



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da



PROCURADORIA - GERAL DO ESTADO

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

Estado do Rio Grande do Sul

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 36	n. 75	p. 1-211	jan./jun. 2015
------	--------------	-------	-------	----------	----------------

JOSÉ IVO SARTORI

Governador do Estado

JOSÉ PAULO CAIROLI

Vice-Governador do Estado

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL

Procurador-Geral do Estado

CRISTIANO BAYNE

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

LEANDRO AUGUSTO NICOLA DE SAMPAIO

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

ANA CRISTINA TÓPOR BECK

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

ROSELAINÉ ROCKENBACH

Corregedora-Geral da PGE

FERNANDA FIGUEIRA TONETTO

Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Euzébio Fernando Ruschel
(Presidente)
Fernanda Figueira Tonetto
Guilherme Valle Brum
Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues
Jose Luis de Bolzan Morais
Ricardo Antônio Lucas Camargo

EQUIPETÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva
Bibliotecária crb10/1343

DIAGRAMAÇÃO E PRODUÇÃO GRÁFICA



Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do
Estado do Rio Grande do Sul. — Vol. 9, n. 24 (1979) - . -
Porto Alegre : PGE, 1979-

v.; 21 cm.

Semestral.

Publicação interrompida de 2008 a 2010.

Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v. 1-9,
n. 1-23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catálogo na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

Procuradoria-Geral do Estado do RS
Av. Borges de Medeiros, 1555 – 16. Andar
90110-901 Porto Alegre/RS
Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652
E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br
Site: <http://www.pge.rs.gov.br>

Pede-se permuta
Piedese canje
We ask exchange
On demande échange
Wir bitten um autausch
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
DOCTRINA	
Do Estado como Assistente de Acusação nos Crimes contra a Administração Pública com Vistas à Maior Eficiência na Reparação do Dano Fernanda Figueira Tonetto	11
O Dever de Contingenciamento Estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal: tensão entre o equilíbrio orçamentário e a independência entre os poderes Melissa Guimarães Castello	29
Os Institutos da Mediação e da Conciliação e a Possibilidade de sua Aplicação no Âmbito da Administração Pública Elisa Berton Eidt	55
Demarcando Territórios: perspectivas e desafios da ação interdisciplinar na advocacia pública Vanderlei Cristiano Juraski	75
A Progressividade do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação como Efetivação do Direito Fundamental à Igualdade Diórgia Streit Jorej	101
A Atuação da Fazenda Pública após o Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1201993 (prescrição quinquenal ao redirecionamento na execução fiscal). O julgado e seus eventuais efeitos junto à Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul Leandro Brescovit	121

Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul e o Exercício de Atividade Privada: vedações aplicáveis ao seu particular papel enquanto função essencial à justiça

Paulo Quaglia..... 141

Limites da Imunidade Recíproca: entre a garantia do pacto federativo e o subterfúgio para a concorrência desleal

Roberta Costa Rabello..... 165

PARECER

Parecer 16481 - Alterações no Estatuto Nacional da Microempresa (Lei Complementar nº 123/06). Lei Complementar nº 147/2014. Tratamento diferenciado nas aquisições pela administração pública. Esclarecimentos

Marlise Fischer Gehres..... 185

EDITORIAL

Apresentamos com muito orgulho o número 75 da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, marcando uma nova fase para a circulação do conhecimento que se produz no âmbito institucional: nossa revista ganha um novo formato, um novo regimento e uma linha editorial, tudo com vistas ao aprimoramento da classificação de seu QUALIS junto à CAPES.

Decidimos pela busca desta qualificação por entender necessário o incremento do fator de impacto de nosso periódico, bem como por compreender que a qualidade é fundamental para a circulação do conhecimento, cujo valor só passa a existir quando produzido e transmitido.

A escolha por seguir uma linha editorial, denominada “Direito Público e Advocacia de Estado”, além de vir ao encontro das exigências para estratificação da qualidade da produção intelectual, conjuga-se com os objetivos da PGE, na medida em que permitirá que nossa revista, cada vez mais, seja o canal de debates dos temas mais importantes para o crescimento e o fortalecimento da Procuradoria e, por consequência, do Estado e da sociedade.

Lembrando a frase do grande Victor Hugo, que afirmara não existir nada tão poderoso quanto a ideia cujo tempo chegou, temos certeza de que por aqui continuarão frutificando as mais poderosas e construtivas reflexões sobre quem somos, por que somos e para onde queremos ir.

Desejando que apreciem os textos das próximas páginas, esperamos tenha-lhes sido agradável esta nova apresentação.

Fernanda Figueira Tonetto

Procuradora do Estado

Coordenadora da Procuradoria de Informação,

Documentação e Aperfeiçoamento Profissional – PIDAP.

DOCTRINA

DO ESTADO COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM VISTAS À MAIOR EFICIÊNCIA NA REPARAÇÃO DO DANO

Fernanda Figueira Tonetto¹

Recebido em: 24.8.2015

Aprovado em: 07.10.2015

Resumo: O presente estudo pretende demonstrar que o Estado, por meio de representante da Advocacia Pública, merece figurar como ente protagonista nas ações penais por crimes contra a Administração Pública, contrariando a tradição até então vigente no processo penal brasileiro, em que o ofendido era mero objeto da prova. Tal proposta vem ao encontro das mudanças legislativas operadas pelas Leis nº 11.690/2008 e nº 11.719/2008, que alteraram o Código de Processo Penal e determinam, dentre outras inovações, a necessidade de intimação do ofendido de todos os atos processuais e a obrigatoriedade de fixação de indenização mínima à vítima, na própria sentença penal condenatória. Obedecidas tais regras em ações

Abstract: The following research aims to demonstrate that the State, through a representative of Public Advocacy, must be the protagonist in prosecutions for crimes against the Government, contrary to the tradition then current in criminal proceedings in Brazil, where the victim was just an object of proof. This proposal meets the legislative changes operated by the Law No. 11.690/2008 and No. 11.719/2008, which amended the Code of Criminal Procedure and determine, among other innovations, the need to intimate the victim of all the procedural acts and the requirement of fixing minimum compensation to the victim's own criminal sentence. Obeyed these rules in criminal

¹ Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Doutoranda em Direito pela UFRGS e pela Université Paris II Panthéon-Assas. Mestre em Direito pela UFRGS. Mestre em Integração Latino-Americana pela UFSM.

penais que versem sobre crimes praticados contra a Administração Pública, que em geral são causadores de prejuízo ao Erário, o Estado passa a figurar como assistente de acusação e tem a possibilidade de ajuizar diretamente no juízo cível ação de execução, sem necessidade de discutir a responsabilidade do agente, e utilizando a sentença penal como título executivo judicial, garantindo maior eficiência na reparação do dano causado pelo crime.

Palavras-chave: Crimes contra a administração pública; Estado; Sujeito passivo; Assistente de acusação; Prejuízo ao erário.

Sumário: O presente estudo pretende demonstrar que o Estado, por meio de representante da Advocacia Pública, merece figurar como ente protagonista nas ações penais por crimes contra a Administração Pública, contrariando a tradição até então vigente no processo penal brasileiro, em que o ofendido era mero objeto da prova. Tal proposta vem ao encontro das mudanças legislativas operadas pelas Leis nº 11.690/2008 e nº 11.719/2008, que alteraram o Código de Processo Penal e determinam, dentre outras inovações, a necessidade de intimação do ofendido de todos os atos processuais e a obrigatoriedade de fixação de indenização mínima à vítima, na própria sentença penal condenatória. Obedecidas tais regras em ações penais que versem sobre crimes praticados contra a Administração Pública, que em geral são causadores de prejuízo ao Erário, o Estado passa a figurar como assistente de acusação e tem a possibilidade de ajuizar diretamente no juízo cível ação de execução, sem necessidade de discutir a responsabilidade do agente, e utilizando a sentença penal como título executivo judicial, garantindo maior eficiência na reparação do dano causado pelo crime.

cases on crimes against public administration, which are generally injurious to the Treasury, the state will appear as an assistant prosecutor and judge have the possibility to directly in the civil court enforcement action, without need to discuss the agent's responsibility, and using the criminal sentence and judicial enforcement, ensuring greater efficiency in repairing the harm caused by crime.

Keywords: Crimes against public administration; State; Victim; Assistant prosecution; Prejudice to the treasury.

1 INTRODUÇÃO

Em se tratando de delitos praticados contra a Administração Pública, o Estado figura como sujeito passivo, na condição de ofendido, porquanto titular do bem jurídico protegido pela norma penal e lesado em seus interesses essenciais, elevados à proteção legal.

Historicamente, o ofendido tem ocupado papel secundário no processo penal, por força do entendimento segundo o qual o crime lesa muito mais a sociedade do que a própria vítima, já que uma conduta só passa a ser penalmente relevante quando ofende valores de significativa importância a ponto de representar ofensividade a indeterminado número de sujeitos.

Nos crimes contra a Administração Pública, no entanto, o ofendido é o próprio Estado, titular também do direito de punir, merecendo ocupar função destacada, não apenas como o *dominus litis*, o que faz por meio do Ministério Público, mas também na condição de vítima da ofensa, nesse caso figurando como assistente de acusação, representado por um dos órgãos da Advocacia Pública, Federal, Estadual ou Municipal, dependendo de qual seja o ente público lesado.

No processo penal, vem evoluindo a importância do papel do ofendido enquanto sujeito do delito, com interesse no reforço da acusação e na reparação do dano ocasionado pelo crime, o que se revela na reforma operada no Código de Processo Penal, em especial pela Lei nº 11.690/2008, que determina a necessidade de intimação do ofendido de todos os atos processuais e pela Lei nº 11.719/2008, a qual impôs ao juiz a necessidade de fixação de valor mínimo para indenização à vítima, ao prolatar sentença condenatória.

Tais mudanças merecem ser aplicadas inarredavelmente quando a ação penal versar sobre crimes contra a Administração Pública, devendo o Estado ser intimado de todos os atos processuais, para figurar como parte no processo e, ainda, ter o direito de ver fixada indenização reparatória.

Tal sistemática vem ao encontro do princípio da eficiência na Administração Pública, porquanto se o Estado não figurar como parte no processo penal quando for vítima de um delito, para ver-se ressarcido dos prejuízos que lhe foram causados, mister ajuíze ação civil de reparação de danos, foro em que irá discutir a responsabilidade do autor da lesão para,

em momento processual posterior, poder executar sua pretensão, haja vista que o direito brasileiro adotou o princípio da separação entre as esferas civil e penal.

Ao contrário, se for devidamente intimado da existência da ação penal, o Estado habilita-se como assistente de acusação e, posteriormente, executa a sentença condenatória, que tem natureza de título executivo judicial.

No caso dos Estados-membros, tal intimação deve ser dirigida à Procuradoria-Geral do Estado, a fim de que o Procurador do Estado habilite-se como assistente de acusação na ação penal e possa diretamente executar, no juízo cível, a sentença penal condenatória, sem necessidade de discussão do *an debeatur*. Para tanto, as Procuradorias devem especializar-se na persecução penal de crimes praticados contra a Administração Pública, com vistas a buscar melhor eficiência na reparação dos danos causados por delitos dessa natureza.

Essa é a finalidade do presente estudo: demonstrar que o Estado, sendo sujeito passivo dos crimes contra a Administração Pública, merece figurar como ente protagonista da ação penal, com interesse na acusação, principalmente com vistas a assegurar a reparação dos danos causados pelo crime, possibilitando-lhe a execução civil da sentença penal condenatória.

Para tanto, propõe-se estudar que o Estado (aqui entendido em sentido amplo, incluindo-se a União, os Estados-membros e os Municípios) figura como ofendido nos crimes contra a Administração Pública e, por essa razão, deve participar do processo penal como parte, devendo ser obrigatoriamente intimado de todos os atos processuais.

2 O SUJEITO PASSIVO NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em geral, costuma-se definir como sujeito passivo do crime o titular do bem jurídico protegido pela norma penal.

Se o sujeito passivo de um crime é o detentor da objetividade jurídica tutelada, este pode ser de duas espécies: sujeito passivo formal, que é o titular do *jus puniendi*, aquele para quem nasce o direito de punir o agente

que lesou a ordem jurídica, e sujeito passivo material, que é propriamente o titular do bem jurídico que a norma penal visava proteger.

Assim, nos crimes contra a Administração Pública, para que haja uma correta definição acerca de quem seja o ofendido, mister antes delimitar o conceito da objetividade jurídica em epígrafe para, posteriormente, identificar-se o titular desse bem. Sabendo-se que Administração Pública é o aparato de que se serve o Estado para a prestação de serviços públicos e execução de decisões tomadas no âmbito político, é preciso ter presente que tal conceito resta ampliado na esfera criminal, com vistas ao alargamento da proteção jurídica conferida pelo Estado, especialmente considerando o caráter aflitivo do direito penal, como *ultima ratio* do ordenamento jurídico e garantidor dos direitos e liberdades constitucionalmente assegurados.

Conforme Magalhães Noronha², o conceito de administração pública, no que diz respeito aos delitos compreendidos neste título, é tomado no sentido mais amplo, compreensivo da atividade total do Estado e de outros entes públicos. Portanto, com as normas que refletem os crimes contra a Administração Pública, é tutelada não só a atividade administrativa em sentido restrito, técnico, mas, sob certo aspecto, também a legislativa e judiciária. Na verdade, a lei penal, neste título, prevê e persegue fatos que impedem ou perturbam o desenvolvimento regular da atividade do Estado e de outros entes públicos.

Nesse sentido, de acordo com Cezar Bitencourt³, “a objetividade jurídica dos crimes contra a Administração Pública é a sua normalidade funcional, probidade, moralidade, eficácia e incolumidade”.

A tutela da Administração Pública pelo direito penal decorre da existência do Estado Democrático de Direito, que possui ação socialmente interventiva e que considera crime apenas as lesões significativas a bens jurídicos considerados essenciais.

Entendendo-se a Administração Pública como o bem jurídico tute-

² NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 198.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 5. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.

lado, em tais crimes o Estado é, ao mesmo tempo, sujeito passivo formal e material do delito, posto que além de detentor do poder punitivo, é também titular do bem jurídico protegido.

O Estado torna-se titular da Ação Penal Pública incondicionada sendo, ainda, vítima do crime. Nele encontram-se personificadas as duas figuras: tanto o detentor do *jus puniendi* quanto o ofendido, tanto o sujeito passivo formal quanto o sujeito passivo material.

Ocorre que o sujeito passivo formal é o titular da ação penal, que em se tratando de crimes contra a Administração Pública, é de natureza pública incondicionada, razão pela qual será a mesma promovida pelo Ministério Público.

Nesse caso, o sujeito passivo material, a vítima, via de regra não participa da *persecutio criminis*, mesmo sendo ele o Estado – aqui entendido em sentido amplo, podendo compreender-se a União, os Estados-membros e os Municípios, dependendo de quem seja o titular do bem jurídico lesado.

Não fazendo parte do processo, não poderá o ente público executar eventual sentença penal condenatória, fazendo-se necessário ajuizar ação civil de reparação do dano causado pelo crime, a chamada *actio civilis ex delicto*, salvo se habilitar-se como assistente de acusação no processo penal, contrariando a sistemática até então existente, de acanhada participação da vítima no processo penal.

2.1 A Evolução do Papel da Vítima no Processo Penal

Sabendo-se que o Estado é o sujeito passivo dos crimes praticados contra a Administração Pública, é preciso fazer-se um breve esboço histórico acerca do papel desempenhado pelo ofendido na seara do processo penal.

Historicamente, a vítima sempre teve papel coadjuvante no processo, justamente em razão do caráter publicista do direito penal.

Entende-se que um fato, para ser erigido à categoria de ilícito penal, merece ser grave de tal forma que lese não somente o titular do bem jurídico protegido, mas principalmente o corpo social como um todo.

Diz Luiz Regis Prado⁴ que o princípio da *intervenção mínima* ou da subsidiariedade decorrente da idéia de necessidade e de utilidade da intervenção penal, presentes no pensamento *ilustrado*, estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais.

O princípio da intervenção mínima prega que o legislador só deve tipificar comportamentos, ultrapassando a fronteira do penalmente indiferente, quando a conduta a ser incriminada representar grave lesão à própria existência do Estado, que se vê afrontado e faz uso da punição como instrumento de reinserção da ordem jurídica no *status quo ante*.

Segundo o modelo funcionalista de direito penal de JAKOBS, a função da norma repressiva é justamente reafirmar a autoridade da lei, prevenindo o corpo social acerca da existência de valores e desvalores⁵. Segundo ele, com as críticas de ROXIN⁶, que relativizam sua teoria, o direito penal teria menos a função de proteger bens jurídicos do que de garantir a vigência das normas.

Independentemente de qual seja o modelo que se adote (o de Günther Jakobs ou o de Claus Roxin, diametralmente opostos), de qualquer sorte, quando se pratica um crime, entende-se que resta lesada primeiramente a sociedade, antes e de forma mais importante do que a própria vítima, tanto que o fato deixou de ser atípico para ser relevante para o direito penal.

É por essa razão que, historicamente, a importância da vítima e seu papel no processo penal restou relegada a segundo plano, quase que marginalizada, servindo apenas como objeto de prova e não como titular do direito deduzido em juízo, até mesmo porque o direito deduzido em juízo

⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 143.

⁵ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

é o direito de punir e não o direito em ver reparado o dano, este último restrito à esfera civil.

A reforma do Código de Processo Penal brasileiro, em especial por força da Lei nº 11.690/2008, introduziu mudanças importantes nesse aspecto, adotando novos instrumentos com vistas a garantir à vítima função de protagonismo enquanto titular do interesse persecutório e reconhecendo que, segundo Antônio Scarance Fernandes⁷ “*é generalizada a tendência consistente em dar à vítima novo papel no processo criminal, tirando-a do ostracismo que lhe foi imposto nos últimos tempos*”.

Tal mudança inicia-se pela própria redação do Capítulo V, antes denominada “Das Perguntas ao Ofendido”, e ora redigida de forma mais ampla – “Do Ofendido”, significando conseqüentemente que o sujeito passivo do crime não será chamado ao processo apenas com vistas à melhor produção da prova.

Para Andrey Borges de Mendonça⁸ essa modificação “*demonstra que a vítima não é mais vista como fonte da prova, preocupando-se o legislador em resguardar a sua integridade física, assim como outros aspectos relacionados à prática delitiva*”.

A reforma do Código de Processo Penal de fato introduziu elementos novos, dentre eles a necessidade de comunicação ao ofendido de todos os atos do processo, bem como a fixação de indenização mínima à vítima, na própria sentença penal condenatória, institutos esses de grande importância nos delitos contra a Administração Pública, devendo ser citados principalmente os artigos 201, § 2º e 387, inciso IV, do novo Código de Processo Penal.

Segundo o artigo 201, o ofendido deve ser comunicado de todos os atos do processo, inclusive no que pertine à designação de data de audiência e à prolação de decisões (sentenças e acórdãos)⁹.

⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008. p. 189.

⁹ Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termos as suas declarações.

(...)

§2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída

Por seu turno, o artigo 387, que trata dos requisitos da sentença penal condenatória, ora com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.719/2008, prevê que o juiz deverá fixar valor mínimo para a reparação dos danos causados pelo crime, tendo como norte os prejuízos causados à vítima¹⁰.

Assim, diante da evolução experimentada no processo penal, que conferiu uma espécie de novo olhar ao ofendido, imperativo indagar-se de que forma tais mudanças podem colaborar para uma maior eficiência do Estado na reparação do dano causado pelos crimes contra a Administração Pública.

2.2 O Estado Como Titular do Bem Jurídico Tutelado e seu Interesse Processual

Sabendo-se que o Estado é o titular do bem jurídico protegido nos crimes contra a Administração Pública e que a nova legislação processual penal conferiu ao ofendido uma série de prerrogativas processuais, resta saber qual o interesse processual do ente público nessas ações penais.

Segundo o artigo 91, inciso I, do Código Penal, um dos efeitos automáticos da condenação é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime¹¹.

Nos delitos praticados contra a Administração Pública, além da lesão ocasionada à atividade administrativa, em geral o crime ocasiona danos ao erário, passíveis de ressarcimento.

Cite-se como exemplo o crime de peculato, tipificado no artigo 312

do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

¹⁰ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

¹¹ Art. 91. São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

do Código Penal¹², cujo agente apropria-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem de que tem a posse em razão do cargo, ou o desvia, em proveito próprio ou alheio.

Nesse crime, a Administração Pública resulta lesada em relação a seu interesse moral e também patrimonial. A consumação do delito, que se dá com a efetiva apropriação, desvio ou subtração do bem (objeto material do crime) acarreta, via de regra, prejuízo financeiro à Administração Pública, além de dano extrapatrimonial, já que a atividade administrativa do Estado resta prejudicada.

Ainda, conforme o artigo 63 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.719/2008¹³, a sentença condenatória penal possui natureza híbrida, sendo ao mesmo tempo condenatória (relativamente ao delito) e declaratória (em relação à obrigação de reparar o dano), razão pela qual também possui status de título executivo judicial.

Conforme já referido, a reforma de 2008 trouxe algumas inovações à sistemática processual penal, dentre elas a obrigação de o julgador, ao exarar a sentença condenatória, já fixar indenização mínima para a reparação do dano, consoante a nova redação do artigo 367, inciso IV, do Código de Processo Penal, transformando tal decisão em um título executivo completo, sem necessidade de prévia liquidação para ser executado.

Tal não exclui, porém, a possibilidade de liquidação do dano efetivamente sofrido, caso a sentença penal condenatória fixe indenização mínima, que não tenha o condão de indenizar a totalidade da lesão experimentada pelo ofendido.

Nesse sentido, se já no processo penal há possibilidade de fixação de valor mínimo a ser executado a título de reparação civil e, se o ente públi-

¹² Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão de cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

¹³ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

co sofreu prejuízos, não só morais, mas também patrimoniais em virtude da prática do delito, nesse aspecto reside seu interesse processual em fazer parte da lide.

Ademais, havendo previsão legal específica no sentido de que o ofendido deve ser cientificado de todos os atos do processo, incluindo-se a designação de data para audiência e a prolação de sentença, em se tratando de crimes contra a Administração Pública, imperativo seja o ente público lesado (União, Estados-membros ou Municípios) cientificado da própria instauração da ação penal, a fim de que possa habilitar-se como assistente de acusação e, assim, fazendo parte da lide, possa reforçar a acusação e executar a sentença penal condenatória.

Ao contrário, se tal não ocorrer, ao ente público restará ajuizar ação civil, em que haverá necessidade de discussão do *an debeat*, haja vista que não foi parte na ação penal. Se isto ocorrer, tal procedimento em muito prejudica a efetividade na busca pela reparação do dano causado ao erário, já que ao Estado, se não fez parte da ação penal, restará ajuizar a *Actio Civilis ex delicto*. Em outras palavras, o ofendido deverá ajuizar ação na esfera cível para obter indenização pelo dano causado pelo crime, fazendo-se mister reiniciar a discussão acerca da culpa, sem que se possa utilizar da sentença penal como título executivo.

3 A NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO ESTADO PARA HABILITAR-SE COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO NAS AÇÕES PENAIS POR CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Discute-se se há possibilidade de o ofendido executar no cível a sentença penal condenatória, mesmo não tendo sido parte da ação penal como assistente de acusação.

Ao que entendemos, tal não seria possível, quer em razão dos limites subjetivos da coisa julgada, quer em virtude da adoção do sistema da independência entre as esferas civil e penal no sistema processual pátrio.

No entanto, pela jurisprudência a questão resta superada, sendo pos-

sível que o ofendido execute a sentença penal condenatória, tendo ou não participado da demanda criminal, embora nas ações penais públicas, em regra, enquanto o titular da ação é o Estado, detentor da pretensão punitiva, na ação cível a vítima ou seu familiar seja sujeito diverso não abrangido pela coisa julgada, agindo como *res inter alios*.

Essa discussão não apresenta qualquer problema em se tratando de ações penais que versem sobre crimes contra a Administração Pública, pois nesses o Estado é, além de titular do direito de punir, também a vítima do crime. Enquanto detentor do *jus puniendi* faz-se representar pelo órgão do Ministério Público e, enquanto ofendido, deve-se fazer representar por órgão da Advocacia Pública, a fim de que tome conhecimento da existência da ação penal e possa, no juízo cível, executar sua pretensão indenizatória, sem a necessidade de propositura de anterior ação civil. Nesses casos, a coisa julgada produzida pela sentença penal condenatória alcança o Estado, seja qual for o entendimento adotado.

Em se tratando de crimes praticados contra a Administração Pública Estadual, o Procurador do Estado passa a ser parte ativa legítima da execução, representante da figura do ofendido, restando mitigada a separação entre as esferas civil e criminal, consoante se irá expor.

3.1 A Independência entre as Esferas Civil e Criminal

Todo crime, em regra, é também um ilícito civil, cuja diferença se dá meramente no plano quantitativo, posto que uma infração só erigida à qualidade de ilícito penal quando extremamente grave, por força do que dispõem os princípios da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade.

O delito, em termos axiológicos, constitui uma ofensa à objetividade jurídica pertencente a um determinado sujeito, ou a determinados sujeitos, bem jurídico esse que quando ofendido configura uma lesão ao seu titular. Daí porque o crime é também a prática de um dano.

Eis porque é efeito da condenação penal a obrigação de reparar o dano, regra insculpida no artigo 91, inciso I, do Código Penal.

Da mesma forma os crimes funcionais (especificamente os crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública), que

são, ao mesmo tempo, um ilícito penal, um ilícito administrativo e um ilícito civil, muito embora a persecução nas três esferas seja independente.

O presente estudo não se restringe apenas aos crimes funcionais, mas a todos os delitos praticados contra a Administração Pública, sejam eles praticados por funcionários públicos, por particulares, ou contra a administração da justiça, razão pela qual não se irá discorrer acerca da persecução na esfera administrativa.

Assim, quando do cometimento de um crime, pode-se dizer que surgem duas pretensões diversas: a pretensão punitiva e a pretensão reparatória. Tais pretensões resistidas são deduzidas em dois juízos diversos, dada a separação das esferas: a pretensão punitiva é deduzida no juízo criminal e a pretensão reparatória é deduzida no juízo cível.

Em se tratando de crimes contra a Administração Pública, a pretensão reparatória de que é titular o Estado é deduzida por meio da Ação Civil *ex Delicto*, em que o ente público lesado ajuíza demanda para ver-se ressarcido pelos prejuízos decorrentes da infração, já que, via de regra, não é parte na ação penal.

No entanto, é perfeitamente possível que o ente público ofendido (União, Estado-membro ou município) passe a fazer parte da lide penal, habilitando-se no processo na qualidade de assistente de acusação, o que depende de ser-lhe dado conhecimento acerca da instauração da ação penal.

Para tanto, necessário seja conferida vasta aplicação ao novo artigo 201 do Código de Processo Penal quando a ação penal versar sobre crime contra a Administração Pública, pois nesses casos ainda se adota a sistemática anterior à mudança legislativa em que, na ação pública, a vítima não necessitaria ser intimada de qualquer ato processual, salvo se estivesse habilitada como assistente de acusação.

Se tal procedimento não passar a ser adotado inarredavelmente a todos os delitos em que o Estado figura na condição de ofendido, ao ente público não restará outra alternativa senão o ajuizamento de nova ação cível de reparação de danos, em virtude da sistemática de separação entre as esferas civil e penal, ocasionando perda de eficiência da Administração Pública no que tange a sua pretensão reparatória.

3.2 A Execução Civil da Sentença Penal Condenatória pelo Estado

Sabendo-se que a jurisdição brasileira adotou o sistema da independência, em que as ações civil e penal devem ocorrer separadamente, quando se perfectibiliza um crime contra a Administração Pública a pretensão reparatória pertencente ao erário se exerce no juízo cível.

No entanto, a sentença penal condenatória possui natureza de título executivo, podendo ser executada na esfera civil, evitando-se nova discussão acerca do *an debeatur*, caso em que o ofendido possui legitimidade para a execução da sentença penal condenatória, sendo inclusive legitimado ordinário para executar eventual indenização que, inclusive, pode ser desde já fixada na sentença penal, segundo a lógica que rege o direito penal atual que coloca a vítima em um novo patamar.

Para que tal seja possível quando o ofendido for o Estado, o que ocorre nos crimes contra a Administração Pública, mister, antes de tudo, seja cientificado seu Procurador da instauração da ação penal.

Pela nova sistemática do Código de Processo Penal, deve o ofendido ser cientificado de todos os atos do processo penal, a fim de que, se desejar, habilite-se como assistente de acusação, podendo, ainda, o juiz, ao prolatar a sentença, fixar valor mínimo de indenização a ser paga à vítima do processo.

Quando o Estado é a vítima de um crime, o que se dá nos delitos praticados contra a Administração Pública, dentre outros crimes, como sonegação fiscal, tais normas devem ser aplicadas sem exceção, até mesmo porque, nesses crimes o desvalor do resultado é ainda mais censurável na medida em que resta lesada toda a coletividade.

Em delitos como o peculato, a concussão, a corrupção passiva, a prevaricação, a advocacia administrativa, o abandono de função (crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública), a corrupção ativa, o impedimento, perturbação ou fraude de concorrência (crimes praticados por particular contra a Administração Pública), a denúncia caluniosa, a fraude processual (crimes contra a Administração da Justiça), a contratação de operação de crédito e a ordenação de despesa não autorizada (crimes contra as Finanças Públicas) é bastante comum que figure como sujeito passivo o Estado-membro.

Quando tal ocorrer, propõe-se em cumprimento estrito ao que dispõe o artigo 201 do CPP seja cientificado o Estado, na pessoa de seu Procurador-Geral, a fim de que seu órgão figure na ação penal na qualidade de assistente de acusação, com vistas a reforçar o polo ativo da ação penal e, posteriormente, executar no juízo cível a sentença penal, que já deverá fixar valor mínimo de indenização.

Para tanto, mister organizem-se as Procuradorias dos Estados e ampliem o campo de atuação das Procuradorias de Probidade Administrativa, com vistas à persecução não somente dos atos ímprobos do administrador público, mas a toda e qualquer lesão ao erário decorrente da prática de ilícito penal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos crimes praticados contra a Administração Pública, o Estado é sujeito passivo formal e material do delito. Enquanto sujeito passivo formal, é o detentor do direito de punir e representado pelo Ministério Público, que possui pretensão de natureza repressiva. Enquanto sujeito passivo material, o Estado é a vítima do crime, com pretensão de natureza indenizatória frente aos danos ocasionados ao erário, sendo representado por órgão pertencente à Advocacia Pública.

Mesmo naquelas hipóteses em que o Estado é o ofendido pela prática de um crime, sabe-se que tradicionalmente, a vítima sempre ocupou posição coadjuvante no processo penal, o que decorre do entendimento segundo o qual o crime lesa muito mais a sociedade do que sua vítima imediata. Tal tradição vem sendo modificada gradativamente, esteira na qual se assentam algumas das modificações oportunizadas pela reforma do Código de Processo Penal dentre as quais a obrigatoriedade de cientificação do ofendido de todos os atos processuais e a necessidade de fixação, na própria sentença penal condenatória, de valor indenizatório mínimo ao ofendido.

Tais mudanças legislativas devem ser aplicadas de forma inarredável nas ações penais por crime contra a Administração Pública, devendo o Estado ser cientificado de sua instauração e/ou de todos os atos processuais

subsequentes, com vistas a figurar como assistente de acusação e, tendo conhecimento da prolação da sentença, utilizá-la como título executivo judicial, no juízo cível, sem que haja necessidade de propositura de *Actio Civilis ex Delicto* prévia, dispensando-se a discussão do *an debeat*.

Em sendo adotada esta sistemática, tendo em vista a independência das esferas civil e penal, tal providência vai ao encontro do princípio da eficiência na Administração Pública, porque o Estado pode ver-se ressarcido dos prejuízos causados pelo crime, mediante o ajuizamento de uma demanda executória, podendo executar o valor mínimo fixado na sentença penal condenatória, com a possibilidade, ainda, de liquidar dano eventualmente sofrido e que não esteja comportado pela condenação penal, se entender que a mesma não foi suficiente.

Nesse sentido, propõe-se que quando a ação penal versar sobre crimes praticados contra a Administração Pública Estadual, a cientificação (obrigatória nos termos do Código de Processo Penal) deve se dar na pessoa do Procurador-Geral do Estado, que se fará representar por um de seus órgãos, razão pela qual devem as Procuradorias dos Estados organizarem-se com vistas à especialização na matéria em epígrafe.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 5. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no direito penal. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

O DEVER DE CONTINGENCIAMENTO ESTABELECIDO NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – TENSÃO ENTRE O EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO E A INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES

Melissa Guimarães Castello¹

Recebido em: 20.8.2015
Aprovado em: 07.10.2015

Resumo: O presente artigo se debruça sobre o artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, para analisar o dever de contingenciamento de despesas. Nos termos desse artigo, quando a arrecadação se revela menor do que o originalmente orçado, todos os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária devem reduzir suas despesas. Mas o que ocorre se algum desses órgãos não contingencia as despesas? A partir da análise da escassa jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema, o artigo aborda as alternativas disponíveis ao Poder Executivo, para exigir dos demais órgãos dotados de autonomia orçamentária o cumprimento do artigo 9º.

Abstract: This paper assesses article nine of the Brazilian Fiscal Responsibility Act, to analyze the duty of reducing expenses. According to article nine, when the revenue is lower than the originally budgeted, all the Powers and governmental departments which have budget autonomy shall reduce their expenses. But what happens if one of these departments does not cut its expenses? Analyzing the few precedents from the Supreme Court and the Superior Court of Justice, the paper evaluates the alternatives that the Executive Power has to demand that all other departments with budget autonomy obey article nine.

¹ Procuradora do Estado da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela University of Oxford. Especialista em Direito Internacional pela UFRGS.

Palavras-chave: Lei de responsabilidade Fiscal, contingenciamento, equilíbrio orçamentário, separação dos Poderes.

Keywords: Fiscal Responsibility Act, reduction of expenses, state's budget equilibrium, separation of Powers.

Sumário: 1 Introdução. 2 Normas que regulamentam o dever de contingenciamento. 3 A Jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o dever de contingenciamento. 3.1 A ADI nº 2.238-5. 3.2 As Decisões sobre a participação dos demais Poderes na elaboração das leis de diretrizes orçamentárias. 3.3 As decisões que determinam a adequação do duodécimo à receita efetivamente realizada. 4 Formas de assegurar o contingenciamento por todos os gestores de recursos públicos. 5 Conclusões. Referências

1 INTRODUÇÃO

A Lei Complementar 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, pretendeu modernizar o sistema de regras que disciplina a gestão de recursos públicos. Em apertada síntese, esta lei determina que os gestores públicos devem obedecer a metas de geração de receitas, bem como a limites pré-estabelecidos no que toca às despesas públicas.

O art. 4º, parágrafo 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) disciplinou as metas de arrecadação. Segundo este parágrafo, “integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, ...”. Por consequência, todos os anos, quando o Poder Legislativo aprova a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) proposta pelo Poder Executivo, aquele analisa e legisla sobre as metas de arrecadação impostas para o exercício financeiro subsequente.

Ciente de que estas metas nem sempre serão atingidas pelos órgãos de arrecadação, o legislador previu um mecanismo para readequação do orçamento quando as metas do Anexo de Metas Fiscais não fossem alcançadas. O art. 9º da Lei Complementar 101/2000 determina que “se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal

estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”. Ou seja, caso as metas de arrecadação estipuladas na lei de diretrizes orçamentárias não possam ser alcançadas, os gestores de recursos públicos deverão adequar seus orçamentos, reduzindo proporcionalmente as despesas.

Este mecanismo, que é conhecido como dever de contingenciamento, é o objeto do presente artigo. O tema abordado é de especial relevância no presente momento, em que a crise financeira pela qual vem passando o país está se agravando: no ano de 2015 as metas de arrecadação traçadas em 2014 não serão alcançadas, uma vez que a economia se desacelerou rapidamente, de forma que não podia ser prevista quando da feitura das leis de diretrizes orçamentárias. Portanto, o contingenciamento de despesas é essencial, como forma de assegurar o equilíbrio orçamentário.

Nos termos do já citado artigo 9º, todos os Poderes e o Ministério Público têm o dever de contingenciar suas despesas. Considerando-se que hoje há outros órgãos do Estado que são dotados de autonomia orçamentária – tais como os Tribunais de Contas e as Defensorias Públicas – é inequívoco que a estes também se impõe o dever de contingenciar despesas, motivo pelo qual parece mais adequado falar em “órgãos dotados de autonomia orçamentária”, e não exclusivamente em Poderes.

A principal dificuldade do dever de contingenciamento diz respeito à relação entre os órgãos dotados de autonomia orçamentária: como assegurar que todos estes órgãos limitarão seus empenhos e despesas? Este artigo analisa especificamente os meios jurídicos de garantir o contingenciamento, não só pelo Poder Executivo, como também pelos demais Poderes, assegurando-se, de outro lado, a independência e autonomia dos referidos órgãos.

Para tanto, se inicia o estudo a partir da apresentação das normas atinentes ao dever de contingenciamento, passando-se pela análise da interpretação dada pelas Cortes Superiores ao art. 9º, para, por fim, analisar as formas de imposição do contingenciamento a todos os gestores de recursos públicos.

2 NORMAS QUE REGULAMENTAM O DEVER DE CONTINGENCIAMENTO

O principal dispositivo que impõe o contingenciamento de despesas aos órgãos públicos é o *caput* do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, transcrito acima. Este artigo está inserido na seção IV do capítulo II da referida lei, em que se legisla sobre execução orçamentária e cumprimento de metas.

Nos termos do art. 9º, os Poderes e o Ministério Público devem limitar os empenhos e movimentações financeiras, se for verificado, ao final do primeiro bimestre do exercício financeiro, que a realização da receita foi aquém dos valores estimados no Anexo de Metas Fiscais da lei de diretrizes orçamentárias. Dessa forma, o contingenciamento só pode ser ordenado a partir do segundo bimestre do exercício financeiro. Antes disso, não há prazo hábil para verificar se efetivamente a arrecadação será inferior à estimada.

O contingenciamento é sempre uma medida temporária, imposta para evitar o desequilíbrio momentâneo das contas públicas. Por esse motivo, se a realização da receita tornar a crescer ao longo do exercício financeiro, o ordenador de despesas poderá voltar a efetuar, ainda que parcialmente, as despesas originalmente orçadas. Esta é a regra estabelecida pelo § 1º do art. 9º.

Outra particularidade das regras estabelecidas pelo art. 9º é que o contingenciamento será efetuado “segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”. Essa regra é coerente com o art. 4º da LRF, que atribui à LDO o papel de dispor sobre o equilíbrio entre receitas e despesas. Se à lei de diretrizes orçamentárias compete assegurar esse equilíbrio, esta lei naturalmente deverá definir o que fazer quando o equilíbrio for ameaçado.

Portanto, para bem compreender como deverá ser feito o contingenciamento, é imperativo analisar o que foi determinado pela LDO em vigor. A título de exemplo, são analisadas as regras sobre contingenciamento da lei de diretrizes orçamentárias do Estado do Rio Grande do Sul para 2015 (Lei Estadual 14.568/14):

Art. 25. Se for necessário efetuar a limitação de empenho e a movimentação financeira de que trata o art. 9.º da Lei Complementar Federal n.º 101/00, o Poder Executivo apurará o montante necessário e informará aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

Parágrafo único. O montante da limitação a ser procedida pelos Poderes do Estado, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública será proporcional à participação de cada um no total da despesa orçamentária primária.

Art. 26. A base contingenciável corresponde ao total da despesa orçamentária primária, excluídas:

I - as vinculações constitucionais e legais, nos termos do § 2.º do art. 9.º da Lei Complementar Federal n.º 101/00 e do art. 28 da Lei Complementar Federal n.º 141, de 13 de janeiro de 2012;

II - as despesas com o pagamento de precatórios e sentenças judiciais de pequeno valor;

III - as despesas com pessoal e encargos sociais; e

IV - as despesas primárias financiadas com as Fontes de Recursos Convênios, Transferências Obrigatórias, Operações de Crédito Internas e Operações de Crédito Externas.

A LDO/RS 2015, no seu art. 25, não chegou propriamente a estabelecer critérios que devem ser adotados pelos Poderes para proceder à contenção de empenhos, mas simplesmente determinou que a limitação será proporcional à participação de cada órgão no total da despesa. Por consequência, a LDO deu ampla liberdade aos Poderes para promoverem a limitação de empenhos da forma que lhes for mais conveniente².

² Há dois mecanismos de contenção de empenhos: o contingenciamento, que consiste no bloqueio, por parte do órgão que centraliza as autorizações de empenho, das despesas de determinadas unidades; e o corte linear, em que todos os órgãos e setores são atingidos na mesma proporção (CRUZ, Flávio da; VICCARI JR., Adauto; HERZMANN, Nélío. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 7ª ed. SP: Atlas, 2011, p. 41). Nos moldes da LDO/RS 2015, compete ao chefe do Poder optar pela técnica de

Andou bem a legislação gaúcha nesse particular, pois assegurou a autonomia de cada um dos Poderes e do Ministério Público. Se for necessário o contingenciamento, cada um dos chefes dos Poderes deverá publicar ato em que define o que contingenciar, conforme leciona Carlos Valder do Nascimento:

Na hipótese de materialização dessa ocorrência [necessidade de limitar o empenho], há de ser fixado o montante a ser tornado indisponível para empenho e movimentação financeira. Competirá ao chefe de cada Poder publicar ato esclarecendo os montantes que seus órgãos terão como limite de movimentação e empenho.³

No art. 26 da LDO/RS 2015 são arroladas as despesas que não podem ser contingenciadas. Ao enumerar estas despesas, a LDO/RS nada mais fez do que dar fiel cumprimento ao § 2º do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, segundo o qual não podem ser limitadas as despesas decorrentes de obrigações constitucionais, as destinadas ao pagamento do serviço da dívida e as ressalvadas pela LDO.

Deve ser destacado que o inciso III do art. 26 da LDO/RS exclui da base contingenciável as despesas com pessoal. Essa exclusão é de especial relevância para a análise da questão aqui proposta: parcela substancial das despesas dos órgãos dotados de autonomia orçamentária é decorrente de despesas com pessoal, e estas não podem ser contingenciadas. Não obstante, o contingenciamento deverá ser “proporcional à participação de cada um no **total** da despesa orçamentária primária” (grifamos), nos termos do art. 25. Por consequência, os órgãos dotados de autonomia orçamentária teriam que reduzir drasticamente suas despesas com outras finalidades – que não o pagamento da folha de pessoal – a fim de alcançar o montante que precisa ser contingenciado. Hipoteticamente, se a necessidade de contingenciamento for muito elevada, estes órgãos se veriam impedidos de efetuar qualquer despesa de outra natureza, a fim de

contenção de empenhos que for mais adequada à sua realidade orçamentária.

³MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 5ª ed. SP: Saraiva, 2011, p. 111.

alcançar o montante a ser contingenciado.

Uma solução mais adequada para evitar esse problema parece ser a adotada pela União na sua lei de diretrizes orçamentárias. A Lei Federal 13.080/15 trata do contingenciamento no seu art. 52, segundo o qual o Poder Executivo deve apurar o montante a ser contingenciado, e informar aos demais órgãos dotados de autonomia orçamentária. No parágrafo 1º do referido artigo se estabelece o critério de rateio dos valores que seriam contingenciados: o montante da limitação “será estabelecido de forma proporcional à participação de cada um no conjunto das dotações orçamentárias iniciais classificadas como despesas primárias **discricionárias**” (grifamos). Desse modo, naqueles órgãos em que as despesas obrigatórias – dentre as quais as despesas com pessoal – forem mais significativas, o contingenciamento será proporcionalmente menor, evitando-se o risco indicado acima.

A lei federal vai além, detalhando minuciosamente quais despesas discricionárias podem ser contingenciadas, como se depreende da leitura da íntegra do parágrafo 1º, em conjunto com o art. 7º da LDO, aos quais se remete. Esse nível de detalhamento certamente deixa o processo de contingenciamento mais transparente e previsível, permitindo aos chefes de cada Poder ou órgão dotado de autonomia orçamentária conhecer, de antemão, quais despesas podem ser limitadas. Por outro lado, a Lei Federal 13.080/15 não invade a esfera de independência dos demais Poderes, pois, ainda que arrole quais despesas podem ser contingenciadas, permite que o chefe do Poder opte por contingenciar qualquer despesa, dentre aquelas previamente arroladas.

Voltando ao artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, resta analisar seu parágrafo 3º, que é exatamente a norma que pretendia assegurar que os órgãos dotados de autonomia orçamentária cumprissem a obrigação de contingenciamento. Segundo esse parágrafo, “no caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no *caput*, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”. Essa norma foi declarada inconstitucional na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.238-5, conforme analisado no tópico a seguir.

3 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O DEVER DE CONTINGENCIAMENTO

A jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o dever de contingenciamento volta-se, primordialmente, para a solução do conflito entre a obrigação de contingenciar, de um lado, e o equilíbrio e autonomia entre os Poderes, de outro. Há alguns julgados em que se debate a forma de assegurar esta composição de princípios, e a análise destes acórdãos é crucial para responder ao problema identificado no presente artigo.

3.1 A ADI n° 2.238-5

O ponto de partida da análise deve ser o julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.238-5, que teve seu acórdão publicado em 11/09/2008⁴. Até a presente data não houve o julgamento definitivo da Ação Direta, na qual se questionou a constitucionalidade total da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como de diversos dos seus artigos, isoladamente. Em sede de Cautelar, declarou-se a inconstitucionalidade total ou parcial dos seguintes artigos: 9º, § 3º; 12, § 2º; 21, inciso II; 23, §§ 1º e 2º; 56; 57; e 72.

O mecanismo previsto no parágrafo terceiro do art. 9º da LRF, que autorizava o Poder Executivo a limitar os valores despendidos pelos demais Poderes, no caso em que estes não promovessem o contingenciamento no prazo de trinta dias, foi declarado inconstitucional pela Medida Cautelar em ADI n° 2.238-5. A sessão de julgamento em que essa inconstitucionalidade foi reconhecida ocorreu em 22/02/2001, e a decisão foi unânime. A norma foi considerada inconstitucional porque se entendeu que haveria indevida ingerência do Poder Executivo sobre os demais Poderes, na medida em que aquele Poder poderia limitar o orçamento dos demais.

⁴ ADI 2238 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-01 PP-00024 RTJ VOL-00207-03 PP-00950

Não obstante a decisão ter sido unânime, a análise da íntegra do acórdão revela que houve divergências e debates acerca da constitucionalidade do parágrafo 3º. O Ministro Ilmar Galvão, relator originário do processo, ao longo de seu voto afirmou que a norma seria constitucional, conforme se lê nas fls. 57-58 do acórdão:

7. **Art. 9º, § 3º**, que prevê a limitação, pelo Poder Executivo, de valores financeiros destinados aos Poderes Legislativo e Judiciário e ao Ministério Público, quando verificado que a realização da receita não comporta o cumprimento das metas, segundo os critérios estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Segundo a inicial, ocorre, aí, ofensa ao princípio da separação dos Poderes, que está ao amparo da norma do art. 60, § 4º.

O mal entendido é patente. O que se tem não é interferência do Poder Executivo nos outros Poderes, mas providência destinada a prevenir os efeitos de inobservância de limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, pelos meios suscetíveis de serem utilizados pelo primeiro, ou seja, a limitação dos valores financeiros. [...]

De indeferir-se, no caso, a medida cautelar.

Não constou do acórdão o motivo pelo qual o Ministro mudou de opinião, votando pela inconstitucionalidade do parágrafo 3º.

Nos debates orais, o Ministro Nelson Jobim, que votou pela inconstitucionalidade do parágrafo 3º, manifestou seu receio de que a regra do art. 9º, *caput*, fosse ineficaz sem o complemento do referido parágrafo: como assegurar que os órgãos dotados de autonomia orçamentária efetivamente contingenciarão suas despesas, quando instados pelo Poder Executivo? Esta pergunta foi respondida pelo Ministro Sepúlveda Pertence nas fls. 169-170 do acórdão: pelas “vias constitucionais próprias”. Portanto, resta evidente a possibilidade de garantir o contingenciamento através de tutela jurisdicional.

Em caso semelhante, aliás, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que a administração financeira do Poder Judiciário pode – e deve – ser objeto de controle, seja pela fiscalização dos Tribunais de Contas e do

Legislativo, seja através do ajuizamento da ação pertinente. É o que constou na ementa da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 691, conforme segue:

Poder Judiciário: independência, autogoverno e controle. A administração financeira do Judiciário não está imune ao controle, na forma da Constituição, da legalidade dos dispêndios dos recursos públicos; sujeita-se, não apenas à fiscalização do Tribunal de Contas e do Legislativo, mas também às vias judiciais de prevenção e repressão de abusos, abertas não só aos governantes, mas a qualquer do povo, incluídas as que dão acesso à jurisdição do Supremo Tribunal (CF, art. 102, I, n). O que não admite transigências é a defesa da independência de cada um dos Poderes do Estado, na área que lhe seja constitucionalmente reservada, em relação aos demais, sem prejuízo, obviamente, da responsabilidade dos respectivos dirigentes pelas ilegalidades, abusos ou excessos cometidos.⁵

Portanto, levando-se em conta a decisão proferida pela Suprema Corte na ADI/MC 2.238-5, em conjunto com o precedente transcrito acima, pode-se afirmar que os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária – quando instados a tanto pelo Poder Executivo – têm o dever de contingenciar as despesas, com base no art. 9º, *caput*, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Caso deixem de cumprir este dever, caberá ao interessado – possivelmente, o Poder Executivo – não só tomar as medidas cabíveis junto ao Tribunal de Contas, como também ajuizar eventual ação contra o administrador do Poder que não tenha contingenciado as despesas.

Contudo, passados mais de quinze anos desde a entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal, não se identificou um único caso perante os Tribunais Superiores em que um dos Poderes pretendesse exigir do outro o cumprimento do dever de contingenciamento, a demonstrar que o receio indicado pelo Ministro Nelson Jobim na ADI/MC 2.238-5 era

⁵ ADI 691-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 22-4-1992, Plenário, DJ de 19-6-1992.

fundado: sem o parágrafo 3º, que lhe dá coercibilidade, o *caput* do art. 9º da LRF é ineficaz.

Percebe-se, portanto, que a decisão que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do art. 9º da LRF, proferida na Medida Cautelar em ADI nº 2.238-5, ainda que tenha sido proferida por unanimidade, não foi isenta de debates entre os Ministros. E mais, esta decisão foi proferida sem uma análise aprofundada do tema – o que é natural em sede de Medida Cautelar –, poucos meses depois da entrada em vigor da Lei Complementar 101/2000. Hoje, depois de um período em que o direito financeiro avançou a passos largos, seria interessante o reexame desta decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3.2 As Decisões sobre a Participação dos Demais Poderes na Elaboração das Leis de Diretrizes Orçamentárias

Sob uma perspectiva ligeiramente diferente, o Supremo Tribunal Federal já proferiu algumas decisões em que declarou que é obrigatória a participação de todos os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária na elaboração da lei de diretrizes orçamentárias. Isso porque a LDO serve de parâmetro para que os órgãos dotados de autonomia orçamentária elaborem seus orçamentos anuais. Logo, estes devem ter alguma ingerência no processo de elaboração da LDO, para que esta atenda às suas necessidades de custeio e investimento.

A Constituição da República é expressa, ao determinar a elaboração conjunta da LDO, como se lê no art. 99, parágrafo 1º: “Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias”. Segundo Eugênio Greggianin, essa regra é extensiva ao orçamento do Ministério Público⁶. Idêntico é o entendimento do STF, conforme decidido

⁶ GREGGIANIN, Eugênio. A Lei de Responsabilidade Fiscal e as Despesas Orçamentárias dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público. *Cadernos Aslegis*, v. 4, n. 11, maio/ago 2000, fl. 25

na ADI nº 4.356⁷.

Greggianin afirma, também, que não fica estabelecida a forma de participação dos Poderes na elaboração da LDO, pois a expressão “limites estipulados conjuntamente”, do parágrafo 1º, “pode ser interpretada no sentido de que a LDO estabelece limites para todos os Poderes, ou então no sentido de que a fixação dos referidos limites nessa Lei dependeria de ato prévio e conjunto (consensual!) entre os Poderes”⁸.

O STF acabou se inclinando pela segunda interpretação sugerida por Greggianin, como se depreende da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.426, relatada pelo Ministro Dias Toffoli. Na ementa do acórdão se lê o quanto segue:

A participação necessária do Poder Judiciário na construção do pertinente diploma orçamentário diretivo, em conjugação com os outros Poderes instituídos, é reflexo do status constitucional da autonomia e da independência que lhe são atribuídas no art. 2º do Diploma Maior. Esse é o entendimento que decorre diretamente do conteúdo do art. 99, § 1º, da CF.⁹

Em sentido semelhante, na já citada ADI nº 4.356, julgada em conjunto com a ADI 4.426, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a LDO “é o meio normativo próprio (idôneo) para a imposição de eventual contensão de gastos” dos órgãos dotados de autonomia orçamentária. Nos dois casos citados houve uma limitação, por lei ordinária posterior à elaboração da LDO, das dotações orçamentárias do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente. Os artigos da lei em questão que impactavam nos orçamentos do Poder Judiciário e do Ministério Público foram declarados inconstitucionais.

Cabe mencionar, também, as decisões proferidas nas Medidas

⁷ ADI 4356, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011, DJe-088 DIVULG 11-05-2011 PUBLIC 12-05-2011 EMENTVOL-02520-01 PP-00022.

⁸ GREGGIANIN. A Lei de Responsabilidade Fiscal..., fl. 25.

⁹ ADI 4.426, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 9-2-2011, Plenário, DJE de 18-5-2011

Cautelares em ADIs 810 e 848, relatadas pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek, respectivamente. Nestes acórdãos, o STF, já em 1993, determinou a participação obrigatória do Poder Judiciário na elaboração das LDOs. Mais especificamente, na ADI 810 a lei de diretrizes orçamentárias impugnada fixava um limite, estabelecido em percentual, dos recursos orçamentários a serem destinados ao Judiciário. Nos termos do voto do Ministro Relator, a fixação deste limite “em princípio, coexiste bem com o preceito da Carta Federal, a não ser pelo fato de que isso foi fixado à revelia do Poder Judiciário local”¹⁰. Portanto, fica claro que, para que a LDO possa ter qualquer ingerência no orçamento do Poder Judiciário, este deve participar do seu processo de elaboração. Não chegou a haver julgamento definitivo das Ações Diretas, por perda de objeto, já que as leis de diretrizes orçamentárias têm vigência anual.

As decisões do STF são interessantes para a construção do raciocínio apresentado nesse artigo, pois deixam claro que todos os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária têm – ou devem ter – alguma ingerência no processo de redação da lei de diretrizes orçamentárias. Por consequência, estes órgãos têm conhecimento prévio das normas previstas na LDO atinentes ao contingenciamento de despesas, podendo sugerir alterações na redação dessas normas.

Portanto, caso percebam que eventual determinação de contingenciamento inviabilizaria as obrigações financeiras essenciais do órgão ou Poder, os órgãos dotados de autonomia orçamentária devem negociar com o Poder Executivo a alteração das normas sobre limitação de despesas, antes mesmo do envio do projeto de LDO ao Poder Legislativo. Caso não exerçam esse direito, não podem arguir que não têm condições para limitar os empenhos, se assim solicitados pelo Poder Executivo, nos moldes previstos no art. 9º da LRF, em conjunto com as regras da LDO anual.

¹⁰ ADI 810 MC, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/1992, DJ 19-02-1993 PP-02032 EMENT VOL-01692-02 PP-00335, fl. 340; ADI 848 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/03/1993, DJ 16-04-1993 PP-06431 EMENT VOL-01699-02 PP-00348.

3.3 As Decisões que Determinam a Adequação do Duodécimo à Receita Efetivamente Realizada

Um terceiro grupo de decisões relevantes à análise efetuada nesse artigo se origina no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ao analisar casos em que o Poder Executivo repassou aos demais Poderes duodécimos em valor inferior ao originalmente orçado, esse Tribunal, em mais de uma ocasião, entendeu que é correto o repasse de duodécimos a menor, quando a receita real for inferior à prevista na Lei Orçamentária Anual (LOA).

É o que se depreende do acórdão proferido no Recurso Especial nº 189.146/RN, julgado por unanimidade. Na decisão, os Ministros limitaram o duodécimo de uma Câmara Municipal à receita concretizada, como se lê na ementa:

2. A liberação contemplada no artigo 168, Constituição Federal, não é desordenada. Obedece ao sistema de programação de despesa, efetivando-se em favor da Câmara Municipal de forma parcelada em duodécimos, estabelecidos mensalmente e conformados à receita concretizada realmente mês a mês. Esse critério permite o equilíbrio, de modo que não sejam repassados recursos superiores a arrecadação ou com o sacrifício das obrigatórias despesas da responsabilidade do executivo. A liberação ou repasse não tem por base única a previsão orçamentária, devendo ser considerada a receita real. ...¹¹

Idêntica é a orientação proferida no Recurso em Mandado de Segurança nº 10.181/SE, em que o STJ decidiu que “o quantum a ser efetivado [do duodécimo] deve ser proporcional à receita do ente público, até porque não se pode repassar mais do que concretamente foi arrecadado”¹². Não se identificou recurso ao STF em nenhum dos

¹¹ REsp 189.146/RN, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2002, DJ 23/09/2002, p. 228

¹²RMS 10.181/SE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/11/2000, DJ 05/02/2001, p. 72.

dois casos, restando consolidadas as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Agravo em Recurso Especial nº 445.142/RO¹³ e o Recurso especial nº 318.085¹⁴ levaram ao STJ casos semelhantes, e poderiam gerar uma jurisprudência mais atual daquela Corte sobre o tema. Contudo, esses recursos acabaram tendo seus seguimentos negados, pois no primeiro caso o recorrente não prequestionou adequadamente a matéria; e no segundo caso não foi demonstrada a divergência jurisprudencial.

No Agravo de Instrumento nº 1.160.946/MG também se debateu se o valor do duodécimo deveria tomar por base a receita realizada ou a prevista. O Tribunal *a quo* entendeu que o parâmetro deveria ser a receita realizada, e o STJ não decidiu a questão, pois, da forma como abordada a matéria pelo recorrente, esta seria de índole exclusivamente constitucional¹⁵. Não se identificou recurso para o STF.

Dessa forma, a orientação do STJ, ainda que antiga, não foi modificada em julgados mais recentes. As decisões do Superior Tribunal de Justiça são coerentes com o princípio do equilíbrio orçamentário, na medida em que permitem a revisão das despesas no momento em que se percebe que a meta de arrecadação será frustrada.

Ricardo Lobo Torres classifica o equilíbrio orçamentário como princípio constitucional de legitimação, pois ele penetra em todos os princípios específicos. O autor define o princípio como “a equalização de receitas e de gastos, harmonia entre capacidade contributiva e legalidade e entre redistribuição de rendas e desenvolvimento econômico”¹⁶, e esclarece que a Constituição não o proclama explicitamente, mas o recomenda em

¹³ AREsp 445.142/RO, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, decisão monocrática, DJ 06/12/2013.

¹⁴ REsp 318.085, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, decisão monocrática, DJ 25/08/2008.

¹⁵ AI 1.160.946/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, decisão monocrática, DJ 06/08/2009.

¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. V, 3ª ed. RJ: Renovar, 2008. p. 173-174.

diversos dispositivos. O equilíbrio deve ser viabilizado pela legislação ordinária, no entender de Torres¹⁷.

O equilíbrio orçamentário norteia todo o sistema implementado pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Na linguagem do art. 1^a, § 1^o, da Lei Complementar 101/2000, “a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas”. É bem o que ocorre quando se repassa os duodécimos de acordo com a receita real: são corrigidos os desvios capazes de afetar o equilíbrio orçamentário.

Percebe-se, portanto, que a orientação do Superior Tribunal de Justiça é coerente não só com o princípio constitucional do equilíbrio orçamentário, como também com o sistema vigente desde a publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O STF tem orientação divergente da do STJ. Em julgados que abordam o atraso no repasse dos duodécimos, a Suprema Corte decidiu que o art. 168 da Constituição – que estipula uma data certa para o repasse dos duodécimos aos órgãos dotados de autonomia orçamentária – é uma “garantia de independência, que não está sujeita à programação financeira e ao fluxo da arrecadação”¹⁸. Portanto, ordenou que o Poder Executivo efetuasse o repasse no prazo constitucional, independentemente de haver disponibilidade financeira para tanto¹⁹.

¹⁷ *Idem*, p. 182.

¹⁸ STF, MS 21.450/MT, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, DJ 20-04-1992. Vide também: STF, MS 21.291/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 17-04-1991; STF, MS 23267, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003 PP-00092 EMENT VOL-02110-02 PP-00295; STF, AI 322399 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012.

¹⁹ Ricardo Lobo Torres denuncia o abuso do Poder Judiciário na interpretação do art. 168 da Constituição, conforme segue: “A medida [art. 168] traz em si nítida reação contra a centralização financeira do período autoritário. Mas caiu, pendularmente, no exagero oposto. Houve abuso na interpretação do art. 168 pelo Judiciário e pelo Legislativo, que entenderam ser o dia 20 o do pagamento dos vencimentos de seus funcionários, e não o da transferência de recursos.” (*op. cit.*, p. 455).

Não se identificou nenhum acórdão do STF que se debruçasse especificamente sobre a questão do repasse de duodécimos proporcionalmente à receita realizada. Contudo, há decisões monocráticas deferindo liminares, para determinar o repasse de acordo com a receita prevista na lei orçamentária, e não com a receita efetivamente realizada²⁰. Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal nitidamente se afasta do princípio do equilíbrio orçamentário, pois exige a realização de despesas em montante superior à receita.

Entretanto, a decisão da Ação Originária nº 1.079/RO traz um argumento interessante para justificar a orientação do STF: o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal estipula rito próprio para que se efetue a limitação de despesas, o qual deve ser seguido pelo Poder Executivo²¹. De fato, havendo rito próprio para o contingenciamento, não há razão para se afastar dele, ao contrário do que ocorreu nos casos indicados no parágrafo anterior.

Por consequência, conjugando-se todas as decisões analisadas neste tópico, percebe-se que o contingenciamento de despesas é instrumento colocado à disposição do Chefe do Poder Executivo, que deve ser utilizado para a manutenção do equilíbrio orçamentário. Não obstante, a forma de compatibilização deste instrumento com o princípio da separação dos Poderes está longe de ser tranquila. No tópico a seguir passa-se à análise de sugestões de como compatibilizar os dois princípios constitucionais.

4 FORMAS DE ASSEGURAR O CONTINGENCIAMENTO POR TODOS OS GESTORES DE RECURSOS PÚBLICOS

Conforme exposto na primeira parte desse artigo, é certo que os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária têm a obrigação

²⁰ STF, AO 1.935 MC/AP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, decisão monocrática, DJe 25/09/2014; STF, MS 31.671 MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 21/11/2012; STF, RE 299.262/RN, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ 22/10/2004.

²¹ STF, AO 1.079 MC/RO, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 16/06/2004.

legal de promover as limitações de empenho, com base no *caput* do art. 9º da Lei Complementar 101/2000, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. Para que essa limitação se torne cogente, contudo, deve o chefe do Poder Executivo seguir detalhadamente o rito previsto no mencionado artigo, que é complementado pela lei de diretrizes orçamentárias. Dessa forma, evita-se o efeito surpresa para os órgãos dotados de autonomia orçamentária, e não se afronta a autonomia financeira destes órgãos, pois todos teriam conhecimento prévio sobre a possibilidade de contingenciamento, na medida em que participaram da feitura da LDO, na forma da jurisprudência do STF analisada no tópico 3.2.

Assim, como aceitaram, ainda que tacitamente, a possibilidade de contingenciamento de despesas, espera-se que os órgãos dotados de autonomia orçamentária reduzam seus empenhos, se a tanto forem instados pelo Poder Executivo, na forma do art. 9º da LRF. Segundo Rubens Luiz Murga da Silva, em artigo que comenta o contingenciamento de despesas da União nos anos 2001 a 2003, logo após o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal os Poderes atenderam voluntariamente ao pleito do Poder Executivo Federal, reduzindo suas despesas²². Mas o que ocorre quando os órgãos dotados de autonomia orçamentária não atendem ao pleito do Poder Executivo?

Na eventualidade de um desses órgãos deixar de efetuar o contingenciamento de seus empenhos no prazo legal – 30 dias, nos termos do art. 9º da LRF – o Poder Executivo não pode efetuar o contingenciamento com base nos parâmetros da LDO, como originalmente previsto no parágrafo 3º do art. 9º da LRF, por força da decisão proferida na ADI/MC 2.238, em que se decidiu que este parágrafo afrontaria a autonomia financeira dos demais Poderes.

Na linha da decisão do STF, Carlos Roberto Paganella e outros defendem que o parágrafo 3º seria inconstitucional porque não pode haver qualquer preponderância do Poder Executivo em face dos demais

²² SILVA, Rubens Luiz Murga da. A lei de responsabilidade fiscal e a limitação da despesa na administração pública federal. *In Revista CEJ*, Brasília, n. 26, p. 73-74, jul/set. 2004.

órgãos de Estado²³. Não obstante, parece correto afirmar que, quando não ocorre o contingenciamento, acaba havendo a preponderância de todos os demais Poderes sobre o Executivo, pois todos se veem na plena execução de seus orçamentos, exceto o Executivo, que tem que arcar, sozinho, com os ônus decorrentes da frustração da receita originalmente orçada.

Nesse sentido, José Augusto Moreira de Carvalho, ao comentar o § 3º do art. 9º da LRF, afirma que “num primeiro estudo, parece exagerada a qualificação de superpoder, que insinuaria a dependência dos demais Poderes ao Executivo. Na verdade, a limitação dos valores financeiros deve seguir os critérios apresentados pela lei de diretrizes orçamentárias...”²⁴. Contudo, o autor reconhece que a existência de uma norma que permite a um Poder imiscuir-se no orçamento do outro poderia provocar discórdias e desentendimentos.

A fim de evitar esse desequilíbrio, restaria ao Poder Executivo a adoção de medida judicial contra o chefe do órgão que não contingenciou as despesas, por descumprimento do art. 9º da LRF, conforme mencionado pelo Min. Sepúlveda Pertence nos debates da ADI/MC 2.238. Nesse mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa e Afonso Ghizzo Neto afirmam que:

Aviva, pois, a necessidade de gestão compartilhada de dados fiscais, com vista à manutenção da credibilidade do ente estatal, podendo-se vislumbrar a necessidade de **insurgência, inclusive na via judicial, de um Poder sobre o outro**, objetivando a discussão sobre a legalidade de atos desprovidos de compatibilidade orçamentária, cabendo ao Poder Judiciário

²³ PAGANELLA, Carlos Roberto; MACIEL, Heriberto Roos; LIMBERGER, Têmis. Considerações Jurídicas sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal e Algumas Questões Atinentes ao Ministério Público. In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 43, p. 257, 2000.

²⁴ CARVALHO, José Augusto Moreira de. A Lei de Responsabilidade Fiscal sob a ótica dos princípios federativo e da separação de poderes. In *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 74, p. 64, Mai / 2007. DTR\2007\345

mediar a legitimidade das iniciativas e velar pelo fiel cumprimento da responsabilidade fiscal.²⁵

É de se questionar: essa medida judicial não causaria ainda mais discórdias e desentendimentos? A resposta parece ser afirmativa, e o fato de não se identificar nos Tribunais Superiores nenhuma ação judicial que tenha esse tema por objeto corrobora essa assertiva.

Para evitar a necessidade de propositura de uma ação judicial pelo Poder Executivo, a fim de garantir o cumprimento do art. 9º da LRF, deve-se retornar às decisões discutidas no tópico 3.3. Em uma interpretação apressada das decisões monocráticas do STF analisadas naquele tópico, poderia se concluir que, havendo o descumprimento do dever de contingenciamento, o Poder Executivo não poderia simplesmente reduzir os duodécimos para valor correspondente à receita efetivamente realizada, e não à receita orçada. Essa interpretação apressada deve ser desconstituída, pelos motivos apresentados a seguir.

Primeiramente, e como mencionado no tópico 3.3, o STJ entende legítimo o repasse dos duodécimos com base na receita efetivamente realizada, como forma de assegurar o equilíbrio orçamentário determinado pelo art. 1º, § 1º, da LRF. Por se tratar de matéria de índole legal, detalhadamente regulamentada na Lei de Responsabilidade Fiscal, seria sua a competência para julgar um eventual repasse de duodécimos a menor. Se inconstitucionalidade houvesse, esta seria meramente reflexa.

Em segundo lugar, a situação hipotética aqui analisada diverge dos casos julgados pelo STF, na medida em que o Poder Executivo teria seguido o rito previsto no art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal para o contingenciamento de despesas. Não obstante, o chefe do órgão dotado de autonomia orçamentária teria descumprido a regra do art. 9º. Portanto, não seria um simples corte de repasses, sem qualquer aviso prévio aos gestores de recursos públicos, mas uma reação ao descumprimento da lei por parte destes gestores.

Em terceiro lugar, o repasse dos duodécimos com base na receita

²⁵ *Apud* CRUZ. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*, p. 40 – grifamos.

efetivamente realizada diverge da limitação de empenhos prevista no § 3º do art. 9º da LRF, que foi declarado inconstitucional. Segundo esse parágrafo, o Poder Executivo seria “autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”. Note-se que a ingerência do Poder Executivo sobre os demais Poderes seria muito maior do que na situação hipotética em debate, pois a ele caberia se substituir ao órgão que descumpriu o dever de contingenciamento, definindo quais despesas seriam realizadas, e quais seriam contingenciadas. Havendo a simples redução dos repasses mensais, para assegurar o equilíbrio orçamentário, a ingerência nos demais Poderes é bem reduzida, pois compete ao chefe destes Poderes definir em que áreas ocorreria o corte de despesas.

Portanto, em uma situação extrema, de descumprimento do art. 9º da LRF pelos titulares dos órgãos dotados de autonomia orçamentária, poderia o Poder Executivo reduzir os repasses mensais, proporcionalmente à receita realizada, sem afrontar a orientação do STF na ADI/MC 2.238, segundo a qual o parágrafo 3º daquele artigo é inconstitucional. Nesse sentido, aliás, é a orientação de Weder de Oliveira:

Aliás, a partir do momento em que o Poder Executivo define o montante que compete a cada instituição limitar, seguindo as estritas regras da lei de diretrizes orçamentárias, **já estaria, pela LDO e pelo sistema da LRF, autorizado a reduzir os repasses financeiros, pois somente assim, com essa redução, seria viável o alcance da meta de resultado fiscal.** A limitação é legitimada pela comprovação de sua necessidade para o cumprimento da meta, ...²⁶

É provável, contudo, o questionamento judicial desse ato administrativo do Poder Executivo, restando em aberto como se posicionariam definitivamente os Tribunais Superiores.

²⁶ OLIVEIRA, Weder. *Curso de Responsabilidade Fiscal*. Vol. I. Belo Horizonte: Fórum. 2013. p. 787. Grifamos.

Portanto, em uma postura mais conservadora por parte do Poder Executivo, e diante da declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 9º da LRF na ADI/MC 2.238, a propositura de ação judicial por parte deste, pleiteando o contingenciamento, parece ser a única alternativa que restaria a este Poder, no caso de não cumprimento voluntário do art. 9º pelos demais órgãos dotados de autonomia orçamentária. Mas qual seria a medida judicial cabível?

A violação ao art. 9º, apesar de não ser tipificada dentre os crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H do Código Penal), pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, conforme o art. 73 da LRF, combinado com a Lei 8.429/92. Contudo, como já mencionado, não se identificou nenhum precedente nos Tribunais Superiores que tenha discutido especificamente essa situação.

Ademais, a conduta de “deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei” configura “infração administrativa contra as leis de finanças públicas”, punível com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, de sua responsabilidade pessoal. É o que está estipulado no art. 5º, inciso III, § 1º, da Lei 10.028/2000. Essa infração deve ser processada e julgada pelo Tribunal de Contas ao qual competir a fiscalização da pessoa de direito público envolvida, conforme o § 2º do mesmo artigo.

Tanto a ação de improbidade administrativa, quanto a imposição de multa pelo Tribunal de Contas são medidas que objetivam punir o gestor público pelo mau uso dos recursos, mas essas medidas não têm por escopo assegurar o imediato contingenciamento das despesas. Por consequência, a situação pontual daquele ente da Federação que pretende readequar suas despesas à nova realidade de uma receita realizada inferior à orçada não se resolve através dessas medidas.

Por outro lado, pode ser aventada a possibilidade de impetração de mandado de segurança ou ajuizamento de ação ordinária por omissão do chefe do Poder que não contingenciou as despesas, instrumento esse muito mais célere do que as duas medidas apresentadas acima. A ação teria por finalidade obter a ordem judicial de contingenciamento das despesas,

a qual deveria ser cumprida pelo chefe do Poder, sob pena de multa. Também almejaria a autorização para que o Poder Executivo, de pronto, efetuasse repasses financeiros menores, de acordo com os valores que devem ser contingenciados.

Curiosamente, a ingerência dessa medida sobre o orçamento do órgão dotado de autonomia orçamentária é igual ou maior do que a ingerência do Poder Executivo, nos casos em que este repassa os duodécimos proporcionalmente à receita realizada: o chefe do órgão acaba recebendo menos recursos financeiros, e ainda se vê compelido a cortar as despesas, sob pena de descumprir ordem judicial. Contudo, a ingerência, neste caso, parte do Poder Judiciário, que dá a ordem judicial, e não do Executivo. Retira-se, portanto, do Poder Executivo espaço para executar a atribuição que é sua por excelência, qual seja, a gestão dos recursos públicos²⁷.

5 CONCLUSÕES

Por todo o exposto, é evidente que a questão proposta é complexa, e que há mais de uma alternativa para compatibilizar o princípio do equilíbrio orçamentário com o princípio da independência e autonomia dos Poderes, no caso de necessidade de contingenciamento de despesas.

Em uma situação ideal, o Poder Executivo comunica aos órgãos dotados de autonomia orçamentária a necessidade de contingenciamento, e estes imediatamente cumprem as obrigações estipuladas pelo art. 9º da LRF, em conjunto com a LDO em vigor.

Contudo, essa situação ideal nem sempre ocorre, pois há casos em que o órgão não cumpre as obrigações previstas no art. 9º. Nesses

²⁷ Régis Fernandes de Oliveira, ao debater o § 3º do art. 9º da LRF, traz comentário pertinente sobre esta atribuição do Poder Executivo: “o que a lei está dispondo é sobre a competência do Executivo, que detém o controle do orçamento que, no caso de descumprimento de normas, tal como previsto na Lei de Diretrizes Orçamentárias, é que pode ele efetuar a redução” (*apud* CARVALHO. A Lei de Responsabilidade Fiscal sob a ótica dos princípios federativo e da separação de poderes).

casos, uma medida enérgica deve ser tomada para preservar o equilíbrio orçamentário. Não basta pleitear a futura punição do gestor público, tal como ocorre com o ajuizamento de ação de improbidade ou com a imposição de multa pelo Tribunal de Contas, pois estas medidas não equacionam o desequilíbrio orçamentário.

A solução originalmente dada pela Lei de Responsabilidade Fiscal em seu art. 9º, § 3º, parecia compatibilizar bem os princípios do equilíbrio orçamentário e da independência dos Poderes, pois havia a ingerência do Poder Executivo somente em casos de descumprimento da lei pelo outro órgão. Não obstante, acabou sendo declarada inconstitucional pelo STF.

A solução acolhida pelo STJ, de permitir o repasse dos duodécimos proporcionalmente à receita realizada, se usada exclusivamente nos casos de descumprimento do *caput* do art. 9º da LRF pelos órgãos dotados de autonomia orçamentária, também equilibra bem esses princípios, pois diminui o repasse de recursos, mas permite ao órgão a plena gestão dos recursos reduzidos.

Por fim, a solução que coloca todo o peso do processo decisório ao encargo do Poder Judiciário, com o ajuizamento de ação para garantir o cumprimento do art. 9º, também assegura o equilíbrio dos dois princípios. Ademais, essa certamente é a solução mais segura para o Poder Executivo, pois este divide o ônus político de impor o contingenciamento das despesas com o Poder Judiciário.

Não obstante, essa solução parece ser a menos adequada, pois o Judiciário acaba se substituindo ao Poder Executivo na gestão dos recursos públicos. Ademais, torna o procedimento de contingenciamento de despesas mais demorado, pois acresce a este o tempo necessário para o ajuizamento da ação e obtenção da tutela jurisdicional.

De qualquer forma, parece certo que a questão do contingenciamento de despesas dos órgãos dotados de autonomia orçamentária, da forma como vem sendo tratada, está causando um claro desequilíbrio entre os Poderes, na medida em que o único Poder que se vê obrigado a contingenciar as despesas é o Poder Executivo. Não se tem notícias de ordens que determinem o contingenciamento por parte dos demais, que acabam gastando recursos que não chegaram a ser arrecadados.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, José Augusto Moreira de. A Lei de Responsabilidade Fiscal sob a ótica dos princípios federativo e da separação de poderes. *In Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 74, p. 64, Mai/ 2007. DTR\2007\345.
- CRUZ, Flávio da; VICCARI JR., Adauto; HERZMANN, Nélcio. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 7ª ed. SP: Atlas, 2011.
- GREGGIANIN, Eugênio. A Lei de Responsabilidade Fiscal e as Despesas Orçamentárias dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público. *Cadernos Aslegis*, v. 4, n. 11, maio/ago 2000.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 5ª ed. SP: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, Weder. *Curso de Responsabilidade Fiscal*. Vol. I. Belo Horizonte: Fórum. 2013.
- PAGANELLA, Carlos Roberto; MACIEL, Heriberto Roos; LIMBERGER, Têmis. Considerações Jurídicas sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal e Algumas Questões Atinentes ao Ministério Público. *In Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 43, p. 237-294, 2000.
- SILVA, Rubens Luiz Murga da. A lei de responsabilidade fiscal e a limitação da despesa na administração pública federal. *In Revista CEJ*, Brasília, n. 26, p. 69-78, jul/set. 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. V, 3ª ed. RJ: Renovar, 2008.

OS INSTITUTOS DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Elisa Berton Eidt¹

Recebido em: 24.7.2015

Aprovado em: 14.10.2015

Resumo: O presente estudo trata da insuficiência do Poder Judiciário brasileiro como única alternativa para a solução de conflitos, bem como da utilização da mediação e da conciliação como meios de pacificação social. Trata ainda da viabilidade da aplicação da mediação e da conciliação no âmbito da Administração Pública, como forma de aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito e de propiciar o diálogo entre a Administração e o cidadão.

Palavras-chave: Judiciário - crise, Mediação; Conciliação; Administração Pública – princípios.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Judiciário em crise. 3 A mediação e a conciliação. 4 Composição de conflitos na administração pública. 5 Considerações finais. Referências

Abstract: This study deals with the failure of the Brazilian judiciary as the only alternative for conflict resolution, as well as the use of mediation and conciliation as a means of social pacification. Also discusses the viability of application of mediation and conciliation within Public Administration, in order to improve the democratic rule of law and to facilitate dialogue between the Administration and the citizen.

Keywords: Judiciary – crisis ; Mediation; Conciliation; Public Administration – principles.

¹ Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Mestranda em Direitos Humanos pela Unijuí. Especialista em Direito Público e em Direito Previdenciário. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

1 INTRODUÇÃO

O consagrado direito fundamental de acesso à justiça, garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXV), assume atualmente uma nova feição, diante da complexidade que emerge das relações oriundas de uma sociedade cada vez mais tecnológica, acelerada, dinâmica, massificada e em constante transformação. O poder judiciário, com sua função precípua de dirimir conflitos e de distribuir justiça, pede socorro e não mais esconde a sua incapacidade de lidar com as demandas que lhe demandam solução.

É possível afirmar que a constatação desta incapacidade advém de diferentes esferas: da sociedade em geral, daqueles que demandam o serviço judiciário, dos próprios juizes, do poder legislativo. É chegado o momento, portanto, de repensar alguns procedimentos, sejam de ordem processual, legal ou comportamental, a fim de alcançar maior satisfação àqueles que buscam uma solução para seu litígio e a fim de recuperar, obviamente, a eficiência de um serviço tão caro à democracia que é o poder judiciário.

A resolução de conflitos por outros meios que não o processo judicial e que prescindem, portanto, de uma autoridade estatal – o juiz – a impor a solução para o caso concreto – sentença –, vai ao encontro desta perspectiva de mudanças de paradigmas, sobretudo no que diz respeito ao melhor funcionamento do serviço judiciário e à elevação do nível de cidadania, conforme adiante demonstrará o presente trabalho. Serão abordados os conceitos dos institutos da mediação e da conciliação, bem como o tratamento legal que lhes é dispensado em âmbito nacional.

Em seguida, não se ignorará a questão do Poder Público em juízo, pois inviável a discussão sobre um melhor funcionamento do judiciário se não forem incluídas medidas que abranjam as demandas em que o Estado é parte, cujo número representa expressivo percentual dos processos que tramitam atualmente. Com efeito, da mesma forma que o acesso à justiça passa por um aperfeiçoamento do seu significado, denotando muito mais uma solução qualificada do litígio do que a simples interposição de uma ação, os princípios que regem a Administração Pública também devem ser reinterpretados à luz da Constituição e dos demais direitos fundamentais nela previstos.

2 O JUDICIÁRIO EM CRISE

O déficit de qualidade na prestação do serviço judiciário revela, indubitavelmente, a premente necessidade de se utilizarem outras formas de resolução de conflitos², reservando-se ao poder estatal aqueles que não prescindem de uma solução imposta por parte do juiz. A promulgação da Constituição de 1988 e a sua extensa relação de direitos e garantias contribuíram para o que se denomina “explosão de litigiosidade”, não acompanhada, no entanto, de um aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, tanto em sua gestão quanto em seu meio de acesso, o processo judicial.

A denominada Reforma do Judiciário, formalizada com a Emenda Constitucional 45, no ano de 2004, inseriu na Constituição diversos dispositivos com vistas a facilitar o acesso à Justiça, bem como a tornar mais ágil a tramitação do processo judicial. Com efeito, a razoável duração do processo é inserida no rol dos direitos fundamentais do art. 5º, e os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante permitem a racionalização da interposição de recursos perante o Supremo Tribunal Federal, bem como uma maior uniformidade na aplicação do direito entre os diversos órgãos que compõem o poder judiciário no Brasil. Além disso, é criado um órgão fiscalizador da Justiça (CNJ), de modo a cuidar, dentre outras atribuições, da gestão e da quantificação do trabalho jurídico produzido nos Tribunais.

Importante ressaltar que a obediência à garantia da razoável duração do processo já vinculava os operadores jurídicos antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional 45, eis que se trata de direito

² Conforme ensina Kazuo Watanabe, um dos idealizadores da Resolução 125 do CNJ: “O mecanismo predominantemente utilizado pelo nosso Judiciário é o da solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio de sentença do juiz. E a predominância desse critério vem gerando a chamada ‘cultura da sentença’, que traz como consequência o aumento cada vez maior da quantidade de recursos, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também dos Tribunais Superiores e até mesmo da Suprema Corte” (WATANABE, 2011, p. 381-389).

fundamental previsto no Pacto de San Jose de Costa Rica (1969), do qual o Brasil é signatário. No entanto, não obstante o elevado patamar legislativo a que foi alçada a referida garantia, os dados atuais demonstram que uma justiça célere e eficaz permanece como uma realidade distante daqueles que demandam a prestação jurisdicional.

Passados 10 (dez) anos da promulgação da Emenda, interessante analisar os dados trazidos pelo relatório Justiça em Números, ano 2014, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. O relatório aponta um crescimento da litigiosidade – incremento no número de processos tramitando, sem a contrapartida da redução do estoque, qual seja, o número de processos baixados não aumentou. Ainda, consta que houve aumento de investimento de pessoal e de estrutura do judiciário, com a conclusão de que tal incremento não resultou em uma maior produtividade³.

A realidade expressada pelos números do relatório resulta em uma consequência nefasta para a credibilidade do poder judiciário enquanto instituição. Um poder concebido em época de Revolução, para frear os impulsos do rei e de forma completamente submissa ao Parlamento⁴,

³ São as conclusões do Relatório: “Tramitaram aproximadamente 95,14 milhões de processos na Justiça, sendo que, dentre eles, 70%, ou seja, 66,8 milhões já estavam pendentes desde o início de 2013, com ingresso no decorrer do ano de 28,3 milhões de casos novos (30%). É preocupante constatar o progressivo e constante aumento do acervo processual, que tem crescido a cada ano, a um percentual médio de 3,4%. Some-se a isto o aumento gradual dos casos novos, e se tem como resultado que o total de processos em tramitação cresceu, em números absolutos, em quase 12 milhões em relação ao observado em 2009 (...) Desde o ano de 2011 o quantitativo de processos baixados é inferior ao de casos novos, ou seja, o Poder Judiciário não consegue baixar nem o quantitativo de processos ingressados, aumentando ano a ano o número de casos pendentes (...) A alta taxa de congestionamento é causada pela grande quantidade de processos pendentes na fase de execução da primeira instância, tendo em vista que a taxa de congestionamento é de aproximadamente 86% nessa fase, enquanto, na fase de conhecimento, o percentual cai para 60%”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso 16/05/2015.

⁴ O sistema jurídico do Brasil adota a tradição do *civil law*, originário da Revolução Francesa e com intensa preocupação quanto à separação dos poderes, conforme teoria

vê-se obsoleto, burocrático e emaranhado em um sem fim de diplomas normativos, ao passo que a sociedade contemporânea transmuta de forma acelerada e requer respostas céleres e eficazes para os conflitos que emergem deste dinamismo comportamental.

Pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, conforme relatório ICJBrasil (Índice de Confiança no Judiciário), referente ao 2º e ao 3º trimestre de 2014⁵ revela que “a má avaliação do judiciário como prestador de serviços públicos segue a tendência, já identificada nos períodos anteriores. Para 89% dos entrevistados o Judiciário é moroso, resolvendo os conflitos de forma muito lenta ou muito lentamente”. A pesquisa também aponta que o percentual dos entrevistados que confiam no judiciário alcançou o patamar de 29%. Ainda, que dentre as 11 (onze) instituições avaliadas, o judiciário assume a nona posição, considerado mais confiável apenas que o Congresso Nacional e os partidos políticos (que sempre ocupam a última posição).

Dessa forma, resta evidente que apenas reformas legislativas não são suficientes para dar ao poder judiciário a eficiência que lhe é exigida, visto se tratar de um serviço público à disposição da sociedade⁶. Faz-se necessária uma mudança de paradigmas, com a percepção de que o monopólio da jurisdição pelo Estado não torna o poder judiciário o único

de Montesquieu. Os juízes foram subordinados ao parlamento devido à desconfiança que geravam por sua proximidade com os senhores feudais. Os códigos, por sua vez, eram elaborados de forma a exaurir a regulação de quaisquer situações conflitivas, tudo de modo a limitar a atividade do juiz, a quem caberia apenas aplicar a lei (*bouche de loi*). A segurança e a certeza jurídica encontravam-se na lei. No entanto, alerta Luiz Guilherme Marinoni em seu excelente texto, “o passar do tempo mostrou a necessidade de munir os litigantes e o juiz de uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las” (MARINONI, 2009, p. 175-232).

⁵ Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>. Acesso 16/05/2015.

⁶ A Emenda Constitucional de 1988 inseriu o dever de eficiência entre os princípios da Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição.

meio de resolução de conflitos (PINHO, 2011, p. 219-235). A delegação da decisão para a autoridade togada, em todo e qualquer caso, é fruto de uma relação paternalista entre indivíduo e Poder Público⁷, cujas bases há muito não se sustentam perante um Estado Democrático e, por conseguinte, incapaz de tudo prover.

Abrem-se as possibilidades, então, para que outras formas de resolução de conflitos, tais como a mediação e a conciliação, ganhem espaço e a confiança da população. Tais institutos serão abordados no capítulo a seguir.

3 A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

A descortinada crise do poder judiciário acentua o movimento de incentivo na utilização de outros métodos de solução de litígios que não o tradicional, qual seja, o processo judicial. Por sua vez, a designação da mediação e da conciliação como métodos alternativos, conforme adverte Lília Maia de Moraes Sales, tem a ver com as possíveis alternativas de solução de controvérsias, e não com uma alternativa ao mau funcionamento do judiciário. Quer isto dizer que a mediação e a conciliação, assim como a negociação, a arbitragem e o poder judiciário, são “alternativas de solução de controvérsias, das quais a sociedade dispõe” (SALES, 2007, p. 40).

A atividade da conciliação já se encontra inserida no âmbito do processo judicial brasileiro, ao contrário da mediação. Com efeito, a audiência de conciliação possui previsão no atual Código de Processo Civil (rito sumário, art. 277, e audiência preliminar, art. 331) e constitui um dos pilares da criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, por meio da Lei 9.099/95. Quanto à mediação, começou-se a falar deste instituto, de maneira normativa, a partir da Resolução 125, de 29 de novembro de

⁷ Enaltecendo o valor humano como destinatário do processo judicial, chama a atenção Cândido Dinamarco para “o resultado da secular intuição de que a indiscriminada intromissão estatal nas situações correntes entre os indivíduos traria em si o seríssimo risco de mais inquietar do que pacificar: esta seria uma atitude absorvente do Estado paternalista, também incompatível com os postulados da democracia” (DINAMARCO, 2013, p. 195).

2010, do Conselho Nacional de Justiça.

A referida Resolução tratou a conciliação e a mediação como objeto de política pública, a ser implementada pelo poder judiciário e com vistas a uma maior pacificação social⁸. Nela, usa-se o termo “tratamento adequado de solução de conflitos” para se referir à mediação, à conciliação e a outros métodos consensuais de solução de controvérsias, com a previsão de uma série de medidas a fim de fomentar a aplicação destes institutos e de aperfeiçoar a sua prática.

O método consensual de resolução de conflitos diz respeito à responsabilização das partes envolvidas na construção de uma solução para determinado caso, prescindindo da imposição da decisão por meio da sentença, exarada pelo juiz⁹. Exige-se, portanto, uma nova postura das partes, que não a de passividade, à espera que a autoridade estatal decida o que deve ser feito:

São instrumentos que contribuem para o fomento da cidadania e da participação, já que têm como um de seus requisitos fundamentais a participação ativa das pessoas na construção das alternativas e decisão da melhor solução do conflito. (SALES, 2009, p. 87)

O comportamento adversarial cede espaço para o diálogo e o consenso, em que a informalidade permite uma maior autonomia das partes na condução para a solução:

⁸ Diz seu art. 1º: “Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13) Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses”.

⁹ Conforme diferencia Fabiana Spengler: “Tratar o conflito judicialmente, todavia, significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde a demanda” (SPENGLER, 2010, p. 290).

Tratando-se de procedimentos informais, particulares e muitas vezes confidenciais, os métodos de tratamento de conflitos estabelecem uma ordem consensuada contrária àquela solução imposta pelo Poder Judiciário e que, na maioria das vezes, não significa uma solução efetiva para o litígio. Na ordem consensuada, as partes mantêm do início ao fim o controle sobre o procedimento e o seu eventual resultado. É um procedimento autônomo, uma vez que estipulam suas regras, e informal, no sentido de que não seguem prescrições ou modelos prontos (ao menos aparentemente) (SPENGLER, 2010, p. 300).

A via do processo judicial polariza as partes entre aquele que ganha e aquele que perde, no entanto, com poucas garantias de que aquele que obteve o reconhecimento de seu direito terá eficácia na reparação de sua lesão. Os dados levantados pelo relatório Justiça em Números revelam que a satisfação do direito exige imenso esforço – e paciência – da parte interessada, não obstante já possuir o provimento judicial a seu favor¹⁰. Os métodos consensuais de conflitos, por outro lado, facilitam a aceitação – e o conseqüente cumprimento – daquilo que restou decidido, justamente porque não houve imposição, mas sim uma construção conjunta quanto à melhor maneira de apaziguar o conflito. É o que conclui Cappelletti, com sua *terza ondata* de soluções práticas para tornar a justiça mais acessível:

¹⁰Na análise de Dinamarco sobre a finalidade do processo judicial, também este deve se destinar a uma maior pacificação social, não se tratando de um mero instrumento, mas sim, de um meio de se alcançar diversos objetivos: “Embora incompleto ainda o quadro dos escopos da jurisdição e carente de melhores definições, é inegável a tendência a abandonar a unidade teleológica tradicional (...) Mas as explicações meramente jurídicas da destinação do processo pecam justamente por deixarem na sombra o valor humano perseguido através do exercício da jurisdição. Saia-se do plano do direito e passe-se ao da sociedade ao qual ele se destina, e então sentir-se-á que seria inteiramente inaceitável e mesmo logicamente sem explicação a busca da paz entre pessoas em um caso concreto, sem saber se elas estão em real conflito” (DINAMARCO, 2013, p. 95).

Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida” – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado (CAPPELLETTI, 1988, p. 83-84).

O litígio judicial em que a solução é dada por meio da sentença muitas vezes não se configura no método mais adequado para apaziguar determinado conflito, inadequação esta que o próprio poder judiciário reconhece, ao trazer para os seus órgãos os institutos de mediação e da conciliação¹¹. Atribui-se, portanto, o caráter de oficialidade a estes métodos (em especial à mediação, conforme antes já esclarecido), institucionalizados por meio do poder judiciário¹². E, no âmbito legal, destacam-se os novos dispositivos insertos na redação do novo Código de Processo Civil, bem como o denominado marco regulatório da mediação, a Lei 13.140/2015.

No que diz respeito ao novo CPC, esclarece Humberto Pinho que o texto enfoca, especificamente, a mediação dentro da estrutura do judiciário. Ainda, a questão mais relevante está “na clara opção da Comissão de Juristas pela forma facultativa, e não obrigatória, de utilização da mediação” (PINHO, 2012, p. 213-238). Com efeito, a controversa

¹¹ Na interpretação de Mancuso, “nos dias de hoje, a função judicial precisa ser urgentemente repensada e reciclada, colocando-se em pauta uma reavaliação dessa função estatal, que então deixaria de operar como uma oferta primária (como o induz uma leitura literal e apressada do art. 5º, XXXV, dita garantia de acesso à Justiça), para ser vista como uma cláusula de reserva, a saber: uma oferta residual, para os casos que, ou não se afeiçoam à resolução pelos meios auto e heterocompositivos, em razão de singularidades da matéria ou das pessoas concernentes, ou, pela complexidade da crise jurídica, reclamam cognição judicial ampla e exauriente” (MANCUSO, 2014, p. 45).

¹² Não obstante sua institucionalização, a mediação não perde suas características essenciais, que são a privacidade, a informalidade, a oralidade, tudo com vistas a reaproximar os conflitantes por meio do debate e do consenso (SPENGLER, 2010, p. 325).

obrigatoriedade da utilização da mediação, previamente à ação judicial, não ganhou espaço na legislação brasileira¹³. Defende Humberto Pinho:

A mediação obrigatória em nada contribui para a real pacificação do litígio. Ela cria uma falsa ideia de filtragem de conflitos, quando na verdade atenta contra uma lógica simples. Assim como ninguém pode ser obrigado a ir a juízo, ninguém também pode ser obrigado a tentar um acordo quando já apresentou sua pretensão ao Poder Judiciário. (PINHO, 2012, p. 213-228)

O novo CPC também traz a distinção entre os institutos da mediação e da conciliação, por meio da definição das atividades dos conciliadores e dos mediadores. Consta no art. 165, §2º, que o conciliador “atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes”, podendo sugerir soluções para o litígio, enquanto que no §3º, consta que o mediador atuará nos casos em que houver vínculo entre as partes e que “auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”.

Além desta distinção, o novo diploma processual notadamente promove a adoção da solução consensuada de conflitos, devendo estes serem estimulados pelos operadores do direito (art. 2º, § 3º). Ainda, enaltece a cooperação das partes e a razoável duração do processo (art. 6º), em sintonia com texto constitucional. Já no que diz respeito à Lei da Mediação (Lei 13.140/2015), esta traz em seu bojo, dentre outros tópicos,

¹³ Na Itália e na Argentina, países que também adotam o *civil law*, a mediação é obrigatória, verdadeira condição de procedibilidade da ação, o que é objeto de intensos debates e críticas.

o conceito de mediação¹⁴, os princípios¹⁵ que a orientam e a composição de conflitos na Administração Pública, com a previsão da transação por adesão em relação aos órgãos da Administração Pública Federal Direta.

Delineados os pontos que tratam dos meios adequados de solução de controvérsia, discutir-se-á sobre a sua aplicação no âmbito da Administração Pública, tanto de modo extrajudicial como na esfera do processo judicial. Com efeito, se o tema é uma melhor funcionalidade¹⁶ do poder judiciário, as alternativas à jurisdição também devem abranger aquele que é o seu maior usuário, o próprio Estado¹⁷¹⁸.

4 COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Da leitura dos dispositivos constantes no novo Código de Processo

¹⁴ Na definição do parágrafo único do art. 1º da Lei 13.140/2015, mediação é “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

¹⁵ Imparcialidade do mediador, isonomia das partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, boa-fé (art. 2º).

¹⁶ A clássica doutrina da separação dos poderes, idealizada por Montesquieu, perde espaço para uma visão mais contemporânea da estrutura do Estado, em que tanto a administração, a legislação e a jurisdição funcionam como expressões do poder estatal, que é uno, por meio de serviços prestados à população (DINAMARCO, 2013, p. 136). Seguindo na mesma linha, conclui Mancuso: “Portanto, também o Judiciário, antes e além da dimensão majestática de um Poder da República, deve legitimar-se enquanto Função do Estado, cuidando para dele se desincumbir eficazmente, pacificando os conflitos com justiça, razoável previsibilidade e sem dilações excessivas” (MANCUSO, 2014, p. 330-331).

¹⁷ Pesquisa revela que 51% dos processos que tramitam na justiça brasileira possuem um ente público como parte: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/10/marco-da-mediacao-busca-agilizar-atuacao-do-judiciario>. Acesso em 23/05/2015.

¹⁸ O XII Prêmio Innovare, neste ano de 2015, terá como tema de seu prêmio especial: “Redução das ações judiciais do Estado – menos processos, mais agilidade”.

Civil e na Lei da Mediação, não há dúvidas de que a Administração Pública está incluída como destinatária dos métodos consensuais de resolução de conflitos. A partir do incentivo a estes métodos por meio de políticas públicas, da sua adoção pelos órgãos do poder judiciário, da institucionalização e do regramento por meio de dispositivos legais, descortina-se o cenário ideal para que sua aplicação também se estenda para o Estado, não obstante os fundamentos que acompanham a atuação dos entes públicos.

Inicialmente, não se pode falar em conflitos que envolvem a Administração Pública sem antes analisar as inovações do papel do Estado, introduzidas com a atual Constituição. A carta constitucional de 1988 superou qualquer vestígio que poderia haver quanto a um modelo de Estado liberal, trazendo em seus dispositivos as preocupações e os objetivos do Estado Social, por meio da previsão de direitos fundamentais de segunda geração e que exigem prestações positivas do Estado (dar, fazer, prestar) ao cidadão (GRINOVER, 2009, p. 109-134).

Dessa forma, a evolução de um Estado liberal cuja ação possuía caráter eminentemente abstencionista, restrita à esfera das liberdades individuais, para um Estado que passa a exercer imprescindível papel para a consecução do bem comum de sua população (art. 3º da Constituição), traz como consequência inevitável um alargamento das relações do Estado com a sociedade. Aliado a isto, há a limitação dos recursos públicos, com a necessária eleição, pelo poder público, em quais políticas haverá o investimento do erário (BARCELLOS, 2008). E o amplo acesso ao Judiciário, também como garantia fundamental expressa na Constituição (art. 5º, inciso XXXV) termina de finalizar um cenário propício para que o Estado seja demandado judicialmente e de forma exponencial.

Neste contexto, a Fazenda Pública, que é a atuação do Estado em juízo (CUNHA, 2009, p. 15), possui prerrogativas processuais enquanto parte no processo, tais como prazo diferenciado e ausência dos efeitos da revelia, justamente porque representa a defesa do interesse público¹⁹.

¹⁹ Quanto aos prazos processuais, vale dizer que a diferenciação tem mais a ver com inviabilidade de o advogado público obter os dados essenciais para a defesa em tempo exíguo,

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Melo (2008, p. 61), o interesse público consiste no “conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade”. O interesse público é regulado pelo regime do direito público, que possui como fundamentos a sua supremacia e sua indisponibilidade, além da sua adstrita observação ao princípio da legalidade.

À primeira vista, tais fundamentos podem parecer incompatíveis com a possibilidade de adoção de uma solução consensual com o poder público, o que de fato por muito tempo se sustentou na doutrina brasileira. Contudo, a instauração do Juizado Especial Federal e do Juizado da Fazenda Pública, nos âmbitos federal e estadual respectivamente, introduz a amenização das prerrogativas processuais aos entes públicos, além de incentivarem, ainda que apenas formalmente²⁰, a conciliação destes em juízo.

A fim de melhor coadunar o regramento do direito público com uma justiça conciliativa, faz-se necessária a releitura, tal como ensina Gustavo Binbenjy (2008), dos paradigmas clássicos do direito administrativo, diante das transformações decorrentes do Estado Democrático de Direito. São eles: a supremacia do interesse público, a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, a intangibilidade do mérito administrativo e, por fim, a ideia de um Poder Executivo unitário, fundada em relações de subordinação hierárquica entre a burocracia e os órgãos de cúpula

em se considerando os diversos órgãos que compõem cada ente federativo e a burocracia que lhes é inerente.

²⁰A atividade conciliativa dos entes públicos, por meio do rito dos Juizados, não reflete propriamente uma mudança de postura para uma solução consensual, mas sim de apresentação de propostas de acordo somente nos casos em que é incontestável o direito da outra parte, a qual inclusive deverá renunciar a uma parte de seu direito. Paulo Afonso Brum Vaz, ao tratar das demandas em que o INSS é parte, na Justiça Federal, denuncia que “parece não haver muito sentido em exigir-se do autor da ação, que está amparado pelo direito, porque a Justiça não tem condições de oferecer-lhe a tutela jurisdicional com a brevidade que a natureza alimentar da prestação pretendida recomenda, a renúncia de parcela de seu direito para vê-lo implementado de imediato (...) Nessa hipótese, o acordo, a partir de uma proposta de redução do valor efetivamente devido, é apenas um calote chancelado pelo Poder Judiciário” (VAZ, 2011, p. 37-48).

do governo. A superação destes dogmas, continua o autor, dá-se pela constitucionalização do direito administrativo, com a adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como vetores a pautar a Administração Pública.

A partir disso, tem-se que: A Constituição, e não mais a lei, vincula a Administração à juridicidade; a definição do que é interesse público sai do arbítrio do administrador e passa a emanar a partir de juízos de ponderação proporcional, a depender dos interesses envolvidos; a discricionariedade converte-se num sistema de graus de vinculação à juridicidade e a noção de um Poder Executivo unitário converte-se em um conjunto de autoridades administrativas independentes, consistentes nas agências reguladoras. O interesse público, portanto, à vista da consagração dos direitos fundamentais e da democracia como verdadeiros pilares do Estado democrático de Direito, não resiste mais à definição anteriormente citada, que mais servia para justificar a sua supremacia. É o que explica Gustavo Binenbojm (2008), lembrando a lição clássica de Robert Alexy:

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre os interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.

A concepção de uma Administração Pública que dialoga com o cidadão, o qual é, ao fim e ao cabo, a razão de ser de todo o aparato do Estado, está bem clara na redação do novo código processual. A possibilidade

deste diálogo, por óbvio, não se compatibiliza com a pré-definição²¹ de que há uma supremacia dos interesses do Estado sobre aqueles pretendidos pelo indivíduo, sobretudo porque não são poucas as vezes em que o agir estatal (ou não agir) viola direitos fundamentais. Um poder público que se utiliza da morosidade do judiciário para se esquivar do cumprimento de suas obrigações é postura que não se compatibiliza com a Constituição nem bem com as normas fundantes do processo civil contemporâneo e expressamente previstas na novel legislação (consensualidade, celeridade, colaboração e promoção da dignidade da pessoa humana).

A partir de uma análise do caso concreto e em que se constate que o interesse público a ser perseguido no processo diz mais respeito ao interesse secundário que ao primário²², cabe ao advogado público, que representa o Estado em juízo, adotar postura que leve ao “infanticídio processual”²³, qual seja, uma proposta conciliativa. É o que defende Luciane Moessa de Souza (2008):

Revestidos de indisponibilidade, isto sim, são os direitos

²¹ “Fermo restando che inderogabilità della disciplina non significa, di per sé, intransigibilità di un rapporto, non è possibile stabilire, a priori ed ex ante, se una situazione sia suscettibile di transazione (...) Solo a posteriori, previa disamina delle circostanze in concreto esistenti, è possibile stabilire quali rapporti siano suscettibili di transazione e quale, invece, non possano esse transatti (...) Più in generale, il distinguo tra interesse pubblico generale e interesse pubblico concreto consente di vincere il dogma della non utilizzabilità degli strumenti di giustizia alternativa nei rapporti di diritto pubblico; L’interesse pubblico concreto può, infatti, indurre l’amministrazione a comporre la controversia, attraverso l’impiego di soluzioni alternative a quella giurisdizionale, per evitare l’insorgere, o l’aggravarsi, di un danno all’amministrazione pubblica” (GIORDANO, Andrea, in FALCO Gianluca e SPINA Giulio, 2014).

²² Na distinção feita por Celso Antônio Bandeira de Melo, interesses secundários seriam aqueles particulares do Estado, enquanto pessoa jurídica, similares, portanto, a qualquer outro sujeito. E conclui: “o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles” (MELLO, 2008, p. 66).

²³ Termo utilizado por Piero Calamandrei para se referir à conciliação (CALAMANDREI, 2015, p. 102).

fundamentais. Se o patrimônio público não passa de instrumento para realização de interesses públicos primários, por evidente que aquele pode ser renunciado para atender a estes. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando o Estado renuncia a parte do que lhe é devido ao transacionar com um particular para pôr fim a um litígio, por saber que este ainda arrastaria por muitos anos perante os tribunais, que já estão abarrotados de situações similares e devem ter condições de se dedicar com mais qualidade aos casos jurídica e socialmente mais delicados.

Em conjunto com a aferição do interesse público conforme o caso concreto, o dever de eficiência da Administração Pública também é informador de uma conduta pró-transacional, seja em juízo ou de forma a prevenir uma demanda judicial. A otimização de recursos públicos em nada tem a ver com o custo de uma condenação judicial, em que se somam à obrigação principal os consectários legais de juros, correção monetária e pagamento de honorários. Ademais, se há a exigência de colaboração das partes para com o poder judiciário, esta recai com mais intensidade sobre a Administração, a qual deve melhor administrar suas demandas e, dessa forma, aliviar o Judiciário da “sobrecarga desnecessária representada pelo julgamento de inúmeros feitos em que resta vencido o Poder Público” (SOUZA, 2012, p. 178).

A fim de tornar estreme de dúvidas a transação em matéria afeta ao direito público e, assim, ampliar o espaço em que a mediação pode atuar, a Lei 13.140/2015 traz expressamente, no seu art. 3º, que podem ser objeto de mediação “direitos indisponíveis que admitam transação”. Na sequência, ao tratar especificamente dos conflitos que envolvem a Administração Pública Federal, o projeto delega ao Advogado-Geral da União o elenco das matérias que podem ser objeto de transação por adesão. Resta claro, portanto, que a advocacia pública terá papel primordial na efetiva adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos também pela Administração Pública.

Com efeito, função essencial à Justiça que é (art. 131 da Constituição), a Advocacia Pública tem o dever de contribuir para a

funcionalidade do Judiciário que aqui anteriormente se destacou, seja no âmbito do processo judicial e, em especial, de modo preventivo, por meio de sua atividade de consultoria e, a partir do novo Código, também nas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. Dessa forma, além da contribuição com o poder judiciário, deve a advocacia pública voltar sua atenção à concretização dos direitos fundamentais e ao aperfeiçoamento das instituições democráticas do Estado de direito, de modo a melhor tornar a relação da Administração com o cidadão²⁴.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atenção que se volta à adequação da resolução de conflitos conforme a alternativa que a este pareça mais adequada, sem a exclusividade do processo judicial, ganha contornos nunca antes atingidos em âmbito nacional. O Judiciário e o Legislativo engajam-se na conformação de sua estrutura e na elaboração de diplomas legais, com vistas a introduzir de modo oficial a mediação e a conciliação como maneiras de dirimir controvérsias, ao lado da jurisdição. E o Executivo, por sua vez, vê-se convocado a deles participar, sobretudo porque responsável pela maior parte dos processos que tramitam na justiça brasileira.

Claro que apenas mudanças legislativas não serão suficientes para a incorporação destes métodos consensuais pela sociedade, quando diante de um conflito. A compreensão da mediação e da conciliação como possíveis caminhos para uma maior pacificação passa antes por uma mudança comportamental, em que se abandona a posição de litigante, tão conclamada nas universidades de direito, e se incorpora uma postura mais aberta ao diálogo, ao consenso e ao protagonismo no processo de solução.

Trata-se de um desafio que o ordenamento jurídico brasileiro encampou, não de forma tão incisiva, pois não prevê a obrigatoriedade na

²⁴ Destaca Ricardo Camargo que, diversamente da advocacia privada, voltada ao lucro, o bom resultado da advocacia pública tem a ver com a satisfação da necessidade dos administrados (CAMARGO, 2005).

utilização destes institutos, tal como ocorre na Itália e na Argentina. Incisiva, isto sim, está a previsão de sua aplicação à Administração Pública, que há muito se utiliza do Judiciário para desviar a atenção de suas deficiências. A aproximação do cidadão com o Poder Público, por meio de uma relação mais direta e sem as vicissitudes de um processo judicial, configura-se em um avanço para o aperfeiçoamento do Estado Democrático, em que a mediação e a conciliação assumem importante função.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, n. 13, março/abril/maio 2008. Acesso eletrônico em 10/05/2015.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Advocacia pública: mito e realidade*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GIORDANO, Andrea. La mediazione nelle controversie con la pubblica amministrazione. In: FALCO, Gianluca e SPINA, Giulio. *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)*. Milano: Giuffrè Editore, 2014. p. 717-728.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 109-134.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, p. 175-232, junho 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NALINI, José Renato. *Morosidade do Judiciário: causas normativas, conjunturais e culturais. Propostas de enfrentamento*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 104, n. 399, p. 129-144, set/out 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF: Senado Federal, v. 48, n. 190, t.1, p. 219-235, abr./jun. 2011.

PINHO, Humberto Dalla Benardina de. *A mediação e o código de processo civil projetado*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, n. 207, p. 213-238, maio 2012.

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

SALES, Lilia Maria de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF: Senado Federal, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de resolução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. *O papel da advocacia pública no estado democrático de direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional*. A&C: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, v. 8, n. 34, p. 141-174, out./dez. 2008.

SPENGLER, Fabiana. *Da Jurisdição à Mediação. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do código de processo civil*. *Revista de Processo*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 36, n. 192, p. 193-208, fevereiro 2011.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Conciliações nos conflitos sobre direitos de seguridade social*. *Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, v. 13, n. 69, p. 37-48, set./out. 2011.

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. *Revista de Processo*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 36, n. 195, p. 381-389, maio 2011.

DEMARCANDO TERRITÓRIOS: PERSPECTIVAS E DESAFIOS DA AÇÃO INTERDISCIPLINAR NA ADVOCACIA PÚBLICA

Vanderlei Cristiano Juraski¹

Recebido em: 30.8.2015

Aprovado em: 04.10.2015

Resumo: O presente trabalho problematizou a utilização de laudos antropológicos em processos judiciais que objetivavam a demarcação de territórios indígenas. Desde a década de 1990, quando a União firmou um acordo com a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), eram estes os responsáveis por produzir a prova pericial; portanto, trata-se de uma história recente de diálogo entre Direito e Antropologia. Nesse período, em várias oportunidades, a pesquisa sobre as populações indígenas foi debatida, sendo, em alguns momentos, relativizada a capacidade técnica do antropólogo. Entende-se necessária uma reflexão sobre a primazia da antropologia na realização da perícia,

Abstract: This work problematized the use of anthropological reports in lawsuits that sought the demarcation of indigenous territories. Since the 1990s, when the EU signed an agreement with the Brazilian Association of Anthropology - ABA - these were the responsible for producing the expert evidence. Therefore, it is a recent history of dialogue between law and anthropology. During this period, on several occasions, research on indigenous peoples was discussed and, at times, relativized the technical capacity of the anthropologist. It is deemed necessary a reflection on the primacy of anthropology at the completion of expertise, since

¹ Técnico-administrativo da Procuradoria-Geral do Estado RS, 04ª Procuradoria Regional, Passo Fundo/RS. Mestre em História pela Universidade de Passo Fundo – área de concentração História Regional. Pós-graduado em Orientação Educacional e Supervisão Escolar pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim, Graduado em História pela mesma instituição. Endereço eletrônico: vanderlei-juraski@pge.rs.gov.br.

uma vez que ela é a prova mensurável no litígio judicial e, frequentemente, alvo de críticas pelas partes envolvidas no processo. A ação de uma "equipe multidisciplinar" contendo profissionais de áreas como História, Arqueologia, Geografia, além da Antropologia e do Direito, seriam fundamentais para viabilizar o diálogo entre as necessidades dos grupos indígenas e a responsabilidade social do Estado no uso e distribuição do solo.

Palavras-chave: Indígena; Território; Advocacia pública; Equipes multidisciplinares; Perspectivas.

Sumário: 1 Introdução. 2 Laudos antropológicos: um breve histórico sobre sua utilização em processos judiciais. 3 O saber antropológico e a demarcação de terras indígenas. 4 Dinamismo cultural e a necessidade de estudos interdisciplinares. 5 Considerações finais. Referências

1 INTRODUÇÃO

Ao iniciar as reflexões sobre a utilização dos laudos antropológicos em processos judiciais, é importante problematizar a precedência do antropólogo na produção de provas. Muitas vezes, o laudo por ele elaborado torna-se o único elemento probatório presente em processos sobre a demarcação de terras indígenas.

Desde o acordo firmado entre a União e a ABA em 1990, os profissionais da Antropologia passaram a desenvolver maior influência nas decisões tomadas pelos magistrados.¹ Utilizando-se de métodos desconhecidos por advogados e juízes, os antropólogos perpetuaram-se

it is measurable proof in litigation and often criticized by the parties involved in the process. The action of a "multidisciplinary team" containing professionals in areas such as history, archeology, geography, as well as anthropology, and law would be essential to facilitate dialogue between the needs of indigenous groups and social responsibility Modern State in the use and distribution of soil.

Keywords: Indigenous; Territory; Public advocacy; Multidisciplinary teams; Prospects.

como classe e desenvolveram um monopólio sobre as perícias judiciais.

Entretanto, sabe-se que outras áreas do conhecimento também podem fornecer subsídios na hora de decidir acerca da demarcação de terras. A História, analisando traços da cultura imaterial e sua relação com o concreto, por exemplo, é capaz de trazer à problemática uma nova perspectiva. A Arqueologia, por sua vez, pode buscar vestígios de um passado ancestral através de artefatos e outros elementos da cultura material, complementando a História e a Antropologia.

Propõe-se, então, a interdisciplinaridade como forma de desnaturalizar a relação entre a perícia e o trabalho antropológico, tendo em vista que ela responde de forma mais eficiente à complexidade do contexto apresentado ao pesquisador.²

A relevância dessa iniciativa para a Procuradoria-Geral do Estado ocorre, na medida em que a defesa dos interesses do ente federado poderá pautar-se em aspectos técnicos que se referem à prova do processo, ou seja, ao laudo antropológico e suas limitações.

Vale lembrar que, atualmente, cabe à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) ou aos técnicos por ela indicados realizarem os laudos. No entanto, por meio de uma política indigenista que busca onerar os Estados-membros beneficiando a União, essas perícias tendem a ser percebidas como inconfiáveis.

As políticas indigenistas no Brasil foram pautadas, historicamente, na definição dos silvícolas – “isolados, em vias de integração, integrados”³ –; na delimitação de ambientes por eles ocupados – “reserva, parque e colônia agrícola”⁴, com o intuito de mantê-los nesses espaços. Simplificando a ação do Governo, na mesma proporção que, permitindo às autoridades e aos idealizadores desse procedimento, a sensação de “dever cumprido” a partir do pagamento de uma dívida “histórica” com os povos indígenas.

De outro modo, sem o necessário conhecimento técnico, a defesa dos Estados privilegia argumentativas jurídicas e a desqualificação dos antropólogos responsáveis pela perícia.

Tendo em vista essa problemática, o trabalho foi dividido em três seções. Inicialmente, tratando da gênese dos laudos em processos judiciais, busca-se resumir o procedimento adotado na elaboração do documento apresentado

em juízo, a fim de compreender a natureza da perícia antropológica. Em um segundo momento, as críticas realizadas aos laudos são analisadas, de modo a perceber as limitações dessa prova pericial no convencimento das partes.

Finalmente, em uma terceira seção, é verificada a importância da ação de equipes multidisciplinares para tornar os trabalhos, envolvendo demarcação de terras indígenas, mais transparentes e confiáveis.⁵ Além disso, a diversificação das provas pode enriquecer o debate, fornecendo subsídios ao poder judiciário para melhor arguir nessas circunstâncias.

2 LAUDOS ANTROPOLÓGICOS: UM BREVE HISTÓRICO SOBRE SUA UTILIZAÇÃO EM PROCESSOS JUDICIAIS

Quando se alude à existência de provas advindas do trabalho pericial, logo se imagina um conhecimento especializado capaz de conduzir o leigo a um entendimento mínimo e suficiente sobre a matéria discutida. Observa-se, entretanto, uma vasta quantidade de provas possíveis no processo judicial. Segundo Santos, “são muitas as espécies de provas, mas a lei as reúne em número restrito de categorias: depoimentos das partes, confissão, exibição de coisa, documentos, inquirição de testemunhas, perícias, inspeção judicial” (1994, p. 22).

Contudo, nos processos de demarcação de terras, a antropologia parece ter um papel de destaque, produzindo a principal prova: o laudo antropológico. A história da valorização desse saber iniciou-se em agosto de 1990, quando um acordo entre a União e a ABA foi assinado. Até então, “os laudos periciais vinham sendo elaborados por profissionais sem a necessária informação em Antropologia” (SILVA; LUZ; HELM, 1994, p. 14).

Como a perícia antropológica deve proceder quando da elaboração de um laudo? Para Santos, o perito deve responder no decorrer de sua pesquisa a quesitos⁶ formulados pelas partes, abordando todos os pontos, exceto aqueles que o juiz julgar inconvenientes. “Permite-se ainda a formulação de quesitos suplementares durante a realização da diligência” (SANTOS, 1994, p. 26).

Apesar de não haver “modelos para os laudos periciais” (Ibid., p. 28), entende-se que o principal objetivo da perícia antropológica é “dar ao juiz,

às partes e seus procuradores, uma visão rápida e fácil dos trabalhos e suas conclusões” (idem), não devendo se ater em demasia a termos técnicos.

Então, qual metodologia o pesquisador deve utilizar para cumprir com seu objetivo no processo judicial? Uma sugestão de roteiro proposto por Santos contemplaria quatro fases. Inicialmente, o Relatório; num segundo momento, o resumo dos fundamentos; em seguida as respostas aos quesitos; e finalmente o apêndice científico. Nesta última etapa, o antropólogo deveria justificar a sua prática a partir de teorias e metodologias próprias de sua área de saber, sendo “do interesse de sua reputação profissional oferecer trabalho do mais alto nível” (Ibid., p. 29).

Enquanto a elaboração de perícias, Wagner Gonçalves citando Moacyr Amaral Santos afirmou que “os fatos são transitórios ou permanentes, pretéritos ou atuais”. Fatos permanentes e atuais podem ser periciados. Fatos transitórios e pretéritos também podem ser objetos da perícia, desde que deixem vestígios de sua existência.

“Dirão uns que tais sinais não são necessários para o laudo antropológico. Concordo que eles não sejam necessários ao laudo, mas como a própria lei estabelece, eles são necessários à perícia” (GONÇALVES, 1994, p. 81). Prossegue Gonçalves, “tal perícia, repita-se, não pode ser confundida com laudo antropológico, exposição de fatos pretéritos ou pesquisa histórica” (idem).

No que concerne à suspeição dos peritos e antropólogos, Virgínia Valadão afirmou que esse fator não deveria ser um problema ao pesquisador, tendo em vista que suas competências já foram de antemão aceitas como importantes para a compreensão do “outro”, no caso o indígena.

Na posição de perito do juízo, a importância e valor científico do trabalho antropológico – trabalho esse que pressupõe valorização e incontestabilidade de fontes orais – já estão reconhecidos e aceitos. Se precedidos de identificações corretamente conduzidas do ponto de vista profissional e que expressem decisão inequívoca das comunidades em relação a seus territórios, a questão da conveniência ou não do antropólogo especialista no grupo indígena fica bastante relativizada (VALADÃO, 1994, p. 39-40).

Dessa forma, a experiência antropológica com determinada etnia é desejável, pois o tempo disponível para a perícia costuma ser exíguo, e o pesquisador, familiarizado com o grupo, conseguiria com maior facilidade identificar o conjunto de símbolos e linguagens que perpassam a sociedade por ele estudada, realizando um trabalho mais qualificado.

Buscar a precisão deve ser um dos objetivos da investigação, visto a complexidade do contexto atual. Maria Hilda B. Paraíso, citando Sahlins, lembra que o capitalismo atravessa toda a sociedade contemporânea não ficando incólume a comunidade indígena. Portanto, não se pode acreditar que essas comunidades sejam ilhas; sem considerar as transformações do sistema capitalista que, muitas vezes, as descaracterizam.⁷

Uma das formas encontradas para resolver esse dilema é reproduzir uma imagem pré-concebida do indígena, pautada no imaginário popular que o trata como “habitante da selva”, pertencente à mata, com hábitos diferentes daqueles do homem branco. “Nessa linha a carga semântica já está dada – o ‘índio’ é efetivamente um exemplo de ser primitivo e, como tal, é de natureza pretérita e está fadado a desaparecer” (FILHO, 1994, p. 125). De outro modo, uma visão romântica do índio procura idealizá-lo. “De todo modo isso reforça a representação geral de que o lugar apropriado é o passado” (idem).⁸

Contudo, o ponto nevrálgico da confecção do laudo antropológico ainda é a delimitação do território indígena, pois discute os direitos dos proprietários ali estabelecidos. Para João Pacheco de Oliveira Filho, a possibilidade de ser confrontado em suas aptidões é maior nesse momento. “Não apenas a sua manifestação efetiva, mas também os critérios utilizados, a sua competência profissional ou até a relevância de sua disciplina se tornarão objeto de suspeição e crítica” (Ibid., p. 128). No entanto,

ainda que fosse possível estabelecer qual o território ocupado por um povo indígena há centenas de anos atrás, isso não significa necessariamente que esse seja o território reivindicado pelos seus membros atuais. Só a pesquisa antropológica poderá dizer como o território é pensado pelo próprio grupo étnico no momento presente (Ibid., p. 134).

Depara-se, então, com o dinamismo das sociedades indígenas. Trata-se de um “processo de territorialização” e não apenas territorialidade.⁹ Dalmo de Abreu Dallari procura refletir sobre “que dados ou sinais comprovam uma ocupação antiga ou recente? Só existe ocupação quando o índio está fisicamente presente num lugar, com a intenção de ali permanecer sempre, realizando trabalhos ou utilizando os recursos naturais?” (1994, p. 111).

A Constituição Federal em seu artigo 231 assegurou ao índio o direito à terra tradicionalmente ocupada. No entanto, como traduzir a tradicionalidade, ou o tempo de ocupação? De outro modo, a ocupação deve ser “permanente, temporária ou intermitente”?

Para Dallari, o perito deve se centrar em algumas questões para alcançar êxito em seu trabalho. Deve verificar se “o grupo indígena interessado é realmente ocupante da área em questão?”; “qual extensão da área ocupada?”; “qual a antiguidade da ocupação?” (1994, p. 111).

Prossegue o autor,

todos os sinais de ocupação devem ser apontados. Muitas vezes, torna-se decisiva a comprovação da existência de restos de construção, de um cemitério aparentemente abandonado, de utensílios domésticos de ferramentas de trabalho, de instrumentos de caça ou pesca, e até mesmo de certo tipo de vegetação (Ibid., p.112).

Nesse sentido, muitas vezes, à perícia antropológica “é intrinsecamente atribuído um elevado grau de exatidão técnico-científica. A comparação, algumas vezes lembrada, com a chamada ‘perícia de paternidade’, feita através do exame de DNA, é assustadora” (FILHO, 1994, p. 116), uma vez que existem obstáculos para a definição de terras indígenas como, por exemplo, as expectativas exageradas sobre a capacidade do antropólogo em caracterizar a área em litígio como “originárias” ou “território imemorial” (Ibid., p. 129).¹⁰

Cabe lembrar que a antropologia possui potencialidades, mas também limitações. Da mesma forma, existem limites nas fontes escritas.

Assuntos que envolveriam indígenas eram tratados sem muito interesse, ou traziam a perspectiva do colonizador.

Além disso, verifica-se a supremacia das fontes escritas sobre as orais, reflexo da alfabetização como forma de poder/dominação. Outro fator dessa preponderância das fontes escritas são elas gozarem de prerrogativas de neutralidade, e, supostamente, evitarem esquecimentos e subjetividades.

O problema é que os documentos escritos geralmente se posicionam a favor do colonizador refletindo seus interesses. Quando, ao contrário, questionam-se os direitos dos colonizadores, a vida acadêmica do pesquisador é alvo de investigação – ele é acusado de parcialidade ou de ativismo da causa indigenista.

Há, segundo Neto

uma contradição profunda entre a profissão antropológica, que acontece na convivência e participação, e o distanciamento imposto aos peritos judiciais, que sublinha negativamente o envolvimento entre antropólogos e comunidades estudadas (1994, p. 59).

Sendo que a própria formação do antropólogo pressupõe o convívio com os nativos, a fim de compreender o modo de vida adotado pela coletividade, bem como seu conjunto de crenças, hábitos e práticas.

E ocorre que muitas vezes o antropólogo – independentemente de sua vontade – é empurrado para o terreno da investigação histórica para formulação de quesitos que supervalorizam a reconstrução histórica em detrimento da análise da situação atual (FILHO, 1994, p. 131).

Na verdade, o antropólogo, durante a elaboração do laudo, teria competência para analisar: 1) Práticas de subsistência; 2) Atividades rituais; 3) Formas sociais de ocupação e demarcação de espaços; 4) Classificações sobre o meio ambiente e suas diferentes formas de uso e de apropriação; 5) Concepções de autoridade e poder político; 6) Relação com outros

povos indígenas e com a presença colonial do homem branco. “Todos esses aspectos onde o antropólogo – e apenas ele – tem efetivamente condição de encaminhar uma pesquisa científica, que venha embasar um laudo pericial” (idem) é que devem ser priorizados pelo pesquisador.

Contudo, os aspectos relacionados à teoria antropológica e a metodologia utilizada em estudos de caso, por vezes, são relegados ao segundo plano, diante das disputas envolvendo a posse da terra. Nesse momento, outras áreas do conhecimento podem vir em socorro à advocacia pública e oferecer novas perspectivas sobre a lide.

3 O SABER ANTROPOLÓGICO E A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

Desde a década de 1990, além das preocupações acadêmicas, os antropólogos passaram a desempenhar suas atividades como peritos em juízo. Isso abriu novo horizonte para a profissão, bem como exigiu a reformulação do próprio processo formativo.

Seguindo a reflexão proposta por Ferreira (2010), observam-se “comunidades de comunicação” nas quais os integrantes dialogam de forma transparente sobre os mais variados assuntos, buscando construir um consenso mínimo. As relações ali estabelecidas devem ser simétricas, a fim de permitir aos agentes comunicarem-se livremente, sem receio de sanções.

Citando Habermas, a autora delimitou algumas condições ideais para que o consenso seja fundado. “Todos os interessados têm o direito de participar do discurso; todos os participantes devem ter iguais oportunidades de apresentar e refutar argumentos; cada argumento deve ser submetido ao livre exame de todos; nenhum participante pode sofrer coação” (FERREIRA, 2010, p. 145).

Quando o antropólogo participa de um seminário voltado para seus colegas de profissão, por exemplo, o discurso estrutura-se de uma determinada forma. No entanto, ele deve comportar-se de modo diverso quando pretende convencer o leigo sobre a validade de sua pesquisa.

Ao referirem-se a antropólogos e etnógrafos, eles eram mais bem compreendidos. Agora, é necessário um esforço para tornar suas palavras compreensíveis a um público diferente daquele a que estavam acostumados.

Outro aspecto abordado, dessa vez por Amorin, Alves e Schettino, diz respeito à liberdade em utilizar termos técnicos na produção acadêmica.

O pesquisador ou o estudante não tem espaço para fazer o que bem entender, mesmo porque quem lê seu trabalho sabe avaliar a qualidade antropológica e a pertinência do mesmo. Já um juiz ou um procurador da República, mesmo quando percebe a falta de adequação e coerência de um trabalho, não pode avaliá-lo nem fazer sua crítica, mas tão somente acatá-lo ou não (2010, p. 206).

Nas perícias, o antropólogo deve priorizar uma linguagem simples com o objetivo de elucidar ao magistrado os fatos, demonstrando as relações estabelecidas entre o nativo e seu território, bem como a ancestralidade da ocupação, sem, contudo, descuidar das preocupações metodológicas que norteiam a sua prática.

Segundo Helm, “os bacharéis concluem o Curso de Direito e não recebem informações básicas sobre Etnologia Indígena” (2009, p. 09), principal ferramenta utilizada pelos antropólogos para elaborarem as perícias judiciais. E muitas das críticas aos laudos consistem no desconhecimento da pesquisa desenvolvida por estes profissionais.

Observa-se, por exemplo, questões sobre a suspeição do perito, tão recorrente em processos judiciais. Quando se analisam os fundamentos da pesquisa antropológica, percebe-se a necessidade de envolver pesquisadores experientes no trabalho com determinado grupo étnico, visto a variedade de tribos, hábitos e linguagem.

Valadão questiona se “pode um antropólogo que não tenha estudos acumulados relativos ao grupo indígena envolvido no processo responder satisfatoriamente aos quesitos propostos dentro do prazo de um ou dois meses determinado pelo juiz” (1994, p. 40). Verifica-se, então, que a convivência entre o pesquisador e o nativo, além de desejável, é fundamental para a realização da perícia.

O antropólogo, inicialmente, realiza uma “pesquisa de campo”, integrando-se à tribo e procurando ser aceito pelo grupo. Num segundo momento, ele distancia-se do vivido, passando a refletir e registrar o convívio na comunidade indígena. A imparcialidade é garantida por aspectos relacionados à formação acadêmica e pelos métodos utilizados na investigação.

Entretanto, as críticas aos laudos antropológicos são cada vez mais frequentes. Discute-se, por um lado, a falta de transparência acerca da perícia e, de outro, a ligação entre os antropólogos e a FUNAI na demarcação do território indígena.

No norte do Rio Grande do Sul, por exemplo, os conflitos agrários vêm se intensificando, justamente pela pretensão da FUNAI em criar uma reserva indígena, intitulada “Mato Preto”.

Em setembro de 2012, ocorreu em várias regiões do Estado uma série de reuniões com o intuito de propiciar o diálogo entre os diferentes setores da sociedade sobre a demarcação do território indígena. Participaram desses encontros representantes da Procuradoria-Geral do Estado, da Defensoria Pública da União e do Rio Grande do Sul, além de Prefeituras Municipais e sindicatos ligados aos agricultores. Os termos das audiências foram publicados em um relatório da “Comissão Especial para discutir a situação das áreas indígenas e quilombolas no RS”.

Na audiência realizada em 10 de setembro de 2012, na cidade de Getúlio Vargas, o então deputado estadual Gilberto Capoani mostrava-se preocupado com a “unilateralidade da produção do estudo antropológico que, ao final do processo, acarretará a decretação, por parte do Ministro da Justiça, daquele território como área indígena” (2012, p. 35). Ou seja, antes mesmo do julgamento, as autoridades regionais já tinham como certa a demarcação do território indígena, uma vez que o trabalho desenvolvido pelo antropólogo parece, na maioria das vezes, favorecer o índio em detrimento dos grupos que ocupam as áreas em litígio.

Essa preocupação reflete-se na proposta de fiscalização e controle nº 61 da Câmara dos Deputados, quando se expressa “a queixa generalizada de que nunca houve, nem há critérios seguros para a demarcação desses territórios, ficando a sociedade à mercê do entendimento pessoal do

antropólogo contratado ou indicado para elaborar o laudo antropológico” (RIO GRANDE DO SUL, 2012, p. 79).

Índios guaranis, acampados à beira dos trilhos da Ferrovia São Paulo-Rio Grande, discutem o usufruto de uma área de 223,8350 hectares entre os municípios de Getúlio Vargas, Erebango e Erechim. Algumas das terras em litígio estão escrituradas em nome de agricultores, outras pertencem ao Estado (RS 135) e à União (Estrada de Ferro São Paulo-Rio Grande).¹¹

Essa região começou a ser colonizada no início do século XX, através da ação de empresas que traziam imigrantes, principalmente, das colônias velhas para ocupar uma vasta área que compreendia os municípios de Quatro Irmãos a Marcelino Ramos, passando por Aratiba e Áurea.¹²

Na presente disputa judicial, ambas as partes possuem documentos que comprovariam seus direitos sobre a terra. Os indígenas detêm um “Relatório circunstanciado de identificação e delimitação da terra indígena de Mato Preto” – laudo antropológico produzido em 2009 por Flávia Mello. Os agricultores, por sua vez, possuem o “Relatório de perícia fundiária: A questão territorial Mato Preto nos municípios de Getúlio Vargas, Erebango e Erechim/RS”, elaborado em 2010 por Aldomar Rückert e Henrique Kujawa.

O artigo 231 da Constituição Federal preconizou que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e **os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam**, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (grifo nosso). Contudo, a súmula nº 14 do Supremo Tribunal Federal restringiu esse direito, afirmando que “os incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”.

Caberia, pois, verificar se os guaranis que hoje reivindicam a terra estavam presentes nessa região antes de 1988 – marco temporal para caracterizar a ancestralidade da ocupação.

Enquanto a União, através da FUNAI, pretende demonstrar que a ocupação é ancestral, o Estado, representado pela Procuradoria-Geral, defende a tese de que os indígenas foram trazidos para a região pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) em 2006. No entanto, qual a diferença entre esses dois posicionamentos?

Ressalta-se que a demarcação de terras indígenas pode ser realizada de duas formas distintas. A primeira corresponde à “eleição da área”; já a segunda refere-se à “tradicionalidade da ocupação”. Enquanto “a eleição de uma terra indígena é baseada na Lei 6.001 de 1973 em seu artigo nº 26, que dispõe: Na prática, significa a compra da terra por parte da União para o alojamento dos índios” (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 82-83)¹³, o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação, obrigaria o governo gaúcho a indenizar os agricultores que estão nesta área.¹⁴

No intuito de ampliar o debate e propor alternativas interdisciplinares no âmbito administrativo, encaminham-se algumas reflexões sobre a cultura material e as mudanças perceptíveis no contato intercultural, a partir de uma perspectiva histórica. Mostram-se as potencialidades da História para interagir com a Antropologia, na tentativa de provocar os órgãos públicos a buscarem na interdisciplinaridade a elucidação dessas situações-problema.

4 DINAMISMO CULTURAL E A NECESSIDADE DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES

Inicialmente, deve-se ressaltar que este artigo não advoga a substituição da Antropologia pela História nos processos judiciais, uma vez que os objetos de estudo dessas duas áreas são complementares. Deseja-se propor o debate na esfera administrativa, elencando possíveis contribuições históricas acerca do litígio estabelecido entre juristas e antropólogos, quando o que está em questão é a demarcação do território indígena.

Durante o século XIX, a História aproximou-se do modelo científico de produção de conhecimento e ocorreu à profissionalização do historiador. Esperava-se que o pesquisador comprovasse suas narrativas através de “vestígios do passado”. Era preciso uma “realidade tangível” para que a História fosse aceita como Ciência e desfrutasse do prestígio concedida a esta.

Assim se chegou a um primeiro ponto fundamental para este tema: experimentações, confrontos, provas, leis têm uma necessidade imperativa de objetos materiais e de fatos concretos: Boucher de Perthes reflete sobre os depósitos estratigráficos do subsolo, sobre os utensílios de pedra, sobre as ossadas (BUCAILLE; PESEZ, 1989, p. 04).

Os historiadores debruçavam-se em documentos escritos, preocupando-se com os métodos utilizados, a autenticidade das fontes e em evitar anacronismos. Contudo, percebeu-se a incompletude do fazer historiográfico.

Quando o pesquisador analisa o passado, encontra escombros daquilo que um dia supostamente aconteceu. Seu olhar é, então, limitado, pois a dinâmica social impõe obstáculos que inviabilizam uma visão ampla sobre o ocorrido. Muitos dos costumes, crenças e mentalidades transformaram-se ou desaparecem com o tempo.

De outro modo, depara-se com a impossibilidade de criar uma teoria universalista, devido à coexistência de diferentes culturas, as quais se utilizam de variados símbolos para representar os dilemas vividos. Esse diálogo intercultural, às vezes, não pode ser traduzido pelo pesquisador, visto a imersão dele na coletivamente a qual pertence.

Mas qual é essa cultura que obscurece a percepção do historiador e o impede de formar teorias universalistas aos moldes daquelas produzidas pelas ciências exatas? Geertz, ao abordar o significado epistemológico de cultura, propõe uma delimitação do termo.

Acreditando, como Max Weber, que o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado (2008, p. 04).

Para o nativo, alguns símbolos são plenamente compreensíveis, no entanto, para um observador externo, tornam-se verdadeiro desafio.

Nota-se o exemplo trazido pelo autor ao referir-se a Gilbert Ryle (1900-1976), quando este tratava de conceituar a “descrição densa”.

Vamos considerar, diz ele, dois garotos piscando rapidamente o olho direito. Num deles, esse é um tique involuntário; no outro, é uma piscadela conspiratória a um amigo. Como movimentos, os dois são idênticos; [...] Suponhamos, continua ele, que haja um terceiro garoto que, “para divertir maliciosamente seus companheiros”, imita o piscar do primeiro garoto de uma forma propositada, grosseira, óbvia, etc. Naturalmente, ele o faz da mesma maneira que o segundo garoto piscou e com o tique nervoso do primeiro: contraindo sua pálpebra direita. Ocorre, porém, que esse garoto não está piscando nem tem um tique nervoso, ele está imitando alguém que, na sua opinião, tenta piscar. [...] Pode-se ir mais além: em dúvida sobre sua capacidade de mímica, o imitador pode praticar em casa, diante do espelho, e nesse caso ele não está com um tique nervoso, nem piscando ou imitando – ele está ensaiando. Entretanto, para a câmara, um behaviorista radical ou um crente em sentenças protocolares, o que ficará registrado é que ele está contraindo rapidamente sua pálpebra direita, como os dois outros (GEERTZ, 2008, p. 05).

Geertz afirmou que “a análise cultural é intrinsecamente incompleta”, porque não tem como abarcar todas as representações sociais utilizadas por determinada sociedade.

O caso é que, entre o que Ryle chama de “descrição superficial” 15 [...] e a “descrição densa” 16 [...] está o objeto da etnografia: uma hierarquia estratificada de estruturas significantes em termos das quais os tiques nervosos, as piscadelas, as falsas piscadelas, as imitações, os ensaios das imitações são produzidos, percebidos e interpretados, e sem as quais eles de fato não existiriam (nem mesmo as formas zero de tiques nervosos as quais, como categoria cultural, são tanto não-piscadelas como as piscadelas são não-

tiques), não importa o que alguém fizesse ou não com sua própria pálpebra” (idem, grifo do autor).

Considerando essa problemática, um recurso que poderia ser utilizado pelo pesquisador diz respeito à análise da cultura material dessas sociedades. Esta se caracteriza pela existência ou fabricação de um objeto concreto apropriado de forma específica por uma cultura. “Eis aí a fortuna do termo cultura material, além das ambiguidades possíveis: ele denota que a matéria tem matriz cultural e, inversamente, que a cultura possui uma dimensão material” (REDE, 1996, p. 274).

No entanto, cultura material é diferente de cultura. Para Geertz,

Para tocar violino é necessário possuir certos hábitos, habilidades, conhecimento e talento, estar com disposição de tocar e (como piada) ter um violino. Mas tocar violino não é nem o hábito, a habilidade, o conhecimento e assim por diante, nem a disposição ou (a noção que os crentes na “cultura material” aparentemente seguem) o próprio violino (2008, p.09).

Todavia, os objetos revelariam ideais compartilhados por uma coletividade. Esse conjunto de “crenças, valores, ideias, postulados” comportam-se como “ficções” – em termos freudianos – trazidas à tona pela observação do objeto. Além disso, “o social, o econômico, as mentalidades infligem ao desenvolvimento técnico as suas lentidões e os seus atrasos” (BUCAILLE; PESEZ, 1989, p. 23).

Se aceitar o princípio de que o objeto serve de “ancoragem da personalidade em bases concretas”, então,

Os modos pelos quais a cultura material participa desse processo de estabilização do eu seriam variados: como dispositivo de demonstração de poder do possuidor, de sua energia erótica vital ou de seu lugar na hierarquia social; como mecanismo que fornece e revela continuidade temporal, evitando a dispersão do eu; enfim,

como evidência concreta do lugar do eu numa rede social (REDE, 1996, p. 271).

Contudo, é de consenso entre os pesquisadores que a cultura material está vinculada à coletividade e não à história de alguns indivíduos. A arqueologia introduz nas ciências humanas “a dimensão do maioritário e do coletivo” (BUCAILLE; PESEZ, 1989, p. 14), ou seja, para a cultura material não importa o acontecimento, “pode, na melhor das hipóteses, ser interpretado como um efeito, explicando, por exemplo, uma certa luta com determinada organização sociocultural” (idem). Deve “observar de preferência aquilo que na coletividade é estável e constante [...] procura os fatos que se repetem suficientemente para serem interpretados como hábitos, tradições reveladoras da cultura que se observa” (idem).

O artefato nunca pode ser analisado isoladamente, pois pertence a um contexto social. Depende da “manipulação tecnológica de materiais; às escolhas de produção” e “se associa a outros objetos e a um mundo social” (REDE, 1996, p. 269). Além disso, é preciso considerar os aspectos tecnológicos, motivacionais, as aspirações e seleções dos produtores, consumidores e a imposição de modelos precedentes.

O objeto deve ser percebido como inserido num tempo histórico: “É uma ilusão pensar que um objeto incorpora seus atributos morfológicos, fisiológicos e semânticos em um único ato criador e os mantém por toda sua trajetória” (REDE, 1996, p. 276). Em vez de defender a pureza original, momento da confecção do utensílio, busca-se valorizar a trajetória do objeto.

Também se deve considerar que o objeto tem um ciclo de vida marcado pela produção, consumo, reciclagem e descarte (REDE, 1996).¹⁷ Quando ele perde o seu valor de uso – definido culturalmente –, mantém o potencial de servir como fonte de informação. O que equivale afirmar que sua importância não reside somente em sua utilidade para o grupo.

Outro problema concerne aos sítios arqueológicos, onde são recolhidos esses materiais, e sua representação como retratos fiéis do passado. Esses locais sofreram frequentemente a interferência humana. Veja-se o exemplo de um sítio arqueológico ainda não descoberto, dentro da cidade.

A interdisciplinaridade mostra-se, então, importante na tentativa de tornar as pesquisas sobre a cultura material e, especificamente nesse caso, suas relações com a demarcação de territórios indígenas, mais transparentes à sociedade.

A própria FUNAI a partir da portaria nº 14 de 09 de janeiro de 1996, a qual trata do “relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas previsto no parágrafo – 6º do art. 2º do Decreto nº 1775 de 08/01/1996”, ao mesmo tempo em que prevê o estudo antropológico de identificação no §1º, fala da necessidade de “estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação”.

A Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul também se manifestou nesse sentido no expediente administrativo nº 4810-1000/11-6, o qual verificou a necessidade de um “acompanhamento administrativo dos processos de demarcação de áreas indígenas, valendo-se de equipe multidisciplinar, em especial antropólogos e historiadores, atuando de forma efetiva e produzindo a prova necessária ao deslinde de tão grave questão social nas diversas áreas atingidas” (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 92).

Porém, a interdisciplinaridade parece ser um desafio aos intelectuais, uma vez que o emprego da terminologia acarreta um debate intenso sobre a natureza da investigação. Segundo Leis “qualquer demanda por uma definição unívoca e definitiva do conceito de interdisciplinaridade deve ser rejeitada, por tratar-se de proposta que inevitavelmente está sendo feita a partir de alguma das culturas disciplinares existentes” (2005, p. 05).

Nesse sentido, observa-se no Ocidente uma cultura disciplinar, baseada em uma hierarquia e em privilégios para conhecimentos específicos. Nota-se, por exemplo, um favorecimento das ciências exatas em detrimento das humanas; do pensamento racional sobre as subjetividades; da tradição escrita em relação à oral. A delimitação de fronteiras entre conceitos é o resultado da hegemonia desse modo de pensar.

No entanto, afirmar a necessária solidariedade entre os saberes não significa relegar a própria disciplina a um plano secundário. Mesmo porque, os diferentes processos formativos impedem o profissional de despojar-se de seus conhecimentos prévios. Todavia, os problemas da

contemporaneidade exigem habilidade em transitar entre os saberes.

A demarcação de terras indígenas, por ser um tema polêmico, sujeito a inúmeros questionamentos, precisa ser investigada por uma equipe multidisciplinar, e não somente pela antropologia. De outro modo, pode-se dizer que a legislação já prevê a ação interdisciplinar em pesquisas envolvendo povos indígenas. Entretanto, trata-se de “estudos complementares”, que invariavelmente se submetem à decisão do antropólogo – responsável pela prova pericial.

Mesmo sabendo das dificuldades em definir esse conceito, defende-se a ideia de que a ação interdisciplinar, para ser válida, deve transformar três dimensões do processo investigativo, quais sejam: o objeto, a metodologia e o próprio pesquisador. Quando o antropólogo dialoga com o historiador, por exemplo, seu parecer acerca do objeto pode ser alterado, assim como a metodologia e o entendimento sobre sua função. A mesma situação acontece com os outros profissionais.

A interdisciplinaridade, portanto, antes de ser uma teoria, é um posicionamento frente à realidade. O pesquisador, reconhecendo as limitações de seu olhar, procura viabilizar o diálogo com as demais áreas, a fim de proporcionar uma maior sintonia entre o conhecimento por ele produzido e as necessidades sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho diagnosticou a crise de credibilidade a qual foi submetido o conhecimento antropológico quando chamado a trabalhar em juízo. Essa conjuntura está ligada tanto a aspectos econômicos quanto políticos.

Na primeira situação, observa-se um debate teórico entre os defensores da “ancestralidade da ocupação” e o “território de escolha”. Caso o processo judicial aponte para a ancestralidade, caberia aos Estados-membros indenizar os moradores não-índios da região. Mas, se, ao contrário, for constatado que os indígenas migraram para essas áreas depois de 1988, o espaço se caracteriza como de escolha, cabendo à União arcar com as despesas.

O segundo aspecto concerne a questões que aproximam o antropólogo de políticas indigenistas capitaneadas pela FUNAI, como demonstrado na “Reserva de Mato Preto”, onde as autoridades argumentam que, invariavelmente, os laudos antropológicos defendem a necessidade de demarcação do território indígena pela teoria da ancestralidade da ocupação.

Em nenhuma dessas hipóteses, os laudos convencem as partes da necessidade de sua realização, impondo à advocacia pública o desafio de trabalhar com uma equipe multidisciplinar. Esse grupo de estudos teria a incumbência de, no âmbito administrativo, debater os indícios, relacionar os fatos, confrontar as fontes, procurar vestígios da ocupação que se perpetuou ao longo do tempo. Inserindo as reivindicações dos povos indígenas em um contexto macroeconômico, onde a posse da terra também é pauta de outros movimentos sociais.

Profissionais de áreas como História, Arqueologia, Geografia, além da Antropologia e do Direito, poderiam buscar pontos de consenso, porém, principalmente, oferecer novas perspectivas sobre a temática.

Ao questionar os laudos como ferramentas eficazes à produção de acordos, não se objetiva substituir o saber antropológico pelo resgate histórico, mas problematizar a hierarquia estabelecida entre as áreas do conhecimento que, por vezes, inviabilizam a ação interdisciplinar.

Nesse sentido, a última seção propôs um diálogo entre a História e a Cultura com a pretensão de demonstrar a dinâmica das sociedades humanas e a difícil missão de classificá-las, ordená-las, mesmo recorrendo a artefatos e utensílios produzidos por esses grupos.

Longe de demonstrar a impotência dessa disciplina para tratar de assuntos monopolizados por antropólogos, serve como provocação à advocacia pública em manter uma equipe multidisciplinar, responsável por aprofundar o diálogo entre pesquisadores e servir de referência para trabalhos envolvendo o índio e o seu território.

Notas explicativas: (Endnotes)

1 Até a década de 1990 quem realizava o estudo para viabilizar a demarcação de terras indígenas eram os agrônomos, que não detinham os mesmos conhecimentos do antropólogo. Percebe-se um avanço em relação ao período anterior, visto que com o trabalho dos antropólogos objetivava-se ouvir o nativo, também, como sujeito de direitos.

2 Segundo João Dal Poz Neto, “a ação judicial seria o lugar institucionalizado para a produção da verdade, espaço neutral supostamente não contaminado pela controvérsia das partes” (1994, p. 58). No entanto, apesar de o processo judicial representar determinada realidade dos fatos, ele não abarca a totalidade do vivido. Se o embate ali expresso ocorre no âmbito da interpretação das leis, doutrinas, etc. na área em litígio a disputa é real, concreta e, muitas vezes, mortal.

3 Segundo definição da Lei nº 6.001/73 que dispõe sobre o Estatuto do Índio.

4 Lei nº 6.001/73 – Capítulo III – Áreas Reservadas.

5 O desenvolvimento científico e tecnológico da sociedade moderna, bem como a especialização do saber observado na contemporaneidade tornou as disciplinas, trincheiras onde o pesquisador se sente seguro para analisar a realidade que o cerca. Munidos de expressões oriundas de suas áreas do conhecimento, os estudiosos, muitas vezes, inviabilizam o diálogo com a sociedade. Sabe-se, contudo, da necessidade de construir pontes entre as disciplinas, de modo a elucidar as situações-problemas, tão corriqueiras nos tempos modernos.

6 “Quesitos, no caso, são as perguntas em torno do objeto da perícia” (SANTOS, 1994, p. 26).

7 Na contemporaneidade, as culturas se relacionam, transformando-se mutuamente, o que levou Peter Burke a escrever sobre o “hibridismo cultural”. Fazendo referência a biologia, o historiador fala da planta que se adapta ao ecossistema. A cultura também reage ao seu em torno, alterando-se. “Na história, por exemplo, sucede com frequência que os contatos econômicos entre civilizações muito distantes entre si sejam apenas confirmados pelos objetos materiais, culturalmente típicos, que elas trocaram entre si” (BUCAILLE; PESEZ, p. 18, 1989).

8 Para Luciano, a imagem do índio é projetada de três formas distintas: 1) visão romântica: protetor da floresta, homem puro, bom selvagem; 2) vinculado a lógica do capital: ocioso, vagabundo, cruel, animal selvagem; 3) apresenta-o como “sujeitos de direito e, portanto, de cidadania” (LUCIANO, 2006, p.35-36).

9 Existem dificuldades em estabelecer uma continuidade histórica, visto que a formação de um grupo tribal é dinâmica – com rupturas, alianças, etc. O passado é construído coletivamente – lembrado e esquecido – por vezes, de forma inconsciente.

10 O “direito originário” decorre do reconhecimento da presença de indígenas em determinada região antes de qualquer outra pessoa. Enquanto o “território imemorial” concerne à remota ocupação, que transcende a lembrança de uma geração. Essa garantia foi expressa nos parágrafos 1º e 2º do artigo 231 da Constituição Federal: “§ 1º **São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente**, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º **As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente**, cabendo-lhes o **usufruto exclusivo** das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” (1988, grifo nosso).

11 O processo judicial cujo objetivo é a demarcação de terras indígenas no norte gaúcho foi proposto pelo Ministério Público Federal em maio de 2006. Tornando réus a União, a FUNAI, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), além do Estado do Rio Grande do Sul. São interessados no processo, os índios ali acampados e uma Comissão de agricultores residentes na área litigiosa. A apelação produzida pelo procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Rodinei Escobar Xavier Candeia em 24 de outubro de 2011, foi um dos documentos analisados neste artigo.

12 Foram exemplos de empresas colonizadoras que atuaram no norte gaúcho a Jewish Colonization Association, Empresa Colonizadora Luce Rosa & Cia Ltda, Companhia Colonizadora Rio Grandense.

13 “A eleição de área indígena encontra previsão no artigo 26 da Lei 6.001/73 e consiste na aquisição (compra, doação, desapropriação) de terras para a formação de reserva indígena” (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 81).

14 A obrigação de indenizar está prevista no artigo 32 da ADCT da Constituição Estadual de 1989.

15 Nesse caso, a “descrição superficial”, diz respeito àquilo que o “ensaiador (imitador, piscador, aquele que tem o tique nervoso...) está fazendo (‘contraindo rapidamente sua pálpebra direita’)” (GEERTZ, 2008, p. 05).

16 A “descrição densa” concerne ao significado da ação, qual seja: “praticando a farsa de um amigo imitando uma piscadela para levar um inocente a pensar que existe uma conspiração em andamento” (idem).

17 Ainda, BUCAILLE; PESEZ (1989) citam como limites da arqueologia ao entendimento da cultura material o estado de “conservação dos diversos materiais” utilizados na confecção desses utensílios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula nº 650**. Os incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. Disponível em: <<http://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stf&num=650>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Apelação cível n. 2006.71.17.001628-1 RS. Terras Indígenas. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Dês. Lúcio Rodrigo Maffassioli de Oliveira, Erechim, 24 out. 2011. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/apelacao-pge-rs-demarcacao-mato-preto.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BUCAILLE, Richard; PESEZ, Jean-Marie. Cultura Material. In: ENCICLOPÉDIA Einaudi, vol. 16, Lisboa, 1989. Disponível em: <http://jmir3.no.sapo.pt/Ebook2/Cultura.Material_Einaudi.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2015.

BURKE, Peter. **Hibridismo cultural**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2003.

COMISSÃO ESPECIAL PARA DISCUTIR A SITUAÇÃO DAS ÁREAS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS NO RS, 2012, Porto Alegre. **Relatório Final**. Porto Alegre: Câmara dos Deputados RS, 1984. Disponível em: <www.al.rs.gov.br/download/ComEspQuilombolas/RF_Quilombolas.pdf>. Acesso em 02 ago. 2015

FERREIRA, Luciane Ouriques. A dimensão ética do diálogo antropológico: aprendendo a conversar com o nativo. In: FLEISCHER, Soraya; SCHUCH, Patrice (Orgs.). **Ética e regulamentação na pesquisa antropológica**. Brasília: Letras Livres – Editora Universidade de Brasília, 2010.

FUNAI. Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 1996. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas previsto no Parágrafo 6º do art. 2º do Decreto Nº 1775 de 08/01/1996. Disponível em: <www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2015.

FUNAI. Portaria nº 116, de 14 de fevereiro de 2012. Estabelece diretrizes e critérios a serem observados na concepção e execução das ações de demarcação de terras indígenas. Disponível em: <<http://www.cpisp.org.br/indios/html/legislacao/59/portaria-n-116-14-fevereiro-2012.aspx>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

FUNAI. Instrução normativa nº 2, de 03 de fevereiro de 2012. Estabelece critérios e procedimentos para a indenização de benfeitorias edificadas em terra indígena, provenientes de ocupação de boa-fé. Disponível em: <www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/.../instrucaonormativa-2-cpab.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.

GEERTZ, Clifford. Uma descrição densa: por uma teoria interpretativa da Cultura. In: _____. **A interpretação das culturas**. 1a ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 3-21.

HELM, Cecília Maria Vieira. A etnografia, a perícia e o laudo antropológico nos processos judiciais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba/PR, 15: 5-17, vol. 1, 2009.

LEIS, Héctor Ricardo. Sobre o conceito de interdisciplinaridade. **Cadernos de pesquisa interdisciplinar em ciências humanas**, Fpolis, nº 73, agosto 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/2176>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

REDE, Marcelo. **História a partir das coisas: tendências recentes nos estudos da cultura material**. UNITERMOS: Cultura Material. História e Cultura Material. Anais do Museu Paulista, v.4, jan./dez. 1996.

SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília MariaVieira (Orgs.). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis/SC: Ed. da UFSC, 1994.

A PROGRESSIVIDADE DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

Diórgia Streit Jorej¹

Recebido em: 15.7.2015

Aprovado em: 04.10.2015

Resumo: A questão-problema cinge-se à investigação acerca da utilização de alíquotas progressivas no imposto de transmissão *causa mortis* e doações como efetivação do direito fundamental constitucional da igualdade. A hipótese única acredita ser possível a concretização de direitos fundamentais através da referida técnica de progressividade de alíquotas de impostos. Objetivos gerais são: analisar a possibilidade de aplicação de alíquotas progressivas no imposto de transição *causa mortis* e doação, bem como identificar sua relação com a efetivação do direito fundamental à isonomia. O método dedutivo. A pesquisa sob o

Abstract: The question - problem is confined to research on using aliquots in progressive transmission *causa mortis* and donations tax effective as the fundamental constitutional right of equality . The hypothesis only believed to be possible the realisation of fundamental rights through the technique of progressivity of tax rates. General objectives are: examine the possibility of applying progressive rates in cod and transition tax donation, as well as identify your relationship with the effectuation of the fundamental right to equality. The deductive method. The research from the point of view of its nature is ap-

¹ Analista Jurídico junto à Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Formanda do Curso de Especialização em Direito Administrativo Aplicado, da Rede Escola de Governo/FDRH, em convênio com a Universidade de Caxias do Sul. Artigo adaptado do trabalho apresentado à comissão avaliadora como requisito obrigatório à conclusão do referido curso, sob a orientação do Professor Gilson César Borges de Almeida.

ponto de vista de sua natureza é aplicada. Do ponto de vista de sua forma de abordagem é qualitativa. Do ponto de vista dos seus objetivos a pesquisa é exploratório-explicativa. Do ponto de vista de seus procedimentos técnicos é bibliográfica e documental. Concluí-se que o instituto da progressividade, baseado diretamente na capacidade contributiva, tem como um dos principais desdobramentos a efetivação do princípio constitucional da isonomia tributária.

Palavras-chave: Progressividade. ITCMD. Direito Fundamental. Isonomia.

Sumário: 1 Introdução. 2 O princípio da igualdade e seus desdobramentos. 3 O princípio da capacidade contributiva. 4 A técnica da progressividade. 5 Os impostos reais e pessoais. 6 O imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD). 7 Da evolução do entendimento do Superior Tribunal Federal quanto à progressividade dos impostos reais. 8 O ITCMD progressivo e o princípio da isonomia. 9 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo é um ramo do Direito Público Interno, responsável pela regulamentação da Administração Pública, sua organização, seus serviços e sua relação com a coletividade. O Direito Administrativo, apoiado no Direito Constitucional e Tributário, trata das relações entre o Estado/ Administração Pública e os cidadãos/ contribuintes, regulando, tanto as garantias quanto os direitos fundamentais das pessoas, também em relação aos tributos. Dentre tais temas, encontramos as limitações

applied. From the point of view of his way of approach is qualitative. From the point of view of its objectives to research is explanatory exploratory. From the point of view of their technical procedures is bibliographical and documentary. I concluded that the Institute of progressivity, based directly on ability to pay, is one of the major developments effecting the constitutional principle of tax equality.

Keywords: Progressivity. ITCMD. Fundamental Right. Equality.

constitucionais ao poder de tributar, as quais são efetivos limites impostos ao Estado-Administrador a serem observados quando da criação e aplicação de tributos; um exemplo de limitação previsto em nossa Constituição é o princípio da isonomia tributária, a qual deve ser observada tanto pelo legislador quanto pelo aplicador do direito. Em observância a tal princípio, surge o questionamento acerca da sua efetivação através da aplicação da técnica da progressividade de alíquotas em relação ao imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD).

Por essa linha de raciocínio, surge o trabalho de conclusão do Curso de Especialização em Direito Administrativo Aplicado.

O problema está em analisar a efetivação do direito fundamental à isonomia através da aplicação da técnica da progressividade de alíquotas em relação ao imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD).

Como objetivo geral analisa-se a possibilidade de utilização da técnica da progressividade tributária em relação ao ITCMD, considerando ser este um tributo real, bem como a evolução de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema ao longo dos tempos.

O segundo objetivo geral pauta-se em demonstrar que a referida técnica trata de uma forma de efetivação do direito fundamental à isonomia tributária, respeitando a distribuição de riqueza estatal.

Justifica-se, portanto, o desenvolvimento do presente estudo pela necessidade de se esclarecer que eventual inexistência de previsão constitucional acerca da possibilidade da utilização da técnica da progressividade em relação ao imposto em questão, não pode aniquilar o direito fundamental à isonomia do contribuinte, uma garantia constitucionalmente assegurada. Assim, o estudo busca levantar aspectos discutidos na doutrina e na jurisprudência, demonstrando a tendência preponderante para a resolução das questões fáticas.

O método de pesquisa é o dedutivo, uma vez que o trabalho partirá do viés histórico, constitucional e jurisprudencial para demonstrar como a aplicação da progressividade das alíquotas do ITCMD pode ser uma forma de efetivação do direito à igualdade, contribuindo para melhorar a distribuição de riqueza no país, e, conseqüentemente, diminuir as diferenças sociais.

A pesquisa sob o ponto de vista de sua natureza é básica, pois objetiva

gerar conhecimentos para difusão e melhor compreensão da matéria estudada. Do ponto de vista de sua forma de abordagem é qualitativa considerando que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito. O ambiente natural, seja de aula, da própria norma ou ainda da jurisprudência, é a fonte direta para coleta de dados e o pesquisador é o instrumento-chave.

Do ponto de vista dos seus objetivos a pesquisa é exploratória, tendo o escopo de proporcionar maior familiaridade com a matéria, modo a torná-la melhor compreendida entre os contribuintes.

A elaboração dessa pesquisa justifica-se por ser o principal requisito para a conclusão do Curso de Especialização em Direito Administrativo Aplicado. Além disso, trará ganho a comunidade, uma vez que acaba por esclarecer que a aplicação da técnica da progressividade ao imposto em questão traz benefícios sociais, uma vez que contribui, de forma direta, para a melhor distribuição de riqueza no país.

2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SEUS DESDOBRAMENTOS

O princípio da igualdade, basilar em nosso ordenamento jurídico, reza que todos devem ser tratados de forma isonômica, considerando-se suas desigualdades; de forma genérica está previsto no caput do art. 5º da Carta Magna, vindo, todavia, a mostrar-se presente em vários dispositivos ao longo da mesma. Na seara tributária apresenta-se no artigo 150, II, sob a denominação de princípio da isonomia tributária.

Consoante Hugo de Brito Machado:

O princípio da igualdade é a projeção, na área tributária, do princípio geral da isonomia jurídica, ou princípio pelo qual todos são iguais perante a lei. Apresenta-se aqui como garantia de tratamento uniforme pela entidade tributante, de quantos se encontrem em condições iguais. Como manifestação desse princípio temos, em nossa Constituição, a regra da uniformidade dos tributos federais em todo território nacional.²

² MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 28ª. Edição. Ed. Malheiros. p. 68

A isonomia estipula que os contribuintes considerados iguais deverão avocar um tratamento isonômico, uma vez que se encontram em situação de equivalência; em não havendo observância a tal princípio, criar-se-à uma situação de desigualdade.

Segundo o entendimento de Eduardo Sabbag, se o postulado da isonomia preconiza que é proibido instituir tratamento desigual aos contribuintes, mostra-se tal princípio como cláusula de defesa do cidadão contra o arbítrio do Estado, aproximando-se da ideia da isonomia da lei. Esclarece, que, indo ao encontro de tal entendimento, o princípio da igualdade tributaria também é conhecido como “princípio da proibição dos privilégios odiosos”, uma vez que, antes de sua instituição, privilégios e garantias tributárias eram concedidas a pessoas que detinham cargos importantes no Estado.³

Consoante ensinamentos de George Marmelstein:

a Constituição brasileira adotou um conceito dinâmico e multifuncional de igualdade, de modo que, ao mesmo tempo em que há um dever de não discriminar (discriminação negativa), existe também um dever de igualdade (discriminação positiva), no sentido de que o Estado tem a obrigação de agir para reduzir as desigualdades sociais, promover o bem-estar social, combater as causas da pobreza, etc.⁴

Nessa mesma linha de pensamento, de acordo com os ensinamentos de Gilmar Mendes, existe diferença quando se menciona igualdade na lei e a igualdade diante da lei, porque a primeira, tendo como destinatário o legislador, a quem seria vedado valer-se da lei para fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda, dirigida principalmente aos intérpretes e aplicadores da lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei

³ SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva. P. 157

⁴ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 3ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 445

encarou como iguais.⁵

Nas breves palavras de Erival da Silva Oliveira:

Dessa forma, o legislador, ao criar as normas, não poderá se afastar do princípio da igualdade, sob pena de incorrer em uma inconstitucionalidade, sujeitando-se ao controle de constitucionalidade; o interprete não pode aplicar as leis aos casos concretos, de forma a criar ou aumentar desigualdades; por fim, o particular não poderá poutar-se por condutas discriminatórias, sob pena de responsabilidade civil e penal nos termos da legislação em vigor⁶

Assim, tem-se que tal princípio tem como destinatário todas as pessoas, em diferentes momentos de sua aplicação.

Há de observar-se, ainda, que se trata de um direito fundamental, não podendo ser excluído de nosso estatuto jurídico, mas apenas limitado, em determinados casos, mas sempre diante da análise do fato concreto e mediante a aplicação da razoabilidade e ponderação.

A exata compreensão da isonomia tributária requer o estudo de um princípio correlato, qual seja, o princípio da capacidade contributiva (artigo 145, §1º, da Constituição Federal), considerando que alguns autores entendem que a capacidade contributiva é uma consequência, um sub-princípio do princípio da isonomia.

3 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

No Brasil, historicamente, tal princípio apareceu na Constituição Imperial de 1924, à luz do art.179, XV; sendo que, em nem todas as

⁵ MENDES, Gilmar et al. Curso de Direito Constitucional. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 157

⁶ OLIVEIRA, Erival da Silva. Direito Constitucional. 2ª. Ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2003. P. 97

constituições posteriores esteve presentes.⁷

Atualmente, o princípio da capacidade contributiva (ou da capacidade econômica) possui estatura constitucional, encontrando-se expressamente delineado na atual Carta Federal, especificamente em seu artigo 145, § 1º. Decorre, tal princípio, da necessidade de o legislador exigir impostos na medida da capacidade econômica de cada contribuinte, devendo alcançar a riqueza deste sem aniquilá-la, o que configuraria afronta ao princípio do não confiscatório dos tributos.

De acordo com o entendimento de Bernardo Ribeiro de Moraes, a capacidade contributiva origina-se do ideal de justiça distributiva, uma vez que “cada pessoa deve contribuir para as despesas da coletividade de acordo com sua aptidão econômica”.⁸

Atuando na esteira da concretização da justiça distributiva, tal princípio vai ao encontro de grandes e respeitados postulados, dentre eles a garantia do mínimo existencial dos contribuintes, sendo este um dos corolários da dignidade da pessoa humana. Há de ser ressaltado o entendimento do professor Sabbag, segundo o qual: “o mínimo vital e a vedação do confisco são limites opostos, dentro dos quais gravitara a tributável capacidade contributiva.”⁹

E continua a lecionar o referido autor:

A capacidade contributiva é um princípio auto-aplicável, devendo ser observado não somente pelo legislador, que é seu destinatário imediato, mas também pelos operadores do direito...entendemos que ao legislador compete graduar a exação, enquanto que ao administrador tributário cabe aferir tal gradação.¹⁰

Há de ser salientado que na constituição anterior, a previsão

⁷ SABBAG, Eduardo. Op. Cit. p. 157

⁸ MORAES, Bernardo de. Compendio de Direito Tributário; vol I; 3ª. Edição. Ed Forense, 2006. P. 118

⁹ SABBAG, Eduardo. Op. Cit. p. 155

¹⁰ Id. p. 159

era de aplicação da capacidade contributiva a todos os tributos, vindo modificação na atual carga, a qual restringiu a aplicação de tal instituto, referindo-se apenas aos impostos. Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem estendido a aplicação do princípio da capacidade contributiva a outras espécies tributárias, por exemplo, às taxas, como bem se observa da taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários, a exemplo do previsto na súmula 665 do STF ¹¹.

Reza o referido artigo:

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

Há de ser salientado que o referido dispositivo legal determina que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal, devendo ser graduados segundo a capacidade contributiva do cidadão; todavia, a expressão “sempre que possível” significa que o postulado deve ser aplicado de acordo com as possibilidades técnicas de cada imposto, *não significa que o princípio poderá ser aplicado ou não*. Note que não há facultatividade na sua aplicação.

Na lição de Roque Carrazza, “em nosso sistema jurídico, todos os impostos, em princípio, devem ser progressivos. Por quê? Porque é graças à progressividade que eles conseguem atender ao princípio da capacidade contributiva”. ¹² Devendo ainda, ser complementada tal observação: se há o atendimento ao princípio da capacidade contributiva, estará respeitando o princípio da isonomia tributária, do qual aquele princípio decorre.

¹¹ Brasil. **SÚMULA 665 STF**: É CONSTITUCIONAL A TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS INSTITUÍDA PELA LEI 7940/1989

¹² CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88

Há de ser salientado que o princípio em tela exterioriza-se sob diversas formas a fim de melhor verificar a possibilidade econômica do contribuinte, desejando que todos, de forma não confiscatória, possam contribuir, na medida de suas possibilidades, com a justiça social. Desse modo, considerando os modos de exteriorização do princípio em tela, quais sejam a progressividade, a proporcionalidade e a seletividade, mister se faz compreender, para os fins do presente trabalho, a técnica da progressividade.

4 A TÉCNICA DA PROGRESSIVIDADE

É cediço que os impostos são uma espécie de exação tributária não vinculada a uma determinada atividade estatal. Diferenciando-se das taxas e das contribuições de melhoria, esta espécie de tributo não possui uma natureza contraprestacional, porquanto seu fato gerador independe de qualquer ação estatal específica.

Desta forma, para realizar o seu mister arrecadatório, sem descuidar dos princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva, os impostos utilizam-se das mais diversas técnicas para definir o seu aspecto quantitativo. Levando-se em conta estas formas de quantificação, os impostos podem ser classificados em fixos, regressivos, proporcionais ou progressivos.

Tem-se a progressividade como técnica de incidência de alíquotas diferenciadas, perante bases de cálculo igualmente variáveis, sendo uma forma de aferição da riqueza, segundo a qual se tributa mais pesadamente quem manifesta maior poderio econômico.

O imposto progressivo é aquele cuja proporcionalidade é crescente na medida em que aumenta o valor da matéria tributada; de acordo com tal técnica, quanto maior a base de cálculo, maior será a alíquota.

A sistemática está explícita no texto constitucional, existindo três impostos progressivos expressamente previstos na Carta Magna, quais sejam:

a) Imposto sobre a propriedade territorial urbana (IPTU)

O IPTU sempre foi progressivo no tempo (182, §4º, inciso II, da CF), buscando desestimular o inadequado tratamento da propriedade, indo ao encontro do princípio da função social da propriedade; trata-se da progressividade extrafiscal.

Com a Emenda Constitucional 29 de 2000, a progressividade do IPTU foi modificada, passando ele a ser progressivo em razão do valor do imóvel e apresentando alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso (artigo 156, §1º, incisos I e II, da Constituição Federal). Sendo assim, o IPTU progressivo, após a EC 29/00, ganhou uma progressividade fiscal, que hoje coexiste com a anterior.

Há de ser salientado que, antes da edição da mencionada emenda, o Superior Tribunal Federal entendia serem inconstitucionais as leis municipais que haviam sido publicadas com a previsão de alíquotas progressivas para o referido imposto com finalidade fiscal, sendo que tal entendimento acabou por dar origem à súmula 668 do STF¹³.

b) Imposto Territorial Rural

O referido imposto já foi de competência dos Estados e Municípios, sendo hoje da União.

Previsto no artigo 153, §4º, incisos I a III, da Constituição Federal, a progressividade prevista para o imposto em questão visa desestimular a manutenção da propriedade rural improdutiva (fins regulatórios); quanto maior a produtividade do imóvel, menor será a alíquota do imposto, de forma que propriedades que sejam muito produtivas, serão pouco tributadas; funciona como instrumento auxiliar do disciplinamento estatal da propriedade rural, sendo considerado um instrumento no combate aos latifúndios improdutivos.

Ademais, não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei,

¹³ BRASIL. SÚMULA Nº 668 STF: É INCONSTITUCIONAL A LEI MUNICIPAL QUE TENHA ESTABELECIDO, ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 29/2000, ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS PARA O IPTU, SALVO SE DESTINADA A ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel.

c) Imposto de Renda

O imposto de renda e proventos de qualquer natureza, incide sobre as rendas e proventos auferidos em determinado período, sendo, em princípio, de incidência anual; tal imposto é informado pelos princípios da generalidade, universalidade e progressividade: a generalidade diz respeito à sujeição passiva, indicando a incidência sobre todos os contribuintes que pratiquem o fato descrito na hipótese de incidência; já a universalidade é critério que se relaciona à base de cálculo do gravame, que deve abranger quaisquer rendas e proventos auferidos pelo contribuinte; por fim, a progressividade de tal imposto prevê a variação positiva da alíquota do imposto a medida que há aumento de base de cálculo.

Previsto no artigo 153, §2º, inciso I, da Constituição Federal está a progressividade fiscal; o referido imposto tem uma progressividade modesta, buscando fins meramente arrecada tórios (fiscal). A respeito desta progressividade cabe ressaltar que tal imposto era, ao menos para as pessoas físicas, progressivo sem haver previsão constitucional, vindo a tornar-se obrigatória somente com a Carta de 1988.¹⁴

Em análise dos impostos acima mencionados, verifica-se que um deles é classificado como imposto pessoal - IR - e os outros dois como impostos reais.

Resta, desta forma, questionar: a progressividade dos impostos está atrelada a sua presença na Carta Magna? Tal instituto está relacionado com a modalidade de impostos (real ou pessoal)?

Assim, no intuito de se investigar tais questões, antes se faz necessário trazer a lume a didática classificação doutrinária entre impostos 'reais' e 'pessoais'.

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Op. Cit.p. 340

5 OS IMPOSTOS REAIS E PESSOAIS

É possível dizer que os impostos pessoais são aqueles que consideram apenas os aspectos referentes à pessoa do contribuinte.

Os impostos reais, por sua vez, são os que levam em conta tão somente as características do bem ou direito a ser tributado – a matéria tributável. São impostos reais: IPTU, IPVA, ITR, ITBI, ITCMD, uma vez que seus fatos geradores estão relacionados a um bem: no IPTU, IPVA e ITR o FG é a detenção da propriedade, enquanto que no ITBI e ITCMD o FG é a transmissão da propriedade. Assim, o ITCMD (impostos sobre a transmissão *causa mortis* e doação) se encontra entre os chamados ‘impostos reais’, porquanto para a dosagem do mesmo não se leva em consideração quaisquer aspectos individuais do sujeito passivo tributário.

Nos impostos reais, diante da não “contabilização” das circunstâncias pessoais do contribuinte, a doutrina questiona se tais impostos devem mesmo ser suportados em razão da capacidade contributiva do sujeito passivo tributário.

A partir da leitura do art. 145 da Constituição Federal, duas teses interpretativas foram firmadas:

A primeira aduz que a progressividade nos impostos reais é possível: a Carta Magna reza que os impostos serão preferencialmente pessoais; contudo sendo pessoais ou reais, todos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Trata-se de um dever positivado em nossa Carta Magna para que todo o tributo criado tenha conexão com a capacidade econômica do contribuinte.

Assim, em linhas gerais, o artigo 145, §1º é interpretado como a exigência de que seja instituída a progressividade aos impostos. A expressão “sempre que possível” é justificada em face da existência de impostos indiretos que não são afeitos a progressividade. Assim, essa pessoalidade é interpretada de forma separada da capacidade econômica

Já a segunda corrente afirma que a progressividade não é possível - fazendo uma interpretação mais vinculada – entende que, sempre que possível os imposto terão caráter pessoal, e, sendo pessoais, serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Portanto, somente os impostos pessoais poderão ser progressivos.

Nesta esteira, cabe questionar: em sendo o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação um imposto real, sem previsão expressa na constituição federal, poderia ser ele mensurado pela capacidade contributiva efetivada através da técnica da progressividade?

Para aferir tal possibilidade, primeiramente há de ser estudado com maior precisão o imposto ora mencionado.

6 O IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCMD)

O ITCMD é um dos impostos mais antigos da história da tributação, havendo relatos de sua exigência em Roma, sob a forma de *vigésima* sobre heranças e doações. Tal imposto, assim como o ITBI, estava na competência dos Estados, até a Constituição de 1988, momento, a partir do qual houve uma bipartição da competência: a transmissão, quando decorrente de *causa mortis* ou não oneroso, de bens moveis e imóveis, ficou na competência estadual; enquanto que o ITBI ficou na competência dos Municípios.¹⁵ Assim, a instituição do tributo em exame compete, atualmente, somente aos Estados e ao Distrito Federal, conforme disposição expressa do art. 155, I da Carta Constitucional.

O sujeito passivo do ITCMD vem a ser o(s) herdeiro(s) ou legatário(s) ou qualquer das partes envolvidas na doação, conforme previsão encontrável em cada lei estadual. A Constituição é omissa sobre o tema.

O fato gerador do referido imposto é a transmissão de propriedade de quaisquer bens ou direitos decorrentes do falecimento de seu titular ou transmissão e cessão gratuita. Ressalta-se que a transmissão é a passagem da propriedade ou de bens e direitos de uma pessoa para a outra. Ocorre sempre em caráter não oneroso, seja pela decorrência da morte, ou pela doação, cabendo destacar que nas transmissões *causa mortis* ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros e legatários.

O momento do fato gerador deve ser o do respectivo registro da escritura de transmissão, no caso de imóveis.

No que se refere à sua hipótese de incidência, vale ressaltar que a

¹⁵ SABBAG, Eduardo. Op. Cit. p. 1036

mesma deve ser explicitada por leis estaduais, mas deve se restringir à descrição prevista no âmbito constitucional, ou seja, à transmissão da propriedade de quaisquer bens ou direitos, seja por causa de morte ou em razão de doação.

Sua base de cálculo será o valor venal dos bens e diretos transmitidos e da doação, sendo o cálculo feito sobre o valor dos bens na data da avaliação (Súmula 113 STF), observada a alíquota vigente na data da abertura da sucessão (Súmula 112 STF), não sendo exigível antes da homologação do cálculo (Súmula 114 STF).

Suas alíquotas são fixadas livremente pelos Estados, respeitado o limite máximo fixado pelo Senado Federal por meio da Resolução número 9 de 1992 em 8%.

Há de ser salientado que, no caso de morte presumida, é cabível a incidência do ITCMD, consoante entendimento jurisprudencial e previsão sumular (Súmula 331 STF).

Possui função precipuamente fiscal, de mera arrecadação aos cofres estatais. Para alguns autores, contudo, pode assumir também função extrafiscal, como bem se vislumbra no seguinte trecho: “No caso do imposto sobre heranças e doações, a função extrafiscal possível consiste em desestimular a concentração de renda. Basta a instituição de alíquotas progressivas, com percentuais bastante elevados para os valores mais expressivos.”¹⁶

Resta saber, qual seria o entendimento do nosso Superior Tribunal Federal a respeito da progressividade dos impostos reais, uma vez que na doutrina sempre houve divergência.

7 DA EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À PROGRESSIVIDADE DOS IMPOSTOS REAIS

Ao longo dos anos, o entendimento do STF a respeito da questão em análise tem se modificado, senão vejamos:

Primeiramente foi questionada a constitucionalidade da emenda

¹⁶ MACHADO, Hugo de Brito. op. cit. p. 321

constitucional 29 de 2000, a qual trouxe a progressividade fiscal para o IPTU (imposto real), vindo o STF manifesta-se no sentido de que a referida emenda é constitucional porque o IPTU mesmo sendo um imposto real, ele poderia ser progressivo (RE 423.768).

Logo em seguida veio o mesmo questionamento a respeito do ITBI - imposto municipal previsto no art. 126, I da CF – tendo o STF manifestado-se no sentido de que a Constituição Federal não autoriza a progressividade das alíquotas do ITBI, realizando-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda. Ao encontro de tal entendimento, o STF acabou por editar a Sumula 656 ⁽¹⁷⁾.

Os contribuintes então aplicavam este entendimento também para o ITCMD. Todavia, haviam Estados que possuíam regramento legal prevenindo a progressividade para referido imposto, dentre ele o Rio Grande do Sul. Assim, a polêmica perdurou quando do questionamento a respeito do ITCMD, se, em sendo um imposto real, poderia ter alíquotas progressivas, chegando ao Supremo Tribunal Federal tal questão.

Aparentemente o Art. 145, § 1º autoriza que os impostos, sempre que possível, tenham caráter pessoal e sejam graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, cabendo à administração tributária conferir efetividade a esses objetivos. No entanto, a doutrina clássica, que adota a divisão de impostos em impostos de natureza real e impostos de natureza pessoal, entende não ser possível a aplicação de alíquotas progressivas nos impostos de natureza real, por lhe faltarem o elemento pessoal, logo não há aplicação do princípio da capacidade contributiva, uma vez que o fato gerador leva em conta um dado objetivo que não tem o condão de medir a riqueza do contribuinte. Para os adeptos dessa teoria, os impostos reais só poderiam ser progressivos se constitucionalmente previstos, como é o caso do IPTU (art 156, § 1º e 182, § 4º, II, da CF/88) e o ITR (art. 153, VI, § 4º, I, da CF/88). Foi à luz da doutrina clássica que se firmou a jurisprudência no sentido de que imposto de natureza real não pode variar em razão da presumível capa-

¹⁷ Brasil. **SUMULA 656 STF:** É INCONSTITUCIONAL A LEI QUE ESTABELECE ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS PARA O IMPOSTO DE TRANSMISSÃO “INTER VIVOS” DE BENS IMÓVEIS - ITBI COM BASE NO VALOR VENAL DO IMÓVEL

cidade contributiva do sujeito passivo.

Foi considerando tais premissas que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou o incidente de inconstitucionalidade nº 70013242508, decidindo que nos impostos reais, sejam eles diretos ou indiretos, não pode haver progressividade, uma vez que ela se trata de um mecanismo diretamente relacionado com a capacidade contributiva, princípio este expresso direta e imediatamente do fato gerador dos tributos pessoais¹⁸.

Do julgamento do TJ/RS, que decidiu pela inconstitucionalidade da progressividade do ITCMD coube recurso ao Supremo Tribunal Federal. O Recurso Extraordinário 562.045/RS foi interposto em 2007; em 01/02/2008 o Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada¹⁹, tendo decisão final no início de fevereiro de 2013.

Ao se deparar com a matéria, o STF se posicionou contrário à decisão proferida no Rio Grande do Sul, acabando com a superioridade da teoria clássica, a qual adota a divisão dos impostos em reais e pessoais.

Foi nessa esteira que o STF julgou o RE 562.045/RS, entendendo pela constitucionalidade da progressividade de alíquotas do ITCMD e dando prioridade aos postulados da justiça fiscal em detrimento a dicotomia impostos reais e impostos pessoais. Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal se mostrou preocupado em um julgamento que ultrapassa os interesses subjetivos da parte, buscando a aplicação principiológica do Sistema

¹⁸ “só é possível nos tributos em que a própria dimensão econômica do fato gerador (base de cálculo) é expressão e medida, direta e imediata, da capacidade contributiva, por isso que a pessoalização do tributo decorre de forma natural, sem necessidade de uma lei que estabeleça as condições e qualidades da pessoa do sujeito passivo e ao mesmo tempo as vincule à pessoa do contribuinte”

¹⁹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS - ITCMD. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Questão relevante do ponto de vista econômico, social e jurídico que ultrapassa o interesse subjetivo da causa. (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário Nº 562.045-0 RS, , Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Carlos Lewandowsky, Julgado em 01/02/2008)

Tributário Nacional.

No voto-vista de Marco Aurélio, o ministro chega a mencionar que aquele que adquire bem no valor de vinte mil reais não pode sofrer tratamento tributário semelhante ao que adquire um bem de um milhão. E complementa: “É patente: quem compra ou possui imóvel de valor exorbitante revela maior capacidade contributiva, pode pagar mais tributo. Quem recebe esses mesmos bens em herança, doação ou legado, por fato alheio à vontade, talvez não apresente igual capacidade”. Dessarte, para o ministro, a progressividade no ITCMD demanda certo grau de personalização, devendo ser considerada a situação econômica do sujeito passivo, isto é, observado o critério pessoal e não meramente o valor da herança ou legado.

De resto, estabeleceu-se no julgamento que ao contrário do que ocorria com o IPTU, não é necessária a edição de uma emenda complementar para que o ITCMD seja progressivo. Não se pode perder de vista a Resolução 9/92 do Senado que já estabelecia alíquota máxima ao imposto de 8% e a possibilidade de progressão das alíquotas em função do quinhão de cada herdeiro, a serem fixadas por lei estadual.

Assim, diante da recente decisão do Superior Tribunal Federal, importantes conceitos foram aclarados, inclusive demonstrando a grande modificação de entendimento deste tribunal, ressaltando – se: a) a possibilidade de um imposto real possuir alíquotas progressivas, com a finalidade de exteriorizar a capacidade contributiva; b) a desnecessidade de previsão expressa na Carta Constitucional para que ocorra a incidência da técnica da progressividade, uma vez que já existente um mandamento genérico na mesma. Diante do exposto, inexistente dúvida de que o ITCMD possa ser classificado como um imposto progressivo.²⁰

²⁰ Todavia, caberá a nós aguardar o que será decidido em respeito ao ITBI, o qual outrora foi tido como proporcional, face a impossibilidade de incidência de alíquotas progressivas ao imposto real, inclusive com a edição de súmula a respeito. Entendemos que, diante desta modificação da jurisprudência, o referido imposto há de ser reinterpretado, ocorrendo a possibilidade de alíquotas progressivas para ele, bem como deverá ser revogada a súmula jurisprudencial que vai de encontro ao novo entendimento.

8 O ITCMD PROGRESSIVO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Restando ultrapassada a questão sobre a possibilidade da progressividade de alíquotas do imposto em questão, há de ser verificada se, efetivamente, tal técnica vai ao encontro do postulado da isonomia.

Segundo Hugo de Brito Machado: “a progressividade efetivamente realiza o princípio da isonomia, ao menos para os que a preconizam como instrumento da Justiça.”²¹

E continua a lecionar o referido autor que:

não fere o princípio da igualdade, antes o realiza com absoluta adequação, o imposto progressivo. Realmente, aquele que tem maior capacidade contributiva deve pagar imposto maior, pois só assim estará sendo igualmente tributado. A igualdade consiste, no caso, na proporcionalidade da incidência à capacidade contributiva, em função da utilidade marginal da riqueza.²²

Entendemos no mesmo sentido, pois a progressividade de alíquotas concretiza a capacidade contributiva real, corrigindo eventuais distorções de riquezas entre os contribuintes, os quais, com maior acúmulo de riqueza (legado e herança a receber) ou sob situações mais vantajosas, devem ser mais onerados que aqueles que detém patrimônio reduzido ou estão sob alguma desvantagem, realizando a justiça distributiva e concretizando o postulado da isonomia.

De acordo com Hugo de Brito, quando trata da progressividade relativa ao ITCMD : “ essa progressividade é uma forma de realizar o princípio da capacidade contributiva, ou, mais exatamente, de adequação do tributo à capacidade econômica de cada um. Além disto, dependendo do percentual estabelecido pode consistir desestímulo à acumulação de riqueza, e, desta forma contribuir, ainda que modestamente, para a

²¹ MACHADO, Hugo de Brito. Op. Cit. p. 321

²² MACHADO, Hugo de Brito. op. cit. p. 68

redistribuição de renda do país.”²³

Assim, em havendo análise e respeito à capacidade contributiva quando da incidência do ITCMD, está-se respeitando a isonomia, fazendo com que, a cada dia mais, as desigualdades sociais venham a ser superadas, ou ao menos, diminuídas.

9 CONCLUSÃO

A questão-problema buscou orientar o desenvolvimento do trabalho sobre o prisma de ser a técnica da progressividade de alíquotas do imposto de transmissão *causa mortis* e doação uma forma de exteriorização da capacidade contributiva a qual é corolário do postulado da isonomia. Para responder a pergunta lançou-se a hipótese positiva de tal aplicação, mas com observância às especificidades do imposto em questão, uma vez que classificado como imposto real, considerando-se, ainda, toda a evolução jurisprudencial a respeito do tema. Restando comprovada possibilidade de aplicação da técnica da progressividade de alíquotas no ITCMD, bem como ser esta uma forma de concretização do princípio fundamental da isonomia.

Os objetivos gerais foram atingidos no momento em que se analisou a efetiva aplicação da técnica da progressividade de alíquotas ao imposto estudado (ITCMD), por meio da interpretação das normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e da jurisprudência atualizada do Superior Tribunal Federal, e, da mesma forma apresentaram-se elementos suficientes para cumprir com o segundo objetivo geral do *paper*, comprovando-se ser a progressividade de alíquotas do ITCMD uma forma de efetivação do princípio da isonomia, mostrando-se, ainda, como expoente da busca pelo fim das desigualdades sociais, em respeito aos princípios constitucionais republicano, federativo e da igualdade.

²³ Id. p. 379

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 6. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

AVILA, ALEXANDRE ROSSATO DASILVA. **Curso de Direito Tributário**. 3ª. Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28ª. ed. ., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar e outros. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Bernardo de. **Compendio de Direito Tributário**. vol I; 3ª. Edição. Ed Forense, 2006.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional**. 2ª. Ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2003.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário**. 11ª. Ed. São Paulo: RT, 2009.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

A ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA APÓS O RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA 1201993 (PRESCRIÇÃO QUINQUENAL AO REDIRECIONAMENTO NA EXECUÇÃO FISCAL). O JULGADO E SEUS EVENTUAIS EFEITOS JUNTO À PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. MUDANÇAS NECESSÁRIAS

Leandro Brescovit¹

Recebido em: 27.7.2015

Aprovado em: 07.10.2015

Resumo: O processo executivo fiscal pode estar na iminência de profundas alterações. Tais mudanças não ocorrerão no âmbito legislativo, mas sim na esfera judicial, em especial nos efeitos materiais e processuais daquilo que restar decidido no Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1201993. Tal julgado tem como enfoque o prazo prescricional quinquenal

Abstract: The tax enforcement proceedings may be on the verge of major changes. Such changes do not occur in the legislative framework, but in court, especially in substantive and procedural effects of what remains decided in the Special Appeal Representative of controversy 1201993. This trial is to approach the five-year limitation period to re-

¹ Analista Jurídico junto à Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, lotado na 2ª Procuradoria Regional de Caxias do Sul, Pós-graduado em Direito Tributário. Formado pela Universidade Federal de Pelotas.

ao redirecionamento do feito executivo em face dos sócios-gerentes, podendo o STJ declarar que, a partir da citação da empresa, o ente público possui o prazo de 5 (cinco) anos para eventual responsabilização dos administradores do empreendimento. Tal medida, consoante se deseja aventar, pode constituir desprezo ao princípio da *actio nata*, situação essa que poderá ocasionar enorme desfalque na arrecadação dos entes públicos, não obstante fomentar a prática da inadiplência. Ainda, assinala o presente artigo para as adaptações que a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul deverá fazer para maior êxito nas demandas executivas, caso a linha adotada pelo Superior Tribunal de Justiça seja pelo redirecionamento dentro do quinquênio.

Palavras-chave: Prescrição Quinquenal, Redirecionamento, Sócios e Procuradoria.

Sumário: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 A posição do Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. 2.2 Apontamentos acerca da prescrição. 2.3 Efeitos materiais da decisão. 2.4 A necessidade de dinamismo das Fazendas Públicas. Um ato a cargo da Advocacia Pública 3 Conclusão. Referências.

direct the Executive done in the face of associate directors, the Supreme Court may declare that, from the company's quotation, the public entity has a period of five (5) years for possible accountability of the enterprise managers. Such a measure, depending on whether you want avert may constitute contempt for the principle of *actio cream*, a situation that may cause huge embezzlement in the collection of public entities, nevertheless encourage the practice of default. Still, says this article for the adjustments that Attorney-General of the Rio Grande do Sul State should make for greater success in executive demand if the line adopted by the Superior Court of Justice is the redirection within five years.

Keywords: Five-year prescription, Redirect, Partners and Attorney.

1 INTRODUÇÃO

Tramita perante o Superior Tribunal de Justiça o Resp. 1201993, sendo Recorrente a Fazenda do Estado de São Paulo e Recorrida Casa do Sol e Decorações Ltda., tendo como enfoque o prazo para redirecionamento do executivo fiscal aos sócios-gerentes, mormente no caso de dissolução irregular da empresa. Discute-se nesses autos se, a partir da citação da sociedade, o ente público teria o prazo de 5 (cinco) anos para pleitear a responsabilização dos administradores ou se tal prazo começaria a contar quando da ciência da dissolução irregular do empreendimento, tese essa defendida pela Fazenda paulista. Em face da multiplicidade de processos abordando idêntico tema, a demanda foi recebida sob a égide do art. 543-C do CPC (Recurso representativo de Controvérsia)².

A relevância do tema é patente, pois sabido que os efeitos processuais das decisões sob o manto do artigo supra (543-C do CPC), ganham ares de imutabilidade. Nesse particular, precisa a lição de Humberto Theodoro Júnior³:

O julgamento da questão comum pela Seção ou pela Corte Especial do STJ, uma vez publicada, produzirá os seguintes efeitos sobre os recursos especiais sobrestados na origem (art. 543-C, § 7º): I – se o acórdão recorrido coincidir com a orientação traçada pelo julgamento do STJ, caberá à instância de origem negar seguimento ao recurso até então suspenso; II – em caso de divergência entre o acórdão recorrido e a orientação do STJ, haverá reexame da causa pelo órgão julgador local, podendo ocorrer, ou não, retratação.

² Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (...) § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia

³ Theodoro Junior, Humberto. *Curso de Processual Civil*, 51ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, pgs. 674-675

Não se dará, portanto, a imediata apreciação do recurso no juízo de admissibilidade. Os autos voltarão ao órgão colegiado prolator do acórdão, para realizar uma reapreciação do tema, cuja solução se revelou divergente do entendimento assentado pelo STJ. O juízo de revisão será obrigatório, embora o órgão julgador local não esteja vinculado a decidir pela modificação do acórdão recorrido.

Assim, de forma resumida, tendo em conta que aquilo que restar decidido na demanda citada terá reflexo em todos os redirecionamentos já efetuados e aos futuros, impende declinar os efeitos que eventual improcedência do pedido pode ocasionar na arrecadação de tributos. Por conta disso, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (assim como as demais dos outros entes da Federação), poderão sofrer inúmeras adaptações. Para melhor compreensão, necessário contextualizar o tema, tecendo considerações acerca do instituto da prescrição, sugestionando, ao final, alguns ajustamentos no que toca à Advocacia Pública, caso haja limitador temporal à responsabilização dos sócios-gerentes.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1. A Posição da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

Considerando a extensão dos efeitos da decisão, o Estado do Rio Grande do Sul participa da demanda na qualidade de *amicus curiae*⁴, cuja manifestação, firmada pelo Procurador do Estado, Guilherme Valle Brum, aborda com clareza o tema, *verbis*⁵:

⁴ *Sindicatos, associações, órgãos públicos e até pessoas físicas ou jurídicas privadas poderão habilitar-se como amicus curiae, desde que demonstrem algum interesse no julgamento do especial submetido ao regime do art. 543-C.* (Theodoro Júnior. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, editora Forense, Rio de Janeiro, 2010, p. 674).

⁵ <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.aspnumre->

Há, inegavelmente, uma tendência pretoriana – que vem ganhando corpo no âmbito desse Superior Tribunal de Justiça – de considerar a data da citação da sociedade comercial como termo inicial do lustro prescricional para que a Fazenda Pública promova o redirecionamento da execução contra o patrimônio dos gestores. Ou seja, uma vez citada a empresa, o Poder Público, para essa corrente jurisprudencial, tem o prazo de cinco anos, a contar do dia da citação, para localizar – e citar – os sócios-gerentes. É claro que esse redirecionamento pressupõe a insuficiência patrimonial da sociedade. O principal motivo para ter-se a data da citação da empresa como marco inicial do lapso prescricional da pretensão de redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente estaria na necessidade de *segurança jurídica*, que supostamente restaria abalada caso se mantivesse *indefinidamente em aberto a possibilidade de redirecionamento*, e, assim, *imprescritível a dívida fiscal*. Com a devida vênia, essa linha de raciocínio não resiste a uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. E, como bem diz o Ministro Eros Grau, em frase que já se tornou célebre em âmbito acadêmico-doutrinário: *não se interpreta o Direito em tiras!* No caso em análise, o artigo de lei que deve reger a espécie é, sim, o 174 do CTN, entretanto complementado – e aqui o detalhe – pelo **artigo 189 do Código Civil**, regra geral sobre a prescrição, de aplicação subsidiária naquilo que não conflitar com as disposições específicas. Assim, tendo em vista que o artigo 174 do Código Tributário não trata especificamente da prescrição da pretensão de redirecionamento da execução contra os representantes legais da empresa, responsáveis tributários elencados no artigo 135 do CTN, **é imperioso que o julgador se valha do texto do Diploma Civil citado**. Ei-lo: Art. 189. **Violado o direito**, nasce para o titular a **pretensão**, a qual se extingue, pela **prescrição**, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206. Esse artigo incorporou ao Direito posto a conhecida teoria da *actio nata*, segundo a qual a pretensão nasce quando violado o direito subjetivo. Desse modo,

uma vez não havendo lei específica tratando da pretensão de redirecionamento da execução fiscal, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico impõe que se lance mão dessa teoria – inserta em artigo de lei e, pois, de necessária observância – para que se possa encontrar, sem ruptura do sistema, o *termo a quo* de seu nascimento (da pretensão). Para tanto, deve-se buscar o marco no qual se tem por violado o direito possibilitador do ato de voltar-se a pretensão executória contra os sócios. E é aí que entra em cena a jurisprudência, a qual se encarregou de fixar o sentido do artigo 135 do Código Tributário, dispositivo esse que trata da responsabilização dos gerentes pelo adimplemento do tributo devido pela pessoa jurídica que administram.

De forma sintética, o entendimento do Fisco caminha na linha de que, somente com a dissolução irregular da empresa é que resta autorizado o redirecionamento, tudo em nome da teoria da *actio nata*, pois ali nasce a pretensão contra quem ainda não compõe o polo passivo da demanda. Entender de forma diferente seria autorizar o início de prazo prescricional sem que os entes públicos possam exercer qualquer pretensão.

É ínsita à ideia de prescrição a noção de transcurso de prazo, conjugado com a inércia do titular em exercitar a pretensão. Assim, não haveria que se falar em prescrição quando somente o elemento tempo estivesse presente. Contudo, tal não tem sido o entendimento dos tribunais, em especial do Superior Tribunal de Justiça.

A construção jurisprudencial que admite que a prescrição intercorrente transcorra, concomitantemente, tanto em relação ao contribuinte quanto em relação ao responsável tributário, peca contra a Lei de Execução Fiscal, em particular contra o disposto no seu art. 40, *caput*, e §§ 2º e 4º. Ouçamos o legítimo legislador:

Art. 40. O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. (...) § 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja

localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos. (...) § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (sem grifos no original).

De uma leitura superficial resta patente que alguns requisitos deverão ser cumpridos a anteceder a declaração da prescrição intercorrente. O texto legal exige, dentre outros, que o executado (estando incluído o redirecionado) não tenha sido localizado e inexistam bens a serem constritos. Como ato procedimental, a lei determina que o feito tenha sido arquivado e, somente se transcorrido o prazo prescricional (pressupondo a desídia do exequente), poderá o juiz decretar prescrita a ação.

Assim, inexistindo inércia por parte do credor, não há possibilidade de ser reconhecida a prescrição intercorrente, consoante escorreito entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *verbis*:

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INERCIA. EXTINÇÃO. A demora na tramitação da execução, por si só, não leva à prescrição intercorrente, salvo no caso de arquivamento por mais de cinco anos ou paralisação da execução por desídia do credor. Hipótese em que (I) a execução ficou paralisada por mais de cinco anos, sem a promoção de impulsos úteis do credor tendentes à localização de bens do devedor, e (II) não há prova das diligências requeridas na execução que tramitou em apenso. Negado seguimento ao recurso. (Apelação Cível Nº 70043382092, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 29/06/2011).

2.2. Apontamentos Acerca da Prescrição

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho.⁶

Com o lançamento eficaz, quer dizer, adequadamente notificado ao sujeito passivo, abre-se à Fazenda Pública o prazo de cinco anos para que ingresse em juízo com a ação de cobrança (ação de execução). Fluindo esse período de tempo sem que o titular do direito subjetivo deduza a sua pretensão pelo instrumento processual próprio, dar-se-á o fato jurídico da prescrição.

Sendo assim, o instituto da prescrição tem como fundamentos a **fluência de determinado prazo aliada à inércia do credor**. O brocardo latino *dormientibus non securret jus* é emblemático: o direito não socorre a quem permanece inerte. Assim, o elemento inércia/inação é intrínseco à noção de perda de direito ou de pretensão pelo decurso de tempo.

Nesse sentido, a lição de Luciano Amaro⁷ para quem

(...) certeza e a segurança do direito não se compadecem com a permanência, no tempo, da possibilidade de litígios instauráveis pelo suposto titular de um direito que tardiamente venha a reclamá-lo. (...) Por isso, esgotado certo prazo, assinalado pela lei, prestigia-se a certeza e a segurança, e sacrifica-se o eventual direito daquele que se manteve inativo no que respeita à atuação ou defesa desse direito.

A prática processual mostra que, no mais das vezes, as Fazendas Públicas diligenciam de forma incessante na localização de bens e do devedor para a satisfação do seu crédito, não sendo razoável que a prescrição aproveite aqueles que se furtam de cumprir as normas jurídicas,

⁶ Carvalho, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pg. 540

⁷ Amaro, Luciano, *Curso de Direito Tributário*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 395 e 396.

escondendo a si e ao seu patrimônio. Nas palavras de Luiz da Câmara Leal⁸, existem quatro elementares da prescrição, quais sejam:

Existência de uma ação exercitável: neste caso, na hipótese de a empresa possuir bens, não terá o ente público como exercitar a sua ação de redirecionamento, tendo em conta a necessidade de prévia expropriação do patrimônio da sociedade, para só então investir sobre aquele pertencente ao quadro societário. Contudo, a situação se avizinha, acaba por tumultuar tal premissa, surgindo alguns questionamentos, tais como: seria possível que o ente público, a fim de evitar a prescrição intercorrente, demandasse contra os sócios-gerentes, mesmo que a empresa possuísse bens? Parece-nos que não, pois é preciso ser respeitado o benefício de ordem. Chega-se assim a um paradoxo: se a responsabilidade dos sócios-gerentes é subsidiária como pretender que o prazo prescricional em relação ao responsável tributário possa fluir mesmo antes do exaurimento patrimonial da empresa ou, em outras palavras, antes do nascimento da ação do credor em face do responsável tributário?

Inércia do titular da ação pelo seu não exercício: Na espécie, considerando que sequer há o direito em relação ao responsável tributário, não há que se falar em inércia do titular em pretender redirecionar a demanda executiva. O certo é que está impedido o exequente de exercer sua pretensão, pondo-se à calva, a vingar o entendimento pelo limitador temporal ao redirecionamento, que o ente público teria contra si prazo prescricional sem que pudesse exercer a sua pretensão, um verdadeiro açoitado ao bom senso.

Continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo: tirante o aspecto criticável, há casos em que deverá ser declarada a prescrição, frente ao qual, de fato, o ente público não pode se insurgir, pois deu azo à sua incidência. A ilustrar, citam-se casos em que o credor tem ciência de que a empresa encontra-se dissolvida (certidão do Oficial de Justiça) sem qualquer patrimônio ou patrimônio insuficiente, inclusive com baixa na Junta Comercial e no Sistema de Registro da Fazenda Pública e, mesmo assim, não postula o redirecionamento da execução.

⁸ Luís da Câmara Leal, Antônio. *Da prescrição e da decadência*, 2ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1969, pg. 25.

Logicamente que a prescrição deverá ser declarada caso transcorrido o prazo prescricional estipulado. Outro caso corriqueiro: estando redirecionada a demanda, com citação de apenas alguns dos sócios-gerentes, sem que sejam ultimados atos de ciência dos demais, assinala-se pelo acerto da declaração prescricional em relação àqueles não citados. E a medida judicial, sem qualquer objeção, deve ser enérgica, tudo para desestimular a omissão dos titulares no seu exercício. Contudo, tais casos são excepcionais, não havendo paralelo com demandas conduzidas de forma apropriada.

Ausência de algum fato ou ato, a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional: aqui se apresenta o argumento mais poderoso e que, de certa forma, resume o que se deseja apontar. Não se tratando a hipótese do art. 135, III, do Código Tributário Nacional de responsabilidade solidária entre empresa e seus sócios-gerentes, logicamente não se pode excutir bens dos redirecionados sem antes esgotadas as diligências prévias frente ao patrimônio da pessoa jurídica, sendo indisfarçável o desalinhamento da atual jurisprudência, pois há fato impeditivo, o que obstrui o ente público de exercer sua pretensão.

A mesma jurisprudência que entende que o prazo prescricional, uma vez interrompido pela citação do contribuinte, deve retomar sua marcha em face dele e também dos responsáveis tributários, sustenta que a responsabilidade tributária, nestes casos, não é solidária, mas *subsidiária*. Ora, como sustentar que a responsabilidade seja subsidiária e, ao mesmo tempo, pretender que o prazo prescricional em relação ao responsável tributário flua mesmo antes do nascimento da ação do credor em face deste novo sujeito passivo?

Dizer que a responsabilidade é subsidiária é dizer que, ou ainda não há direito de ação ou, se já nascido, seu exercício encontra-se condicionado à verificação de certo acontecimento externo que, no caso em exame, é a dissolução irregular e/ou o esgotamento do patrimônio do contribuinte (aquele que praticou o fato gerador). Em ambas as hipóteses, o certo é que está impedido o exequente de exercer sua pretensão. Em casos tais, como justificar o transcurso do prazo prescricional, que pressupõe inércia no exercício do direito de ação, se este ainda não nasceu ou, se já nascido, ainda não pode ser exercitado?

De mais a mais, o teme-se que o STJ não analise as causas interruptivas e suspensivas do crédito tributário, como as que acontecem com a moratória, parcelamento, eventual concessão de medida liminar e outros. Ilustra-se. Considerando a hipótese de a empresa já dissolvida ser citada, efetuando-se o parcelamento em 120 (cento e vinte vezes). Havendo o pagamento de metade do que foi afiançado (60 meses ou 5 anos) esta descumpra o pactuado. Haveria a possibilidade de efetuar o redirecionamento da demanda? Caso haja um limitador temporal objetivo, nos parece que não, pois teria havido prescrição frente aos sócios-gerentes. Tal situação se mostra absurda e despida de qualquer lógica.

2.3 Efeitos Materiais da Decisão

Outrora havia entendimento consolidado que o termo inicial da fluência do referido prazo, em respeito ao princípio da *Actio Nata*, correspondia ao momento em que se constatada a dissolução irregular da empresa contribuinte, devidamente atestada pelo oficial de justiça. Esse fato, do qual se extrai a responsabilidade tributária de terceiro que não o contribuinte, é verificado, no mais das vezes, após o ajuizamento da ação executiva. A título exemplificativo, segue aresto:

EXECUÇÃO FISCAL – DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA – MARCO INICIAL DA PRESCRIÇÃO – “ACTIO NATA”. 1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o termo inicial da prescrição é o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagração do princípio universal da *actio nata*. 2. In casu, não ocorreu a prescrição, porquanto o redirecionamento só se tornou possível a partir da dissolução irregular da empresa executada. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1100907/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 18/09/2009)

Com fundamento nessa orientação, segundo a qual o direito de

orientar a execução em face de quem não praticou a conduta descrita como necessária e suficiente ao surgimento da obrigação tributária, prestava-se homenagem ao art. 135, III, do CTN, visto que a responsabilidade dos administradores somente nasce com a dissolução irregular da empresa. Contudo, caso se opte pelo prazo de 05 (cinco) anos para o redirecionamento, levará a um resultado fatídico: a impossibilidade de cobrança do crédito tributário.

A construção jurisprudencial que está sendo concebida, dentre outros motivos, para desafogar o Judiciário, certamente não fará justiça nos casos concretos. Ao revés, criará, dentre outras coisas, um manual para eximir da responsabilidade os sócios-gerentes, bastando para tal antecipar, evitar ou delongar as citações. De forma mais sofisticada, antecipar a citação da empresa e postergar a dos sócios-gerentes, por meio de pura e simples ocultação, sendo desnecessário o dom da vidência para antever algumas situações que certamente serão verificadas.

Suponhamos que a empresa tenha sido citada em 01/01/2000 (redirecionamento deveria acontecer até 31/12/2004), abrindo-se aí a contagem para a citação do sócio-gerente (veja-se, nasce aqui uma falsa pretensão, pois não há direito a ser exercido). Munido da intenção de nada pagar, a empresa nomeia, por exemplo, as famosas debêntures da Eletrobras. De regra, o ente público não as aceitará, dentre outros motivos, por falta de cotação na Bolsa de Valores. Indeferido o pedido de nomeação, a parte agravará de instrumento objetivando impor a sua garantia, ainda que sabedora da derrota.

A decisão de Segunda Instância, denegando o pedido, abrirá a oportunidade para a parte oferecer Recurso Especial, cuja negativa de seguimento oportunizará novo agravo, este agora objetivando o conhecimento de sua irresignação, assim como demais medidas processuais essencialmente protelatórias. Retomada a marcha processual e assentada a impossibilidade da indicação das malfadadas debêntures, o executado poderá nomear, por exemplo, bens móveis localizados em outro estado da Federação. Suponha-se que o ente público aceite a indicação, postulando a expedição de carta precatória de atos executórios. Um sem número de questões processuais poderão ser arguidas, retardando a marcha do

processo. Até os bens serem finalmente leiloados, passar-se-ão longos anos, muito além do prazo estipulado pela jurisprudência.

Afora esses atos, abrir-se-á à empresa valer-se de inúmeros outros expedientes para fazer transcorrer o prazo de 5 (cinco) anos que o Julgador/Legislador tende a impor. Assim, poderá mudar rotineiramente de sede, especialmente para lugares cujos atos devam ser cumpridos por juízo diverso do originário. Enfim, uma infinidade de atos para embaralhar o feito executivo fiscal.

Restando provado que a empresa encontra-se dissolvida, tem início novo martírio: a citação dos redirecionados. Nesse caso, renovam-se as manobras protelatórias. Podem, a título exemplificativo, informar endereços falsos aos órgãos públicos, mudar-se para outras comarcas, ou ainda, como é mais corriqueiro, efetuarem mudanças rotineiras de domicílio. Até que o ente público consiga fundamentar o pedido de citação por edital (comprovação fática de todas as diligências ao seu alcance), certamente ter-se-á transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos. Em suma, o prazo imposto facilmente transcorrerá sem que nada tenha sido expropriado, frustrando a satisfação do crédito fiscal.

Outrossim, a hecatombe maior tende a ser extraprocessual no que atine aos sócios-gerentes, pois o entendimento criará uma cultura de inadimplemento, aqui batizada de “planejamento tributário superveniente ao fato gerador”. Nesse caso basta a empresa proceder com alguns atos, dentre os quais os acima ilustrados, que os seus constituidores restarão com seu patrimônio a salvo. A penalizada final é a Sociedade, que suporta indiretamente a carga tributária, sem auferir os benefícios que seriam de se esperar.

Não obstante ao narrado, a parte executada conta com uma aliada poderosa, qual seja, a morosidade judiciária, que a muitos atormenta na mesma proporção que a muitos afaga. De uma análise perfunctória dos processos fiscais constata-se que esses, por curto período, aguardam providências a cargo da parte exequente. No mais das vezes, encontram-se ancorados no Poder Judiciário, aguardando a determinação ou cumprimento de determinados atos. Não obstante, o prazo prescricional flui de forma contínua e inexorável, desconsiderando essa mora, em

total descompasso com o contido na Súmula n.º 106 do próprio Superior Tribunal de Justiça⁹.

Ademais, como dito, o objetivo primeiro do entendimento que se avizinha é diminuir o número de processos em trâmite, relegando a justiça a segundo plano, penalizando as Fazendas Públicas, em típico ato de “terceirização de culpa”. Postulando-se tutela antecipada pela pobreza do exemplo, rememora-se aqui a famosa citação de Homer J. Simpson¹⁰, personagem de clássica série televisiva americana, perfeitamente cabível à espécie: “*A culpa é minha e eu coloco ela em quem eu quiser*”. Parece ser essa a medida aqui aplicada. Possuímos um Poder Judiciário incapaz de solucionar seus problemas internos, optando, de regra, em “terceirizar a culpa”.

2.4 A Necessidade de Dinamismo das Fazendas Públicas. Um Ato a Cargo da Advocacia Pública

Vencida essa etapa e, considerando que o limitador temporal ao redirecionamento é algo factível, a Advocacia Pública gaúcha terá de sofrer as devidas adaptações, exigindo-se uma visão e atuação mais dinâmicas. Nesse particular, alguns dogmas, até então imutáveis, já começaram a ser relativizados, especialmente no que diz respeito à indisponibilidade dos créditos tributários. Reconhecendo que as demandas executivas não podem se eternizar, busca-se a racionalização.

A título exemplificativo, o Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei Estadual 13.591¹¹, de 28 de dezembro de 2010, autorizando os

⁹ Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

¹⁰ Homer J. Simpson é o pai desajeitado da família Simpson. Ele trabalha na Usina Nuclear de Springfield e encarna alguns dos cômicos estereótipos dos estadunidenses da classe trabalhadora.

¹¹ Consta da exposição de motivos que originou o normativo que “*o objetivo das alterações ora propostas consiste em extinguir execuções insolúveis, desobstruindo o Poder Judiciário. Vale dizer, extinguir aquelas execuções onde foram repetidas e esgotadas as pesquisas patrimoniais,*

Procuradores do Estado a desistirem de ações de execução, mormente nos casos mais corriqueiros, a saber:

Processos movidos contra massas falidas em que não foram encontrados bens para serem arrecadados, ou em que os bens arrecadados tenham sido insuficientes para as despesas do processo ou para o pagamento dos créditos preferenciais, desde que não mais seja possível o direcionamento eficaz contra os responsáveis tributários. De regra mostram-se estéreis as demandas contra as massas falidas. Afora isso, os redirecionamentos nesses casos são limitados às hipóteses de prática de crime falimentar. Sendo a falência forma regular de encerramento das atividades da sociedade, o esgotamento do patrimônio da massa, sem o pagamento do crédito tributário, não é causa à responsabilização de terceiros. Não obstante a isso, não são poucos os casos em que restou reconhecida a ilegalidade na inclusão no polo passivo da demanda, com a conseqüente condenação em honorários advocatícios.

Processos movidos contra pessoas jurídicas dissolvidas, em que não encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora ou arresto, desde que a responsabilização pessoal dos respectivos sócios e/ou administradores seja juridicamente inviável ou tenha se revelado ineficaz, por não terem sido encontrados bens penhoráveis. A situação mais verificável e que, se bem utilizada, pode contribuir - e muito - para a diminuição dos litígios. Reconheceu o ente público que a razão de ser da demanda executiva está na sua eficácia¹². Ineficaz a execução, não há

tornando-se definitiva a inviabilidade de satisfação do débito cobrado.

¹² No mesmo sentido, forçoso reconhecer que alguns avanços jurisprudências em muito contribuem para a redução de demandas judiciais infrutíferas, pois trazem uma leitura realista do mundo fiscal. A título exemplificativo, recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no incidente de inconstitucionalidade nº 70048229241, no qual restou afirmado a possibilidade da instituto fazendário adotar procedimento especial de fiscalização em face de devedores contumazes, devidamente disciplinada na Lei Estadual 13.711/2011. Neste caso, a posição adotada certamente previne futuras execuções fiscais, pois avaliza um maior controle no âmbito administrativo. Quanto ao critério de justeza, exigir idêntico tratamento a todos os contribuintes, sem abalizar os que cumprem regularmente com suas obrigações daqueles contumazes no inadimplemento de tributos, importaria ofensa ao princípio da isonomia.

razão para a sua manutenção e a conseqüente sobrecarga dos recursos da Advocacia do Estado e do Poder Judiciário.

Louve-se aqui a proclamação de que a indisponibilidade dos créditos fiscais não deve ser vista de forma estanque. De nada serve observar tal princípio, se, concomitantemente, macula-se a racionalização dos recursos já existentes. Em outros termos, não é crível que as despesas para auferir o valor devido seja maior do que a benesse a ser alcançada.

Processos movidos contra pessoa física ou jurídica, que tramitem há mais de cinco anos sem que tenha havido causa suspensiva ou interruptiva da prescrição no período e nos quais não tenham sido encontrados bens passíveis de penhora ou arresto. Nesse caso reforçou-se a autonomia do ente público em pleitear a extinção da demanda, restando claro que a análise das causas suspensivas ou interruptivas fica a seu cargo, não podendo o Poder Judicante subtraí-las ou dar interpretação distorcida, como a que se corre o risco de ver consumada no Resp. 1201993.

Processos de execução de multa penal, após dois anos, sem que tenham sido localizados bens passíveis de penhora, esgotadas as buscas pelos meios administrativos e judiciais, sendo a autorização extensiva à dispensa de eventual recurso em relação à decisão judicial que tenha declarado a prescrição do crédito tributário. Aqui o senso de realidade avoluma-se, pois a prática forense mostra que as execuções de multa penal, de regra, são infecundas. A uma porque o réu, no mais das vezes está enclausurado, dificultando qualquer ato executivo; a duas porque outros órgãos serão onerados, em especial a Defensoria Pública, que deverá atuar como curadora especial da parte executada; a três porque os valores levados à cobrança, normalmente, não são significativos, não compensando os custos da demanda.

Portaria 561/2013. Com esteio na mesma norma, editou-se a portaria 561/2013 autorizando da desistência dos feitos executivos com mais de 20 (vinte) anos, demonstrando-se, com isso, elevado bom senso na medida que, transcorrido tal período, dificilmente a demanda teria algum êxito. Traz como mérito a desburocratização do ato.

Contudo, há muito a ser feito, em especial no que toca ao redirecionamento dentro do prazo quinquenal, adaptando-se às possíveis diretivas vindouras.

Primeiramente a desarticulação entre a Procuradoria-Geral com o órgão fazendário estadual é patente, havendo pouca ou nenhuma troca de informação. Não obstante haver uma relação umbilical entre contribuinte, fato gerador, inscrição em dívida ativa, ajuizamento da demanda, responsabilidade tributária, etc., há uma relação de tolerância e não de cooperação. Reconhecer tal divisão é o primeiro passo para as mudanças. Sem ela, os índices de sucesso nas execuções fiscais, que já são ínfimos, tendem a piorar. A cisão que acontece após a inscrição em dívida ativa é notória, assim como é notória a não participação da Advocacia Estatal na constituição do crédito.

No mais das vezes o conhecimento que o fiscal fazendário possui em nada é aproveitado pela Procuradoria-Geral do Estado nos atos executórios, assim como a expertise do representante da Procuradoria-Geral em nada é utilizado pelo órgão fazendário. Esse descompasso, salvo melhor juízo, é o grande aliado dos devedores. Alterasse essa dinâmica, haveria maior agilidade no reconhecimento da dissolução da empresa e, por consequência, na antecipação do redirecionamento. Segue exemplo bastante ilustrativo: nos processos que envolvam execuções fiscais para a cobrança de imposto não informado, típico caso de sonegação, de regra, aportam CDAs sem a inclusão do corresponsável no documento, situação que demonstra a pouca integração entre Procuradoria e Fazenda, gerando com isso a necessidade de redirecionamento por dissolução, não obstante a responsabilidade já ter sido parida. De ordinário é necessário comprovar a dissolução irregular para ulterior inclusão, fato esse totalmente desnecessário.

Já o uso de laranjas é, de longe, um dos maiores fatores de insucessos nas execuções fiscais. Consabido que os verdadeiros endividadores do empreendimento valem do uso de outras pessoas para protegerem seus patrimônios. Aqui, no mais das vezes opta-se por um redirecionamento formal no qual a responsabilidade ocorre em desfavor dos últimos sócios-gerentes que estavam na testada do empreendimento ao tempo da dissolução. Especialmente nos casos de maior possibilidade de êxito, quem está à frente da empresa são pessoas pagas para cumprir o mister. De regra, nenhuma medida é efetuada para aclarar eventual sócio oculto, situação que leva ao fracasso da demanda. Mais uma vez, a participação

do órgão fazendário é praticamente inexistente, não obstante possa ter informações preciosas a fundamentar eventual redirecionamento àqueles que estavam à testa do empreendimento.

Da mesma forma, não há segmentação de devedores. Todos estão nas mesmas condições, ainda que pertençam a segmentos distintos do mercado. A título exemplificativo, o setor calçadista e o de malhas sofreram uma desestruturação gradativamente lenta e irreversível. Dessa forma, a recuperação dos débitos desses setores são praticamente inexistentes, tanto em face das empresas, quanto em face de eventuais redirecionados. Contudo, dificilmente chega-se à criação de tais nichos, prosseguindo-se os atos executórios sem uma estratégia definida, inclusive com redirecionamento natimorto.

A criação de núcleos de grandes devedores, apesar de ser medida de grande valia, caminha a passos lentos. Quando existentes, circundam o ambiente interno, inexistindo qualquer diligência externa ou até mesmo cruzamento de dados, objetivando rastrear patrimônio da empresa e dos sócios-gerentes quando a empresa começa a apresentar problemas. Sem uma medida antecipatória, dificilmente a execução fiscal terá êxito. A mera remessa de CDAs para ajuizamento de demandas, sem o acompanhamento de algumas diligências preliminares, apenas retarda a execução, em especial os redirecionamentos, fazendo com que os cinco anos para a efetivação do ato não possam ser cumpridos.

Doutro modo, há situações em que a execução não evolui por entendimentos, salvo melhor juízo, muito mais políticos do que jurídicos. Cita-se aqui a questão dos precatórios oriundo das autarquias estaduais. Nesse caso, ainda que a tese suscitada seja de que essas possuem dotações orçamentárias próprias, inegável que as razões de suas existências é a prestação de um serviço público. A descentralização ocorrida, muito embora com personalidade jurídica própria, possui relação umbilical com a administração direta.

O enfrentamento do problema, neste caso, passa pela assunção de algumas responsabilidades governamentais que levaram a situação hoje experimentada. Se o passivo atual, por exemplo, do IPERGS chegou aos patamares atuais deve-se à ação ou omissão de quem deu as suas diretivas.

Repactuar o passivo existente, enfrentaria o problema, permitindo a devida compensação das dívidas.

Além de fazer justiça ao caso concreto, o sentimento de indignação daquele que deve, mas possui algo a receber, diminui. Diminuindo a aversão ao fisco, é provável que venha a diminuir a inadimplência. A cultura da coerência processual, apesar de possuir efeitos somente a longo prazo, é de fundamental importância. Logicamente que tal medida é, como dito, quase na sua integralidade política, situação essa que não escapa à Advocacia Pública.

Por fim, outra situação a ser efetuada é a imediata desistência dos redirecionamentos até então efetuados, sob pena de condenação em verba de sucumbência. Antevê-se um trabalho hercúleo, indicando-se que levantamentos prévios deverão ser efetuados para, caso confirmado a tendência do STJ, haja tempo hábil às desistências, sem oneração dos cofres públicos.

3 CONCLUSÃO

Restando confirmado o entendimento pelo prazo quinquenal, criam-se efeitos nefastos às Fazendas Públicas, estimulando ainda mais a já latente cultura do inadimplemento por parte dos contribuintes, sem sombra de dúvida uma das causas da excessiva carga tributária nacional. De mais a mais, a lógica jurídica do instituto da prescrição fica inarredavelmente maculada, pois a corrente jurisprudencial que vem se formando reconhece a possibilidade de decurso de prazo prescricional sem que o titular do direito, neste caso o ente público, possa exercer qualquer pretensão relativamente à satisfação de seu crédito em face dos responsáveis tributários. De posse disso, a advocacia pública que milita nos feitos executivos deverá se adaptar à nova sistemática, sob pena de o já combalido processo de execução fiscal tornar-se ainda mais ineficiente.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano, *Curso de Direito Tributário*, 12^a ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

BRESCOVIT, Leandro. O renascimento da execução fiscal a partir do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n^o 1.141.990/PR. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3033, 21 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20208>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 22^a ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

LUÍS DE CAMARA LEAL, Antônio. *Da prescrição e da decadência*, 2^a ed. Forense: Rio de Janeiro, 1969.

THEODOR JUNIOR, Humberto. *Curso de Processual Civil*, 51^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010. <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201001275952&pv=010000000000&tp=51>.

PROCURADORES DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PRIVADA: VEDAÇÕES APLICÁVEIS AO SEU PARTICULAR PAPEL ENQUANTO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

Paulo Cesar Velloso Quaglia Filho¹

Recebido em: 27.7.2015
Aprovado em: 07.10.2015

Resumo: O estudo, partindo de uma análise do papel próprio constitucionalmente atribuído aos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, analisa de forma sistemática as vedações, específicas e gerais, a que submetidos, concluindo, ao final, sobre a viabilidade, em tese, do exercício concomitante de atividade privada, desde que não importe em prejuízo ao exercício das relevantes funções públicas de que investidos.

Palavras-chave: Procuradores do Estado, Rio Grande do Sul, Vedações, Atividade Privada, Funções Essenciais à Justiça.

Abstract: The study, based on an analysis of the proper role constitutionally assigned to the State Attorneys of Rio Grande do Sul, examines systematically the prohibitions, specific and general, that they are subjected to, concluding at the end on the possibility, in theory, of the concomitant exercise of private activity, provided it does not incur in the detriment to the exercise of the relevant public functions in which they are invested.

Keywords: State Attorneys, Rio Grande do Sul, Prohibitions, Private Activity, Essential Functions to Justice.

¹Procurador do Estado da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Sumário: 1 Introdução. 2 A Procuradoria-Geral do Estado enquanto Função Essencial à Justiça. 3 Vedações Aplicáveis e o Exercício de Atividade Privada: Análise Sistemática. 4 Conclusões. Referências

1 INTRODUÇÃO

A Advocacia Pública, gênero no qual se insere a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, é o conjunto de instituições organizadas em carreira, nas quais se ingressa por concurso público de provas e títulos, encarregadas das atividades de representação judicial e de consultoria jurídica das unidades federadas, sendo carreiras erigidas constitucionalmente como função essencial à Justiça (Título IV, Capítulo IV, Seção II, da Constituição Federal), ou seja, atividades essenciais à função jurisdicional do Estado.

Embora detentoras do mesmo *status* e dignidade constitucionais entre si e em relação ao Poder Judiciário, cada uma destas instituições tem atribuições consultivas e postulatórias próprias e bem definidas, a nível constitucional e infraconstitucional (Constituições Estaduais e respectivas leis orgânicas), voltadas a três conjuntos de interesses bem caracterizados: o primeiro conjunto abrange os interesses difusos da defesa da ordem jurídica e do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, representando a advocacia da sociedade, que cabe ao Ministério Público; o segundo são os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em sentido amplo, sendo a advocacia do Estado (art. 131, para a União, e 132, para os Estados e Distrito Federal), que cabe à Advocacia Pública; o terceiro são os interesses individuais, coletivos e até difusos, mas qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defendê-los, sendo a advocacia dos necessitados, que cabe à Defensoria Pública.

Para preservar o núcleo essencial de imparcialidade necessária e indispensável à atuação de cada uma delas, há um conjunto de vedações próprio, também, a cada uma. Em relação à Advocacia Pública e, mais especificamente, quanto à Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, cabe verificar da existência de incompatibilidades, constitucionais,

legais e/ou éticas, para o exercício de outras atividades.

No presente trabalho, a fim de tornar mais clara a exposição, optou-se por uma divisão dúplici: parte-se da análise do papel próprio constitucionalmente atribuído aos Procuradores do Estado para então, sob essa perspectiva, se analisar de forma sistemática (coerente, consistente e consequencialista) as vedações, específicas e gerais, a que submetidos e se verificar da viabilidade do exercício concomitante de outras atividades, mormente de natureza privada, desde que não importe em prejuízo ao exercício das relevantes funções públicas de que investidos. Tal divisão tem por finalidade uma melhor sistematização do tema, tornando fácil sua assimilação e posterior consulta.

Assim, se espera que o presente estudo seja de utilidade para os operadores do direito interessados no assunto, e mesmo possa ajudar a trazer subsídios para a discussão no meio jurídico nacional.

2 A PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO ENQUANTO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

A Advocacia Pública tem o compromisso com a realização das políticas públicas e com o controle da juridicidade da atividade administrativa estatal, razão pela qual detém o caráter de função de Estado.

Com efeito, os agentes da Advocacia Pública - no caso do Estado do Rio Grande do Sul, os seus Procuradores - são essenciais à existência do Estado Democrático de Direito, detendo *munus* público constitucionalmente radicado no capítulo que trata dos Poderes de Estado, decorrência do reconhecimento expresso desta carreira como função essencial à Justiça, em *nível de igualdade* com a Magistratura, o Ministério Público e a Defensoria Pública, *tal como previsto na própria Constituição Federal, no seu Título IV, Capítulo IV (arts. 127 a 135), bem como na Constituição Estadual, no seu Título III, Capítulo IV (arts. 107 a 123)*².

² Cite-se, nessa linha, e destacando também os princípios constitucionais que regem as **funções essenciais à Justiça**, a sempre lembrada lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais.

Assim, não menos do que quaisquer outros agentes das chamadas funções essenciais à Justiça, revestem-se os Procuradores da condição

Revista Jurídica, set.2001, ano 1, nº 1, pp. 54-55):

(...)

A advocacia pública destina-se à defesa dos interesses públicos bem como dos interesses individuais, coletivos e difusos que a ordem jurídica lhe cometer, com ou sem caráter exclusivo, e é praticada por profissionais de direito, agentes públicos, constituindo-se, no sentido amplo, no ministério público, sendo seus órgãos singulares os advogados públicos, e, órgãos coletivos, as procuradorias das pessoas jurídicas de direito público, entre as quais se destacam as procuraturas constitucionais. A Constituição cria três tipos institucionais de procuraturas, estas encarregadas das funções essenciais à Justiça, exercendo, cada uma delas, atribuições consultivas e postulatorias, todas bem definidas a nível constitucional (artigos 127, 129, 131, 132, 133 e 134, CF) e infraconstitucional (Constituições estaduais e respectivas leis orgânicas), voltadas a três conjuntos de interesses caracterizados.

O primeiro conjunto de interesses abrange, basicamente, dois importantes subconjuntos: os interesses difusos da defesa da ordem jurídica e do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, caput, da Constituição), detalhados em rol de funções (artigo 129, CF), em relação aberta, porquanto pode ser acrescida de outras funções, desde que compatíveis com a finalidade institucional (artigo 129, IX). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia da sociedade, e a procuratura que a tem a seu cargo é o Ministério Público, em seus ramos federais, distrital federal e estaduais.

O segundo conjunto de interesses são os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos (União, Estados e Distrito Federal). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia do Estado (artigo 131, para a União, e 132, para os Estados e Distrito Federal) e as procuraturas que a têm a seu cargo são a Advocacia Geral da União (órgão coletivo) e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (órgãos singulares).

O terceiro conjunto de interesses são individuais, coletivos e até difusos, mas todos qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defendê-los: são os interesses dos necessitados (artigo 5º, LXXIV, da Constituição). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia dos necessitados e a procuratura que a tem a seu cargo é a Defensoria Pública, federal, distrital federal e estadual (artigo 134, CF).

(...)" (g.n.)

de agentes políticos³, por sua pertinência indissociável ao arcabouço institucional do Estado de Direito contemporâneo; revestem-se, portanto, da titularidade de um poder funcional do Estado: quando falam, em juízo ou em consultoria, expressam a vontade do Estado. A Advocacia Pública é personalizada nos seus Procuradores: membros, agentes e detentores de Poder essencial à existência do Estado, que recebem institucionalmente mandato que os habilita a tutelar judicialmente o interesse público, enquanto interesse do próprio Estado.

Sobre os Procuradores repousa, pois, expressiva responsabilidade institucional na condução do sistema de controle do regime de legalidade administrativa e do patrocínio jurídico e judicial do interesse público, formulando as linhas básicas e mestras necessárias ao balizamento institucional da atuação do administrador público.

Embora detentora do mesmo *status* e dignidade constitucionais⁴, o

³ COMPARATO, Fábio Konder: “Precisões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 87, nº 750, pp. 11-9, abr./1998: “a diferença entre o agente político e o servidor público é marcada pela situação de independência funcional do primeiro, em contraste com a de subordinação hierárquica do segundo.” (p.19).

⁴ Nesse sentido, pertinente a lição de Mário Bernardo Sesta, in *Critérios Constitucionais sobre Remuneração Pública*, publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado, nº 47, 1989, pp. 39-40:

“(…)

Ao definir, no primeiro artigo de seu texto, a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito a Constituição não exprimiu meramente uma ênfase. Na terminologia do publicismo contemporâneo, aquela expressão significa mais que a submissão do Estado ao chamado “império das leis”; significa, numa comparação retrospectiva, a afirmação de um compromisso mais denso com a juridicidade enquanto premissa estrutural, programática e dinâmica do Estado. Como corolário expressivo daquele compromisso conceitual vestibular, a mesma Constituição, na cabeça de seu art. 37, ao enumerar a principiologia que deverá reger a Administração Pública, refere, de início, o princípio da legalidade.

A tessitura organizacional de um Estado impregnado por aquele compromisso naturalmente amplia o respectivo espaço jurídico e tal ampliação se dá pela extensão da prestação jurisdicional, isto é, da atividade de dizer, para aplicá-lo, o Direito posto. Esse fenômeno dá-se pela redefinição e reestruturação dos órgãos da prestação jurisdicional clássica (art. 104, art.

107, art. 126), bem como pela ampliação das medidas procedimentais assecuratória dos direitos fundamentais (art. 5º, LXX, LXXI, LXXII).

Mas não é só: a extensão da prestação jurisdicional dá-se também em termos conceituais, na medida em que se definem, como funções essenciais à Justiça, partícipes, pois, da mesma essência, o Ministério Público, a Advocacia de Estado e a Defensoria Pública, conferindo-se-lhe, com o radical constitucional, especialíssima hierarquia no contexto da organização do Estado. (...)

Cuida a Constituição, no resguardo das respectivas atividades, de conferir, tanto aos agentes da judicatura quanto aos das funções essenciais à Justiça, um regime diferenciado que lhes confere um denominador comum, fundado na mesma hierarquia.”(g.n.)

Também a esse respeito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *op. cit.*, pp. 56-60:

“(...)

Embora as procuraturas constitucionais tenham todas uma raiz comum, ao que se conhece, francesa, nos Procuradores do Rei, na época em que emergiu a distinção entre os interesses do rei e os interesses do reino, seu desenvolvimento, até o estágio atual, configurado na Constituição 1988, foi muito irregular.

Basta lembrar que a distinção entre a advocacia da sociedade e a do Estado só veio a se aperfeiçoar organicamente com a nova Carta Política de 1988, pois, antes, a Procuradoria Geral da República exercia ambas as funções. E não faltou mesmo, na Assembléia Nacional Constituinte, quem considerasse um “retrocesso” separar as funções em duas procuraturas, como lembra WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, comentando o artigo 131 da Constituição.

Também a distinção entre a advocacia dos necessitados e as duas outras só se aperfeiçoou com a atual Constituição, pois era comum que fosse exercida ora por membros do Ministério Público, ora por Procuradores de Estado, antes de ganhar a necessária autonomia.

Não obstante, talvez devido à errática evolução, mas, principalmente em razão da apocada compreensão do significado juspolítico das funções essenciais à Justiça, as procuraturas, mesmo na Constituição de 1988, receberam tratamento desigual, embora seja inegável que o simples reconhecimento de sua independência funcional e seu destaque dos Poderes do Estado já tenham representado um notável avanço institucional. O tratamento dado ao Ministério Público se apresenta, todavia, mais detalhado que o das demais procuraturas constitucionais, embora inexistam qualquer distinção valorativa nas funções adstritas a qualquer delas que o justifique. Ao contrário, há uma determinação comum a todas, que bem define a igualdade constitucional dessas carreiras: a isonomia de vencimentos que entre elas deve ser observada. - nota: antes da EC nº 19/98

Isso se explica uma vez que as três procuraturas não defendem interesses hierarquizados entre

que deve ser reforçado, a Advocacia Pública não se *confunde* com as demais funções essenciais à Justiça e com o próprio Poder Judiciário, pois cada um

si. Nenhum interesse tem supremacia absoluta sobre os demais: a prevalência de um interesse qualquer, público, difuso, coletivo ou mesmo individual, depende da natureza de cada relação.

Não se justifica, tampouco, sob essa óptica, nem que se discrimine, em termos de prerrogativas e garantias, seja a advocacia privada da advocacia pública e, nesta, que se discrimine funcionalmente qualquer das procuraturas públicas. Ao contrário: o aperfeiçoamento institucional das funções essenciais à justiça há de seguir a linha apontada pelos princípios dessumidos do ordenamento constitucional, de modo a que se obtenha o máximo de prestância na afirmação de um Estado de Justiça, Democrático e de Direito. Servem, portanto, os princípios, que a seguir serão examinados, ao duplo propósito de orientar a exegese do Capítulo IV, do Título IV, da Constituição de 1988, e de guiar o polimento esperado, na Revisão de 1993, segundo toda a linha exposta, de aperfeiçoamento do Estado contemporâneo. Pode-se extrair os seguintes princípios: essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso.

A essencialidade está afirmada na própria designação constitucional das funções. Elas não podem deixar de existir, com as características e roupagem orgânica que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça.

A institucionalidade também resulta evidente da própria criação constitucional; explícita, no caso do Ministério Público (artigo 127), da Advocacia Geral da união (artigo 131) e da Defensoria Pública, e implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (artigo 132).

A igualdade decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essenciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as desempenham.

(...)

Assentado que se tratam de agentes políticos, com autonomia de suas funções, resulta evidente que eles não poderiam, efetivamente, integrar qualquer dos Poderes. Do contrário, ocorreria submissão no exercício de delicados poderes políticos, como os de fiscalização, de consultoria, de promoção de justiça ou de defesa de interesses indisponíveis, a outros agentes políticos, em seu exercício, seus atos examinados e questionados. Conformam, portanto, quadros próprios, desvinculados e desarticulados com os quadros de quaisquer dos três Poderes.

(...)”(g.n.)

tem uma função *própria e bem definida*. Como função de Estado, a Advocacia Pública deve ser uma instituição capaz de organizar-se e estruturar-se em carreira, com profissionais concursados e tecnicamente capacitados a realizar, com *independência funcional*⁵ (e, *sob esse aspecto*, de forma *imparcial - rectius*, balizado única e exclusivamente pelo regime de juridicidade, ou seja, pelo ordenamento jurídico), *esse papel* acima delineado: o *seu* próprio papel.

3 VEDAÇÕES APLICÁVEIS E O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PRIVADA: ANÁLISE SISTEMÁTICA

Feitas as considerações supra, impõe-se agora ter presentes os dispositivos constitucionais e legais que disciplinam as *vedações* impostas especificamente aos integrantes da carreira de *Procurador do Estado do Rio Grande do Sul*. Da Constituição do Estado de 1989, destaca-se:

⁵Tem-se que a *independência funcional* se trata da autonomia de convicção dos membros da Instituição, que não se submetem a um poder hierárquico no exercício de seu mister, agindo, apenas, segundo o ordenamento jurídico e sua própria consciência. Sobre o conceito e limites dessa *independência funcional* da Advocacia de Estado, irrepreensível a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (As Provedorias de Justiça no Estado Contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 49, 1993, pp. 31/32):

“A *independência funcional* diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado *em tudo o que tange ao exercício de suas funções essenciais à justiça*. Mesmo o seu interrelacionamento segue a própria fórmula de independência constitucional. Não obstante poderem atuar, em tese, face a qualquer dos Poderes do Estado, não podem a eles se sujeitar nem deles receber influência quanto ao desempenho de suas funções. No que respeita ao Ministério Público, este princípio está explícito no artigo 127, § 1º, mas resulta claro da própria sistemática constitucional, que está implícito para as demais procuraturas. Quaisquer vinculações existentes com o Poder Executivo, no âmbito administrativo em que se inserem sem, contudo, o integrarem, *não poderão interferir no exercício das atividades de seus órgãos*, tão-somente segundo sua consciência e sua orientação científica.”
(g.n.)

Art. 116 - As atribuições da Procuradoria-Geral do Estado serão exercidas pelos Procuradores do Estado, organizados em carreira e regidos por estatuto, observado o regime jurídico decorrente dos arts. 132 e 135 da Constituição Federal.

(...)

§ 2º - Aplicam-se aos Procuradores do Estado as seguintes vedações:

I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

II - exercera advocacia fora das atribuições institucionais;

III - participar de sociedade comercial, na forma da lei;

IV - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério. (g.n.)

Verifica-se, aqui, que, a par da vedação ao exercício da advocacia privada, a única vedação presente no diploma constitucional local é a de cumulação do cargo público de Procurador do Estado com outra função pública - salvo uma de magistério. Assim, *delimitada* a questão no sentido de que descabe o exercício de outra função pública, cabe registrar que não se perquire mais da matéria da cumulação de funções *no âmbito do serviço público*, como regulado constitucionalmente para a generalidade dos servidores públicos (art. 37, XVI e XVII, da CF/88), mas apenas da ocupação de cargo público em concomitância com o exercício de atividade de natureza *privada*.

Pois bem. Diferentemente da Magistratura, que, na lição de Alexandre e Moraes⁶, é regida pelo princípio da dedicação *exclusiva*⁷, sendo-

⁶ *Direito Administrativo Judiciário: Magistratura e Princípio da Dedicção Exclusiva*. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-direito-administrativo-judiciario-magistratura-e-principio-da-dedicacao-exclusiva>

⁷ Conforme José Cretella Júnior, a dedicação exclusiva é “a atividade funcional

lhe terminantemente vedado, nos termos do art. 95, parágrafo único, I, da CF/88⁸, o exercício de *qualquer* outra função (pública ou privada)⁹, a proibição no caso da Advocacia Pública do Estado é *menos restritiva – justamente* porque falece, no particular, a *ratio* que orienta a vedação absoluta da Magistratura, qual seja: a garantia da absoluta *imparcialidade*

integral que o agente público exerce quando está sujeito ao denominado ‘regime de tempo integral’ (= full time). Ao optar ‘sponte sua’ ou obrigatoriamente pelo regime de dedicação exclusiva, o funcionário fica proibido de exercer cumulativamente outro cargo, função ou atividade particular de caráter empregatício profissional ou pública, de qualquer natureza (...)” (Dicionário de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 170). Hely Lopes Meirelles escreve que a diferença entre o regime de tempo integral e o da dedicação plena “está em que, naquele, o funcionário só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, ao passo que neste (regime de dedicação plena), o servidor trabalhará na atividade profissional de seu cargo ou de sua função exclusivamente para a administração, mas poderá desempenhar atividade diversa da de seu cargo ou de sua função em qualquer outro emprego particular ou público, desde que compatíveis com o da dedicação plena.” (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: RT, 1987, p. 404). (g.n.)

⁸ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

(...)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;” (g.n.)

⁹ Que, na lição de Alexandre de Moraes, *op.cit.*, tem a seguinte finalidade:

(...)

A ratio da norma constitucional é evitar a criação de outros laços profissionais, independentemente da remuneração, que possam, eventualmente, prejudicar a independência e a imparcialidade do magistrado, pois devemos lembrar como ensinou o ministro Carlos Velloso, que a “independência do Judiciário, aliás, erige-se, mesmo, em garantia do funcionamento do sistema e é a segurança das prerrogativas de funções dos exercentes dos demais Poderes, sendo essencial ao funcionamento das instituições republicanas”, para concluir que dentre as garantias da Magistratura, as vedações são “as que interessam mais diretamente ao jurisdicionado, pois são garantias da imparcialidade dos juízes.

(...).”

do juiz¹⁰.

De fato, do advogado público não se espera absoluta imparcialidade em todos os aspectos de sua vida; pelo contrário: dele se espera a *melhor defesa* da tese de *uma* das partes (respeitada, sempre, a independência funcional, nos *limites da juridicidade* – essa a imparcialidade esperada e que se dá *no seu âmbito de atuação*), buscando, pela qualidade de sua *argumentação*, atingir o *convencimento* do órgão imparcial. *Fora* de seu âmbito de atuação, que *se circunscreve, na sua conformação constitucional, à defesa do interesse público*, o advogado público não está impedido, proibido ou de qualquer modo tolhido de possuir outras relações, já que, diferentemente do juiz, sua área de atuação é mais *restrita* e não engloba a totalidade dos conflitos potencialmente existentes na sociedade.

Nesse sentido, trata-se de aplicar o cânone hermenêutico-constitucional muito bem definido por Canotilho, consistente na *justeza* ou *concordância funcional*: seu objetivo é o de impedir que, em sede de *interpretação* e *concretização* da Constituição, se *altere* a conformação das funções *constitucionalmente estabelecida*. O intérprete da Lei Maior *não pode* chegar a um resultado que *subverta* ou *perturbe* o esquema organizatório-funcional *constitucionalmente definido*.¹¹

Assim, seja pela literalidade da norma do art. 116, § 2º, IV, da CE/89, seja por uma interpretação *lógico-sistemática* (seguindo-se o brocardo: *‘não cabe ao intérprete restringir onde o legislador não o fez’*), seja mesmo diante de uma interpretação *teleológica*, *não se afigura proibido, em linha de princípio*,

10 Nesse sentido, a clássica lição de Piero Calamandrei, *Eles, os Juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 126:

“(…)

Imparcial deve ser o juiz, que está acima dos contendores; mas os advogados são feitos para serem parciais, não apenas porque a verdade é mais facilmente alcançada se escalada de dois lados, mas porque a parcialidade de um é o impulso que gera o contra-impulso do adversário, o estímulo que suscita a reação do contraditor e que, através de uma série de oscilações quase pendulares de um extremo a outro, permite ao juiz apreender, no ponto de equilíbrio, o justo. (...)”(g.n.)

¹¹ CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almeida, p. 228

o exercício de atividade privada¹².

Contudo, para preservar o núcleo essencial de imparcialidade necessária e indispensável à atuação *desta específica função essencial à Justiça* – a *Advocacia Pública* –, que não se confunde, como dito (pois cada um tem uma função *própria e bem definida*), embora detentora do mesmo *status* e dignidade constitucionais, com as demais funções essenciais à Justiça e com o próprio Poder Judiciário, deve-se verificar da existência de eventuais *incompatibilidades, legais e/ou éticas*, para o exercício de *outras* atividades.

A Lei Complementar Estadual nº 11.742/2002 (LOPGE) assim estabelece em seus arts. 122, 123 e 195:

Art. 122 - O Procurador do Estado deverá manter conduta compatível com a dignidade de seu cargo e zelar pelo prestígio da carreira, incumbindo-lhe, especialmente:

I - ser leal às instituições que representar;

(...)

IV - comparecer pessoalmente, com a regularidade que a natureza do serviço exigir, às repartições administrativas e judiciárias em que deva exercer suas funções ou praticar atos de sua competência, comunicando incontinenti ao Procurador do Estado Dirigente de Equipe ou Procurador do Estado Coordenador os motivos pelos quais eventualmente não possa fazê-lo ou não possa tomar providências sujeitas a prazo;

¹² No âmbito da AGU (em que, saliente-se, vigora o regime de dedicação *exclusiva*, com alguns temperamentos – mormente compatibilidade de horários e inexistência de potencial conflito de interesses -, *ex vi* do art. 6º da Lei nº 11.890/2008), a título exemplificativo, há algumas hipóteses registradas de exercício de *outras atividades privadas estranhas às atribuições funcionais*, como: conferencista de cargas em portos (processo administrativo nº 00407.004734/201156 – Parecer nº 22/2012/DEPCONS/PGF/AGU, aprovado em 23/04/2012); jornalista (Parecer nº 187/PGF/LCMG/2009, aprovado em 17/09/2009); e psicanalista (Parecer nº 053/2014/DECOR/CGU/AGU, aprovado em 28/01/2015).

V - desempenhar com zelo e presteza, dentro dos prazos legais e regulamentares, as atribuições do cargo e os serviços que lhe forem cometidos;

VI - comparecer às reuniões dos órgãos colegiados da Procuradoria-Geral do Estado aos quais pertencer;

VII - zelar pela regularidade e celeridade dos processos administrativos e judiciais em que intervenha;

(...)

Art. 123 - Ao Procurador do Estado, além das vedações previstas na Constituição Estadual, aplicam-se as proibições comuns aos servidores públicos estaduais, no que couber. (g.n.)

Art. 195 - Nos casos em que esta lei for omissa, aplica-se, no que couber, o Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis do Estado e legislação concorrente. (g.n.)

Desse modo, como as normas específicas reclamam integração pela Lei Complementar Estadual nº 10.098/94 - Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul -, cabe ainda verificar o que esse diploma normativo contém acerca das vedações impostas à generalidade dos servidores estaduais, no ponto:

Art. 178 - Ao servidor é proibido:

(...)

XI - celebrar contrato de natureza comercial, industrial ou civil de caráter oneroso, com o Estado, por si ou como representante de outrem;

XII - participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil ou exercer comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário, salvo quando se tratar de função de confiança de empresa da qual participe o Estado, caso em que o servidor será considerado como exercendo cargo em comissão;

XIII – exercer, mesmo fora do horário de expediente, emprego ou função em empresa, estabelecimento ou instituição que tenha relações industriais com o Estado em matéria que se relacione com a finalidade da repartição em que esteja lotado;

(...)

XXIII - valer-se da condição de servidor para desempenhar atividades estranhas às suas funções ou para lograr, direta ou indiretamente, qualquer proveito;

XXIV - proceder de forma desidiosa;

XXV - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho. (g.n.)

Se não bastasse a presença das proibições constantes da legislação estatutária, há que se ter presente, também, o que dispõe o Decreto Estadual nº 45.746/2008, que institui, entre outras coisas, o Código de Ética dos Servidores Públicos Civis do Poder Executivo Estadual, em seu Anexo II, em que se lê, ao que aqui interessa:

ANEXO II

CÓDIGO DE ÉTICA DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL

(...)

Art. 2º - O exercício do cargo ou função pública por parte do servidor público deve pautar-se pelos deveres de respeito à dignidade, decoro, moralidade, probidade e transparência, e ainda ao seguinte:

(...)

IV - o profissionalismo e compromisso com o interesse público no exercício do cargo ou função pública;

(...)

Art. 3º - São deveres éticos dos servidores públicos, sem

prejuízos de seus deveres legais:

I - exercer com dedicação e correção seus deveres funcionais;

(...)

III - não retardar providência que tenha de realizar de ofício ou mediante ordem ou orientação de seu superior hierárquico;

(...)

VI - zelar pela moralidade e pela probidade no exercício das suas atribuições;

(...)

X - desempenhar suas atribuições visando à plena realização do interesse público.

Art. 4º - É vedado ao servidor público:

I - exercer cargo ou função para obter favorecimento para si ou para outrem, bem como para prejudicar ou perseguir outro servidor ou terceiros;

(...)

VI - desviar servidor público ou quem por qualquer modo esteja a serviço da Administração, para a satisfação de interesses particulares;

(...)

X - apoiar ou iniciativa, no âmbito da Administração ou fora dela, que atente contra a ética, a moralidade e a probidade.

(...) (g.n.)

Da regulação supra, extrai-se em linhas gerais: o dever de todo e qualquer servidor público de agir com profissionalismo, ética, moralidade e probidade, exercendo com dedicação e correção seus deveres funcionais, visando à plena realização do interesse público, e a proibição de se relacionar contratualmente com o Estado (ainda que indiretamente, exercendo emprego ou função em empresa ou qualquer forma de instituição que tenha relações com o Estado, mormente na área de atuação do servidor),

valer-se de sua condição para exercer atividades estranhas à sua função ou auferir proveito, para si ou para terceiros, proceder de forma desidiosa ou exercer atividades incompatíveis com o exercício do cargo e com o seu horário de trabalho, prejudicando ou retardando o cumprimento de seus deveres funcionais.

As vedações elencadas, em grande parte, reproduzem, de modo mais pormenorizado, aquelas previstas de modo mais amplo no âmbito federal: *inexistência de potencial conflito de interesses e compatibilidade de horários*.

Com relação à incompatibilidade *horária*, potencialmente retardadora do cumprimento dos deveres funcionais (diante do disposto nos arts. 122, IV a VII, da LOPGE e 178, XXV, da LCE nº 10.098/94, antes transcritos), cabem ainda algumas observações. Consoante já assentado nos Pareceres nºs 13.636, de autoria do Procurador do Estado Dr. Leandro Augusto Nicola de Sampaio, datado de 24/04/2003, e 14.917, de autoria da Procuradora do Estado Dra. Adriana Maria Neumann, datado de 03/12/2008, o regime de trabalho da carreira de Procurador do Estado *não é quantificado em horas, mas pelo cumprimento da carga de trabalho das atribuições que lhe correspondem*.

Em razão do *munus* que exercem, como destacado inicialmente no presente artigo, os Procuradores do Estado - do mesmo modo que o são, nas respectivas instituições, os titulares das demais funções essenciais à Justiça - são, por definição legal, órgãos de execução da Procuradoria-Geral do Estado (art. 11, VIII, da LOPGE). E sendo, pois, a própria organização personificada, não se sujeitam aos normais controles de *cumprimento de horário, registro de ponto, etc., a que se submetem os servidores públicos em geral*, consoante já asseverado pelo Procurador do Estado Dr. Frederico de Sampaio Didonet, em manifestação referida nos Pareceres acima mencionados.

Também por isso os diplomas normativos que regulamentam a carreira de Procurador do Estado, diversamente do que ocorre com outras carreiras do serviço público, *não estabelecem uma carga horária de trabalho semanal ou um regime horário*. É que o exercício das funções de Procurador do Estado, que engloba a defesa jurídica - com atendimento dos processos judiciais -, a consultoria e o assessoramento jurídico, bem como o controle jurídico da atividade administrativa (defesa da juridicidade integral da ação

administrativa), não comporta, de regra, realização exclusiva dentro de um *horário predeterminado*¹³ - seu regime de trabalho não é quantificado em horas, aferindo-se a efetividade, isso sim, pelo *cumprimento das atribuições que correspondem ao núcleo de competência titulado*.

Por isso mesmo, o procedimento usualmente adotado pela Corregedoria-Geral para o controle de efetividade da generalidade dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul se baseia, dentre outros aspectos, na emissão de relatório mensal de atividades, no qual são quantificadas as reuniões e audiências a que compareceu o Procurador, o número de trabalhos, processuais ou não, produzidos no período, as comissões de que participou, etc., além do permanente controle da atuação dos Procuradores, modo difuso e com o auxílio do sistema hierarquizado de direção da Instituição (art. 124, I, da LOPGE).

Portanto, inexistindo regime horário imposto aos membros – *rectius*, agentes políticos – da Procuradoria-Geral do Estado, sendo sua atuação aferida pelo cumprimento de sua carga de trabalho, resta *inaplicável, por não cabível* à peculiar situação funcional, a proibição do art. 178, XXV, da LCE nº 10.098/94, na parte que se refere à compatibilidade de horários, nos termos dos arts. 123 e 195 da LCE nº 11.742/2002, antes transcritos¹⁴.

Visto isso, verifica-se a *razoabilidade* da normatização posta, no sentido de *congruência*, ou seja, da *relação da norma com as circunstâncias da realidade*, a fim de saber se indica ela a existência de razões plausíveis e não-arbitrárias a justificá-la, bem como da *relação da medida adotada com o fim que se pretende atingir*, verificando-se sua correlação e justificação.

Nesse diapasão, traz-se à liça o magistério de Humberto B. Ávila, in *Teoria dos Princípios*, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 167-170:

13 Nesse sentido, destaquem-se os arts. 104 e 121 da LOPGE, os quais asseguram, respectivamente, à Procuradora do Estado lactante e ao Procurador do Estado pai, mãe ou responsável por portador de necessidades especiais a redução de 50% *de sua carga de trabalho*, nos termos da lei; *diversamente, portanto*, do que ocorre com a *generalidade dos servidores públicos estaduais*, aos quais a LCE nº 10.098/94 assegura a redução de *carga horária*. 14 E que referem expressamente à aplicabilidade subsidiária da LCE nº 10.098/94 ‘*no que couber*’.

(...)

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. São essas acepções que passam a ser investigadas.

3.3.3.2.2 Tipologia

(...)

3.6.3.2.2.2 Razoabilidade como congruência — No segundo grupo de casos o postulado da razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação.

Em primeiro lugar, a razoabilidade exige, para qualquer medida, a recorrência a um suporte empírico existente. Alguns exemplos o comprovam.

(...)

Nesses casos o legislador elege uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal. Ao fazê-lo, viola a exigência de vinculação à realidade. A interpretação das normas exige o confronto com parâmetros externos a elas. Daí se falar em dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas (Natur der Sache). Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) impedem a utilizações de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados. Desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal.

Essa exigência também assume relevo nas hipóteses de anacronismo legislativo, isto é, naqueles casos em que a norma, concebida para ser aplicada em determinado contexto sócio-econômico, não mais possui razão

para ser aplicada.

Em segundo lugar, a razoabilidade exige uma relação congruente entre critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. O exame de alguns casos comprova isso.

(...)

Nos dois casos acima referidos o postulado da razoabilidade exigiu uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não se está, aqui, analisando, a relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. À eficácia dos princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) soma-se à eficácia do princípio da igualdade (art. 5º, caput), que impede a utilização de critérios distintivos inadequados. Diferenciar sem razão é violar o princípio da igualdade.”

(...) (g.n.)

Nesse sentido, a razoabilidade atua, *a uma*, como instrumento para determinar se a *norma possui relação com as circunstâncias da realidade*, a fim de saber se indica ela a existência de razões plausíveis e não-arbitrárias a justificá-la. No caso, são impostas *algumas* restrições que visam a garantir o atendimento do interesse público e da moralidade e da eficiência na prestação dos serviços públicos, *evitando* situações de possíveis *conflitos éticos/de interesses*, ao mesmo tempo em que *não se desconsideram* as peculiaridades e a conformação constitucional própria da carreira da Advocacia Pública.

A duas, aplica-se a razoabilidade como *relação do critério de diferenciação escolhido com a medida adotada*, verificando-se sua correlação e justificação. Aqui, da mesma forma, a medida adotada pela legislação – vedação absoluta apenas à concomitância de exercício de cargos *públicos* (salvo um de magistério) e temperamentos quanto à atividade privada -, a toda evidência, guarda total pertinência com o critério diferenciador escolhido na hipótese vertente e acima destacado, que é a consideração das diferenças existentes entre as carreiras da Magistratura e da Advocacia Pública – desta última não se exigindo a garantia da absoluta imparcialidade exigida dos Magistrados.

Sob essa óptica, aliás, a razoabilidade se confunde com a própria *proporcionalidade*, ao se analisar – em um conflito entre princípios, no caso *interesse público*, *moralidade* e *eficiência* na prestação do serviço público, de um lado; e os fundamentais princípios do valor social do *trabalho*, o direito fundamental à *liberdade de profissão* e os princípios da *ordem econômica*, de outro – como devem se amoldar, *no caso concreto*.

Nesse aspecto, traz-se novamente à baila a lição de Humberto B. Ávila, *op.cit.* :

(...)

3.3.3.2.2.4 Distinção entre razoabilidade e proporcionalidade

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade. É o que se passa a demonstrar.

(...)

Embora não seja essa a opção feita por este trabalho, pelas razões já apontadas, é plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito. Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como

equidade será incluída no exame da proporcionalidade.

Isso significa que um mesmo problema teórico pode ser analisado sob diferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica. Não se pode, portanto, afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto, e outros equivocados.

(...) (g.n.)

Tem-se que, sob esse prisma, a abertura à possibilidade de exercício de atividade privada concomitantemente ao cargo público não pode ser classificada, *a priori*, como meio *inadequado* à promoção do fim a que se destinam as normas restritivas (garantir a supremacia do atendimento ao interesse público e a moralidade e a eficiência na prestação do serviço público), devendo-se analisar o caso concreto, ou seja, *qual* atividade privada será exercida e se, aí, haverá ou não conflito de interesses e/ou compatibilidade de horários; é meio *necessário*, em relação a outros meios (ao trazer restrição *limitada* ao exercício concomitante de outros cargos *públicos*, salvo um de magistério, não restringindo *prima facie*, assim, *gratuitamente* outros direitos fundamentais); e, na análise de proporcionalidade *stricto sensu*, se sustenta, porque promove de forma concomitante os princípios da supremacia do interesse público, da moralidade e da eficiência, *sem* restringir *perigosamente* os fundamentais princípios do valor social do trabalho, o direito fundamental à liberdade de profissão ou os princípios da ordem econômica (arts. 1º, IV, 5º, XIII, 6º e 170 da CF/88).

Sob outro prisma, a presente interpretação, nos termos dos argumentos acima expostos, utilizando-se da lição doutrinária do Procurador do Estado Guilherme Valle Brum¹⁵, que didaticamente sistematizou o pensamento jusfilosófico de Ronald Dworkin e Neil McCormick, se mostra a mais *coerente* (no sentido de buscar enxergar o Direito como *integridade*¹⁶, ou seja, a *unidade* do material com que se

15 BRUM, G.V. Uma Teoria para o Controle Judicial de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pp. 105/ss.

16 E, aqui, mais uma vez pertinente socorrer-se dos ensinamentos de Canotilho, lembrando-se dos cânones hermenêutico-constitucionais da *unidade* e da *concordância*

trabalha - Constituição, leis e precedentes - como um conjunto *harmônico* que deve expressar um sistema coerente de justiça, ligado por princípios que proporcionam essa integridade, de modo que as regras jurídicas façam sentido quando consideradas em conjunto), *consistente* (no sentido de respeito aos *limites semânticos dos textos* e aos *limites razoáveis dos fatos*) e *consequencialista* (no sentido de identificar e explicitar quais os princípios jurídicos que seriam *promovidos* ou *afetados* pelas consequências possíveis da interpretação e, concomitantemente, avaliá-las de acordo com esses mesmos princípios).

Contudo, e por derradeiro, resta evidente que, considerando os termos dos arts. 116, § 2º, da CE/89 e 122 da LOPGE, antes referidos, a relevância do exercício do cargo de Procurador do Estado e os princípios constitucionais da supremacia do interesse público, da moralidade e da eficiência administrativas, o exercício da atividade de natureza privada não pode, jamais, importar em qualquer prejuízo ao exercício das relevantes atribuições funcionais de natureza pública de que investido o Procurador.

Nesse sentido, é pertinente a adoção de sistema de acompanhamento especial, nos mesmos moldes, *v.g.*, do já preconizado pela Resolução/PGE nº 58/2013, atinente ao exercício das atividades de magistério, público ou privado, de modo a permitir a fiscalização e acompanhamento das atividades funcionais pela Corregedoria-Geral, com adoção das medidas disciplinares necessárias, se o caso.

4 CONCLUSÕES

Isso posto, entende-se que, diante do papel próprio constitucionalmente atribuído aos Procuradores do Estado, analisando-se as vedações específicas do cargo e aquelas gerais aplicadas a todos os

prática: seu objetivo é o de que as normas constitucionais sejam vistas como preceitos *integrados* em um sistema *unitário* e *não-contraditório*, de modo a impedir que, em sede de interpretação e concretização da Constituição, se chegue a resultados práticos que levem ao sacrifício (total) de uma norma em relação à outra (aparentemente) em choque. CANOTILHO, J.J.G. *op. cit.*, pp. 226 a 228.

servidores públicos, bem como os limites do exercício de outra atividade para além daquelas afetas à função de Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, em razão do regime de trabalho que lhe é legalmente imposto, cabível se mostra, em tese, o exercício de outras atividades de natureza privada, em inexistindo conflito de interesses.

Contudo, tal não pode importar em qualquer prejuízo ao exercício das relevantes atribuições funcionais de natureza pública de que investido o Procurador do Estado, tendo-se por pertinente a adoção de sistema de acompanhamento especial, nos mesmos moldes do já preconizado, por exemplo, pela Resolução/PGE n° 58/2013, atinente ao exercício das atividades de magistério, público ou privado, de modo a permitir a fiscalização e acompanhamento das atividades funcionais pela Corregedoria-Geral, com adoção das medidas disciplinares necessárias, sendo o caso.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

BRUM, Guilherme Valle. *Uma Teoria para o Controle Judicial de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almeida.

COMPARATO, Fábio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 87, n° 750, pp. 11-9, abr./1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1987.

MORAES, Alexandre de. *Direito Administrativo Judiciário: Magistratura e Princípio da Dedicção Exclusiva*. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-direito-administrativo-judiciario-magistratura-e-principio-da-dedicacao-exclusiva>.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista Jurídica*, set.2001, ano 1, nº 1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Provedorias de Justiça no Estado Contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 49, 1993.

SESTA, Mário Bernardo. Critérios Constitucionais sobre Remuneração Pública. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, nº 47, 1989.

LIMITES DA IMUNIDADE RECÍPROCA: ENTRE A GARANTIA DO PACTO FEDERATIVO E O SUBTERFÚGIO PARA A CONCORRÊNCIA DESLEAL

Roberta Costa Rabello¹

Recebido em: 31.7.2015

Aprovado em: 12.10.2015

Resumo: O presente trabalho aborda uma das limitações ao poder de tributar, consagrada no sistema jurídico brasileiro historicamente e reprisada na Constituição de 1988, como garantia do pacto federativo: a imunidade recíproca. Apresentar-se-á a referida imunidade e suas características e peculiaridades, bem como o norte doutrinário e jurisprudencial que vem sendo dado à matéria. Especificamente, tratar-se-á da problemática de eventual abrangência indevida outorgada judicialmente em algumas situações que podem, desbordando da simples garantia à forma federativa, extrapolar gerando evidente situação de afronta à concorrência desleal. O limite

Abstract: This article discusses one of the limitations on the power to tax, established in the Brazilian Law historically and replayed in the Federal Constitution of 1988, as a warranty of the federative pact: the reciprocal immunity. It will show the mentioned immunity and its peculiarities and characteristics and doctrinal and jurisprudential slope. After, it will show the issue of the limits between the warranty of the federative pact and the unfair competition: the narrow limit, and the duty of coherence that a Judge must have.

Keywords: Limitation; Power to tax; Federative pact; Reciprocal

¹ Procuradora do Estado da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

estreito entre essas duas situações deve ser objeto de análise cautelosa da situação de fato e dos contornos que a permeiam, norteando-se o juiz do caso sempre pela coerência.

Palavras-chave: Limitação; Poder de tributar; Pacto federativo; Imunidade recíproca; Concorrência desleal; Coerência.

Sumário: 1 Introdução. 2 Da imunidade recíproca e sua origem histórica. 3 Da imunidade recíproca como garantia do pacto federativo. 4 Da abrangência da imunidade e da sua utilização indevida, em afronta à concorrência desleal. 5 Considerações finais. Referências

immunity; Unfair competition; Coherence.

1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro foi instituído sob a forma federativa, conforme preceitua o art. 1º da Constituição Federal, segundo o qual a República Federativa do Brasil é “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. A referida indissolubilidade é, inclusive, garantida pela previsão de intervenção federal para garantia da integridade nacional, contida no art. 34 da Constituição. Certo, portanto, que não há previsão de direito de secessão, sendo a forma federativa inarredável e, assim, cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I, CF), de modo que também o são os direitos e garantias tendentes a assegurá-la.

Nesse sentido, tem-se como instrumento de garantia do pacto federativo, no sistema tributário constitucional, a previsão da imunidade recíproca. Tal limitação ao poder de tributar encerra a vedação de que os entes públicos integrantes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituem impostos sobre patrimônio, renda ou serviços

uns dos outros². Como se verá no decorrer do trabalho, a imunidade recíproca é inerente ao sistema federativo, pois, como bem salientado pelo Juiz Marshall em célebre julgamento de que adiante se versará, *o poder de tributar envolve o poder de destruir*.

Evidente, portanto, a necessidade de se manter hígida a aplicação dessa imunidade nos moldes em que ela foi concebida, pois, por outro lado, ao extrapolá-la (conforme se passará a demonstrar, inclusive mediante análise de casos concretos, submetidos a julgamento pelo STF), pode se incorrer em abuso, propiciando ferimento de outros princípios tão caros no sistema jurídico brasileiro quanto o que ela pretende salvaguardar.

2 DA IMUNIDADE RECÍPROCA E SUA ORIGEM HISTÓRICA

Importa referir que tal imunidade ingressou no sistema jurídico brasileiro na Constituição de 1891, art. 10, que proibia “aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente”. Não se limitava aos impostos (diversamente do sistema atual) e não se referia expressamente aos Municípios (o que hoje foi alargado). Esse instituto reproduzia a adoção de princípio implícito norte-americano (“*reciprocal immunity of federal and state instrumentalities*”) versado no *leading case* “McCulloch x Maryland”, redigido pelo juiz Marshall, ocasião primeira

² Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 2º - A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º - As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

em que se afirmou a imunidade dos “meios de ação do governo federal frente às pretensões do fisco dos Estados, pois ‘*the power to tax involves the power to destroy*’ e então, ficariam à mercê de um governo todos os serviços e instrumentos de outro”.³

Repetiu-se o entendimento no caso *Weston x Charleston*, em que se declarou inconstitucional o imposto municipal sobre a propriedade de apólices federais por particulares. Desde então, a jurisprudência protege as “instrumentalidades”, ou seja, as entidades federais, os bens públicos, e até vencimentos de servidores federais⁴. (Esse último, não se estenderá aqui, para não fugir do objeto, mas, de se referir que a evolução da vida e da jurisprudência demonstrou que se tratava de privilégio odioso, ao confrontar-se com a realidade dos trabalhadores assalariados e, portanto, foi posteriormente extirpado).

Décadas mais tarde, passados os precedentes referidos, tendo a Guerra da Secessão consolidado o poder nacional, iniciou-se uma segunda fase, em que se construiu efetivamente a imunidade recíproca, a partir de casos como: *Collector x Day*; *Ward x Maryland*; *Pollock x The Farmers’ Loan & Trust Co.* Nesse último se declarou a inconstitucionalidade do imposto de renda sobre os juros de apólices municipais.⁵ Vê-se que, dentre outras evoluções, a vedação já passava a ser recíproca (deixando de ser apenas vedação de o Estado tributar a União), passou a se estender também em face da União, do mesmo modo que passou também a proteger o Município. Além disso, destaca-se que era entendimento pacífico que a imunidade amparava os instrumentos e meios de ação para exercício de poderes governamentais propriamente ditos e não tendentes à exploração econômica. Nesse momento histórico já se tinha os contornos que inspiraram a imunidade prevista no sistema jurídico brasileiro, mais precisamente no art. 150, IV, a, do texto constitucional.

3 BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 93.

⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Op cit.* p. 94.

⁵ BALEEIRO, Aliomar. *Op cit.* p. 94-95.

3 DA IMUNIDADE RECÍPROCA COMO GARANTIA DO PACTO FEDERATIVO

Como dito, tal limitação ao poder de tributar visa à garantia da forma federativa, pois dessa decorre a autonomia (art. 18, CF) e, da mesma forma, a igualdade dos entes federados, não havendo qualquer prevalência de um sobre outro. A corroborar, oportuno transcrever a lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Mauricio Correa, no AgI 174.808 – AgRg:

A garantia constitucional da imunidade recíproca impede a incidência de tributos sobre o patrimônio e a renda dos entes federados. Os valores investidos e a renda auferida pelo membro da federação é imune aos impostos. A imunidade tributária recíproca é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro (...) ⁶

Caracterizado como instrumento garantidor de cláusula pétrea que é o pacto federativo, por conseguinte também o é a imunidade recíproca. Na lição de Leandro Paulsen “fica claro que a imunidade recíproca é princípio garantidor da Federação e, por isso, imutável, não podendo ser ofendido sequer pelo Poder Constituinte Derivado”.⁷ Tanto isso é verdade que o STF, ao enfrentar tal questão fez corroborar tal assertiva. Por ocasião da edição da Emenda Constitucional 03/93, foi instituído, no seu art. 2º, o “imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos”. Por outro lado, o § 2º afastou a aplicação do dispositivo constitucional que previa a imunidade recíproca. Ora, prestando-se tal instituto à preservação de uma cláusula pétrea, pode-se dizer que também se ‘petrifica’. Outro não poderia ter sido o entendimento da Corte Suprema, ao deferir a medida cautelar:

⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 1441/1442.

⁷ PAULSEN, Leandro. *Direito tributário. Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 7a ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005. p. 258.

Consideram-se relevantes, para o efeito de concessão de medida cautelar, os fundamentos da ação direta, segundo os quais, com a quebra do princípio da imunidade recíproca entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 150, VI, *a* da Constituição), autorizada pelo § 2º do art. 2º da EC 3, de 18-3-1993, ficaria posta em risco a estabilidade da federação, que, em princípio, a um primeiro exame, não pode ser afetada, sequer, por emenda constitucional (arts. 1º, 18, 60, § 4º, I, da Constituição).” (ADI 926-MC, Rel. Min. **Sydney Sanches**, julgamento em 1º-9-1993, Plenário, *DJ* de 6-5-1994).

Oportuno mencionar, ainda, a lição do Ministro Celso de Mello, que discorreu, no voto da ADIn 939, que o nosso modelo adota o “sistema de federalismo de equilíbrio, cujas bases repousam na necessária igualdade político-jurídica entre as unidades que compõem o Estado federal”. Tal modelo ‘parifica’ as pessoas estatais, de modo que a imunidade recíproca é uma de suas consequências mais expressivas.⁸

4 DA ABRANGÊNCIA DA IMUNIDADE E DA SUA UTILIZAÇÃO INDEVIDA, EM AFRONTA À CONCORRÊNCIA DESLEAL

Ainda segundo Paulsen, essa limitação ao poder de tributar engloba as autarquias e fundações, mas exclui empresas públicas e sociedades de economia mista. Ademais, informa que o entendimento do STF é no sentido de vedar a tributação além do patrimônio, renda e serviços, mas a qualquer imposição tributária.⁹ Sacha Calmon Navarro Coelho, por sua vez, esclarece que a por ele denominada “imunidade intergovernamental recíproca” não atua sobre taxas e contribuições de melhoria nem sobre as contribuições especiais ou sociais, salvo se esses tributos assumirem a feição de imposto.¹⁰

⁸ PAULSEN, Leandro. *Op. cit.* p. 258.

⁹ PAULSEN, Leandro. *Op. cit.* p. 259.

¹⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro,

Importante ainda mencionar que há doutrina no sentido de que, para fins de se atribuir a imunidade, deve se atentar para quem é o contribuinte de fato. Para tanto, esclarece Baleeiro que “uma coisa é quem foi designado por lei e recolheu à repartição o gravame; outra é quem de fato o suportou pela transferência econômica do encargo”.¹¹ Sob esse enfoque, tem-se, por exemplo, que o Município goza de imunidade relativamente ao ICMS potencialmente incidente sobre a conta de luz para a iluminação pública. Indiscutível que, ao fim, é o Município quem sofre os efeitos dessa tributação, sendo ele o contribuinte de fato. Contudo, não é esse o entendimento pacífico, ao menos na jurisprudência, já tendo inclusive o STF decidido que:

A jurisprudência do Supremo firmou-se no sentido de que a imunidade de que trata o art. 150, VI, *a*, da CF/1988, somente se aplica a imposto incidente sobre serviço, patrimônio ou renda do próprio Município. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que o Município não é contribuinte de direito do ICMS, descabendo confundi-lo com a figura do contribuinte de fato e a imunidade recíproca não beneficia o contribuinte de fato.” (AI 671.412-AgR, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 1º-4-2008, Segunda Turma, *DJE* de 25-4-2008.) **No mesmo sentido: AI 736.607-AgR**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 19-10-2011; **AI 518.325-AgR**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 6-4-2010, Segunda Turma, *DJE* de 30-4-2010; AI 574.042-AgR, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 6-10-2009, Segunda Turma, *DJE* de 29-10-2009; AI 634.050-AgR, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 23-6-2009, Primeira Turma, *DJE* de 14-8-2009. **Vide: AI 518.405-AgR**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 6-4-2010, Segunda Turma, *DJE* de 30-4-2010.

No que toca à destinação do benefício, Baleeiro refere que há de se

Forense, 2008, p. 289.

¹¹ BALEEIRO, Aliomar. *Op. cit.* p. 162.

perquirir “se o fato gerador do imposto provém dos serviços públicos e das atividades da competência governamental, ou se apenas é operação de negócio de todo compatível com a empresa privada”.¹² Esclarece, mais adiante:

Vigorar, entretanto, a imunidade, para tudo quanto for de caráter instrumental ou funcional da autarquia, isto é, dos bens, rendas e serviços que a entidade emprega como meios de desempenho de serviços públicos ou atividades da competência específica do Governo que a instituiu, para previdência social ou outro fim público.

Essa questão da abrangência é que suscita incansáveis divergências, sendo que a própria jurisprudência do STF tem evoluído e se transformado. A exemplo, transcreve-se as ementas a seguir, em que se reconheceu a imunidade para a Casa da Moeda, embora empresa pública, em face da “estatalidade” do serviço público que exerce, notadamente em razão do monopólio constitucional. Coerentemente, nas ementas seguintes, garante-se a imunidade à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos:

Casa da Moeda do Brasil (CMB). Empresa governamental delegatária de serviços públicos. Emissão de papel moeda, cunhagem de moeda metálica, fabricação de fichas telefônicas e impressão de selos postais. Regime constitucional de monopólio (CF, art. 21, VII). Outorga de delegação à CMB, mediante lei, que não descaracteriza a estatalidade do serviço público, notadamente quando constitucionalmente monopolizado pela pessoa política (a União Federal, no caso) que é dele titular. A delegação da execução de serviço público, mediante outorga legal, não implica alteração do regime jurídico de direito público, inclusive o de direito tributário, que incide sobre referida atividade. Consequente extensão, a essa empresa pública, em matéria de impostos, da proteção constitucional fundada na garantia da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150,

¹² BALEEIRO, Aliomar. *Op. cit.* p. 129.

VI, a).” (RE 610.517, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 3-6-2013, DJE de 17-6-2013.

Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. (...) Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, a, da CF.” (RE 601.392, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-2-2013, Plenário, DJE de 5-6-2013, com repercussão geral.) No mesmo sentido: AI 797.034-AgR, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 21-5-2013, Primeira Turma, DJE de 13-6-2013. Vide: RE 407.099, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 22-6-2004, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004.

As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, a.” (RE 407.099, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 22-6-2004, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004.) No mesmo sentido: ACO 789, Rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º-9-2010, Plenário, DJE de 15-10-2010; RE 443.648-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20-4-2010, Segunda Turma, DJE de 28-5-2010; ACO 803-TAR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-4-2008, Plenário, DJE de 27-9-2011; ACO 811-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 26-4-2007, Plenário, DJ de 14-12-2007. Vide: RE 601.392, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-2-2013, Plenário, DJE de 5-6-2013, com repercussão geral .

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas

exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 601392, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 28/02/2013, Tribunal Pleno, DJ de 05/06/2013).

Ainda, esclarecedor, no que toca às sociedades de economia mista, é o julgado que segue:

No julgamento do RE 253.472 (Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ ac. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, julgamento em 25-8-2010), esta Corte reconheceu que a imunidade tributária recíproca aplica-se às sociedades de economia mista que caracterizam-se inequivocamente como instrumentalidades estatais (sociedades de economia mista ‘anômalas’). O foco na obtenção de lucro, a transferência do benefício a particular ilegítimo ou a lesão à livre iniciativa e às regras de concorrência podem, em tese, justificar o afastamento da imunidade.” (AI 558.682-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 29-5-2012, Segunda Turma, *DJE* de 19-6-2012.) No mesmo sentido: RE 647.881-AgR, voto da rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 18-9-2012, Segunda Turma, *DJE* de 5-10-2012.

Para melhor entender, extrai-se do voto do Ministro Joaquim Barbosa, Relator do RE 601.392/PR, o seguinte excerto:

- 1) A imunidade recíproca opera como salvaguarda do pacto federativo, para evitar que a tributação funcione como instrumento de coerção ou indução de entes federados;
- 2) A imunidade recíproca deve proteger atividade desprovida de capacidade contributiva, isto é, atividades públicas em sentido estrito, executadas sem intuito lucrativo;

3) A imunidade tributária recíproca não deve beneficiar a expressão econômica de interesses particulares, sejam eles públicos ou privados, nem afetar intensamente a livre iniciativa e a livre concorrência (excetuadas as permissões constitucionais).

A Constituição conferiu a cada ente federado competência para instituir e arrecadar tributos próprios, de modo a preservar-lhes meios para prover efetiva autonomia e liberdade política, nos respectivos limites. Sem prejuízo da importância de todas as imunidades tributárias, a proibição constitucional para tributação de algumas grandezas está em constante tensão com o direito constitucional ao exercício local do poder legislativo. De fato, o benefício sempre implica perda parcial do direito de tributar de um ou mais entes federados e, assim, de obter meios para alcançar seus objetivos políticos. A tensão se resolve pela relevância conferida pela própria Constituição ao valor que se quer proteger, isto é, manter a autonomia dos entes federados pressupõe alguma limitação da competência de cada um para cobrar reciprocamente impostos. Assim, a imunidade recíproca não se presta a assegurar ao ente federado vantagens contratuais ou de mercado, para, pura e simplesmente, permitir-lhe contratar e remunerar em condições mais vantajosas. Se o Poder Público age com intuito preponderantemente lucrativo, em favor próprio ou de terceiro, a imunidade recíproca não se lhe aplicará. Afinal, a atividade lucrativa em si mesma constitui signo de pacto federativo, para evitar que a tributação funcione como instrumento de coerção ou indução de entes federados;

Com efeito, como bem discorreu o ministro relator, em resumo, nos últimos dois julgados, e esmiuçadamente nesse último cujo excerto foi transcrito, a proteção é ao pacto federativo, e não a interesses econômicos, sob pena de, desvirtuando-se o instituto a fim de atingir esse último fim, restassem maculados também outros princípios constitucionais, como

da isonomia tributária e da livre concorrência, do qual é corolário a vedação da concorrência desleal (art. 170, IV). Não bastasse tudo isso, é expressamente proscrito, no art. 173, § 2º, CF, tratamento anti-isonômico, de modo que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Nesse sentido é que Ricardo Lodi Ribeiro, com toda a propriedade, defende que “se a entidade imune abandona os seus objetivos institucionais para desempenhar a atividade econômica em regime de concorrência com as entidades de direito privado, deve ser tributada como se particular fosse (art. 173, § 1º, II, CF)”¹³.

Na mesma linha, Humberto Ávila¹⁴ leciona que a imunidade só é reconhecida quando a sociedade de economia mista e empresa pública atuam na sua finalidade essencial e não em atividade lucrativa. Ora, como dito, exercendo atividade lucrativa, devem ser tratadas como todas as demais pessoas jurídicas privadas que exploram atividade econômica, sob pena de ferimento de todos os princípios constitucionais já referidos, como da isonomia, da livre concorrência em seu aspecto amplo, e em mácula à finalidade do instituto (que é assegurar o pacto federativo), já que nessa hipótese desvirtuada não se teria verificado o alcance da finalidade. A reforçar a tese, oportuno destacar que esse mesmo autor citou o exemplo do RE 75000, que assentou o entendimento de que a imunidade recíproca não se estende à Petrobrás, sociedade de economia mista, pois “não se trata de serviço público inerente à estrutura política da União Federal”.

Alexandre Ávila¹⁵, por seu turno, arremata, exemplificando que estão fora da imunidade a Petrobrás, a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil. Por outro lado, estão albergados a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (RE 407.099/RS), inclusive extensível à

¹³ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 192.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

¹⁵ ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. *Curso de direito tributário*. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2011. p. 142-143.

propriedade de veículos automotores (afastado, portanto, o poder de tributar relativamente ao IPVA) destinados à prestação de serviços postais e a INFRAERO. Isso porque “é preciso distinguir empresa pública que exerce atividade econômica concorrendo com as empresas privadas, das empresas públicas que prestam serviço público” e a ECT, no caso, presta serviço público obrigatório e exclusivo do Estado. E, nesse caso, não há que se falar, absolutamente, em possibilidade de aplicação do § 3º do art. 150 (segundo o qual a imunidade não se aplica “ao patrimônio, renda e serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário”), pois, ainda que a ECT possa cobrar preços ou tarifas, não se trata de *exploração de atividade econômica regida por normas aplicáveis a empreendimentos privados*, pois os serviços dos Correios são serviços da própria União. Esse é o entendimento do STF, como se viu acima. No que toca à INFRAERO, é abrangida porque se trata de uma empresa pública federal que tem por atividade-fim prestar serviços de infraestrutura aeroportuária, mediante outorga da União, sob regime de monopólio, tal qual a ECT.

Em suma, embora possa parecer que o posicionamento firmado pelo STF contraria a doutrina majoritária, não é o que ocorre. De fato, o que se exige – devidamente – são os temperamentos fixados pelo Ministro Joaquim Barbosa, Relator do RE 601392. Na ocasião, a empresa-recorrente sustentou, em síntese, que a imunidade tributária recíproca tem extensão maior do que a definida pelo acórdão recorrido. Segundo argumentou, todas as suas atividades deveriam ser tidas por imunes aos impostos. Todavia, esse não parece ser o entendimento acertado, e nem parece ser o que o voto condutor e os Ministros que o seguiram quiseram explicitar.

Pertinente referir que, no voto do acórdão em comento, o Ministro fez alusão a outro recurso que estava *sub judice*, em que se discutia o alcance da imunidade da Infraero. No ponto, asseverou que:

Lembro, a propósito, que estamos a discutir em outro recurso o alcance da imunidade conferida à Infraero. Inúmeras entidades

privadas aproveitam-se dos abundantes e bem localizados terrenos cedidos àquela empresa pública para desenvolver suas atividades empresariais. Trata-se de academias de ginástica, concessionárias de veículos, hospitais particulares caríssimos, hotéis, residências particulares, entre outros. E não me refiro ao espaço interno das instalações aeroportuárias, nos quais há prestação de serviços lucrativos, como as lojas francas, os restaurantes, as lanchonetes, as casas de câmbio e as lojas. Refiro-me a empreendimentos de porte e separados dos prédios aeroportuários. Para termos a proporção das vantagens, basta observar os terrenos no entorno e imediações do aeroporto de Jacarepaguá, no Rio de Janeiro. Já a questão que se discute aqui é se a exoneração integral e incondicionada à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos desvia-se dos objetivos justificadores da proteção constitucional. E isto porque a ECT desempenha algumas atividades de intenso e primário interesse privado-particular, ou seja, não-público. Por exemplo, é notório que os Correios cedem sua estrutura e serviços para a “venda” de títulos de capitalização. As operações com tais títulos têm como objetivo o lucro das entidades públicas ou privadas que os disponibilizam, sem qualquer vinculação com a função institucional da ECT. Nesta perspectiva, a exoneração tributária teria como consequência a diminuição do preço a ser cobrado do interessado em distribuir os títulos, dado ser possível calcular a carga tributária e repassá-la àquele que terá o maior benefício com a exploração da atividade.

É justamente isso que não se deve permitir. A imunidade recíproca, benefício tributário concebido para garantia do tão caro pacto federativo não pode se desvirtuar de tal forma a ponto de se transformar em privilégio odioso, catalisador da concorrência desleal. Como dito pelo Ministro Relator, “a extensão irrefletida e desmesurada da imunidade tributária proposta pela recorrente irá garantir aos particulares que contratam com os Correios redução expressiva da carga tributária”. Exemplificou:

Estas empresas particulares aproveitam-se da grande abrangência

territorial das agências postais para distribuir produtos e serviços sem que despesas ordinárias, como aluguel, contratação de funcionários, encargos trabalhistas e tributários (como o IPTU) onerem sua margem de lucro. Neste sentido, lembro que nada impede que os Correios repassem eventual carga tributária à contraprestação exigida de seus clientes de serviços alheios à atividade postal. Por fim, abordo o tópico levantado pela recorrente, em que ela afirma ser a imunidade tributária aplicável sem restrições, em razão do fato de as receitas obtidas pela ECT serem integralmente aplicadas em seus objetivos institucionais. A importância da atividade protegida pela imunidade não pode justificar a colocação dos princípios da livre-iniciativa e da concorrência em segundo plano, em toda e qualquer hipótese.

Quer dizer, a ECT vive no melhor dos mundos, não é? Ela se submete ao precatório, como se fosse uma autarquia, mas, ao mesmo tempo, ela cria filhotes, para exercer as mais diversas atividades econômicas. Não há nenhuma coerência nisso. Desculpem-me aqueles que pensam de maneira contrária.

Com efeito, a detida análise do Ministro Relator no caso vertente alerta para o cuidado com que deve se manejar o reconhecimento do benefício em questão, sob pena de, desviando-se de sua nobre finalidade essencial, prestar-se a um descabido instrumento anti-isonômico, maculador da concorrência e injustificado beneficiador de empresas que, sob a roupagem do interesse público, sirvam à exploração econômica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem refletiu o Ministro Relator do julgado acima examinado, a ECT parece viver “no melhor dos mundos”: ao mesmo tempo em que goza do benefício, pode atuar, por liberalidade sua, no mercado explorando atividades econômicas desvinculadas do seu objetivo público primordial, mas que, ao fim, permitiu a jurisprudência pátria fossem também albergadas pelo benefício. Como ressaltado no trecho acima, realmente, não há qualquer

coerência nisso, e a coerência, não se pode olvidar, é – ou deveria ser – um dos grandes informadores e balizadores da aplicação do Direito.

Portanto, entende-se que a melhor via é a defendida pelo Ministro Relator Joaquim Barbosa, no sentido de se se aferir a que diz respeito a imunidade buscada. A garantia da concessão desse benefício, porque garantidor de um princípio fundamental do nosso Estado, constituído sob a forma de República *federativa*, deve ser extremamente cautelosa, porque não se pode limitá-la, em prejuízo aos entes públicos envolvidos e, assim, à higidez do pacto federativo, de modo a evitar, como muito bem lembrado pelo grande mestre Baleeiro, que o poder de tributar signifique o poder de destruir.

Por outro lado, também a limitação do poder de tributar, ou o “poder de imunizar” igualmente poderia representar o poder de destruir. Ao se ampliar desmedidamente o benefício, alargando-o e estendendo a hipóteses em que afastada a prestação de serviço público e evidenciada a atividade estritamente econômica, estar-se-iam desconsiderando (ou, para usar a linguagem do postulado, *destruindo* – ao menos no caso concreto) princípios outros também fundantes da própria noção de nosso ordenamento jurídico. A isonomia, sabe-se, também é cláusula pétrea. Quanto à garantia da livre concorrência, embora não se trate de norma constitucional material, a Constituição não fixou a livre concorrência aleatoriamente. No momento em que a inscreveu em seu texto, fixou as bases de uma ordem econômica livre, justa e, novamente: igualitária. Como se vê, por óbvio (e por coerência), os princípios referidos se imbricam e se relacionam. Cabe ao juiz, portanto, no caso concreto, cuidar de, examinando e balizando a tensão entre eles, garantir ao máximo a efetividade e coexistência de todos eles.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. *Curso de direito tributário*. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário. Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 7ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

PARECER

PARECER Nº 16.481/15

ALTERAÇÕES NO ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA (LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06). LEI COMPLEMENTAR Nº 147/2014. TRATAMENTO DIFERENCIADO NAS AQUISIÇÕES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ESCLARECIMENTOS.

Trata-se de consulta oriunda da Secretaria da Administração, expondo dúvidas relativas às inovações trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014 ao Estatuto Nacional da Microempresa, no que se refere às preferências instituídas às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações realizadas pela Administração Pública.

O expediente é inaugurado com manifestação do sr. Coordenador de Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 36/2014, que tem por objeto a análise das alterações no Sistema de Compras Eletrônicas trazidas pela alteração legislativa (fls. 02-06), traduzindo os seguintes questionamentos:

“(…)

Anteriormente, a legislação previa a possibilidade de realizar certames licitatórios exclusivos a microempresas e empresas de pequeno porte sempre que o valor não excedesse ao limite legal, ou seja, R\$ 80.000,00. Com a nova redação, tal procedimento, ao que parece, passa a ser obrigatório, uma vez que a lei usa a expressão ‘deverá’.

Desta forma, nosso primeiro questionamento é: a partir de agora, todas as licitações até R\$ 80.000,00 deverão ser obrigatoriamente exclusivas?

Outra alteração foi no inciso III do referido artigo, onde a expressão ‘deverá’ foi incluída. Assim, todas as licitações

cujo objeto seja divisível deverá ter cota de 25% da contratação exclusiva para ME e EPP.

Ou seja, s.m.j., caso seja feito certame licitatório para aquisição de, por exemplo, 100 computadores, 25 destes deverão ser fornecidos exclusivamente por ME ou EPP. **A questão é, como será feita a aplicação de tal regramento?**

Por último, foi incluído o §3º, que possibilita à Administração estabelecer prioridade na contratação de ME e EPP sediadas local ou regionalmente até o limite de 10% do melhor preço válido. Aqui são dois questionamentos: **a que âmbito está adstrita a expressão local ou regionalmente? A todo o Estado? E a prioridade da contratação será feita nos mesmos moldes do artigo 45 da LC nº 123/06?**

(...)

Ou seja, a partir de agora, nas dispensas em razão do valor, a contratação deverá ser feita preferencialmente de ME ou EPP, aplicando-se o disposto no inciso I do artigo 48. **A questão é: será obrigatório que a cotação eletrônica seja feita apenas entre microempresas e empresas de pequeno porte em todos os casos cuja dispensa seja em razão do valor?"**

Segue manifestação da Assessoria Jurídica da Subsecretaria da Administração Central de Licitações (CELIC) (fls. 07-20) e promoção do sr. Agente Setorial da PGE (fls. 24-25).

Foi, então, encaminhado o expediente administrativo para análise por esta Equipe de Consultoria.

É o relatório.

A Lei Complementar nº 147/14 trouxe inúmeras alterações ao Estatuto Nacional da Microempresa, insculpido na Lei Complementar nº 123/06. No que tange à presente consulta, a referida legislação determina ao ente público o tratamento diferenciado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações realizadas, independente da legislação de regência - Lei Geral de Licitações, pregão presencial, eletrônico ou Regime Diferenciado de Contratações.

No entendimento de Rubens Requião (Curso de Direito Comercial. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 1, p. 90):

“De acordo com a Lei Complementar nº 123/2006 (art. 3º), já considerada a nova redação determinada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de dezembro de 2011, consideram-se microempresas a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00.

Já empresa de pequeno porte é a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada, o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil, que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00.”

A Constituição Federal, em seu art. 179, dispõe que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”. Este tratamento diferenciado veio insculpido na Lei Complementar nº 123/06. No dizer de Hélio Saul

Mileski (Tratamento diferenciado e favorecido em licitações públicas - Aperfeiçoamentos legais introduzidos ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 147/2014). *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 16, n. 85, p. 52, jul./ago. 2014):

“Tratando-se de um novo tipo de política pública a ser implementada, com introdução de normas absolutamente inovadoras, ocorreu, a nível nacional, uma atuação conjugada entre os Tribunais de Contas brasileiros e o Sebrae, no sentido de ser possibilitado às Administrações Públicas, especialmente dos Municípios, o esclarecimento, a compreensão, a aplicação, o debate e a legislação necessária para uma adequada aplicação das normas gerais editadas.

Em decorrência desse período de conscientização e maturação das regras gerais resultou, em sua busca de aplicação prática, a constatação de que era imprescindível a realização de aperfeiçoamentos em algumas normas do Estatuto Nacional das ME e da EPP. Assim, por indicação do Sebrae, que foi decisivo na elaboração do projeto e sua aprovação, a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 221/2012, cujo Substitutivo PLP nº 237/2012 restou aprovado e convertido na Lei Complementar nº 147/2014, de 07 de agosto de 2014.”

A extensão dessas alterações e a sua aplicação vêm questionados no presente expediente. Passemos, então, à análise pontual de cada uma das indagações.

O primeiro questionamento diz respeito à alteração constante do inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06:

“Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);”

Ressalte-se que a redação anterior do dispositivo dispunha que a Administração Pública poderia realizar procedimento licitatório destinado exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte. Tratava-se de permissivo legal, facultada a opção ao administrador. O verbo de regência foi alterado para “deverá”. Retirou-se a discricionariedade, passando a ser obrigatória a exclusividade das ME e EPP na situação regradada.

Essa obrigatoriedade já existia no âmbito federal, insculpida no artigo 1º do Decreto Federal nº 6.204/07. Também no Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Estadual nº 13.706/11 dispunha em seu artigo 7º que “Os órgãos e as entidades contratantes realizarão processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e de empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).”

No entendimento de Jair Santana (Novo Estatuto da ME e EPP. Disponível em <http://www.jairsantana.com.br/wp-content/uploads/2014/09/cartilha_estatuto_27_08_red.pdf>. Acesso em 15.12.2014):

“A Lei Complementar nº 123/2006 – do ponto de vista técnico-jurídico – é norma nacional que veicula normas gerais de licitações e contratos (art. 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988) e, por isso, demanda esforço normativo dos demais entes políticos (Estados, Distrito Federal e Municípios; e suas respectivas estruturas orgânicas, no plano horizontal e vertical da divisão do poder político).

Norma geral que é, a Lei Complementar nº 123/2006 se mostrou carente de efetividade consideradas as dimensões

continentais do Brasil, salvo raríssimas exceções.

Dita letargia possui inúmeras razões que vão da ausência de motivação intrínseca do comando político das milhares de unidades administrativas, e passam pelo desconhecimento quase absoluto das potencialidades das políticas públicas trazidas pela norma.

No plano prático, é fato que a Lei Complementar n° 123/2006 não continha a assertividade necessária para o seu cumprimento e, na dependência de regulação subalterna, não se fez até o momento cumprir como deveria.

E assim foi até então, a despeito de poucas vozes (como a nossa) que sustentam a autoaplicabilidade da norma geral e dos relevantes esforços desencadeados com tal propósito por atores como o SEBRAE (em toda a sua latitude), os Tribunais de Contas que recentemente se engajaram nessa lida, o Ministério Público de alguns Estados e outros que vão aos poucos se achegando à nobre causa: utilizar o poder de compra governamental para promover o desenvolvimento econômico e social, ampliar a eficiência de políticas públicas e incentivar a inovação tecnológica.

Com a edição da LC 147/2014 o cenário de inefetividade normativa sofreu um revés.

É que a nova norma, a LC 147/2014, acabou com qualquer dúvida em relação à imperatividade de se materializar os benefícios dados às microempresas e empresas de pequeno porte quando estas participam de procedimentos licitatórios.

A supremacia constitucional sobre o assunto (que nunca nos deixou qualquer dúvida em relação aos comandos mandamentais que veicula em favor das MEP's), acabou cedendo espaço para aqueles que a ela sobrepuseram comando subalternos dúbios.

De modo prático, estava vencendo (sem qualquer fundamento jurídico) a ideia geral de que as Unidades Administrativas tinham opção entre “dar” e “não dar” às microempresas e empresas de pequeno porte os benefícios aos quais já aludimos. A LC 147/2014 acaba com a possibilidade de interpretação desse gênero

na medida em que – alinhando-se ao texto constitucional – impõe, manda, determina e ordena o cumprimento de certas condutas em relação à política, às estratégias e procedimentos que se relacionam às Aquisições Governamentais.

Vale-se, no particular, da expressão inuiduosa “deverá”, que veio substituir a palavra “poderá” utilizada pela Lei Complementar 123/006.

“Dever” é obrigação, tarefa, imposição, gravame ou incumbência. Não é, em contrário, faculdade, opção, preferência, liberdade ou dilema. Se a Lei de 2006 foi tímida ou equivocada em estabelecer que certos benefícios outorgados às MEP’s ‘poderiam’ ser concedidos, a Lei de 2014 é enfática em obrigar a sua aplicação irrestrita.”

Novamente citando Hélio Saul Mileski (ob. cit., p. 64):

“(…)

Por esse motivo, deve ser saudada a modificação operada pela LC nº 147/2014, que altera a redação do art. 47 da LC nº 123/2006, cujo novo texto afasta toda e qualquer discussão que pudesse existir sobre esse comando em debate, visto que agora há determinação de obrigatoriedade legislativa, na medida em que substitui a expressão *poderá* por *deverá* ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, solucionando definitivamente qualquer dúvida a respeito da determinação legal. Em complementação a essa nova orientação legal, a LC nº 147/2014 ainda realiza o acréscimo do parágrafo único ao *caput* do art. 47, reforçando a determinação compulsória para ser legislado, no âmbito local, o tratamento diferenciado e simplificado à ME e EPP, referindo que, pertinente às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, será aplicada a legislação federal.”

A resposta à primeira questão, portanto, é positiva: a partir da publicação da Lei Complementar nº 147/2014, todas as licitações até R\$ 80.000,00 deverão ser, obrigatoriamente, exclusivas à participação das microempresas e empresas de pequeno porte. Somente poderá ser possibilitada a participação de outras empresas nos casos previstos no art. 49 da Lei Complementar nº 123/06.

Importante ressalva é feita por Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti (As licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte: regra e exceções. Revista do Tribunal de Contas da União - TCU, Brasília, DF: TCU, v. 44, n. 123, p. 60-77, jan./abr. 2012.) quanto à utilização da exclusividade nos procedimentos licitatórios por lotes:

“Seria legítimo conferir-se exclusividade de participação a empresas de pequeno porte em licitação por itens cujo somatório supere o valor de R\$ 80.000,00, em relação aos itens cujos valores estimados individualmente não ultrapassem essa cifra?

Ilustre-se a hipótese: O edital discrimina a compra dos seguintes objetos: item 1 (x cadeiras – valor total estimado de R\$ 60.000,00); item 2 (x sofás de dois lugares – valor total estimado de R\$ 100.000,00); item 3 (x mesas – valor total estimado de R\$ 150.000,00); item 4 (x tapetes – valor total estimado de R\$ 40.000,00); item 5 (x suportes para livros – valor total estimado de R\$ 5.000,00). Total estimado da licitação: R\$ 355.000,00. Em relação aos itens 1, 4 e 5, seria legítima a exclusiva participação de microempresas e empresas de pequeno porte, e para os demais itens (2 e 3) ampliar-se a participação, conferindo-se, em relação a esses itens (2 e 3), o tratamento privilegiado previsto no art. 44 da Lei Complementar nº 123/06?

(...)

Em licitações divididas em itens, lotes ou grupos, cada item representa uma licitação separada das demais, com julgamentos e adjudicações independentes.

A divisão da licitação em itens atende à regra de parcelamento inscrita no art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93, a que alude a Súmula nº 47, do Tribunal de Contas da União, além de ensejar economia de tempo e de recursos financeiros, uma vez que é realizada uma única licitação para objetos específicos.

Dessas licitações podem resultar, portanto, várias contratações distintas, derivadas de um único instrumento convocatório, em razão da possibilidade de serem adjudicados os itens a licitantes distintos que ofertaram propostas para um ou mais itens, selecionados por meio de uma única licitação. Pode um único licitante consagrar-se vencedor de todos os itens, de que resultarão contratações totais superiores a R\$ 80.000,00. Tal possibilidade não infringe o disposto no art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06, bem como o art. 6º do Decreto nº 6.204/07, em decorrência da autonomia da adjudicação de cada item. Ou seja, mesmo na hipótese em que há um único vencedor para todos os itens, os julgamentos e as adjudicações operam de forma independente.

Se fossem realizadas licitações apartadas, ou seja, fossem publicados vários instrumentos convocatórios independentes, e em cada um deles houvesse um único objeto (item), com valor estimado igual ou inferior a R\$ 80.000,00, não haveria dúvida acerca da exclusiva participação de entidades de menor porte.

Existindo itens (ou lotes/grupos) num mesmo instrumento convocatório, com valores iguais ou inferiores a R\$ 80.000,00, para cada um deles o edital poderá regulamentar a exclusiva participação de entidades de menor porte, conforme preceitua o art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06. Para os demais itens, com valores individuais superiores da R\$ 80.000,00, o mesmo instrumento convocatório estenderá a participação às demais categorias empresariais do ramo do objeto em licitação (grande e médio porte), concedendo o tratamento privilegiado às entidades de menor porte na hipótese de ocorrer o ‘empate ficto’ (art. 44 da Lei Complementar nº 123/06).

A jurisprudência da Corte de Contas federal fixou-se no sentido de ser legítimo conferir-se a exclusiva participação de entidades de menor porte em itens da licitação cujos valores não ultrapassem o valor de R\$ 80.000,00, nada obstante o somatório total superar essa cifra.”

Os juristas, então, transcrevem o Acórdão nº 3.771/12 do Tribunal de Contas de União, de relatoria do Ministro Weder de Oliveira; e o Agravo nº 104017 do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de relatoria do Desembargador Federal Francisco Wildo.

Neste mesmo sentido é a Orientação Normativa nº 47 da Advocacia-Geral da União, *in verbis*:

“ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 47, DE 25 DE ABRIL DE 2014: ‘Em licitação dividida em itens ou lotes/grupos, deverá ser adotada a participação exclusiva de microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa (art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007) em relação aos itens ou lotes/grupos cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não haja a subsunção a quaisquer das situações previstas pelo art. 9º do Decreto nº 6.204, de 2007.’ “

Já em relação ao inciso III do art. 48 do Estatuto Nacional da Microempresa, tem-se que:

“Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

(...)

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.”

Assim como no inciso I do mesmo dispositivo legal, a antes faculdade da Administração passa a ser uma imposição. Deve ser ressaltado que a exigência diz respeito somente à aquisição de BENS, tendo sido retirada a previsão de contratação de serviços, antes existente no texto. A dúvida expressa diz com a maneira de se fazer a aplicação do regramento. Na prática, de cada contratação a ser realizada, parte do objeto, se divisível, deverá ser apartado para disputa exclusiva entre microempresas e empresas de pequeno porte. Serão julgamentos separados, gerando vencedores distintos e contratos também distintos.

Sobre o tema, elucida Sidney Bittencourt (*As Licitações Públicas e o Estatuto Nacional das Microempresas*. 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 100-101):

“O dispositivo aponta, portanto, caso seja adotado o regime de cota, para uma competição reunindo somente micro e pequenas empresas, haja vista a exclusividade concebida.

Relembra-se, como já acentuamos neste trabalho, que a Lei nº 8.666/93, no §1º do art. 23, já determina que as obras, os serviços e as compras efetuadas pela Administração, quando configurarem bens divisíveis, devem ser subdivididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

A novidade do dispositivo é o estabelecimento de percentual máximo (25% do objeto) voltado exclusivamente para a contratação de micro ou pequenas.

Da mesma forma que observamos em obra específica, quando comentamos os parágrafos 1º e 7º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, este texto legal está condicionado a dois inafastáveis pressupostos:

- a) tratar-se de compra de bens de natureza divisível;
- b) não configurar-se, com tal permissão, prejuízo para o conjunto ou complexo desejado (muito embora a LC nº

123 não preconize tal determinação).

Bens divisíveis são aqueles que podem ser divididos em partes (ou porções), formando estas partes um objeto homogêneo e distinto em relação ao todo. Indivisíveis são os bens que não se podem dividir, sem que sua essência seja alterada.

Apesar da simples conceituação, na verdade a situação deve ser sopesada, uma vez que, dependendo da forma que o objeto se apresente, ele poderá caracterizar-se como divisível ou não. Exemplifica-se: gêneros alimentícios são tipicamente bens divisíveis. Uma máquina ou um veículo são exemplos clássicos de bens indivisíveis. A aquisição, no entanto, de um número *xis* de veículos tem o condão de torná-los bens divisíveis.

Sendo os bens pretendidos de natureza divisível, a cotação de quantidade inferior só poderá ocorrer quando essa não trazer em seu bojo prejuízos ao conjunto do objeto licitado. Assim, razões de ordem técnica, devidamente avaliadas e justificadas pela Administração, que demonstrem um prejuízo ao conjunto pretendido, impedirão a adoção do regime de cota.

Evidencia-se que, com o estabelecimento de cota, possivelmente haverá dois vencedores, com valores absolutamente distintos.

Sobre a questão, observa Jonas Lima:

‘Em uma visão geral, as regras (...) devem ser interpretadas com a concepção de que, para cada um dos lotes (cotas) os respectivos preços foram os mais vantajosos (em seus contextos), lembrando-se ainda que a economia de escala e a efetivação dos princípios constitucionais benéficos às micro e pequenas empresas justificam a diversidade de preços entre as cotas na mesma licitação.’

Acrescenta-se que não há qualquer óbice quanto à participação de micro ou pequenas empresas da competição, visando abiscoitar também a parte a elas não reservada.

O Decreto federal nº 6.204/07, cumprindo a sua função regulamentar, dispõe que, nas licitações com reserva de cota de até 25% do objeto para contratação de micro e pequenas

empresas, o instrumento convocatório deverá prever que, não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado (§2º do art. 8º). Determina ainda o diploma regulamentar, caso a mesma empresa sagre-se vencedora das duas cotas (reservada e principal), que a contratação da reservada deverá ocorrer pelo preço da principal, caso este tenha sido menor do que o obtido na cota reservada (§3º do art. 8º).”

Maiores cuidados devem ser adotados, ainda, quando da aplicação destes ensinamentos ao Sistema de Registro de Preço. Assim, como nos demais procedimentos licitatórios, deve-se ter em mente que haverá a possibilidade de haver dois vencedores – em decorrência, haverá a assinatura de duas atas de registro de preço – uma com a microempresa vencedora da cota reservada e outra com o restante do lote. Ademais, tendo em vista que no registro de preço tem-se no edital convocatório uma expectativa de aquisição, somente será assegurada a cota de 25% reservada a cada compra efetivada.

Explica-se. Se é publicado um edital de registro de preços prevendo-se a aquisição de 100 computadores: poderá haver a assinatura de uma ata de até 25 computadores, e uma outra de até 75 computadores. A cada efetiva aquisição, 25% do objeto deverá ser adquirido da cota reservada, e os outros 75% do outro licitante.

O questionamento seguinte expressa dúvida quanto ao disposto no §3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, nos seguintes termos:

“§3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.”

A consultante, em primeiro lugar, solicita esclarecimento quanto ao significado da expressão local ou regionalmente. Sobre o tema discorre Cláudio J. Abreu Júnior, em texto elaborado antes da alteração procedida pela Lei Complementar nº 147/04, quando em comentário o art. 49, II, do Estatuto Nacional da Microempresa, que contém a mesma expressão “local ou regionalmente”. Diz o artigo referido (O significado da expressão “regionalmente” prevista no art. 49, II da LC nº 123/2006 segundo o TCE/MG. Disponível em <<http://www.zenite.blog.br/o-significado-da-expressao-regionalmente-prevista-no-art-49-ii-da-lc-no-1232006-segundo-o-tcemg/>>. Acesso em 18/12/2014).

“(…)

Diante disso, consultante propôs a seguinte pergunta ao TCE/MG: **‘Para a aplicação do artigo 49, inciso II, qual a definição de ‘regionalmente’? Devemos usar a região política, geográfica ou consideramos a microrregião? Qual a definição clara e objetiva de região para a aplicação deste artigo?’**

Em resposta, o Rel. Cons. Cláudio Couto Terrão do TCE/MG, na sessão plenária de 03/07/2013, entendeu que ‘o Estatuto das Microempresas **não trouxe um conceito preciso para a expressão ‘regionalmente’**. Por esse motivo, entendo que **o próprio gestor deverá delimitar e justificar, nos autos de cada procedimento licitatório, o sentido e o alcance da citada expressão**’. (Grifou-se). Afirmou ainda que o **alcance e o conceito** da expressão ‘regionalmente’ **irão variar de acordo com as peculiaridades de cada licitação**. Apontou que, para tanto, “deverão ser levadas em conta as **especificidades do objeto licitado**, o princípio da razoabilidade e os três objetivos do tratamento diferenciado, quais sejam”: **a)** a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional; **b)** a ampliação da eficiência das políticas públicas; **c)** o incentivo à inovação tecnológica.

Nesse mesmo sentido, o TCE/MG apresentou

orientação da Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais (órgão integrante da Advocacia Geral União – AGU) no sentido de que: ‘o significado da expressão ‘regional’ deve ser buscado na situação concreta, **podendo englobar os Municípios próximos ao Município em que se encontra o órgão assessorado, independentemente de fazer parte do mesmo Estado.** A delimitação da região deverá constar no edital e os motivos ensejadores da referida definição deverão estar expressos nos autos’.(Grifou-se).

Da mesma forma entendeu o Tribunal de Contas da União ao deixar claro que ‘o próprio conceito de ‘âmbito regional’ constante da LC nº 123/2006 e do Decreto nº 6.204/2007 **não está expressamente limitado a cada estado da Federação, podendo referir-se, por exemplo, a empresas de uma região geográfica que abranja mais de um estado.** (Acórdão nº 2957.49/11, Plenário, Rel. Min. André de Carvalho, j. em 09/11/11).

Assim, **TCE/MG** fixou seu entendimento no sentido de que a expressão ‘regionalmente’ **não possui conceito objetivo/direto**, sendo assim, **o seu alcance não está restrito ao âmbito de cada Estado e irá variar conforme as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto enfrentado pela Administração, devendo o (a) contratante fixar no edital qual é a delimitação da região e, ainda, justificar nos autos os motivos que levaram a essa delimitação.** Não é correto, portanto, utilizar, de forma genérica, a região política, geográfica ou mesmo a microrregião para os fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06, por isso o gestor deverá demonstrar **motivadamente** que foi levado em consideração as **particularidades do objeto licitado**, bem como o princípio da **razoabilidade** e os objetivos **do tratamento diferenciado dispensado às MEs e EPPs** previstos no art. 47 da LC 123/06.”

Muito embora as considerações acima transcritas tenham tido por objeto dispositivo legal diverso, o entendimento a ser aplicado no caso em tela deve ser o mesmo. Isso porque a expressão utilizada pelo legislador é idêntica, denunciando a intenção de obter-se o mesmo objetivo final - o desenvolvimento econômico local. Assim, a definição de “local” deve ser dada a cada caso, tendo em vista a realidade fática de cada contratação, buscando-se sempre o objetivo da lei - proteção à microempresa e empresa de pequeno porte e o desenvolvimento econômico da região.

A questão seguinte tem por objeto a expressão final do §3º do art. 48 da LC nº 123/06, com a redação trazida pela LC 47/2014: “até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido”. A consultante traz dúvida se “a prioridade da contratação será feita nos mesmos moldes do artigo 45 da LC nº 123/06?”.

Para melhor compreensão, segue a redação do dispositivo legal citado:

“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa

ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do **caput** deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no **caput** deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.”

O art. 44 da Lei Complementar nº 123/06 trouxe o benefício do chamado “empate ficto” às microempresas e empresas de pequeno porte. O art. 45 descreve o procedimento a ser adotado. Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão. Disponível em <http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf>. Acesso em 18/12/2014):

“A norma está corretamente redigida, mas, para interpretá-la e aplicá-la mais facilmente, recomenda-se:

a) nas licitações regidas pela Lei de Licitações e Contratos, nas modalidades convite, tomada de preços e

concorrência, cujo critério de julgamento seja o tipo menor preço:

a.1) abrir as propostas e verificar a conformidade do objeto descrito na mesma com os requisitos do edital, desclassificando as propostas desconformes;

a.2) as propostas conformes devem ser submetidas, em seguida, ao exame da compatibilidade de preços com os praticados no *mercado legal*, como tal entendidos os preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública;

a.3) se a proposta de menor preço tiver sido formulada por Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, considerá-la vencedora do certame.

Embora a norma não seja literal nesse sentido, o atento exame da regra insere no dispositivo seguinte - art. 45, § 2º - revela que o direito de preferência somente ocorre da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte em relação àquelas que não integram essa categoria. Não faz sentido, pretender impor empate técnico entre essas especiais categorias de empresa. A norma deve ser sempre interpretada segundo a sua finalidade.

a.4) se a proposta de menor preço não tiver sido formulada por Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, estabelecer um intervalo de 10% superior ao valor do menor preço da proposta conforme o edital, dentre as classificadas conforme o edital que apresentem preços compatíveis com o de mercado:

- verificar se nesse intervalo há empresa enquadrada como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, consultando os licitantes se necessário;

- existindo, considerar o preço dessa ou dessas, se mais de uma, empatadas com o licitante que ofereceu o menor preço.

Em tais circunstâncias pode ocorrer do *empate* não ser seqüencial, bastando para tanto que as diferenças sejam em percentuais inferiores a 10%. Para melhor compreensão, tome-se em consideração esta hipótese: - menor preço: R\$ 10.000,00, licitante não favorecido pelo Estatuto em comento;

- 2º menor preço: R\$ 10.100,00, licitante favorecido

pelo Estatuto em comento;

- 3º menor preço: R\$ 10.200,00, licitante não favorecido pelo Estatuto em comento;

- 4º menor preço: R\$ 10.300,00, licitante favorecido pelo Estatuto em comento.

Considerar-se-ão empatados com o primeiro classificado, na dicção do Estatuto, o 2º e 4º classificados.

b) nas licitações regidas pela Lei do Pregão:

b.1) os dois primeiros passos são iguais a a.1 e a.2 do exposto em relação as modalidades regidas pela Lei nº 8.666/93;

b.2) na seqüência, o legislador não definiu se a proposta de menor preço tiver sido formulada por Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte dever-se-á considerá-la vencedora do certame ou se dará seguimento a fase de lances. A regra prevista no § 3º do artigo seguinte, porém, deixa claro que haverá a fase de lances;

b.3) encerrada a etapa competitiva de lances, se o lance provisoriamente vencedor não tiver sido formulado por Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, estabelecer um intervalo 5% superior ao valor do menor lance;

b.4) verificar se nesse intervalo há empresa enquadrada como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, consultando os licitantes se necessário;

b.5.) existindo, considerar o preço dessa ou dessas, se mais de uma, empatadas com o licitante que ofereceu o menor preço.

É forçoso reconhecer que o licitante-lançador vencedor pode propositadamente, ao perceber que o segundo colocado está entre os beneficiários da Lei Complementar nº 123/2006, dar novo lance, para que o intervalo seja superior a 5%, o que será viável em vários casos.

Por esse motivo, entre outros, é necessário que o direito de preferência se faça antes da fase de negociação. Caso contrário, o licitante poderá, na negociação, abrir um intervalo superior a 5% com o nítido propósito de obstar a eficácia da Lei Complementar nº 123/2006.

No pregão, também é possível que no intervalo exista mais de uma empresa e o empate não seja sequencial, em semelhança ao exposto nas modalidades regidas pela Lei nº 8.666/93.”

O regramento trazido pelo §3º do art. 48 traz a mesma previsão de benefício, só que, desta feita, para as MEs ou EPPs situadas no local ou região da contratação, quando a licitação for exclusiva para microempresas e EPPs. Assim, o procedimento deve ser o mesmo adotado para a implementação do art. 45 do Estatuto Nacional de Microempresa.

No caso de existir mais de uma oferta de microempresa ou empresa de pequeno porte sediadas localmente dentro do limite de 10% superior ao menor preço válido, deverá ser realizado sorteio para estabelecer a quem será oportunizada a realização de nova proposta, nos termos do art. 45, III, da LC 123/06.

Trata-se de um novel regramento, que pouco foi discutido e sobre o qual ainda inexistem decisões judiciais ou dos Tribunais de Conta. Também pouca ou nenhuma doutrina existe sobre o tema. Recomenda-se, assim, haja cautela na utilização do novo sistema de preferências previsto no art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/06, uma vez que seu uso depende de opção da Administração.

Por fim, o último esclarecimento solicitado reside no art. 49, IV, da Lei Complementar nº 123/06, com a seguinte redação:

“Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

(...)

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno

porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.”

A redação original do artigo excetuava a aplicação dos benefícios à microempresa nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação constantes da Lei Geral de Licitações. O novo regramento afasta parte da exceção, trazendo os benefícios aos casos da chamada dispensa por pequeno valor, insculpida nos incisos I e II da Lei nº 8.666/93. Dizem os dispositivos citados:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;”

A primeira consideração à nova redação do inciso IV do art. 49 diz respeito ao uso do vocábulo “compra”, que não se coaduna com a previsão dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93. É que a compra remete à ideia de aquisição de bens, enquanto a Lei de Licitações, nos incisos referidos, dispensa o procedimento licitatório nas contratações de bens, serviços e obras. Assim, deverá ser entendido “compra” enquanto “contratação”. Se fosse considerada compra como aquisição de bens, não haveria sentido na menção ao inciso I, que se refere somente a obras e serviços de engenharia.

Ultrapassada esta primeira premissa, deve ser observado também o uso do vocábulo “preferencialmente”. Isto significa que o uso

será obrigatório, a menos que haja uma justificativa para não fazê-lo. Ou seja, a regra seria a contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor encontra-se nos limites dos incisos I e II da Lei de Licitações. A não exclusividade seria exceção, em decisão devidamente motivada pelo gestor.

Neste sentido, tem-se a lição de Hélio Mileski (ob. cit., p. 67):

“Nessa situação regulada pelo inciso IV, na forma redacional trazida pela LC nº 147/2014, ficam excepcionadas do óbice legal as dispensas mencionadas nos incisos I e II da Lei nº 8.666/93, qual sejam, nas obras e serviços de engenharia: 10% do limite previsto para convite R\$ 150.000,00; outros serviços e compras de pequeno valor: 10% do valor do limite previsto para o convite R\$ 80.000,00. Nessas situações excepcionadas, a dispensa de licitação permitida deverá ser realizada com preferência assegurada às microempresas e empresas de pequeno porte.”

Assim, a resposta ao último questionamento – será obrigatório que a cotação eletrônica seja feita apenas entre microempresas e empresas de pequeno porte em todos os casos cuja dispensa seja em razão do valor? - é que **PREFERENCIALMENTE** a cotação eletrônica, nestes casos, será feita entre microempresas e empresas de pequeno porte. Em caso de não adoção da preferência, a decisão deverá ser devidamente justificada.

Cita-se como exemplo da possibilidade de afastamento da exclusividade quando, em uma primeira cotação eletrônica, todas as microempresas e empresas de pequeno porte concorrentes ofertarem preço superior ao valor de referência, ou forem todas desabilitadas. Ademais, o próprio art. 49, nos incisos I a III, refere outras situações em que não se aplica a exclusividade tratada nos artigos anteriores.

Ante o exposto, conclui-se que:

1) a partir da publicação da Lei Complementar nº 147/14, todas as licitações cujo valor de contratação seja de até R\$ 80.000,00 serão destinadas exclusivamente à participação das microempresas e empresas de pequeno porte;

2) nas aquisições de bens de natureza divisível, uma cota de 25% será reservada para disputa somente entre microempresas e empresas de pequeno porte, podendo, ao final do certame, haver dois vencedores – um referente à cota de 25% e outro referente aos 75% restantes;

3) a expressão “local ou regionalmente” trazida pelo §3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 deverá ser avaliada a cada caso, conforme ditames do Acórdão nº 2.957/11 do Tribunal de Contas da União;

4) o benefício trazido pelo §3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 deverá ser aplicado nos mesmos termos do art. 45 da legislação em comento;

5) a cotação eletrônica nos casos de contratação direta, com base nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93, deverá ser feita preferencialmente entre microempresas e empresas de pequeno porte. Nos casos em que não adotada a exclusividade, deverá haver a devida justificativa.

Por derradeiro, recomenda-se a revisão do texto da Lei Estadual nº 13.706/11 e do Decreto Estadual nº 48.160/11, tendo em vista que se encontram em desacordo com as alterações procedidas na Lei Complementar nº 123/06. Para tanto, deverá ser remetida cópia do presente Parecer à Casa Civil, para adoção das medidas cabíveis.

É o parecer.

Porto Alegre, 12 de março de 2015.

MARLISE FISCHER GEHRES
Procuradora do Estado

Processo nº 7799-24.00/14-5

Acolho as conclusões do PARECER nº 16.481/15, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado Doutora MARLISE FISCHER GEHRES.

Encaminhe-se cópia do presente Parecer à Casa Civil. Após, restitua-se o expediente à Secretaria da Modernização Administrativa e dos Recursos Humanos.

Em 24 de abril de 2015.

Euzébio Fernando Ruschel,
Procurador-Geral do Estado.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

1 - Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão estar de acordo com a linha editorial da RPGE “**Direito Público e Advocacia de Estado**” bem como, respeitar as normas de apresentação da ABNT, dentre as quais destacamos: NBR 6022 (Informação e documentação – Artigos em publicação periódica impressa – Apresentação); NBR 6023 (Informação e documentação – Referências – Elaboração); NBR 6028 (Informação e documentação – Resumo – Apresentação); e NBR 10520 (Informação e documentação – Índice – Apresentação).

1.1 - Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;

b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);

c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;

d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo;

e) as notas de rodapé devem adotar um dos sistemas previstos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (alfabético ou numérico) para fazer citações de obras consultadas. Se a opção for pelo alfabético, as referências devem ser ordenadas no final do artigo em uma única ordem alfabética. Mas caso

a opção tenha sido pelo sistema numérico, as referências finais aparecem na mesma ordem numérica crescente;

f) a fonte das notas de rodapé devem vir no tipo Arial, estilo normal, tamanho 9, utilizando espaço simples entre linhas e alinhamento justificado e deverão ser colocadas ao pé da página de ocorrência;

g) as citações podem ser transcrições literais (citação direta) ou uma síntese do trecho que se quer citar (citação indireta). Tanto num caso como no outro, as fontes devem estar indicadas, não se admitindo transcrições sem a devida referência;

h) as citações diretas que ultrapassarem 5 linhas devem vir em um parágrafo especial, dispensando-se as aspas, separada do parágrafo anterior e posterior por uma linha a mais, fonte do tipo Arial, estilo normal, tamanho 11 e com recuo da margem esquerda igual ao dos parágrafos;

i) as referências bibliográficas seguirão, obrigatoriamente, as normas da ABNT vigentes.

Todos(as) os(as) autores(as) citados(as) no texto, e somente estes(as), devem compor uma lista de referências, no final do texto. A exatidão e adequação destas referências são de exclusiva responsabilidade do(a)(s) autor(a)(es).

1.2 - Os artigos em formato .doc devem obrigatoriamente apresentar títulos, resumos (máximo 250 palavras) e palavras-chave/descriptores (contendo cinco palavras) em português e inglês. O resumo deve explicar, em um único parágrafo, o(s) objetivos(s) pretendido(s), procurando justificar sua importância (sem incluir referências bibliográficas), os principais procedimentos adotados, os resultados mais expressivos e conclusões.

1.3 – Os artigos devem ser enviados para o seguinte e-mail conselho-editorial@pge.rs.gov.br

Os trabalhos não devem apresentar identificação de autoria no corpo do texto. O nome completo do(s) autor(es) devem constar somente no corpo do e-mail bem como, titulação completa, instituição à qual está vinculado,

cargo, e-mail, endereço e telefone para contato.

1.4 - Resenhas, pontos de vista, assim como relatos, comentários e discussão de jurisprudências devem ter no máximo 10 (dez) laudas de igual formatação ao descrito no item 1.1.

1.5 - Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados com a linha editorial da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

Disposições Gerais

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a sequência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(as).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo “sem restrições” ou “devolvidos para reformulações”. Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as ideias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores que tiverem seus trabalhos aprovados receberão a autorização de publicação que deverá ser assinada e enviada para o e-mail do conselho editorial, aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.