusive, da norma contida no art. 42 da Lei 6.766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), que assim dispõe: 'Nas desapropriações não serão considerados como loteados ou loteáveis, para fins de indenização, os terrenos ainda não vendidos ou comprometidos, objeto de loteamento ou desmembramento não registrado'.

6. O interesse auferido pelo proprietário do imóvel expropriado, mencionado no artigo 27 do Decreto-Lei 3.365/41, refere-se às eventuais atividades praticadas no momento da declaração de utilidade pública.

7. Ademais, a implantação de um loteamento não é um fato corriqueiro, que depende apenas da vontade do proprietário do imóvel loteado. Para tanto, devem ser preenchidos inúmeros requisitos previstos em lei. Tal fato, portanto, também obsta a fixação do justo preço com base na mera possibilidade de implantação de um loteamento na área expropriada, tendo em vista que a concretização desse ato depende de diversos outros fatores.

8. O Tribunal de origem, por outro lado, considerou o valor

de outro imóvel na mesma região, em que houve o pagamento, decorrente de acordo entre as partes, da quantia de R\$ 691.328,99 (seiscentos e noventa e um mil, trezentos e vinte e oito reais, noventa e nove centavos) que, dividido pelos 160,38 hectares da propriedade daquele expropriado, gerava um valor de R\$ 4.310,57 (quatro mil, trezentos e dez reais, cinqüenta e sete centavos) por hectare.

9. É fácil perceber, no entanto, que a indenização fixada para o imóvel dos ora recorridos, de R\$ 3.489.000,00 (três milhões, quatrocentos e oitenta e nove mil reais) para uma área de 459,08 hectares, ou seja, quase R\$ 7.600,00 (sete milhões e seiscentos reais) por hectare, supera, e muito, o valor do imóvel vizinho.

10. 'A valorização decorrente da implantação da obra em função da qual se fez a desapropriação não poderá ser incorporada no preço da indenização' (HARADA, Kiyoshi, 'Desapropriação: Doutrina e Prática', 7ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, págs. 124-125).

11. Recursos especiais providos, com a conseqüente anulação do acórdão recorrido, em razão da adoção de laudo pericial – apresentado por assistente técnico – dissonante da realidade do imóvel expropriada. Por ocasião do novo julgamento, a Corte de origem, acaso considere que o valor descrito no laudo oficial também não representa a justa indenização devida em decorrência da presente desapropriação, deverá determinar a realização de nova perícia.”

(REsp 986470/RN, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, j. 13/05/08, v.u., DJe 30/06/08).

Colhe-se do voto da Relatora o seguinte:

“Tem-se, portanto, que o princípio da justa indenização constitui garantia, tanto do expropriado, de ser indenizado pelo prejuízo que efetivamente suportou, como do Poder Público, de pagar somente o necessário à recomposição integral do patrimônio atingido.

O art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41 estabelece os critérios para se chegar à justa indenização. Confira-se:

'Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender,

especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufero o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.'

Com fundamento na referida norma, especialmente no que se refere ao interesse auferido pelo proprietário do imóvel, bem como ao valor venal dos da mesma espécie, a Corte de origem assim decidiu:

'Está claro que tanto os peritos quanto o magistrado, este último o perito peritorum, não levaram em consideração a possibilidade clara de destinação econômica do imóvel para loteamento, tendo em vista a sua localização em zona de expansão urbana da Grande Natal.

Desconsiderar que o imóvel desapropriado, rodeado de loteamentos, não possa ser utilizado para tal, assim como também desconsiderar os valores venais dos imóveis loteados nos últimos anos na região circunvizinha é afastar do campo material a aplicação da garantia constitucional da justa indenização em virtude da mais grave intervenção do Estado na propriedade privada.

Bastaria que tivesse observado o norte indicativo oferecido pelo artigo 27 da norma citada, nos pontos aos quais chamei a atenção: interesse do proprietário e valor venal dos imóveis próximos.

O método utilizado pelos peritos foi o comparativo para imóveis rurais e obviamente não poderia ter sido utilizado para loteamentos como observou o magistrado.

Todavia, por tratar-se de um imóvel loteável, o método correto a ser empregado deveria ter sido o método involutivo e não o método utilizado pelos peritos.' (fls. 950-951).

É certo, no entanto, que a fixação do preço justo não pode embasar-se em mera hipótese de aproveitamento do imóvel, jamais cogitada pelos expropriados antes do procedimento expropriatório. Vale dizer, não se pode levar em conta a possibilidade de implantação de loteamento em um imóvel que, antes da intervenção do Poder Público, sempre foi utilizado para a atividade agropecuária, conforme afirmam os próprios recorridos na contestação.

Sobre o tema, é oportuno conferir, ainda, a lição doutrinária de Sérgio Ferraz (A Justa Indenização na

Desapropriação, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, págs. 18-19):

'Firmado ficou, em anteriores considerações, que a efetiva diminuição patrimonial ocasionada pela desapropriação constitui o critério seguro para a busca do sentido da expressão 'justa indenização'. Este prisma sob o qual o problema deve ser necessariamente examinado, nos leva a afirmar sem resquício de dúvida, que a indenização há de compreender, para que justa seja, não apenas a recomposição dos prejuízos atuais e imediatos, provocados pela expropriação, mas, também, a da margem de lucros que a coisa expropriada efetivamente já assegurava projetar no futuro.

Cabe, aqui, fixar, entretanto, uma nítida distinção. Não nos parece cabível, no sistema jurídico positivo brasileiro, a indenização do mero prejuízo possível ou vagamente previsível. Imprescindível será que este prejuízo se afigure potencialmente indiscutível, ou então, que se trate de hipótese de lucro defluente necessariamente do uso da coisa, e que se torne inalcançável por força da expropriação.' (grifou-se).

Em situação semelhante, esta Corte deu o seguinte tratamento à matéria:

'PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO – INDENIZAÇÃO – MATA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – ESTAÇÃO ECOLÓGICA JURÉIA-ITATINS – PERÍCIA – INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS TÉCNICAS – NULIDADE – SÚMULA 07/STJ.

- A perícia que despreza a realidade para calcar-se em suposições é imprestável à determinação do justo preço indenizatório, devendo ser anulada para que seja realizada nova perícia, por isso que inviável discuti-la em sede de recurso especial, a teor da Súmula 07/STJ.

- Recurso especial do Estado conhecido e provido para anular a sentença e o acórdão determinando se proceda a nova perícia.

- Recurso especial de Walter Dias da Silva – espólio e outros julgado prejudicado.' (REsp 142.714/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.6.2000).

Confira-se, ainda, o seguinte trecho do voto condutor do referido julgado:

'Realmente a perícia técnica transbordou da realidade para construir uma indenização lastreada em hipóteses. Assim é que, em área já reservada, pois de preservação permanente por força da Lei 4.771/65, a perícia, presumindo possível a instituição de loteamento e a transformação das matas em madeira industrializada para venda, estabeleceu valor indenizatório delirante para a gleba rural.

Ora, a indenização expropriatória deve ser atual e refletir a realidade do bem expropriado. Não é possível indenizar-se uma área sem utilização econômica pelas possibilidades econômicas de exploração. E quando impossíveis de concretização tais possibilidades face às limitações administrativas impostas à área onde se situa o imóvel, a perícia mal orientada não pode subsistir, impondo-se anular o acórdão que sobre ela se lastreou; por isso que imprestável à prova do justo preço indenizatório. Não posso valorar a perícia despresadora (sic) da realidade e calcada em suposições. E não podendo discuti-la nos seus aspectos especiais e capítulos em sede de recurso especial, a teor da Súmula 07/STJ, só me resta decretar sua nulidade por inadequação à realidade e, por conseguinte, conhecer e dar provimento ao recurso especial do Estado para anular a sentença e o acórdão e determinar se proceda a nova perícia, julgando prejudicado o recurso da parte.'

Tal orientação decorre, inclusive, da norma contida no art. 42 da Lei 6.766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), que assim dispõe:

'Art. 42 – Nas desapropriações não serão considerados como loteados ou loteáveis, para fins de indenização, os terrenos ainda vendidos ou compromissados, objeto de loteamento ou desmembramento não registrado.'

A esse respeito, é oportuno conferir o seguinte precedente desta Corte:

'DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. LOTEAMENTO NÃO INSCRITO. LEI N. 6.766, DE 19.12.79, ART. 42.

I – O citado dispositivo, sem ludibriar o princípio constitucional da justa indenização, afasta a indenizabilidade de loteamento teórico e não a composição do efetivo desfalque patrimonial, como no caso. Precedente.

Omissis.

III – Recurso especial não conhecido.' (REsp 45.687/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 31.10.1994).

Entende-se, desse modo, que o interesse auferido pelo proprietário do imóvel expropriado, mencionado no art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41, refere-se às eventuais atividades praticadas no momento da declaração de utilidade pública.

Deve-se ressaltar, ainda, que a implantação de um loteamento não é um fato corriqueiro, que depende apenas da vontade do proprietário do imóvel loteado. Para tanto, devem ser preenchidos inúmeros requisitos previstos em lei.

Impõe-se registrar o seguinte entendimento doutrinário sobre o tema:

'A aprovação de loteamento é ato da alçada privativa da Prefeitura, atendidas as prescrições da União, os preceitos sanitários do Estado e as imposições urbanísticas do Município, ouvidas previamente, quando for o caso, as autoridades militares e as florestais com jurisdição na área e o INCRA, se a gleba estiver na zona rural. Após a aprovação pela Prefeitura o loteamento deverá ser registrado no Registro Imobiliário competente, sendo passível de impugnação por terceiros (Lei 6.766, de 1979, arts. 19 e ss.) e de levantamento de dúvida pelo oficial do Registro (Lei 6.015, de 1973, arts. 198-204).'' (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 15ª edição, atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva – São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 560).

Tal fato, portanto, também obsta a fixação do justo preço com base na mera possibilidade de implantação de um loteamento na área expropriada, tendo em vista que a concretização desse ato depende de diversos outros fatores.

O Tribunal de origem, por outro lado, considerou o valor de outro imóvel na mesma região, em que houve o pagamento, decorrente de acordo entre as partes, da quantia de R\$ 691.328,99 (seiscentos e noventa e um mil, trezentos e vinte e oito reais e noventa e nove centavos) que, dividido pelos 160,38 hectares da propriedade daquele expropriado, gerava um valor de R\$ 4.310,57

(quatro mil, trezentos e dez reais e cinqüenta e sete centavos) por hectare.

É fácil perceber, no entanto, que a indenização fixada para o imóvel dos ora recorridos, de R\$ 3.489.000,00 (três milhões, quatrocentos e oitenta e nove mil reais) para uma área de 459,08 hectares, ou seja, quase R\$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais) por hectare, supera, e muito, o valor do imóvel vizinho.

É nítida, portanto, a ofensa ao art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41.

Salienta-se, por fim, invocando-se a lição de Kiyoshi Harada (*Desapropriação: Doutrina e Prática*, 7ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, págs. 124-125), que 'a valorização decorrente da implantação da obra em função da qual se fez a desapropriação não poderá ser incorporada no preço da indenização'.

E continua o ilustre doutrinador:

'E essa incorporação ocorrerá sempre que houver reabertura de dilação probatória em segunda instância, motivada pelo longo prazo decorrido entre a data da avaliação e o julgamento da apelação, hipótese em que, no entender de alguns julgadores, a mera atualização monetária do laudo pericial não se compatibilizaria com o preceito constitucional do justo preço. Após a execução da obra, haverá transformação nas condições no local da desapropriação e qualquer coleta de elementos comparativos para apuração do novo valor unitário incorporará, necessariamente, a valorização direta e específica acarretada pela implantação do melhoramento público, o que não nos parece uma solução legal e justa. O art. 26 da Lei Básica de Desapropriação, ao prescrever que o valor da indenização será contemporâneo ao da avaliação, erigiu como critério para a apuração da indenização o momento da avaliação, isto é, as condições e estado do imóvel expropriando na época da avaliação que se insere, indubitavelmente, na fase instrutória do processo, em primeira instância. A reabertura de instrução em segunda instância em razão do tempo decorrido é uma exceção, por sinal, carente de qualquer previsão legal. É claro que em algumas hipóteses justifica-se a conversão do julgamento em diligência com a nomeação de um perito desempatedor, hipótese em que o novo laudo não poderá

desconsiderar os elementos de pesquisas antes utilizados, se dentro das normais gerais de avaliação. Pode, evidentemente, o perito dar um tratamento que entender correto no descarte desses elementos de pesquisa que impliquem incorporação da mais-valia resultante da obra pública implantada.

A incorporação da mais-valia no preço da indenização através de nova avaliação após executada a obra pública é ilegal por afronta ao art. 26 da lei e inconstitucional por violar o preceito constitucional do justo preço, que é um conceito ambivalente, isto é, aplica-se tanto ao expropriado quanto ao expropriante. A mais-valia não deve crescer a indenização nem deve compensar a indenização no caso de desapropriação parcial.'

À vista do exposto, os recursos especiais devem ser providos, com a conseqüente anulação do acórdão recorrido, em razão da adoção de laudo pericial – apresentado por assistente técnico – dissonante da realidade do imóvel expropriado. Por ocasião do novo julgamento, a Corte de origem, acaso considere que o valor descrito no laudo oficial também não representa a justa indenização devida em decorrência da presente desapropriação, deverá determinar a realização de nova perícia.

É o voto.”

(negritos não constantes do original).

A situação descrita no acórdão paradigma se aplica como uma luva ao caso em tela, demonstrando o dissenso pretoriano, já que o acórdão paradigma expressamente menciona a violação ao artigo 27 do Decreto-Lei 3.365/41, argüida desde a primeira instância.

Ainda, o acórdão paradigma é claro ao afirmar a impossibilidade de inclusão da mais-valia na indenização, o que também foi objeto do apelo e rechaçado pelo acórdão recorrido, porque o princípio da justa indenização se destina também à garantia do erário, excluindo danos hipotéticos ou genéricos.

Para afastar o óbice da Súmula 7 do STJ, merece destaque o voto do Ministro Luiz Fux, proferido no mesmo REsp nº 986.470/RN:

Sra. Ministra Presidente, na realidade, poder-se-ia

eventualmente alegar que estaríamos invadindo os limites fixados pela Súmula 7. Sucede que V. Exa., em seu voto, aponta um vício *in procedendo* da elaboração do laudo, qual seja, o de que o laudo considerou loteados os imóveis que ainda não estavam compromissados na forma da lei de loteamento.

Não se trata de avaliação e valoração de prova, mas, sim, valoração jurídica da prova que foi realizada em contravenção a essa regra legal. Houve realmente uma violação de literal disposição de lei, por isso não se trata de aplicação da Súmula 7, o que implica realmente a necessidade de refazimento do laudo pericial, levando em consideração esses aspectos legais de não fixar a indenização e considerando um imóvel loteado, quando, no momento, não é loteado nem está destinado para esse fim, tanto que se cogita de construir um aeroporto, segundo ouvi da brilhante sustentação do advogado.

Com o fundamento de que houve violação à Lei nº 6.766/79, Lei do Parcelamento do Solo Urbano, também concluo com V. Exa., dando provimento aos recursos especiais, com a conseqüente anulação do acórdão recorrido, para que novo laudo seja feito à luz das regras aplicáveis a esse imóvel.”

Portanto, Cultos Julgadores, diante da cabal demonstração dos equívocos cometidos pelo laudo pericial, conforme comentários do assistente técnico transcritos no tópico referente à violação do artigo 27 do Decreto-Lei nº 3365/41, não se trata de reapreciação de prova, e sim de valoração jurídica da prova realizada em ofensa à legislação.

Com efeito, determinando o artigo 27 do Decreto-Lei nº 3365/41 os critérios de julgamento e sendo a perícia técnica a prova norteadora do julgador na fixação da justa indenização, é óbvio que o laudo deve obediência ao regramento contido no dispositivo legal.

Demonstrada a inadequação do laudo pericial, por ferir a legislação, não se trata de reexame da matéria probatória, ficando, portanto, afastado o óbice da Súmula 7/STJ.

Isto posto, demonstrada a divergência jurisprudencial, espera o Recorrente seja conhecido e provido o presente recurso especial, para o fim de, reformando o v. acórdão recorrido, fixar como justo preço pela desapropriação do imóvel objeto da lide o valor ofertado, posto que o valor fixado, pelos motivos já expostos, não

corresponde à justa indenização, outorgando ao expropriado um ganho incompatível com o valor do bem.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Estado do Amazonas pleiteia a reforma do v. acórdão, diante da demonstração de violação ao artigo 27 do Decreto-Lei 3365/41 e da divergência jurisprudencial, para o fim de fixar como justo preço pela desapropriação do imóvel objeto da lide o valor ofertado, posto que o valor fixado, pelos motivos já expostos, não corresponde à justa indenização, outorgando ao expropriado um ganho incompatível com o valor do bem.

JUSTIÇA!

Manaus/AM, 09 de outubro de 2009.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA

Procuradora do Estado do Amazonas

OAB/AM n.º 2.334

DOUTRINAS

INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA DE DÉBITOS RELATIVOS A TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO E DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho¹
Procurador do Estado

1. Colocação do problema

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS (art. 155, II, CF) é um tributo que as legislações estaduais costumam sujeitar ao chamado “lançamento por homologação”.

Tal modalidade de lançamento, nos termos do *caput* do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei n.º. 5.172, de 25.10.1966)², “ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”, operando-se “pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”³.

No Estado do Amazonas, tal situação é confirmada pela disposição do art. 42 do Código Tributário Estadual – CTE (instituído pela Lei Complementar n.º. 19, de 29.12.1997), cujo *caput*, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar n. 84, de 29.12.2010, estabelece: “É dever do contribuinte efetuar o pagamento do imposto apurado, sem prévio exame da autoridade fiscal”⁴.

¹ Doutor em Direito Tributário pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas – FD-UFAM. Professor de Direito Constitucional e Direito Financeiro da FD-UFAM. Procurador do Estado do Amazonas. Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da Secretaria de Fazenda do Estado do Amazonas.

² A Lei n. 5.172/1966 passou a denominar-se “Código Tributário Nacional” por força do art. 7º do Ato Complementar n. 36, de 13.03.1967.

³ Nestes casos, o pagamento efetuado pelo contribuinte não extingue, por si só, o crédito tributário, pois somente produzirá tal efeito com a ulterior homologação por parte do Fisco (art. 150, § 1º c/c art. 156, VII, ambos do CTN).

⁴ A redação original do referido enunciado continha disposição semelhante: “Art. 42. Salvo disposição regulamentar em contrário, fica atribuído ao contribuinte o dever de, sem prévio exame pela autoridade fiscal, efetuar o pagamento do imposto apurado”.

O § 2º do art. 42 do CTE, acrescentado pela Lei Complementar nº. 108, de 30.08.2012, dispõe que o imposto declarado espontaneamente pelo sujeito passivo “constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a sua exigência caso não tenha sido recolhido no prazo regulamentar”⁵.

Já o § 4º do referido dispositivo legal (também acrescentado pela Lei Complementar n. 108/2012) assim estabelece: “O débito declarado, inclusive por meio eletrônico, na forma do § 2º deste artigo e não pago no prazo regulamentar deve ser inscrito em Dívida Ativa após 90 (noventa) dias, contados do vencimento, independentemente de instauração de Processo Tributário Administrativo – PTA, na forma e condições previstas em regulamento”⁶.

O presente estudo visa analisar, à luz do texto da legislação tributária estadual, como se dá a inscrição automática na dívida ativa (isto é, sem necessidade da lavratura de Auto de Infração e Notificação Fiscal – AINF) dos débitos tributários declarados pelo próprio contribuinte através de DAM (Declaração de Apuração Mensal), quando não pagos no vencimento.

Também será analisado, nos casos em que seja possível a inscrição direta de tais débitos na dívida ativa, se os mesmos estariam sujeitos à decadência e à prescrição e, em caso afirmativo, quais os termos iniciais da contagem dos referidos prazos.

⁵ Ressalte-se, todavia, que o § 3º do art. 42 do CTE (acrescentado pela Lei Complementar n. 108/2012) permite ao sujeito passivo apresentar declaração retificando o valor do imposto devido, independentemente de prévia autorização da administração tributária, que terá a mesma natureza da originariamente apresentada, substituindo-a integralmente. Para tanto, de acordo com o referido dispositivo legal, deverá ser observado o disposto no parágrafo único do art. 138 do CTN, assim redigido: “Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração”.

⁶ É importante destacar que, por força do § 8º do art. 42 do CTE (acrescentado pela Lei Complementar n. 108/2012), o prazo previsto no § 4º do mesmo artigo não se aplica a contribuinte detentor de projeto industrial aprovado pelo Conselho de Desenvolvimento do Amazonas – CODAM, hipótese em que somente poderá ser inscrito em Dívida Ativa após o prazo de 5 (cinco) dias úteis, a contar da data da ciência da notificação para recolher ou parcelar o imposto acrescidos dos juros e multa de mora. A referida notificação é a prevista no art. 47 da Lei n. 2.826, de 29.09.2003 (que dispõe sobre a Política de Incentivos Fiscais e Extrafiscais do Estado do Amazonas), assim redigido: “Art. 47. Na hipótese de falta de recolhimento do ICMS e/ou das contribuições a que se refere os arts. 19, XII e XIII, e 25, § 2º, a SEFAZ expedirá notificação para cobrança do débito. § 1º No prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da data da ciência da notificação de que trata o caput, o contribuinte deverá recolher o imposto e/ou as contribuições, acrescidos dos juros e multa de mora, que incidirão sobre o valor que deveria ter sido recolhido, nos termos dos arts. 100 e 300 da Lei Complementar n. 19, de 29 de dezembro de 1997”.

2. O lançamento tributário e sua função no contexto da relação jurídica tributária

Segundo o Código Tributário Nacional – CTN (Lei n. 5.172, de 25.10.1966), a obrigação tributária classifica-se em: (i) *principal*, quando tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art. 113, § 1º, CTN); (ii) *acessória*, quando tem por objeto prestações positivas ou negativas, isto é, de fazer ou de não-fazer (art. 113, § 2º, CTN).

A obrigação tributária, seja ela principal ou acessória, nasce com a ocorrência do fato gerador (arts. 114 e 115, CTN).

A obrigação tributária principal, no entanto, necessita de uma atividade que a declare existente, para se tornar líquida e para que possa ser objeto de cobrança, como leciona Fernando Pérez Royo: “La liquidación, considerada como actividad material de cuantificación de la deuda tributaria representa um momento lógico, indispensable em la aplicación del tributo. Uma vez producido el hecho imponible que genera la obligación tributaria, será necesario hacer 'líquido' el contenido de esa obligación”⁷.

A obrigação tributária principal revestida de liquidez e, por conseguinte, de exigibilidade, recebe do CTN a denominação de *crédito tributário*⁸.

Na sistemática adotada pelo CTN, distingue-se o crédito tributário da obrigação tributária (principal), por não ter o caráter de indeterminação desta última. O crédito é, pois, “a prestação a ser satisfeita pelo sujeito passivo, depois que a obrigação seja devidamente quantificada”⁹.

Na verdade, a obrigação tributária principal nasce pela ocorrência do fato gerador, previsto em lei (art. 113, § 1º c/c art. 114, ambos do CTN), permanecendo, no entanto, em estado latente no que se refere à sua exigibilidade. O crédito tributário dela decorrente, conforme a concepção adotada pelo CTN, só surge em

⁷ ROYO, Fernando Pérez. *Derecho financiero y tributario*: parte general. 13. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 237.

⁸ Inexiste crédito tributário decorrente de obrigação tributária acessória, consoante se infere da leitura do art. 139 do CTN. No mesmo sentido é o art. 113 do CTN. A razão é que a obrigação acessória já é exigível desde o seu nascimento, isto é, desde a ocorrência de seu fato gerador (art. 115, CTN), não dependendo, por conseguinte, de um ato administrativo como o lançamento para conferir-lhe a característica da exigibilidade.

⁹ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Crédito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 6.

momento posterior ao nascimento da respectiva obrigação, pela fixação do montante a ser pago e pela identificação do devedor, através do lançamento¹⁰.

A definição legal de lançamento encontra-se estampada no *caput* do art. 142 do CTN¹¹, nestes termos: “Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

3. Modalidades de lançamento tributário segundo o direito positivo brasileiro

Segundo o CTN, são três as espécies de lançamento, que a doutrina tradicionalmente qualifica como sendo as seguintes: a) por declaração (art. 147); b) por homologação (art. 150); c) de ofício (art. 149)¹².

Ressalte-se que a escolha de uma das modalidades de lançamento para cada exação não é da essência do tributo, mas simples opção do legislador, alterável, ao seu alvedrio, por lei superveniente¹³. Cada tributo, conforme as determinações de sua legislação, ficará enquadrado numa ou noutra modalidade de lançamento e submetido ao regime jurídico estabelecido para essa modalidade.

¹⁰ Nesse sentido, referindo-se ao Direito espanhol: AYALA, José Luis Pérez de. *Dinámica de la relación jurídica tributaria em el derecho español*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 128.

¹¹ Outra definição legal de lançamento pode ser encontrada no art. 53 da Lei n. 4.320, de 17.03.1964, assim redigido: “O lançamento da receita é ato da repartição competente, que verifica a procedência do crédito fiscal e a pessoa que lhe é devedora e inscreve o débito desta”.

¹² O arbitramento, disciplinado no art. 148 do CTN, apesar de inserido na Seção que trata das modalidades de lançamento tributário, não é, em verdade, uma quarta modalidade de lançamento, mas uma técnica – *inerente ao lançamento de ofício* – para avaliação contraditória de preços, bens, serviços ou atos jurídicos, utilizável sempre que inexistam os documentos ou declarações do contribuinte ou que, embora existentes, não mereçam fé. Assim sendo, tanto nos tributos que deveriam ser lançados com base em declaração do contribuinte ou lançados por homologação, o art. 148 autoriza a Fazenda Pública a pôr de lado a escrita, os livros e demais informações prestadas pelo sujeito passivo (havendo omissão, fraude ou simulação), para lançá-los *de ofício*.

¹³ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 247.

O *lançamento por declaração*, nos termos do art. 147 do CTN, é o que se efetiva com base em declaração do sujeito passivo ou de terceiro, por meio da qual um ou outro, no prazo e na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação. A autoridade administrativa, então, tomando por base as informações prestadas, calcula o valor do débito tributário e notifica o sujeito passivo para que efetue o pagamento¹⁴.

O *lançamento por homologação*, nos termos do art. 150 do CTN, é aquele que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de efetuar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa. A denominação de tal modalidade de lançamento decorre do fato de, em tal sistemática, a atuação do sujeito ativo limitar-se à homologar a atividade exercida pelo sujeito passivo, caso concorde com o valor por este recolhido (art. 150, *caput*, CTN). Nos tributos sujeitos a este tipo de lançamento, o pagamento efetuado antecipadamente pelo obrigado, isto é, sem prévio exame da autoridade administrativa, somente extingue o crédito sob condição da ulterior homologação pelo sujeito ativo (art. 150, § 1º, c/c art. 156, VII, CTN).

O *lançamento de ofício*, por seu turno, é aquele cujo procedimento preparatório é realizado pelo sujeito ativo, sem a participação do sujeito passivo. Tal modalidade de lançamento pode ser efetivada em duas hipóteses: a) quando a legislação do tributo assim o determine (art. 149, I, CTN); b) quando se comprove que, no lançamento anterior ou no procedimento preparatório do lançamento anterior, ocorreu erro, falsidade ou omissão do sujeito passivo ou da autoridade administrativa (art. 149, II a IX, CTN)¹⁵.

Assim, de acordo com o CTN, qualquer que seja a modalidade de lançamento, vindo o Fisco a tomar conhecimento de que, por erro ou omissão do sujeito passivo, de terceiro ou da autoridade administrativa, houve inexatidão no montante calculado pelo Fisco (nos casos de lançamento de ofício ou por declaração) ou no montante calculado e recolhido pelo contribuinte (no caso de

¹⁴ Nesse sentido, referindo-se ao Direito argentino: VILLEGAS, Héctor B. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 406.

¹⁵ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 660; DECOMAIN, Pedro Roberto. *Anotações ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 550.

lançamento por declaração), o que implicou o não-pagamento ou pagamento a menor de tributo, pode aquele efetivar ou rever o lançamento (art. 149, incisos II a IX, CTN)¹⁶. Em outras palavras, qualquer que seja a modalidade de lançamento, se o Fisco descobre que houve a falta ou insuficiência de pagamento, lança a diferença de ofício (lançamento suplementar).

4. Os tributos sujeitos a lançamento por homologação e a lavratura de AINF em caso de falta ou insuficiência de pagamento

O ICMS, no Estado do Amazonas, é sujeito ao lançamento por homologação, consoante disposição do art. 93 do Regulamento do ICMS do Estado do Amazonas – RICMS (aprovado pelo Decreto n. 20.686, de 28.12.1999):

Art. 93. É dever do contribuinte efetuar o pagamento do imposto apurado, sem prévio exame da autoridade fiscal. (*Caput com redação dada pelo Decreto n. 32.477, de 01.06.2012*)¹⁷.

§ 1º O pagamento efetuado pelo contribuinte extingue o crédito tributário respectivo, sob condição resolutória de posterior homologação.
(...)

De acordo com o art. 95 do RICMS/AM, os dados relativos à apuração do imposto, para posterior lançamento por homologação, serão fornecidos ao Fisco, mediante declaração prestada através do documento denominado *Demonstrativo de Apuração Mensal do ICMS – DAM*¹⁸ (por vezes designado pela legislação como *Declaração de Apuração Mensal do ICMS – DAM*), para os contribuintes inscritos no regime de pagamento normal e por estimativa.

¹⁶ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 236.

¹⁷ A redação original do referido enunciado continha disposição semelhante: “Art. 93. Salvo disposição expressa em contrário, fica atribuído ao contribuinte o dever de, sem prévio exame pela autoridade fiscal, efetuar o pagamento do imposto apurado”.

¹⁸ O RICMS/AM, em seus arts. 288 e 289, emprega a denominação *Declaração de Apuração Mensal do ICMS*, ao passo que no art. 95 refere-se ao citado documento como *Demonstrativo de Apuração Mensal do ICMS*.

As informações constantes do referido documento – que se constitui do resumo constante dos “lançamentos” efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, correspondente ao período de apuração do imposto (art. 288, § 1º, RICMS/AM) – devem ser prestadas pelo contribuinte através de arquivo magnético ou por teleprocessamento, nas condições estabelecidas pela SEFAZ (art. 288, § 3º, RICMS/AM).

Consoante o disposto no art. 289 do RICMS/AM, a DAM, entregue através de arquivo magnético ou por teleprocessamento, somente será considerada apresentada à repartição fiscal após a validação das informações contidas no arquivo magnético.

Assim, em se tratando do ICMS, o procedimento que vem sendo adotado pelo contribuinte e pela SEFAZ/AM até o presente é o seguinte:

1) o contribuinte apura o imposto, sem prévio exame do Fisco (art. 93, *caput*, RICMS/AM; art. 150, *caput*, CTN);

2) o contribuinte paga o imposto por ele apurado (art. 93, *caput*, RICMS/AM; art. 150, *caput*, CTN);

3) o contribuinte fornece ao Fisco, por meio de arquivo magnético ou por teleprocessamento, a DAM, com os dados relativos à apuração do imposto (arts. 95, I, e 288, § 3º, RICMS/AM);

4) o Fisco valida as informações contidas no arquivo magnético, ocasião em que a DAM é considerada apresentada à repartição fiscal (art. 289, RICMS/AM).

E quais devem ser as atitudes do Fisco nas hipóteses do contribuinte (i) não ter apresentado a DAM ou (ii) ter apresentado tal documento, mas não ter efetuado o recolhimento do imposto?

O art. 149 do CTN, segundo entendemos, apresenta a solução para ambos os casos. Com efeito, estabelece o citado dispositivo:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

V - quando se comprove *omissão ou inexatidão*, por parte da pessoa legalmente obrigada, *no exercício da atividade* a que se refere o artigo seguinte; (grifo nosso).

Verificando-se qualquer das hipóteses mencionadas nos incisos do art. 149 do CTN, cabe ao Fisco efetuar o lançamento de ofício para exigir (i) o tributo não pago e a multa pelo descumprimento da obrigação principal (art. 113, § 1º, CTN) ou (ii) apenas a multa no caso de descumprimento de mera obrigação acessória (art. 113, § 3º, CTN).

É indubitável que o inciso V do art. 149 do CTN, ao se referir ao artigo seguinte, está mencionando o lançamento por homologação. A dúvida que poderia surgir, quanto à interpretação do citado dispositivo, é a seguinte: a omissão ou inexatidão por parte da pessoa legalmente obrigada (que, no caso, é o sujeito passivo da obrigação tributária) refere-se (i) à atividade de apuração do valor do tributo ou (ii) ao pagamento do valor apurado?

Entendemos que em ambas as hipóteses aplica-se o inciso V do art. 149 do CTN, e, por conseguinte, em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação (art. 150, CTN), o lançamento de ofício deve ser feito quando se comprove que houve:

(i) omissão quanto ao dever de apurar o valor do tributo (e de declarar tal valor ao Fisco);

(ii) inexatidão na apuração do valor do tributo (ou na declaração de tal valor ao Fisco);

(iii) omissão (falta) de pagamento do imposto devidamente apurado;

(iv) inexatidão (para menos) no pagamento do imposto apurado¹⁹.

De qualquer modo, ainda que se entenda que o inciso V do art. 149 do CTN, quando menciona a hipótese de “omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte”, está se referindo, apenas, à omissão ou inexatidão quanto ao pagamento, existem outros incisos do mesmo artigo que determinam seja efetuado o lançamento de ofício nos casos de omissão ou inexatidão na apuração (e declaração) do tributo:

¹⁹ Se a inexatidão verificada for para mais, isto é, se for verificado o pagamento a maior do que o valor devido, não cabe, obviamente, lançamento de ofício, mas a restituição dos valores recolhidos a maior (art. 165, I, CTN).

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

II - quando a *declaração não seja prestada*, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

(...)

IV - quando se *comprova falsidade, erro ou omissão* quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como *sendo de declaração obrigatória*; (grifo nosso).

Como se vê, o inciso II impõe o lançamento de ofício no caso de omissão (ausência) quanto ao dever de apurar (e declarar) o valor do imposto, ao passo que o inciso IV impõe a mesma providência na hipótese de ter havido a apuração/declaração do imposto, mas a mesma ter sido inexata.

No Estado do Amazonas, o lançamento de ofício para as hipóteses dos incisos II a IX do art. 149 do CTN é efetuado mediante a lavratura de *Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF)*, consoante estabelece o *caput* do art. 237 do CTE, assim redigido:

“Verificada qualquer infração à legislação tributária, será lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF) ou de Apreensão (AA), conforme o caso, os quais não se invalidarão pela ausência de testemunhas”.

No entanto, apesar do AINF apresentar-se, segundo o art. 240 do CTE, como “a *peça básica* do procedimento contencioso tributário-administrativo” (grifo nosso), vale ressaltar que, com a inclusão dos §§ 3º e 4º no art. 42 do CTE pela Lei Complementar n. 108, de 30.08.2012, transcritos no início do presente artigo, a lavratura de AINF, no caso de débitos de ICMS sujeitos a lançamento por homologação, passou a ficar restrita à hipótese de não apresentação da DAM.

Isto porque na hipótese de débitos declarados pelo próprio contribuinte, através de DAM, quando não pagos no vencimento, não se faz mais necessária a lavratura de AINF (lançamento de ofício) para constituição do crédito tributário, pois os mesmos podem, desde logo, ser inscritos em dívida ativa.

5. Os tributos sujeitos a lançamento por homologação e a

possibilidade de inscrição em dívida ativa de débito declarado (apurado) e não pago pelo contribuinte

Os julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) são reiterados no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação (“autolançamento”) e tendo havido a declaração de débito por parte do contribuinte, é desnecessária a lavratura de AINF e a conseqüente instauração de procedimento administrativo:

TRIBUTÁRIO. CSLL. DECLARAÇÃO DO DÉBITO PELO CONTRIBUINTE. FORMA DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, INDEPENDENTE DE QUALQUER OUTRA PROVIDÊNCIA DO FISCO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DE ENTREGA DA DCTF.

1. *A apresentação, pelo contribuinte, de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF (instituída pela IN-SRF 129/86, atualmente regulada pela IN8 SRF 395/2004, editada com base no art. 5º do DL 2.124/84 e art. 16 da Lei 9.779/99) ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensada, para esse efeito, qualquer outra providência por parte do Fisco. A falta de recolhimento, no devido prazo, do valor correspondente ao crédito tributário assim regularmente constituído acarreta, entre outras conseqüências, as de (a) autorizar a sua inscrição em dívida ativa; (b) fixar o termo a quo do prazo de prescrição para a sua cobrança; (c) inibir a expedição de certidão negativa do débito; (d) afastar a possibilidade de denúncia espontânea.*

2. Não pago o débito, ou pago a menor, torna-se imediatamente exigível, incidindo, quanto à prescrição, o disposto no art. 174, do CTN, de modo que, decorridos cinco anos da data do vencimento sem que tenha havido a citação na execução fiscal, estará prescrita a pretensão.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(Resp 695.605/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. em 06.03.2007, DJ 26.03.2007 p. 207). (grifo nosso).

TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL –

DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO – DCTF – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL.

1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de *Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF)* e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia.

2. Divergências nas Turmas que compõem a Primeira Seção no tocante ao termo *a quo* do prazo prescricional: a) Primeira Turma: a partir da entrega da DCTF; b) Segunda Turma: da data do vencimento da obrigação.

3. Hipótese dos autos que, por qualquer dos entendimentos está prescrito o direito da Fazenda Nacional cobrar seu crédito.

4. Recurso especial provido.

(REsp 644.802/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. em 27.03.2007, DJ 13.04.2007 p. 363). (grifo nosso).

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO E NÃO-PAGO. LANÇAMENTO PELO FISCO. DESNECESSIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULAN. 83 DO STJ.

1. *Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, considera-se constituído o crédito tributário no momento da declaração realizada pelo contribuinte.*

2. A declaração do contribuinte elide a necessidade da constituição formal do crédito tributário, sendo este exigível independentemente de qualquer procedimento administrativo, de forma que, não sendo o caso de homologação tácita, não se opera a incidência do instituto da decadência (CTN, art. 150, § 4º), incidindo apenas prescrição nos termos delineados no art. 174 do CTN.

3. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” – Súmula n. 83 do STJ.

4. Recurso especial conhecido pela alínea “a” e improvido. (Resp 567.737/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, j. em 07.11.2006, DJ 04.12.2006 p. 279). (grifo nosso).

Nesse sentido também é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que não vê transgressão do disposto no inciso LV do art. 5º da CF/1988:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. DÉBITO FISCAL DECLARADO E NÃO PAGO. AUTOLANÇAMENTO. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA COBRANÇA DO TRIBUTO. *Em se tratando de autolançamento de débito fiscal declarado e não pago, desnecessária a instauração de procedimento administrativo para a inscrição da dívida e posterior cobrança.* Agravo regimental improvido.

(AI-AgR 144609/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, j. em 11.04.1995, DJ01.09.1995 p. 27385). (grifo nosso).

TRIBUTO - AUTOLANÇAMENTO - EXIGIBILIDADE. O *instituto do autolançamento do tributo, a revelar, em última análise, a confissão do contribuinte, dispensa a notificação para ter-se a exigibilidade* - precedentes: Recursos Extraordinários n. 107.741-7/SP, relator ministro Francisco Rezek, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de abril de 1986; n. 102.059-8/SP, relator ministro Sydney Sanches, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º de março de 1985; n. 93.039-6/SP, relator ministro Djaci Falcão, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 12 de abril de 1982; n. 93.036-1/SP, relator ministro Rafael Mayer, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de outubro de 1980; e n. 87.229/SP, relator ministro Cordeiro Guerra, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 31 de março de 1978.

(AI-AgR 539891/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. em 22.05.2007, DJ21.09.2007 p. 24). (grifo nosso).²⁰

²⁰ Além das decisões citadas como precedentes na ementa do acórdão proferido no AI-AgR 539891/RS, podemos citar, ainda, no mesmo sentido, os seguintes julgados do STF: AI-AgR 767629/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. em 08.02.2011, DJe-055 divulg. 23.03.2011 public. 24.03.2011; AI-AgR 141309/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, j. em 05.06.1995, DJ 15.09.1995 p. 29514; AI-AgR 144301/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, j. em 11.04.1995, DJ 29.09.1995 p. 31907; RE 113798/SP, Rel. Min. Djaci Falcão, 2ª Turma, j. em 08.09.1987, DJ 18.12.1987, p. 29145, RE 84995/SP, Rel. Min. Bilac Pinto, 1ª Turma, j. em 25.03.1977, DJ25.04.1977.

Entende o STF que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o crédito tributário considera-se definitivamente constituído com a apuração feita pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Não há, assim, necessidade de instauração de procedimento administrativo para a inscrição e posterior cobrança judicial do débito fiscal, declarado e não pago, cuja liquidez e certeza foram declaradas pelo próprio contribuinte²¹.

Como se vê, os Tribunais Superiores entendem que a cobrança será feita a partir da indicação formalizada pelo próprio contribuinte, que equivale à confissão do débito, dispensando, por conseguinte, a instauração de processo administrativo.

Todavia, se o Fisco não concordar com o montante apurado e declarado pelo contribuinte na DAM, *deverá necessariamente proceder ao lançamento suplementar, mediante a lavratura de AINF*, constituindo regularmente o crédito tributário através de procedimento administrativo, não sendo possível, nesse caso, inscrever, de imediato, o débito na dívida ativa, consoante já decidiu o STJ:

**TRIBUTÁRIO – DÉBITO DECLARADO PELO
CONTRIBUINTE E PAGO NO VENCIMENTO – DCTF OU
GFIP – LANÇAMENTO SUPLEMENTAR –
CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DISSÍDIO
JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO.**

1. Não se configura o dissídio jurisprudencial quando inexistente similitude fática entre acórdãos confrontados.
2. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais – DCTF,

²¹ Ressalte-se que, com base nos mesmos fundamentos, o STF decidiu pela desnecessidade de prova pericial, na fase de embargos à execução, em se tratando de autolancamento de débito fiscal declarado e não pago: CERCEIO DE DEFESA - INCISO LV DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - TRIBUTO - AUTOLANÇAMENTO - EMBARGOS EM EXECUÇÃO - PERICIA. Não configura violência ao inciso LV do rol das garantias constitucionais decisão que, em embargos à execução, resulta no indeferimento de prova pericial, tendo em conta o fato de a cobrança do tributo resultar de autolancamento" (AI-AgR 167503/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. em 12.03.1996, DJ 26.04.1996 p. 13122). No mesmo sentido: AI-AgR 201937/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. em 23.03.1998, DJ 30.04.1998 p. 12; RE 90592/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, 2ª Turma, j. em 25.09.1979, DJ 15.10.1979, p. 7658; AI-AgR 72611/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, 2ª Turma, j. em 09.05.1978, DJ 30.06.1978, p. 4841.

Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP ou documento equivalente e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia.

3. Entretanto, se o valor declarado foi integralmente recolhido no vencimento, *discordando o Fisco do montante, deve proceder ao lançamento suplementar, constituindo regularmente o crédito tributário através de procedimento administrativo, não sendo possível inscrever, de imediato, o débito na dívida ativa.*

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.

(Resp 770.613/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. em 12.06.2007, DJ29.06.2007, p. 540). (grifo nosso).

Assim, desde que não haja por parte do Fisco discordância quanto ao valor declarado pelo contribuinte (na DAM) e não pago, é possível a inscrição direta do citado débito na Dívida Ativa, sem necessidade de lavratura de AINF e de instauração de processo administrativo.

Tal raciocínio, contudo, somente se aplica ao débito declarado e não pago, mas *não à MULTA, que necessariamente depende da lavratura de AINF para ser legalmente exigida.*

Com efeito, são vários os dispositivos do CTE a confirmar tal entendimento, isto é, a exigir AINF para tal situação:

Art. 234. *As ações ou omissões contrárias à legislação tributária serão apuradas em Processo Tributário-Administrativo, com o fim de determinar o responsável pela infração verificada, ou dano causado ao Estado e o respectivo valor, aplicando-se ao infrator a pena correspondente e procedendo-se, quando for o caso, ao ressarcimento do referido dano*²².

Parágrafo único. Qualquer servidor público que verificar a

²² Idêntica ao *caput* do art. 234 do CTE é a redação do art. 42 do Regulamento do Processo Tributário Administrativo do Estado do Amazonas – RPTA (Decreto n. 4.564, de 14.03.1979).

ocorrência de infração à legislação tributária estadual e não for competente para formalizar a exigência fiscal, comunicará o fato, em Representação circunstanciada, a seu chefe imediato, que adotará com absoluta prioridade as providências necessárias à *formação do Processo Tributário-Administrativo*. (grifo nosso).

Art. 237. *Verificada qualquer infração à legislação tributária, será lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF) ou de Apreensão (AA), conforme o caso, os quais não se invalidarão pela ausência de testemunhas*²³.

Parágrafo único. O Auto de Infração e Notificação Fiscal ou Auto de Apreensão serão lavrados ou expedidos na forma do Regulamento, que conterà os requisitos essenciais de sua validade. (grifo nosso).

Art. 241. *A não autuação do contribuinte incurso em infração à lei fiscal e a não apreensão de mercadorias em circulação, sem obediência às normas legais, configura lesão aos cofres públicos, punível com demissão*²⁴. (grifo nosso).

Como se vê, o art. 237 do CTE é claro ao exigir a lavratura de AINF para a aplicação de penalidades às infrações tributárias, as quais, nos termos do art. 234 do mesmo diploma legal, devem ser apuradas em processo administrativo tributário.

Entendemos, pelo exposto, que a possibilidade de inscrição direta em dívida ativa, sem necessidade de AINF, *somente se aplica ao débito referente ao tributo (declarado e não pago)*, mas *não à penalidade* pela falta de pagamento, a qual, segundo a legislação tributária do Estado do Amazonas, cuja exigência depende de prévia elaboração de AINF.

Com efeito, se o argumento utilizado pelo STF e pelo STJ para dispensar o AINF nos tributos lançados por homologação é o fato do próprio contribuinte ter declarado ao Fisco seu débito, então o AINF mostra-se necessário para a exigência de multa, *pois esta não foi reconhecida como devida pelo contribuinte*.

²³ No mesmo sentido é o disposto no art. 49 do RTPA.

²⁴ No mesmo sentido é o disposto no art. 63 do RPTA.

Portanto, em se tratando de ICMS, tributo lançado por homologação, podemos assim resumir as hipóteses possíveis:

(i) se contribuinte não declarou o débito através de DAM e não pagou no vencimento: cabe a lavratura de dois AINF: a) um para exigir a multa pelo descumprimento da obrigação acessória (não apresentação da DAM)²⁵; e b) outro para exigir o tributo e a multa pela falta de pagamento do mesmo;

(ii) se contribuinte declarou o débito através de DAM e não pagou no vencimento (ou pagou valor inferior ao apurado) e o Fisco *concorda* quanto ao valor declarado pelo contribuinte: é dispensável a lavratura do AINF para a exigência *do tributo*, devendo tal débito ser diretamente inscrito na Dívida Ativa; a *multa, todavia, para ser exigida, dependerá de AINF*;

(iii) se contribuinte declarou o débito através de DAM e não pagou no vencimento (ou pagou valor inferior ao apurado) e o Fisco *discorda* quanto ao valor declarado pelo contribuinte: cabe a lavratura de dois AINF: a) um para exigir a multa pelo descumprimento da obrigação acessória²⁶; e b) outro para exigir o tributo (diferença entre o valor declarado a menor na DAM e o considerado pelo Fisco como efetivamente devido)²⁷ e a multa pela falta de pagamento do mesmo.

²⁵ O contribuinte que não entregar a DAM sujeita-se à penalidade prevista no inciso XL do art. 101 do Código Tributário Estadual (instituído pela Lei Complementar n. 19, de 29.12.1997): “Art. 101. O descumprimento das obrigações principal e acessórias previstas na legislação tributária, apurado mediante procedimento fiscal cabível, sujeitará o infrator às seguintes multas, sem prejuízo do recolhimento do valor do imposto, quando devido: (...) XL - R\$ 200,00 (duzentos reais), por documento, ao que *deixar de entregar à Secretaria de Estado da Fazenda, na forma e no prazo previstos na legislação, qualquer guia, declaração, demonstrativo ou outro documento relativo a informações econômico-fiscais*” (grifamos) (Inciso com redação dada pela Lei Complementar 84, de 29.12.2010, com efeitos a partir de 1º.02.2011).

²⁶ O contribuinte, nesse caso, sujeita-se à penalidade prevista no inciso XLI do art. 101 do CTE: “Art. 101. O descumprimento das obrigações principal e acessórias previstas na legislação tributária, apurado mediante procedimento fiscal cabível, sujeitará o infrator às seguintes multas, sem prejuízo do recolhimento do valor do imposto, quando devido: (...) XLI – R\$200,00 (duzentos reais), por documento, ao que *omitir ou fizer indicação incorreta de dados ou informações econômico-fiscais nos documentos citados no inciso XL deste artigo* ou em guia de recolhimento do imposto” (grifamos) (Inciso com redação dada pela Lei Complementar 84, de 29.12.2010, com efeitos a partir de 1º.02.2011).

²⁷ O valor declarado na DAM, ainda que a menor, poderá ser inscrito de imediato na dívida ativa.

Ressalte-se que a legislação tributária do Estado do Amazonas ainda possui alguns dispositivos que não se coadunam com a adoção pela SEFAZ/AM do procedimento autorizado pelo § 4º do art. 42 do CTE (acrescentado pela Lei Complementar n. 108/2012), pois ainda mencionam expressamente a necessidade de lavratura de AINF *mesmo em se tratando de débitos declarados e não pagos*. É o caso, por exemplo, do § 4º do art. 243 do CTE:

Art. 243. Dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da intimação do Auto de Infração e Notificação Fiscal ou do Auto de Apreensão poderá o contribuinte ou seu representante legal apresentar defesa administrativa na forma de impugnação, com efeito suspensivo, dirigida ao Auditor-Chefe.

(...)

§ 4º O prazo previsto neste artigo será reduzido para metade nos seguintes casos:

(...)

II - em se tratando de *Auto de Infração e Notificação Fiscal relativo a:*

(...)

b) *imposto previamente informado por meio de declaração exigida pela legislação estadual*²⁸;

(...) (grifo nosso).

Também é o caso do § 7º do art. 382 do RICMS/AM, nestes termos:

Art. 382. (...)

§ 7º Em substituição a redução tratada nos §§ 5º e 6º e nas hipóteses a seguir, a multa prevista no inciso I será reduzida em 50% (cinquenta por cento) caso o contribuinte efetue o pagamento ou requeira parcelamento dentro do prazo de defesa, renunciando expressamente o *direito de defesa*²⁹:

²⁸ Alínea com redação dada pela Lei Complementar n. 84, de 29.12.2010, com efeitos a partir de 1º.02.2011. A redação original era a seguinte: "b) imposto previamente declarado, através do Demonstrativo de Apuração Mensal do ICMS - DAM, perante à Secretaria de Estado da Fazenda".

²⁹ Parágrafo com redação dada pelo Decreto n. 25.610/06, com efeitos a partir de 1º.01.2006.

(...)

II - imposto previamente declarado através da Declaração de Apuração Mensal do ICMS - DAM, perante a Secretaria da Fazenda. (grifo nosso).

Enquanto o art. 243 do CTE é claro ao exigir a lavratura de AINF mesmo em se tratando de tributo informado por meio de DAM, o art. 382 do RICMS menciona a necessidade de se oportunizar a defesa do contribuinte nesses mesmos casos, o que, obviamente, pressupõe a lavratura de AINF com notificação ao sujeito passivo.

Assim, para a plena implementação da prática de inscrição direta na Dívida Ativa sem o AINF (a qual, insistimos, só será possível para exigir o tributo, nunca a multa, e, mesmo quanto àquele, somente se o débito foi declarado e não pago e desde que haja, por parte do Fisco, concordância quanto ao valor devido), faz-se necessário superar tais óbices constantes da legislação estadual, o que pode exigir a revogação dos dispositivos em questão.

6. Reflexos do entendimento do STF e do STJ na decadência e na prescrição

Resta verificar, nos casos em que se admita a inscrição direta na dívida ativa de débitos declarados pelo contribuinte, se estes estariam sujeitos à decadência e à prescrição e, em caso afirmativo, quais os termos iniciais da contagem dos referidos prazos.

A *decadência* é a perda do direito do Fisco de constituir o crédito tributário em razão de sua inércia durante o prazo previsto no art. 173 do CTN. Já a *prescrição* é a perda do direito de ação para cobrança judicial do crédito tributário em razão da inércia do Fisco durante o prazo previsto no art. 174 do CTN.

Entende o STJ que, nos casos em que o tributo seja exigível independentemente de qualquer procedimento administrativo, e desde não seja o caso de homologação tácita (art. 150, § 4º, CTN), *não se opera a incidência do instituto da decadência*, incidindo

A redação original era a seguinte: “§ 7º Em substituição a redução tratada nos §§ 5º e 6º e nas hipóteses a seguir, a multa prevista no inciso I deste artigo será reduzida em setenta e cinco por cento, caso o contribuinte efetue o pagamento ou requeira parcelamento dentro do prazo, renunciando expressamente ao direito de defesa”.

apenas prescrição nos termos delineados no art. 174 do CTN (REsp 567.737/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, j. em 07.11.2006, DJ 04.12.2006 p. 279). Nesse sentido é o teor do seguinte acórdão do STJ:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS INFORMADAS EM DECLARAÇÃO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. DESNECESSIDADE DE LANÇAMENTO. REDIRECIONAMENTO CONTRA O SÓCIO. CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. PRESCRIÇÃO.

1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, mostra-se incabível aguardar o decurso do prazo decadencial para o lançamento. Tal declaração elide a necessidade da constituição formal do débito pelo Fisco, podendo este ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte.

2. O redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei n. 6.830/80 que, além de referir-se ao devedor, e não ao responsável tributário, deve harmonizar-se com as hipóteses previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. Precedentes.

3. Recurso especial provido.

(Resp 851410/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. em 19.09.2006, DJ 28.09.2006, p. 245). (grifo nosso).

No que tange ao termo inicial da prescrição em tais casos, temos os seguintes julgados do STJ:

PROCESSUAL CIVIL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL.

1. Considerando que o débito declarado e não pago pelo contribuinte somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação declarada, é desse momento que se inicia o prazo prescricional para que o Fisco cobre a dívida.

2. É vedada, em sede de agravo interno, a inovação recursal.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1160792/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. em 02.09.2010, DJe 16.03.2011). (grifo nosso).

TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – DCTF, GIA OU SIMILAR PREVISTA EM LEI – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL – ART. 174 DO CTN – TERMO INICIAL – VENCIMENTO – SÚMULA 83/STJ.

1. É entendimento assente neste Tribunal que, com a entrega da Declaração, seja DCTF, GIA, ou outra declaração dessa natureza, tem-se constituído e reconhecido o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte da Fazenda. *A partir desse momento, inicia-se o cômputo da prescrição quinquenal, em conformidade com o art. 174 do Código Tributário Nacional.*

2. O Tribunal *a quo* decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica, à espécie, o enunciado da Súmula 83/STJ, *verbis*: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”. O teor do referido enunciado aplica-se, inclusive, aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1020271/SC, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 06.05.2010, DJe 19.05.2010). (grifo nosso).

Portanto, nos casos em que o tributo seja exigível independentemente de qualquer procedimento administrativo, e desde não seja o caso de homologação tácita (art. 150, § 4º, CTN), não se opera a incidência do instituto da decadência, incidindo apenas prescrição, que tem como termo inicial a entrega da DAM.

7. Conclusões

Pelo exposto, conclui-se que:

a) em se tratando de ICMS, tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de

Declaração de Apuração Mensal (DAM) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo para a inscrição e posterior cobrança judicial do débito fiscal, pois a liquidez e a certeza do mesmo foram declaradas pelo próprio contribuinte;

b) se o Fisco discordar do montante declarado pelo contribuinte, deve proceder ao lançamento suplementar (AINF), constituindo regularmente o crédito tributário através de procedimento administrativo, não sendo possível inscrever, de imediato, o débito na dívida ativa;

c) em qualquer caso, a exigência de multa depende da lavratura de AINF (arts. 237 e 241, CTE);

d) nos casos em que o tributo seja exigível independentemente de qualquer procedimento administrativo, e desde não seja o caso de homologação tácita (art. 150, § 4º, CTN), não se opera a incidência do instituto da decadência (art. 173, CTN), incidindo apenas prescrição, que tem como termo inicial a entrega da DAM (art. 174, CTN).

REFERÊNCIAS

AYALA, José Luis Pérez de. *Dinámica de la relación jurídica tributaria em el derecho español*. Madrid: Dykinson, 1997.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Anotações ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003.

NASCIMENTO, Carlos Valder. *Crédito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROYO, Fernando Pérez. *Derecho financiero y tributário: parte general*. 13. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

VILLEGAS, Héctor B. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Astrea, 2003.

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO FEDERAL E ESTADUAL.

Patrícia Petruccelli Marinho
Procuradora do Estado

Sumário: 1. Introdução e conceitos preliminares. 2. Processo Administrativo Tributário. Discussão acerca das fases do processo ou separação entre procedimento prévio e processo. 2.1 Modalidades de lançamento e sua implicação no procedimento prévio. 3. Processo Administrativo Tributário propriamente dito. 4. Dinâmica do processo Administrativo Tributário em primeira instância. 5. Conclusão.

1. Introdução e Conceitos preliminares.

Processo, em sentido amplo, é a forma pela qual o Estado Juiz resolve a lide, a pretensão resistida. Alinhando este conceito à atividade administrativa vinculada, tem-se que o processo administrativo destina-se à resolução de conflitos em que predomine o interesse público, tendo como partes o Estado e o particular. Via de regra, a própria Constituição, ao estabelecer o direito fundamental do contraditório e da ampla defesa, em seu art. 5º, LV, já admite a existência desse processo administrativo, uma vez que tal direito é assegurado ao litigante na esfera administrativa.

Diante de tais conceitos, é possível concluir pela existência de um processo administrativo tributário, por meio do qual o Estado e o particular, em sequência ordenada de atos, resolveriam, no âmbito administrativo, questões relativas à legalidade e à legitimidade do ato administrativo do lançamento.

Não se confunde o processo com o procedimento, uma vez que este último é apenas o conjunto de atos concatenados por meio do qual o processo se exterioriza, podendo inclusive ocorrer sem que haja a instauração do contraditório. Nesse aspecto, curial se faz trazer à colação o escólio de Hugo de Brito Machado Segundo:

“Sempre que houver apenas a série de atos tendentes a um resultado final considerada em seu aspecto formal, mas que não tenha como finalidade a produção de um resultado que deva ser legitimado pela participação do interessado (participação esta que ocorre de forma dialética, ou contraditória, se o resultado final consistir na solução de um

conflito), tem-se um *mero procedimento*. Quando essa série de atos tiver por propósito produzir um resultado que deva ser legitimado pela participação dos interessados (*v.g.* dirimir uma lide, um conflito, reconhecendo o direito subjetivo detido por uma das partes litigantes, e, sobretudo, oferecendo a essas partes possibilidades de participação), tem-se, além do procedimento considerado em seu aspecto formal, também um *processo propriamente dito*". (Processo Tributário, 3ª Ed., p. 56).

2. Processo Administrativo Tributário. Discussão acerca das fases do processo ou separação entre procedimento prévio e processo.

Nessa mesma linha de ideias, para alguns autores, como Rubens Gomes de Souza (citado por Ricardo Lobo Torres *in* "Curso de Direito Tributário"), a primeira fase do processo administrativo tributário iniciar-se-ia com o primeiro ato de fiscalização do Poder Público, quer por meio de termo de início de ação fiscal, quer por meio de apreensão de mercadorias (art. 7º, do Decreto n. 70.235/72, no âmbito federal), tendente a apurar a ocorrência do fato gerador e realizar o lançamento tributário.

Da análise do arcabouço legal que rege o processo administrativo tributário, verifica-se que o multicitado decreto federal estabelece essa "fase" como **procedimento fiscal**, o que corrobora a tese da doutrina majoritária de que essa fase tratar-se-ia de mero procedimento, uma vez que não necessita do contribuinte para aperfeiçoar-se, nem se destina à resolução do conflito entre o Estado e o particular.

A legislação Estadual, por seu turno, também traz algumas incongruências.

Com efeito, o art. 3º, do Regulamento do Processo Tributário Administrativo (RPTA, como chamado no Amazonas, Decreto nº 4.564/79) faz menção a uma "fase" contenciosa do Processo Tributário Administrativo, o que pressupõe, via de regra, uma fase não-contenciosa. Mais adiante, nesse mesmo diploma legal, o legislador as separa, no Capítulo IV, Seções I e II, em "Procedimento Tributário-Administrativo" e "Procedimento Contencioso Tributário Administrativo", o que traz uma atecnia em si considerada, vez que, se contencioso, trata-se de processo e não procedimento, haja vista o necessário estabelecimento do contraditório.

Servindo-nos, ainda do disposto no Regulamento do ICMS, Decreto Estadual n. 20.686/99, em seus artigos 121 a 148,

verificamos que o legislador intitula “fiscalização” o conjunto de atos realizados pelos auditores fiscais no procedimento prévio administrativo tributário. O Regulamento do IPVA, Decreto nº 26.428/2006, também assinala esse momento como “fiscalização”.

Verificamos, ainda, que o legislador estadual, por mais que tenha estabelecido que este início de fiscalização materializa o procedimento tributário administrativo, inseriu-o no capítulo IV, que tem o título “Do processo em primeira instância administrativa”, o que demonstra certa confusão quanto aos conceitos de processo e procedimento.

Fase do processo ou do procedimento, necessário se faz assinalar que a mesma manifesta-se por meio de vários atos de fiscalização do sujeito ativo da relação tributária tendentes à apuração da ocorrência do fato gerador. Por mais que o sujeito passivo seja compelido, em razão das obrigações tributárias acessórias, a cooperar com os agentes do fisco, apresentando os livros e documentos contábeis, permitindo o acesso às dependências de seu estabelecimento, etc., não há sua participação ativa na composição da lide. Ao sujeito passivo, nesse momento, não é permitido manifestar-se contrariamente à atuação fiscal, ou exercer o contraditório e a ampla defesa. E inclusive por causa dessas razões, alguns doutrinadores intitulam esse momento na cadeia de atos do processo como “fase administrativa não-contenciosa”.

Servindo-nos, mais uma vez, da lição de Hugo de Brito Machado Segundo:

“Trata-se, sem dúvida, de um processo em sentido amplo, série de atos encadeados que culminam em um resultado final, mas que não gira ainda em torno da resolução de um conflito, nem conta com a necessária participação e influência dos sujeitos interessados na formação do resultado final, não se submetendo, portanto, a muitos dos princípios constitucionais processuais. Assim, a rigor, e considerando a distinção que fizemos no item anterior, denominamos essa fase de **procedimento administrativo preparatório do lançamento**, no qual é exercida atividade tipicamente administrativa, ou Executiva, sem nenhuma feição ou caráter jurisdicional ou judicante”.

Esses atos preparatórios, via de regra, antecedem ao lançamento tributário, definido pelo art. 142, do CTN, como o

procedimento administrativo destinado à verificação de ocorrência do fato gerador, determinação da matéria tributável, cálculo do montante devido e identificação do sujeito passivo e, se for o caso, aplicação da penalidade cabível.

Desta feita, esses atos procedimentais preparatórios têm por objetivo a coleta de todos os dados necessários à realização do ato de lançamento, sendo distintas as ações da fiscalização em cada uma das modalidades do lançamento.

2.1 Modalidades de lançamento e sua implicação no procedimento prévio.

Na seção II do Capítulo II, do Código Tributário Nacional, encontramos as três modalidades de lançamento possíveis no ordenamento jurídico pátrio, a saber: o lançamento por declaração (art. 147), o lançamento de ofício (art. 149) e o lançamento por homologação (art. 150). Ricardo Lobo Torres (op. cit.) define também como modalidade de lançamento o arbitramento (art. 148), o que pedimos *vênia* para discordar, como mais adiante se explicará.

O lançamento por declaração ocorre por meio de conduta ativa do sujeito passivo, que apresenta ao fisco todas as informações necessárias a tal procedimento administrativo, momento no qual o fisco apura o montante devido. Caso essas informações sejam consideradas inidôneas ou não sejam prestadas a contento, o fisco pode corrigir de ofício os equívocos apresentados pelo contribuinte, bem como pode arbitrar o valor indicado, pelo sujeito passivo, aos serviços, bens e direitos a serem tributados.

Nesse momento, ocorre o arbitramento, previsto no art. 148, que, como dito anteriormente, não se trata de nova modalidade de lançamento, mas do procedimento preparatório propriamente dito tendente a realizar, legitimamente, o lançamento por declaração. O arbitramento, portanto, é um mecanismo do qual o fisco lança mão para corrigir distorções contidas nas declarações do sujeito passivo para a realização do lançamento.

Não se trata de outra modalidade de lançamento na medida em que não pode ser realizado de forma isolada ou discricionária pelo fisco. O arbitramento não inicia os procedimentos elencados no art. 142, do CTN, apenas se agrega para a perfeita execução do desiderato da exação.

Como exemplo dessa situação, tem-se a apuração do Imposto de Transmissão de Bens *Causa Mortis*, quando o registro

imobiliário do bem não está expresso em moeda corrente ou não se adéqua ao valor de mercado atual. O contribuinte pode até indicar o valor do bem, porém a autoridade fiscal arbitra, diante do preço médio dos imóveis para aquela localização, o valor do bem que servirá como base para a realização do lançamento.

O lançamento de ofício, por seu turno, é assim conceituado:

“Diz-se de ofício aquele lançamento efetuado pela autoridade administrativa em que se faça necessária qualquer iniciativa ou participação do sujeito passivo, conforme previsto no art. 149, do CTN. Embora existam alguns (poucos) tributos cujo lançamento normalmente se opera por esta modalidade, como o IPTU, é importante destacar que todo e qualquer tributo pode ser objeto de um lançamento de ofício. É o que acontece com tributos lançados por declaração ou por homologação, na hipótese de omissão, imprecisão ou falsidade nas informações prestadas pelo sujeito passivo, ou mesmo com tributos normalmente sujeitos a lançamento de ofício, quando detectado equívoco no lançamento anterior. No primeiro caso, diz-se que o lançamento de ofício é *ordinário* e, no outro, que é *revisional*”. (SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Processo Administrativo Tributário, 3ª. Ed., p. 62 e 63).

Nesse aspecto, o procedimento preparatório toma feição de suma importância nessa modalidade de lançamento, uma vez que se liga diretamente ao desiderato da fiscalização estatal. Remetemos, portanto, ao art. 145, § 1º, da Constituição Federal, que além de atribuir *status* constitucional à administração tributária, estabelece os mecanismos pelos quais pode lançar mão para o cumprimento de seus misteres, sempre respeitando os direitos individuais do contribuinte.

O respeito aos direitos individuais não significa o estabelecimento do contraditório nessa fase procedimental. Apenas assegura ao particular que o fisco, no desiderato de fiscalização, ao exercer suas prerrogativas no exame de mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais (art. 195), deverá fazer cumprir a Constituição, na medida de não utilizar medidas que firam os direitos e garantias individuais do sujeito passivo.

Como exemplo, temos o entendimento pacífico e antigo do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula 323, que estabelece:

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

Como ressaltado na definição do lançamento de ofício, acima transcrita, qualquer tributo pode ser objeto de lançamento de ofício, inclusive aqueles sujeitos a lançamento por declaração ou por homologação. Basta que o contribuinte omita dados essenciais, aja com dolo, fraude ou simulação ou se recuse a prestar esclarecimentos posteriores para a autoridade fiscal.

Por fim, o lançamento por homologação, na dicção do art. 150, do CTN, **“ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”**. Exemplos desse tipo de tributo é o Imposto sobre Serviços de qualquer natureza e o ICMS, em sua forma de recolhimento normal, conforme o RICMS estadual.

Segundo Alberto Xavier, citado por Ricardo Lobo Torres (*op. cit.*, p. 283), nesse tipo de lançamento, não existe homologação propriamente dita, pois a administração não pode homologar ato do particular, apenas o ato próprio administrativo. Ademais, o *caput* do art. 150, a seu ver, prevê a homologação do pagamento antecipado, não do lançamento, uma vez que o decurso do prazo de cinco anos apenas opera a decadência do direito de efetivar o lançamento, uma vez que inexistente ato tácito da administração.

Nessa modalidade, o administrado apura o montante devido e recolhe antecipadamente ao fisco, a quem incumbe a homologação desse pagamento, no prazo de cinco anos, sob pena de preclusão do direito de lançar em razão da decadência. Desta feita, os procedimentos prévios para o lançamento são quase que, em sua totalidade, realizados pelo contribuinte, não participando a administração por meio da atividade de fiscalização em momento inicial. Apenas surge quando da homologação anteriormente assinalada.

Ao cabo da definição das modalidades de lançamento, verificamos qual a consequência primordial desses atos preparatórios ou procedimento administrativo preparatório ou, como

anteriormente dito, processo administrativo tributário não-contencioso. Com efeito, a razão primordial do fisco, conforme o art. 196, do CTN, em reduzir a termo esse início de ação fiscal visa a estabelecer o marco inicial da atividade de fiscalização, de forma a elidir a denúncia espontânea do contribuinte e o recolhimento do montante devido sem a aplicação de penalidade pecuniária. É a dicção do art. 7º, § 1º, do Decreto n. 70.235/72, que assim estabelece:

“O início de procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores, e independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas”.

No Estado do Amazonas, a mesma dicção encontra-se perpetrada no art. 43, I, II e III do RPTA, que se traz à baila nesse momento:

Art. 43. Considera-se iniciado o procedimento tributário administrativo de apuração das infrações à Legislação Tributária, para o fim de excluir a espontaneidade da iniciativa do sujeito passivo:

I - com a lavratura do Termo de início de Fiscalização, ou intimação escrita para apresentar livros fiscais ou comerciais, ou outros elementos de interesse para a Fazenda Estadual;

II - com a lavratura do Auto de Infração e Notificação Fiscal ou do Auto de Apreensão;

III - com qualquer ato escrito de autoridade competente, que caracterize o início de procedimento para apuração do débito fiscal.

O procedimento administrativo tributário prévio não-contencioso se inicia com o termo de início de ação fiscal e termina com o auto de infração, ato administrativo revestido de diversas formalidades, por meio do qual o contribuinte é notificado para pagar ou oferecer impugnação ao auto.

Essas formalidades, no caso do processo administrativo tributário federal, estão dispostas no art. 10, do Decreto n. 70.235/72, e serão abordadas posteriormente, quando da explanação acerca da dinâmica do processo administrativo

tributário. No regulamento estadual, o art. 55, do RPTA, estabelece esses requisitos indispensáveis à validade do AINF.

3. Processo Administrativo Tributário propriamente dito.

A segunda fase do processo administrativo tributário, ou conforme as explicações acima, o processo administrativo tributário propriamente dito inicia-se com a impugnação do contribuinte ao Auto de Infração lavrado ao final do procedimento prévio administrativo tributário.

Como anteriormente comentado, nesta fase se inicia o processo administrativo tributário propriamente dito, uma vez que dela será exarada a decisão pró-fisco ou pró-contribuinte, escopo do processo administrativo tributário.

Passam a nortear os atos da administração os diversos princípios informadores do processo administrativo, especialmente o do contraditório e da ampla defesa, estabelecidos na Carta Magna, em seu art. 5º, LV. Por meio desse direito fundamental, é assegurado ao contribuinte o direito de impugnar o ato administrativo do lançamento, arguindo toda a matéria fática e de direito, sendo-lhe assegurados todos os meios de prova admitidos para a defesa de seu direito.

Desta feita, delineiam-se as principais características do processo administrativo tributário, entre eles, **(i)** a relação jurídica bilateral entre Estado e contribuinte, **(ii)** a observância dos princípios constitucionais e legais que regem a atividade administrativa e permitem a defesa dos direitos do particular e **(iii)** a iniciativa do contribuinte para que se inicie o processo.

Diferencia-se, portanto, do processo judicial tributário, uma vez que a relação processual é triangular, em que o Estado e o contribuinte levam a questão ao Juízo de Direito ou Federal a ser dirimida de forma definitiva. No processo administrativo, o Estado, por meio da autoridade fiscal, é quem exerce o controle da legalidade do ato do lançamento, a despeito de ser, em tese, parte, uma vez que realizou o procedimento que culminou com o auto de infração impugnado.

Também não se confunde com o procedimento (ou processo administrativo não-contencioso), uma vez que, além de ser iniciado pela impugnação do sujeito passivo, é obrigatória a observância dos princípios norteadores do processo, sendo possível exercer sua defesa de forma ampla.

Para aclarar esse conceito inicial, traz-se à baila a lição de Celso Ribeiro Bastos sobre o assunto:

“No que se refere ao campo administrativo, muito questionada tem sido a participação da Administração, com base no raciocínio de que a discussão da legalidade do lançamento haveria de respeitar exclusivamente ao Judiciário, uma vez que a autoridade administrativa, a quem compete, privativamente, formalizar o crédito tributário, não teria poder para declarar sua ilegalidade. Ora, é bem de ver que essa tendência não encontra respaldo no campo das relações jurídico-tributárias, por estarem envolvidas obrigações de direito público. Em outras palavras, cuidando-se de uma relação jurídica de ordem pública, com intensa repercussão política, social e econômica, deve a Administração submeter-se ao princípio da legalidade, que permeia todo o Estado de Direito, buscando uma atuação imparcial que não privilegie nem o fisco nem o contribuinte. Para tanto, abre-se no campo administrativo a possibilidade de discussão da legalidade do lançamento dentro de normas de proceder a que se submete a própria Administração, sendo que a decisão ali obtida não vincula, em hipótese nenhuma, a atuação do Judiciário”. (Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário, 4ª Ed., p. 230).

Complementando essa lição é o escólio de Ricardo Lobo Torres, que assinala:

“O processo administrativo tributário participa da atividade de autotutela da legalidade exercida pela própria Administração, isto é, tem por finalidade o controle da legalidade e da legitimidade do lançamento levado a efeito pelas autoridades administrativas.” (op. cit., p. 339).

O escopo do processo administrativo tributário é verificação da legalidade do ato de lançamento. Está respaldado, portanto, no poder-dever da administração de rever seus próprios atos quando eivados de vício ou revogá-los por razão de conveniência e oportunidade. Esta máxima, estabelecida na Súmula n. 473, do Supremo Tribunal Federal, hoje é positivada no art. 53, da Lei Federal n. 9.784/99, e no art. 52, da Lei Estadual n. 2.794/2003. Esse poder dever, conjugado com o direito de petição, direito fundamental

estabelecido no art. 5º, XXXIV, “a”, da Carta Magna, é que dão o fundamento à existência de um processo administrativo tributário, por meio do qual o contribuinte busca a manifestação da autoridade fiscal sobre a legalidade do ato de lançamento.

Também é necessário tecer alguns comentários sobre o ônus da prova no processo administrativo tributário.

Com efeito, o Estado se utiliza dos mecanismos preparatórios, no procedimento prévio administrativo tributário para verificar a ocorrência do fato gerador e realizar o lançamento tributário. Desta feita, tem-se que cabe ao fisco a prova da ocorrência do fato gerador, uma vez que dele decorre o ato subsequente do lançamento.

O processo administrativo contencioso se inicia com a impugnação ao auto de infração, que como se verá posteriormente, traz todas as informações relativas ao lançamento e necessárias para o exercício do contraditório.

Como é o contribuinte que alega a matéria de fato e de direito, que espera ver apreciada para anular o ato administrativo contra o qual se insurge, incumbe ao mesmo carrear aos autos as provas de seu alegado, de situações extintivas, modificativas ou que demonstrem o equívoco administrativo anterior.

Exemplificando essa situação, transcreve-se parte de Acórdão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda:

PAF – ÔNUS DA POVA – cabe à autoridade lançadora provar a ocorrência do fato constitutivo do direito de lançar do fisco. Comprovado o direito de lançar do fisco cabe ao sujeito passivo alegar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos e além de alegá-los, que estabelece as regras de distribuição do ônus da prova aplicáveis ao PAF, subsidiariamente. (Ac. Um. Da 8ª C. do 1º CC – Recurso n. 133271 – Acórdão n. 108-07602 – Processo n. 10120.006617/2002-04 – Rel. Ivete Malaquias Pessoa Monteiro – Julgado em 5.11.2003).

Os processos administrativos tributários classificam-se em **(a)** impugnação ao lançamento, modalidade mais comum e para a qual se aplicam todas as regras acima descritas, **(b)** restituição e compensação de tributo, por meio do qual o contribuinte pleiteia a devolução de valor pago indevidamente ao fisco ou a sua compensação com prestações vencidas ou vincendas da mesma natureza e **(c)** consulta, disciplinada no art. 161, § 1º, do CTN, por

meio da qual o contribuinte busca esclarecimento quanto à interpretação da legislação tributária. Em todos eles há a instauração do contraditório e pode haver recurso para a instância superior administrativa.

A lei estadual fala em um quarto tipo de processo, denominado “ regime especial”. Essa modalidade, apesar de ser iniciada por petição do sujeito passivo, não pode ser considerada como processo administrativo tributário, uma vez que não existe contraditório a ser estabelecido. Uma vez verificadas as condições previstas nos incisos do art. 172, do RPTA, a Fazenda concederá o pedido para pagamento de tributos em regime especial, sendo a decisão exarada pelo fisco uma mera homologação, tal qual um procedimento de jurisdição voluntária.

Por fim, é de se ver que o processo administrativo tributário é apenas um dos mecanismos dos quais o contribuinte pode lançar mão para discutir o lançamento. Não é obrigatória a sua utilização, nem se constitui em procedimento prévio necessário para futura demanda judicial. Pelo princípio jurisdicional, consubstanciado no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, o particular pode abrir mão de impugnar o lançamento pela via administrativa, podendo fazê-lo perante a Justiça sem que haja qualquer gravame a sua situação (com exceção da atualização do montante devido em razão dos juros e consectários legais).

4. Dinâmica do processo administrativo tributário em primeira instância.

Passemos à análise da dinâmica do processo administrativo tributário.

O procedimento tributário prévio, ou processo administrativo não contencioso, como anteriormente explicitado, inicia-se por três formas, conforme o art. 7º, do Decreto n. 70235/72. São elas: o primeiro ato de ofício escrito, praticado por servidor competente e dado conhecimento ao contribuinte; a apreensão de mercadorias, documentos e livros; e o começo do despacho aduaneiro da mercadoria importada. De qualquer um desses atos deve ser dada ciência ao contribuinte de forma a estabelecer o marco inicial, o termo de ação fiscal, para que exclua a espontaneidade do contribuinte em relação aos atos anteriores (art. 7º, § 1º, do referido decreto). Na legislação estadual, com exceção do despacho aduaneiro da mercadoria importada, há idêntica previsão no art. 43, I, II e III, do RPTA.

Nesse momento, inicia-se a atividade fiscalizatória do sujeito

ativo, que apura a ocorrência do fato gerador por todos os meios (análise de livros, apreensão de documentos, análise contábil, etc.), sendo toda essa atividade documentada, copiada e juntada aos autos para instruir o Auto de Infração.

De posse de todos esses elementos de convicção, que comprovam a ocorrência do fato gerador e permitem o cálculo do montante do tributo devido e a indicação da penalidade cabível, o agente fiscal lavra o auto de infração, documento que deverá conter, conforme o art. 10, do Decreto n. 70235/72 **(a)** a qualificação do autuado, **(b)** local, data e hora da lavratura, **(c)** a descrição do fato, **(d)** a disposição legal transgredida e a penalidade aplicável, **(e)** a determinação da exigência pecuniária e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo assinalado e **(f)** a assinatura do autuante, a indicação de seu cargo ou função e a sua matrícula.

A Legislação Estadual, nesse aspecto, é mais completa e minuciosa que a federal, vez que estabelece como requisito do AINF o demonstrativo de débito atualizado, além do cálculo do tributo devido, bem como a descrição **minuciosa** do fato. É a dicção do art. 55, do Decreto n. 4564/79:

Art. 55. O Auto de Infração e Notificação Fiscal ou o Auto de Apreensão deverá conter:

I - dia, hora e local da lavratura;

II - nome, qualificação e domicílio do autuado e das testemunhas, se houver;

III - relato minucioso da infração;

IV - citação expressiva do dispositivo legal infringido, inclusive do que fixa a respectiva sanção;

V - referência aos elementos que serviram de base para a lavratura do auto;

VI - referência expressa ao Termo de Fiscalização ou ao Auto de Apreensão;

VII - demonstrativo dos tributos devidos;

VIII - cálculo dos tributos e multas devidos.

IX - intimação do autuado para defender-se ou recolher os tributos e multas apurados, no prazo de defesa, com a redução cabível;

X - descrição de quaisquer outras ocorrências que possam melhor esclarecer o processo.

Parágrafo único. Os incisos VI, VII e VIII são obrigatórios apenas para o Auto de Infração e Notificação Fiscal.

O auto de infração contém todos os elementos necessários ao contribuinte para exercer seu direito de defesa. Na descrição do fato é necessário que o agente fiscal esclareça, mesmo que de forma sucinta, qual o ato ou omissão que permitiu ao fisco o direito de cobrar o tributo ou a penalidade cabível. Por vezes, o auto de infração conterà as duas indicações (pagamento de tributo e penalidade) e, também, poderá conter apenas a indicação de conduta ativa ou omissiva, relativa ao descumprimento de obrigação acessória, que gera apenas a aplicação de penalidade isolada.

De uma forma ou de outra, é de se ver que vícios materiais no auto de infração tornam nulo o ato administrativo e determinam o seu refazimento, caso ainda haja prazo para tanto. Tomemos como exemplo um auto de infração que descreva determinada conduta, porém, no momento de subsumir o fato à norma jurídica, há indicação errada do dispositivo infringido, ou mesmo da penalidade cabível. Em havendo impugnação ao auto, ou revisão administrativa desse AINF, não há como aproveitá-lo ou retificá-lo, uma vez que ao contribuinte foi cerceado defender-se sobre o dispositivo correto.

Assim, caso não haja transcorrido cinco anos do primeiro dia útil do exercício subsequente à data em que o tributo poderia ser exigido, a administração tributária pode determinar ao autuante que refaça o auto de infração. Caso já tenha havido o transcurso desse prazo, opera-se o instituto da decadência, uma vez que o vício material impediu a suspensão do curso do prazo decadencial durante o trâmite do processo administrativo tributário.

Ao revés, se o motivo da anulação for vício formal, como fundamentação deficiente, a decadência segue a regra do art. 173, II, do Código Tributário, segundo o qual pode ser refeito o lançamento em até cinco anos da decisão que o houver anulado.

Pois bem. Notificado o contribuinte acerca da lavratura do auto de infração, é ao mesmo facultado pagar o valor do tributo e da penalidade no prazo ali estipulado ou oferecer impugnação no prazo de trinta dias. Ao optar pela segunda alternativa e apresentar a impugnação no prazo legal, inicia-se a fase contenciosa do processo administrativo tributário.

Nessa peça impugnativa, o contribuinte deve alegar toda a matéria de fato e de direito que elida a cobrança, juntando, nesse momento, todos os documentos necessários à sua comprovação. Essa é a dicção do art. 16, § 4º, do Decreto Federal, que estabelece a apresentação da impugnação como momento da produção da prova documental, salvo em razão de força maior, fato

superveniente ou para contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. Na legislação Estadual, encontramos o art. 71, do RPTA, que prevê, tal qual o processo judicial, ser a impugnação o momento da produção da prova documental.

Também no momento da impugnação, o contribuinte formulará pedido relativo à produção de outras provas, como perícias e diligências para a defesa de seu direito.

A apresentação de impugnação, além de inaugurar a fase contenciosa, interrompe o curso da prescrição, que somente reinicia o seu curso com a decisão definitiva no processo administrativo, que constitui definitivamente o crédito tributário.

No processo administrativo tributário federal, vige o princípio da eventualidade, segundo o qual se deve impugnar toda a matéria, sob pena de considerar-se não impugnada (art.17, do Decreto n. 20.235/72). No âmbito estadual, encontramos dispositivo de idêntica dicção, qual seja, o art. 71, do Decreto n. 4564/79. Porém, esse fato não inibe a administração de rever o ato por dever de ofício, uma vez que a ela cumpre anular os atos eivados de vício.

Na dinâmica estadual, verificamos a existência do instituto da réplica, meio pelo qual os fiscais autuantes têm a possibilidade de rechaçar as assertivas contidas na impugnação do contribuinte. O prazo para a apresentação dessa manifestação é de dez dias, conforme o art. 78, do RPTA.

A autoridade a quem for destinada a impugnação avaliará os pedidos de diligências e perícias, indeferindo aqueles julgados inoportunos. Uma vez realizadas as provas em comento, caso sejam deferidas, o processo está pronto para o julgamento em primeiro grau, pelo Delegado da Receita Federal ou algum dos agentes fiscais previstos no art. 25, I, "a" e "b", do Decreto Federal, conforme o caso. Na esfera estadual, atualmente, a questão é dirimida pela Auditoria Tributária da Secretaria de Estado da Fazenda.

A decisão de primeira instância conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão (que poderá julgar procedente ou improcedente a ação fiscal) e determinação para a intimação do impugnante. Caso o auditor tributário entenda da necessidade de mais diligências para a elucidação do caso, baixará os autos para a produção de novas provas, conforme o art. 86, § 2º, do RPTA.

Caso a autoridade de primeira instância julgue improcedente o auto de infração, exonerando o contribuinte do pagamento de tributo e penalidade, deve submeter a decisão a reexame obrigatório pelo Conselho de Contribuintes. Tanto o Decreto Federal quanto o

Decreto Estadual utilizam o termo impróprio de “recurso de ofício”, nos artigos 34 e 101, respectivamente.

Diz-se impróprio uma vez que a autoridade fiscal exerce o *múnus* público de julgadora, e caso houvesse recurso da administração fazendária, incumbiria ao fiscal atuante a sua formulação. Como é o auditor fiscal que interpõe o dito “recurso”, não se admite, sob pena de quebra do próprio pressuposto recursal da sucumbência, que o julgador recorra de sua própria decisão. Preferimos o termo reexame necessário, pois a segunda instância será o agente confirmador ou não da decisão de primeiro grau.

Por fim, é de se ressaltar que da decisão de primeiro grau que julgue procedente a ação fiscal, cabe recurso voluntário do contribuinte, com efeito suspensivo.

5. Conclusão.

A despeito de parte da doutrina ainda negar a existência do processo administrativo tributário, a análise do arcabouço legal e dos direitos e garantias fundamentais permitem afirmar, sem sombra de dúvida, que existe, sim, um mecanismo de controle de legalidade do ato de lançamento por iniciativa do contribuinte.

Esse mecanismo é o processo administrativo tributário. Apesar de a autoridade julgadora ser da mesma esfera do agente fiscal que lavra o auto de infração (contra o qual se insurge o contribuinte por meio da impugnação), tal não tem o condão de transformar esse processo em mero procedimento.

Ao revés, pelos princípios norteadores da atividade administrativa, bem como a supremacia do interesse público sobre o privado, o julgador tem o dever de desfazer o ato administrativo do lançamento caso verifique qualquer vício na sua constituição ou na formalização do processo para a sua cobrança.

Ademais, a observância obrigatória do princípio do contraditório, consubstanciado no art. 5º, LV, da Carta Magna, dão a feição processual necessária a esse conjunto de atos. Desta feita, não se pode negar a existência do processo administrativo tributário.

Doutra banda, forçoso é verificar que os atos que o antecedem, até o momento da lavratura do auto de infração, dividem a doutrina quanto à sua caracterização como procedimento prévio. Isso confunde ainda mais a classificação se verificarmos que, mesmo que não haja o contraditório propriamente dito, existem direitos e garantias do contribuinte que devem ser respeitados nesse “processo administrativo tributário não contencioso”. Não pode o agente fiscal agir com abuso de autoridade, fazer exigências

além das previstas em lei ou divorciar a apuração do estabelecido nos dispositivos legais.

Também é de se verificar que os princípios da atividade administrativa (legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência), previstos no art. 37, *caput*, pautam a atividade fiscal nesse momento apuratório, o que também traz segurança jurídica ao contribuinte.

Por fim, verificamos que o processo administrativo tributário, como processo que o é, segue um conjunto de atos concatenados com o fim específico de dizer o direito, ou seja, de julgar a legalidade do ato de lançamento. Por meio desse procedimento é que se exterioriza o processo e são eles que o tornam um meio sistemático para dirimir conflitos de natureza tributária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário. 4ª Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

CASSONE, Vittorio ET CASSONE, Maria Eugenia Teixeira. Processo Tributário: teoria e prática. 8ª Ed. rev. e reformulada. São Paulo: Atlas, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. Direito Tributário, volume 16. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS E O PRINCÍPIO DA ORALIDADE.

Leila Maria Raposo Xavier Leite
Procuradora do Estado

INTRODUÇÃO

O presente trabalho investiga a recorribilidade de decisões interlocutórias nos Juizados Especiais, em especial em vista da novel Lei instituidora dos Juizados Especiais das Fazendas Públicas. Vê-se que se cuida tão somente de apresentar um estudo norteador da atuação do causídico, na defesa dos interesses passíveis de serem afetados com grave lesão de difícil reparação. Essa preocupação justifica-se por ir de encontro ao Princípio da Oralidade, que, por sua vez, é norteador dos procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis. Verifica-se que o sistema de Juizados Especiais apresenta especificidades quando se trata da recorribilidade das decisões interlocutórias, em cada uma das leis específicas.

RECURSOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS.

Ponto que reúne muita polêmica acerca dos Juizados Especiais Cíveis diz respeito aos recursos.

Pode-se definir recurso como meio de insurgência utilizada por uma parte – sucumbente – que recebeu decisão que lhe foi desfavorável, buscando a defesa de seu direito com a revisão de questão já decidida. Para Humberto Theodoro¹, recurso é o meio de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando obter a sua reforma ou modificação.

É oportuno gizar o direito de recorrer que explica o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. Esse princípio corresponde à revisão de decisão judicial a ser proporcionada por um órgão hierarquicamente superior, ou seja, por outra instância de julgamento. Configura uma garantia fundamental do indivíduo,

¹THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense. v.1. p. 501.

mesmo porque não se pode afirmar que inexistiu decisão judicial equivocada, logo, o próprio ordenamento jurídico deve propiciar mecanismos de manifestação em resposta, possibilitando a outro órgão judicial que reanalise as razões jurídicas do julgador, a lógica do raciocínio e a justiça constante da decisão.

É preciso situar o sistema de leis que forma o regramento nos Juizados Especiais. Tem-se os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), os Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/01), e, por último, Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/09).

A Lei 9.099/95 não admite recurso frente às decisões interlocutórias. Prevê apenas dois tipos de recursos: os embargos declaratórios e o recurso inominado, previstos nos artigos 41 e 48 da Lei 9.099/95:

Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.

Art. 48. Caberão embargos de declaração quando, na sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

Parágrafo único. Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.

Com a Emenda Constitucional 22/99 acrescentou-se um parágrafo único ao art. 98 da Constituição Federal. Dispõe o comando normativo que Lei Federal disporá sobre a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. A Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com essa Lei, o disposto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, a qual cuida dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Por sua vez, a Lei 12.153/2009 delimita: “É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos”.

A Lei 10.259/01 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal traz em seus artigos 4º e 5º:

Art. 4° O Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação.

Art. 5° Exceto nos casos do art. 4°, somente será admitido recurso de sentença definitiva.

Por sua vez, quanto aos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/09), se observa:

Art. 3° O juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir quaisquer providências cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou de incerta reparação.

Art. 4° Exceto nos casos do art. 3°, somente será admitido recurso contra a sentença.

Figueira Júnior² destaca que “nos Juizados Especiais Federais encontramos a previsão de cinco tipos de recursos contra as seguintes decisões judiciais: a) interlocutórias de mérito proferidas em tutelas de urgência que causem gravame às partes (arts. 4° e 5° da Lei 10259/01); b) sentenças (art. 41 da Lei 9099/95); c) embargos de declaração (arts. 48-50 da Lei n. 9099/95); d) pedido de uniformização de interpretação de lei federal (art. 14 da Lei 10259/01); e) recurso extraordinário (art. 15 da Lei n. 10259/01)”. A atenção decorre da necessidade de adequação do recurso ao tipo de decisão – princípio da congruência.

Orione Neto³ conceitua embargos de declaração⁴ como um remédio jurídico que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a impugnação de qualquer decisão judicial que contenha o vício da obscuridade, contradição ou omissão, objetivando novo pronunciamento perante o mesmo juízo prolator da decisão embargada, a fim de completá-la ou esclarecê-la.

² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p.258-259.

³ ORIONE NETO, Luiz. Recursos Cíveis. São Paulo: Saraiva, 2006. p.385.

⁴ Pela Lei 9099/95 o recurso embargos de declaração suspendem o prazo de outros recursos (Art. 50. Quando interpostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para recurso).

Pela leitura do artigo 41 da Lei 9.099/95, quando da decisão do juiz que põe fim ao processo, a insurgência da parte sucumbente materializa-se pelo recurso inominado, o qual guarda semelhança com o recurso de apelação. Frize-se que somente contra as sentenças de acolhimento, rejeição do pedido ou extinção do processo sem julgamento do mérito é que são passíveis de recurso inominado.

Característica significativa dos Juizados, como regra geral, consiste na impossibilidade das decisões proferidas pelo Juizado Especial serem objeto de recurso especial, porquanto as sentenças dos Juizados Especiais não são revistas por um Tribunal, e sim, por Turma Recursal. Prevê o art. 105, III da Constituição da República que é requisito as causas já terem sido decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Diante desta especificidade é oportuno ressaltar situação especial de cabimento de Reclamação – art. 105, I, “f” da CF/88, ao Superior Tribunal de Justiça. É o que se observa na decisão, da lavra da Ministra Ellen Gracie, que se transcreve a ementa a seguir:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR.

1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos Juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada.

2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de

uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora **seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais.**

3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da Turma Recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização.

4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos Juizados Estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la.

5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para **declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.**

(RE 571572 ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-05 PP-00978).

A Ministra, em seu voto, pondera:

No âmbito da Justiça Federal, a uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional foi preservada com a criação da Turma de Uniformização pela Lei 10.259/01. Ressalte-se que essa Turma poderá ser provocada quando a decisão proferida pela Turma Recursal contrariar jurisprudência dominante no STJ.

Além disso, caso a decisão da Turma de Uniformização também contrarie a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda é cabível a provocação daquela Corte, nos termos do artigo 14, § 4º da Lei 10.259/2001. (...)

Desse modo, até que seja criado o órgão que possa estender

e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ, em razão de sua função constitucional, da segurança jurídica e da devida prestação jurisdicional, a lógica da organização do sistema judiciário nacional recomenda que se dê à reclamação prevista no at. 105, I, f, da CF amplitude suficiente à solução do impasse.(...)

Diante da inexistência de outro órgão que possa fazê-lo, o próprio Superior Tribunal de Justiça afastará a divergência com sua jurisprudência, quando a decisão vier a ser proferida no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais.

Resta claro que a sistematização dos Juizados Especiais, em cada uma de suas faces, possuem regras próprias que a jurisprudência está buscando adequar à legislação existente.

OS RECURSOS CONTRA AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E O PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Sobreleva gizar que a estrutura dos Juizados Especiais objetiva afastar os custos e a demora inerentes ao processo tradicional, proporcionando acesso à Justiça com efetividade. Resta clara a visão social.

Pelo Princípio da Oralidade há predominância do procedimento oral, agilizando a solução da lide, mas não se exclui por completo a utilização da escrita. A atividade jurisdicional tende a concentrar-se numa só audiência. Marinoni⁵ observa: A oralidade propicia um contato direto do juiz com as partes e as provas, dando ao magistrado não só a oportunidade de presidir a coleta da prova, mas sobretudo a de ouvir e sentir as partes e as testemunhas.

Há que se destacar que o Princípio da Oralidade traz em seu bojo outros *norteamentos principiológicos complementares ou desdobramentos, representados pelos princípios do imediatismo, da concentração, da imutabilidade do Juiz e da irrecorribilidade das decisões*⁶.

O princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias

⁵ Marinoni. Luis Guilherme. A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição. Disponível em http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BBBF82E33F-549B-46A9-BB3B-88CAFC9251FF%7D_029.pdf <acesso em 07.06.2010.

⁶ Figueira Junior, Joel Dias e Lopes, Mauricio Antonio Ribeiro. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 69.

na Lei 9.099/95 objetiva evitar paralisações, porquanto passível de tumultuar o bom andamento do processo.

Disciplina o artigo 162 do Código de Processo Civil, que os atos do juiz consistem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Não olvidar que o Código de Processo Civil é o regramento subsidiário da Lei nº 9,099/95, a qual o é para Lei nº 10.295/01. Para os Juizados Especiais da Fazenda Pública o legislador observou: Art. 27. Aplica-se subsidiariamente o disposto nas Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001.

No momento, importa lembrar que sentença é ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa (art. 162, § 1º do CPC); e a decisão interlocutória resolve questão incidente (art. 162, § 2º do CPC).

Como já foi destacado anteriormente, há no ordenamento jurídico brasileiro recursos correspondentes a cada tipo de ato do Juiz.

A Lei n.º 9.099/95 não prevê a possibilidade de impugnação de decisões interlocutórias em primeiro grau de jurisdição, motivo pelo qual prevalece o entendimento acerca de sua irrecorribilidade.

Da leitura do art. 4º da Lei 10.259/01 verifica-se que é possível a concessão de medida cautelar para evitar dano de difícil reparação. Tal fato acarreta a exceção prevista no art. 5º do mesmo diploma legal. A restrição “somente será admitido recurso de sentença definitiva”, e recortada pela exceção quanto às medidas cautelares. Logo, cabe o recurso contra essas decisões.

Sem querer entrar na discussão da natureza jurídica das cautelares, essas são garantidoras do direito, baseada na presença do *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, sem, ainda, satisfazer o direito do autor. Acontece que se vê nos Tribunais hoje, é a aplicação do princípio da fungibilidade das medidas. De tal sorte, ampliou-se a exceção. Aquele que se vê prejudicado com a decisão interlocutória insurge-se contra a decisão temporária. Nesse, caso, recorre ao órgão competente que é a Turma Recursal, por expressa autorização legal, na exceção.

Esse é o ponto. Qual seria o recurso cabível da decisão concessiva da medida incidental? É um recurso, sem nome, distinto do previsto para sentença. Poder-se-ia considerar uma aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e exigir o Agravo de Instrumento? Como fica o excesso de formalismo em um Juizado

Especial? Não seria mais indicado um recurso, com a remessa dos autos à Turma Recursal?

Para entender essas questões, mister ressaltar a afirmação da irrecorribilidade das decisões interlocutórias decorrentes de aplicação da Lei n. 9.099/95 e, ainda, o não cabimento de mandado de segurança.

O Enunciado 15⁷ do Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais, com a redação recebida⁸ no XXI Encontro – Vitória/ ES dispõe que não é cabível o recurso de agravo, exceto nas hipóteses dos artigos 544⁹ e 557¹⁰ do CPC.

Por oportuno, destaca-se recente decisão junto ao Supremo Tribunal Federal, cuja ementa se transcreve a seguir:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. DECISÃO LIMINAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS. LEI N. 9.099/95. ART. 5º, LV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO.

1. Não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei n. 9.099/95.

2. A Lei n. 9.099/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, inarredável.

3. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob a forma do

⁷ Disponível em http://www.tjrs.jus.br/institu/je/Enunciados_FONAJE_Manaus.doc. Acesso em 08.06.2010.

⁸ Redação anterior: Nos Juizados Especiais não é cabível o recurso de agravo.

⁹ Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. (*Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994*).

¹⁰ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (*Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998*).

agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança.

4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CB), vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso nominado. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 576847, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-10 PP-02068 LEXSTF v. 31, n. 368, 2009, p. 310-314).

Contudo, tem-se outra decisão, em sentido de possibilidade da utilização do recurso Agravo de Instrumento, a saber:

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º E 5º DA LEI N. 10.259/2001.

1. Contra decisão interlocutória proferida por Juiz Federal integrante do Juizado Especial é admissível a interposição de agravo de instrumento perante a Turma Recursal. Interpretação dos arts. 4º e 5º da Lei n. 10.259/2001. Precedentes do Tribunal. 2. Agravo não conhecido. Remessa dos autos ao juízo competente.

(AG 2005.01.00.071878-3/MG, Rel. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (conv), Sexta Turma, DJ de 07/08/2006, p. 102).

O artigo 2º da Lei 9.099/95 determina que o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. O princípio da oralidade, que fundamenta todo sistema dos Juizados Especiais, em prol de uma Justiça mais célere e efetiva, consiste em priorizar a forma oral em relação à escrita. Por sua vez, funda-se em subprincípios, na lição de Giuseppe Chiovenda: imediatismo, o da concentração, o da identidade física do juiz e o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Segundo o artigo 522 do Código de Processo Civil¹¹, contra as decisões interlocutórias caberá o recurso de Agravo, oportunizando insurgência da parte prejudicada. Assim, recorribilidade ou não das decisões interlocutórias é relevante pois estas decisões podem ser de fundamental importância no deslinde da questão.

Figueira Junior¹² destaca;

“ (...) diante da oralidade em grau máximo, da qual exsurge a concentração dos atos, não haveria lugar para recurso às decisões interlocutórias. Sem dúvida a teoria é perfeita e a tese adequada. Contudo, quando levada para o mundo empírico e testada na prática forense – notadamente em sede de Juizados Especiais –, surgem algumas situações de caráter emergencial que não poderão deixar o jurisdicionado desprotegido de uma rápida revisão da decisão proferida em primeira instância. (...)

Em caráter excepcional, o recurso de Agravo por Instrumento há de ser acolhido se e quando a interlocutória versar sobre o mérito, em casos de tutela de urgência (concessiva ou denegatória), e a decisão puder causar gravame ao interessado em decorrência da impiedosa incidência do “tempo” no processo, ou se na hipótese versar a respeito de óbice a processamento de recurso ou meio de impugnação”.

Mais adiante, ainda sobre o recurso no art. 5º, continua o autor:

“A Lei 10.259/2001 não nomeia o recurso no art. 5º. Todavia, não se fazia mesmo mister, em face da aplicação subsidiária do CPC, na qualidade de macrossistema instrumental, e da adequação específica do recurso Agravo por Instrumento para servir adequadamente como mecanismo de revisão do *decisum*.”

¹¹ Lei 12.153/09. Art. 27. Aplica-se subsidiariamente o disposto nas Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001.

¹² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p.276 -277.

As demais decisões interlocutórias são irrecorríveis, e, por conseguinte, sobre elas não incide a preclusão, inexistindo qualquer interesse da parte em interposição de Agravo retido”.

Vê-se assim, que não se trata de um recurso nominado, mas sim, de Recurso Inominado com as características análogas ao Agravo por Instrumento. Em meu sentir, entendo que deve ser aplicado em concordância à instrumentalidade das formas, a manifestação que seja compatível à interlocutória, independentemente do nome utilizado. Ademais, o rigorismo da interposição do Agravo por Instrumento afasta os princípios da celeridade e do acesso à Justiça inerente aos Juizados Especiais.

O Enunciado 10 das Turmas Recursais do Juizado Especial Federal de São Paulo – Tribunal Regional Federal da 3ª Região define o prazo para interposição: É de 10 (dez) dias o prazo para interposição de recurso contra medida cautelar prevista no art. 4º da Lei nº 10.259/2001. Vê-se o tratamento dado ao Agravo de Instrumento.

No caso específico dos Juizados da Fazenda Pública a previsão legal de exceção correspondente a deferimento pelo magistrado de providências cautelares e antecipatórias (art. 3º da Lei 12.153/09).

Não olvidar que o recurso de Agravo é, às vezes, utilizado pelas partes apenas para prejudicar a marcha processual. O intuito do legislador, no entanto, foi exatamente o contrário. Nas palavras de JOSÉ DOS SANTOS SILVEIRA¹³: “O recurso de agravo é um recurso que se processa com maior simplicidade e com mais rapidez do que a apelação e a revista ...: é um recurso sumário”, que objetiva a revisão de uma decisão sobre uma questão incidente sem trancar o curso do processo, por meio de um procedimento rápido e simples, o que não se observa na prática.

Vê-se que a possibilidade de recorrer decorre da própria dialeticidade do processo, em vista que a parte sucumbente anseia pelo segundo julgamento.

¹³ José dos Santos Silveira, Impugnação das Decisões em Processo Civil, p. 314. (apud Anamaria Reis Resende O RECURSO DE AGRAVO E A REFORMA DO CPC. Revista da Procuradoria Geral do INSS, 1997, vol.IV. n. 3, p. 84).

CONCLUSÃO

Assim, conclui-se que: embora entenda-se existir um sistema de Juizados Especiais, cada uma das leis traz em seu conteúdo diferentes aplicações na área recursal, (i) não cabe Agravo em sede de Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Lei 9.099/95; (ii) é cabível o recurso contra decisões interlocutórias nas decisões que denegam a medida cautelar constante do art. 4º da lei 10.259/01 ou a concede; (iii) nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, por expressa previsão legal, ter-se-á o cabimento do recurso, com natureza de Agravo de Instrumento, frente a providências cautelares e antecipatórias; e, (iv) em vista de as leis não disporem o nome do recurso, tratar-se-ia de Recurso Inominado com natureza de Agravo de Instrumento, o que, para fins de segurança jurídica, permite definir como regra geral em interlocutórias causadoras de grave lesão o cabimento de Agravo de Instrumento nos moldes do CPC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

_____. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001.

_____. Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 69.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense. v.1.

ORIONE NETO, Luiz. Recursos Cíveis. São Paulo: Saraiva, 2006.

Enunciados FONAJE. Disponível http://www.tjrs.jus.br/institu/je/Enunciados_FONAJE_Manaus.doc. Acesso em 08.06.2010.

MARINONI. Luis Guilherme. A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição. Disponível em http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BBBF82E33F-549B-46A9-BB3B-88CAFC9251FF%7D_029.pdf <acesso em 07.06.2010.

ARTICULAÇÕES ENTRE MODERNIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DINÂMICA CONSTITUCIONAL: UM OLHAR SOBRE AS PROPOSTAS DE EMENDA CONSTITUCIONAL NºS 19/2010 E 341/2009.

Ricardo Antonio Rezende de Jesus
Procurador do Estado

RESUMO: A partir de duas Propostas de Emendas à Constituição Brasileira (PEC 19/2010 e 341/2009), o artigo faz uma crítica à noção de direito e de Constituição que os identifica ao texto normativo. Tomando por referência teórica as obras de Habermas e Dworkin, procura demonstrar que essa ótica “textual” não mais se ajusta ao atual estágio da vivência constitucional. Ao trabalhar com uma perspectiva abstrata e principiológica de Constituição, o estudo evidencia a abertura e a incompletude da identidade do sujeito constitucional. Aduz que o reconhecimento do direito à busca pela felicidade depende muito mais de uma prática construtiva da interpretação jurídica do que de sua inclusão no texto constitucional. Conclui que a exclusão de artigos do texto constitucional não tem o condão de estancar o potencial inclusivo e dinâmico das práticas daqueles que buscam reconhecimento de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Modernidade; constitucionalismo; direitos fundamentais; interpretação constitucional; direito à busca pela felicidade; inclusão e exclusão de direitos.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Modernidade, constitucionalismo e a construção paradigmática da noção de direitos fundamentais 3. Direitos fundamentais, linguagem e abertura constitucional 4. Conclusão: Temos o direito de buscar a felicidade?

1 INTRODUÇÃO

Tem causado polêmica a recente proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 19 de 2010² apresentada pelo Senador

¹ Procurador do Estado do Amazonas com lotação na PE/DF. Especialista (pós-graduação lato sensu) em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UNB). Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília (UNB).

² O texto da PEC e sua justificativa podem ser consultados no site <http://www.senado.gov.br> (acesso em 28.08.2010).

Cristovam Buarque que visa a modificar o art. 6.º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) o qual passaria a ser redigido da seguinte forma: “ São direitos sociais, *essenciais à busca pela felicidade*, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Indaga-se sobre qual seria o interesse da sociedade em incluir a expressão “busca pela felicidade” no texto constitucional, bem assim qual o alcance prático dessa mudança textual.

Sob outra perspectiva, a PEC 341/2009³ de autoria do Deputado Régis Fernandes de Oliveira propõe a supressão de diversos artigos do texto constitucional, sob a justificativa de que ali permanecendo eles engessam a atividade política e dificultam sobremaneira importantes alterações legislativas.

O que se percebe em ambos os casos, apesar de sob óticas distintas, é um evidente apego ao texto legislativo. Atribui-se à letra da lei pretensões que, muito provavelmente, o texto não tem condições de abarcar. Como se a adição ou supressão de texto à Constituição fosse uma “saída”, uma “solução” para os problemas que a sociedade brasileira enfrenta no seu cotidiano.

O trabalho que segue se propõe a usar a discussão sobre “a emenda constitucional pela felicidade” e ainda a proposta de redução do texto constitucional como mote para uma reflexão sobre múltiplas questões: Que entendemos por Constituição? Que entendemos por direitos fundamentais? E até mais profundamente, o que se entende por direito?

Assumindo, de logo, a compreensão de que o direito não pode ser descolado da linguagem humana e tomando por pressuposto que estamos diante de questões abertas, cujas respostas são permanentemente (re)construídas, o trabalho se servirá da teoria do direito de R. Dworkin, em diálogo com a obra de J. Habermas como ferramenta de análise e como norte para as conclusões – sempre provisórias, precárias – que se seguirão.

Tendo esse pano de fundo, na primeira parte vamos nos servir da noção de paradigma trabalhada por Thomas Kuhn e reapropriada por J. Habermas e, entre nós, pelo professor Menelick

³ O texto da PEC e sua justificativa podem ser consultados no site <http://www.camara.gov.br> (acesso em 28.08.2010).

de Carvalho Neto como auxílio para construção de um modelo que nos possibilite “enxergar” as diferentes facetas que os direitos fundamentais tomaram ao longo do tempo. Nesse percurso, se tentará, também, desvelar a interface dos direitos fundamentais com outros conceitos como Estado e Constituição de modo a demonstrar como, no processo histórico (sempre parcial, datado), esses signos forjaram-se co-dependentes.

Em um próximo passo, tendo em conta o fato de que o direito moderno é um direito escrito e, como tal, expressão da linguagem humana, procuraremos desenvolver, com base nas idéias compartilhadas pela filosofia da linguagem e pela teoria do direito como integridade (R. Dworkin), a tese de que o sistema constitucional, da forma como está posto na Carta de 1988, encerra uma abertura constante para novas possibilidades de direitos apoiados nos ideais nucleares de igualdade e liberdade.

2 MODERNIDADE, CONSTITUCIONALISMO E A CONSTRUÇÃO PARADIGMÁTICA DA NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A noção de paradigma provém dos estudos de Thomas Kuhn sobre a evolução do conhecimento científico. Segundo o autor, a ciência não tem um desenvolvimento lento e gradual, ao contrário, se desenvolve através de grandes rupturas. Essas rupturas, que Kuhn denominou de revoluções, rompem exatamente com os paradigmas, ou seja, com “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” (KUHN, 1996, p.13).

Manifestando-se sobre o conceito de paradigma, Carvalho Netto (2004, p. 29) observa dois aspectos do termo. Primeiro como “esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo consubstanciadas no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo.” Além disso, os paradigmas são simplificações da realidade que “só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 29). Dessa forma, o paradigma, ao mesmo tempo em que molda o olhar do observador, ajuda-o a solucionar os problemas que se colocam em sua pesquisa.

Vamos nos servir dessa noção de paradigma para compreender o processo histórico de formação do que hoje se entende como direito, como Constituição e como direitos fundamentais. De efeito, conforme demonstra Habermas (2003, p.123 e ss.), a partir de 1960, em uma discussão iniciada a partir do direito privado, passou-se a perceber que os paradigmas também influenciam o direito. Nessa perspectiva, dividiu-se primeiramente a história do direito em dois grandes paradigmas, o paradigma pré-moderno e o paradigma da modernidade.

A pré-modernidade era caracterizada por um “ámalgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam”(CARVALHO NETTO, 2004, p. 30). No que toca ao discurso jurídico, sabe-se que a sociedade tradicional acolhia ordens jurídicas paralelas (direito canônico, direito dos senhores feudais, estatutos da nobreza) mas, “o direito enquanto um único ordenamento de normas gerais e abstratas não existia, mas tão somente ordenamentos sucessivos e excludentes entre si, consagradores dos privilégios de cada casta e facção de casta(...)” (CARVALHO NETTO, 2004..p.25.).

Vários fatores de ordem política, econômica e social que influenciaram/foram influenciados pela crescente complexidade social, culminaram com a distinção e separação das diversas esferas normativas (religião, moral, ética social e direito) e levaram à erosão do paradigma pré-moderno. Com efeito, a modernidade foi gestada a partir da disjunção dos valores medievais que, gradativa, mas acentuadamente, foram abalados pelos novos interesses de um embrionário capitalismo mercantil. O homem moderno passou a ter valores dessacralizados e interesses materiais. Rompe-se o consenso, numa sociedade mantida, até então, por um sentido de pertencimento que homogeneizava a ordem.

Essas profundas alterações, implodindo aos poucos o paradigma pré-moderno, fizeram surgir os paradigmas jurídicos da sociedade moderna, qual seja o do Estado de Direito, o do Estado Social e o do Estado Democrático de Direito, que ainda está em plena construção.

Na passagem do paradigma pré-moderno para o da modernidade, dois fatores entrelaçados merecem destaque e ganham relevância para o tema que estamos a desenvolver. De início, observa-se que é decisiva para a formação desse novo paradigma que passe a fazer parte do cenário político um novo ator: o Estado Moderno. Conforme pontua Soares: “A passagem para a

modernidade há de provocar transformações político-culturais que inevitavelmente vêm afectar o nosso problema. É, principalmente, a criação de um novo protagonista político, o Estado.” (1986, p. 37). De fato, essa construção formada pelo soberano e seus serviços – mais tarde transformados em burocracia – justificada ora com apelo às teorias do direito divino ora com base no despotismo esclarecido, significou um marco referencial para a noção de direito e de direitos fundamentais.

Além disso, é interessante observar, como o faz Soares (1986, p. 36 e ss.) que se todo o grupo social, mesmo nas sociedades Antiga e Medieval, possuía uma ordenação material, que justificava e ordenava o exercício do poder - uma *Constituição Material* - a modernidade traz como novidade a questão *da forma constitucional*:

“ (...) De qualquer modo está em movimento uma **intenção de confiar a um acto formal** a definição das bases da comunidade política. Esse acto será a criação duma lei, porque a lei, pela sua generalidade e abstracção, participa nos elementos racionais, manifesta o mais alto grau de racionalidade. A palavra lei perdeu o sentido tradicional de 'o direito' e alcança outro: o preceito positivo com uma **especial estrutura formal**” (SOARES, 1986, p. 39).

A **articulação dinâmica** entre o Estado e a Constituição formal está, assim, diretamente conectada com a(s) concepção(ões) de direitos fundamentais que doravante se afirmarão. Com efeito, influenciados pelo Liberalismo, os direitos humanos dessa fase – o paradigma do Estado Liberal – foram direitos que propugnavam pela limitação da intervenção do Estado na vida do cidadão, exaltando suas liberdades individuais e deixando-o livre para negociar,

⁴ A existência de uma Constituição formal implicará, mais tarde, em um outro importante desdobramento. Conforme observa Luhman, a Constituição é uma aquisição evolutiva da modernidade que estabelece uma assimetria no Direito, servindo de medida de conformidade ou não-conformidade ao conteúdo de todas as outras leis e atos jurídicos (Cf. LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jorg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto). A questão da superioridade formal/material da Constituição a condicionar todos os demais atos normativos não será objeto deste trabalho, mas não pode deixar de ser lembrada, tendo em vista a dimensão que os estudos sobre o controle de constitucionalidade e seus pressupostos/consequências tomam no mundo contemporâneo.

comerciar, contratar, deixando ao Estado somente a administração dos conflitos e as atividades de polícia. A limitação do poder do Estado deveria estar inscrita numa Constituição, esse documento escrito que representava a essência do pacto entre governantes e governados.

Vê-se, portanto, que a positivação do direito, ou seja, sua elaboração pelo Estado soberano sob a forma de documentos escritos, foi um traço marcante da época. O fenômeno foi uma característica do paradigma do Estado de Direito Liberal o qual tinha por pressuposto que a declaração de direitos sob forma escrita seria mais uma garantia de que aqueles direitos seriam respeitados. Tal foi a importância desta positivação dos direitos que as grandes Revoluções Burguesas da época - Revolução Americana, Revolução Francesa - tiveram como marco a elaboração de documentos escritos, declarando os direitos do cidadão frente ao Estado e repudiando a Monarquia Absolutista.

O direito moderno, portanto, é um direito positivado. Um direito reconhecido pelo Estado. Um direito que, se apresentando sob a forma escrita e obrigatória, busca estabilizar, de forma generalizada, expectativas de comportamento (HABERMAS, 2003, v. 01, p. 170). Essa é, portanto, a grande novidade do direito nessa quadra da história. A *forma* que se dá ao direito e, principalmente, à Constituição.

Prosseguindo no estudo dos paradigmas do direito temos o paradigma do Estado Social, no período posterior à Primeira Guerra Mundial. Tem-se aqui um constitucionalismo social, com a perspectiva de materialização da liberdade e da igualdade, outrora meramente formais, com a promoção do Welfare State (WFS).

Segundo Gloria Regonini, o que caracterizaria o WFS em relação a outros tipos de Estado “não é tanto a intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população quanto o fato de que tal ação é reivindicada pelos cidadãos como um direito.” (BOBBIO et al, 1995, p. 416). Observou-se, no entanto, que esse aspecto gerador de cidadania se tornou muito mais uma promessa do que uma prática. O Estado de Bem Estar conseguiu criar, quando muito, clientes, acostumados a receber os serviços do poder público independente da qualidade dos mesmos.

Assim, entre as décadas de 60 e 70 do século passado, esse modelo de Estado passou a ser criticado:

Com o final da Segunda Guerra Mundial, o modelo do Estado Social já começa a ser questionado, conjuntamente

com os abusos perpetrados nos campos de concentração e com a explosão das bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki, bem como pelo movimento *hippie* na década de 60. No entanto, é o início da década de 70 que a crise do paradigma do Estado Social manifesta-se em toda a sua dimensão. A própria crise econômica no bojo da qual ainda nos encontramos coloca em xeque a racionalidade objetivista dos tecnocratas e do planejamento econômico, bem como a oposição antitética entre a técnica e a política. O Estado interventor transforma-se em empresa acima de outras empresas. As sociedades hipercomplexas da era da informação ou pós-industrial comportam relações extremamente intrincadas e fluidas. Tem lugar aqui o advento dos direitos da terceira geração, os chamados interesses ou direitos difusos, que compreendem os direitos ambientais, do consumidor e da criança, entre outros. São direitos cujos titulares, na hipótese de dano, não podem ser clara e nitidamente determinados. O Estado, quando não diretamente responsável pelo dano verificado foi, no mínimo, negligente no seu dever de fiscalização ou de atuação, criando uma situação difusa de risco para a sociedade (CARVALHO NETTO, 2004, p. 36-37).

Inicia-se portanto, um novo paradigma, que ainda está em curso, o do **Estado Democrático de Direito**.

Essa nova visão do mundo e do direito reclama uma cidadania ativa que vai além do direito de votar e ser votado. A reivindicação dos direitos e a participação popular no curso do processo democrático passam a ser constantemente tematizadas. A percepção de que o Estado foi privatizado por uma burocracia, faz crescer a crítica aos governantes de modo a enfatizar que não é possível utilizar-se do público para interesses particulares.

O enfoque sobre os direitos do homem modificou-se. Passou-se de uma concepção que tratava do homem isoladamente (direitos individuais), para uma outra que se preocupa com os obstáculos que o homem encontra, no convívio em sociedade, para realizar aqueles direitos individuais. Este segundo enfoque sobre os direitos humanos ainda atribui a titularidade dos direitos ao homem em sua singularidade (LAFER, 1988, p. 127). É o homem, ente singular, que é sujeito de direitos, destinatário da prestação estatal.

Uma nova visão acerca dos direitos do homem, típica do Estado Democrático de Direito, é marcada, entre outras coisas, por

uma ruptura com essa titularidade individual. Agora, os sujeitos de direitos não são apenas os indivíduos considerados em sua singularidade, “mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade” (LAFER, 1988, p. 131).

Observa-se que a transição entre os paradigmas é alavancada pelas rupturas com as premissas do paradigma anterior e o salto para novas maneiras de se entender o papel do direito, do Estado e da Constituição. A distinção entre os paradigmas reside, sobremaneira, na ênfase ora na autonomia privada (Estado de Direito Liberal), ora na autonomia pública (Estado Social), chegando-se à constatação de que em ambos os modelos tal relação entre a autonomia pública e a privada apresentava-se desequilibrada, requerendo-se uma tentativa de harmonização (Estado Democrático de Direito). No caso do Estado Liberal, tal desequilíbrio decorre de uma esfera privada formalmente garantida e indiferente às desigualdades econômicas e sociais, enquanto no Estado Social de uma esfera estatal autônoma e que, por um lado, procura compensar as desigualdades sociais e, por outro, retira dos cidadãos o poder decisório, condenando-os à “adaptação e obediência passiva” (HABERMAS, 1997, v. 2., p. 173-174)⁵.

Assim, os saltos paradigmáticos não decorrem simplesmente de acréscimos geracionais ao elenco de direitos, como podem fazer crer algumas visões muito difundidas nos estudos sobre Direito Constitucional⁶. Os saltos paradigmáticos

⁵ Assim, saltou-se do paradigma do Estado de Direito para o do constitucionalismo social, em razão de não mais se enxergar suficientes a liberdade e a igualdade meramente formais, fazendo-se necessária a materialização desses direitos fundamentais, e a maximização das funções do Estado, de modo a diminuir os prejuízos causados pela desmedida exploração do homem pelo homem. Por sua vez, o modelo do Estado Social, na medida em que identificara o espaço público com a atividade estatal, revelara-se insuficiente para a consecução do objetivos a que se propôs. Impõe-se a participação mais efetiva da sociedade civil na consecução do interesse público, com a interpenetração do público e do privado numa nova proposta, a do Estado Democrático de Direito.

⁶ Essa perspectiva geracional está reproduzida em diversos textos, dissertações e teses, geralmente baseadas na clássica obra de Norberto Bobbio, intitulada “a era dos direitos”. Além da perspectiva paradigmática que estamos aqui a trabalhar, outros autores têm demonstrado que a divisão em gerações de direitos não faz sentido no mundo contemporâneo. Assim, por exemplo, para fazer valer os chamados direitos individuais clássicos que, por essa visão, exigiam uma abstenção do Estado, hoje o Estado tem que, no mínimo, arcar com o aparato judicial disponibilizado aos indivíduos para que venham a tutelar os direitos eventualmente violados: “Practically speaking, the government ‘enfranchises’ citizens by providing the legal facilities, such as polling stations, without which they could not exercise their rights. The right to vote is meaningless if polling place officials fail to show up for work. The right to just

decorrem, muito mais do que de acréscimos de direitos, da alteração no modo de ver o próprio papel da Constituição, também em relação aos direitos já nela constantes. Trata-se da brusca ruptura com idéias antigas e a promoção de novos pensamentos em torno da interpretação de direitos tradicionais, da função do Estado e do alcance de sua participação, dos contornos do público e do privado, do conceito de democracia e da participação democrática.

Exemplo disso é a transição do paradigma interpretativo da liberdade e da igualdade, dois direitos fundamentais centrais, antes partindo de um vetor formal (Estado Liberal) para uma concepção material (Estado Social), bem como a transição de um pensamento de rígida separação do privado e do público, este confundido com o estatal, para uma idéia de interpenetração entre os espaços público e privado, com uma necessária maximização da participação democrática dos cidadãos (Estado Democrático de Direito).

Estamos, pois, em um período da vivência constitucional que acarreta, muito além do reconhecimento de novos direitos (como a defesa de interesses difusos pelo Direito Ambiental e pelo Direito do Consumidor), a completa revisão do sentido e do alcance de direitos já tradicionais. Não podemos, contudo, deixar de estar alertas para a advertência do Prof. Menelick de Carvalho Netto, para quem “aspectos relevantes dos paradigmas anteriores, inclusive o da antiguidade, ainda possam encontrar, no nível fático, curso dentre nós, a condicionar leituras inadequadas dos textos constitucionais e legais” (2004,p.30).

As diversas leituras dos textos normativos, que se constituem na prática interpretativa, dão curso e dinamizam a existência dos direitos e possibilitam, através de argumentos e contra-argumentos, expor, desvelar, os paradigmas que nos envolvem. É dessa prática que nos ocuparemos no tópico seguinte.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS, LINGUAGEM E ABERTURA CONSTITUCIONAL

Como se viu até aqui o direito, através do constitucionalismo, passou a acolher conteúdo de natureza abstrata, moral, como a igualdade e a liberdade. Na medida em que essas exigências morais

compensation for confiscated property is a mockery if the Treasury fails to disburse. The First Amendment right to petition for a redress of grievances is a right, incidentally, that assumes that the government can perform for the benefit of aggrieved citizens” (Holmes, Sunstein, 1999, p.13).

são transcritas para o direito através dos direitos fundamentais, perdem seu caráter inicial de exigências morais e ganham densidade jurídica própria. Como explica CARVALHO NETO:

“(...) a moral moderna é extremamente abstrata. Contudo, ao serem acolhidos como conteúdo do Direito, esses princípios extremamente abstratos ganham densidade como direitos fundamentais, tornando-se obrigatórios, impondo comportamentos externos. Direito e Moral relacionam-se, não em um sentido de sujeição do Direito à moral, guardam, como vimos, uma relação de complementaridade. Em que o Direito, ao recepcionar o abstrato conteúdo da moral, fornece à moral maior densidade e concretude, **recebendo da moral, por sua vez legitimidade.**” (2007, p.8).

Mas, apesar de positivados o que, em princípio lhes dá maior densidade, não se pode esquecer de uma característica intrínseca a esses direitos. Inscritos em uma Constituição, eles são texto. Linguagem humana. E, como tal, sujeitos a múltiplas interpretações.

Com efeito, os estudos sobre a linguagem no mundo contemporâneo⁷ têm demonstrado que a) imerso na própria linguagem, o ser humano não tem como lhe “escapar”, olhar de fora. A linguagem, constitui o ser humano; b) O significado das palavras não é apenas dependente da relação com outras palavras (semântica), mas também do uso que os participantes do discurso fazem delas (pragmática), daí que o significado somente pode ser construído a partir da compreensão do uso da palavra dentro de uma forma de vida e não como especulação *a priori* (OLIVEIRA, 2006, p. 132)⁸; c) uma vez que o intérprete carrega consigo uma vivência, uma história que não pode ser eliminada e interage, dialoga, com o

⁷ A alta-modernidade também trouxe como novidade, no âmbito filosófico, um deslocamento do objeto do conhecimento antes centrado na relação sujeito/objeto. Atualmente é inegável a centralidade que ocupa a linguagem nos estudos sobre o conhecimento humano: “a reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura linguística” (OLIVEIRA, 2006, p.13).

⁸ Nesse ponto, a principal referência é a obra do segundo Wittgenstein, investigações filosóficas, em que o autor desenvolve sua teoria sobre os jogos de linguagem. Wittgenstein

objeto interpretado, as interpretações são necessariamente parciais, afastando-se assim as pretensões de neutralidade (OLIVEIRA, 2006, p.230)⁹.

Justo porque alinhada a essa tradição “hermenêutica”, parece-nos que uma compreensão do direito, da Constituição e dos direitos fundamentais, adequada ao atual paradigma do Estado Democrático de Direito é aquela defendida por R. Dworkin. Defende esse autor que a concepção de Constituição que dá continuidade ao desenvolvimento permanente dos ideais de igualdade e liberdade, seja uma concepção abstrata e principiológica de Constituição (DWORKIN, 2003, pp. 165-206). Para ele uma Constituição não é uma apólice de seguros ou um contrato de arrendamento mercantil, mas um documento que constitui uma comunidade fundada sobre princípios que se alicerçam sobre o reconhecimento recíproco da igualdade e liberdade de todos e de cada um de seus membros (CARVALHO NETTO, 2007, pp. 3 e ss).

Seguindo essa concepção, acredita-se ser necessário reorientar a discussão sobre como se deve ler o elenco de direitos fundamentais. Na medida em que a Constituição consiste em um conjunto de princípios amplos e abstratos de moral política, a correta aplicação desses princípios a casos particulares depende de uma **questão interpretativa** e de uma percepção de moralidade política da comunidade, e não de uma simples regra lingüística ou referência semântica. É por isso que a distinção entre direitos constitucionalmente enumerados e direitos constitucionalmente não enumerados – ou direitos expressos e direitos implícitos – não tem sentido (DWORKIN, 2006, pp. 124)¹⁰. Ora, qual o significado de

demonstra que uma mesma expressão lingüística poderá ser utilizada de forma diversa em duas situações distintas, adquirindo significações completamente diferentes. Segundo Oliveira (2006, p. 139) sua filosofia rompe com o pensamento tradicional para quem a linguagem é, em última análise, puro meio de descrição do mundo, “sem a percepção de que a significação de uma palavra resulta das regras de uso seguidas nos diferentes contextos de vida”.

⁹ Sobre esse aspecto, a referência é a obra de Gadamer. Segundo Oliveira (2006, p.226), a pergunta nuclear do pensamento de Gadamer é: “que significa para a compreensão e autocompreensão do homem saber-se carregado por uma história, que se articula para nós como linguagem dada pela tradição?”. Ainda segundo Oliveira (2006, p.227), para Gadamer “nossa historicidade não é uma limitação, mas antes uma 'condição de possibilidade' de nossa compreensão: compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora condições transcendentais de nossa compreensão.”

¹⁰ Esse texto a que fazemos referência é a tradução brasileira de DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled, The University of Chicago Law Review, n. 59, 1992.

“vida”, “igualdade”, “liberdade” ou mesmo “dignidade humana”? A resposta mais coerente é a de que o significado dessas expressões depende de uma (re)inserção argumentativa em cada caso concreto levado ao exame do intérprete.

Como defender que de um (im)provável sentido direto da expressão “direito à vida” pode-se concluir pela possibilidade de pesquisa com células-tronco? E que a adoção do sistema de cotas no ensino público para negros derive singelamente do direito à “igualdade”? Ou a possibilidade de fornecimento gratuito de remédios seja, “obviamente”, uma decorrência do “direito à saúde”? Todas essas questões foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal e demonstram que o resultado não decorre da semântica das palavras, mas de uma prática interpretativa dinâmica orientada por princípios e, porque não dizer, pela tradição (hermenêutica), que atualiza o sistema, sempre aberto e incompleto, dos direitos constitucionais.

“(…) é justamente pelo caráter abstrato e universal da linguagem em que se expressam constitucionalmente esses direitos fundamentais que é possível a sua ampliação mediante a explicitação em lei do que agora eles significam para nós. Torna-se claro agora, para nós, que o reconhecimento dessa diferença específica como direito à igualdade **sempre esteve autorizado pela afirmação desses princípios, nós que não éramos capazes de ver a injustiça até então perpetrada**. Dessa sorte é que **essa explicitação** mediante lei, atuação administrativa ou decisão judicial, na verdade, **não altera a Constituição**, apenas explicita o patamar alcançado por nossa comunidade de princípios no mais fiel cumprimento da Constituição, comprovando o sucesso vivo e pulsante do que ela constituiu”. (CARVALHO NETTO, 2007, p.05).

Entende-se ser essa a melhor interpretação a se dar ao art. 5º, § 2º da Constituição de 1988 – dispositivo que remonta à Constituição de 1934. Compreendê-lo como uma cláusula de abertura de forma a abranger, para além das positavações atuais, as várias possibilidades de *direitos* que podem ser construídas no horizonte da ação humana:

“Art. 5º. (...).

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição

não excluem outros decorrentes do **regime** e dos **princípios** por ela adotados, ou dos **tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

A Constituição, pois, não se resume à literalidade dos seus textos. Textos constitucionais sozinhos significam muito pouco; eles apenas iniciam o problema do Direito¹¹. A coerência do ordenamento jurídico não se dá no plano das normas gerais e abstratas, mas no plano de sua aplicação às situações concretas, através do conjunto de decisões administrativas e judiciais que desenvolvem essas possibilidades constitucionais. Desse modo, parece mais produtivo entender a Constituição como um *projeto* inacabado, sujeito a constante reflexão, diuturnamente refundamentado e relegitimado pela inclusão das diferenças. Essa característica de abertura para o futuro é bem explicada por Habermas:

“Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de **atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos** estatuído no documento da Constituição. (...) O ato da fundação da Constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamentou novo tipo de prática com significado para a história mundial. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da Constituição. Ele continua dependente de uma **explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais**. (...) Sob essa premissa, qualquer ato fundador abre a possibilidade de um processo ulterior de **tentativas que a si mesmo se corrige e que permite explorar cada vez melhor as fontes do sistema dos direitos**”¹². (HABERMAS, 2003, p.164).

¹¹ Como registra Michel Rosenfeld, “pelo menos no que toca às Constituições escritas a identidade constitucional é necessariamente problemática em termos da relação da Constituição com ela mesma. Um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis” (ROSENFELD, 2003, p. 18).

¹² Conforme Rosenfeld, “para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o

Em face do que foi dito, pode-se questionar: diante dessa abertura e generalidade, então, vale tudo? Quais são os limites que a Constituição impõe ao intérprete no desenvolvimento do catálogo de direitos fundamentais? Como afirma Dworkin, devemos “deixar de lado a infrutífera busca por restrições mecânicas ou semânticas e buscar as verdadeiras restrições no único lugar onde de fato poderão ser encontradas: em bons argumentos” (DWORKIN, 2006, p. 131). Assim, a prática interpretativa da Constituição deve ser aberta a constante possibilidade de refutação de modo a se demonstrar em que ponto ela foi equivocada, incoerente, impossível de ser sustentada. É nesse momento que nosso aprendizado histórico pode fazer a diferença¹³.

De efeito, a teoria do direito sustentada por Dworkin - o direito como integridade - está profundamente relacionada **com a questão da interpretação** e exige dos juízes e dos intérpretes em geral que haja uma coerência entre as decisões passadas e as presentes, a partir dos princípios de **igualdade e liberdade**, como se os juízes prosseguissem uma obra coletiva. É uma interpretação em cadeia, tal como um romance escrito em várias mãos:

“(...) Ao decidir um novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em uma nova direção.” (DWORKIN, 1999, p. 238).

Dworkin aproxima, pois, a interpretação jurídica da interpretação literária, comparando a construção do sentido das normas com um romance em que cada capítulo tem um autor diferente. No entanto, a acumulação dos capítulos precedentes

próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras”. No entanto, “dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída” (ROSENFELD, 2003, p. 18).

¹³ Não podemos ser inocentes, contudo. Convém lembrar que a democracia traz em si o germe de sua própria negação. Ao incluir o outro, o diferente, a opinião contrária, ela se abre ao germe totalitário. Esse é um risco, pois, inerente à sua própria concepção (cf. a propósito, LEFORT, Claude. Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. São Paulo: paz e terra, 1991).

diminui a margem de escolha do participante, uma vez que a concepção de direito como “cadeia” remete a uma idéia de coerência e racionalidade que reintegra o sentido dos episódios anteriores e auxilia, assim, na construção da interpretação atual. É esse tipo de argumentação que dá integridade ao direito, na medida em que demonstra coerência entre as decisões do passado e as atuais estendendo a casos semelhantes os padrões de justiça utilizados.

Essa necessidade de coerência restringe, mas não paralisa a construção interpretativa. Uma justificação plausível e ancorada nos princípios reconhecidos pela comunidade poderá romper com as interpretações anteriores de modo a se tornar coerente com esse princípio maior que é o da identificação entre interpretação jurídica e os princípios acolhidos pela sociedade¹⁴.

Vê-se, portanto, que o direito, a partir dessa perspectiva que estamos a adotar, está longe de se entendido como um catálogo estrito de normas positivas. É, na verdade, uma prática construtiva, de cunho eminentemente interpretativo, que busca sempre a melhor resposta possível para a solução dos casos que se apresentam aos intérpretes (CHUEIRI, 1995, p.92 e ss), pondo em relevo os ideais de liberdade e igualdade e exigindo que, na busca por essa melhor decisão possível, todos os cidadãos sejam tratados com igual respeito e consideração.

CONCLUSÃO: TEMOS O DIREITO DE BUSCAR A FELICIDADE?

É momento de retomar a discussão ventilada no começo desse texto. Estabelecendo conexão entre o problema destacado no início e os argumentos desenvolvidos até aqui, algumas conclusões podem ser esboçadas.

Compulsando a justificativa do projeto apresentado pelo Senador Cristovam Buarque, extraímos o seguinte trecho:

¹⁴ Dworkin realiza um interessante cotejo entre coerência e integridade: “Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal, às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo” (1999, p. 263-264).

“(...) a expressa previsão do direito do indivíduo de perquirir a felicidade *vem ao encontro da possibilidade de positivação desse direito, insito a cada qual*. Para a concretização desse direito, é mister que o Estado tenha o dever de cumprindo corretamente suas obrigações para com a sociedade, bem prestar os serviços sociais previstos na Constituição.” (grifamos) (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2010).

O aprendizado histórico acerca dos direitos fundamentais demonstra que eles refletem uma constante inclusão/exclusão de indivíduos, grupos e mesmo de idéias e ideais. Por um lado, a inscrição dos direitos sob a forma de Lei escrita, geral, abstrata e, reconhecida pelo Estado, foi fundamental para a configuração do sistema jurídico moderno, subvertendo as ordens de privilégios do Antigo Regime. Todavia, no atual estágio da nossa vivência constitucional sua efetivação parece depender muito mais de um permanente embate de argumentos do que de uma – supostamente – necessária inclusão em um documento escrito.

Os ideais de igualdade e liberdade, nucleares dos sistemas de direitos modernos, envolvem um conjunto de princípios extremamente abstratos de moralidade política, guardando, assim, grande possibilidade inclusiva e abrindo-se a múltiplas interpretações. Essas interpretações não podem ser descoladas da história hermenêutica dos intérpretes. Esse fato incrementa a prática constitucional com acentuado grau de complexidade, levando a conclusão que o acréscimo de texto às Constituições, longe de “resolver” o “drama constitucional” cotidiano, inaugura novos problemas que a sociedade terá que enfrentar.

Daí certamente se pode afirmar que todos nós temos direito de buscar a felicidade e o fazer a partir dos mais distintos projetos de vida pessoal, sempre, por óbvio, levando em conta, o respeito e a consideração que se deve ter pelos projetos de vida pessoal do outro. No entanto, a inclusão desta expressão em nossa Carta não representa, e isso precisa ser sublinhado, garantia de dias mais felizes para os cidadãos que integram a sociedade brasileira. Essa busca por felicidade, por igualdade, por liberdade, por respeito à diferença, faz parte de uma prática cotidiana imersa em um ambiente que envolve diversos fatores para além do texto constitucional. Esses fatores vão desde simples mudanças de atitude individual até a implementação de políticas públicas.

Por outro lado, a exclusão de artigos do texto constitucional

com a pretensão de tornar a política governamental algo mais “fácil”, ou, de não “engessar” eventuais reformas pretendidas pelo grupo que eventualmente está no poder, será provavelmente uma tentativa pouco exitosa. Isso porque, ao excluir dispositivos constitucionais, essa proposta não conseguiria jamais eliminar o dissenso, tampouco a inquietação, a busca constante por reconhecimento de novos direitos.

Mas, embutido nessa proposta, parece haver questões ainda mais graves. Veja-se o seguinte trecho da justificativa do Deputado Régis Fernandes de Oliveira:

“ Assim sendo, a lei nem sempre é o resultado de longa discussão com a sociedade. **A visão romântica de que a lei é o resultado de um procedimento no qual se atende a interesses populares, não representa a verdade.** Advém do consenso entre os denominados dominadores. Quem são eles? Representantes da sociedade organizada. Já se disse que a massa não é conhecida dos produtores de resultado. **Há, realmente, em todas as sociedades os excluídos, isto é, a grande massa de trabalhadores ou aqueles que estão inseridos na economia informal. Pessoas sem qualquer qualificação profissional (não porque querem, mas porque assim foram relegados pela estrutura de dominação) ficam à margem da sociedade. Moram em mocambos, palafitas, favelas, cortiços. São os esquecidos. Apenas servem para massa de manobra nas decisões.** Os discursos inflamados retratam o interesse pelo seu bem estar. É a massa que tem que ser incluída. Superados determinados instantes de forte emoção social, voltam a ser esquecidos. (grifamos) (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2010).

Veja-se que o trecho transcrito da justificativa parece confundir o direito com a estaque produção de Lei Formal. Esquece (ou ignora) que o direito é uma prática social argumentativa incapaz de ser aprisionada e referida a um corpo específico de sujeitos concretos, ainda que representativamente eleitos por todos os cidadãos e que a prática interpretativa quotidiana, dos diversos atores sociais, recria o direito todos os dias.

O trecho revela, ainda, a nosso sentir, apego a um conceito simplista – e até ingênuo – de democracia formal, limitando a participação da sociedade civil no jogo político e na interpretação

constitucional ao fato de votar e ser votado. Demonstra uma certa fixação com o aspecto econômico, deixando de lado o fato de que “ a gente não quer só dinheiro”¹⁵, mas diversos tipos de reconhecimento e inserção. E é certo que essa “massa” em busca de “ser vista” longe está de ser passiva. Ao contrário, se revela dinâmica e, ainda que suas ações muitas vezes não se mostrem publicamente, parece inegável que atuam capilarmente. Ao mesmo tempo em que cobra reconhecimento formal por parte do Estado, se articula e procura criar alternativas que possam, autonomamente, dirimir seus conflitos e atenuar suas carências¹⁶, buscando sua (s) felicidade(s)....

Ao fim, gostaríamos de enfatizar que a intenção deste texto, longe de se revelar uma pesquisa amadurecida sobre o tema é um estudo exploratório e inicial, com o nítido propósito de contribuir para o debate. Nessa perspectiva, pretendeu chamar a atenção para o fato de que as propostas de Emenda Constitucional de nossos Congressistas, a despeito de se justificarem como inovadoras, buscando modificações “progressistas”, podem revelar visões ultrapassadas acerca do direito e da Constituição. Óticas que não mais condizem com a nossa atual vivência constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹⁵ Parafraseando a canção “comida” do grupo de rock brasileiro “Titãs”, bem reveladora de que as diversas carências/necessidades do ser humano vão além da comida e chegam à diversão e a arte.

¹⁶ A esse respeito, veja-se interessante trecho da professora do Núcleo de Estudos em Políticas Públicas da UNICAMP Sonia Miriam Draibe (1993, p. 100): “É longo o rol de inovações que vêm sendo experimentadas [...] confirmando mudanças nos modos de produzir e distribuir os serviços sociais. O seu significado maior são profundos processos sociais que tendem à alteração das relações entre o Estado e o Mercado; o público e o privado; os sistemas de produção de um lado, e os de consumo, de outro, dos equipamentos sociais. As assim chamadas ‘formas alternativas’- os mutirões, as diversas experiências de ajuda mútua, práticas comunitárias e de vizinhança (na guarda de crianças, no setor de alimentação, na coleta e no processamento do lixo) - são exemplos que se multiplicam e que correspondem a tantos outros, verificados em todo mundo, de participação dos próprios beneficiários e de envolvimento de associações voluntárias e de redes de ONGs no encaminhamento das políticas sociais. Ora, esses processos expressam formas novas de sociabilidade, indicando um reordenamento das relações destas partes da sociedade com o Estado e a economia: ali onde antes predominavam o Estado ou o mercado (ou seus vários ‘mix’), um espaço passa a ser ocupado por estas novas formas da ‘solidariedade social’ ou, se se quiser, por uma ampliação da autonomia dos setores organizados da sociedade”.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 8ª. ed. Brasília: EdUNB, 1995, 2 v.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Projeto de Emenda Constitucional n.º 19/2010*. Senador Cristovam Buarque. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 28.08.2010.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Emenda Constitucional n.º 341/2009*. Deputado . Régis Fernandes de Oliveira. Disponível em <<http://www.câmara.gov.br>>. Acesso em 28.08.2010.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. “A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. *Revista virtual de filosofia jurídica e teoria constitucional*. Salvador, nº01, março/maio, 2007.

CHUEIRI, Vera Karam. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM editora. 1995.

DRAIBE, Sônia Míriam. As políticas sociais e o neoliberalismo: reflexões suscitadas pelas experiências latino-americanas. *Revista USP*, São Paulo, n.º 17, jan-mar, 1993, p. 86-101 (mimeo).

DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled, *The University of Chicago Law Review*, n. 59, 1992.

_____. O drama constitucional. In: *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes: 1999.

_____. O que diz a Constituição. In: *O direito da liberdade: a*

leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRIMM, Dieter. Los derechos fundamentales en relación con el origen de la sociedad burguesa. In: _____. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006, p. 77-106.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v.I

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v.II

_____. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HOLMES, Stephen, SUSTEIN, Cass. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes* Cambridge: Harvard University Press, 1999.

LAFER, Celso. Os direitos humanos e a ruptura. In: _____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 117-145.

LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. São Paulo: paz e terra, 1991.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jorg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola. 3.ed. 2006.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAJÓ, András. Fundamental Rights. In: _____. *Limiting Government – an introduction to constitutionalism*. Budapest: Central European University Press, 1999, p. 245-292.

SOARES Rogério Ehrhardt, *O Conceito Ocidental de Constituição*, in: Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra, nos. 3743-3744, 1986.

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE

Vitor Hugo Mota de Menezes¹
Procurador do Estado

Introdução

A proposta deste artigo é enfocar o direito à saúde como corolário da proteção aos direitos humanos à luz da Constituição Brasileira de 1988, em cotejo com outros princípios da mesma Carta, sopesando a escassez dos recursos disponíveis.

Até a Constituição de 1988 os direitos encartados na Carta Magna eram meramente programáticos, pois não tinham forças deônticas de estabelecer diretamente direitos e deveres.

Todavia, com a consagração da Constituição Garantista de 1988, a sociedade brasileira teve seus direitos fundamentais consolidados, ampliados e assegurados não só nos 77 incisos dispostos no art. 5º, mas também espalhados em todo o texto, tais como: direito à vida, direito à saúde, direito ao meio ambiente, direito à liberdade dentre outros.

Pois bem, no primeiro decênio da Constituição Federal de 1988 os operadores do direito se preocuparam com o exame de elementos axiológicos e políticos do direito brasileiro abrindo novos horizontes científicos na Teoria Jurídica Brasileira.

Muitos doutrinadores brasileiros, entre eles José Afonso da Silva, descrevem a Constituição de 1988 como Dirigente (directiva). Este termo, a partir do direito português, reflete a inclusão no texto constitucional, das normas que estabelecem valores, fins, políticas, cultura, saúde, transporte, habitação, assistência social, e a realização de justiça social como um valor.

Todavia, e como óbvio, este “constitucionalismo directiva” depende do Congresso Nacional para aprovar leis que implementem os objetivos programáticos da Constituição.

Com vistas à mitigação desse problema, desenvolveu-se entre os operadores do direito e com a *placitação* do Judiciário, a

¹ Subprocurador Geral do Estado do Amazonas, Professor titular das disciplinas de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado da Faculdade Centro Integrado de Ensino Superior – CIESA. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

teoria do “constitucionalismo brasileiro da efetividade”, é dizer, que vários pedidos aforados em juízo, tenham como suporte jurídico diretamente os direitos programáticos da Constituição.

Nessa perspectiva, as demandas foram aumentando, tornando-se ao fim e ao cabo, quase que insuportáveis pelo Estado, considerando que a Constituição Federal de 1988 foi uma Carta pródiga em garantir direitos sem se preocupar com a fonte de custeio, até porque se estava saindo de uma constituição tímida em direitos e garantias fundamentais oriunda do regime militar.

Nesse mesmo momento, e também oriundo da Constituição de 1988, foi estabelecida a estruturação do sistema de saúde, onde foi criado o SUS - Sistema Único de Saúde, que dava assistência gratuita, sem qualquer tipo de contribuição da sociedade, mas que, por isso mesmo deu origem às mais diversas demandas na área, acanhada no início, mas com o estímulo do deferimento pelo Judiciário, os pleitos foram se sofisticando.

Apenas para exemplificar, veja se isso é razoável, não obstante ideal do ponto de vista teórico, mas é possível na esfera da realidade fática brasileira?

Na condição de Subprocurador-Geral do Estado do Amazonas, recebo constantemente Mandados de Citação para cumprimento de liminares no sentido de que, por exemplo, sejam retirados todos os leitos dos corredores dos hospitais de Manaus administrados pelo Estado do Amazonas, como se isso fosse possível.

Nesse mesmo diapasão o Estado do Amazonas representado por sua Procuradoria Geral, têm recebido demandas em sede de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, solicitando, por exemplo, que se provejam médicos especialista em cirurgias de alta complexidade, especialista do tipo bucomaxilofacial, neurologistas para os Município mais distantes da Capital, como Boca do Acre e Atalaia do Norte, Tabatinga e mais, cirurgias de correção de lábios leporinos em vários rincões desse imenso Estado, e vai por ai em fora.

Todos esses direitos estão perfeitamente subsumíveis no plexo constitucional brasileiro, mas é possível provê-los todos? Temos recursos disponíveis para tal? Eis a questão posta.

Aí é que surge a teoria, que não é nova, mas está sendo aplicada agora na saúde, chamada de **princípio da reserva do possível**, porque a Constituição estabeleceu os direitos e garantias fundamentais, sem, contudo, indicar sua forma de provimento.

Sistema de Saúde

A Constituição de 1988 instituiu em seu art. 198 o Sistema Único de Saúde (SUS), que compreende as ações e serviços públicos de saúde, integrados em uma rede regionalizada, hierarquizada e organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- “a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- c) participação da comunidade”.

O referido dispositivo prevê ainda, que o SUS é financiado, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, ou seja, é basicamente suportado pelas anômalas contribuições sociais, que incidem indiretamente sobre toda a sociedade.

Com a edição da Lei nº 6.080, de 19.9.90, que regulamentou o SUS, criou-se a possibilidade geral de gratuidade do serviço público na área da saúde, em muitos casos, desarticulando a ação dos Estados-Membros nesta área e por vezes, piorando o atendimento ao público.

Ao lado disso, a Constituição admite o sistema de saúde privada, conclamada em seu art. 199: “*a assistência à saúde é livre à iniciativa privada*”, que participam também, de forma complementar, do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

Desta forma, hoje temos dois sistemas de saúde no país: o SUS, gratuito, por vezes precário, mas com acesso universal, que a própria prática reservou para as famílias de baixa renda; e o sistema privado, contributivo e, em tese, de boa qualidade, seletivamente reservado às classes economicamente superiores.

Nessa esteira, a Constituição de 1988, influenciada pelo sistema cubano, aproximou-se também do modelo europeu, dependente do Estado, embora na prática caminhe a passos largos para o privatismo americano. Confundiram-se inteiramente as dimensões da saúde como direito fundamental (= mínimo existencial) e como direito social².

²VIANNA, Maria Lúcia T. W. A Americanização (Perversa) da Seguridade Social no Brasil: Estratégia de Bem-Estar e Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Revan, 1998, p. 152.

Na Europa, usando como exemplo a Inglaterra, que possuía sistema socializado de medicina, introduziu-se ainda no governo de Margareth Thatcher, uma fonte financeira própria³. Em quase todos os países europeus há forte presença do Estado nesta área de saúde.

Nos Estados Unidos, onde o sistema privado de saúde é preponderante, tem sido intenso o debate sobre as questões do sistema público de saúde, que basicamente se divide no *Medicare*⁴ e no *Medicaid*⁵. Ainda na Presidência Reagan, houve cortes orçamentários substanciais no programa de assistência à saúde, criando-se ainda fonte de financiamento que recebeu o apelido de *premium* e não de *tax*, transformando-se em “um dos maiores fracassos legislativos da história dos Estados Unidos”.

Todavia, com a vitória do Presidente Clinton nova disciplina da assistência médica foi proposta ao Congresso, baseada em contribuições diretas de empregados e empresas, garantida a gratuidade a quem não pode pagar; o festejado filósofo do direito Ronald Dworkin chegou a declarar que seria o novo plano capaz de provocar a mais significativa mudança econômica desde o *New Deal* e uma das mais profundas reformas nas concepções de justiça social, mas o Congresso americano rejeitou o projeto.

O Presidente George W. Bush limitou o crescimento das despesas com o *Medicare* e o *Medicaid*, que disse não se confundir com o corte de recursos.

Já no governo Obama, foi aprovado em março de 2010, a proposta de reforma do sistema de saúde americano, considerada a prioridade da política doméstica.

Os Estados Unidos não tinham um sistema público de cobertura universal na área de saúde. Segundo uma estimativa feita pelo governo, 46,3 milhões de pessoas nos Estados Unidos não tinham cobertura em 2008 (esse número, porém, inclui imigrantes ilegais e americanos que ganham mais de US\$ 50 mil por ano).

Há alguns programas financiados pelo governo, como o *Medicare* ou o *Medicaid*, sem contar os veteranos das Forças Armadas que também estão cobertos por um programa do governo, e ainda, as crianças de famílias pobres que não se enquadram nas exigências do Medicaid.

³ GIDDENS, Anthony. *Sociology*. Cambridge: Polity Press, 2002, p. 334.

⁴ O *Medicare* atende aos idosos e aposentados e é alimentado por fundos públicos.

⁵ O *Medicaid* é destinado ao atendimento dos pobres, indigentes e necessitados, com financiamento dos poderes públicos.

A maioria dos americanos, porém, precisa adquirir seu próprio plano de saúde, seja por meio de seus empregadores ou por conta própria. No caso dos planos de saúde privados, há variações nas regras e no valor a ser pago. Em alguns casos, por exemplo, o segurado tem de pagar parte do tratamento médico para depois ser ressarcido pela seguradora. Aqueles que não têm cobertura de saúde só são atendidos gratuitamente em emergências.

No início de seu governo, o presidente Barack Obama lançou uma proposta ampla de reforma no sistema de saúde e disse que deixaria que o Congresso se encarregasse de definir os detalhes. Em fevereiro de 2010, diante do impasse na votação da proposta, o presidente divulgou mais detalhes do plano, que pretendia ampliar o número de americanos cobertos, tornar a assistência médica mais barata e impor regras mais rígidas às seguradoras. O sistema de saúde atual é bastante criticado por ser caro e ineficaz.

Finalmente, o sistema americano se destaca, por conseguinte, pela preponderância da solução de mercado, com a presença menor do Estado⁶.

O maior problema do sistema único de saúde brasileiro é o do seu financiamento pelas exóticas contribuições sociais (PIS/PASEP, COFINS, CSLL, CPMF), que não encontra paralelo no direito comparado. Nem é financiado diretamente por contribuições de seguridade social dos beneficiários, nem por tributos neutros como o imposto de renda. O anômalo sistema de financiamento da saúde produziu grave e permanente distorção no direito constitucional financeiro brasileiro.

Os princípios fundamentais da Constituição

Em estudo realizado pelo professor Ivo Dantas⁷, relatado no livro intitulado *"Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional"*, sobre o significado da expressão "princípios", citou vários autores e concluiu que:

⁶"President Bush Discusses Fiscal Responsibility". www.whitehouse.gov/news/releases - 06.02.2007.

⁷DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1995, pág. 59. CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Editora, 1991. CAMPOS, German Bidart. *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Buenos Aires, EDIAR, 1995.

"Para nós, PRINCÍPIOS são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade."

Já o doutrinador Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸, ao tratar do tema, realiza algumas ponderações, nas quais explica que:

"Os juristas empregam o termo 'princípio' em três sentidos de alcance diferente. Num primeiro, seriam 'supernormas', ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que por isso, são ponto de referência, modelo, para regras que as desdobram. No segundo, seriam *standards*, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas - ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma 'abstração por indução'".

Todavia, os princípios constitucionais estão correlacionados com a idéia de princípio no Direito, posto que o princípio constitucional, além de princípio jurídico, é um princípio que haure a sua força teórica e normativa do Direito enquanto ciência e ordem jurídica.

Pois bem, a Constituição Federal de 1988 confere os princípios fundamentais, da seguinte forma:

- Título I – Dos Princípios Fundamentais – arts. 1.º a 4.º;
- Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – arts. 5.º a 17.º;
- Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos – art. 5.º;

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento, Ed. Ltr, 1991, Vol. I, pp. 73-74.

- Capítulo II – Dos direitos sociais – arts. 6.º a 11.º e 193 a 232;
- Capítulo III – Da nacionalidade – arts. 12 e 13;
- Capítulo IV – Dos direitos políticos – arts. 14.º a 16.º;
- Capítulo V – Dos partidos políticos – art. 17.º.
- Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – arts. 170 a 192.
- Título VIII – Da Ordem Social – arts. 193 a 232.

O constitucionalista José Afonso da Silva⁹, afirma que temos de distinguir entre princípios constitucionais fundamentais e princípios gerais do Direito Constitucional.

Prossegue aduzindo que os primeiros integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz, *que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte*, normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional. Já os princípios gerais formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional.

Embora os grandes princípios de um sistema jurídico estejam positivados no texto constitucional, não restam dúvidas de que existam, fora e acima das regras legais.

Nessa senda, Jorge Miranda¹⁰ assevera que: “(...) o *Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos constantemente publicados e revogados pelos órgãos do poder.*”

Para Luis Roberto Barroso¹¹, são identificáveis alguns princípios sem assento constitucional, como o Princípio da supremacia da Constituição, Princípio da unidade da Constituição, Princípio da continuidade da ordem jurídica e Princípio da interpretação conforme a Constituição.

Contudo, para fins desse artigo, é relevante que os princípios

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, São Paulo, 2005.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2ª edição, 1987.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 4ª edição, 2002.

sejam aplicados atentando ao caso concreto, sua aplicação, grau de abrangência e sua importância na esfera constitucional.

Estes princípios constitucionais muitas vezes se complementarão e em algumas situações se chocarão, mas devem ser solucionados através da ideologia constitucionalmente adotada, como princípio maior, ou valor maior que possibilitará eliminar os antagonismos do texto constitucional, aplicando a ponderação de princípios, que irá apontar qual princípio será aplicado ao caso concreto.

Ponderação de princípios

Os princípios constitucionais estão dispostos na Carta maior sem se perquirir sobre seu peso e sua importância quando de sua aplicação, e em alguns caso pode-se ter ainda colisões de princípios.

A doutrina ao debruçar-se sobre o assunto criou a teoria da ponderação que consiste na chamada compensação de valores ou ponderação de interesses que é a técnica através da qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios opostos.

Para o constitucionalista Alexandre de Moraes¹²:

“A contradição dos princípios deve ser superada, ou por meio de redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios (...) a aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.”

E nessa árdua tarefa de sopesamento dos princípios constitucionais, deve-se utilizar daquele que para muitos é o “princípio dos princípios”: o princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade é o equilíbrio entre os meios empregados e o fim a ser alcançado. Esta função é destacada por Paulo Bonavides¹³:

¹² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9ª edição, p. 43. São Paulo . 2001.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição, p. 386. São Paulo: Malheiros. 2000.

“Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos”.

Assim, tanto os princípios quanto os direitos e garantias fundamentais estão inseridos na Constituição Federal, contudo, em determinado momento eles se conflitam. É dizer, a vida conflita com o direito à liberdade, com o direito à igualdade, com o direito à saúde, dentre outros.

O Professor José Afonso da Silva¹⁴, ao discorrer sobre o assunto, explica que como o século XIX foi marcado pelo advento dos direitos da primeira geração (direitos civis e políticos), o século XX foi caracterizado por uma nova ordem social, a segunda geração. Esta nova ordem social expõe uma nova estruturação dos direitos fundamentais não mais sedimentada no individualismo puro do modelo anterior.

Dessa forma, sustenta o ilustre doutrinador, os direitos fundamentais da segunda geração se tornam tão essenciais quanto os direitos fundamentais da primeira geração, tanto por sua universalidade quanto por sua eficácia.

Insta salientar, que os direitos de segunda geração estão ligados intimamente aos direitos sociais prestados pelo Estado perante o indivíduo, como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho.

Com isso, emerge um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais, ao qual, são inerentes das instituições de Direito Público e compõe suas formas e organização, bem como limites ao arbítrio do Estado para com os direitos de segunda geração.

Reputo oportuno, neste passo, transcrever o pensamento de Carl Schmitt compartilhado por Bonavides¹⁵ quando diz que:

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, São Paulo, 2005.

¹⁵ Op. Cit.

"Graças às garantias institucionais, determinadas instituições receberam uma proteção especial...para resguardá-la da intervenção alteradora por parte do legislador ordinário. (...) Demais, é da essência da garantia institucional a limitação, bem como a destinação a determinados fins e tarefas."

Nesta senda, o direito à saúde se consubstancia como um direito de segunda geração, uma vez que se externa como um verdadeiro direito à prestação, ou seja, um direito social prestacional, haja vista que estes necessitam de uma atuação positiva por parte do ente estatal.

A nossa Carta Magna dispõe sobre os direitos de segunda geração, a partir do seu art. 6º, reconhecendo o direito à saúde como um direito social. Por conseguinte, a saúde é, também, um direito de segunda geração, eis que passa a ser um direito que exige do Estado prestações positivas, para deste modo evidenciar a sua garantia/efetividade.

Todavia, somente diante do caso concreto será possível resolver o problema da aparente colisão de princípios, através de uma ponderação de valores, do contrário do que ocorre com a antinomia de regras, não há, a *priori*, critérios formais preestabelecidos para resolvê-lo.

Desse modo, ao analisar o caso concreto, poderá se decidir qual o valor que o ordenamento, em seu conjunto, deseja preservar naquela situação, sempre buscando conciliar os dois princípios em colisão, tentando harmonizá-los.

Um ponto que não se pode descurar hoje, na medicina moderna, é que os custos de tratamento na saúde, quer normais, mas principalmente experimentais, tornaram-se insustentáveis tanto para Estados quanto mesmo para a União, quando tomados como um todo e, além da questão financeira, há recursos não financeiros, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades.

Ampliando o quadro, tendo em vista que os direitos sociais não devem ter tratamento diferenciado de outros direitos fundamentais, mas os recursos para o atendimento das demandas são finitos, surgem os conflitos, nos quais se tornam imperioso decidir sobre o emprego de recursos escassos através de escolhas disjuntivas (o atendimento de uns e o não-atendimento de outros). Tal conflito não é, em geral, tratado pela doutrina e mesmo o critério

de ponderação se revela insuficiente quando se tratam de prestações positivas.

Aqui “não há como prestigiar o valor hierarquicamente superior, pois a colisão pode ser entre o paciente que espera na fila para transplante apenas de rim, há mais tempo, com o que espera na recém-criada fila para transplante duplo de rim e pâncreas¹⁶”.

No dizer do Professor Luiz Roberto Barroso¹⁷, “o que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”.

O Dever do Estado

Como visto no breve bosquejo no direito comparado, o sistema público de saúde é um problema mundial que têm provocado inúmeras demandas judiciais onde se pleiteia tratamentos médicos custeados pelo Estado quando este não é dado satisfatoriamente.

Segundo informações de Gustavo do Amaral¹⁸, no Brasil, embora não faltem endemias e epidemias que grassam milhares de vidas, a questão relativa ao tratamento de doenças veio à baila com a AIDS. Ainda hoje, se consultadas as bases de jurisprudências dos Tribunais encontraremos decisões relacionadas à AIDS, ao câncer, e algumas doenças raras e nenhuma relativa às chamadas doenças da miséria.

Salienta ainda, que o surgimento da AIDS com características epidêmicas colocou um número cada vez maior de pessoas jovens com uma sentença de morte lenta e degradante, acompanhada de um estigma de reprovação social, que gerou demandas judiciais que se valeram da previsão constitucional inserida no art. 196 da Constituição Federal.

É que o legislador consolidou na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde como direito social, estabelecendo que além

¹⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 126-127.

¹⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*.

¹⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolhas*. Editora Lumen Iuris. 2ª Edição. Rio de Janeiro: 2010. P.10

de ser um direito de todos é um dever do Estado, um apêndice da qualidade de vida, que todo cidadão tem direito.

Desse modo, o Estado deve submeter-se às mudanças necessárias ao efetivo cumprimento do preceito constitucional, no sentido de que a saúde seja efetivamente um real instrumento de justiça social.

Os arts. 6º e 196 da Constituição Federal dispõem acerca do dever do Estado em resguardar o direito à saúde para que seja efetiva, preventiva ou curativa e imediata. Entretanto, o dever do Estado no que concerne à saúde, exprime “evidente caráter vinculativo em relação ao legislador, ao poder público, aos órgãos administrativos, ao Poder Executivo, aos juizes, aos Tribunais, e, também no âmbito das relações jurídico-privadas.”

Em harmonia com esse pensamento, Sebastião Tojal¹⁹ ao discorrer sobre o direito à saúde, assim posicionou-se: “(...) está, pois, o Estado juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde, visando a construção de uma nova ordem social, cujos objetivos, repita-se, são o bem-estar e as justiça sociais, pois a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas”.

O que ocorre é que devido à saúde ser um dever do Estado, este é obrigado a instituir ações e serviços públicos da saúde, assim como, conforme prevê o art. 198 da nossa Carta Magna, que esses meios sejam designados, através de uma ação integrada, em um sistema único, de forma regionalizada e hierarquizada.

Deste modo, o dever do Estado é externado através do Sistema Único de Saúde, criado através da Lei Infraconstitucional nº 8.080/90, onde pode-se encontrar uma Administração Pública diretamente ligada à promoção e efetivação do direito à saúde.

Como dito alhures, uma outra característica inerente ao dever do Estado no que tange à saúde, é a sua gratuidade, pois o Estado é obrigado a promover a saúde para os cidadãos de forma gratuita, haja vista que o Estado, quando investe recursos públicos no sistema de saúde, não visa explorar economicamente essa atividade, mas visa prestar um serviço público básico ao direito fundamental da dignidade da pessoas humana.

Portanto, o direito à saúde é reconhecido como um direito originário às prestações, e decorrente diretamente da Constituição, consubstancia-se em uma exigência inderrogável de qualquer

¹⁹ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Constituição dirigente de 1988 e o direito à saúde. Os 10 anos da Constituição Federal. (vários autores). São Paulo: Atlas, 1998. p. 43.

Estado que exprima nos seus pilares valorações básicas à dignidade da pessoa humana e à justiça social.

Entretanto, a não atuação do Estado para com o direito à saúde pode originar uma eventual ação judicial ou administrativa quando o Estado não desempenhar o seu dever de promover e garantir a saúde.

Não obstante, questão que merece ser avaliada é se o Estado têm condições de prover esse direito todas as vezes em que for instado. Em determinados casos a resposta é negativa, pois não adianta criar uma série de direitos no mundo hipotético quando não se pode dar curso da obrigação no mundo real.

Saint-exupery narra em seu livro intitulado “*O Pequeno Príncipe*”, uma situação bastante semelhante, que calha à fiveleta:

“Ele se achava na região dos asteróides 325, 326, 327, 328, 329, 330. Começou, pois, a visitá-los, para procurar uma ocupação e se instruir.

O primeiro era habitado por um rei. O rei sentava-se, vestido de púrpura e arminho, num trono muito simples, posto que majestoso.

- Ah! Eis um súdito, exclamou o rei ao dar com o príncipezinho.

E o príncipezinho perguntou a si mesmo:

- Como pode ele reconhecer-me, se jamais me viu?

Ele não sabia que, para os reis, o mundo é muito simplificado. Todos os homens são súditos.

- Aproxima-te, para que eu te veja melhor, disse o rei, todo orgulhoso de poder ser rei para alguém.

O príncipezinho procurou com olhos onde sentar-se, mas o planeta estava todo atravancado pelo magnífico manto de arminho. Ficou, então, de pé. Mas, como estava cansado, bocejou.

- É contra a etiqueta bocejar na frente do rei, disse o monarca. Eu o proíbo.

- Não posso evitá-lo, disse o príncipezinho confuso. Fiz uma longa viagem e não dormi ainda...

- Então, disse o rei, eu te ordeno que bocejes. Há anos que não vejo ninguém bocejar! Os bocejos são uma raridade para mim. Vamos, boceja! É uma ordem!

- Isso me intimida... eu não posso mais... disse o príncipezinho todo vermelho.

- Hum! Hum! respondeu o rei. Então... então eu te ordeno ora bocejares e ora...

Ele gaguejava um pouco e parecia vexado. Porque o rei fazia questão fechada que sua autoridade fosse respeitada. Não tolerava desobediência. Era um monarca absoluto. Mas, como era muito bom, dava ordens razoáveis.

(...)

E como se sentisse um pouco triste à lembrança do seu pequeno planeta abandonado, ousou solicitar do rei uma graça:

- Eu desejava ver um pôr-do-sol... Fazei-me esse favor. Ordenai ao sol que se ponha...

- Se eu ordenasse a meu general voar de uma flor a outra como borboleta, ou escrever uma tragédia, ou transformar-se em gaivota, e o general não executasse a ordem recebida, quem – ele ou eu – estaria errado?

- Vós, respondeu com firmeza o príncipezinho.

- Exato. É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar, replicou o rei. A autoridade repousa sobre a razão. Se ordenares a teu povo que ele se lance ao mar, farão todos revolução. Eu tenho o direito de exigir obediência porque minhas ordens são razoáveis.

- E meu pôr-do-sol? lembrou o príncipezinho, que nunca esquecia a pergunta que houvesse formulado.

- Teu pôr-do-sol, tu o terás. Eu o exigirei. Mas eu esperarei, na minha ciência de governo, que as condições sejam favoráveis.

- Quando serão? indagou o príncipezinho.

- Hem? respondeu o rei, que consultou inicialmente um grosso calendário. Será lá por volta de... por volta de sete horas e quarenta, esta noite. E tu verás como sou bem obedecido". (sem o destaque no original).

A lição vem na perspectiva de que não é razoável que a Lei Maior e o Judiciário determinem ordens que não se possam cumprir no plano real, sob pena do Estado-Juiz (O Rei) ser desmoralizado. A determinação, ainda que constitucional, deve ser razoável e possível, para que se possa dar a máxima efetividade ao seu desiderato.

Evidentemente que é bastante difícil para qualquer juiz negar um pedido desses quando se pode resultar na perda de uma vida, daí surge o princípio da reserva do possível e com ele sua polêmica questão de qual princípio deve prevalecer.

Princípio da Reserva do Possível.

Oriundo da doutrina germânica e decisões proferidas pelo

Tribunal Constitucional Federal Alemão, o *princípio da reserva do possível*, como foi alcunhado por J. J. Canotilho²⁰, determina que “a satisfação de certos direitos exigíveis do Poder Público é condicionada à disponibilidade de recursos financeiros para a sua satisfação material”²¹, isto é, sua execução em casos práticos.

É o que a doutrina e as manifestações nacionais vêm acolhendo sem maiores problemas, dando ensejo a um verdadeiro obstáculo à efetividade, como os direitos sociais.

O surgimento do princípio da reserva do possível se deu na Corte Alemã, ao apreciar um caso no qual uma ação judicial então proposta visava obter uma decisão que permitisse a certo estudante cursar o ensino superior público.

Tal pretensão se baseava na garantia prevista pela Lei Federal alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar as universidades públicas²².

Neste caso, ficou estabelecido que só se pode exigir do Estado o atendimento de um interesse, ou a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade, destacando ainda a Suprema Corte Germânica que os intitulados direitos sociais “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”²³.

Tal entendimento inviabilizaria que fossem requeridas providências do Estado acima de um patamar logicamente razoável de exigências sociais, razão pela qual restou afastada a lógica de que o Poder Público estaria obrigado a disponibilizar um número ilimitado de vagas, para acolher todos os interessados em ingressar nas Universidades Públicas.

Noutras palavras, não obstante um dispositivo legal

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Editora Almedina. Coimbra/Portugal. p. 534.

²¹ Cunha Júnior, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. Editora Jus Podivm. p. 714.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

²³ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.52.

constitucional tenha característica mandamental, só obterá sua efetividade na presença das condições fáticas e jurídicas capazes de lhe conferir esta eficácia. Na ausência de uma delas ninguém está obrigado a cumpri-lo, como é o caso da falta de recursos que limita a plena satisfação do direito à saúde.

Repita-se por oportuno, a situação narrada na introdução deste artigo, onde a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, recebeu Mandado de Intimação para cumprimento de uma Liminar, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, com o fim de retirar todos os leitos dos corredores dos Hospitais Públicos do Estado. Existem condições fáticas e jurídicas para o cumprimento dessa ordem?

Parafraseando o Professor Luiz Roberto Barroso, aqui se chega ao ponto crucial do debate: alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana e, de outro, a reserva do possível.

Assim, a implementação destes direitos se torna dependente da existência de condições materiais que permitam o seu cumprimento, ou seja, ainda que o Poder Judiciário tenha como objetivo conferir a devida aplicabilidade às normas inseridas na Carta Magna, não pode almejar suprir todas as carências sociais mediante a expedição de ordens judiciais, pois estas não obterão a efetividade pretendida, haja vista que faltam condições materiais suficientes para a sua concretização.

Ademais, a satisfação de uns implica em negar o direito a outros, em face da escassez de recursos, o que se torna ainda mais grave quando se trata do campo da saúde, em que uma decisão pode redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte.

Se se pudesse ver através da máscara do farizaísmo, a alegação da reserva do possível, em uma análise superficial, pode parecer cruel e desumana, mormente se visto no caso concreto. Sobre o tema, Gustavo Amaral²⁴ adverte que:

“Diante de um quadro como esse, a tendência natural é fugir do problema, negá-lo. Esse processo é bastante fácil nos meios judiciais. Basta observar apenas o caso concreto posto nos autos. Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que

²⁴ Op. Cit. p. 146-147.

suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos Municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos nem sempre bem empregados”.

É bem verdade que existem mais negadores do princípio do que defensores. Alguns até propondo soluções que na teoria parecem fáceis, mas na prática são razoáveis? Veja-se, por exemplo, o que afirma Andréas Krell²⁵: “... que o princípio da reserva do possível consiste em uma falácia, decorrente de um Direito Constitucional comparado equivocado, na medida em que a situação social brasileira não pode ser comparada àquela dos países membros da União Européia”.

Sustenta ainda o autor, no que diz respeito ao campo da saúde, que a solução seria satisfazer todos os casos: “Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde”.

E conclui que um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”.

Nesse cenário, deve ser assegurado um padrão mínimo de segurança material à população, já que o Estado Social não pode ser compelido a garantir um padrão “ótimo” de bem-estar social, mormente quando se trata de prestações estatais obtidas via judicial, mas sim a efetivar as condições para uma existência com dignidade. Porém, tal afirmação não significa que a otimização do bem-estar social não possa ser uma meta a ser alcançada.

Cumpra destacar que mesmo este patamar mínimo pode esbarrar na escassez de recursos, ou seja, há a possibilidade do limite da reserva do possível, já que também nestes casos poderá o Estado alegar e provar que não dispõe nem mesmo dos recursos

²⁵ Op. Cit. p. 53-54.

para atender às exigências mínimas em saúde, educação, assistência social, segurança, etc.

Por outro lado, o Professor Luiz Roberto Barroso²⁶ assevera que seu cumprimento pode ser negado por parte do Estado somente temporariamente em virtude de uma impossibilidade material evidente e comprovável.

No dizer do Doutor em Direito Público, Prof. Gustavo Amaral²⁷, além do enfoque na necessidade, ou essencialidade, da prestação, a excepcionalidade da situação concreta deveria ser analisada, uma vez que, por exemplo, um cataclismo, natural ou social, pode momentaneamente tornar inexigível algo que pouco antes o era. O grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana e, em consequência, quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser o motivo para que ela não seja acolhida.

Dessa forma, haverá uma ponderação dessas duas variáveis. Se o grau de essencialidade superar o de excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a recusa estatal será legítima.

Obviamente nem todos os doutrinadores e pesquisadores do tema entendem como aplicável a reserva do possível em questão da saúde. Por exemplo, Luis Fernando Sgarbosa²⁸ defende inexistir em geral “enfrentamento mais aprofundado das temáticas da escassez de recursos dos custos dos direitos e das cláusulas de reserva do possível”.

Sustenta ainda, que os julgados do Supremo, assim como os casos de direito à saúde, em que se pede concretamente uma obrigação de fazer do Estado, em matéria de direito à educação, o Supremo Tribunal Federal em nenhum caso negou o pedido.

Afirma em outro tópico, o mesmo autor, que resta suficientemente demonstrada a relevância pretoriana do construto e a frequência cada vez maior com a qual é avençado nas discussões forenses, constituindo um *topoi* argumentativo de defesa particularmente caro à Fazenda Pública.

²⁶ Op. Cit. P. 111.

²⁷ Op. Cit. P. 214.

²⁸ SGARBOSA, Luis Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*. Volume I (Reserva do Possível). Porto Alegre:2010. P. 173.

Do posicionamento jurisprudencial

As Cortes de Justiça Nacionais vêm se ajustando, como se infere da leitura dos arestos abaixo, proferidos pelos Tribunais de Justiça Pátrios, nos quais se discutia se o Estado estava ou não obrigado a promover, ilimitadamente, a assistência à saúde, para as quais se demandava um custoso tratamento médico, no seguinte sentido:

“Agravo de Instrumento nº 42.530.5/4, j. 11.11.1997.

...Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevaecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu...” (TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua).

Agr. Instr. 48. 608-5/4, julgado em 11.02.1998, unânime. TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Des. Rui Cascaldi.

“O direito à saúde previsto nos dispositivos constitucionais citados pelo agravante, arts. 196 e 227 da CF/88, apenas são garantidos pelo Estado, de forma indiscriminada, quando se determina a vacinação em massa contra certa doença, quando se isola uma determinada área onde apareceu uma certa epidemia, para evitar a sua propagação, quando se inspecionam alimentos e remédios que serão distribuídos à população, etc, mas que quando um determinado mal atinge uma pessoa em particular, caracterizando-se, como no caso, num mal congênito a demandar tratamento médico-hospitalar e até transplante de órgão, não mais se pode exigir do Estado, de forma gratuita, o custeio da terapia, mas dentro do sistema previdenciário.”

AgRg no AgRg na SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 81 - SC (2004/0062451-9).

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO. LESÃO À ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS. FORNECIMENTO INDISCRIMINADO DE PRÓTESES. POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE. COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1.O fornecimento genérico e indiscriminado de próteses não aprovadas por órgão especializado, a quem delas necessite, em detrimento da listagem oficial do Ministério da Saúde tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente e o próprio sistema de saúde pública.

2.Compete à Administração Pública fixar as diretrizes da política social e econômica que visam a saúde de toda população.

3.Agravo Regimental não provido.

TJSP – 14ª Vara da Fazenda Pública – Proc. 351/99.

“(…) segundo os critérios da conveniência e oportunidade, procurar atender aos interesses de toda a coletividade de maneira universal e igualitária para cumprir a norma constitucional. Assim, o benefício a um único cidadão, como no caso do autor, prejudica o restante da coletividade de cidadãos, que vêem as verbas destinadas à saúde diminuir sensivelmente em detrimento de suas necessidades”.

TJRJ – 4ª Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº 1081/97.

“(…) o fornecimento se faz conforme possível, sendo notória a insuficiência de recursos, de modo que o atendimento de casos isolados torna o programa inadministrável, o Estado, cuja administração é difícil, tem recursos nem sempre bem empregados, notando-se que, nos últimos anos, houve desaparecimento dos serviços de saúde, proliferando os planos privados de seguro saúde, que, no entanto, não aceitam segurar doenças como a dos agravados, ante o alastramento. Sabemos que as despesas são elevadas. Mas é inegável que, quanto à lei prevalece a Constituição (...), mesmo porque, em casos semelhantes, o risco de vida suplanta considerações jurídicas e a norma da Lei Maior deve prevalecer”.

O Supremo Tribunal Federal não difere seu posicionamento, a exemplo cita-se trecho do voto da Ministra Ellen Gracie²⁹ ao discorrer sobre o assunto:

“Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à reserva do possível³⁰ notadamente, em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.

O Ministro Gilmar Mendes³¹ acrescenta ainda que:

“Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve

²⁹ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47. Rel. Minis. Presidente Gilmar Mendes. Julg. 17/03/2010.

³⁰ Stephen Holmes/Cass R. Sunstein, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New Yourk; Ana Paula de Barcelos, “ A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar.

³¹ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47. Rel. Minis. Presidente Gilmar Mendes. Julg. 17/03/2010.

dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas as opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

(...)

O fato é que o denominado problema da 'judicialização do direito à saúde' ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área da saúde e a sociedade civil como um todo. Se por m lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

(...)

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.”

Depreende-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal

vêm admitindo a teoria da reserva do possível quando houver justo motivo objetivamente aferível.

É dizer, a Justiça ao avaliar o caso concreto deve buscar assegurar que o direito à saúde esteja sendo garantido a todos que estão ou possam vir em situação semelhante, sob pena de ferir outro princípio, o da isonomia.

Conclusão

De tudo que foi perquirido, é possível concluir que o direito à saúde previsto na Constituição Federal de 1988, insculpido no art. 196 e seguintes, como direitos de todos e dever do Estado, garante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença, de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua proteção e recuperação**.

Considera-se ainda, que cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sob sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros, e também por pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

Isso traduz um acesso universal, igualitário e equânime dos serviços de saúde numa sociedade economicamente desigual, daí a pergunta: É possível garantir igualdade em saúde? Noutro dizer, todos devem ter acesso ao mesmo serviço de saúde? Todos devem ter igual oportunidade para alcançar seu potencial de saúde? E finalmente, os serviços devem ser gratuitos para todos?

Infelizmente a resposta é desbragadamente e com clareza hialina não, porque a desigualdade em saúde é inevitável já que geneticamente não somos iguais, não temos as mesmas informações para cuidar de nossa saúde, por mais que nos esforcemos não teremos igual saúde.

Todos devem pagar o que podem pagar pelo serviço de saúde que recebem? Cada um deve pagar segundo a sua possibilidade, é um princípio que espraia do Direito Tributário.

Deste modo, a igualdade em saúde pressupõe que, idealmente, todos devam ter uma oportunidade justa para alcançar seus potenciais em saúde e que ninguém deve estar impossibilitado de alcançá-lo.

Como já dito anteriormente, antes da Constituição Federal de 1988, o conceito de integralidade nunca havia sido aplicado à política de saúde, assim como não tinha sido mensurado a sua dimensão do infinito.

Inobstante, hoje novamente é válida a indagação, qual deve ser a base para interpretação jurídica do conceito de integralidade?

E como a incorporação de tecnologias podem ser reguladas sem que os direitos individuais e coletivos estejam ameaçados?

Ficou bem claro, na pesquisa, que o Sistema Europeu trata o assunto pelo princípio do potencial universal baseado na cidadania/domicílio em que a maior parte do financiamento é garantido pelo governo enquanto que no sistema americano predomina o mecanismo de seguro privado baseado em contratos com indivíduos e empresas, e a maior parte de financiamento é feito pelas famílias e empresas, e que o setor público cobre basicamente os idosos e os acidentados.

No Brasil, conforme já foi visto alhures, existe o sistema do SUS, que estabelece serviços gratuitos pelo Ministério da Saúde, refletidos em tabelas de procedimentos, medicamentos e materiais que são atualizados a cada ano. O SUS deve ser considerado como uma política social brasileira implantada nos últimos 20 anos. No entanto, os indicadores mostram que o acesso, uso e a qualidade do serviço ainda precisam melhorar principalmente em relação aos mais pobres.

Noutro dizer, o SUS incorporou as características do bem estar, *Welfare State* europeu, mas a Justiça tende a tratar o tema legal sob a ótica do direito individual que predomina no sistema de saúde norte-americano gerando a inflação do abuso.

Segundo informações da HNP – Health, Nutrition & Population³², os recursos que envolvem as ações contra os SUS já atingem em alguns Estados, centenas de milhões de reais e representam grandes vazadouros de recursos necessários à cobertura das necessidades de saúde dos mais pobres e é nessa perspectiva que entra o princípio da reserva do possível, compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna, no sentido de uma vida saudável.

Contudo, a garantia do mínimo existencial, tem um custo e esse deveria ser assumido através da arrecadação de impostos e contribuições sociais. Por isso mesmo, como lógico, o Estado dispõe de limitada capacidade para financiar as prestações reconhecidas de direitos fundamentais na questão da saúde e do mínimo existencial.

³² Relatório HNP – Health, Nutrition & Population – ONU 2010. Disponível em: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTHEALTHNUTRITIONANDPOPULATION/0,,menuPK:282516~pagePK:149018~piPK:149093~theSitePK:282511,00.html>

Deste modo, a reserva do possível, *Der Vorbehalt dês Möglichen* passou a traduzir a idéia de que os direitos sociais às prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, que sofre críticas quando usadas para vetar procedimentos garantidos pela tabela do SUS, ou seja, para negar o acesso de pessoas sem recursos ao serviço de saúde, mas é elogiável quando usado para vetar uma prestação que não está incluída nas tabelas dos SUS e para negar acesso a pessoas protegidas por seguros de saúde, mas principalmente quando é usado para bloquear pedidos de serviços de saúde não essenciais, ou supérfluos, a serem suportados pelo erário público.

Isso em última instância, traduz o respeito ao princípio da probidade do uso público dos recursos em favor dos mais pobres e dos mais necessitados em detrimento daqueles que conhecem os escaninhos, nem sempre republicanos do Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolhas*. Editora Lumen Iuris. 2ª Edição. Rio de Janeiro: 2010.

BARCELOS, Ana Paula de, *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, 2002, Renovar.

BARROSO, Luiz Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 4ª edição, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição, São Paulo: Malheiros. 2000.

CAMPOS, German Bidart. *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Buenos Aires, EDIAR, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Editora Almedina. Coimbra/Portugal.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. Editora Jus Podivm.

DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional do Trabalho* - Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento, Ed. Ltr, 1991, Vol. I.

GIDDENS, Anthony. *Sociology*. Cambridge: Polity Press, 2002, "President Bush Discusses Fiscal Responsibility". www.whitehouse.gov/news/releases-06.02.2007.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: 2ª edição, 1987.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9ª edição, São Paulo. 2001.

MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Editora, 1991.

Relatório HNP – Health, Nutrition & Population – ONU 2010. Disponível em: [http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/ TOPICS/ EXTHEALTHNUTRITIONANDPOPULATION/0,,menu PK: 282516~pagePK:149018~piPK:149093~theSitePK:282511,00.html](http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTHEALTHNUTRITIONANDPOPULATION/0,,menuPK:282516~pagePK:149018~piPK:149093~theSitePK:282511,00.html) Acesso em 21.05.2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SGARBOSA, Luis Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*. Volume I (Reserva do Possível). Porto Alegre: 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, São Paulo, 2005.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Constituição dirigente de 1988 e o direito à saúde. Os 10 anos da Constituição Federal*. (vários autores). São Paulo: Atlas, 1998.

VIANNA, Maria Lúcia T. W. *A Americanização (Perversa) da Seguridade Social no Brasil: Estratégia de Bem-Estar e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

1 RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Giordano Bruno Costa da Cruz
Procurador do Estado

1.1 ORIGEM E DIFERENCIAÇÃO DE OUTROS TIPOS DE RESPONSABILIDADE

A responsabilidade internacional tem origem nas *cartas de represálias* do sistema medieval, segundo as quais o súdito solicitava a seu soberano autorização para uma reação (represália) ao tratamento recebido no estrangeiro. Modernamente, essa prática é chamada de *Proteção Diplomática*, instituto de Direito Internacional no qual o Estado cujo nacional sofreu danos por conduta imputada a outro Estado, considera tal dano como dano próprio e pleiteia reparação ao Estado responsável pelo ato lesivo.

A fim de eximir qualquer aplicação de uma possível proteção diplomática, através de estudos desenvolvidos por Carlos Calvo, surgiu a chamada *Cláusula Calvo*, estipulação contratual, segundo a qual o estrangeiro compromete-se a não se socorrer à Proteção Diplomática.

Entretanto, a responsabilidade internacional (tradicional) do Estado não pode ser aplicada plenamente em se tratando de violações de direitos humanos. André de Carvalho Ramos aduz que “a responsabilidade internacional do Estado por violações de direitos humanos, embora possua como antecedente a responsabilidade internacional do Estado por danos causados por estrangeiros, dela se diferencia, justamente por ter foco direcionado no indivíduo e não no Estado.”

A natureza objetiva das obrigações de proteção de direitos humanos consagra o indivíduo como principal preocupação da responsabilidade internacional do Estado por violações de direitos humanos. A lesão a seus direitos não é uma lesão indireta ao Estado, como é na proteção diplomática. Assim, o desenvolvimento da responsabilidade internacional do Estado por violações de direitos humanos não é feito através da proteção diplomática, mas sim através do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que fornece ao indivíduo um rol de direitos internacionalmente consagrados

e, ao mesmo tempo, acesso a instâncias internacionais para que seja averiguada a lesão a esses direitos. (RAMOS, 2004, p. 48-49).

A responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos não se dá nos mesmos moldes que a responsabilidade internacional por outros atos, devido às especificidades contidas no tema direitos humanos. A internacionalização da responsabilidade por violação a direitos humanos tem fundamento distinto, por exemplo, da internacionalização de outros temas como o meio-ambiente.

Em direito ambiental, percebe-se que há uma preocupação internacional baseada na interligação de todas as pessoas, não importando os Estados em que vivam. A poluição radioativa continental gerada pelo acidente da Usina Nuclear Ucraniana de Chernobyl¹ é prova disso. Não menos importante, o acidente nuclear ocorrido – e que ainda ocorre – em Fukushima, no Japão, já levou diversos Estados, incluindo o Brasil, a adotarem medidas sanitárias fiscalizatórias nos produtos alimentícios oriundos da área do acidente, a fim de evitar contaminação nuclear através da ingestão desses alimentos. Outro acidente ambiental internacional que costumeiramente vem ocorrendo é o provocado pela *água de lastro*.

Água de lastro² é a água recolhida no mar ou rio e armazenada em tanques nos porões dos navios, com o objetivo de dar estabilidade às embarcações quando elas estão navegando sem cargas. O maior problema com relação à água de lastro refere-se ao transporte de ovos, cistos e larvas de organismos maiores, juntamente com bactérias, espécies planctônicas e pequenos invertebrados que são carregados com a água do local onde os navios enchem os tanques de lastro após o descarregamento. Estes organismos são liberados com a água em outros portos, quando o navio é novamente carregado com mercadorias.

Exemplos de introduções mundiais por meio de água de lastro bem sucedidas incluem o mexilhão zebra *Dreissena*

¹ É considerado o pior acidente nuclear da história da energia nuclear, produzindo uma nuvem de radioatividade que atingiu a *União Soviética, Europa Oriental, Escandinávia e Reino Unido*.

² Mais informações sobre água de lastro em <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=30>>.

polymorpha, nativo da Europa, que invadiu os Grandes Lagos ao norte dos Estados Unidos, provocando gastos de milhões de dólares por ano para seu controle, a estrela-do-mar *Asterias amurensis*, espécie predadora natural da China e do Japão e introduzida na Nova Zelândia, causando grandes impactos nas populações nativas, a bactéria *Vibrio cholerae*, causadora da cólera e o dinoflagelado tóxico *Gymnodinium catenatum*, oriundo do Japão e introduzido na Austrália, prejudicando a pesca e aqüicultura industrial.

Entretanto, quanto aos direitos humanos, não há essa interligação direta e imediata, uma vez que a proteção local de direitos humanos não afeta diretamente os interesses de um cidadão de outro Estado.

O fundamento para internacionalização dos direitos humanos está na reação pós-Segunda Guerra Mundial, ante os horrores gerados pela omissão e não-intervenção nos assuntos domésticos de um Estado. Também não deixa de ser fundamento para tal internacionalização a indignação das comunidade nacionais com o desrespeito a direitos básicos do ser humano, mesmo ocorrendo em lugares distantes, outros Estados.

A responsabilidade internacional do Estado por outros atos deve respeitar, via de regra, o *princípio da reciprocidade*, garantidor de que o tratamento dado por um Estado a determinada questão também será concretizado por outro país afetado pela decisão do primeiro.

Para Carlos Roberto Husek (2004), “o princípio da reciprocidade é invocado como um dos mais antigos no Direito Internacional. Tratados dos séculos XII e XIII dele já se utilizavam para justificar o cumprimento de normas. Tal princípio vem sendo aplicado tanto no caso de respeito às normas internacionais, quanto no de sua violação.”

Reciprocidade é medida de igualdade, que tem a finalidade de atingir o equilíbrio, agindo mais numa zona cinzenta entre o fato e o Direito, e possui natureza política. Fala-se em reciprocidade por identidade ou por equivalência; no primeiro caso, prestações idênticas; no segundo, prestações diferentes, mas de valor comparável. Outros afirmam a existência de uma reciprocidade real e de uma reciprocidade formal; a primeira, quando o objeto da prestação é individualizado; a segunda, quando o objeto é abstrato e geral. Tem aspecto positivo quando estimula a concessão de vantagens jurídicas e é negativo quando usado para punir: o aspecto

positivo deve prevalecer, caso contrário, teremos o princípio em análise como instrumento de retaliação, de represália³.

Entretanto, em sede de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, não há que se falar em aplicação do princípio da reciprocidade, pois as normas internacionais de direitos humanos têm um *regime objetivo*.

1.2 REGIME OBJETIVO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Diz-se *regime objetivo das normas internacionais de direitos humanos* devido à ausência de contraprestação aos Estados signatários de instrumentos internacionais de direitos humanos. Os tratados de direitos humanos estabelecem obrigações objetivas, pois o Estado signatário assume várias obrigações perante seus indivíduos, sob sua jurisdição, e não para com outro Estado contratante.

André Ramos (2004, p. 37) conceitua *regime objetivo dos direitos humanos* como o conjunto de normas protetoras de um interesse coletivo dos Estados, em contraposição aos regimes de reciprocidade, nos quais impera o caráter *quid pro quo* nas relações entre os Estados.

Por isso afirmamos que os tratados de direitos humanos não são tratados multilaterais tradicionais, concluídos para troca recíproca de benefícios entre os Estados contratantes. Seu objetivo é a proteção dos direitos humanos, gerando para isso uma ordem legal internacional que visa beneficiar, acima de tudo, o indivíduo. Com isso, a noção contratualista, comum ao Direito dos Tratados, não se aplica aos tratados institutivos de garantias de direitos humanos.

Por conta dessa característica peculiar dos tratados de direitos humanos, a reparação, quando de violações internacionais de direitos humanos, concentra-se em medidas de reparação destinadas aos indivíduos, sendo que a sanção para coagir o Estado-infrator não pode infringir direitos humanos. Além do mais, as violações de direitos humanos cometidas pelo Estado-infrator

³(HUSEK, Carlos Roberto. Identificação de Brasileiros e Americanos (Princípio da Reciprocidade). Entrevista publicada no Informativo da Comunidade Jurídica Damásio de Jesus (Newsletter), São Paulo, ano 1, n. 7, 2 fev. 2004. Disponível em http://www.escritorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=4460. Acesso em 10/04/2011).

não eximem os demais Estados da obrigação de continuarem a respeitar tais direitos e a serem responsabilizados internacionalmente se também violarem direitos humanos, pois não se pode alegar violação de outro Estado para justificar violação própria – inaplicabilidade do princípio da reciprocidade.

Para demonstrar como as medidas de reparação são precipuamente destinadas aos indivíduos, no famoso *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao sentenciar, analisou quem seriam os destinatários das reparações, aduzindo que:

216. La Corte considera como “parte lesionada” al señor Damião Ximenes Lopes, en su carácter de víctima de las violaciones a los derechos consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, por lo que será acreedor de las reparaciones que fije el Tribunal por concepto de daño material e inmaterial.

217. Además, este Tribunal considera como “parte lesionada” a las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares del señor Damião Ximenes Lopes, en su carácter de víctimas de la violación a los derechos consagrados en los artículos 5, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma (supra párrs. 163 y 206). Asimismo, esta Corte estima como “parte lesionada” a los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, también familiares del señor Ximenes Lopes, en su carácter de víctimas de la violación del derecho consagrado en el artículo 5 81 81 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de ese instrumento (supra párr. 163). En consecuencia, esta Corte considera a dichas personas como acreedores de las reparaciones que fije el Tribunal al respecto.

218. Las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda y los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, además, serán acreedoras de las reparaciones que el Tribunal fije como consecuencia de las violaciones cometidas em perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, las cuales serán distribuidas de la siguiente manera:

a) el ochenta por ciento (80%) de la indemnización correspondiente deberá ser distribuida en partes iguales

entre las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, y

b) el veinte por ciento (20%) de la indemnización correspondiente deberá ser distribuida en partes iguales entre los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes.

219. En el caso de que los familiares acreedores de las indemnizaciones que se establecen en la presente Sentencia fallezcan antes de que les sea entregada la indemnización respectiva, el monto que le hubiera correspondido se distribuirá conforme al derecho interno.

Portanto, pode-se constatar que os destinatários primeiros das reparações internacionais são as próprias vítimas (no caso em análise, Damião Ximenes Lopes) e seus familiares (no caso, Albertina Viana Lopes, Irene Ximenes Lopes Miranda, Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes), que segundo a Corte também são vítimas, “*parte lesionada*”.

1.3 CONCEITO

A responsabilidade internacional do Estado é, de regra, apresentada como sendo uma obrigação internacional de reparação em face de violação prévia de norma internacional. Nesse sentido, a responsabilidade internacional é uma verdadeira obrigação de reparar os danos oriundos de norma do Direito Internacional.

Sobre responsabilidade internacional do Estado por violações a direitos humanos, informou a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, ao apreciar o Caso dos Meninos de Rua da Guatemala, no original, *Caso de los Niños de la Calle*⁴:

220. Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u

⁴ O Caso de los niños de la calle marca um novo momento no Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois a sentença deste caso, pronunciada com voto concorrente dos juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli, reconheceu a indivisibilidade prática dos direitos humanos, o que significa ver e tratar determinados direitos (no caso, o direito à vida) a um só tempo como de repercussões civis, políticas, econômicas, sociais e culturais. Ultrapassou-se, portanto, a divisão clássica dos direitos fundamentais em 1ª, 2ª e 3ª geração/dimensão.

omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. El artículo 1.1 de la Convención Americana es de importancia fundamental en ese sentido.

A noção de responsabilidade, tanto internacional quanto nacional, baseia-se no conteúdo das obrigações, estudadas mais detalhadamente em Direito Civil. Ao jurista alemão Brinz, em suas obras *Der Begriff Obligatio*, de 1874, e *Obligatio und Haftung*, de 1886, obrigação é formada tanto pelo débito (*debitum* ou *schuld*) quanto pela responsabilidade (*obligatio* ou *haftung*).

O *débito* seria o dever de prestar algo, dever de promover e respeitar direitos, a consagração de direitos. O débito é uma relação primária, norma primária cujo descumprimento enseja a responsabilidade.

A *responsabilidade* ou garantia é a possibilidade que tem o agente violado de exigir uma prestação do agente violador pelo desrespeito ao seu direito. A responsabilidade é uma norma secundária, subsidiária, pois só seria usada caso desrespeitada a norma primária. A norma secundária tem por objeto aferir se houve ou não violação às normas primárias e, em havendo, quais as suas consequências.

No mesmo sentido André de Carvalho Ramos (2004, p. 75):

As normas primárias de Direito Internacional representam as regras de conduta, que se violadas, fazem nascer as obrigações secundárias. As normas primárias contêm regras de conduta impostas aos Estados e as secundárias visam determinar quando se dá o descumprimento da obrigação internacional e as consequências desse descumprimento.

São consideradas como obrigações secundárias as regras relativas à determinação, implementação e execução da responsabilidade internacional do Estado.

O sentido final da obrigação secundária é o de substituir a obrigação primária, o que pode ser feito com o retorno ao *status quo ante*, com a reparação de todos os danos causados e ainda com a aplicação de pena de desestímulo ao Estado infrator.

O Brasil ou qualquer outro Estado, ao assinar um tratado de direitos humanos, aquiesce em promover, reconhecer e respeitar

alguns direitos lá elencados. Essa é a norma primária, o *débito internacional dos direitos humanos*. Caso não respeite, não reconheça ou não promova esses direitos, surge a possibilidade de ser sancionado, coagido, dentre outras formas de reparação ao ato que violou o direito anteriormente reconhecido. Podemos, portanto, dizer que o Brasil, ao ser signatário de diversos Tratados de Direitos Humanos, passou a ser devedor de tais direitos perante não só seus nacionais, mas a toda Comunidade Internacional. Para adimplir com suas obrigações, deve *efetivamente* reconhecer, promover e respeitar esses direitos, sob pena de ser sancionado internacionalmente por violações a direitos humanos.

1.4 REQUISITOS, TEORIA OBJETIVA E PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO INDIVÍDUO

Os requisitos para a responsabilidade internacional não diferem dos da responsabilidade civil. De acordo com a prática internacional, são três os elementos da responsabilidade internacional do Estado. O primeiro deles é a existência de um **fato internacionalmente ilícito**. O segundo elemento é o **resultado lesivo**. O terceiro é o **nexo causal** entre o fato e o resultado lesivo. Não há diferença aos requisitos da responsabilidade que estudamos em Direito Civil. A culpa, como puderam perceber, não faz parte dos elementos da responsabilidade internacional, quanto aos direitos humanos, vez que a responsabilidade é objetiva.

No caso da proteção internacional dos direitos humanos, o *fato internacionalmente ilícito* consiste no descumprimento dos deveres básicos de garantia e respeito aos direitos fundamentais inseridos nas inúmeras convenções internacionais ratificadas pelos Estados. Já o *resultado lesivo* é toda a gama de prejuízos materiais e morais causados às vítimas e familiares e, quanto ao terceiro elemento, observamos que a imputabilidade consiste no vínculo entre a conduta do agente e o Estado responsável.

Aos que defendem a objetivação da responsabilidade internacional basta a ilicitude de uma conduta (*fato internacionalmente ilícito*) ser causa (*nexo causal*) de um *resultado lesivo* para que haja a responsabilidade.

Em sede de tais direitos, aplica-se a *Teoria Objetiva*, segunda a qual não há necessidade de se aferir o elemento *culpa lato senso* na análise de uma possível responsabilização. Defendem a Teoria Objetiva Anzilotti, Kelsen, Jiménez de Aréchaga, Brownlie, André Ramos, Flávia Piovesan, Cançado Trindade dentre outros.

A razão disso está em dois pontos: (a) a prova de culpa na

conduta do agente público dificultaria a aferição da responsabilidade internacional do Estado, tornando, em muitos casos, letra morta a proteção internacional dos direitos humanos e (b) a necessidade de interpretar os dispositivos internacionais de direitos humanos em benefício do indivíduo, como fruto da natureza objetiva dessas normas – regime objetivo dos direitos humanos.

Aplica-se, portanto, o *Princípio da Norma Mais Favorável ao Indivíduo*, segundo o qual deve ser aplicada pelo intérprete necessariamente a norma que mais favoreça ao indivíduo, não importando se a norma é interna ou internacional. A aplicação de tal princípio afasta de uma vez por todas a batalha travada entre *monistas* e *dualistas*. Há, portanto, primazia da norma mais favorável ao indivíduo. Nas normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, encontramos diversos artigos que esposam o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo.

O art. 5º, segunda parte, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos aduz que “não poderá admitir-se restrição ou prejuízo de nenhum dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes num Estado-Signatário em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou os reconhece em menor grau.” O art. 5º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem redação quase idêntica ao art. 5º, segunda parte, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

No mesmo sentido, o art. 53 da Convenção Européia de Direitos Humanos esposa que “nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.”

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 29, b, também consagrou o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo informando que “nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.”

Atualmente, há grande preocupação de a República Federativa do Brasil adimplir com os Tratados Internacionais de

Direitos Humanos dos quais ela é signatária. Há, no mundo inteiro, uma *onda* para a humanização dos direitos, surgindo até a expressão *Direito Constitucional Internacional*.

Ubiratan Cazetta (2009, p. 13), em seu mais recente livro, afirma que se consolida o movimento de internacionalização dos direitos humanos e a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do direito internacional.

Se se analisar conjuntamente os avanços dos Direitos Humanos e o surgimento de guerras, constataremos que todas as vezes que passamos por situações de extremo – guerras, por exemplo – somos levados a tentar evitá-las com a promulgação de algum instrumento internacional de promoção dos Direitos Humanos.

Foi assim, por exemplo, com a 2ª Guerra Mundial e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos; com a Guerra Fria e a promulgação dos dois Pactos que também demonstravam a polarização do mundo em dois eixos (capitalismo e socialismo): Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, influenciado pelos capitalistas, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, influenciado pelos comunistas, apesar da indivisibilidade dos Direitos Humanos.

É necessário ressaltar a importância do Incidente de Deslocamento de Competência (art. 109, § 5º, CR/88), novo instrumento de efetivação dos direitos humanos, também na seara civil, e não tão somente no campo penal. É ledo engano achar que só há violações de Direitos Humanos quando da ocorrência de crimes. Os Direitos Humanos, em sua grande maioria, são violados civilmente. Por conta disso, a reparação há de ser realizada em âmbito civil, cabendo plenamente o uso do IDC para essa área.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp 1994.

AMORIM DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius. *A falácia da federalização dos crimes contra os direitos humanos*. 2004. Disponível em <http://www.atontecnologia.com.br/acms_exec/funcao/versao_impressao.php?ID_MATERIA=228&ID_CLIENTE=92>. Acessado em 2 de agosto de 2009.

ARAS, Vladimir. *Federalização dos crimes contra os direitos*

humanos. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 687, 23 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762>>. Acesso em: 11 jun. 2009.

BENVENUTO, Jayme. Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAZETTA, Ubiratan. Direitos Humanos e Federalismo: o incidente de deslocamento de competência. São Paulo: Atlas, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dyrlei da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público, São Paulo, Saraiva, 2004.

DIDIER JR, *Fredie*, Processo Civil, 5ª ed., Salvador: Podivm, 2005.

DINO, Flávio; MELO FILHO, Hugo; BARBOSA, Leonardo; DINO Nicolao. Reforma do Judiciário: comentários à Emenda nº 45/2004. Niterói: Impetus, 2005

HUSEK, Carlos Roberto. Identificação de Brasileiros e Americanos (Princípio da Reciprocidade), Disponível em: <www.escriptorioonline.com>, Acessado em 22 de julho de 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PACENKO, Andressa Rizental. Direito de Propriedade – Um estudo sob o prisma da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. In: Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação. Flávia Piovesan (Coord). Curitiba. Juruá, 2007, v. 2.

PAULO JÚNIOR, José Marinho. *O Poder Jurisdicional de Supressão de Omissões e o Acesso à Justiça e aos Direitos Fundamentais Menoristas in A Efetividade dos Direitos Sociais*. Coord. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Internacionais e Jurisdição Supra-Nacional: A exigência da Federalização. Dhnet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_federalizacao.html>. Acesso em: 11 jun. 2009.

_____. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por

violação de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RESEK, Francisco. Entrevista. Informativo da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe). Brasília: jul. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang, FURIAN, Leonardo, FENSTERSEIFER, Tiago. A Reforma (Deforma?) do Judiciário e a assim Designada “Federalização” dos Crimes conta os Direitos Humanos: Proteção ou Violação de Princípios e Direitos Fundamentais?. In.: Arquivos de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, v. 7, 2005.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade, in MILARÉ, Édis (Coord), Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade/ desafios, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SITES PESQUISADOS:

<http://www.camara.gov.br>

<http://www.cidh.org>

<http://www.dhnet.org.br/>

<http://www.senado.gov.br>

<http://www.stf.jus.br/>

<http://www.stj.jus.br/>

AS POLÍTICAS AFIRMATIVAS DE COTAS RACIAIS COMO AÇÃO TRANSFORMADORA DO ESTADO BRASILEIRO

“Lutar pela igualdade sempre que as diferenças nos discriminem, lutar pelas diferenças sempre que a igualdade nos descaracterize” Boaventura de Sousa Santos

Daniel Pinheiro Viegas
Procurador do Estado

Beatriz Queiroz de Castro
Acadêmica da UFAM

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca investigar como as políticas públicas afirmativas podem se revelar como instrumento jurídico-legal de intervenção pública em um modelo monista de Estado, possibilitando a qualificação do Estado de Direito em um Estado de Pluralismo Jurídico.

Assim, a análise das cotas raciais nas Universidades Públicas será o ponto de partida para demonstrar a significação dessa política pública indutiva de benefícios para grupos étnicos dentro de um modelo de sistema jurídico em ebulição dialética e em plena disputa por direitos.

Com isso, inicialmente será analisada a origem do modelo jurídico de Estado que temos hoje no Brasil para, a partir de então, tentar descobrir para onde caminham as transformações desse modelo e a formação de um Estado que respeite a diversidade ética e o pluralismo jurídico.

Em seguida, após uma investigação da presença marcante do racismo, inclusive de maneira institucionalizada no Estado brasileiro, e de como os Tribunais nacionais têm enfrentado a discussão acerca da constitucionalidade das políticas afirmativas de cotas raciais em Universidades Públicas, se buscará verificar se essas medidas são apenas paliativas ou se podem, de fato, provocar uma mudança estrutural nos modelos brasileiros de Estado e de sociedade.

O MODELO MONISTA DE ESTADO-NAÇÃO

A concepção do modelo Monista de Estado nasceu na

Europa, quando na primeira metade do século XVIII, houve na França um período de desenvolvimento econômico, com aumento da produção agrícola e da produção manufatureira, momento em que também surgiram as primeiras indústrias de ferro e de carvão, havendo um crescimento significativo do comércio internacional.

Até então, a sociedade era dominada por uma minoria formada pelo Alto Clero da Igreja Católica e pela Alta Nobreza, todavia iniciava-se uma acumulação financeira dos Comerciantes, que conseguiram diversificar suas atividades e ampliar seus lucros, porém, continuavam às margens das decisões políticas do Estado Absolutista, dominado pela aristocracia¹.

Nesse período, anterior à expansão econômica, ocorreu uma alta dos preços, afetando a todos, principalmente a nobreza, sustentada pelas altas tributações. Essa carestia fez com que a aristocracia aumentasse o nível de exploração sobre os camponeses e comerciantes, criando novos tributos e obrigações, além de ocupar todos os cargos e postos administrativos do Estado, da Igreja e do Exército, impedindo a ascensão social e política da classe Burguesa.

Conseqüentemente, cresceram as críticas aos fundamentos do Regime Absolutista pelos Comerciantes, que se lastreavam nas idéias dos filósofos iluministas como Montesquieu, Diderot e Rousseau, os quais defendiam a igualdade de todos perante a lei, a tolerância religiosa e a livre expressão do pensamento, em contraposição à sociedade de ordens e de privilégios do Antigo Regime.

Economistas, como François Quesnay e Adam Smith, propuseram o fim do Mercantilismo e a adoção de uma política econômica liberal, sem a intervenção do Estado na produção e na circulação das mercadorias. Influenciada pelo Iluminismo, a burguesia reclamava igualdade jurídica com a aristocracia, além de liberdade individual de empreendimento e de lucro².

Assim, a construção jurídica conceitual que serviu de base para o avanço da Burguesia ao Poder e sua manutenção subsequente, tinha pelo menos duas colunas conceituais centrais: a primeira era o direito de propriedade, que foi fundamentado pelo

¹ AQUINO, Rubim Santos Leão, *História da Sociedade: Das Sociedades Modernas Atuais [et. al]* – 32ª ed. e atualizada. – Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1995, p. 111.

² AQUINO, Rubim Santos Leão, *Op. Cit.* p.112.

pensamento filosófico liberal e recepcionado pela dogmática jurídica, por meio do desenvolvimento da teoria dos direitos reais, o qual sistematizou o conceito de propriedade, concebendo-o como um direito subjetivo patrimonial e conferiu-lhe o status de um direito natural positivo³; a outra, foi o conceito de Estado associado à idéia de uma nação politicamente organizada, entrelaçando os conceitos de Estado e de Nação, o que objetivava subverter as monarquias européias, que já não atendiam aos seus interesses mercantilistas burgueses, contando com uma grande adesão popular, já que a idéia de nação tinha grande apelo emotivo.

Com isso, a Burguesia legitimou suas lideranças junto às camadas populares, formadas pela massa de artesãos, aprendizes, lojistas, biscateiros e desempregados, que por sua vez, absorveram o conceito artificialmente criado de nação, aceitando um denominador sócio-cultural comum para legitimar uma homogeneidade fictícia, com a dominação de um grupo sobre os demais, formando a base social adequada à obrigação política geral e universal exigida pelo Estado, auto-designado assim como Estado-Nação⁴.

Todavia, apesar da população mais pobre da sociedade contemporânea respaldar o poder político assumido pela classe Burguesa, eles continuaram excluídos da participação nesse poder, sendo ignorados e ocultados, apesar das mobilizações presentes na Guerra da Independência Americana, aumentadas pela Revolução Francesa e prolongadas pelos levantes de 1848.

O que se observa é que esse esquecimento foi uma conseqüência necessária desse processo histórico orientado pelos filósofos liberais, em suas construções teóricas da idéia de nação, marcadamente presente nas teses dos iluministas franceses e dos filósofos alemães desse período.

Para o pensamento francês, produto do Iluminismo, a nação era a figura central da política, porque era a fonte de toda legitimidade, mas também exclusiva de qualquer outra inserção, pois estava fundada na adesão voluntária, no suposto contrato livremente consentido. Nas palavras do abade Sieyès em "Qu'est-ce

³ CHEMERIS, Ivan. *A função social da propriedade: o papel do Judiciário diante das invasões de terras*. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 27.

⁴ Santos, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade* – 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 142.

que lê Tiers état?”, “um corpo de associados vivendo sob uma lei comum e representado pelo mesmo legislador”⁵. Assim, tinha-se nessa definição, estritamente jurídica, a exclusão na esfera política da presença de qualquer forma de minoria.

Os Alemães, por sua vez, se opuseram a essa noção de nação, fundada no livre consentimento dos cidadãos, com uma outra concepção tirada do pertencimento a uma comunidade orgânica, dotada de um espírito coletivo, o chamado *Volksgeist*. Assim, apesar de contra o universalismo dos Iluministas e as abstrações racionalistas dos revolucionários franceses, o pensamento alemão produziu uma outra representação da nação, enraizada em uma história, cultura e língua comuns, mas também, totalmente refratária à presença de fenômenos minoritários⁶.

Emmanuel Kant, através da sua filosofia do sujeito, defendia a idéia de que o mundo se constitui como o conjunto dos objetos da experiência possível. Assim, a sua razão se opera através do conceito, subsumindo o real às suas próprias categorias, que lhe são dadas aprioristicamente⁷. Ou seja, se observa um determinado objeto, o apreende e o classifica a partir desses modelos preexistentes.

Com efeito, é inerente à dinâmica dessa razão a identidade, que possibilita a unidade, que leva às grandes sínteses homogeneizadoras. Em conseqüência, o conhecimento científico postulado é aquele que opera causalmente, aspirando à formulação de leis, à luz de regularidades observadas. É o método científico que se assenta na redução da complexidade⁸.

Dessa maneira, diante dos pressupostos epistemológicos e das regras metodológicas criadas, e que passaram a ser encarados como o único caminho possível, a ordem passa a ser a forma hegemônica do saber, tendo como contra-face o caos, tido como a forma hegemônica da ignorância⁹.

⁵ POUMARÈDE, Jacques. [et. al] apud ROULAND, Norbert (org). *Direito das Minorias e dos Autóctones*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 95.

⁶ *Idem*. *Ibidem*.

⁷ PEREIRA, Débora Duprat de B., *O Estado Pluriétnico*. [et. al] apud BARROS-HOFFMAN, Maria. *Além da Tutela, bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 41.

⁸ *Idem*. *Ibidem*.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente Contra o Desperdício da Experiência*, Vol. I. São Paulo: Cortez, 2000, p. 79.

Assim, os sujeitos, como sugere a própria etimologia da palavra, deveriam se sujeitar a absorver o método que lhe é imposto de conhecer a realidade, sendo levados à negação da subjetividade do outro, por não corresponder a nenhuma das subjetividades hegemônicas em construção na idade contemporânea, que era o indivíduo e o Estado¹⁰, isto é, se o sujeito não está identificado nos padrões impostos ou no Estado posto, ele está fora do contexto, devendo ser ignorado até que seja integrado, aceitando a maneira hegemônica de conduta, ocorrendo uma verdadeira descontextualização de suas identidades.

De acordo com a professora Débora Duprat:

A primeira manifestação de cumplicidade entre a ciência moderna e o direito moderno inicia-se com a sistematização e racionalização do jusnaturalismo, culminando com o movimento codificador do século XIX e o positivismo jurídico que o acompanhou, que importou no abandono da retórica e a sua substituição pela dogmática. O direito assim concebido segue o modelo mecanicista das ciências naturais, reconstruindo abstratamente a ordem social segundo esquemas universais, e operando, metodologicamente, como um plexo hipotético-dedutivo de proposições¹¹.

Esse culto ao conhecimento científico e a racionalidade começaram a ser questionados por Nietzsche, que os trata como desconhecimento, na medida em que, ao assimilar as coisas entre si, ignora as diferenças, cumprindo seu papel sem nenhum fundamento na verdade. Seguem-no Foucault, Heidegger, Adorno e Derrida denunciando a colonização da diferença pelo sempre igual e pelo homogêneo, anunciando o reino do fragmento contra a totalização, do descontínuo e do múltiplo contra as grandes narrativas e as grandes sínteses¹².

É a indistinção entre alter (que seria o outro ser, aquele que é concebido e percebido como outra pessoa) e o ego (o eu, o indivíduo tomado como auto-referência), posto que, o outro é experimentado como o outro de si mesmo, abrangido por sua pura autoconsciência.

¹⁰ SANTOS, *Boaventura de Sousa. Op. Cit., 2005, p. 139.*

¹¹ PEREIRA, *Débora Duprat de B., Op. Cit. pp. 42-43.*

¹² PEREIRA, *Débora Duprat de B., Op. Cit. pp. 42-43.*

Essa idéia de saber absoluto, em que a consciência constitui o objeto segundo suas categorias apriorísticas, chega-se ao absurdo de perceber a existência do outro apenas a partir do ego, ou seja, o outro é antecipado e apreendido reflexivamente através de si. Conseqüência óbvia é formação de sujeitos auto-centrados em objetos uns para os outros¹³.

Entretanto, torna-se imperioso verificar que essa descontextualização e a recontextualização das identidades são elementos contraditórios do mesmo processo histórico, o que, mais uma vez põe fim aos anseios evolucionistas da versão liberal da modernidade. A coexistência articulada destas contradições não deve ser entendida de modo funcionalista, posto representarem relações sociais conflitantes protagonizadas por atores individuais e coletivos que se constituem historicamente em processos de lutas cujos resultados não são determináveis de partida¹⁴.

Essa concepção de Estado-Nação segue uma lógica unitária e legiscentrista, confronta-se com problemas gerados por uma nova idéia de Nação, que não mais oculta o fenômeno da pluralidade do corpo social¹⁵. A verdade é que, essa identificação entre os conceitos de Estado e Nação causou profundos reflexos nos Ordenamentos Jurídicos, nas formas e sistemas de governo e, principalmente, no discurso jurídico, o qual se tornou o suporte fundamental para a linguagem abstrata que permitiu a descontextualização das identidades e, conseqüentemente, a negação da subjetividade do outro no mesmo processo em que a designa e a avalia à luz de critérios pretensamente universais¹⁶.

Eis o modelo monista de Estado-Nação posto, o qual vem continuamente sofrendo as mudanças exigidas por uma sociedade cada vez mais diversificada, formada por indivíduos cada vez mais dispostos a assumirem suas identidades, sem temer o subjugo de uma cultura pretensamente hegemônica.

O ESTADO BRASILEIRO

Assim como em toda América Latina, houve também no Brasil uma política colonialista pautada pela subjugação dos povos

¹³ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas. Uma arqueologia das ciências humanas*. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, apud PEREIRA, Débora Duprat de B., Op. Cit. p. 43.

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. Cit., 2005, p. 146.

¹⁵ PEREIRA, Débora Duprat de B., Op. Cit. p. 43.

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa, Op. Cit., 2005, p. 139.

que aqui foram encontrados ou para cá foram trazidos à força, promovendo uma integração forçada, religiosa e econômica¹⁷, massacrando e exterminando os povos que contra isso resistiam. Eis o solo fértil para a reprodução do racismo, amplamente reconhecido como princípio ativo do processo de colonização.

Entretanto, observa-se que a valorização do homem branco e de sua cultura não desaguou, no Brasil Colônia, na construção de um pensamento racista metodologicamente sistematizado. Os escravocratas compartilhavam um conjunto de estereótipos negativos em relação ao afrodescendente e ao indígena que amparava sua visão de sociedade hierarquizada. Contudo, não recorriam às teses de inferioridade racial.

Paralelamente, outros elementos – como o projeto missionário da Igreja Católica, o imperativo econômico face ao risco de ruína da economia nacional ou o próprio direito de propriedade – também atuavam como importantes elementos legitimadores da escravidão¹⁸.

Por isso, o racismo nasce no Brasil associado à escravidão, porém somente após a abolição que se organizam as teses de inferioridade biológica dos negros e índios e se difundem no país como matriz para a interpretação do desenvolvimento nacional.

O chamado “racismo científico”, então em pleno desenvolvimento na Europa, começou a ser adotado no Brasil em 1870 e tornou-se amplamente aceito entre as décadas de 1880 e 1920. A idéia desenvolvida era a de que as raças não se separariam mais pelo direito de propriedade, pela história, religião ou cultura, mas por desigualdades naturais. Tais desigualdades legitimariam as supostas potencialidades individuais e justificavam no cenário político e social, a alegação de que a participação dos indígenas e negros não poderia se dar sem restrições¹⁹.

Como se percebe, o próprio conceito de “raça” foi construído a partir de uma fracassada tentativa científica de criar uma hierarquia

¹⁷FILHO, Carlos Frederico Marés. *Multiculturalismo e Direitos Coletivos. [et. al] apud SANTOS, Boaventura de Sousa. Reconhecer para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileiras, 2003, p.77.*

¹⁸Comunicado da Presidência nº 4, *Desigualdades raciais, racismo e políticas públicas: 120 anos após a abolição. Realização: Diretoria de Estudos Sociais (Disoc), Brasília, 13 de maio de 2008.*

¹⁹Comunicado da Presidência nº 4, *Desigualdades raciais, racismo e políticas públicas: 120 anos após a abolição. Realização: Diretoria de Estudos Sociais (Disoc), Brasília, 13 de maio de 2008.*

biológica entre seres da mesma espécie humana. Portanto, diferenciar as pessoas entre brancos, negros, pardos e índios foi uma fórmula discriminatória de justificar o controle hegemônico dos brancos sobre os demais que assim não se identificavam.

O Sistema Judiciário tem uma atuação fundamental na implantação dessa política colonialista/racista, posto ter as Constituições dos Estados-Nacionais latino-americanos incorporado às orientações do modelo europeu, no qual a Constituição estabelecia um rol de direitos e garantias individuais, sendo omissas quanto a qualquer direito que não fosse a possibilidade de aquisição patrimonial individual.

Portanto, às comunidades étnicas, restava apenas como direito a possibilidade de integração como indivíduos, como cidadãos ou, como sujeito individual de direitos. Assim, ganhando direitos individuais, perdiam o direito de ser povo²⁰, de pertencer a uma coletividade e ser um titular de direitos coletivos.

A idéia era de conceber a situação desses povos, como um estado cultural provisório até a definitiva integração à cultura hegemônica e dominante. Um exemplo emblemático disso é a Lei 6.001/73, conhecida como Estatuto do Índio, que deixa isso bem claro em seu artigo 1º:

“Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.”

Mais grave ainda, é que, assim como o Código Civil de 1916, o atualmente vigente de 2002, em seu art. 4º, parágrafo único, permitiu uma interpretação extremamente discriminatória ao determinar à lei especial a regulação da capacidade civil dos Índios, induzindo o intérprete a se reportar ao Estatuto do Índio, tornando possível, em tese, a alegação de incapacidade relativa dos indígenas e a necessidade do instituto da tutela.

Estes dispositivos legais, que muitas vezes não sofrem interpretação conforme a Constituição Federal, têm trazido grandes dificuldades às comunidades étnicas no seu acesso à Justiça, além

²⁰ FILHO, Carlos Frederico Marés. *Multiculturalismo e Direitos Coletivos*. [et. al] apud SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileiras, 2003, p. 78.

de influenciar negativamente as políticas públicas do país, as quais não possuíam nenhum diferencial que considerasse a diversidade étnica das comunidades tradicionais.

Todavia, hoje conta-se com novos marcos legais que garantem uma alternativa hermenêutica conforme a Constituição Federal, permitindo o estabelecimento do Estado brasileiro como um Estado Pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades e na assimilação, mediante as quais, instalam, sub-repticiamente, na alma dos diferentes grupos étnicos, novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os a renegarem a si próprios, eliminando o específico de suas identidades, ora submetendo-os forçadamente a uma invisibilidade²¹.

Outra alteração que precisa ser registrada e que se deu no âmbito do Direito Internacional, foi a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, de 7 de junho de 1989, que reconhece as aspirações desses povos em assumir o controle de suas próprias instituições, formas de vida, seu desenvolvimento econômico, manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito do Estado onde moram²².

AS CONSEQUÊNCIAS DA CONCEPÇÃO MONISTA DO ESTADO PARA AS COMUNIDADES ÉTNICAS

Os conceitos de nação, estado e raça, utilizados para excluir e subjugar negros, pardos e índios, por mais que não traduzam a realidade da diversidade do Estado brasileiro, não podem, agora, ser desconsiderados sob o pretexto de se viver em uma suposta democracia racial.

É falacioso argumentar que as velhas estruturas da casa grande e senzala foram extintas, e de que não existem raças, mas apenas a espécie humana. Não se pode escamotear que as senzalas se transformaram nas dependências de empregados e nos presídios abarrotados de pardos, negros e índios. Não há como constatar que raça não é, e nunca foi, um conceito biológico, mas é

²¹ PEREIRA, Débora Duprat de B., *Op. Cit.* p.4.

²² A Convenção foi assinada pelo Presidente da República e estava sendo discutida no Congresso Nacional desde 1991, tendo sido aprovada em 2002, através do Decreto Legislativo n.º 143, de 20 de junho daquele ano. Em 25 de julho de 2002, o Brasil havia efetuado o depósito do instrumento de ratificação junto à OIT, em Genebra. A entrada em vigor da Convenção no ordenamento jurídico-legal brasileiro dependia, ainda, de Decreto de Promulgação por parte do Presidente da República, que veio através do Decreto, n.º 5.051, de 19 de abril de 2004.

uma construção histórico-social ainda presente no cotidiano nacional e que serviu como justificativa para a desigualdade entre iguais.

De fato, o Brasil ainda é um Estado em que o racismo encontra-se institucionalizado no próprio espaço público de poder, revelado não apenas na constatação empírica ao se observar a composição étnica das instâncias de decisão, a exemplo dos Tribunais de Justiça brasileiros, mas em dados estatísticos, como os apresentados pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), segundo o qual a renda da população negra no Brasil corresponde a 53% da renda dos brancos. Ou seja, enquanto os brancos recebiam, em 2006, uma remuneração mensal de R\$ 1.087,00 os negros recebiam R\$ 578,24²³.

No que se refere à educação, núcleo central desse artigo, o IPEA observou que em 1976, 5% da população branca tinham diploma de educação superior aos 30 anos. Os negros da mesma faixa etária só atingiram o mesmo percentual em 2006. Em 1976, a população brasileira era constituída por 57,2% de brancos e 40,1% de negros. Já em 2006, a população negra correspondia a 49,5% da população do país²⁴.

Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa:

“Brancos monopolizaram inteiramente o aparelho do Estado e nem sequer se dão conta da anomalia que isso representa à luz dos princípios da Democracia. Por diversos mecanismos institucionais raramente abordados com a devida seriedade e honestidade, a educação de boa qualidade é reservada às pessoas portadoras de certas características identificadoras de (suposta ou real) ascendência européia, materializando uma tendência social perversa, tendente a agravar ainda mais o tenebroso quadro de desigualdade social pelo qual o país é universalmente conhecido. No domínio do acesso ao emprego impera não somente a discriminação desabrida, mas também uma outra de suas facetas mais ignominiosas – a hierarquização –, que

²³ Comunicado da Presidência nº 4, *Desigualdades raciais, racismo e políticas públicas: 120 anos após a abolição*. Realização: Diretoria de Estudos Sociais (Disoc), Brasília, 13 de maio de 2008.

²⁴ Idem, *Ibidem*.

faz com que as ocupações de prestígio, poder e fama sejam vistas como apanágio os brancos, reservando-se aos negros e mestiços aquelas atividades suscetíveis de realçar-lhes a condição de inferioridade”²⁵.

O que é mais estarrecedor e exige uma posição ainda mais firme do Estado brasileiro é quando se observa os índices de violência no país. Os crescentes investimentos em segurança pública feitos pelos Governos Estaduais e pela União fizeram com que o número de brancos assassinados caísse 22,3%, entre os anos de 2002 e 2008. Por outro lado, a morte de negros nesse mesmo período cresceu 20,2%²⁶. Em algumas Unidades da Federação como se verifica na tabela a seguir, os números supõem um extermínio de jovens negros, a exemplo da Paraíba, onde são mortos 1.083% mais negros que brancos²⁷.

Assim, observando a classificação por raça ou cor das certidões de óbito, na Tabela 1, pode-se observar que, mesmo com grandes diferenças entre as Unidades Federadas, a tendência geral desde 2002 é a queda no número absoluto de homicídios na população branca e de aumento na população negra.

²⁵ BARBOSA, Joaquim. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.12.

²⁶ WAISELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da Violência 2011*, Instituto Sangari. Ministério da Justiça.p.52.

²⁷ Os critérios para definir a “cor” das vítimas da violência são os mesmos do Censo do IBGE. Nos atestados de óbito do Brasil, a partir de 1996, mais notadamente desde 2002, passaram a ser apontadas as características físicas dos mortos. Foram considerados no estudo todos os classificados como “pardos”, “pretos” e “negros” para se chegar a esses números que assustam.

1. Número de Homicídios na População Total por Raça/Cor. Brasil, 2002/2008.

UF/REGIÃO	NÚMERO DE HOMICÍDIOS					
	BRANCOS			NEGROS		
	2002	2005	2008	2002	2005	2008
ACRE	46	25	22	100	79	72
AMAZONAS	53	61	33	442	506	767
AMAPÁ	16	20	5	157	169	197
PARÁ	138	170	205	1.027	1.701	2.592
RONDÔNIA	182	144	134	370	388	318
RORAIMA	21	12	15	91	71	74
TOCANTINS	39	44	40	136	154	188
NORTE	495	476	454	2.323	3.068	4.208
ALAGOAS	107	68	51	650	795	1.540
BAHIA	137	167	325	1.280	2.300	4.099
CEARA	130	146	191	704	755	1.382
MARANHÃO	92	117	141	465	740	1.070
PARAIBA	49	44	46	432	605	925
PERNAMBUCO	529	436	419	3.576	3.448	3.868
PIAUÍ	40	52	53	239	307	324
RIO GRANDE DO NORTE	65	71	101	217	267	562
SERGIPE	65	73	78	380	350	417
NORDESTE	1.214	1.174	1.405	7.943	9.567	14.187
ESPIRITO SANTO	287	245	261	809	1.008	1.255
MINAS GERAIS	888	1.109	1.058	1.916	2.826	2.614
RIO DE JANEIRO	2.863	2.362	1.709	4.907	4.431	3.389
SÃO PAULO	8.220	4.998	3.580	5.988	3.652	2.348
SUDESTE	12.258	8.714	6.608	13.620	11.917	9.606
PARANÁ	1.780	2.276	2.657	400	641	697
RIO GRANDE DO SUL	1.555	1.583	1.853	322	405	472
SANTA CATARINA	433	458	662	84	93	106
SUL	3.768	4.317	5.172	806	1.139	1.275
DISTRITO FEDERAL	103	103	107	632	631	760
GOIÁS	394	385	414	645	927	1.267
MATO GROSSO DO SUL	299	229	253	333	343	359
MATO GROSSO	321	263	237	613	638	687
CENTRO-OESTE	1.117	980	1.011	2.223	2.539	3.073
BRASIL	18.852	15.661	14.650	26.915	28.230	32.349

Fonte: SIM/SVS/MS, IBGE.

Assim, não há outra conclusão possível do que a afirmação categórica de que o Estado brasileiro é um Estado racista e que esse racismo está de tal modo entranhado nas estruturas institucionais que se constata em algumas regiões do país um verdadeiro etnocídio, com o assassinato de jovens negros na periferia das capitais brasileiras.

Por isso, as políticas afirmativas de cotas nas Universidades Públicas brasileiras mais que uma ação imediata, elas ganham ares de política estruturadora e transformadora de um Estado Monista em um Estado Pluralista, em que a democratização do conhecimento acadêmico se torna o principal caminho para jovens, humilhados por gerações, ascenderem às instâncias de poder, ao invés de optarem pelo ódio ou pelas armas.

AS COTAS RACIAIS E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

As Universidades brasileiras que adotam políticas afirmativas para a inclusão de negros e indígenas no sistema educacional superior ainda são poucas, se comparadas à quantidade de instituições de ensino superior no Brasil. Contudo, não se pode negar que, nos últimos anos, houve um grande aumento neste número.

Um estudo feito pelo IBGE em 2005 demonstrou que das 51 instituições de ensino superior no Brasil que adotam políticas afirmativas, 33 instituições utilizavam critérios em prol de negros. Destas, 3 adotavam modelos que acrescentavam uma pontuação para negros, enquanto as outras 30, modelos de cotas²⁸.

Entre tais Universidades, pode-se citar como exemplo a Universidade de Brasília, que em 2003, por meio da Resolução do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão, instituiu um sistema de cotas por meio do qual se reserva 20% das vagas para estudantes negros. Na região Sul, há, entre outras, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, cujo sistema, criado em 2007, combina cotas sociais com cotas raciais, pois há uma reserva de 30% das vagas para estudantes egressos de escolas públicas, sendo que destas, 15% são para estudantes negros²⁹.

²⁸ Fonte: IBGE, *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*, 2005.

²⁹ *Idem. Ibidem.*

O Estado do Pará foi o único que possuía uma Universidade Federal com cotas raciais na região Norte. A Universidade Federal do Pará destina 50% de suas vagas para candidatos de escolas públicas, das quais 40% são específicas para candidatos negros e pardos.

No Nordeste, é interessante o exemplo da Universidade Federal da Bahia, pois esta não se limita a definir cotas para estudantes negros. De acordo com a resolução que instituiu o sistema, há uma reserva de 45% das vagas para estudantes que tenham estudado todo o ensino médio em escola pública sendo 2% para indígenas, 37,5% para negros e 5,5% para outros candidatos de ensino médio público, além de reservar 2 vagas por curso para indígenas ou quilombolas³⁰.

Desde que foram implantados, todos estes modelos, além de outros não citados, foram discutidos amplamente pela sociedade brasileira. Contudo, as polêmicas acerca da instituição de um sistema de cotas raciais no Brasil não se restringiram ao âmbito popular. Foram inúmeras as ações que chegaram ao Judiciário e o impuseram a função de julgar acerca da legalidade e da constitucionalidade das cotas raciais usadas nas Universidades brasileiras.

Em suma, os autores das demandas eram estudantes que se sentiram prejudicados pelo sistema cotista – seja ele racial ou meramente social – aplicado por algumas Universidades e buscavam a não adoção de tal sistema ao caso concreto, em vista de uma suposta violação ao seu direito de concorrer igualmente a uma vaga ao ensino superior público. Foram inúmeros os casos de pessoas que conseguiram adentrar a Universidades Públicas por meios judiciais em vagas que seriam destinadas a estudantes cotistas.

Contudo, deve-se atentar que a matéria em questão não possui uma única visão pelos magistrados brasileiros, não existindo uma corrente que se sobreponha a outra ou que tenha adquirido caráter dominante. Os julgados extraídos, tanto do 1º grau quanto do 2º grau de jurisdição, assim como dos Tribunais Superiores, demonstram a existência de divergência acerca da matéria.

A fim de ilustrar a desarmonia dos julgados, percebe-se que há casos em que o direito é concedido ao pleiteante, e este o perde

³⁰ Fonte: IBGE, *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*, 2005.

quando há um recurso interposto pela Universidade. Há casos, contudo, em que não lhe é concedido o direito, e o interessado o adquire por meio de recurso.

Nos julgados contrários às cotas raciais, os argumentos considerados pelos magistrados são os de que elas violariam princípios basilares e direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal, entre os quais estariam os princípios da igualdade e da legalidade, o direito à educação, o direito ao acesso ao ensino superior de acordo com o mérito acadêmico, entre outros.

Em relação aos princípios da igualdade e da legalidade, afirmam os magistrados que, apesar da finalidade de promover uma diversidade étnico-racial no meio universitário, as instituições de ensino superior não possuem autonomia própria para criar políticas afirmativas que diferenciem candidatos sem a interposição legislativa.

Ademais, no tocante à intervenção legislativa, afirmam os juízes que as Leis 10.558/02 e 10.678/03 são insuficientes para reger a questão. Tais leis versam, mais especificamente, acerca da criação do programa Diversidade na Universidade e da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, respectivamente. Acreditam os magistrados que elas não são específicas em relação às cotas e que a implantação destas, portanto, feriria o princípio da legalidade.

Alguns magistrados possuem, ainda, o entendimento de que o estabelecimento de cotas, sejam elas raciais ou sociais, constituem um obstáculo ao direito social fundamental à educação. Destacam, ainda, que o critério a ser utilizado para o acesso ao ensino superior é o do mérito acadêmico, segundo o qual aqueles mais qualificados possuem o direito a ter um ensino superior e, conseqüentemente, gerar melhores resultados referentes à produção de conhecimento e pesquisa em prol da sociedade.

Em oposição às cotas raciais, é interessante observar o voto dado pela Desembargadora Federal Marga Inge Tessler no julgamento de um agravo de instrumento em desfavor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o qual se tornou o precedente paradigmático para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando este se situa contrariamente à política de cotas. Segundo a magistrada:

[...] As classes menos favorecidas não podem ser reduzidas aos negros e índios. Afastados emocionalismos, o mais racional parece ser a cota social aos mais pobres, egrossos

de escolas públicas, mas sem fundamentalismo, ou radicalismo. Distinções baseadas em raça, etnia, nota extrínseca ou intrínseca do indivíduo já foram afastadas pelo Supremo Tribunal Federal.

[...] As ações afirmativas promovidas pelo Estado, com a quebra dos princípios constitucionais, como no caso, a igualdade de acesso, e o *discrimen* por raças ou renda, necessitam de interposição legislativa. O fato de a própria Constituição Federal de 1988 ter discriminado afirmativamente os portadores de necessidades especiais (art. 37, inc. VIII, da Constituição Federal de 1988) e a mulher, em algumas hipóteses (art. 7º, inc. XX, da Constituição Federal de 1988), ao invés de apontar no sentido da desnecessidade de lei, reforça-a³¹.

Quanto aos casos cujas decisões são favoráveis ao emprego das medidas relativas às cotas raciais, percebe-se que nestes os magistrados fundamentam suas decisões, principalmente, nos princípios, objetivos e direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal – muitos dos quais são, inclusive, usados também como argumentos contrários – além dos tratados internacionais de que o Estado brasileiro é signatário.

Primeiramente, tais julgados afastam a possibilidade dos sistemas de cotas raciais implantados pelas Universidades brasileiras não estarem fundados no princípio da legalidade. Afirmam que é possível vislumbrar a regulação de políticas afirmativas pelo Estado brasileiro desde o Decreto nº 65.810/69, que promulgou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a qual estabelecia o conceito de “discriminação positiva”, buscando a inclusão e a proteção das minorias. São utilizadas também, como base legal, as Leis nº 10.558/02 e 10.678/03, acima citadas. Por fim, afirmam ainda os magistrados que a Lei nº 10.172/01 previa nos objetivos e metas da educação superior o seguinte item:

19. Criar políticas que facilitem às minorias, vítimas de discriminação, o acesso à educação superior, através de

³¹ *Al-AgR nº 110846 (STF, Segunda Turma, Relator Ministro Célio Borja, julgado em 17.06.1986, DJU de 05.09.1986); RE nº 161243/DF (STF, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 29.10.1996, DJU de 19.11.1996).*

programas de compensação de deficiências de sua formação escolar anterior, permitindo-lhes, desta forma, competir em igualdade de condições nos processos de seleção e admissão a esse nível de ensino.

Acerca da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, o Desembargador Federal Vladimir de Souza Carvalho, em uma apelação cível contra a Universidade Federal de Alagoas, afirmou que:

2. O programa de cotas da UFAL encontra amparo no art. 1º, alínea 4, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário (Decreto Legislativo nº 23, de 21.06.67, Decreto nº 65.810, de 01.12.1969), porquanto: (a) objetiva assegurar o desenvolvimento humano e profissional de certos grupos (estudantes negros ou pardos oriundos de escola pública) que, de fato, necessitam de uma proteção adicional para bem exercerem, de modo efetivo, o direito fundamental à educação; (b) é temporário (dez anos); (c) não conduz ao exercício segregado dos direitos, pois alunos cotistas devem freqüentar as mesmas aulas, nos mesmos locais, em igualdade de condições com os demais estudantes não cotistas³².

De tal forma, a conclusão alcançada em tais decisões é a de que o Legislativo brasileiro já versou o necessário acerca de políticas afirmativas e de medidas de inclusão de minorias étnicas e raciais nas instituições de ensino superior para que tais medidas sejam consideradas legais.

No que se refere ao conceito de raça, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS, em que se discutia a possibilidade de punição de editor de livros anti-semitas pelo crime de racismo, em que se alegava que judeu não constituía raça, o Ministro Maurício Correia, relator do julgamento, consignou que:

³² Proc. Originário Nº 200980000011171 (1ª Vara da Justiça Federal de Alagoas) Relator: Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho Orgão Julgador: Terceira Turma.

Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência de diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que insira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.

Outra razão comumente exposta pelos magistrados favoráveis à política de cotas é a de que as Universidades brasileiras possuem autonomia para sistematizar o acesso às vagas para o ensino superior. Tal autonomia seria garantida tanto por leis quanto pela Constituição Federal. Assim, as Universidades não seriam proibidas de instituir políticas de cotas raciais, buscando fulcro constitucional, inclusive, no art. 207, V, segundo o qual “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

Cabe mencionar que, nos julgados favoráveis, entendem que as cotas raciais não apenas estão de acordo com a Constituição, como também promovem a sua efetiva aplicação. A idéia é a de que as políticas de “discriminação positiva” promovem, na verdade, a igualdade real entre indivíduos em situação de desigualdade. Ademais, salientam os magistrados que o art. 3º da Constituição Federal institui, entre outros, o objetivo de reduzir as desigualdades sociais, nítidas no caso da população negra e parda, que são, por exemplo, minoria na educação superior e maioria na população prisional.

Digno de registro que a jurisprudência majoritária do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no sentido da constitucionalidade de norma que institua o sistema de cotas:

DIREITO CONSTITUCIONAL. ENSINO. UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. INSTITUIÇÃO, POR RESOLUÇÃO, DE COTAS PARA NEGROS E ÍNDIOS, EGRESSOS DE ESCOLAS PÚBLICAS. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Na medida em que a Administração está, pela própria Constituição, vinculada diretamente a outros princípios que não só o da legalidade, transparece não ser pela ausência de lei formal, salvo reserva constitucional específica (não

bastando a reserva genérica do art. 5º, II), que deixará de realizar as competências que lhe são próprias.

2. Se a Constituição dá os fins, implicitamente oferece os meios, segundo o princípio dos poderes implícitos, concebido por Marshall. Os preceitos constitucionais fundamentais, incluídos os relativos aos direitos fundamentais sociais, têm eficácia direta e imediata. A constitucionalização da Administração "fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário" (Luís Roberto Barroso).

3. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, III, da Constituição). Nesse rumo, os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5º, § 2º). A Constituição, ao proteger os direitos decorrentes do regime e dos princípios, "evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos fundamentais do 'catálogo', bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema" (Ingo Wolfgang Sarlet).

4. É o caso da necessidade de discriminação positiva dos negros e índios, cuja desigualdade histórica é óbvia, dispensando até os dados estatísticos, além de reconhecida expressamente pela Constituição ao dedicar-lhes capítulos específicos. Não se trata de discriminar com base na raça. A raça é apenas um índice, assim como a circunstância de ter estudado em escola pública. O verdadeiro fator de discriminação é a situação social que se esconde (melhor seria dizer "que se estampa") atrás da raça e da matrícula em escola pública. Há um critério imediato – a raça – que é apenas meio para alcançar o fator realmente considerado – a inferioridade social.

5. Nas ações afirmativas não é possível ater-se a critérios matemáticos, próprios do Estado liberal, que tem como valores o individualismo e a igualdade formal. Uma ou outra "injustiça" do ponto de vista individual é inevitável, devendo

ser tolerada em função da finalidade social (e muitas vezes experimental) da política pública.

6. Apelação a que se nega provimento³³.

No que se refere ao argumento do mérito como critério de acesso à Universidade, o mesmo tem sido rechaçado em muitos julgados sob raciocínio de que as formas de ingresso não medem apenas a capacidade de cada candidato, assim, o mérito só seria critério válido se o passado de discriminação racial, normalmente associado à pobreza e à educação de má qualidade, não tornassem inconsistentes os procedimentos meritocráticos.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que os fundamentos acima apresentados são os mais utilizados pelos magistrados brasileiros para basear as suas decisões, sejam elas favoráveis ou contrárias às políticas de cotas raciais. Analisando-os, é perceptível que, em muitos deles, utiliza-se a mesma base para fundamentar argumentos favoráveis e contrários. É o caso do princípio da isonomia.

Para os adeptos das cotas raciais, este princípio legitima a implantação das cotas, uma vez que estatui um tratamento desigual para os que se encontram em situação de desigualdade, que, no caso em questão, se configuraria em razão da cor da pele. Para o lado oposto, contudo, todas as raças encontram-se em situação de igualdade e, portanto, a instituição de um tratamento diferenciado ocasionaria benefícios para uns em detrimento de outros, violando, portanto, o princípio da isonomia.

É interessante observar que, apesar dos inúmeros julgamentos, não se verifica no âmbito do Judiciário uma discussão mais específica acerca de qual modelo de cotas raciais corresponderia ao mais correto perante o ordenamento jurídico brasileiro. Os sistemas adotados pelas Universidades brasileiras são diferentes entre si, prevendo percentuais distintos, sejam para as cotas raciais, sejam para as cotas sociais, ou, ainda, nos casos de bônus de notas para certos grupos.

Contudo, a discussão paira principalmente no cerne de se a criação de cotas, de uma forma geral, estaria ou não infringindo o princípio da igualdade e se as instituições de ensino superior

³³ AMS 2006.33.00.008424-9/BA, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ p.71 de 17/05/2007.

possuem autonomia para especificar políticas afirmativas neste sentido.

A divergência jurisprudencial, contudo, pode chegar ao fim neste ano de 2011. A razão é a de que se encontram no Supremo Tribunal Federal dois casos acerca do tema. Um é o de estudante gaúcho, que se sentiu prejudicado pelo sistema de cotas ao não passar no vestibular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mas, ainda assim, alcançar uma nota superior que aqueles inclusos no sistema de cotas sociais e raciais. O outro é a ADPF proposta pelo Partido Democrata buscando a declaração de inconstitucionalidade do sistema de cotas raciais da Universidade de Brasília.

Em ambos os casos presentes no STF, as decisões interlocutórias proferidas não foram favoráveis para os argüentes. No primeiro caso, um recurso extraordinário, o Ministro-Relator Ricardo Lewandowski, negou a concessão de tutela antecipada, tendo em vista o *periculum in mora inversum*, afirmando “que não apenas atingiria um amplo universo de estudantes como também geraria graves efeitos sobre as políticas de ação afirmativa promovidas por outras Universidades”³⁴. Em relação à ADPF, os Democratas pediram, por meio de medida cautelar, a suspensão da matrícula dos estudantes que haviam sido aprovados por meio do sistema de cotas. Tal medida também foi denegada, desta vez pelo Ministro Gilmar Mendes³⁵.

CONCLUSÕES

Do estudo realizado, o que se observa é que o racismo foi um mecanismo criado para categorizar a espécie humana em supostas hierarquias naturais, como forma de justificar a manutenção do poder e da riqueza no patrimônio de um grupo étnico que conseguiu se sobrepor pela força e pela violência.

Entretanto, apesar do fracasso desse racismo científico enquanto teoria demonstrável, os danos sociais e culturais foram incalculavelmente realizados nos povos indígenas e negros, submetidos uma das mais horrendas violências registradas pela história da humanidade.

Todavia, quando a resistência desses povos faz ecoar no

³⁴ RE nº 597285.

³⁵ Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – que questiona cotas na Universidade de Brasília.

sistema jurídico a cobrança por direitos e a uma isonomia legítima, há uma tentativa de se abandonar o conceito de raça, para evitar a garantia desses direitos. Ora, ironicamente, o critério que durante tantos séculos justificou a violação, agora não seria mais adequado para justificar a reparação.

Na verdade, não se trata apenas de reparação histórica ou de política compensatória, é uma questão de justiça distributiva e de promoção do pluralismo nas instituições de ensino superiores, superando estereótipos negativos em relação aos afrodescendentes e indígenas, fortalecendo a autoestima e combatendo o preconceito, na construção de um futuro equitativo³⁶.

Portanto, há sim um racismo de Estado no Brasil, que contamina as estruturas de poder e que precisa ser fortemente combatido, para transformar o Estado brasileiro em um espaço de pluralismo étnico e jurídico, em que as minorias e as diferenças sejam valorizadas e respeitadas em seus contextos.

Assim, as políticas afirmativas de cotas raciais surgem não apenas como um paliativo provisório de compensação histórica de grupos étnicos, mas como um exemplo paradigmático de olhar o futuro sem querer esconder o passado, transformando um Estado maniqueísta em um Estado onde a pluralidade e a diversidade são valores de uma nação composta de vários povos.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Rubim Santos Leão, *História da Sociedade: Das Sociedades Modernas Modernas Atuais*. 32. ed. e atualizada. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1995.

BARBOSA, Joaquim. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CHEMERIS, Ivan. *A função social da propriedade: o papel do Judiciário diante das invasões de terras*. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. *Pautas de coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Carátula, 1999.

GUIMARÃES, Paulo Machado. *A Polêmica do fim da tutela aos índios*. Disponível em <http://www.cimi.org.br> Acesso em 10 de fev. 2006.

³⁶ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional: Lumen Juris*, 2006, p.155.

HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do outro: Estudos de Teoria Política. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

LIMA, Antonio Carlos de Souza e HOFFMANN, Maria Barroso. Estado e povos indígenas no Brasil In: LIMA, Antonio Carlos de Souza e HOFFMANN, Maria Barroso (orgs.). Para além da tutela. Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.

PEREIRA, Débora Duprat de B., O Estado Pluriétnico. In. LIMA, Antonio Carlos de Souza e HOFFMANN, Maria Barroso (orgs.). Para além da tutela. Bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002.

ROULAND, Norbert (Org.). Direito das minorias e dos autóctones. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência, V. I, São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-Modernidade. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reconhecer para libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileiras, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Integração pluralista. Disponível em: <http://www.ces.fe.uc.pt/opiniaio/bss/143.php> Acesso em 15 de jan. 2006.

SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional: Lumen Juris, 2006.

Comunicado da Presidência nº 4, Desigualdades raciais, racismo e políticas públicas: 120 anos após a abolição. Realização: Diretoria de Estudos Sociais (Disoc), Brasília, 13 de maio de 2008.

WASELFISZ, Júlio Jacobo. Mapa da Violência 2011, Instituto Sangari. Ministério da Justiça.

IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, 2005.

PERFILANDO O TELETRABALHO. SUBORDINAÇÃO, PARASSUBORDINAÇÃO E PARA-AUTONOMIA NAS RELAÇÕES DE TELETRABALHO

Caroline Ferreira Ferrari
Procuradora do Estado

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar os contratos de teletrabalho travados na atualidade sob uma nova ótica do conceito de subordinação jurídica, bem como sua definição e alcance. Para tanto, será abordada uma breve reflexão sobre a atuação do fenômeno da globalização e da revolução tecnológica, além de aspectos importantes concernentes à transmissão de dados via aparelhos eletrônicos, considerando-se, ainda, a sua influência para a dispersão do trabalho humano, não mais usualmente centrado em uma estrutura hierarquizada.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 TRABALHO EM DOMICÍLIO. 3 TELETRABALHO. 3.1 O CRITÉRIO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA 3.2 O TRABALHO COORDENADO: PARASSUBORDINAÇÃO E PARA-AUTONOMIA. 4 CONCLUSÕES.

1 INTRODUÇÃO

Com o crescente intercâmbio entre as nações, o neoliberalismo surge na economia mundial como forma de otimização do modelo capitalista. O referido sistema reaviva a liberdade nas relações privadas, diminuindo a interferência estatal na economia por meio de privatizações e flexibilização normativa.

A flexibilização traduz-se no suprimento das garantias legais por aquelas convencionadas entre as partes, a exemplo da possibilidade de redução salarial e da compensação de jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, nos termos do artigo 7º, incisos VI e XIII, da Constituição Federal de 1988, desde que respeitado um núcleo mínimo e intangível.

Sob o prisma neoliberal, empregar alguém é extremamente dispendioso, sugerindo os adeptos do neoliberalismo uma revisão dos direitos sociais, seja pela sua flexibilização, ou até mesmo por meio da desregulamentação, prevalecendo, neste último caso, as leis da oferta e da procura.

A globalização, além de proporcionar a internacionalização da produção, altera substancialmente a divisão do trabalho humano,

surgindo novas modalidades de contratação, a exemplo do novo trabalho em domicílio e do teletrabalho, esvaziando-se a noção de subordinação jurídica. Portanto, o impacto da globalização nas relações laborais levou as empresas a estruturarem-se em um novo modelo de gestão e organização empresarial.

Dentre os requisitos exigidos pela terceira revolução industrial, ressalta-se o uso de mão-de-obra cada vez mais qualificada, escoltada de intensa especialização, ou seja, altos padrões nos múltiplos níveis de instrução. Inclusive, as próprias indústrias são dotadas de uma infra-estrutura moderna e calcadas em elevada tecnologia.

Daí ressalta-se a importância do trabalho prestado à distância, a forma como este se desenvolve e, ainda, a influência do servomecanismo (*servomechanism*) para a manutenção do vínculo subordinativo, o que se dá por meio do controle inconsciente e involuntário dos aparelhos eletrônicos.

Exsurge, assim, o grande contraponto do Direito Juslaboral, qual seja: até quando a introdução da telemática atua juntamente com a qualificação profissional do trabalhador sem romper o vínculo empregatício acomodado nos moldes da teoria da subordinação jurídica? Pois bem, enquanto não houver um sistema de normas equânime para cada tipologia que envolva a prestação de serviços humanos, seja o trabalho autônomo, subordinado ou parassubordinado, a questão demonstra-se pertinente.

2 TRABALHO EM DOMICÍLIO

O trabalho em domicílio é aquele realizado fora do espaço físico empresarial.

Durante alguns períodos sua prática demonstrou-se acentuada, a exemplo do trabalho realizado pelos artesãos em sua residência. Todavia, a noção de manufatura e a transição do modelo de produção, mais inclinado para o aumento do rendimento, proporcionaram a reunião dos trabalhadores em uma única fábrica, a fim de se fiscalizar a produção e revelar táticas de otimização, o que se deu por meio da divisão do trabalho humano¹.

Atualmente, com o desenvolvimento tecnológico, novas modalidades de contratação ganham espaço, e as atividades

¹ ALMEIDA, Lucilde D'Ajuda Lyra de. Trabalho em domicílio: Histórico e perspectivas – O teletrabalho. Revista do TST, Brasília, vol. 71, n.º 2, maio/ago 2005, p.66-70.

passam a ser desempenhadas sem inspeção direta e constante do empregador. É o que sucede com o novo trabalho em domicílio.

Antigamente, a noção de trabalho domiciliar estava intrinsecamente ligada à idéia de precariedade, baixa remuneração, ausência de qualificação profissional, com patente expressividade de subemprego. Assim, há algum tempo, ter-se-ia como exemplo clássico desta forma de labuta, aquela atividade realizada pela mulher, deslocada no mercado de trabalho, na tentativa de aumentar o orçamento doméstico, a exemplo da costureira².

Sobre o tema, Alice Monteiro de Barros conceitua o trabalho em domicílio estabelecendo duas vertentes:

O trabalho a domicílio poderá ser executado de forma autônoma ou em caráter subordinado; na primeira hipótese, o objeto da prestação de serviços é o resultado que o trabalhador irá fornecer com os meios que considera oportunos, com uma organização própria e assumindo os riscos do empreendimento econômico. Já no trabalho a domicílio subordinado, [...], o objeto da prestação é a energia que o trabalhador coloca à disposição do credor do trabalho, como elemento inserido na organização empresarial, sob o comando do empregador, o qual assume os riscos do processo produtivo³.

Délio Maranhão faz uma oportuna observação, senão, vejamos:

Nem sempre, na prática, é fácil distinguir o trabalho prestado em domicílio com autonomia daquele com caráter de subordinação a um empregador. A dependência econômica, por muitos lembrada como critério distintivo, é suficiente para resolver as questões que se apresentam ao juiz. Um pequeno empresário, autônomo juridicamente, pode estar na dependência econômica de grandes empresas para as quais trabalhe e das quais receba “ordens e instruções”⁴.

² ALMEIDA, Lucilde D'Ajuda Lyra de. *Trabalho em domicílio: Histórico e perspectivas – O teletrabalho*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, n.º 2, maio/ago 2005, p. 78.

³ BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho. Peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. São Paulo: LTr, 2002, p. 184.

⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 314.

No que se refere à assunção dos riscos da atividade no trabalho em domicílio, esse não nos parece um dos fatores que levaria a descaracterizar a relação de emprego, mesmo porque, muitos dos trabalhadores, por representarem o pólo hipossuficiente da relação, submetem-se aos ditames do tomador dos serviços, o que pode se dar até mesmo pela aceitação para si dos riscos da parte que lhes cabe no negócio. A alteridade deve existir, mas a sua inobservância não desnatura a relação de emprego.

O âmago da questão seria, então, a análise acurada da estrutura empresarial que esse prestador de serviços possui, se condizente com a assunção dos riscos e meios de produção.

O Brasil compreende o referido instituto no campo da legislação geral do trabalho, estendendo-lhe os direitos trabalhistas desde que presentes os requisitos da relação de emprego. É o que se depreende do artigo 6º da Norma Consolidada: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.” Por conseguinte, deve o intérprete remeter-se aos artigos 2º e 3º da norma em destaque.

Ademais, o artigo 83 da CLT explicita que: “É devido o salário mínimo ao trabalhador em domicílio, considerado este como o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere”.

Ressalta-se a insuficiência do artigo em questão, tendo em vista o conceito de trabalho domiciliar ser mais abrangente do quanto exposto na lei, já que admite-se a sua realização fora do ambiente empresarial, à escolha de quem o executa⁵.

Isto porque, segundo Lucilde D'Ajuda Lyra, entende-se também por “domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida”, *ex vi* do artigo 72 do Código Civil, dispondo, ainda, o parágrafo único do citado artigo, que se a atividade for exercida em diversas localidades, considerar-se-á domicílio cada um deles para as atividades ali relacionadas⁶.

⁵ ALMEIDA, Lucilde D'Ajuda Lyra de. *Trabalho em domicílio: Histórico e perspectivas – O teletrabalho*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, n.º 2, maio/ago 2005, 65-66.

⁶ ALMEIDA, Lucilde D'Ajuda Lyra de. *Trabalho em domicílio: Histórico e perspectivas – O teletrabalho*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, n.º 2, maio/ago 2005, p.66.

Nesse sentido, pondera a mencionada autora:

Assim, se todo o lugar onde o trabalhador exerce sua profissão é catalogado como domicílio, pode-se afirmar que, além de sua casa, onde o empregado pode realizar seu trabalho, como “em domicílio” os trabalhos realizados em qualquer outra localidade. Salviano cita como tais os trabalhos realizados em presídios, em prédios de intermediários, em oficinas de família, conforme art. 83 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e nas cidades onde o trabalhador acessa a Internet para fazer o teletrabalho⁷.

Sendo que, mais à frente, prossegue esclarecendo o trabalho em domicílio como aquele desenvolvido fora da presença do empregador, apresentando-se, diante disto, a subordinação dissolvida ou diluída⁸.

Portanto, há o reconhecimento da impossibilidade, via de regra, de fiscalização e ordenação da atividade por parte do empregador no labor em domicílio nos moldes do conceito da subordinação jurídica. Contudo, tal fato não indica, necessariamente, no alargamento da noção do instituto, uma vez que deve-se utilizar de outros meios para a averiguação do pressuposto em destaque, como a observância de instruções estabelecidas pelo tomador, ou até mesmo pela potencialidade do exercício do poder disciplinar. Todos esses elementos deverão ser analisados conjuntamente.

Outro ponto de suma importância, segundo Alice Monteiro de Barros, refere-se à aceitação jurisprudencial no que toca ao auxílio de terceiros no trabalho em domicílio, sem que se corrompa o liame empregatício⁹.

Ademais, quando o fator coordenação vislumbrar-se presente, tendo em vista que as referidas atividades podem ser desempenhadas por trabalhadores mais qualificados, havendo

⁷ ALMEIDA, Lucilde D'Ajuda Lyra de. *Trabalho em domicílio: Histórico e perspectivas – O teletrabalho*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, n.º 2, maio/ago 2005, p.66.

⁸ ALMEIDA, Lucilde D'Ajuda Lyra de. *Trabalho em domicílio: Histórico e perspectivas – O teletrabalho*. Revista do TST, Brasília, vol. 71, n.º 2, maio/ago 2005, p.73.

⁹ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.299.

consensualidade na prática do pactuado, com o escopo de atingir a finalidade social e econômica do empreendimento, dá-se justamente a parassubordinação. Assim sendo, a ausência de subordinação jurídica conduz ao labor parassubordinado.

Portanto, com o avanço tecnológico, várias são as formas como se desenvolve esta modalidade de trabalho, seja por meio da informática, com a adoção de uma linha telefônica ou qualquer aparelho eletrônico que possibilite a comunicação à distância.

3 TELETRABALHO

O teletrabalho é espécie do qual é gênero o trabalho à distância, sendo inerente à referida modalidade a comunicação por meio de tecnologia de informática, como a internet e o computador, com o objetivo de troca de informações.

Segundo Pinho Pedreira:

[...] o teletrabalho é a atividade do trabalhador desenvolvida total ou parcialmente em locais distantes da sede empresarial da empresa, de forma telemática. Total ou parcialmente, porque há teletrabalho exercido em parte na sede da empresa e em parte em locais dela distantes¹⁰.

Sobre o tema, José Augusto Rodrigues Pinto esclarece:

A idéia fundamental do teletrabalho é de que, entre o prestador e o apropriador de determinada atividade se estabeleça um contrato à distância, de modo que o comando, a realização e a entrega do resultado do trabalho se completem mediante o uso de tecnologia da informação, principalmente telecomunicações, e da computação, substitutivas da relação humana direta¹¹.

Nesse diapasão, a atuação da telemática se demonstra incisiva no contexto das relações de trabalho em apreço, sendo esta a ciência responsável pelo controle e emprego de informações por intermédio da telecomunicação, o que se opera através do

¹⁰ PEDREIRA, Pinho. *O teletrabalho*. Revista LTr. São Paulo: LTr, vol. 64, n.º 05, 2000, p. 584.

¹¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Teletrabalho: Delírio futurista ou realidade tecnológica?* Revista da Amatra, 1999, p. 120.

“processo de comunicação à longa distância”¹², seja com a transmissão via linhas telefônicas, microondas ou satélites.

Logo, as empresas passam a exercer sua atividade socioeconômica através do modelo digital, implementando o sistema virtual de comunicação entre seus funcionários, o que não se limita a um controle interno da organização empresarial, mas, vai muito além, desde a criação de um organograma digital de andamento até a venda via internet de seus produtos.

As dimensões de espaço e tempo estão se transformando rapidamente em conceitos de instantaneidade e virtualidade, respectivamente. A informação *on-line* e em tempo real e o *just-in-time* são exemplos da corrida para a instantaneidade. A fábrica enxuta e a empresa virtual são exemplos da corrida para a virtualidade. Tudo para satisfazer a necessidade de maior urgência e de menor tamanho, condições para aumentar a competitividade¹³.

Nessa linha, dentre os pressupostos inerentes à definição de teletrabalhador ou telearbeiter, assim denominado por Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, se sobressai o contato instituído pela comunicação eletrônica - imprescindível para conformação da relação em apreço¹⁴.

Pois bem, o questionamento que se faz diz respeito à subordinação do trabalhador diante da atividade realizada fora da sede empresarial, em virtude do uso de táticas correlacionadas, como a tecnologia, a internet e sistemas de informação, o que, conseqüentemente, influenciará na natureza jurídica do instituto.

De acordo com Pinho Pedreira, a maneira como se perfaz a atividade é que determinará a relação conformada, se autônoma ou subordinada¹⁵. Logo, a resposta a este questionamento é que irá cientificar a aplicação da Norma Consolidada. Entretanto, quando a

¹² *Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p.1927.

¹³ *CHIAVENATO, Idalberto. Administração nos novos tempos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p.137.

¹⁴ *VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego: Estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p.589.

¹⁵ *PEDREIRA, Pinho. O teletrabalho. Revista LTr. São Paulo: LTr, vol. 64, n.º 05, 2000, p.584-585.*

atividade for sensivelmente coordenada, a questão adquire performance sinuosa.

Para um exame mais detalhado, parte-se à averiguação da noção de subordinação, coordenação e autonomia nas relações de trabalho.

3.1 O CRITÉRIO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

A noção de subordinação jurídica encontra sustentáculo no poder diretivo e disciplinar do empregador. O dever de obediência do empregado é uma vertente desta faculdade de comando assumida pelo tomador dos serviços ao celebrar o contrato, cabendo a este a instrução da atividade.

O poder diretivo liga-se à organização empresarial, a forma como esta se estrutura, seguindo os parâmetros estabelecidos pela gestão estratégica - assumido pelas orientações determinadas pelo empregador no exercício da atividade laboral do empregado.

Já o poder disciplinar fundamenta-se num padrão de conduta adotado pelo empregado, cuja inobservância pode ensejar a aplicação do art. 482 da CLT, ou seja, resolução do contrato por justa causa.

Ademais, ressalta-se a necessidade de diligência, lealdade e fidelidade do obreiro no exercício funcional, devendo empenhar-se com precisão, sendo esta uma aplicação do princípio da boa-fé nas relações contratuais, conforme preleciona o artigo 422 do Código Civil brasileiro¹⁶.

A fidelidade relaciona-se diretamente com a conduta do trabalhador, o qual tem a obrigação de agir com ética e honradez, a fim de se manter um ambiente sadio e propício ao melhor desenvolvimento das atividades empresariais.

Nesse sentido, Adilson Bassalho Pereira, ao analisar a subordinação como objeto do contrato de emprego, apóia-se sob a ótica do empregador, uma vez que cabe a este dirigir a execução dos serviços¹⁷. Desse modo, segundo o citado jurista: “[...] do ponto de vista do empregador, os objetos do contrato de emprego são o trabalho e a subordinação do empregado”¹⁸.

¹⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 258-259.

¹⁷ PEREIRA, Adilson Bassalho. *A subordinação como objeto do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1991, p. 31-32.

¹⁸ PEREIRA, Adilson Bassalho. *A subordinação como objeto do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1991, p. 63.

Cabe aqui ressaltar o ensinamento de Délio Maranhão escoltado nas idéias de *Luísa Riva Sanseverino*, ao acentuar que a subordinação inerente ao contrato de trabalho encontra limites na pessoa do trabalhador e no próprio acordo celebrado, levando o aludido autor a declarar que: “A subordinação não cria um *status subjectiones*; é, apenas, uma situação jurídica”¹⁹. Logo, a intervenção patronal é na atividade, podendo haver ingerência na pessoa do operário somente em razão da necessidade empresarial, já que o trabalho encontra-se intrinsecamente ligado à pessoa do trabalhador.

No teletrabalho, a subordinação passa por processos diversificados e encontra-se aliada ao poder de controle exercido pelo sistema *e-business* e pelo próprio empregador na verificação das metas e resultados almejados²⁰.

A propósito, Carla Carrara da Silva Jardim, ao explanar a técnica para a execução do teletrabalho, afirma que o mesmo pode se dar *on-line* e *off-line*. No primeiro caso, o tomador dos serviços controla diretamente a produção realizada pelo empregado através do próprio sistema automático de domínio, figurando, assim, a telessubordinação, enquanto no segundo caso prevalece uma flexibilização de horários, não totalmente desconectada da unidade empresarial²¹.

Pois bem, quando a prestação de serviços opera-se pelo sistema *on-line*, há uma inspeção no que toca à jornada laboral do empregado, o que é possível, a título ilustrativo, por meio da rede *intranet*, a qual registra o horário de acesso e os comandos realizados. Esse sistema possibilita a fiscalização à distância do tomador dos serviços, além de reduzir os custos da empresa relacionados ao espaço físico empresarial²². Geralmente, o

¹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p.246.

²⁰ Segundo a *International Business Machines (IBM)* (apud FRANCO Jr.) o *e-business* é: “[...] uma forma segura, flexível e integrada de fornecer um valor diferencial na gestão administrativa pela combinação de sistemas e processos para a administração e funcionamento de operações centrais, de forma simples e eficiente, alavancada pela aplicação de tecnologia da Internet” (In: FRANCO Jr. Carlos F. *E-business: internet, tecnologia e sistemas de informação na administração de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.21).

²¹ JARDIM, Carla da Silva Carrara. *O teletrabalho e suas atuais modalidades*. São Paulo: LTr, 2004, p.50-51.

²² “As *Intranets* geralmente são configuradas pelas empresas para ligar seus sistemas de informações internamente, dando acesso a seus colaboradores (funcionários), sócios e quem

pagamento nesta espécie de trabalho é operado através de salário por produção ou salário por tarefa, como forma de estimular o aumento dos resultados, devido à dificuldade de demarcação temporal na execução do teletrabalho.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado pontua: “O salário por unidade de obra tende a ser adotado em situações contratuais em que o empregador não tenha controle efetivo sobre o desenvolvimento da duração do trabalho do empregado, situações sem controle real sobre a jornada laborativa obreira”²³.

O salário por produção é “calculado com base no número de unidades produzidas pelo empregado”²⁴, não se levando em consideração o fator tempo.

Já o salário por tarefa é aquele com alicerce na produtividade, em que a economia do tempo acarreta alguma vantagem ao trabalhador, como, por exemplo, a liberação do empregado nos demais dias do mês, uma vez alcançadas as metas impostas, assegurado o salário mínimo ou o piso salarial da categoria, podendo, ainda, haver a continuação da atividade com um acréscimo salarial²⁵.

Da mesma forma, não havendo subordinação direta na execução do teletrabalho, mas presente a predominância pessoal na execução do serviço, onerosidade e não eventualidade da atividade, reconhece-se aqui o labor sob a condição parassubordinada.

Neste sentido, para a noção de parassubordinação, a não ocasionalidade da prestação dos serviços no teletrabalho liga-se à atividade funcional da empresa, podendo ser a realização de uma atividade relacionada à finalidade do empreendimento ou qualquer outra atividade delimitada quanto ao objeto, desde que periódica, previsível e indispensável para o bom funcionamento dos negócios.

quer que esteja autorizado a acessar o conteúdo de suas páginas. Normalmente, é requerida uma senha de acesso e a identificação do usuário”. (In: FRANCO Jr. Carlos F. E-business: internet, tecnologia e sistemas de informação na administração de empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.23).

²³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.716.

²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005, p.426-427.

²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.717.

3.2 O TRABALHO COORDENADO: PARASSUBORDINAÇÃO E PARA-AUTONOMIA

Hodiernamente, é comum a profissionalização e formação técnica dos trabalhadores com o escopo de manterem-se no mercado de trabalho. A coordenação deflagra-se presente por meio da atuação conjunta dos contratantes, propulsora do alcance do sucesso do empreendimento, demonstrando-se mais saliente nas atividades em que o prestador dos serviços, pelo seu alto grau de especialização, assume performance auto-suficiente.

Assim manifesta-se Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena:

Dentro desta acepção, com características evolutivas pronunciadas, em muito se afrouxam as amarras do vínculo subordinativo. Seu suposto conformador, como atividade coordenada, acaba por ser a posição harmônica do prestador de serviços, rente com a regular manutenção daquela parcela da dinâmica empresária e de seu processo produtivo, que lhe cabe dar seguimento²⁶.

Com efeito, o empregador, por meio do capital, une-se ao empregado, o qual cede a sua força-trabalho, como uma máquina que necessita de energia elétrica para funcionar. Daí a noção de coordenação, presente nas relações laborais, uma vez que o empregado não deve ser visto como um simples subalterno, mas aquele no qual o empregador confia e deposita sua expectativa rumo ao sucesso do empreendimento.

A introdução do elemento coordenação manifestou-se, sobretudo, em razão da reengenharia produtiva, a qual interferiu substancialmente nas modalidades de contratação de pessoal, a exemplo do trabalho à distância.

Coordenar significa “dispor segundo certa ordem e sistema”; “organizar”; “ligar por coordenação”²⁷, equivalendo, portanto, à combinação coerente e metódica das orientações das partes contratantes, com a mesma influência, não havendo submissão jurídica de uma em relação à outra, e sim consensualidade nas decisões.

²⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: Estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 531.

²⁷ *Dicionário da língua portuguesa. Larousse Cultura. Nova Cultura. Moderna.*

Segundo *Sferraza*, o trabalhador parassubordinado “colabora continuamente com a empresa, coordenando sua própria atividade de acordo com as exigências e com a organização do empreendedor”. (tradução livre).²⁸

Oportunamente, esclarece Arion Sayão Romita:

O trabalho parassubordinado constitui uma modalidade de prestação de serviços intermediária entre o trabalho autônomo e o subordinado. Contém elementos de uma e de outra dessas espécies de trabalho. Seus traços característicos são a continuidade, a coordenação e o caráter predominantemente pessoal da prestação. O trabalhador parassubordinado, tal como o autônomo, não é obrigado a aguardar ordens e, por isso, a permanecer à disposição do tomador dos serviços²⁹.

Ora, se o trabalhador não permanece à disposição e nem está obrigado a receber ordens, não é subordinado.

Nesta linha, o trabalho parassubordinado é aquele desenvolvido por um trabalhador autônomo, atraído pela tutela específica do art. 3º da CLT, em virtude da predominância pessoal, da deficiência econômica, do caráter não ocasional e oneroso da prestação do serviço.

Ressalta-se, contudo, que o pressuposto da dependência econômica pode não estar presente nas relações de trabalho sob a condição parassubordinada, já que é um dado inerente à realidade, passível, pois, de presunção *juris tantum*, sendo que, nesta hipótese, o reconhecimento do elo empregatício encontra óbice por ausência de previsão legislativa, uma vez que a CLT utiliza-se do termo dependência, devendo-se velar pelo princípio da boa-fé nas relações em destaque.

Já o para-autônomo é aquele trabalhador que ganha autonomia na execução de suas atividades, a despeito de enquadrado no artigo 3º da norma consolidada, a exemplo dos altos

²⁸ “[...] collabora continuamente con l'impresa, coordinando la propria attività con le esigenze e con la organizzazione dell'imprenditore”. (In: SFERRAZZA, Mauro. *Il contratto di lavoro a progetto*. Milano, Giuffrè Editore, 2004, p.21).

²⁹ ROMITA, Arion Sayão. *A crise do critério da subordinação jurídica: Necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados*. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 31, n.º 117, p.37-59, jan/mar, 2005, p.55-56.

empregados³⁰. Portanto, formam-se movimentos “centrípetos” e “centrífugos”, configuradores da famosa zona gris³¹.

Vale relembrar que a teoria clássica da subordinação jurídica baseia-se em duas premissas: uma de ordem subjetiva, pela submissão aos mandamentos do empregador; e a outra de ordem objetiva, pela inserção do trabalhador na atividade empresarial. Entretanto, para o entendimento do elemento coordenação destaca-se unicamente a premissa objetiva, excluindo-se a subjetiva.

Sobre o tema, *Luisa Galantino*, citada por Otávio Pinto e Silva, menciona a existência de uma distinção entre a inserção estrutural e o caráter funcional do trabalho parassubordinado, sendo que no primeiro (trabalho subordinado) prevalece a integração organizacional, enquanto na parassubordinação o que há é uma fixação funcional e coordenada, e não uma inserção estrutural³².

A jurisprudência francesa ao suscitar o critério objetivo, elegeu-o como o controle da atividade a uma direção geral, sendo insignificante o modo como esta venha a se desenvolver³³.

A propósito, Sidney Machado adverte sobre a insuficiência da subordinação objetiva da forma como fora prevista, já que arraigada numa organização hierarquizada, constituída sob as bases do sistema taylorista: “É por essa razão que o critério da inserção num serviço organizado perdeu força com o processo de externalização da produção, que intensificou a subcontratação e o teletrabalho [...]”³⁴.

Ademais, conforme elucidado por Alice Monteiro de Barros, com supedâneo na doutrina italiana, não se sabe ao certo a noção

³⁰ *Outrossim, segundo Alice Monteiro de Barros, a conceituação de alto empregado vem sendo definida pela doutrina como aquele ocupante de cargo de confiança, atuando em nome do empregador, encontrando-se, inclusive, regido em alguns países por estatuto próprio, como é o caso da Itália (In: BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.249).*

³¹ *A noção de atuação “centrípeto” é exposta por José Martins Catharino. (In: CATHARINO, José Martins. Compêndio Universitário de Direito do Trabalho. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972, p.181).*

³² *GALANTINO, Luisa apud SILVA, Otávio Pinto e. Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p.107.*

³³ *MACHADO, Sidnei. A subordinação jurídica na relação de trabalho: Uma perspectiva reconstrutiva. 2003. 196f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2003, p.163-164.*

³⁴ *MACHADO, Sidnei. A subordinação jurídica na relação de trabalho: Uma perspectiva reconstrutiva. 2003. 196f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2003, p.164-165.*

de integração organizacional, podendo este pressuposto encontrar-se presente tanto no trabalho autônomo como no subordinado³⁵.

Pois bem, a noção de estrutura refere-se à “[...] disposição dos elementos ou partes de um todo; a forma como esses elementos ou partes se relacionam entre si, e que determina a natureza, as características ou a função ou funcionamento do todo [...]”, sendo que a concepção de estrutural corresponde ao que é “fundamental”, “intrínseco”³⁶. Com efeito, a depender da aceção adotada, não haverá distinção entre o caráter estrutural e a atividade coordenada sob um viés lingüístico, na medida em que a premissa funcional vislumbra-se presente tanto em um como no outro, o que se evidencia por meio da atividade essencial à realização do empreendimento³⁷.

Deste modo, o enquadramento do trabalho parassubordinado entre as relações autônomas, deflagra-se, sobretudo, em razão da adoção pelo direito brasileiro da teoria da subordinação subjetiva. Neste contexto, basta repensar as novas formas de contratação, em que se infere simplesmente o critério objetivo, sob uma ótica moderna de contextualização do antigo paradigma³⁸.

Neste sentido, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena pontifica uma nova visão sobre a noção de subordinação jurídica ao abordar o critério objetivo, sendo ainda recordado entre os adeptos desta corrente por Alice Monteiro de Barros³⁹.

³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São paulo: LTr, 2006, p.262-263.

³⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 839.

³⁷ “São as condições de prestação de serviço que vão determinar a natureza da relação havida entre as partes. O empacotador que trabalha para supermercado realiza tarefa essencial às atividades normais da empresa, sendo portanto, empregado, desde que reunidos os requisitos legais, ainda que remunerado por intermédio de entidade filantrópica. Inteligência do art. 3º da CLT.” (TRT-SP – 1ª T - 02890070349 – Ac. n.º15.231/90 – Relator Floriano Côrrea Vaz da Silva. DJSP 20.8.90). (In: FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades Rodrigues. *Julgados Trabalhistas Selecionados*. v.I. São Paulo: LTr, 1994, p.441).

³⁸ “Configura fraude à legislação operária e social a contratação do trabalhador na condição de autônomo para execução de atividades que se constituem em necessidades permanentes do empreendimento empresarial para a sua sobrevivência. (TRT-SC – 1ª T – RO V-4.114/90 – Ac. n.º 2.246/91 – 30.4.91 – Relator Oldemar A. Schunemann – DJSC 28.6.91, p.21). (In: FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades Rodrigues. *Julgados Trabalhistas Selecionados*. v.I. São Paulo: LTr, 1994, p.448).

³⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.262.

A imagem a que os juristas venham a afeiçoar à subordinação, vista sob este ângulo, que lhe atenua a rigidez divisória – isto é, a de uma relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, [...] representa uma realidade maior e mais constante na esfera das relações de trabalho⁴⁰.

Percebe-se, desse modo, a íntima relação entre subordinação objetiva e participação colaborativa, esta última pressuposto basilar do trabalho parassubordinado.

Ademais, o Tribunal do Trabalho da 15ª Região, reconhecendo a atividade como aquela inserida no sistema organizacional do empreendimento, posicionou-se da seguinte forma:

Trabalhador autônomo – Vendedor de cosméticos – Atividade-fim da Reclamada – Descaracterização. Se a venda de cosméticos é imprescindível para a consecução da atividade-fim da reclamada, não se pode admitir que a empresa não tenha empregados para o desenvolvimento dessa atividade, de modo que resta patente a fraude na contratação de trabalhadores como autônomos para execução destes serviços. Recurso ordinário não provido neste aspecto⁴¹.

Portanto, malgrado não ter sido utilizado expressamente o termo parassubordinação, constata-se implicitamente, neste último julgado, a possibilidade da existência da colaboração coordenada, uma vez que presente a premissa objetiva, com a inserção do vendedor no sistema organizacional do empreendimento, seja em razão da atividade-meio ou fim, elementos estes inerentes ao labor parassubordinado, olvidando-se o referido julgado, destarte, do elemento da subordinação jurídica sob o prisma subjetivo.

Outrossim, lembrando-se que - não sendo o vendedor de cosméticos um alto empregado - não o será, conseqüentemente, um

⁴⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: Estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p.530.

⁴¹ Tribunal do Trabalho da 15ª Região. *Recurso Ordinário n.º 2156/2003.013.15.00-0, 3ª Turma, Campinas, SP, Relator Lorival Ferreira dos Santos, 7 de Abril de 2006, DJ – p.32.*

para-autônomo, mas sim, um parassubordinado enquadrado na norma consolidada⁴². Portanto, enquanto o trabalhador parassubordinado carece de tutela específica, discute-se a necessidade de flexibilização na para-autonomia. Inclusive, nesta última hipótese, destaca-se a defesa por parte da doutrina pela concessão de maior autonomia à categoria dos empregados ocupantes do cargo de confiança⁴³.

Assim sendo, a distinção básica entre o trabalhador para-autônomo e o parassubordinado reside na posição ocupada por estes na legislação vigente, se este é um empregado com pleno poder de mando e gestão, a exemplo dos altos empregados e do empregado eleito diretor de S.A, ou se um verdadeiro trabalhador autônomo, respectivamente.

Em conformidade com este entendimento, o TST editou a Súmula 269, *in verbis*: “O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação inerente à relação de emprego”⁴⁴. Percebe-se, assim, que tanto o trabalhador parassubordinado como o para-autônomo convergem para uma mesmo estatuto jurídico, mais condizente com as suas atividades e compatível com o novo perfil empresarial no cenário econômico⁴⁵.

Entretanto, enquanto não há um conjunto de normas para cada tipologia jurídica, o sistema se bifurca em trabalho subordinado e autônomo, sem carrear o mais valioso do ser humano, nesse aspecto: a força-trabalho.

⁴² Ressalta-se que a doutrina não faz – em regra – distinção entre o trabalho parassubordinado e para-autônomo, enquadrando-os como uma mesma *fattispecie*. A adoção de conceitos diferenciados é feita pela autora do presente trabalho.

⁴³ É o que entende Gislene Aparecida Sanches, em sua dissertação de Mestrado sob a orientação de Amauri Mascaro Nascimento, ao declarar a necessidade de alteração dos artigos 444 e 468 da CLT e a consecução da autonomia da vontade, livre e sem vícios, no exercício do cargo de confiança. Ressalta-se que a autora utiliza-se do termo parassubordinação e não para-autonomia. (In: SANCHES, Gislene Aparecida. Subordinação e cargo de confiança. 2002. 146f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p.124).

⁴⁴ O art. 16 da Lei 8.036/90 (FGTS) assim estabelece: “Para efeito desta Lei, as empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista poderão equiparar seus diretores não-empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS. Considera-se diretor aquele que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independente da denominação do cargo”.

⁴⁵ TRABALHO EM DOMICÍLIO. CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO. A Consolidação das Leis do Trabalho não distingue entre o trabalho executado nas

CONCLUSÕES

A introdução do sistema de informações trouxe mudanças significativas, com reflexo expressivo no modelo das organizações empresariais, atingindo também as relações de trabalho travadas na atualidade.

Verifica-se que a estratégia sustentada pelos empreendedores é fator salutar na conformação do conceito de subordinação jurídica, o qual vem sendo muito discutido nas últimas décadas em virtude do incremento do mundo virtual, com o surgimento do teletrabalho.

Muito embora a era eletrônica tenha afastado a inspeção direta do tomador dos serviços na atividade do empregado, não se pode olvidar que esta propiciou novos métodos de controle, a exemplo do sistema *on-line*, em que, quiçá, a subordinação do empregado demonstra-se mais saliente, uma vez que a comunicação virtual é instantânea, a exigência de produtividade é elevada e a competitividade incisiva.

Ademais, constata-se que a divisão entre trabalho subordinado e autônomo deflagra-se ultrapassada, sendo, porém, critério indicativo para a dosagem da tutela trabalhista.

Nos casos em que o alto grau de qualificação profissional assume performance diferenciada, malgrado a atividade desenvolva-se de forma não eventual, pessoal, onerosa, a coordenação participativa deve configurar-se como um critério legal, uma vez que a dependência econômica por si só não é suficiente à

dependências do empregador e o executado no domicílio (art. 6º e 83). O fato do trabalhador prestar os serviços em domicílio e não estar sob o controle direto da empresa, não significa que o empregador não possa controlá-lo, pois pode fazer isso estabelecendo metas de produção, definindo material a ser utilizado e prazos para apresentação do produto acabado, caracterizando-se desta forma a subordinação hierárquica, um dos princípios básicos que o classifica como empregado. O trabalho em domicílio pode caracterizar relação de emprego se estiverem presentes as seguintes condições: recebimento de materiais e orientações sobre os procedimentos a serem observados; execução de tarefas relativas à atividade da empresa; pagamento pelos serviços prestados; e subordinação do trabalhador ao empresário. A subordinação pode ser caracterizada pelo volume de serviço a ser cumprido diariamente, exigindo dedicação em tempo integral do empregado, como se estivesse no estabelecimento do empregador; pela obrigatoriedade de os trabalhos serem executados de acordo com as normas estabelecidas previamente; pelo direito do empregador de dar ordens, determinar o comparecimento do empregado no estabelecimento em dia e hora que fixar, e pela obrigação do empregado em obedecer ordens; e ainda, quando o salário recebido pelo empregado representar o seu principal meio de subsistência. A pessoalidade é indispensável. A ajuda de familiares não lhe descaracteriza. A exclusividade não é exigida. ACÓRDÃO Nº: 20100307269 PROCESSO Nº: 00391-2009-332-02-00-7 ANO: 2009 TURMA: 4ª DATA DE PUBLICAÇÃO: 23/04/2010 RELATOR(A): IVANI CONTINI BRAMANTE – TRT 2ª REGIÃO.

consecução do vínculo empregatício. Tal pensamento incrusta-se, pois, numa releitura da subordinação jurídica sob a vertente objetiva.

Portanto, é preciso romper com o paradigma da subordinação subjetiva, buscando-se incorporar ao Direito do Trabalho as estratégias empresariais e tecnológicas, por meio de uma análise conjugada e interdisciplinar, para que não se perca a função dos direitos sociais elencados na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Lucilde D'Ajuda Lyra de. Trabalho em domicílio: Histórico e perspectivas – O teletrabalho. Revista do TST, Brasília, vol. 71, n.º 2, maio/ago 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. Contratos e regulamentações especiais de trabalho. Peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Tribunal do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário n.º 2156/2003.013.15.00-0, 3ª Turma, Campinas, SP, Relator Lorival Ferreira dos Santos, 7 de abril de 2006, DJ. In: REVISTA DO DIREITO TRABALHISTA. Brasília: Consulex, ano 12, n.5, mai., 2006.

_____. Tribunal do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n.º 02890070349, 1ª Turma, São Paulo, SP, Relator Floriano Côrrea Vaz da Silva, Ac. n.º15.231/90, 20 de agosto de 1990, DJSP. In: FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. Julgados Trabalhistas Seleccionados. v.I. São Paulo: LTr, 1994.

_____. Tribunal do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário n.º 4.114/90, 1ª Turma, Santa Catarina, SC, Ac. n.º 2.246/91, Relator Oldemar A. Schunemann, 28 de junho de 1991, p.21, DJSC. In: FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. Julgados Trabalhistas Seleccionados. v.I. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CATHARINO, José Martins. Compêndio Universitário de Direito do Trabalho. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972.

CHIAVENATO, Idalberto. Administração nos novos tempos. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DICIONÁRIO da língua portuguesa. Larousse Cultura. Nova Cultura. Moderna.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FRANCO Jr. Carlos F. E-business: internet, tecnologia e sistemas de informação na administração de empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

JARDIM, Carla da Silva Carrara. O teletrabalho e suas atuais modalidades. São Paulo: LTr, 2004.

MACHADO, Sidnei. A subordinação jurídica na relação de trabalho: Uma perspectiva reconstrutiva. 2003. 196f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005.

PEDREIRA, Pinho. O teletrabalho. Revista LTr. São Paulo: LTr, vol. 64, n.º 05, 2000.

PEREIRA, Adilson Bassalho. A subordinação como objeto do contrato de emprego. São Paulo: LTr, 1991.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Teletrabalho: Delírio futurista ou realidade tecnológica? Revista da Amatra, 1999.

ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica: Necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. Revista de Direito do Trabalho, ano 31, n.º 117, p.37-59, jan/mar, 2005.

SANCHES. Gislene Aparecida. Subordinação e cargo de confiança. 2002. 146f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SFERRAZZA, Mauro. *Il contratto di lavoro a progetto. Milano, Giuffrè Editore*, 2004.

SILVA, Otávio Pinto e. Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. Instituições de Direito do Trabalho. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego: Estrutura legal e supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO DOS ADQUIRENTES DE FUNDO DE COMÉRCIO OU DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Benedito Evaldo de Lima Moreno¹
Procurador do Estado

RESUMO

A partir das noções gerais de responsabilidade civil e de responsabilidade tributária, este artigo doutrinário busca apresentar os fundamentos jurídicos que caracterizam a possibilidade jurídica de redirecionamento do executivo fiscal pela atribuição da responsabilidade tributária decorrente da sucessão aos adquirentes de fundo de comércio ou de estabelecimento empresarial.

Palavras-chave: Responsabilidade tributária. Sucessão. Adquirentes de fundo de comércio ou de estabelecimento empresarial.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade tributária impende ser interpretada sob a ótica do neoconstitucionalismo e, por esta nova interpretação, o aludido instituto tributário deve se coadunar e se submeter aos princípios constitucionais com o mesmo relacionados. Assim, antes que definida como um mero instrumento de exaurimento da capacidade contributiva, a responsabilidade tributária deve ser interpretada em consonância com o princípio constitucional da função social da propriedade, concatenado e sopesado, ainda, com outro princípio constitucional: o princípio da liberdade de iniciativa econômica.

A responsabilidade tributária, em traços genéricos, caracteriza-se pela extensividade, conjunta ou exclusiva, da obrigação tributária à pessoa distinta do sujeito ativo definido para a prática da causa eficiente do fato gerador da obrigação tributária.

Forçosamente, uma interpretação científica das disposições legais sobre a responsabilidade tributária, encontradas no Código Tributário Nacional, demanda que a responsabilidade tributária

¹ Procurador do Estado do Amazonas, atuante e lotado na Procuradoria Especializada do Contencioso Tributário – Execuções Fiscais. Email: drbeneditevaldo@hotmail.com.

vergue-se à supremacia da definição constitucional da relevância da propriedade no contexto social.

A propriedade, que em questão é a propriedade empresarial, deve cumprir sua função social, esta que se desdobra em aspectos econômicos e sociais propriamente ditos. Pela ótica macroeconômica e social, a empresa tem por funções essenciais: a produção e/ou circulação de bens e serviços que oferece às famílias e entidades nacionais ou internacionais; a tomada da mão-de-obra das famílias, criando empregos e pagando a justa remuneração aos respectivos trabalhadores²; o recolhimento dos pertinentes tributos ao Estado, de quem recebe a devida licença para atuação e que impõe a fiscalização, regulamentação e intervenção, se necessárias, mas de quem também pode receber subsídios ou recursos imprescindíveis à implantação e desenvolvimento empresarial³.

Sem cumprir suas obrigações tributárias, a empresa subverte sua função social.

A par da responsabilidade principal do sujeito ativo da obrigação tributária, a responsabilidade tributária de outrem, quer solidária, pessoal, subsidiária ou integral, perfaz-se como primordial ao cumprimento da função social da empresa. E emoldura-se isso: a empresa ou responsáveis tributários que se furtam a adimplir seus débitos tributários atentam contra a função social do recolhimento tributário devido, prejudicando o Estado e as famílias pelo desfalque ao custeio dos serviços públicos propiciados pela Administração Pública.

Outrossim, não bastante o prejuízo referido, a realidade mostra que diversas empresas, em virtude da própria omissão contributiva ou de registro das transações operacionais, geram transações comerciais clandestinas ou com preços inferiores e condições desiguais ao mercado regular da oferta e demanda, violando a lealdade da concorrência econômica perfeita⁴ e, por conseguinte, afrontando o princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica.

² MONTORO FILHO, André Franco et al. Manual de Economia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 273-274.

³ WONNACOTT, Paul & WONNACOTT, Ronald; CRUSIUS, Yeda Rorato & CRUSIUS, Carlos Augusto, coordenadores da edição em português; tradução, revisão e adaptação CRUSIUS, Yeda Rorato ... et al. Economia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1982. p. 64.

Nesse cenário, melhor detalhado no transcorrer deste artigo, a responsabilidade tributária, mais que uma interpretação literal dos textos infraconstitucionais, merece ser interpretada aliando-se todos os métodos da hermenêutica em conformidade com os preceitos constitucionais, sob uma expressão pós-constitucionalista, consentânea ao vigente estado democrático de direito e aos princípios constitucionais expressos ou implícitos à temática envolvida, em especial à plenitude da função social da propriedade e ao integral exercício da liberdade de iniciativa econômica. Nessa ótica desenvolver-se-ão as considerações doutrinárias sobre a responsabilidade tributária decorrente da sucessão pelos adquirentes de fundo de comércio ou de estabelecimento empresarial.

2 ORIGENS E CONTEÚDO DA NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A noção de responsabilidade pode ser extraída, inicialmente, da origem latina dos termos *respondere* ou *spondeo* que significam responder a alguma coisa, e pelas quais, numa noção intrínseca extraída do jusnaturalismo, ou positivamente por dispositivos normativos presentes em qualquer sistema de normatização da conduta humana, é verificável nas relações sociais humanas pela existência de uma relação de causa e efeito, consistente em se responsabilizar alguém por atos danosos causados a outrem⁵.

Tal concepção de responsabilidade traduz, igualmente, uma noção de justiça, por impor a todos, e a qualquer indivíduo, o dever de responder por seus atos.

Essa noção de responsabilidade se revela em diversas normas, na tradicional estrutura jurídica de previsão da hipótese abstrata de um dever, combinada com a previsão hipotética de sanção para o descumprimento deste dever. Todavia, além da responsabilidade se fundar no direito positivo, por meio das normas postadas no ordenamento jurídico pelo modelo dever/sanção, também se fundamenta no dever moral de não prejudicar o outro, ou seja, pela própria expressão advinda do princípio aforístico multissecular *neminem laedere* (a ninguém se deve lesar).

⁴ MONTORO FILHO, André Franco et al. Manual de Economia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 185-186.

⁵ STOCCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Responsabilidade Civil e sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 89-93.

Se por um lado a noção imediata de responsabilidade consiste no estabelecimento de normas que previnam ou sancionem a prática de atos ilícitos, faz-se forçoso salientar que o conceito de responsabilidade transmite várias outras significações, especialmente porque além da noção de dever, a responsabilidade também abrange a noção de obrigação de ação ou de omissão. Na opinião do francês Pothier⁶, obrigação como vínculo de direito, traduz algo que nos subordina a respeito de outrem, a dar-lhe alguma coisa, ou a fazer, ou a não fazer algo.

Segundo Aguiar Dias⁷, “*toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade.*” Responsabilidade exprime idéia de equivalência de contraprestação, de correspondência, e é, portanto, resultado da ação pelo qual o homem expressa o seu comportamento, em face do dever ou obrigação.

Todo ato jurídico, lícito ou ilícito, é ato de vontade apto a produzir efeitos jurídicos, sendo que o ato ilícito produz efeitos jurídicos independentemente da vontade do agente⁸.

Advindo do conteúdo da responsabilidade e consoante as regras que estabelecem o dever de indenizar, imprescindível afigurar como requisitos essenciais à responsabilização a existência da tríade: presença de dano, nexa de causalidade e conduta. Com destaque ao segundo dos requisitos necessários ao surgimento da responsabilidade, a **existência do nexa de causalidade** deve ser entendida como o liame lógico que liga a conduta do responsável ao dano experimentado pelo lesado, a relação de causa e efeito que lhe é subjacente, como demonstra o renomado civilista HENRI DE PAGE⁹:

O nexa causal ou laço de causalidade ou relação de causa e efeito é o terceiro elemento constitutivo da responsabilidade civil; (...) esse elemento deve existir entre a falta e o dano, de tal sorte que este seja o efeito, a seqüência, a resultante

⁶ POTHIER, Robert Joseph. Tratado de los contratos. Buenos Aires: Atalaya, 1948, p.7.

⁷ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. V.2. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 272.

⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Volume I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. p-185.

⁹ *Apud* DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. V.2. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 272.

daquela. Em outros termos, a falta deve ter sido a causa do dano.

Os atos ilícitos, resultantes da ação ou omissão livre e consciente que dão causa à violação do dever ou obrigação, pela sua antijuridicidade e subjetividade definem o fundamento da responsabilidade pela culpa *lato sensu*, eis que esta abrange o dolo e a culpa *stricto sensu*.

A responsabilidade torna-se relevante ao direito, precipuamente no direito civil e penal, quando há a violação ao dever ou obrigação imposta ao agente: daí surge o dano e o dever de responder (reparar) pela infração.

3 RELEITURA DO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Como visto no epíteto anterior, a responsabilidade no direito comum e penal tem sua relevância vinculada à violação a dever ou obrigação imposta ao agente, por ato comissivo ou omissivo: somente ocorre responsabilidade civil e penal pela reparação quando houver violação a dever e prejuízo (dano) a outrem. Ademais, para haver responsabilidade é exigível a ocorrência dos requisitos: violação, existência do dano, nexo de causalidade e obrigação de reparar.

Por seu turno, a relação jurídica tributária denota uma espécie de responsabilidade com natureza jurídica e aspectos distintos da generalidade da responsabilidade civil e penal. Seus traços característicos distintivos merecem ser examinados, primeiramente, a partir da relação jurídica tributária e, posteriormente, conforme a ótica da interpretação constitucional vigorante.

Principiando pela análise da natureza da relação jurídica tributária, convém considerar que a teoria da relação obrigacional *ex lege*, defendida pelo jurista alemão A. Hensel e pelo italiano A. D. Giannini, influenciou consideravelmente a redação do Código Tributário Nacional vigente e a maior parte dos produtores doutrinários da época. Nessa concepção, a relação jurídica tributária definia-se, principalmente, em função do fato gerador que fazia nascer a obrigação tributária, a despeito do tributo fundar na lei a sua fonte ou causa¹⁰.

¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 233-234.

A teoria da relação obrigacional *ex lege* é centrada no extremo formalismo do poder tributário, vinculando, tanto o sujeito ativo como o devedor tributário, ao texto literal da legislação ordinária infraconstitucional e, destarte, com esta postura exacerbada, afastando o fenômeno tributário de suas matrizes constitucionais. Embora haja unanimidade doutrinária e jurisprudencial sobre a recepção do Código Tributário Nacional no *status* de lei complementar e como legislação da qual emana as normas gerais da relação jurídica tributária, a relação baseada exclusivamente na legalidade tributária e no formalismo não mais se coaduna com o neoconstitucionalismo aplicável ao ordenamento jurídico pátrio.

A relação jurídica tributária continua a se definir como obrigação *ex lege*, fundamentalmente porque a lei é a expressão da vontade geral institucionalizada¹¹, mas não pode mais se ater exclusivamente à interpretação literal e formalista da legislação infraconstitucional. Nem pode mais contrastar com o exercício efetivo do poder jurisdicional na relação jurídica tributária, a atuar sob o pressuposto constitucional da separação formal e material dos poderes do Estado.

Oportuno considerar que mesmo sob o ângulo positivista da *Teoria Pura do Direito* do celebrado KELSEN, a interpretação usual e literal tradicional mostra limitações diante da possibilidade de diversidade de interpretações do exercício jurisdicional¹².

Também não se pode menosprezar, numa interpretação hodierna da legislação tributária, o poder normativo e a supremacia das regras e princípios constitucionais sobre as normas gerais tributárias de cariz infraconstitucional, tanto aqueles constantes no capítulo do Sistema Tributário Nacional, como aqueles constantes no capítulo dos Direitos e Garantia Fundamentais, ou mesmo nos

¹¹ Declaração Dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, art. 6.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 466-70: "A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada) e que a 'justeza' (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. (...) A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que — têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito. (...) Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva."

capítulos da Ordem Econômica e Financeira ou da Ordem Social, v.g. o princípio da capacidade contributiva, o princípio da liberdade de iniciativa, e o princípio da função social da propriedade.

O novo direito constitucional contemporâneo, marcado pelo constitucionalismo pós-guerra na Europa Ocidental Continental e pelo processo de redemocratização no Brasil após a Constituição Federal de 1988¹³, demanda uma nova interpretação das normas gerais de responsabilidade tributária. Implica uma releitura do instituto da responsabilidade tributária sem extremado apego ao literalismo do Código Tributário Nacional, mas em consonância e sob a égide das regras e princípios expressos ou implícitos no texto constitucional¹⁴.

A filtragem constitucional, imprescindível à novel interpretação da responsabilidade tributária sob o prisma do pós-positivismo, representa uma superação da interpretação legalista ou formalista, não apenas com recurso a idéias metafísicas ou abstratas do texto imposto e fundamentado exclusivamente na *mens legis*, mas permeada pelo reconhecimento dos valores compartilhados por toda a sociedade, emanados do poder constitucional primitivo ou derivado. Neste novo panorama do direito tributário, pós ascensão científica e política do direito constitucional brasileiro, devem prevalecer as novas premissas de compromisso com a efetividade das normas constitucionais e, desta forma, consistir numa leitura e apreensão da ordem jurídica sistematizada sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados¹⁵.

¹³ BARROSO, Luís Roberto (organizador). A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 17: "A redemocratização no Brasil impulsionou uma volta ao Direito. É certo que já não se alimenta a crença de que a lei seja 'a expressão da vontade geral institucionalizada' e se reconhece que, frequentemente, estará a serviço de interesses, e não da razão. Mas ainda assim ela significa um avanço histórico: fruto do debate político, ela representa a despersonalização do poder e a institucionalização da vontade política. O tempo das negações absolutas passou. Não existe compromisso com o outro sem a lei. É preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível. A liberdade de que o pensamento intelectual desfruta hoje impõe compromissos tanto com a legalidade democrática como com a conscientização e a emancipação. Não há, no particular, nem incompatibilidade nem exclusão."

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 153-154.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto (organizador). A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 44.

Nessa ascensão do neoconstitucionalismo, a constitucionalização das normas infraconstitucionais não identifica somente a inclusão no texto constitucional de normas próprias dos diversos ramos jurídicos, mas, essencialmente, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional¹⁶.

4 DEFINIÇÃO LEGAL DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Como sobredito, a responsabilidade tributária tem seus fundamentos na relação jurídica tributária de cunho obrigacional, hodiernamente sob o enfoque constitucional do Estado Democrático de Direito. Estando a relação obrigacional vinculada totalmente aos direitos fundamentais constitucionais, a interpretação dos institutos da relação jurídica tributária pressupõe-se, por decorrência lógica, igualmente controlada pela supremacia das normas e princípios constitucionais.

Assim, a relação obrigacional não se esgota na lei formal, e deve buscar seu fundamento na idéia de justiça e nos princípios constitucionais derivados da justiça, precipuamente os princípios da capacidade contributiva, do custo/benefício e da solidariedade social¹⁷.

Conforme os tributaristas alemães KLAUS TIPKE e JOACHIM LANG¹⁸:

A relação jurídica é uma relação legal de direito público. Daí resulta que na relação jurídica tributária se desenvolvem os direitos fundamentais como defesa do cidadão contra o Estado e como princípios legais fundamentais da justiça.

A responsabilidade tributária, objeto do presente artigo, apresenta-se como um dos elementos da relação jurídica tributária material.

O sujeito passivo da relação jurídica tributária é a pessoa, física ou jurídica, expressamente obrigada pela lei definidora do fato gerador, a adimplir o tributo e a penalidade pecuniária ou, ainda, a

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 45.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 235-236.

¹⁸ TIPKE, Klaus e LANG, Joachim. Direito Tributário (Steuerrecht). Volume I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 29.

praticar os deveres instrumentais para a garantia do crédito (Código Tributário Nacional - CTN, artigos 121, 122 e 123).

O sujeito passivo é definido, legalmente, como contribuinte quando concretiza o fato gerador da obrigação tributária, ou como responsável quando, não sendo contribuinte, é obrigado a pagar o tributo por determinação expressa da lei tributária. A participação no pólo passivo da relação jurídica tributária independe da capacidade civil da pessoa física ou jurídica, da privação, limitação, licitude ou proibição do exercício das atividades civis, comerciais, empresariais ou profissionais: basta a ocorrência do fato gerador para surgir a obrigação tributária.

As distinções fundamentais entre contribuinte e responsável tributário são assim destacadas por RICARDO LOBO TORRES¹⁹:

a) o contribuinte tem o débito (*debitum, Schuld*), que é o dever de prestação e a responsabilidade (*Haftung*), isto é, a sujeição do seu patrimônio ao credor (*obligatio*), enquanto o responsável tem a responsabilidade (*Haftung*) sem ter o débito (*Schuld*), pois ele paga o tributo por conta do contribuinte; b) a posição do contribuinte surge com a realização do fato gerador da obrigação tributária; a do responsável, com a realização do pressuposto previsto na lei que regula a responsabilidade, que os alemães chamam de fato gerador da responsabilidade (*Haftungstatbestand*).

Focalizando a definição legal do responsável tributário, mormente em razão do escopo deste artigo, o artigo 128 do CTN, de maneira não exaustiva e caracterizando-a como norma em branco, estatui que “a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

A exegese da definição legal da responsabilidade tributária revela duas categorias distintas de responsabilidade: (i) a substitutiva, caracterizada pela exclusão da responsabilidade do contribuinte por terceira pessoa; (ii) a supletiva, caracterizada pela

¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 256.

continuidade da responsabilidade do contribuinte, acrescida suplementarmente de outras pessoas que conjuntamente venham a arcar com a responsabilidade tributária do contribuinte, quer de forma solidária sem benefício de ordem, quer de forma subsidiária.

As normas gerais da obrigação tributária, constantes no Código Tributário Nacional, regulam diversas espécies de responsabilidade tributária: de sucessores; de terceiros, expressos em conformidade com funções e ofícios peculiares vinculados às pessoas contribuintes; de praticantes de fatos geradores de obrigação tributária por excesso de poderes, ou por atos de infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social.

Com vista ao objetivo principal deste artigo doutrinário, analisar-se-á, com maior atenção, a responsabilidade tributária por sucessão e a responsabilidade de terceiros.

5 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SUCESSORES ADQUIRENTES DO FUNDO DE COMÉRCIO OU ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

A responsabilidade por sucessão acontece quando terceira pessoa, necessariamente vinculada ao fato gerador, assume a obrigação tributária em razão da transferência da responsabilidade pela impossibilidade de seu cumprimento pelo anterior proprietário do bem, ou, noutra hipótese legal, pela transmissão da propriedade a qualquer título à pessoa jurídica ou natural que passar a explorar a atividade econômica, ou atividade empresarial na terminologia do novo Código Civil Brasileiro.

A responsabilidade do sucessor caracteriza-se, na regra geral, como subsidiária ao cumprimento da obrigação pelo contribuinte, particularmente passando a ser solidária quando haja interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação tributária principal, ou quando for expressamente designada pela lei (CTN, art. 141, I).

O Código Tributário expõe a responsabilidade tributária por sucessão decorrente da aquisição ou remição de bens; do recebimento de herança ou doação; da fusão, transformação ou incorporação de pessoas jurídicas; da aquisição, por qualquer título, de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional (CTN, art. 130 e seguintes).

Particularizando a sucessão tocante à pessoa jurídica de direito privado ou pessoa natural que adquirir de outra, por qualquer título, um fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, o Código Tributário assevera que há

transferência da responsabilidade tributária se houver continuidade da exploração da atividade. A responsabilidade será integral (se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade) ou subsidiária com o alienante (se o alienante prosseguir ou reiniciar atividade dentro de seis meses da alienação).

Fundo de comércio é o complexo de instalações, máquinas, utensílios, dívida ativa, e, também, do acervo imaterial como o ponto, a marca, os emblemas e a clientela, conceito extraído do direito comercial²⁰.

DYLSON DORIA²¹ lavra considerações sobre o estabelecimento comercial:

Para o exercício da atividade mercantil, o comerciante se vale de diversos elementos, que variam em natureza ou grau, de acordo com o tipo de negócio. Ao conjunto desses elementos, que facilitam a prática da profissão comercial, é que se denomina estabelecimento comercial. O estabelecimento comercial é assim o instrumento, a máquina de trabalho do comerciante. Na definição de Navarrini, constitui-se no 'complexo das várias forças econômicas e dos meios de trabalho que o comerciante consagra ao exercício do comércio, impondo-lhes uma unidade formal em relação com a unidade do fim' (*Trattato teórico pratico di diritto commerciale*, v.4, p.6). Entre nós, autores há que, por influência da doutrina francesa, preferem a expressão 'fundo de comércio' para designar o estabelecimento comercial. É o que acontece, por exemplo, com o Prof. Fran Martins que justifica a sua preferência não apenas pela generalização que o termo vem tendo no mundo, mas também para evitar a confusão que o emprego da expressão estabelecimento comercial gera com a designação casa comercial. Outros, inspirados nos autores italianos, têm preferido a expressão azienda. Entretanto, prevalece no Brasil o emprego do vocábulo estabelecimento comercial.

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 265-266.

²¹ DORIA, Dylson. Curso de Direito Comercial. Volume I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 125.

É interessante ressaltar que parte da doutrina tributarista elabora uma interpretação literal da transferência de responsabilidade tributária da sucessão por aquisição de fundo de comércio. Assim, para que ocorra esta forma de sucessão tributária é necessária a aquisição da totalidade do estabelecimento comercial ou do fundo do comércio, não sendo suficiente a compra de apenas alguns elementos do fundo de comércio²². A validade desta interpretação, exclusivamente sobre o aspecto léxico do texto normativo, induz a se tecer considerações sobre a metodologia da interpretação jurídica, anteriormente a um posicionamento doutrinário conclusivo.

Convém elucidar que interpretar uma norma jurídica consiste em identificar o seu sentido e alcance, e se faz necessário para que se verifique a aplicabilidade da lei às situações concretas. Todas as leis precisam ser interpretadas previamente ao exame de sua aplicabilidade, superando-se o vetusto brocardo *in claris cessat interpretatio*.

A precisa redação de LUCIANO AMARO²³ afirma que a solene afirmação do artigo 107 do Código Tributário Nacional, no sentido de que toda a legislação tributária deverá ser interpretada segundo os ditames estabelecidos no próprio Código, faz supor que a interpretação autêntica seria necessária e suficiente. Contudo, a disciplina da matéria exposta no diploma legislativo é deficiente e lacunosa, e alguns dos preceitos sequer resistem à aplicação dos critérios interpretativos postos no seu próprio corpo normativo.

Dessa forma, a regra geral é justamente pela necessidade da submissão do direito tributário ao conjunto dos métodos interpretativos fornecidos pela hermenêutica jurídica e, excepcionalmente, nas situações disciplinadas expressamente, o intérprete deve procurar (na medida da possibilidade) dar preferência aos critérios estabelecidos pelo Código Tributário Nacional.

Assim, a aplicação da legislação tributária, vale-se dos métodos interpretativos consolidados pela hermenêutica jurídica (literal ou gramatical; lógico; sistemático; histórico; finalístico ou

²² ALVES, Renato de Oliveira. Execução Fiscal. Comentários à Lei n. 6830, de 22/09/1980. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. TORRES, Ricardo Lobo. *Op.cit.* p. 266.

²³ AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 202.

teleológico), sem descurar da supremacia da interpretação conforme as normas e princípios provindos da Constituição Federal. Ademais, a interpretação realiza-se de forma extensiva, restritiva ou estrita conforme o conteúdo e alcance que for determinado à norma.

Estabelecendo uma relação entre a questão da sucessão da responsabilidade tributária pela aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento empresarial e a interpretação, integração e aplicação da legislação tributária, impende analisar o preceito legal frente à utilização dos princípios gerais de direito privado (CTN, art. 109).

O preceito do CTN refere-se a situações pelas quais a norma tributária faz uso de um instituto, conceito ou forma jurídica proveniente do direito privado com vistas unicamente à definição do conteúdo e alcance das respectivas naturezas jurídicas, sem resvalar para a definição dos efeitos tributários.

As definições do direito privado prestam-se como pressuposto instrumental para a aplicação dos efeitos tributários. Porém, a identidade, conteúdo e alcance do instituto de direito privado pode ser transformada para efeitos tributários, desde que efetuada por expressa disposição legal. A lei tributária só não se permite modificar os conceitos do direito privado para fins de efeitos tributários no que tange à modificação da competência (CTN, art. 110)²⁴.

Sobre os institutos privados denominados nos textos legais tributários como *fundo de comércio* e *estabelecimento comercial*, faz-se mister considerar a mudança teórica promovida nas denominações a partir da edição do Código Civil Brasileiro de 2002.

O conceito jurídico de empresa, especialmente quanto ao conteúdo do sentido e alcance, sucedeu aos institutos de fundo de comércio ou estabelecimento comercial a partir da entrada em vigor do novel Código Civil Brasileiro em 2002 e da conseqüente revogação parcial do Código Comercial de 1850. O vigente Código Civil não apresenta definição legal para a empresa, mas seu conceito jurídico é obtido a partir da definição de empresário, expressa no artigo 966, pela qual “*considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*”

²⁴ *Op. cit. p. 211-214.*

FÁBIO ULHOA COELHO²⁵ conceitua que empresa:

“É a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa).”

O autor acima mencionado destaca, por outro lado, que estabelecimento empresarial é o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração e desenvolvimento da atividade econômica. Acrescenta, ainda, que o valor agregado ao estabelecimento empresarial, denominado *goodwill of a trade* ou *goodwill*, na seara jurídica recebe a denominação de fundo de comércio (do francês *fonds de commerce*) ou aviamento (do italiano *avviamento*). Afirma, destarte, que estabelecimento empresarial e fundo de comércio não são expressões sinônimas²⁶.

Assim, o conceito jurídico de empresa revela que a atividade econômica empresarial se caracteriza como uma atividade dinâmica, ou seja, de movimento contínuo. A continuidade, desta feita, é elemento crucial para fundamentar a declaração e autorização judicial para atribuição da responsabilidade tributária por sucessão empresarial decorrente de aquisição de estabelecimento empresarial ou fundo de comércio.

Como o estabelecimento empresarial engloba as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia etc, a constituição da prova das circunstâncias que envolvem a transferência patrimonial também se torna extremamente relevante para a comprovação judicial da sucessão e consecutiva atribuição da responsabilidade tributária.

A despeito do entendimento de diversos doutrinadores pátrios que admitem a sucessão da responsabilidade tributária por aquisição de fundo de comércio ou de estabelecimento comercial somente quando ocorrer a transmissão da integralidade dos elementos do fundo ou estabelecimento, a jurisprudência vem

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

²⁶ *Op. cit.* p. 96-98.

compreendendo que a circunstância relevante para a admissão da sucessão é fática, e vinculada à continuidade da atividade empresarial:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. ART. 133, CTN. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL A QUO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CITAÇÃO. INTERRUPTÃO.

1. A sucessão de empresas para fins tributários, caracterizados por fatos inequívocos, bem como a prescrição afastada pelas datas do lançamento, do ajuizamento e da citação para a ação, encerram matérias insindicáveis pelo E. STJ.

2. É que, in casu, o Tribunal a quo assentou que:

a)“(a) duas empresas com o mesmo objeto social; (b) localizadas no mesmo endereço; (c) pertencentes à mesma família; e (d) enquanto uma vai morrendo gradativamente (rectius, sendo programadamente desativada), por causa das elevadas dívidas, a outra vai nascendo e crescendo, inclusive para dentro dela migrando o quadro de funcionários e os próprios maquinários, erige-se **situação de fato** que afirma, estreme de dúvida, a **ocorrência de sucessão tributária integral**.”

b)“o lançamento ocorreu em 15-4-93, o ajuizamento em 16-5-94 e a citação da sucedida em 14-6-94 (fls. 2-6-v., autos da execução), sendo que o processo executório jamais ficou paralisado por mais de cinco anos, a ponto de ensejar prescrição intercorrente.”.

3. Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 1042893/RS, 1ª Turma do STJ, unânime, relator Ministro LUIZ FUX, publicado no DJe de 17.11.2009).

“EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. SUCESSÃO DE EMPRESAS RECONHECIDA PELA CORTE A QUO. REEXAME. SÚMULA 7 DO STJ. MULTA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA SUCESSORA.

1. No que se refere à ausência de prequestionamento, mantenho meu posicionamento, porquanto não houve debate acerca dos referidos dispositivos. Incide ao caso a súmula 282 do STF.

2. No tocante ao mérito, é cediço que o recurso especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do **contexto fático-probatório** dos autos, em face do óbice contido na Súmula 07/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Na hipótese, as conclusões da Corte de origem para determinar **a ocorrência de sucessão de empresas para fins de determinação da responsabilidade tributária resultaram do exame de todo o conjunto probatório carreado nos presentes autos**, conforme consta do acórdão recorrido à fl. 339-v: "Através de todas as evidências, tem-se como efetivamente ocorrida a **sucessão** empresarial, motivo pelo qual mostra-se descabida a postulação da Recorrente".

3. Quanto à multa, tem-se que os encargos incidentes sobre o tributo (multa, juros, etc.) **integram o passivo patrimonial da empresa sucedida**, razão pela qual por eles responde a sucessora. Precedente: (REsp 1017186/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 27/03/2008).

4. Agravo regimental não provido".

(AgRg no REsp n. 1056302/SC, 2ª Turma do STJ, unânime, relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, publicado no DJe de 13.05.2009).

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. ART. 133 DO CTN. FUNDO DE COMÉRCIO. INDÍCIOS DE FRAUDE. INCLUSÃO DA SUCESSORA E SÓCIO-GERENTE DA EXECUTADA.

1. A norma do artigo 133 do CTN estabelece a ocorrência de sucessão quando presentes os requisitos de (a.1) aquisição, por qualquer título, de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional e (a.2) continuidade da exploração anterior, sendo que a responsabilidade será “integral” ou subsidiária, conforme ocorram as hipóteses do inciso I ou II do caput do artigo em comento.

2. Pode-se facilmente vislumbrar a transferência do fundo de comércio da TV MANCHETE para a TV ÔMEGA, continuando, esta, com a exploração da rede televisiva outrora desempenhada por aquela, fato que, por si só, ensejaria a hipótese de incidência da norma disposta no art. 133 do Código Tributário Nacional.

3. Há, na aludida transferência, indícios de fraude, já que se extrai dos instrumentos de transferência que a mesma se deu somente em relação a parte do passivo, ou seja, houve a transferência dos direitos de exploração da atividade televisiva, a fonte de lucro, e permanecendo a grande parte do passivo sob a responsabilidade da executada. Conforme consta de memorial trazido pela Fazenda Nacional, juntamente com vasta documentação (tais como cópia do contrato de transferência realizado entre a TV MANCHETE e a TV ÔMEGA LTDA, alteração contratual da TV MANCHETE LTDA, Decreto de 14 de maio de 1999), a grande parte do passivo existente foi assumida pelos sócios (Salles Jr. e Hesed Participações S/C Ltda), sem que tivessem reais condições de arcar com o mesmo, atentando-se quanto ao fato de que eles não são titulares de veículos e imóveis, livres e desembaraçados, capazes de garantir as dívidas deixadas pela executada.

4. Trata-se, portanto, de caso de sucessão tributária, pois, ainda que, ao tempo do fato gerador do tributo, a TV MANCHETE obrigava-se a pagar o tributo, com a transferência da concessão de exploração dos serviços de radiodifusão de som e imagem para a TV ÔMEGA, esta torna-se solidariamente responsável pelo débito tributário.

5. A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas também à configuração das demais condutas nele descritas: práticas de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Jurisprudência consolidada na Primeira Seção do STJ. (Resp. 354.248/PR).

6. Agravo de instrumento provido.”

(AG – Agravo de Instrumento n. 200602010086867, 4ª Turma Especializada do TRF2, unânime, Relator Des. Federal LUIZ ANTONIO SOARES, publicado no DJU em 12.08.2009, pg. 41).

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO NO FUNDO DE COMÉRCIO OU ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL. ART. 133, DO CTN. DESNECESSIDADE DE TRANSFERÊNCIA JURÍDICA. CRITÉRIOS DE VERIFICAÇÃO DA RELEVÂNCIA DO ELEMENTO SEDE.

VERIFICAÇÃO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO.

I – A responsabilidade tributária de terceiro por sucessão do devedor no estabelecimento empresarial ou fundo de comércio, prevista no art. 133, do CTN, prescinde de caracterização através de negócio jurídico formal, sendo verificável por intermédio das circunstâncias de fato que envolvem a atividade comercial questionada.

II – O fundo de comércio, como conjunto de bens materiais e imateriais que envolvem a atividade do empresário, é conceito que tem no ponto comercial um de seus elementos fundamentais, mas não o único, de modo que, mesmo com sedes diferentes, podem as pessoas jurídicas ser consideradas titulares de um mesmo fundo de comércio em sucessão temporal.

III – Dentre os critérios para a distinção da relevância do elemento da sede, destaco: (a) a rotatividade comercial, como ocorre nos shopping centers, que torna irrazoável admitir sucessão em estabelecimento dentro daqueles centros comerciais; (b) a importância relativa da marca comercial ou do título de estabelecimento, que permite amplo reconhecimento social da empresa, independentemente de onde esteja situada; (c) as características específicas do imóvel, os quais podem comportar apenas determinadas atividades.

IV – Os seguintes fatos são relevantes no caso tratado: (a) à mudança da embargante para a sede antes pertencente à executada seguiu-se, apenas dois anos após, à subscrição expressiva de ações da embargante pela executada; (b) todavia, tal não se mostra suficiente para caracterizar eventual cessão do parque industrial, sendo desconhecido o histórico dominial desse imóvel e o histórico societário completo das empresas envolvidas; (c) A noticiada subscrição de capital pela executada denota sua atividade, e a existência de bens penhoráveis; (d) para uma editora, o local do estabelecimento tem importância diminuta para a formação e manutenção da clientela.

V – Sendo da exequente o ônus de comprovar a responsabilidade, a deficiência na instrução do feito prejudica, em princípio, sua pretensão executória, sem prejuízo de ulterior requerimento no mesmo sentido, diante de novos fatos.

VI – Apelação não provida.”

(AC – Apelação Cível n. 9002104197, 4ª Turma Especializada do TRF2, unânime, Relator Des. Federal ANTONIO HENRIQUE C. DA SILVA, publicado no DJU em 01.07.2009, pg. 101).

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO NO FUNDO DE COMÉRCIO OU ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL. ART. 133, DO CTN. DESNECESSIDADE DE TRANSFERÊNCIA JURÍDICA. VERIFICAÇÃO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO.

I – A responsabilidade tributária de terceiro por sucessão do devedor no estabelecimento empresarial ou fundo de comércio, prevista no art. 133, do CTN, prescinde de caracterização através de negócio jurídico formal, sendo verificável por intermédio das circunstâncias de fato que envolvem a atividade comercial questionada.

II – O fundo de comércio, como conjunto de bens materiais e imateriais que envolvem a atividade do empresário, é conceito que tem no ponto comercial um de seus elementos fundamentais, mas não o único, de modo que, mesmo com sedes diferentes, podem as pessoas jurídicas ser consideradas titulares de um mesmo fundo de comércio em sucessão temporal.

III – No caso tratado, os seguintes elementos são prova convincente da sucessão no fundo de comércio: (a) a dissolução irregular da empresa antecessora, donde se indaga sobre o destino de seu patrimônio; (b) identidade de atividade comercial entre as empresas; (c) o surgimento da nova sociedade poucos meses após a dissolução irregular da primeira; (d) o sócio gerente da antiga sociedade é gerente empregado da atual, recebendo citação em seu nome; (e) as sócias da nova sociedade são irmã e filha do referido gerente; (f) a sócia filha era “menor emancipada” à época do contrato social e jamais acusou, perante a Receita Federal, qualquer mutação patrimonial decorrente da nova atividade; (g) o gerente, e real responsável por ambas as empresas, acompanhou a constituição da nova sociedade, na condição de “testemunha” perante a Junta Comercial.

IV – Por estar configurado o uso da filha como pessoa interposta para a continuidade do negócio social sob outra

roupagem corporativa, está demonstrada, de forma robusta, a responsabilidade da nova sociedade frente aos débitos da antiga, sem prejuízo de eventuais responsabilidades baseadas no art. 135, III, do CTN.

V – O recebimento dos embargos de terceiro como embargos de devedor não prejudicaram a defesa da embargante, inexistindo interesse recursal.

VI – A empresa executada original foi citada no prazo do art. 174, do CTN, não havendo que se falar em prescrição.

VII – Apelação da União provida.”

(AC – Apelação Cível n. 200551030021440, 4ª Turma Especializada do TRF2, unânime, Relator Des. Federal ANTONIO HENRIQUE C. DA SILVA, publicado no DJU em 03.03.2009, pg. 43).

“TRIBUTÁRIO-AGRAVO DE INSTRUMENTO-RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO-ARTIGO 133, INCISO I DO CTN

I - O artigo 133 do CTN significa acréscimo e não transferência de responsabilidades e se assim não fosse, estariam legitimadas as inúmeras transferências de empresas endividadas para pessoas desconhecidas ou desprovidas de patrimônio.

II - O adquirente do fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional que continuar a respectiva exploração responde integralmente pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade, sendo mister, porém que a sucessão seja comprovada.

III - Agravo de Instrumento improvido.”

(AG – Agravo de Instrumento n. 200102010295525, 3ª Turma do TRF2, unânime, Relatora Des. Federal TANIA HEINE, publicado no DJU em 19.03.2002, pg. 43).

A atribuição da responsabilidade tributária pela transferência do fundo de comércio ou estabelecimento empresarial aos sócios alienantes ou adquirentes da propriedade das cotas sociais ou ações empresariais, também é matéria que demanda a formação de acervo probatório para sua constituição ou demonstração de fato impeditivo à constituição da responsabilidade, como se observa segundo a direção dos julgados:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135 DO CTN. AFASTAMENTO. REDIRECIONAMENTO PARA O NOVO SÓCIO-GERENTE. ART. 133 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência deste Sodalício é pacífica no sentido de que devem ser cumpridos os requisitos do art. 135 do CTN, a fim de que se admita o redirecionamento da execução para o sócio-gerente, não sendo autorizada pela simples falta de bens que garantam eventual execução.

2. O recorrente adquiriu a empresa Forma Elétrica Ltda. em conjunto com outrem, em substituição a dois outros sócios, passando a incorrer nos ditames do art. 133 do diploma legal retrocitado.

3. O art. 133 do CTN não se aplica somente aos casos em que haja transferência de titularidade de estabelecimento comercial ou fundo de comércio, conforme se abstrai da sua dicção, litteris: "Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato". (grifos nossos).

4. O disposto no art. 133 do CTN **autoriza o redirecionamento da execução para os novos sócios-gerentes**, sendo despicando, portanto, discutir eventual infringência ao art. 135 do mesmo diploma legal.

5. Recurso especial não-provido.”

(REsp n. 200501734802, 1ª Turma do STJ, unânime, Relator Min. JOSÉ DELGADO, publicado no DJ em 22.05.2006, pg. 168).

“TRIBUTÁRIO. MULTA. ALTERAÇÃO NO QUADRO SOCIAL. ART. 133 DO CTN. INAPLICABILIDADE.

1. O art. 133 do CTN é de aplicação restrita aos casos em que uma pessoa natural ou jurídica adquire de outro fundo de comércio ou estabelecimento. Não se aplica ao caso de mera alteração no quadro social, pois o sujeito passivo permaneceu o mesmo, não se revestindo de qualquer

interesse verificar quem eram os sócios que integravam o seu quadro social, se houve a substituição de um ou alguns por outros tantos. A pessoa jurídica, como se sabe, é distinta dos sócios que a compõem.

2. Recurso especial improvido.”

(REsp n. 200100055079, 2ª Turma do STJ, unânime, Relator Min. CASTRO MEIRA, publicado no DJ em 21.11.2005).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO DE EMPRESAS. ART. 133, DO CTN. REEXAME DOS ASPECTOS FÁTICOS DA LIDE E DE CLÁUSULA CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ.

1. Na hipótese, o Tribunal *a quo*, com base em contratos e no contexto fático-probatório dos autos, concluiu que “não está caracterizada, portanto, a sucessão empresarial. Houve tão-somente a alteração do quadro societário da empresa e do acionista controlador. (...) Assim, deve ser afastada a aplicação das disposições do art. 133, do CTN.”

2. É vedado a este Tribunal Superior revisar a interpretação dada pela Corte local aos contratos de compra e venda de ações, bem como analisar o contexto fático da lide, que foi devidamente examinado pela instância ordinária, a fim de averiguar a configuração ou não de sucessão empresarial. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ, respectivamente: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja Recurso Especial” e “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial”.

3. Agravo Regimental não provido.”

(AGA – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 816318, 2ª Turma do STJ, unânime, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, publicado no DJe em 17.10.2008). – (Grifos nossos).

4 CONCLUSÃO

A responsabilidade se assenta no princípio universal de direito *neminem laedere* (a ninguém se deve lesar) e na obrigação do direito comum e natural de se responder pelos danos ou prejuízos causados a outrem.

A responsabilidade tributária, essencialmente caracterizada pelo aspecto pecuniário da obrigação tributária, estende a obrigação do adimplemento do crédito tributário do contribuinte para terceiro, quer pela solidariedade, quer pela ação, intervenção ou omissão de terceiros de forma culposa ou dolosa.

Assim, diante da culpa, fraude, simulação, ou qualquer ato ilícito comissivo ou omissivo, a obrigação pelo adimplemento do crédito tributário é repassada, substitutiva ou supletivamente, aos corresponsáveis tributários.

No âmbito da responsabilidade tributária por sucessão decorrente da aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento empresarial, a constatação da realidade fática da continuidade da atividade empresarial vem prevalecendo nos Tribunais pátrios sobre a interpretação literal da legislação tributária, que por esta atribuiria a responsabilidade tributária apenas quando houvesse a transferência integral de todos os elementos do fundo de comércio ou estabelecimento empresarial. Destarte, havendo continuação da atividade empresarial, a responsabilidade tem sido atribuída, mesmo quando ocorre a transferência por meio de sucessivas transferências de cotas empresariais ou outros artifícios criados.

A análise dos julgados também tem demonstrado a imprescindibilidade da instrução probatória para embasar a constituição da responsabilidade tributária dos adquirentes e alienantes no procedimento de sucessão empresarial, ou mesmo para a exceção de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da autorização de responsabilidade tributária de terceiros. A constituição do acervo probatório se faz extremamente relevante desde a fase de constituição do crédito tributário, em sede do processo tributário-administrativo.

A responsabilidade tributária de terceiros afigura-se como medida de justiça plena, eis que tem objetivo não somente fiscal, como igualmente representa o espectro da justiça social.

O vigorante Estado Democrático de Direito impende que toda propriedade exerça sua função social, de possibilitar ao empresário que obtenha seu justo e devido lucro após o cumprimento de suas obrigações junto à sociedade.

A sonegação tributária decorrente da prática de subterfúgios para elidir o adimplemento dos tributos lesa a todos seus concorrentes, diante da competição desleal com aqueles que recolhem seus tributos com exatidão e pontualidade, e lesa toda a sociedade pela subtração dos recursos financeiros necessários à

continuidade e aprimoramento dos serviços públicos gerais prestados pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Renato de Oliveira. Execução Fiscal. Comentários à Lei n. 6830, de 22/09/1980. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto (organizador). A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. V.2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DORIA, Dylson. Curso de Direito Comercial . Volume I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Volume I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

MONTORO FILHO, André Franco et al. Manual de Economia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PEREIRA, Hélio do Valle. Manual da Fazenda Pública em Juízo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POTHIER, Robert Joseph. Tratado de los contratos. Buenos Aires: Atalaya, 1948.

STOCCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Responsabilidade Civil e sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TIPKE, Klaus e LANG, Joachim. Direito Tributário (Steuerrecht). Volume I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

WONNACOTT, Paul & WONNACOTT, Ronald; CRUSIUS, Yeda Rorato & CRUSIUS, Carlos Augusto, coordenadores da edição em português; tradução, revisão e adaptação CRUSIUS, Yeda Rorato . et al. Economia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1982.

IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO (ITCMD)

Simonete Gomes Santos
Procuradora do Estado

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Hipóteses de incidência e fato gerador do ITCMD. 3. Aspectos relevantes sobre direitos hereditários e seus efeitos tributários. 3.1. Da Herança. 3.1.1. Da aceitação da herança. 3.1.2. Renúncia da herança. 4. Da cessão de direitos hereditários. 5. Conclusão. 6. Referência Bibliográfica.

1 – INTRODUÇÃO

No Direito Brasileiro, o imposto sobre transmissão de bens imóveis, foi instituído em 1809, por meio do alvará nº 3, sob a denominação de imposto da SISA. Só foi previsto constitucionalmente na Carta de 1891 e englobava quaisquer transmissões, fosse por ato entre vivos ou em decorrência de morte, cuja competência era unicamente dos Estados.

Com a Constituição de 1934, esse imposto foi dividido, passando a receber duas denominações: imposto sobre a transmissão de propriedade *inter vivos* e imposto sobre a transmissão de propriedade *causa mortis*, permanecendo ambos de competência dos Estados.

A competência tributária para instituição desses impostos foi dividida, por força da Emenda Constitucional nº 5, de 1961, passando para os Municípios o imposto sobre transmissão *inter vivos* e mantendo na competência Estadual o imposto sobre transmissão *causa mortis*.

Em 1965, pela Emenda Constitucional nº 18, esses impostos foram novamente unificados, passando a ser um só, mantendo-os na competência dos Estados.

Com o advento da Constituição de 1988, esse imposto passou a abranger outros bens, além dos bens imóveis e a competência para a sua instituição foi bipartida, cabendo aos Estados e Distrito Federal a competência para instituição do imposto sobre as transmissões *causa mortis* e não onerosas de quaisquer bens ou direitos (art. 155, I) e, aos Municípios a competência para a instituição do imposto sobre as transmissões onerosas entre vivos (art. 156, II), apenas de bens imóveis e direitos a eles relativos.

A arrecadação desse imposto compete ao Estado onde se

situam os bens imóveis ou, no caso de bens móveis, títulos e créditos, onde se processem o inventário ou o arrolamento, ou àquele onde tiver domicílio o doador, exceto nas situações em que o *de cujus* ou o doador tiver domicílio ou residência no exterior, ou o inventário tiver lá se processado, caso em que caberá à lei complementar a sua regulamentação.

2 – HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA E FATO GERADOR DO ITCMD

O imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos, incide nas transferências de propriedade decorrente de sucessão legítima, testamentária ou sucessão provisória, por ato não oneroso e por doação.

A sucessão legítima ou *ab intestato* ocorre quando o titular dos bens falece sem deixar testamento, ou ainda, nos casos de nulidade, anulabilidade ou caducidade do testamento, passando o seu patrimônio para as pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se à ordem de vocação hereditária (CC, art. 1829). É o que estabelece o art. 1.788, do CC: “*Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo*”.

A sucessão testamentária, por sua vez, é aquela decorrente de testamento válido ou de disposição de última vontade do titular do patrimônio.

A sucessão provisória é aquela aberta em decorrência de sentença de declaração de ausência de pessoa que desapareceu de seu domicílio sem dar notícias de seu paradeiro e sem deixar representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, fazendo com que seu patrimônio passe aos seus herdeiros, observadas as restrições legais.

Em comentário sobre a abertura da sucessão, assim se manifestou Maria Helena Diniz¹:

“A morte natural é o cerne de todo o direito sucessório, pois só ela determina a abertura da sucessão, uma vez que não se compreende sucessão hereditária sem o óbito do *de cujus*, dado que não há herança de pessoa viva (*viventis*)

¹ Maria Helena DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v.6, p.22.

nulla est hereditas). No momento do falecimento do *de cuius* abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, a propriedade e a posse dos bens do defunto aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, independentemente de qualquer ato. Essa transmissão é, portanto, automática, operando-se *ipso iure*. A morte é o fato jurídico que transforma em direito aquilo que era, para o herdeiro, mera expectativa; deveras, não há direito adquirido à herança senão após o óbito de *de cuius*".

Desse modo, o fato gerador do imposto de transmissão a título *causa mortis*, ocorre com a abertura da sucessão, que se dá com o falecimento do autor da herança, consoante dispõe o art. 1.784, do CC: "*Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*".

O mencionado imposto incide, também, sobre a transmissão de quaisquer bens ou direitos havidos por doação. Segundo dispõe o art. 538 do Código Civil, considera-se doação, o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.

O fato gerador da doação ocorre com a aceitação civil nos termos dos artigos 539 e seguintes do Código Civil, que se dará com a realização da transmissão, seja pela tradição ou pelo registro no cartório competente.

José Afonso da Silva², indica os elementos básicos desse imposto estadual, a saber:

"São dois os modos de transmissão da propriedade. O primeiro pela morte do titular do bem; é a transmissão *causa mortis*. O segundo, pela liberalidade do dono do bem que o transmite a outrem gratuitamente, ato que também sofre a tributação, como forma de transmissão de propriedade móvel ou imóvel *inter vivos*. É garantido o direito de herança (art. 5º, XXX, CF). Em compensação, fica ela sujeita ao imposto previsto no art. 155, I, segundo o qual compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre

² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. Malheiros. São Paulo. 2004.

transmissão “*causa mortis*” e “doação” de quaisquer bens ou direitos. A Constituição anterior só autorizava a tributação de bens imóveis, o que era injusto. O imposto, quando incidente sobre imóveis e direitos a eles relativos, compete ao Estado da sua situação; quando incidir sobre “móveis, títulos e créditos”, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador; terá competência para instituí-lo o Estado indicado em lei complementar, se o doador tiver domicílio ou residência no exterior, ou se o *de cuius* (isto é, aquele que faleceu deixando a herança) possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve seu inventário processado no exterior.”

3 – ASPECTOS RELEVANTES SOBRE DIREITOS HEREDITÁRIOS E SEUS EFEITOS TRIBUTÁRIOS

3.1 - DA HERANÇA

A Constituição de 1988, no seu art. 5º, enumera dentre os direitos individuais fundamentais, a garantia do direito à herança (XXX). Assim, consiste a herança em uma forma de sucessão patrimonial assegurada àqueles que juridicamente são ligados ao titular do patrimônio, de acordo com o ordenamento jurídico.

Com a morte do autor da herança, dá-se a abertura da sucessão, que é a colocação da universalidade dos bens e direitos que pertenciam ao falecido à disposição dos legitimados em recebê-la.

Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784, CC). Este é o princípio conhecido pela doutrina como princípio *saisine*, segundo o qual todos os direitos e obrigações que incorporavam o patrimônio do falecido transferem-se diretamente aos herdeiros, independente de terem ou não conhecimento do fato.

O direito à sucessão aberta é considerado bem imóvel por expressa disposição legal (art. 80, II, CC), ainda que o acervo se constitua exclusivamente de bens móveis ou de direitos pessoais, enquanto não individualizados com a partilha, serão considerados bens imóveis.

Da mesma forma, por expressa disposição legal, a herança é transmitida como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros (art. 1.791, CC) e o direito desses co-herdeiros quanto à propriedade e posse da herança será indivisível até que se ultime a partilha.

Nesse sentido, conceituou Sílvio Rodrigues³:

“A herança é uma universalidade *iuris*, e a lei, contemplando a hipótese de existirem dois ou mais herdeiros, declara que o direito dos mesmos, quanto à posse e ao domínio daquela, é indivisível até se ultimar a partilha”.

Instaurado o inventário ou arrolamento do patrimônio hereditário, perante o juízo competente no lugar da sucessão, todos os herdeiros deverão ser chamados a comparecer a fim de habilitarem-se e expressarem sua aceitação ou renúncia, uma vez que a lei não obriga ninguém a receber aquilo que não quer.

3.1.1 – DA ACEITAÇÃO DA HERANÇA

A aceitação da herança é o ato voluntário de anuência à transmissão operada, que pode ser de forma expressa ou tácita. Consiste num ato facultativo, irrevogável e universal, não sendo possível ser aceita em parte, mediante condição ou termo.

Sendo expressa, faz-se por declaração escrita e quando tácita se dará tão-somente pela prática de atos próprios da qualidade de herdeiro. Não caracterizam aceitação da herança, entretanto, os atos oficiosos, como o funeral do finado, a outorga de procuração a advogado para a abertura de inventário, a prática de atos meramente conservatórios ou de administração e guarda interina com o intuito apenas de garantir a integridade dos bens.

O art. 1.807, do Código Civil, prevê outra hipótese de aceitação que se dá pelo silêncio do herdeiro em se manifestar se aceita ou não a herança, sem qualquer outra formalidade. Essa hipótese é tratada pela doutrina como aceitação presumida.

Desta forma, incumbe ao herdeiro o direito de se manifestar se aceita ou não o que lhe é colocado à disposição, sendo esta uma condição essencial para que aquela herança seja definitivamente incorporada ao seu patrimônio, retroagindo seus efeitos à data da abertura da sucessão (art. 1.804, do CC).

Uma vez caracterizada a aceitação pelo herdeiro, não mais se poderá falar em renúncia propriamente dita, pois, segundo o art. 1.812, do C. Civil: “São *irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança*”.

³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito das Sucessões*. 22. Ed. V.7. SP. Saraiva, 1998, p.14.

A aceitação da herança pode se dar de forma direta, quando feita pelo próprio herdeiro; ou indireta, quando feita por alguém em nome do herdeiro, como a que ocorre pelos sucessores do herdeiro que faleceu antes de declarar se aceita ou não a herança. Essa aceitação só não será possível se a herança for deixada com cláusula de condição suspensiva, não verificada até a morte daquele herdeiro (art. 1809, CC).

Outra hipótese de aceitação indireta é a que ocorre pelo tutor do herdeiro que, entretanto, só poderá aceitar heranças, legados ou doações em nome do tutelado, se tiver autorização judicial para tanto (art. 1.748, II, CC). Tal exigência se estende ao curador, à vista do disposto no art. 1.774 do C.Civil.

3.1.2 – RENÚNCIA DA HERANÇA

A renúncia, ao contrário da aceitação, é um ato solene, voluntário e incondicional, possível a partir da abertura da sucessão, para o qual se exige como requisito de validade, ser o agente capaz, vontade livre e escritura pública ou termo judicial (art. 1.806, CC). Verificando-se algum vício de consentimento, será possível a anulação ou se ausente a lavratura de escritura, tem-se por nulo o ato por falta de requisito essencial.

Somente aqueles dotados de plena capacidade jurídica podem exercer o direito de renúncia. Não se admite o exercício do direito de representação ou assistência, com relação ao objeto da renúncia, quanto aos descendentes do renunciante (art. 1.811, CC).

Quando a renúncia for pelo herdeiro testamentário, deve-se observar a vontade do testador, que se tiver nomeado substituto, este será chamado para se manifestar se aceita ou não a deixa. Na falta de disposição testamentária, a parte que caberia ao renunciante é acrescida ao monte para seguir a ordem de vocação hereditária.

Essa renúncia não poderá se caracterizar, entretanto, como fraude contra credores (art. 1.813 CC), posto que uma vez verificada poderá o credor aceitar a herança em nome do renunciante, mediante autorização judicial, até a quantia equivalente ao seu crédito.

Efetivada a renúncia, a parte ideal que caberia ao renunciante retorna automaticamente ao monte para ser distribuída de acordo com a ordem de vocação hereditária e regime matrimonial de bens quanto ao cônjuge ou companheiro, se existente, nas porções estabelecidas pelo CC.

O renunciante é considerado como se nunca tivesse herdado, visto que a recusa não lhe cria qualquer direito. Por outro lado, a renúncia deve ser pura e simples, *ex vi* do art. 1.808 do C.Civil, que dispõe: “Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou termo”.

Dessa forma, se o herdeiro renuncia ao seu quinhão estipulando cláusulas ou condições, ou se o faz em benefício de outra pessoa, estará praticando atos compatíveis com a condição de herdeiro e, assim, será considerado como tendo aceitado a herança, ainda que tacitamente.

Identifica-se assim, três espécies de renúncia: pura, tardia e translativa.

A renúncia pura ou abdicativa consiste no efetivo repúdio à transferência patrimonial decorrente do direito sucessório, a qual obsta a transmissão *causa mortis*, retornando a parte ideal do renunciante ao montante, a fim de ser partilhado conforme as proporções e vocação hereditária prevista no Código Civil. Seus efeitos retroagem à data da abertura da sucessão, não sendo o renunciante o beneficiário do direito sucessório.

A renúncia tardia corresponde àquela que é feita após a aceitação tácita, em favor do monte mor, e possui natureza jurídica de cessão gratuita de direito hereditário.

A renúncia translativa, se dá igualmente após a aceitação, beneficiando certa pessoa devidamente individualizada, também possui natureza jurídica de cessão gratuita de direito hereditário.

A renúncia tardia se diferencia da translativa quanto ao favorecimento, uma vez que a primeira favorece o monte-mor e a segunda é feita em favor de certa e determinada pessoa, revestindo-se ambas dos mesmos requisitos que se exige para uma transmissão de direitos, inclusive, duas declarações de vontade, a de quem transmite o direito e a de quem o recebe.

É o instituto mais conhecido como cessão de direitos, que somente se relaciona à renúncia quanto à cessão gratuita de direitos, uma vez que sobre a modalidade onerosa há incompatibilidade de institutos, pois somente o titular pode alienar aquilo que lhe pertence.

Entretanto, para haver a denominada renúncia translativa é necessário que o ato de renúncia implique, ao mesmo tempo, na aceitação tácita da herança e a subsequente transferência desta, pois não se pode transferir o que ainda não se adquiriu, o que ocorre nos casos em que não há a aceitação prévia.

A verificação dessas hipóteses merece detida análise, pois

somente a renúncia pura e simples não configura hipótese de incidência do imposto sobre a transmissão *causa mortis*.

Nesse sentido, é o entendimento de Maria Helena Diniz⁴:

“Realmente, se o herdeiro ceder a herança, impondo condições ou encargos, na verdade a está aceitando de modo disfarçado, por ser ato compatível somente com a condição de herdeiro. A cessão gratuita, pura e simples, da herança a todos os demais co-herdeiros ou em benefício do monte equivale à renúncia. Se o cedente ceder seu quinhão hereditário em favor de certa pessoa, devidamente individualizada, estará aceitando a herança; doando-a logo em seguida àquela pessoa, não se configura renúncia. Nesta última hipótese tem-se a renúncia translativa, que, na realidade, é aceitação, por conter uma dupla declaração de vontade: a de aceitar a herança e a de alienar à pessoa designada sua quota hereditária. Só é autêntica renúncia a abdicativa, ou seja, cessão gratuita, pura e simples, feita indistintamente a todos os co-herdeiros (CC, art. 1.805, § 2º). Se a renúncia for abdicativa, ou melhor, pura e simples, o único imposto a ser pago pelo beneficiado é o *causa mortis*, ao passo que se for translativa, por ser uma doação que se segue à aceitação da herança, incidirá na tributação *inter vivos* e *causa mortis*”.

Dessa forma, na renúncia abdicativa verifica-se a ocorrência de um único fato gerador relativo à transmissão *causa mortis*, enquanto que na translativa, ocorrem dois fatos geradores do ITCMD, um pela abertura da sucessão e outro em decorrência da doação efetivada.

Para que esses dois atos, logicamente sucessivos, se exteriorizem por meio de um ato só (a chamada renúncia translativa), faz-se necessário que o ato de renúncia acrescente algo que não se compatibiliza com a renúncia pura e simples (abdicativa), como no caso em que se busca beneficiar certa e determinada pessoa ou pessoas co-herdeiras⁵.

⁴ Maria Helena DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das sucessões*. v.6,p. 70.

⁵ VENOSA, *Silvio de Salvo. Abertura da Sucessão. Transmissão da Herança. Aceitação e Renúncia da Herança. Cessão da Herança. Direito Civil: direito das sucessões*. 6. Ed. São Paulo; Atlas, 2006. p. 11-32.

4 – DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS

O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro pode ser objeto de cessão por escritura pública (art. 1.793, CC).

O herdeiro, titular dos direitos hereditários transmitidos por herança, pode transferir seu quinhão a outros co-herdeiros ou a terceiros, de forma gratuita ou onerosa.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁶, analisando o dispositivo acima, conceituam a cessão de direitos hereditários como sendo:

“O negócio jurídico *inter vivos* celebrado depois de aberta a sucessão (CC 1.784), entre o herdeiro (cedente) e outro co-herdeiro ou terceiro (cessionário), pelo qual o cedente transfere ao cessionário, a título oneroso ou gratuito, parcial ou total, a parte que lhe cabe na herança”.

Na mesma obra, seguem os autores afirmando às fls. 787/788, que:

“Desde a morte do autor da herança, seus herdeiros já são proprietários e possuidores, independentemente de qualquer outra providência. Assim, podem dispor desses direitos hereditários, cedendo-os a outros herdeiros ou mesmo a terceiros, observadas as limitações impostas na sucessão (v.g cláusula de inalienabilidade), bem como as condições da norma sob comentário e do direito de preferência do art. 1.794, do CC”.

Segundo César Fiuza⁷: “cessão de herança é a alienação gratuita ou onerosa a terceiro, estranho ou não ao inventário”. Podendo ser total ou parcial quando envolver todo o quinhão do cedente ou parte dele”. Nesse caso, o cessionário receberá a herança assim como se encontra, ou seja, em estado de indivisibilidade.

O objeto dessa cessão, contudo, não poderá ser relativo a

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. “Código Civil anotado: e legislação extravagante. 2. Ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2003. p.787”.

⁷ Fiuza, Cesar. Direito Civil, Curso completo. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p.856.

bens discriminados, em decorrência da indivisibilidade da herança (arts. 1.791 e 1.793, §º 2º, do CC), sob pena de ineficácia. Assim, o que se cede é a universalidade que foi transferida ao herdeiro.

Sendo a herança considerada como um todo indivisível e o direito dos co-herdeiros regulado pelas normas relativas ao condomínio (art. 1.791, CC), enquanto não se ultimar a partilha, podem os co-herdeiros exercer seu direito de preferência na compra do quinhão hereditário pertencente ao cedente (art. 1.794, CC).

Caso esse direito de preferência não seja observado, o co-herdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, poderá desfazer judicialmente o negócio, depositar o preço e haver para si a quota cedida a estranho, no prazo decadencial de 180 dias após a transmissão.

Sendo vários co-herdeiros a exercer a preferência, entre eles se distribuirá o quinhão cedido, na proporção das respectivas quotas hereditárias (art. 1.795, CC).

Para o exercício desse direito, sob pena de anulação do negócio jurídico, faz-se necessária a outorga conjugal, exceto se o regime de casamento for o da separação absoluta (art. 1.647, I, CC).

Ocorrendo a cessão de direitos hereditários em favor de um co-herdeiro determinado ou a terceiros, quando feita a título gratuito, incidirá no fato gerador do imposto sobre a doação, que tem como credor o Estado (art. 155, I, CF).

Se a cessão e transferência de direitos hereditários, envolvendo bens imóveis, feita pelo herdeiro a outro co-herdeiro ou a terceiros, se der a título oneroso, faz surgir a hipótese de incidência do imposto de transmissão *inter vivos* – ITBI, de competência do Município (art. 156, II, CF).

5. CONCLUSÃO

O imposto de transmissão *causa mortis* e doação - ITCMD, previsto no art. 155, I, da CF de 1988, cuja competência para a sua instituição é outorgada aos Estados e ao Distrito Federal, incide sobre a transmissão de quaisquer bens ou direitos, de natureza não onerosa, havidos por sucessão legítima (transferência de herança por morte do titular dos bens) ou testamentária.

Também incide o imposto sobre a transmissão de bens havidos por doação, por ato entre vivos, que segundo dispõe o art. 538 do CC, trata-se de um contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o

de outra. Podendo ser objeto de doação, os bens pertencentes ao espólio.

O fato gerador do ITCMD se verifica, portanto, com a abertura da sucessão, que ocorre com o falecimento do autor da herança. Caso o beneficiado recuse ou desista da herança ou da doação, em favor do monte não se vislumbrará a ocorrência do fato gerador, ao passo que, se o fizer em prol de determinada pessoa essa transmissão gerará a incidência do imposto, pela presunção de que o mesmo a aceitou previamente.

O fato gerador, no caso da doação, será o momento em que se verificar a aceitação civil, com a realização da transmissão, seja pela tradição ou pelo registro do cartório competente.

6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões*. ed. São Paulo. Saraiva. 2007.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito das Sucessões*. 22 ed. São Paulo. Saraiva. 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. 6º ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado: e legislação extravagante*. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003.

FIÚZA, César. *Direito Civil. Curso Completo*. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Ed. Saraiva. São Paulo. 2009

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Ed. Malheiros. 2004.



Impresso nas Oficinas Gráficas
da Imprensa Oficial do Estado