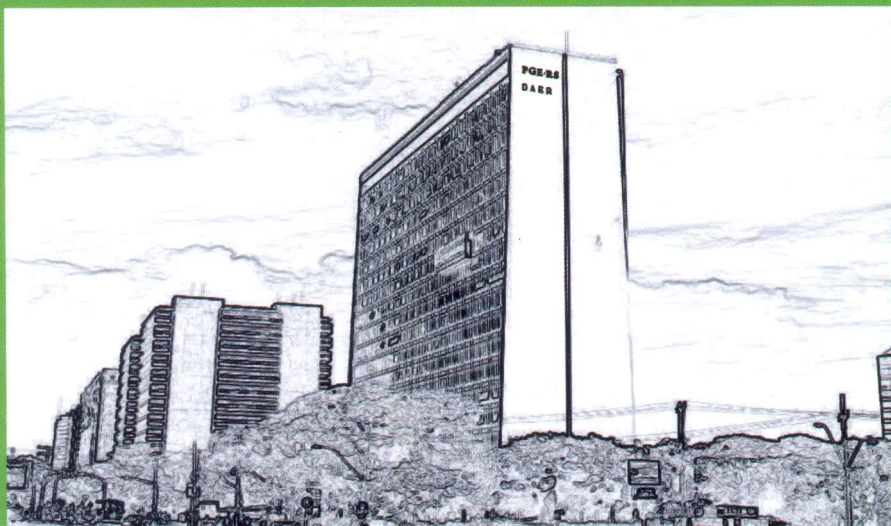




Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

ISSN - 0101-1480



REVISTA DA PGE-RS

Procuradoria-Geral do Estado do RS

Edição Especial Comemorativa dos 45 anos da PGE

volume 2
2010

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Especial 45 anos da
Procuradoria-Geral do Estado
volume 2

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 2	Ed. Espec. 45 anos	p. 1 - 145	2010
------	--------------	------	--------------------	------------	------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do
Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979)- . - Porto Alegre : PGE,
1979-
145 p. v.; 21 cm.
Semestral.

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
Procuradoria de Informação, Documentação e
Aperfeiçoamento Pessoal

Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13. Andar
90119-900 Porto Alegre/RS
Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652
E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br
Site: <http://www.pge.rs.gov.br/revistas>

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

Impresso no Brasil

YEDA RORATO CRUSIUS

Governadora do Estado

PAULO AFONSO GIRARDI FEIJÓ

Vice-Governador do Estado

ELIANA SOLEDADE GRAEFF MARTINS

Procuradora-Geral do Estado

ANA CRISTINA TÓPOR BECK

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

JOSÉ GUILHERME KLIEMANN

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

LUCIANA MABILIA MARTINS

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL

Corregedor-Geral da PGE

ADRIANA KRIEGER DE MELLO

Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Eliana Soledade Graeff Martins
(Presidente)
Cristian Ricardo Prado Moisés
Eduardo Cunha da Costa
José Luis de Bolzan Moraes
Juliano Heinen
Luciana Mabilia Martins
Rosa Maria de Campos Aranovich
Adriana Krieger de Mello

EQUIPE TÉCNICA:

Secretária: Maria Carla Ferreira Garcia; **Colaboradores:** PIDAP – Servidores: Maria Cláudia Bassi Polidori, Diogo Conte Righes Souza Santos, Larissa Teresa Mottin Kochanowski, Jornalista: Fabiane Rieger – reg. prof. 8699, Jonas Rafael



Schwarz, Christina Heim, Daniela de Rocchi Gati-boni, Francine Urrutiga-ray de Carvalho, Lisiane Silva Peres, Marta Isabel Morosini Costa, Sílvia de Medeiros Tilton. Es-tagiários: Sabrina Iara Bandeira dos Santos, Ive-lize Cardoso Gonçalves, Stella Soro Fernandes de Oliveira, Suzana dos Santos Marques, Elton Benner, Gislene Antunes Oliveira Jacques, Stela Maris e Silva Fogliato, Ân-

gela Francisca Mendez de Oliveira, Manuela Busato Barbachan, Mariana Medeiros Fernandes, Leonardo Villeroy Correa, Luis Fernando Wissmann Amaro, Daniela Karsburg de Lima, Fernando Bonatto Vieira Fernandes, Gabriel Said El Kadri, Igor de Bem Dias, Jonathan Bernardo Menger, Juliana Martins Brochi, Lucas Lang Fritsch, Maria Eduarda Amaral Fonseca Rios, Nathalia Silva Wagner, Pedro de Moraes Woolf Meinicke e Wesley Rocha Viera.



Av. Cel. Aparício Borges, 2199
Fone: (51) 3288-9700
E-mail: editora.technica@corag.com.br
www.corag.com.br

SUMÁRIO

DOCTRINA

Advocacia Pública, Constitucionalismo Contemporâneo e Direitos Sociais Prestacionais Max Möller	9
Abstrativização do Controle Difuso ou Difusão de uma Abstrativização teórica? Juliano Heinen.....	27
A Penhora do Faturamento da Empresa na Execução Fiscal Ernesto Toniolo	39
Concorrência como “Estado Natural” em Face do Direito Ricardo Antônio Lucas Camargo.....	61
O Sigilo Bancário e o Uso de Informações para Fins Fiscais Cristian Ricardo Prado Moises.....	75

TRABALHOS FORENSES

Mandado de Segurança José G. Kliemann; Eduardo C. Costa	95
Memoriais Patricia Bernardi Dall’Acqua	105

PARECERES

Parecer 15094 Sérgio Gualdi Ferreira da Silva.....	117
Parecer 15105 Maria Denise Vargas de Amorim	127



DOCTRINA



ADVOCACIA PÚBLICA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Max Möller*

1 INTRODUÇÃO

Já há algum tempo se vem observando no direito consideráveis modificações, tanto no modo de aplicação como na criação das normas jurídicas. Tais alterações, que acabam por modificar as próprias fontes do direito, possuem inúmeras iterações em todos os ramos jurídicos, alterando significativamente não apenas o funcionamento dos sistemas jurídicos, mas o próprio modo de atuação dos operadores jurídicos, que devem adaptar-se às novas tarefas que lhe são apresentadas.

Outrossim, tem-se verificado uma ampliação gradativa do âmbito jurídico de decisão, onde cada vez mais matérias - que antes eram restritas a outros âmbitos de discussão -, acabam sendo levadas e decididas nos tribunais. Aumenta, portanto, na mesma escala desse deslocamento do âmbito decisório, o protagonismo dos operadores jurídicos.

Essa alteração opera, também, no modo de concepção e, principalmente, de funcionamento dos sistemas jurídicos. Têm como ponto de partida e fundamento teórico algumas novas concepções provenientes do direito constitucional e repercutem em todos os ramos jurídicos; inclusive na política.

A partir do que se denomina constitucionalismo contemporâneo ou neo-constitucionalismo surgem novas fontes de direito, ganha importância o controle de constitucionalidade, perde espaço a livre deliberação política, alteram-se as fontes do direito, mas, principalmente, é afetada a forma de relacionamento entre os poderes.

As relações entre poderes, atualmente, não tem seguido o tradicional modo de limitações mútuas entre os poderes baseado no princípio da legalidade. Atual-

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha), Membro da Diretoria da Escola Superior de Advocacia Pública.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 9-25, 2010

10

mente é fácil perceber o controle judicial de decisões consideradas discricionárias, a imposição de obrigações de fazer ao Poder Executivo, praticamente definindo políticas públicas, ou mesmo a desconsideração de determinações legais na aplicação do direito. Mesmo o âmbito privado é afetado, a partir da imposição judicial de obrigações por outras formas que não a lei.

Tais alterações decorrem de uma modificação no modo de imposição das determinações constitucionais, conhecida como concepção normativa de constituição.¹ Essa concepção entende que, em razão da posição de supremacia hierárquica da constituição nos sistemas jurídicos, é possível que esta possa ser aplicada a todo o sistema jurídico, condicionando formal e materialmente não apenas o direito, mas também a política.

Essa subordinação do poder político, também materialmente², à constituição determina uma clara diminuição das fronteiras entre o direito e a política. Por conseqüência, implica que os sistemas jurídicos operem de forma diversa da tradicionalmente concebida no modelo do Estado legislativo.³ Assim, é natural - e até mesmo inexorável -, que os operadores jurídicos também desempenhem funções diversas das que tradicionalmente exerciam. No que se refere aos juízes, é absolutamente perceptível que esta alteração na forma de atuação já ocorre há algum tempo; até mesmo porque são eles os grandes responsáveis por esta mudança de paradigma nos sistemas jurídicos.

¹ A difusão do conceito de “constituição normativa” decorre em muito da obra de Konrad HESSE, o qual liga a “força normativa da constituição” com o conceito de constituição jurídica (em complementação ao conceito de constituição política). Conforme afirma HESSE, a constituição “adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.” (p. 16) (...) “Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis.” (*A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*, [trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991, p. 16,21].)

² Quando nos referimos a normas materiais utilizamos a clássica distinção entre normas materiais como antítese de normas formais ou procedimentais. Por normas materiais nos referimos a normas definidoras de direitos e protetoras de determinados bens jurídicos ou valores, em oposição às normas de competência, procedimento e organização do poder que pautavam, se não os textos constitucionais, a sua interpretação no modelo do *civil law* a partir do final do séc. XVIII.

³ Como sintetiza Luis Prieto SANCHÍS: “La Constitución kelseniana era sin duda una norma, pero una norma ‘interna’ a la vida del Estado, que regulaba las relaciones entre los poderes supremos y que, en cierto modo, estaba ‘sequestrada’ por éstos, entre ellos el legislador negativo’ pero que en modo alguno podía ser aplicada frente a la ley por unos jueces que se definían estrictamente como siervos de la ley. Pero hoy la Constitución es una norma que forma parte (que preside) el orden jurídico en su conjunto y cuya virtualidad no puede divorciarse ni sustantiva ni procedimentalmente del resto del orden jurídico. Si unimos ambas cosas, fuerza normativa irresistible y denso contenido material, las consecuencias son de primera magnitud y no pueden dejar de considerarse a la hora de perfilar la posición de los jueces en relación con la Constitución. Como sabemos, ésta es hoy una norma omnipresente, que no vincula a los jueces a través de la ley, sino con independencia de ella. Por ello, es importante subrayar que cuando se sugiere una limitación de la acción de los jueces o una reformulación de su papel en relación con la Constitución, cuando no sencillamente la eliminación de sus facultades de enjuiciamiento desde parámetros constitucionales, no se está proponiendo sólo un nuevo equilibrio entre los poderes del Estado, que sería lo de menos’ lo que se está proponiendo en el fondo es un nuevo (mejor dicho, viejo) concepto de Constitución: aquella Constitución cuya virtualidad se dirimía sólo en la esfera interna de los órganos estatales y cuya proyección sobre los ciudadanos había de contar necesariamente con la mediación legal.” (PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 165–166).

Assim, a questão que agora nos importa consiste no fato de que, se o direito, a atividade judicial, o âmbito decisório das políticas públicas, as fontes do direito e o próprio modo de funcionamento dos sistemas jurídicos são alterados: *terá a advocacia pública se adaptado a esse novo tipo de sistema jurídico, característico da atualidade, e que se conhece por constitucionalismo contemporâneo?*

Da mesma forma, o modo de exercício de advocacia pública que temos hoje é adequado ou mesmo compatível com o direito atual?

O que nos propomos na presente exposição será trazer alguns questionamentos e sugestões que partem, sim, de uma perspectiva teórica do constitucionalismo contemporâneo; mas que seja ao mesmo tempo realista e descritiva em relação à natureza da atividade administrativa, das decisões judiciais relativas ao controle de políticas públicas e da aplicação de direitos sociais prestacionais. Ainda que não se tratem de posições muito convencionais, temos que absolutamente necessária a discussão e revisão de alguns conceitos que restaram definitivamente modificados por consequência da incorporação e consolidação do constitucionalismo contemporâneo nos sistemas jurídicos.

2 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo constitui um novo modo de organização dos sistemas jurídicos que, apesar das amplas modificações que impõe em diversas áreas do direito; está construído basicamente sobre dois pilares: o caráter normativo da constituição e a existência de direitos fundamentais.

A partir da afirmação do caráter normativo da constituição, o constitucionalismo contemporâneo utiliza-se da posição de norma fundamental do ordenamento jurídico ocupada pela constituição para vincular todos os demais Poderes de Estado. A constituição não é mais anterior aos Poderes de Estado apenas para criá-los, organizá-los e atribuir-lhes competência. A constituição, ao mesmo tempo em que cumpre essa tarefa formal para a qual sempre foi concebida; também limita a atuação desses poderes através de suas normas materiais. Não se limita à vinculação dos Poderes por normas meramente formais, devendo ser observada na sua integralidade, inclusive vinculando os Poderes públicos em relação ao direcionamento de suas ações na busca da realização de determinados fins e concretização de direitos.

Ainda que isso nem sempre tenha sido uma constante na prática constitucional - principalmente se considerada a tradição do constitucionalismo moderno do século XIX e início do século XX -; parece irrefutável na lógica jurídica que aquele

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 9-25, 2010

12

que pode criar ou delegar pode, também, limitar, ou impor diretivas ao exercício do poder delegado. É na redescoberta dessa possibilidade que o constitucionalismo contemporâneo constrói – a partir da posição de norma fundamental e de máxima hierarquia no sistema jurídico e político - o fundamento para a vinculação, também material, dos Poderes de Estado.

Essa vinculação material vem exatamente com o respeito aos direitos fundamentais e demais normas criadoras de direitos e afirmativas de valores presentes nas constituições atuais.

Entretanto, apesar de sua coerente construção teórica, o grande fator diferenciador dos modelos de constitucionalismo contemporâneo está na adoção de uma nova postura dos juízes em relação à regulação de matérias e reconhecimento de direitos que outrora sempre foram deixadas ao “desenvolvimento legislativo”. Somente a partir do estabelecimento de uma prática jurídica compatível com a teoria é que o constitucionalismo contemporâneo permite superar a mera teoria para afirmar-se como modelo jurídico.

Assim, a transição de um modelo de constitucionalismo moderno para o constitucionalismo contemporâneo não se dá por uma atitude do constituinte, em realizar um modelo determinado de constituição, mas a partir do próprio comportamento dos sistemas jurídicos. A previsão de normas de direito fundamental nas cartas constitucionais tem seu ápice na constituição do próprio Estado liberal. A aplicação direta dessas normas e a vinculação dos poderes públicos à sua concretização, entretanto, é que consiste no traço diferencial do constitucionalismo contemporâneo.

Entretanto, no que se refere aos direitos sociais prestacionais, por exemplo, verifica-se a dificuldade de simplesmente transformar normas constitucionais que impõem objetivos ao Poder Público em direitos subjetivos individuais. Tal tipo de atitude acaba por gerar uma série de discussões portanto implica na revisão de toda a teoria de separação de poderes, de fontes do direito, de aplicação das normas jurídicas, de adequação das decisões judiciais às realidades fáticas, enfim, de uma gama elevada de questões teóricas que são próprias da transição a um modelo constitucional que desloca grande parte do âmbito decisório do Estado à esfera judicial.

Em qual caso, então, o juiz deve aplicar diretamente a norma constitucional consagrada de direito social prestacional e quais casos não deve?

É nessa análise que ingressamos em um primeiro ponto polêmico de nossa discussão: a natureza da decisão que ingressa no âmbito de atuação tradicional-

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 9-25, 2010

mente reservado aos Poderes Legislativo e Executivo, partindo diretamente da constituição, ou seja, a natureza da decisão que aplica diretamente um direito social prestacional.

2.1 O Caráter Político das Decisões Constitucionais

Para adotar uma perspectiva mais jurídica e rememorando uma discussão não muito antiga, poderíamos questionar qual a diferença entre uma norma constitucional auto-aplicável e uma norma constitucional de eficácia mediata?

Sendo ainda mais práticos, qual a diferença entre a aplicabilidade do direito à saúde e a aplicabilidade do direito à moradia, por exemplo?

Certamente o primeiro impulso do intérprete seria o de referir sobre o modo de formulação da norma. Todavia, analisando os dispositivos em que positivados estes direitos, verifica-se que nenhum deles possui um grau de especificação que permita construir um direito subjetivo individual que possa ser alcançado a todos sem que se ingresse em intrincadas discussões sobre modo e possibilidade de concretização desse direito.⁴

O que em nossa opinião diferencia a aplicabilidade de uma norma de direito prestacional e a não aplicabilidade de outra é, na verdade, uma decisão jurídica no sentido de conferir aplicabilidade que em muito se assemelha a uma decisão política. A clássica decisão política de priorizar um bem em relação a outro, ou mesmo de conferir um grau maior ou menor de proteção de um direito, de acordo com as prioridades politicamente definidas.

Conforme referido, um dos grandes traços diferenciais do constitucionalismo contemporâneo em relação aos modelos de outrora é a aplicação direta de algumas normas constitucionais, que antes aguardavam um desenvolvimento legislativo. Se consideramos o processo legislativo, é fácil verificar que o legislador opta por tutelar alguma situação a partir de criação de direito subjetivo individual ou por um nível de proteção “x”, deixando que outras situações aguardem o tempo de sua tutela. Opta por um grupo em detrimento de outro, portanto. Não nos parece muito diversa da atitude dos tribunais em relação aos direitos sociais prestacionais.

Ainda no que se refere à estrutura das normas constitucionais que prevêm direitos sociais prestacionais, é facilmente constatável que muitas dessas normas,

⁴ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Spec. 45 anos, p. 9-25, 2010

14

por ocuparem uma posição hierárquica mais elevada, apresentam uma formulação muito mais genérica do que a estrutura tradicional de regras presentes na lei. Os direitos previstos na Constituição Federal não possuem a forma dos direitos previstos, por exemplo, no Código Civil, onde a estrutura da norma geralmente vem formulada pela forma de:

Suposto fático + nexa causal = consequência jurídica X

No campo das normas constitucionais a forma de regulação é muito mais finalístico do que de meio. Por exemplo:

“Se deve buscar X.” ou “Se deve alcançar X.”

Se consideramos tal situação, verificamos que dentro do campo de regulação desta nova estrutura de norma constitucional há uma gama quase que infindável de possibilidades, por exemplo, de se “alcançar X”. O que ocorre em relação à prática jurídica a partir dessa organização de estrutura normativa, é a dificuldade de definir os exatos contornos do direito a partir de estruturas que permitem uma grande margem subjetiva (ou opinativa) em relação ao processo de concretização ou cumprimento de determinado direito.

Nesse âmbito de atuação, onde geralmente estão as políticas públicas, há necessidade de, além de decidir aplicar diretamente a norma, optar por uma dentre as várias formas de prestação, criando uma verdadeira regra jurídica para regular o caso. Na matéria referente à saúde pública, por exemplo, pode haver a necessidade de optar pela proteção de determinado grupo ao invés de outro, de direcionamento de recursos limitados à tutela de questões mais graves, a opção por um medicamento que possui uma relação *custo x benefício* melhor que outro, etc...

Enfim, há uma gama quase que infinita de possibilidades que implicam na eleição de uma dentre várias. Essa eleição, em nossa opinião, constitui a essência do ato político, mesmo que muitas vezes esse ato seja motivado por razões de ordem técnica.

Da mesma forma, o ato judicial, ao preencher as condições da norma, afirmando, por exemplo, que a tutela à saúde prevista no art. 196 ou 6º da Constituição Federal implica no fornecimento do medicamento prescrito por seu médico de confiança; está criando uma especificação para o direito. Na verdade, está definindo o conteúdo do próprio direito. No momento em que assume essa tarefa de criação, da mesma forma que o faria o legislador, está exercitando prerrogativa que geralmente era reservada ao ato político, principalmente no que se refere à decisão – aplicar ou não e na eleição da forma de aplicação.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 9-25, 2010

Na efetivação de um direito social prestacional pode-se dizer que um juiz está – diversamente do que fazia outrora, ao submeter o fato ao suposto fático, aplicando a consequência prevista na norma -, praticando um ato de criação de direito. Sua decisão, caso permaneça, é fonte de direito, porquanto cria uma especificação ao direito constitucionalmente previsto. Nesse iter, pode-se dizer que pratica ao menos duas claras decisões de caráter político: a de conferir aplicabilidade direta a uma norma⁵ e a de determinar em que condições deve ser aplicada essa norma (*salvo, é claro, não esteja seguindo precedente de tribunal superior, caso em que a decisão política poderá ser atribuída àquele*).

O que queremos demonstrar, portanto, é que o fenômeno tão criticado da *judicialização da política* é, na verdade, uma consequência inexorável do exercício da jurisdição constitucional. Sendo a constituição uma carta política e jurídica; o exercício da jurisdição constitucional tem como consequência uma série de decisões jurídico-políticas (ou opinativas) tomadas pelos órgãos encarregados do controle da constitucionalidade. No momento em que se permite aplicar diretamente a constituição, abre-se ao sistema jurídico a possibilidade de criação do direito; cujo processo implica necessariamente na escolha de bens prioritários a serem tutelados e a novas formas de tutela. Nesse processo de criação judicial do direito, é inexorável o caráter político de muitas decisões.

Essas decisões políticas, portanto, não são tomadas apenas quando se examina a constitucionalidade de outras decisões políticas já tomadas, mas também quando aplicam diretamente normas constitucionais, como no caso dos direitos sociais prestacionais.

O juiz que determina ao Administrador, em no julgamento de ação civil pública, a construção de um presídio, está tomando uma decisão tão política quanto a do Administrador que o determina voluntariamente. Ambos, igualmente, estão fazendo cumprir a constituição de alguma forma.

O que falta na afronta desse deslocamento do âmbito decisório ao Poder judiciário a partir do constitucionalismo contemporâneo, em nossa opinião, é a consciência dos operadores jurídicos de que essa decisão tem forte caráter político e, em alguns casos, a distinção entre o que é constitucionalmente adequado e o que é a melhor providência na visão do julgador.

Ao determinar que o tratamento de um único paciente seqüestre os recursos já destinados à construção de um novo posto de saúde em área da periferia, o julgador está, na verdade, tomando uma decisão política.

⁵ Veja-se que a nem todas as normas é conferida aplicabilidade plena, e isso não é devido exclusivamente ao seu enunciado ou posição na constituição.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 9-25, 2010

16

No caso dos direitos sociais prestacionais – ou do direito à saúde para ser mais específico -, onde a demanda é perpétua e os recursos são limitados, é evidente que a destinação dos recursos a determinado caso implicará na perda dos recursos anterior e politicamente afetados a outro(s) caso(s). São decisões que envolvem prioridades e escolhas. São, portanto, decisões de forte caráter político, mesmo que assim não se queira vê-las.

2.2 Pequeno Parêntese em Relação ao Controle da Constitucionalidade: dificuldade de nosso sistema no constitucionalismo contemporâneo

Se a decisão jurídica que aplica direitos sociais prestacionais e, por consequência, cria critérios para a aplicação de tais direitos; constitui efetivamente fonte de direito, devemos considerar que as decisões do caso concreto devem apresentar coerência não apenas com os demais julgados, mas com as possibilidades fáticas do Estado de alcançar o mesmo direito, nos mesmos moldes, a todos aqueles que se coloquem no mesmo grau de necessidade.

Entretanto, em razão do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, essa possibilidade de conferir repercussão geral aos parâmetros estabelecidos nas demandas individuais é dificultada e, de certa forma, mascarada.

A partir do modelo de constitucionalismo que aplicamos e diante de uma constituição descritiva - onde praticamente tudo possui alguma previsão constitucional -, é praticamente impossível que algum ato legislativo ou administrativo possa escapar ao exame de alguma previsão constitucional que lhe seja relativa. Logo, é praticamente impossível encontrar matéria que esteja alheia ao controle de constitucionalidade ou esteja condicionada a algum valor material previsto na constituição.

De outro lado, é natural que o órgão detentor da competência para o exercício do controle de constitucionalidade acabe sendo autorizado pelo sistema jurídico a fiscalizar a adequação constitucional de todos os demais Poderes à constituição. Logo, estando esse controle a cargo do Poder Judiciário, fica fácil explicar o protagonismo desse poder nos últimos tempos.

O problema é que em nosso sistema qualquer juiz pode fazer essa análise e, por consequência, possuir alguma concepção particular sobre a forma como deve ser exercida, por exemplo, a política de saúde no país. Tal fato gera uma diversidade de decisões – que, infelizmente, são veiculadas a partir de liminares – e que são proferidas em casos individualizados e de pouca repercussão. Impede, portanto, que se tenha um controle judicial mais amplo e efetivo de adequação de políticas públicas, ou mesmo posicionamentos uniformes sobre o qual a política adequada sobre determinada matéria.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 9-25, 2010

Em sistemas de controle concentrado, no caso de tomada de alguma decisão político-jurídica de imposição de política pública ou de reconhecimento de direito social prestacional diretamente da constituição, verifica-se não apenas uma maior concentração da decisão, mas um maior debate, porquanto tal decisão servirá como base para os demais pronunciamentos judiciais (em suma, como fonte de direito).

Veja-se aí a importância do sistema de controle da constitucionalidade.

No caso brasileiro, em razão das diversas influências que sofremos em nosso direito constitucional, acabamos aliando uma constituição descritiva de modelo europeu a um controle difuso como no modelo estadunidense. Entretanto, ainda não adquirimos a necessária cultura jurídica para trabalhar com tal modelo, o qual envolve uma constante e forte vigilância para a manutenção e respeito às ações dos demais poderes, bem como um forte trabalho de consolidação da fonte judicial do direito, através do respeito aos precedentes.

Esse, nos parece, é um dos relevantes papéis que se abrem à advocacia pública a partir do constitucionalismo contemporâneo: a de trabalhar de modo a exigir dos julgadores e administradores a observância de parâmetros de aplicação dos direitos sociais prestacionais criados pela própria fonte judicial. Tal fato, aliado à orientação das próprias políticas públicas, permite que se estabeleça uma maior discussão sobre a repercussão das decisões tomadas no controle difuso, tal como se concentrado fosse.

3 A DESCONSTITUIÇÃO DA LEGALIDADE

Quando tratamos do constitucionalismo contemporâneo e os modelos de constituições que demandam, é normal verificar que tal mudança no cenário jurídico determinou um incremento no protagonismo da atividade judicial. Conforme entendemos, o grande elemento caracterizador do neoconstitucionalismo é essa atitude dos juízes de decidirem ocupar-se de matérias de concretização da constituição ou sua aplicação direta, de certa forma antecipando-se à ação do legislador.

Ocorre que tal atitude também é resultado de uma reação judicial a um protagonismo exacerbado exercido pelo Poder Executivo a partir dos modelos constitucionais próprios do Estado social, os quais acabaram alterando consideravelmente o princípio da legalidade, antes tido como máxima expressão da regulação do poder estatal.

As previsões gerais, abstratas e anteriores da lei poderiam ser muito adequadas a um modelo de Estado liberal, onde se exige do Estado somente a abstenção e o zelo por algumas atividades básicas.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 9-25, 2010

18

Com o advento do Estado social, foi transferido ao Estado o dever de realizar uma série de tarefas prestacionais, as quais demandavam, além de um montante considerável de recursos; a mobilização de uma estrutura técnica e especializada, absolutamente necessária à realização de tarefas de ordem técnica.

Essa constante especialização, aliada à complexidade da atividade administrativa, acabou por gerar uma expansão considerável das estruturas de Estado, bem como diversificou de tal forma as possibilidades de atuação estatal, que esta passou a ser incompatível com o lento e abstrato processo de produção legislativa. Em razão dessa demanda, que impunha a adoção de soluções concretas e adequadas a um número infindável de demandas, a lei foi gradativamente perdendo sua posição “de caminho sobre o qual deveria seguir a atividade administrativa”.

Assim, os atos legislativos tornaram-se cada vez mais genéricos e a atividade executiva mais técnica, complexa e, em razão disso, livre de qualquer controle. Ante tais condições acabou se alterando no Estado social a máxima de legalidade vigente no Estado liberal, segundo a qual: *“Ao poder público somente é lícito fazer aquilo que autorizado por lei e ao particular é possível fazer tudo o que não vedado pela lei”*.

Diante dessa insuficiência da lei para a regulação da atividade administrativa, essa acabou por buscar na constituição a autorização para atuar na promoção das tarefas constitucionalmente determinadas. Dessa maneira, a nova e complexa atuação administrativa não necessitaria mais esperar a autorização do legislador para agir em determinados âmbitos – salvo questões como o orçamento, por exemplo. Da mesma forma, as próprias autorizações legislativas, em razão da complexidade, diversidade e dinamismo da atividade promocional do Estado; passaram a ser cada vez mais genéricas, autorizando a administração técnica a tomar a decisão que melhor entendesse.

Uma vez diante de uma autorização genérica, tinha-se a situação de que: o que não está mais controlado no âmbito da legalidade está dentro da discricionariedade do administrador para tomar a decisão que melhor entender. O que aqui queremos demonstrar é que, com a mitigação da legalidade, amplia-se de forma muito intensa o âmbito de discricionariedade. E talvez seja esse um dos grandes responsáveis por essa reação do constitucionalismo contemporâneo: o critério de legalidade não é mais suficiente ao controle dos atos administrativos ou de governo, pois praticamente tudo foi deixado à discricionariedade administrativa.

4 O FIM DA DISCRICIONARIEDADE

Pois talvez como reação a essa ampla liberdade de conformação e disposição dos atos administrativos, os responsáveis pelo controle desses atos tenham

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 9-25, 2010

ido beber da mesma fonte constitucional que amparava tal liberdade para exercer sua função de controle.

Se é praticamente impossível o controle de legalidade dos atos administrativos ante a genericidade das autorizações legislativas para atos técnicos e destinados a situações amplas e concretas, é na via de seu controle de constitucionalidade que se encontrou substrato jurídico para controlá-los.

Nesse ponto, é interessante verificar que o modo de controle pela legalidade estava amparado em uma atuação especializada entre os Poderes de Estado, que se colocavam em um mesmo nível. Assim, o âmbito de discricionariedade constituía o âmbito destinado ao Poder Executivo. Dessa forma, normal que fosse inatacável, porquanto o Poder Executivo se coloca em um mesmo plano constitucional que o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

No momento em que se busca na constituição o instrumento de controle do ato administrativo, tem-se que o julgador reveste-se da autoridade constitucional para examinar o ato, pelo que a determinação constitucional examinada coloca-se em um nível superior à discricionariedade conferida ao Poder Executivo. Por isso a dificuldade de se sustentar a discricionariedade administrativa ante o modo de controle dos atos administrativos existente no constitucionalismo contemporâneo.

Dessa forma, pode-se verificar que ante o modelo de controle dos atos administrativos próprio do constitucionalismo contemporâneo praticamente desaparece o âmbito discricionário. Na verdade ele não “desaparece”, mas deixa de ser intocável, podendo ser sempre objeto de controle. Da mesma maneira, o que parece uma intolerável violação à separação de poderes, na verdade consiste no natural protagonismo do detentor do poder de controle da constitucionalidade.

5 DE VOLTA AO CARÁTER POLÍTICO DAS DECISÕES ENVOLVENDO APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Após a análise sobre a reformulação da legalidade e da discricionariedade no constitucionalismo contemporâneo, é inevitável o retorno ao questionamento sobre o caráter político do controle de constitucionalidade. Vejamos que tanto a discricionariedade (executiva) quanto a criação de política pública (legislativa) são atos políticos por excelência. No momento em que tem sua adequação analisada em relação a outras opções que poderiam ter sido tomadas com base em uma mesma norma constitucional ou tem sua ampliação determinada judicialmente através da aplicação direta do dispositivo constitucional, *qual a natureza dessa análise?*

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 9-25, 2010

20

Poder-se-ia dizer que eminentemente jurídica. Que absolutamente política. Que é político-jurídica. Ou político-jurídico-constitucional. Mas, na verdade, o que diferencia a opção política da jurídica nesses casos?

Hoje em dia, no caso de decisões baseadas na constituição e que implicam em opção por uma dentre várias possibilidades ou por uma ação de tutela de um bem jurídico dentre vários possíveis – e seja ela proveniente do executivo, do legislativo ou do judiciário -, nos parece que, cada vez mais, vão se aproximando as fronteiras entre o jurídico e o político. Essa natureza híbrida ou mista é própria da constituição, que ao mesmo tempo é norma política e jurídica.

Mas, em termos práticos, em nossa observação, o que parece diferenciar essas decisões é essencialmente uma característica: a fundamentação.

E aqui parece estar o grande espaço de atuação ainda não ocupado pela advocacia pública no constitucionalismo contemporâneo.

6 MODELO DE PROTAGONISMO JUDICIAL E ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

Talvez a grande falha das decisões administrativas e legislativas que criam ou regulam políticas públicas, concretizam os direitos previstos na constituição e criam condições para efetivação de direitos sociais prestacionais esteja na ausência de uma necessária fundamentação e transparência.

Deve ser observado que a criação dessas políticas não são atos meramente políticos, mas são pautadas por um forte caráter técnico nas escolhas que realizam. E para tal tarefa, pode-se dizer que, hoje em dia, as estruturas administrativas estão muito bem aparelhadas.

Entretanto, parece que o processo de construção de políticas públicas ainda recente-se de uma adaptação ao novo modelo constitucional.

No momento em que essas políticas têm por objeto a concretização da constituição, assumem também uma conotação jurídica. Os operadores e administradores devem ter ciência de que, diante do modelo atual, essas políticas – e principalmente a decisão de priorizar um determinado bem ou grupo ao invés de outro – não fazem parte da reserva legal ou da mera discricionariedade administrativa, mas estarão sujeitas a um controle judicial de constitucionalidade.

Assim, muitas das vezes essas opções políticas e técnicas acabam adotando uma forma de como se estivessem trabalhando ainda no âmbito da livre disci-

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 9-25, 2010

cionariedade. As decisões são discutidas, pensadas, trabalhadas, mas esse *iter deliberativo* não vem expresso através de fundamentação. Restam como razões de foro interno da Administração.

Quando do exame da adequação dessas escolhas, muitas vezes se tem observado uma dificuldade de atuação da advocacia pública, principalmente porque em grande parte dos casos não participa do processo deliberativo e não possui informações suficientes para sustentar a constitucionalidade da decisão administrativa.

Assim, geralmente a argumentação processual não traz à discussão judicial as razões técnicas e políticas determinantes da decisão, ficando limitada a questões “jurídicas”, isto é, de interpretação meramente jurídica dessas políticas por quem não tem qualificação técnica para analisá-las.

Não são poucos os exemplos de relevantes decisões administrativas, baseadas em consistentes estudos técnicos, que visam a realização de um fim constitucional e que possuem uma opção política clara e que deve ser respeitada, que acabam sendo revertidas por mera análise liminar em juízo.⁶

Entretanto, acabam sendo desconsideradas pela falta de uma maior transparência e, principalmente, fundamentação.

Pois é exatamente nessa fundamentação da decisão administrativa – no fornecimento de substratos constitucionais e jurídicos às decisões políticas –, que entendemos de extrema relevância a atuação advocacia pública. Se nada mais é discricionário, e todas as opções são “jurídicas” – ou têm exame jurídico –, nada mais necessário do que revestir essas opções de substratos jurídicos e externá-las em linguagem jurídica.

É, portanto, o advogado público quem deve proporcionar a justificativa constitucional e jurídica à política pública, não apenas prevenindo um possível questionamento da constitucionalidade do ato, mas reunindo elementos técnicos que são absolutamente relevantes no momento do exame judicial dessas políticas públicas.

O deslocamento de parte do âmbito decisório sobre políticas públicas ao Poder Judiciário, acaba por modificar a demanda de atuação da advocacia pública, ao menos se queremos resultados efetivos.

⁶ No caso do Estado do Rio Grande do Sul temos como exemplo recente o caso das várias liminares vedando a decisão de unificação de turmas escolares tomada pelo Secretária de Educação do Estado do Rio Grande do Sul. No âmbito do direito à saúde, as discussões sobre as opções de marca entre os medicamentos fornecidos pelo SUS.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Spec. 45 anos, p. 9-25, 2010

Ao longo dos últimos tempos a advocacia pública tem se mostrado capaz de absorver um crescimento vertiginoso de demandas judiciais envolvendo os entes públicos.

Entretanto, esse perfil de atuação meramente jurídico e processual, ou seja, dissociado do âmbito de decisão administrativa; revela-se não apenas ultrapassado ou contrário à eficiência que deve pautar a atuação administrativa, mas principalmente inadequado às necessidades de defesa do Estado quando diante do controle judicial de políticas públicas ou no julgamento de matérias envolvendo direitos sociais prestacionais.

É fato que grande parte dessas matérias depende fundamentalmente de conhecimentos técnicos, para os quais, geralmente, o advogado público não está preparado. O que ocorre é que, da mesma forma que o advogado público não possui tais conhecimentos, também o julgador não os possui, o que não vai impedi-lo de se manifestar sobre a política pública. Assim, é importante o trabalho conjunto, entre o técnico e o jurídico, de modo a possibilitar ao advogado público levar ao conhecimento judicial toda a matéria técnica envolvida na determinação de alguma prioridade ou questão envolvendo as políticas públicas.

De outro lado, também o técnico não possui, na grande maioria dos casos, os conhecimentos jurídicos necessários à adequação de determinada política pública, o que pode levar à obstacularização da ação estatal ou mesmo a uma violação jurídica clara. Dessa forma, a integração da advocacia pública ao processo decisório se torna tão importante quanto as informações técnicas no momento de elaboração de uma defesa judicial, nos casos de questionamentos de uma política pública.

Tal processo de conciliação técnica e jurídica, diga-se, não é nada fácil; pelo que necessária uma crescente especialização e preparação tanto de um lado quanto de outro. Envolve, por parte do advogado público, não apenas uma preparação jurídica, mas uma necessária conduta funcional que permita se integrar ao processo decisório de forma a colaborar para a viabilidade da política pública, e não colocar empecilhos a esta. Logo, ademais do conhecimento jurídico, faz-se necessário o aprimoramento humano e de relacionamento.

Como bem observa Jozélia BROLIANI,

“Não é tarefa fácil orientar o administrador que quer ousar, que pretende adotar a forma gerencial de governar, com criatividade, ante a escassez de recursos, com responsabilidade, ante o princípio da legalidade, com eficiência no resultado em prol do interesse público. A consultoria da advocacia pública não pode se limitar a negar as ações de governo, a negar as escolhas políticas,

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 9-25, 2010

*precisa refletir mais, pesquisar mais, criar mais, ousar mais, e se houver uma tese que possa amparar a decisão do administrador, ela poderá ser aplicada.*⁷

Assim, a participação da Advocacia Pública na viabilização das políticas públicas apresenta-se como fundamental em vários momentos:

- 1) na elaboração da justificação constitucional da política pública, demonstrando a juridicidade da opção técnico-administrativa e política. Uma opção política que demonstra claramente a intenção de cumprir uma determinação constitucional tem muito menos possibilidades de sofrer uma intervenção judicial;
- 2) na ciência dos procedimentos adotados e da preparação constitucional da política pública, de modo a levar à defesa judicial da política pública – caso esta seja necessária – todos os elementos técnicos e políticos, os quais são determinantes na análise de sua constitucionalidade.
- 3) na orientação e adaptação das políticas públicas às decisões judiciais. Se é fato que deve ser exigido do Poder Judiciário o respeito a decisões políticas quando constitucionalmente amparadas, também a Administração deve cada vez mais atentar para a fonte judicial do direito, tentando ao máximo adequar as políticas existentes e futuras aos precedentes consolidados nos Tribunais de maior hierarquia.

Afinal, se duas opções são igualmente constitucionais, evidente que deve valer aquela do órgão encarregado de tomar decisões políticas. Uma vez revelada a juridicidade da política pública, aumenta em muito a possibilidade de ser respeitada a opção política.

Dessa forma, demanda-se da Advocacia Pública atual um novo planejamento estratégico para lidar com o controle de políticas públicas próprio do constitucionalismo contemporâneo. Na verdade, é necessário uma evolução de todas as instituições no sentido de construir uma cultura jurídica que possibilite um acordo, um respeito e uma harmonia das atividades próprias do Poderes de Estado. Ainda que a concentração de poder no Poder Judiciário – principalmente no caso dos juízes de 1º grau – possa parecer tentadora ao detentor de poder em um primeiro momento; nossa história ensina que todas as tentativas de concentração de poder sempre foram subjugadas quando esse nível de concentração não mais servia aos cidadãos. Na história recente, basta verificar o absolutismo, seguido do legicentrismo do período liberal, ou o próprio fim da discricionariedade.

Os regimes constitucionais que se demonstraram mais duradouros foram exatamente os modelos do *common law*, que se caracterizam por um respeito total pela atividade dos demais poderes. Passado frenesi com as possibilidades que um

⁷ (trecho de palestra proferida no Congresso Internacional Revisitando o Direito Público, ano 2008).

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 9-25, 2010

24

regime constitucionalista propicia, é mais do que tempo de avançarmos na busca de um sistema equilibrado de administração de poder.

É necessário ao Poder Judiciário assumir o caráter político que muitas de suas decisões possuem, de forma não apenas a respeitar decisões tomadas por órgãos políticos, mas buscar um diálogo com estes visando esclarecer questões de caráter técnico e político que envolvem muitas de suas decisões relativas à determinação de ações prestacionais ao Poder Público.

Da mesma forma, é inadiável a consideração pelos juízes de que, no momento em que se reconhece o precedente judicial como fonte de direito – que pode nascer diretamente da competência constitucional, ainda que *contra legem* – considerar que toda a fonte é hierarquizada. Dessa forma, no campo da criação do direito e na definição de termos constitucionais que possibilitam interpretações diversas – devem ser observados parâmetros de decisão adotados pelos tribunais superiores, pois de maior hierarquia.⁸

Por fim, e ainda decorrente da conscientização do caráter político das decisões, cada vez mais mostra-se necessária a especialização dos operadores do direito – tanto judiciais como da advocacia pública – de forma a possibilitar que compreendam melhor muito do caráter técnico envolvido nas políticas públicas, tomando ciência dos problemas a serem enfrentados, bem como atuando no sentido de apontar e construir soluções coerentes e adequadas à constituição. Parece mais que hora de frear o modo individualizado na solução de casos, os quais geram soluções utópicas e irreais, possíveis apenas se consideradas situações concretas, mas inalcançáveis à totalidade da população ou do grupo social a ser tutelado.

7 CONCLUSÕES

I - Dentro do que nos propusemos no presente trabalho, temos que muito há de ser feito no âmbito da advocacia pública. Superado grave problema de gestão das ações repetitivas que superpovoaram os tribunais nos últimos anos, impõe-se ao sistema de advocacia pública uma renovação em sua forma de atuação, de forma a adaptar-se ao modo de funcionamento dos sistemas jurídicos próprios do constitucionalismo contemporâneo.

II - O primeiro passo nesse sentido passa necessariamente por um planejamento estratégico e a revisão na forma de atuação. É cada vez mais necessária a qualificação e especialização dos advogados públicos, principalmente no que se refere à compreensão dos fenômenos técnicos e políticos envolvidos na atividade

⁸ Veja-se aqui, que não se está questionando a autonomia do julgador, mas a sua responsabilidade em relação às fontes do direito (tal como ocorre no caso de lei complementar, lei ordinária, etc).

administrativa. No momento em que o Poder Judiciário passa a analisar todo o mérito dos atos administrativos e políticas públicas, já não basta ao advogado público situar-se em seu gabinete e, como seus livros e manuais jurídicos, defender meramente o aspecto legal do ato.

III - Diante da necessidade de embasamento constitucional a todo o ato administrativo, impõe-se um deslocamento do advogado público ao âmbito decisório; de forma a prevenir, aconselhar e, principalmente, inteirar-se dos complexos fundamentos envolvidos na criação de uma política pública. Ademais, será seu dever dar transparência e fundamentação constitucional à política podendo, mais tarde, sustentar com subsídios a sua constitucionalidade.

Tal providência, entretanto, envolve um aumento na qualificação e especialização da advocacia pública, uma vez que o âmbito de decisão técnico-político-jurídico envolve muito mais dificuldades que a análise meramente jurídica. Mas parece ser exatamente essa a dificuldade que se observa na própria análise judicial dessas políticas.⁹

IV - Entretanto, essa nova atuação da advocacia pública integrando o âmbito decisório através de um corpo especializado e preparado somente é possível no caso de seja permitido pelo Administrador tal participação. Assim, deve o advogado público, gradativamente, tratar de ocupar esse espaço buscando ao máximo a viabilização jurídica de políticas públicas, respeitando opções políticas; e não impondo uma “única solução correta”. Talvez esse aprendizado seja de grande valia para o trato judicial dessas políticas.

V - O grande desafio do constitucionalismo contemporâneo está no fato de que – em razão de uma constituição descritiva e um controle de constitucionalidade demasiado amplo, talvez - trouxe para o direito a discussão de todos os assuntos que envolvem o poder público e quase todos envolvendo o âmbito privado. Isso demanda do julgador um conhecimento que não possui.

Se é um caminho que não podemos evitar, impõe-se a divisão de tarefas com a especialização, a qualificação constante com a troca de experiências e compreensão dos demais âmbitos decisórios e a atuação coordenada e planejada. Impõe-se, portanto, uma nova formatação da advocacia pública.

⁹ (uma junta médica e qualificada se reúne, pesquisa, discute, pondera e se decide por determinada medicação: entretanto, essa decisão de nada vale ante uma receita do médico autor. Não vale nem para evitar uma LIMINAR!!! Não vale tampouco para transferir o ônus ao autor de demonstrar a insuficiência de uma política pública pensada e efetivada).

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 9-25, 2010



ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO OU DIFUSÃO DE UMA ABSTRATIVIZAÇÃO TEÓRICA?

Juliano Heinen¹

RESUMO: O presente trabalho visa a delimitar o novo paradigma teórico surgido nos recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF), consistente na possibilidade de se estabelecer um parâmetro vinculante e para todos em controle difuso de constitucionalidade, mesclando os dois modelos de controle: abstrato e na via concreta. Para tanto, faz-se uma análise crítica desta nova opção teórica.

ABSTRACT: This work aims to define the new theoretical paradigm emerged in recent judgments of the Supreme Court, that is, the possibility of establishing a parameter for all binding and in diffuse control of constitutionality, but mixing the two types of control: abstract and concrete way. Therefore, it is a critical analysis of this new theoretical option.

PALAVRAS-CHAVE: Controle abstrato de constitucionalidade; controle difuso de constitucionalidade.

KEYWORDS: Abstract control of constitutionality; diffuse control of constitutionality.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Acerca das pretensões do Supremo Tribunal Federal em firmar um novo paradigma no sistema de controle de constitucionalidade; 3 Análise crítica; 4 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em qualquer ramo do Direito há construção de entendimentos oriundos da necessidade que tem uma sociedade em evolução. O controle de constitucionalidade baseado nas concepções teóricas de Hans Kelsen impõe que um órgão, o Tribunal Constitucional, tenha o poder de declarar inconstitucionais as regras que contrariam a Constituição. Caso haja um questionamento (uma desconfiança) no sentido de que um texto infraconstitucional não esteja de acordo com a Carta Maior, cabe a este órgão dirimir a dúvida².

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito/UNISC; Professor de Graduação de Pós-Graduação em Direito; da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do RS.

² HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional – teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-31, passim.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 27-37, 2010

Contudo, o controle de constitucionalidade brasileiro adotou, além do modelo concentrado (*kelseniano*), o modelo difuso de controle, de inspiração norte-americana. Nesse modelo, todos os juízes possuem o poder-dever de harmonizar a legislação para com os dispositivos constitucionais, de acordo com o caso concreto. Assim, o monopólio interpretativo da Carta Política Fundamental não fica afeto a um só órgão do Poder Judiciário, mas é o Tribunal Constitucional – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) – quem pode dizer a última palavra a respeito³ – no caso das normas federais e estaduais contrariarem a Constituição Federal. Aos Tribunais de Justiça dos Estados-federados, ficou togado o controle de constitucionalidade concentrado das disposições normativas estaduais e municipais frente à Constituição Estadual. Quanto ao controle difuso de constitucionalidade, a qualquer magistrado, em qualquer instância, é permitido declarar a (in)constitucionalidade de dispositivo normativo, decisão que só vale entre as partes litigantes.

Assim, o Brasil combinou esses dois modelos. Aliado a isso, outros mecanismos – autônomos – de controle de constitucionalidade surgiram, como por exemplo, a técnica da interpretação conforme a Constituição. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade brasileiro, de acordo com as suas especificidades, deve permitir o “acontecimento” desses institutos em ambas as espécies de controle de constitucionalidade das leis. Isso admite uma adequação do modelo de manutenção da supremacia da Carta Política Fundamental aos reclames do constitucionalismo contemporâneo⁴.

2 ACERCA DAS PRETENSÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM IRMAR UM NOVO PARADIGMA⁵ NO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 2.240⁶, o Min. Gilmar Ferreira Mendes proferiu um voto-vista representativo da teoria ora abordada.

³ Idem

⁴ De se ver a crítica de Gilmar Ferreira Mendes acerca do controle de constitucionalidade brasileiro, tal qual posto: “A amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade. Não só a notória superação do instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, mas também a complexidade e a demora na obtenção de um julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo Tribunal, na via incidental, estão a clamar por uma reforma mais radical do sistema difuso de controle de constitucionalidade entre nós.” (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 378).

⁵ Nesse sentido, a fim de permitir uma coerência conceitual, tomar-se-á por base a obra de Thomas Kuhn, no sentido de definir que paradigma: “[...] é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. (*A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000).

⁶ A íntegra do voto-vista do Min. Gilmar Mendes foi noticiada no Informativo nº 467, de 23 de maio de 2007 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 467*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antecedentes/info467.asp>>. Acesso em: 21 de junho de 2007).

Tal entendimento ressalta que o controle de constitucionalidade não pode ficar arraigado somente a um julgamento de (in)constitucionalidade total, de mera decisão de (im)procedência. Tal ortodoxia, segundo ele, deve ser superada “[...] para o desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão no controle de constitucionalidade.”⁷.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade passou a ser repensado, segundo que se depreende dos julgamentos da Suprema Corte brasileira, a fim de dar oportunidade a um novo entendimento que valorize as suas decisões, bem como tribute guarita à supremacia da Carta Maior de Direitos⁸. Esta mutação hermenêutica acerca da matéria pode ter sua gênese no posicionamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes adotado no processo administrativo nº 318.715/STF, de 17/12/2003⁹, que culminou na edição da emenda nº 12 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).

Na oportunidade, o Ministro mencionou que o recurso extraordinário (RE) deveria deixar de ter caráter marcadamente subjetivo, “entre-partes”, ou de defesa de interesses individuais dos litigantes. O recurso em questão deveria tomar outra função: a de defesa da ordem constitucional objetiva, ou seja, servir também como paradigma constitucional acerca de uma determinada matéria.

Enfim, o recurso extraordinário deixaria, assim, de ser uma ferramenta de correção de decisões, passando a servir de instrumento possível à verificação da validade em abstrato, das normas¹⁰. Segundo o que foi mencionado na decisão, esse entendimento consolidaria o verdadeiro papel do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional que é.

⁷ O recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afetos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação, com a conseqüente declaração de constitucionalidade (Idem).

⁸ As bases essenciais da teoria da supremacia da Constituição são encontradas no magistério de Hans Kelsen, muito embora essa concepção tenha tido uma profunda evolução no decorrer dos tempos. Kelsen afirmava que o ordenamento jurídico não é horizontal, ou seja, tendo os dispositivos normativos – constitucionais e infraconstitucionais –, todos eles, um ao lado do outro, a mesma hierarquia e a mesma fonte de validade. Ao contrário, tal ordenamento é escalonado, tendo as regras apoio (validade) umas sobre as outras. Assim, uma regra possui relação de dependência para com a outra de hierarquia superior, e assim sucessivamente, até se chegar ao ponto máximo do ordenamento: a “norma hipotética fundamental”, leia-se: Constituição Federal (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 309-310). Essa matriz teórica foi fundamental na construção do modelo romano-germânico adotado, dentre outros países, pelo Brasil. Contudo, a doutrina de Hans Kelsen não pode ser transportada ao sistema normativo nacional sem as devidas adaptações, especialmente no que tange à visão positivista que o autor possui. 9 STF. Desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal. 1998-2006. Apresenta informações gerais sobre a instituição, julgados deste Tribunal, acompanhamento processual, notícias, entre outros. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 21 ago. 2006.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Processo administrativo nº 318.715, do Plenário do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/>. Acesso em: 9 de setembro de 2009.

Pode-se resumir a tese no seguinte enxerto: “[...] a função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores.”¹¹ Em conclusão, pode-se extrair que: “[...] o processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade que transcende os interesses subjetivos.”¹²

No julgamento do RE 376.852-SC¹³, de 27/03/2003, a matéria novamente foi reiterada, quando se reafirmou a necessidade de transformação do Recurso Extraordinário em medida judicial de controle abstrato de constitucionalidade. Discorreu-se como no direito norte-americano esta mudança de paradigma foi importante. O *Judiciary Act*, de 1925, permitiu com que a Suprema Corte dos Estados Unidos pudesse escolher, em controle difuso, casos relevantes a serem submetidos a julgamento, bem como deu contornos abstratos ao controle de constitucionalidade que, outrora, era feito somente na via difusa.

Como afirmado pelo Chief Justice Vinson, “(...) para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas.”¹⁴ Percebe-se que no sistema que é o baluarte do controle difuso houve uma mudança radical de paradigma, a qual, necessariamente, deverá passar o sistema brasileiro caso perdurem os entendimentos reiteradamente defendidos em julgados da Suprema Corte nacional.

É verdade que o controle difuso não se mostra estranho ao nosso direito constitucional: a análise da constitucionalidade é feita no caso concreto. Contudo, dar a esta via um paradigma objetivo, faz com que se eliminem múltiplas decisões contrárias, dando-se pragmática à economia processual em detrimento do modelo constitucional de separação de poderes, que inclui certos parâmetros ao controle de constitucionalidade.

A idéia de abstrativização do controle difuso, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela possibilidade ou não de gerar efeitos *erga omnes e vinculante* em sede de suas decisões, tudo de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal no limiar do próprio caso posto em debate. Assim, topicamente, seria alocado um padrão vinculante ou não.

¹¹ Idem.

¹² Ibidem.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 376.852-SC. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=261812&idDocumento=&codigoClasse=442&numero=376852&siglaRecurso=MC&classe=RE>>. Acesso em: 9 de setembro de 2009a.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de instrumento nº 375.011-RS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=375011&classe=A1-AgR>>. Acesso em: 9 de setembro de 2009b.

Algumas decisões do STF inovam justamente por aplicar no julgamento de recurso extraordinário as regras, que, em tese, somente seriam aplicadas ao controle abstrato de constitucionalidade. Vejam-se alguns exemplos retirados das lições do ilustre professor Fredie Didier Júnior¹⁵:

a) a dispensa no preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, visando dar efetividade ao posicionamento do STF sobre questão constitucional no AI 375.011;

b) o TSE editou resolução que conferiu efeitos *erga omnes* a decisão do STF no julgamento do RE nº 197.917SP que interpretou o artigo 29, IV, da CF, que trata da fixação do número de vereadores em cada município;

c) no RE nº 416827SC admitiu-se a sustentação oral de *amicus curiae*, figura típica do controle concentrado de constitucionalidade;

d) no julgamento do Habeas corpus (HC) nº 82.959, não obstante tenha considerado inconstitucional o §1º do artigo 2º da Lei nº 8.07290, aplicou-se o artigo 27 da Lei nº 9.86899 para dar eficácia não-retroativa (*ex nunc*) a decisão, quer dizer, houve modulação dos efeitos da decisão, previsto em lei apenas para os casos de controle concentrado;

e) No RE nº 298.694 decidiu-se admitir a possibilidade de o STF julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido, permitindo-se a causa de pedir é aberta, assim como acontece nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, sendo o RE decidido com base em outro fundamento;

Também na legislação encontram-se alguns exemplos da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, expostos, novamente, por Fredie Didier Júnior¹⁶:

a) o procedimento do recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, previsto no artigo 14, §§ 4º e 9º, da Lei nº 10.259/2001 e § 5º do artigo 321 do RISTF;

b) o artigo 103-A da CF (EC nº 45/2004) consagrou a súmula vinculante em matéria constitucional, que será editada após reiteradas decisões, tomadas em controle difuso de constitucionalidade;

c) Também por intermédio da EC nº 45/2004 acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo 102 da Constituição Federal, criando o instituto da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários, que foi posteriormente regulamentado pela Lei nº 11.418/2006 e pelos artigos 543-A e 543-B, do Código de Processo Civil. Assim, o recurso extraordinário passa a ter mais um requisito específico de admissibilidade, qual seja, deverá ser demonstrado, em preliminar, que há discussão sobre questões relevantes do ponto de vista jurídico, político ou social, que ultrapassem interesses subjetivos da causa;

¹⁵ *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 3, p. 275-279.

¹⁶ *Idem*.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 27-37, 2010

d) O § 3º do artigo 475 do CPC dispensa o reexame necessário quando a sentença se baseia em posicionamento tomado pelo pleno do STF, mesmo que não oriundo de processos não-objetivos.

3 ANÁLISE CRÍTICA

O controle por via de exceção não pode ser transfigurado em um paradigma abstrato, o que violaria, já em uma análise inicial, o artigo 103, da Constituição Federal de 1988. O controle de constitucionalidade abstrato possui legitimados ativos específicos. Esta foi a vontade do legislador constituinte originário. Dar um viés abstrato ao controle difuso seria o mesmo que ampliar este rol taxativo de legitimados por uma via transversa, enfim, por mera construção hermenêutica, o que é inaceitável. Pensa-se, nesse sentido, que o recurso extraordinário foi destinado ao controle de constitucionalidade na modalidade difusa e não deve deixar de ser utilizado como mais um grau de jurisdição.

Uma das justificativas para a dita abstrativização do controle difuso consistiria em se permitir uma pretensa maior efetividade da jurisdição constitucional. Quando tais decisões em recurso extraordinário fossem apreciadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, passariam a ter efeitos *erga omnes e vinculante*, da mesma forma como ocorre no controle concentrado, dispensando assim a aplicação do artigo 52, X da Carta Constitucional. E, assim, permitir-se-ia o uso da reclamação constitucional, caso descumprido um precedente importante, fixado em recurso extraordinário.

Contudo, este entendimento, da mesma forma, inova o mencionado inciso X do artigo 52 da Carta Magna, com a redação que lhe conferiu o legislador constitucional originário. Percebe-se que, por um dado entendimento, o texto é negado. A vigência do texto maior, como que por uma “passe de mágica”, deixa de produzir efeitos, sem que para tanto, utilize-se de um instrumento legítimo¹⁷. Para que a decisão em sede de controle difuso gere efeitos *erga omnes*, há a necessidade do concurso da manifestação do Senado Federal que, utilizando sua discricionariedade política, editará resolução para suspender a execução da lei ora declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso. Assim, excluindo, ou mesmo diminuindo a função do Senado Federal no controle de constitucionalidade no caso concreto, significaria, por certo, retirar a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

¹⁷ A declaração de inconstitucionalidade de normas originárias, ou seja, a tese das normas “constitucionais inconstitucionais” nunca foi aceita no nosso País. Somente é possível a declaração de inconstitucionalidade de emendas à Constituição Federal, tendo como parâmetro o texto original da Carta Magna.

O art. 52, X, da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma lógica, ou seja, tendo noção plena da capacidade técnica da Suprema Corte sem esquecer o papel político do Senado Federal, como representante que é da Federação. E, mesmo considerando a teoria dos “freios e contrapesos” que nada mais é do que a busca pelo equilíbrio entre os poderes, a função do dispositivo constitucional é o de dar um aspecto político ao ato, permitindo ao Senado Federal avaliar os benefícios/malefícios que uma resolução poderia gerar à federação brasileira.

A abstrativização do controle difuso prega a aproximação dos efeitos da decisão que aprecia a inconstitucionalidade tanto no controle difuso, quanto no abstrato. Está-se, assim, a aproximar do modelo anglo-saxão de controle de constitucionalidade com o modelo romano-germânico. Contudo, esta mistura, dado o gênero de Estado e de separação de poderes (funções) vigente, mostra-se inconveniente.

O próprio Hans Kelsen, criador do controle de concentrado de constitucionalidade, justificou a escolha de um único órgão para exercer tal controle salientando que, se a Constituição conferisse a toda e a qualquer pessoa competência para decidir, desta questão dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos¹⁸. De modo que há uma justificativa plausível para que a decisão proferida pelo STF (pleno), no controle abstrato, possua a eficácia *erga omnes e vinculante*, enquanto naquela em que decide a inconstitucionalidade incidentalmente não goze da mesma eficácia.

O próprio instituto da repercussão geral, acrescentado pela Emenda Constitucional no 45/2004, (parágrafo terceiro, do artigo 102, da Constituição Federal), posteriormente regulamentado pela Lei no 11.418/2006 e pelos artigos 543-A e 543-B, do Código de Processo Civil, objetiva restringir que questões de cunho unicamente privadas sejam levadas ao Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, primando pela reclamada efetividade da jurisdição constitucional. Contudo, tal reforma não permite que se igualem as duas formas de controle de constitucionalidade.

Denota-se, de forma clara, que uma aproximação do modelo difuso ao modelo abstrato de controle de constitucionalidade permitiria uma aproximação dos efeitos transcendentais à decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, em sede de controle difuso, já que os fundamentos daquela decisão, aparentemente utilizados apenas na fronteira do processo *inter partes*, passam a transcender o próprio processo, aplicando-se a outros casos. A matéria dos efeitos

¹⁸ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 27-37, 2010

34

transcendentes do julgado, que afeta inegavelmente o que aqui se debate, está sob discussão no STF¹⁹.

A Constituição Federal consiste em um conjunto de normas²⁰ abertas, as quais têm a tarefa de traçar uma radiografia essencial do Estado e cuja força valorativa subordina necessariamente toda legislação infraconstitucional e própria Suprema Corte. Por conseguinte, a supremacia constitucional pressupõe, indubitavelmente, a subordinação de todos a todos os dispositivos da Constituição Federal. Por estas razões, o parâmetro difuso de controle de constitucionalidade não abarca a fixação de contornos objetivos em seus julgados, uma vez que não se poderia, da forma como feita, contornar a expressividade dos dispositivos antes citados.

Para um país como o nosso, que adota o modelo romano-germânico (do *civil law*), seria um contra-senso a dita abstrativização do controle difuso. Embora em tese a abstrativização pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive quanto à economia processual, quanto à efetividade do processo, quanto à celeridade processual e quanto à implementação do princípio da força normativa da Constituição, parece faltar dispositivos e regras, sejam processuais ou constitucionais, para sua implementação, pois o efeito *erga omnes* foi previsto apenas para o controle concentrado e para a súmula vinculante. Em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do artigo 52, X, da CF, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal é que se conseguiria este efeito – dado ser esta a casa legislativa dos “representantes da federação”. Portanto, somente por meio de uma reforma constitucional (que modificaria o citado dispositivo) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência que, vale lembrar, é bastante atraente, mas reveladora de incongruências.

O argumento no sentido de que o STF não poderia ser mera instância recursal, mas sim, um verdadeiro Tribunal Constitucional, nega, por oportuno, o rol de competências atribuídas à Suprema Corte. Esta é, por vezes, um órgão recursal sim, e não há nada de errado nisso. Aliás, não se vê discussões criticando a possibilidade de o STF julgar recurso ordinário de certas decisões especificadas no inciso II do artigo 102²¹, uma vez que atua, nesse caso, como legítimo órgão recursal – instância recursal.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 406*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo406.htm>>. Acesso em: 9 de setembro de 2009c.

²⁰ A norma é um composto de princípio e regra, segundo doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Portugal/Coimbra: Almedina, 1999).

²¹ Art. 102 (...)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o “habeas-corpus”, o mandado de segurança, o “habeas-data” e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

Um limite evidente a ser estabelecido na pretendida abstrativização consiste na afronta ao princípio da separação dos poderes, haja vista que, em agindo desta forma, estaria o Supremo Tribunal Federal exercendo atribuição que não lhe pertence. A abstrativização do controle difuso inverte a lógica prevista na Constituição, uma vez que propõe que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, em julgamento de recurso extraordinário, passem a ser *erga omnes* por si só, independentemente da suspensão da norma pelo Senado Federal.

Em que pese a separação entre os poderes não ser mais tão rígida como outrora, o STF estaria utilizando-se da competência que, pela Constituição Federal cabe ao Senado. Parece-nos que este é um aspecto importante de ser analisado, já que o guardião da Constituição deve ser o primeiro a defender as claras determinações da carta política.

Em momentos de mudanças constitucionais, termina-se por voltar à tese de Otto Bachof sobre as “normas constitucionais inconstitucionais”. No Brasil, a aplicação da tese de Bachof parece estar, atualmente, ganhado o nome de “ativismo judicial”, com um “revigoramento” da “jurisprudência de valores”²².

Um resultado pretensamente legítimo não deve (não pode) advir de método oblíquo. Aplicando esta idéia em relação à hermenêutica constitucional, não se sabe o que efetivamente é o meio ou o que é o fim.

(...) há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador. (...) O judiciário pode intervir – e deve – sempre que estiver em jogo uma questão de princípio. Mas não cabe a este Poder exarar decisões que manifestem preferências pessoais de seus membros. A Suprema Corte não pode alterar a norma constitucional, a pretexto de um esquecimento do constituinte ou de uma ‘descoberta valorativa’, ou, ainda, do saneamento (incorreto) de uma ‘inconstitucionalidade da própria Constituição’, sob pena de violação dos três Poderes.²³

Da forma como está sendo propugnada a dita abstrativização, é impossível superar o limite do texto. Enfim, necessário que leve o texto (constitucional) a sério. Não há mesmo um lado “b” da Constituição a ser “descoberto” axiologicamente.

²² STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13229>>. Acesso em: 28 set. 2009.

²³ Idem.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 27-37, 2010

4 CONCLUSÃO

Segundo os recentes precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal, propugna-se uma modificação nodal no controle difuso de constitucionalidade, conferindo-lhe um aspecto objetivo. Em melhores termos, a dita *abstratificação do controle difuso* permite que em um caso concreto, retirem-se os efeitos vinculante e *erga omnes*, típicos do modelo abstrato de controle de constitucionalidade.

Contudo, este entendimento viola o texto constitucional. Fragmenta, como se percebeu, a separação dos poderes e o aspecto democrático previsto no inciso X do art. 52 da CF88.

Sempre existirão defesas de interesses e de valores. Essa perspectiva é inerente ao processo judicial e constitucionalmente garantida. Para conseguir aplicar uma tese, não se pode ansiar um “Direito Constitucional da Efetividade” a qualquer custo, sob pena de, em contrapartida, conseguir-se fortalecimento da força.

Da forma como se conduzem as coisas, com o (des)empenho desenvolvido pelo judiciário brasileiro, o País transforma-se em um verdadeiro Macondo, cidade onde se desenrola a trama da obra “Cem anos de solidão”, do escritor colombiano Gabriel Garcia Marques. No livro, é por meio da visão dos membros da família Buendía que a história da cidade de Macondo é detalhada, desde a sua gênese, até o seu desenvolvimento e a sua derradeira decadência. Aliás, o fim do romance coincide com o fim de Macondo.

Na cidade fictícia “O mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-las se precisava apontar com o dedo”. E no nosso País, parece que os juristas ainda apontam o novo com o dedo. É preciso que as coisas ganhem o seu verdadeiro nome. Ou, ainda, que o nome das coisas não seja esquecido, sob pena de se esquecer as próprias coisas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 467. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info467.asp>>. Acesso em: 21 de junho de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 376.852-SC, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=261812&idDocumento=&codigoClasse=442&numero=376852&siglaRecurso=MC&classe=RE>>. Acesso em: 9 de setembro de 2009a.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 27-37, 2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de instrumento nº 375.011-RS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=375011&classe=AI-AgR>>. Acesso em: 9 de setembro de 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 406. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo406.htm>>. Acesso em: 9 de setembro de 2009c.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Portugal/Coimbra: Almedina, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 3.

HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional – teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

STF. *Desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal. 1998-2006. Apresenta informações gerais sobre a instituição, julgados deste Tribunal, acompanhamento processual, notícias, entre outros*. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 21 ago. 2006.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. *Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13229>>. Acesso em: 28 set. 2009.



A PENHORA DO FATURAMENTO DA EMPRESA NA EXECUÇÃO FISCAL. UMA QUESTÃO DE CONFORMAÇÃO ENTRE DIREITOS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO PROCESSO EXECUTIVO

Ernesto José Toniolo*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A execução fiscal tratada como procedimento especial para a execução de quantia certa. 3 A positivação da penhora do faturamento da empresa e a insuficiência da reconstrução do instituto pela jurisprudência brasileira. 4 O direito fundamental do credor à efetividade da tutela jurisdicional e os demais valores constitucionais a serem considerados na penhora do faturamento da empresa no Executivo Fiscal. 5 A implementação adequada da penhora do faturamento da empresa na execução fiscal. 6 Conclusões. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A “penhora do faturamento da empresa”, meio executivo tipificado, empregável na execução por quantia certa, conhecida no Direito brasileiro, até pouco tempo atrás, como “usufruto de empresa”, hoje prevista no 655-A, § 3º, do CPC, consiste em medida de expropriação forçada, direcionada à satisfação do crédito objeto da execução, realizando-se por meio de uma espécie de intervenção judicial na empresa.

Nas palavras de Marcelo Lima Guerra, “trata-se de providência com claro propósito de realizar a concordância prática entre a proteção devida ao credor e ao devedor, isto é, de proporcionar a tutela executiva integral, pelo modo menos gravoso ao devedor”.¹

*Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Doutorando e Mestre em Direito pela UFRGS. Professor dos Cursos de Especialização em Direito do Estado e Processo Civil do UNIRITTER, do Curso de Especialização em Direito Público das Faculdades IDC, do Curso de Especialização em Processo e Constituição da UFRGS, da Escola Superior do Ministério Público (ESMP), da Escola Superior de Advocacia Pública (ESAPERGS), da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública (FESDEP) e do Verbo Jurídico.

¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.160.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 39-60, 2010

Contudo, embora a medida constitua instrumento extraordinário de harmonização de direitos fundamentais e de valores constitucionais no âmbito de qualquer execução por quantia certa, ainda é aplicada de forma tímida na esfera judicial, recebendo pouca atenção da doutrina nacional.²

Aliás, quase toda a atenção dos processualistas tem-se voltado, de modo geral, para o processo de conhecimento, deixando o estudo dos princípios e dos fundamentos que regem a execução quase na mais absoluta penumbra. O problema não existe somente no Brasil, podendo-se afirmar que, a grosso modo, na doutrina dos fundamentos do Processo de Execução, possui pequena ou quase nenhuma tradição.³

Além disso, assentou-se, há longa data em nossa jurisprudência, a idéia da penhora do faturamento da empresa como medida excepcional, adotável apenas após infrutíferas tentativas de constrição de bens suficientes a garantir a execução, ou, ainda, nos casos em que os bens encontrados fossem de difícil alienação.

O presente ensaio tem por objetivo analisar a sistemática da penhora do faturamento da empresa na execução fiscal, considerando-se as normas existentes na legislação brasileira, bem como os direitos fundamentais envolvidos — a exemplo do direito fundamental do credor à tutela executória efetiva e do direito fundamental do devedor à mínima restrição em sua esfera privada —, a fim de se estabelecerem parâmetros para a efetivação da medida em casos práticos.

2 A EXECUÇÃO FISCAL TRATADA COMO PROCEDIMENTO ESPECIAL PARA A EXECUÇÃO DE QUANTIA CERTA

Segundo o Art. 1º da Lei n. 6.830/80, “a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.

O procedimento regido pela Lei de Execuções Fiscais enquadra-se como subespécie de Processo de Execução de título extrajudicial para a cobrança de quantia certa – eis a aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil.⁴

² Se o estudo dos fundamentos do Processo de Execução – mormente os constitucionais – apenas paulatinamente começa a abrir caminho, isso não se verifica com o Processo de Execução por quantia certa regido pela Lei n. 6.830/80, deixado em uma miséria quase franciscana. Ver: TONILOLO, Ernesto José. A prescrição intercorrente na execução fiscal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³ Nesse sentido, ver: BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Zwangsvollstreckungsrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 1996. p. 51-52: “Die Lehre von Verfahrensgrundsätzen hat im Einzelvollstreckungsrecht ähnlich wie im Insolvenzrecht keine oder doch nur sehr kurze Tradition. Gleichwohl beginnt sich die Erkenntnis von der Sinnhaftigkeit solcher Grundsätze mehr und mehr Bahn zu brechen”.

⁴ Segundo Milton Flaks, “pode-se definir execução fiscal como o procedimento executório especial destinado à cobrança de créditos públicos inscritos, na forma da lei em dívida ativa”. Ver: FLAKS, Milton. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 22.

De acordo com o item n. 24 da Exposição de Motivos, as inovações introduzidas pela Lei n. 6.830/80 “como normas peculiares à cobrança da Dívida Pública têm por objetivo os privilégios inerentes ao crédito fiscal e a preferência por normas processuais preexistentes, ajustadas ao escopo de abreviar a satisfação do direito da Fazenda Pública”.

Conforme salienta Humberto Theodoro Júnior, apesar de o procedimento dotar os entes públicos de alguns privilégios, “em linhas gerais, a sistemática da execução fiscal introduzida pela Lei n. 6.830 é a mesma do Código de Processo Civil, ou seja, a da execução por quantia certa como processo de pura atividade de realização do direito do credor”.⁵

Embora a execução fiscal seja tida por alguns como privilégio dos entes públicos, Milton Flaks, em seu estudo histórico acerca da execução fiscal, afirma que o procedimento especial para a cobrança da dívida ativa seria antes uma conquista dos contribuintes do que do Estado — já que em momentos históricos anteriores era empregada a *manus militari* na cobrança dos tributos.⁶

Como os valores arrecadados pelos entes públicos se destinam a custear as atividades estatais, voltadas à persecução do bem comum, o ordenamento jurídico buscou dotar-lhes de um instrumento célere e eficaz para a cobrança de seus créditos.⁷ A situação de privilégio só se justifica por se destinarem os recursos arrecadados através da execução fiscal às atividades estatais típicas, voltadas à persecução do bem comum.⁸

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 7.

⁶ “Compensando a sua subordinação, como qualquer credor, à Justiça comum, é uma constante no Direito Positivo, o fisco conceder a si mesmo uma série de prerrogativas, justificadas pelo próprio Seabra Fagundes como a ponderação de que ‘dos meios pecuniários depende, prática e primariamente, a realização dos fins do Estado, que sem eles não poderia subsistir’. Essas prerrogativas, como atesta a evolução legislativa do instituto, consistem basicamente: a) na autoconstituição de seu título de crédito; b) no procedimento executório; c) na presunção de veracidade, cabendo ao executado elidi-las; d) na preferência dos seus créditos, em maior ou menor grau, segundo a época”. Ver: FLAKS, 1981, op. cit., p. 2.

⁷ Ao explicar a introdução da Lei n. 6.830/80 em nosso ordenamento jurídico, após um hiato de sete anos nos quais a cobrança da dívida ativa se sujeitou ao rito previsto no Código de Processo Civil, da mesma forma que os créditos dotados de força executiva das entidades privadas, assim discorre Milton Flaks: “Sustentando que ao Estado deve ser garantido um processo expedito para realização da dívida pública, o Poder Executivo propôs ao Congresso que a cobrança da Dívida Ativa voltasse a ter um procedimento próprio, proposta da qual resultou a Lei n. 6.830, de 22.9.80, publicada no D.O., de 24.9.80 e com vigência a partir de noventa dias após sua publicação. Fundamentou-se a mensagem do Executivo (Mensagem 87/80) em que a reforma processual de 1973 ‘não só deu ao crédito público o mesmo tratamento da nota promissória e da letra de câmbio, títulos comerciais, como permitiu que outras espécies de obrigações, v.g., as obrigações para com entidades financeiras, tivessem um rito de execução – com fase extrajudicial – muito mais eficaz, rápido e com privilégios que jamais foram concedidos ao crédito público’. Ibid., p. 19-20.

⁸ Desta forma, por exemplo, a jurisprudência consolidou entendimento segundo o qual as autarquias, embora previstas no Art. 1º da Lei de Execuções Fiscais como legitimadas ativas, não podem fazer uso do procedimento se exploraram atividade tipicamente privada, a exemplo das extintas Caixas Econômicas Estaduais ou do próprio BRDE. A respeito disso, vem a longo tempo decidindo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de que é exemplo o REsp. 26.798-9/RS, 4ª Turma, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, julgado em 22.9.1992, assim ementado: “EXECUÇÃO FISCAL. LEI N. 6.830/80. CONTRATO DE MÚTUO. CONVERSÃO DE RITO. BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO – BRDE. AUTARQUIA QUE ATUA COMO BANCO NÃO DISPÕE DE EXECUÇÃO FISCAL PARA HAVER CRÉDITO DECORRENTE DE CONTRATO DE MÚTUO. PELA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, ADMITE-SE A FUNGIBILIDADE DE RITO, COM O APROVEITAMENTO DOS ATOS PRATICADOS SOB A REGÊNCIA DA LEI N. 6.830/80, PROSSEGUINDO A EXECUÇÃO DE ACORDO COM AS NORMAS DO CPC. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO.”

Advirta-se aqui que as semelhantes razões que justificam a criação de um procedimento especial para a cobrança dos créditos públicos geram obrigações ao ente público de pautar a sua atuação na execução fiscal, não se orientando apenas pelo interesse na satisfação de seu crédito (ao contrário do que ocorre com um credor privado) mas também atentando a todas as dimensões do interesse público em jogo.

Como veremos a seguir, o estudo da penhora do faturamento da empresa no âmbito da execução fiscal não pode ignorar que, como o ente público deve sempre pautar o seu agir pela persecução do interesse público (também na via judicial), ao postular as medidas expropriatórias, deve observar os demais valores constitucionais envolvidos, com especial relevo à manutenção da atividade da empresa executada, ao preservar, deste modo, a geração futura de tributos e ao assegurar a realização dos direitos fundamentais ao emprego e à propriedade privada.

3 A POSITIVAÇÃO DA PENHORA DO FATURAMENTO DA EMPRESA E A INSUFICIÊNCIA DA RECONSTRUÇÃO DO INSTITUTO PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Assentou-se, há longa data em nossa jurisprudência, a idéia da penhora do faturamento da empresa como medida excepcional, apenas adotável após infrutíferas tentativas de constrição de bens suficientes a garantir a execução, ou, ainda, nos casos em que os bens encontrados fossem de difícil alienação.

Como demonstraremos, tal entendimento não corresponde à melhor interpretação constitucional para as normas que tratam do assunto, por deixar de considerar inúmeros valores constitucionais envolvidos, cuja harmonização se tornaria viável nos Processos Executórios.

Despertando para o potencial da medida como instrumento vocacionado à prestação da tutela executória, o legislador pátrio introduziu o Art. 655-A, § 3º⁹, no Código de Processo Civil, dando as linhas gerais para a sua implementação no âmbito do Processo Executivo.

Não se trata, a nosso ver, de uma reforma cosmética, pois o legislador não se limitou a modificar a criticada expressão “usufruto de empresa”, substituindo-a pela “penhora do faturamento de empresa”.

⁹ “§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.”

No âmbito do Executivo Fiscal, as diretrizes para a penhora do faturamento da empresa também são estabelecidas no Art. 655-A, § 3º, do CPC, aplicável de forma subsidiária, em razão do disposto no Art. 1º da Lei n. 6830/80.

Contudo, a própria Lei de Execuções Fiscais, após estabelecer no Art. 11 a ordem dos bens a serem penhorados, dispõe, em seu parágrafo primeiro, que, “excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção”.

A redação do dispositivo conduz alguns intérpretes a asseverar que a penhora do faturamento de empresa constituiria medida excepcional, somente devendo ser deferida pelo Juiz quando esgotadas as possibilidades de se localizar e de se penhorar os bens descritos no Art. 11 da LEF.

Interpretando a dicção do § 1º do Art. 11 da Lei n. 6.830/80, prevaleceu na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual a penhora sobre o faturamento da empresa apenas seria admissível como medida excepcional.

Bem resume a posição do STJ, acerca do assunto, o AgRg no Ag 1032631/RJ, relatado pelo Min. Teori Albino Zavascki, julgado pela 1ª Turma em 04/11/2008, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART.544 E 545 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. PRESSUPOSTOS. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. A penhora de faturamento não é equivalente à penhora de dinheiro e reclama requisitos específicos.

2. É que a jurisprudência do Tribunal é pacífica no sentido de que “a penhora sobre faturamento da empresa não é sinônimo de penhora sobre dinheiro, razão por que o STJ tem entendido que referida a constrição exige que sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em lei. Isto porque o Artigo 620 do CPC consagra favor debitoris e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o Juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor. É admissível proceder-se à penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução ou sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação de administrador (Arts. 678 e 719, caput do CPC), ao qual incumbirá a apresentação das formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.” (AgRg no REsp 768.946/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.08.2007, DJ 23.08.2007 p. 211)

5. Agravo regimental provido para dar provimento ao agravo de instrumento, determinando a subida do recurso especial.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 39-60, 2010

Tal posicionamento, a nosso ver, corroborado pela ausência de abordagens doutrinárias acerca do assunto, relegou ao segundo plano esse importante instrumento executório, cuja aplicação adequada, ao mesmo tempo em que assegura a realização do direito fundamental do credor à tutela jurisdicional efetiva, possibilita a sua harmonização com outros direitos fundamentais do executado e da coletividade, a exemplo da preservação da propriedade privada e da busca do pleno emprego.

Acerca do caráter harmonizador do instituto previsto na nova legislação, trazemos a lição de Ricardo Lucas de Camargo:

O legislador, aqui, quis referir-se à totalidade do patrimônio que compõe a empresa, considerando-a como sujeito distinto do empresário, preocupando-se com a sua sobrevivência sem que se sacrifique o direito do credor, tanto que exige a nomeação, pelo juiz, de administrador, de sorte que o trâmite do processo executório não atinja a massa de interesses em jogo.¹⁰

Estabelecidas as bases legais da penhora do faturamento na execução fiscal, impõe-se a reconstrução do mecanismo, levando-se em consideração os valores constitucionais envolvidos e as linhas mestras que regem o Processo de Execução, de forma a respondermos adequadamente às seguintes indagações:

a) como, e em que hipóteses, admite-se a penhora do faturamento da empresa na execução fiscal?

b) qual é a melhor forma de se operacionalizar a penhora do faturamento da empresa na execução fiscal?

4 O DIREITO FUNDAMENTAL DO CREDOR À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E OS DEMAIS VALORES CONSTITUCIONAIS A SEREM CONSIDERADOS NA PENHORA DO FATURAMENTO DA EMPRESA NO EXECUTIVO FISCAL

O Processo de Execução não deve ser compreendido como o emprego de meras técnicas voltadas à satisfação do crédito inadimplido, mas, sim, como instrumento de realização de valores constitucionais —, enquadrando-se, acima de tudo, como direito constitucional aplicado.¹¹

A penhora de faturamento na execução por quantia certa se encontra, não por acaso, normatizada apenas em linhas gerais pelo legislador pátrio. A própria natureza

¹⁰ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2010. p 53-60.

¹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Revista da Ajuris, 2000.

desta espécie de constrição exige que a Lei se limite a traçar os seus contornos de modo geral e flexível, objetivando torná-la adaptável às necessidades do caso concreto^{12,13}.

A opção do legislador apresenta-se equilibrada, normatizando apenas o essencial à preservação do direito fundamental à segurança jurídica no âmbito do Processo de Execução, trazendo previsibilidade ao traçar as linhas mestras da penhora do faturamento da empresa, porém, ao mesmo tempo, evitando o regramento detalhado que poderia comprometer a efetividade do Processo¹⁴.

A reconstrução do instituto e a sua implementação devem ser realizadas, sem perder de vista os direitos fundamentais e os valores constitucionais envolvidos, com especial atenção ao formalismo-valorativo¹⁵, concretizando-se, desta maneira, o adequado equilíbrio entre efetividade e segurança jurídica.

Acerca do papel dos direitos fundamentais na conformação do Processo Civil, assim discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

(...) reconhece-se hodiernamente aos direitos fundamentais, sem maiores objeções, a natureza de 'máximas processuais', direta ou indiretamente

¹² Comparando a intervenção judicial da empresa com o antigo perfil normativo da penhora do faturamento, outrora denominada de "usufruto de empresa", em lição perfeitamente atual, assim discorre Marcelo Lima Guerra: "É de extrema importância dogmática a percepção dessas relações entre os dois institutos apontados. É que a intervenção judicial em empresa é dotada de contornos flexíveis, tornado-a facilmente adaptável às necessidades de cada caso concreto. Em sendo assim, ela se presta como parâmetro ao intérprete, na própria reconstrução sistemática do instituto do usufruto judicial, viabilizando a superação de eventuais limitações verificáveis na disciplina legal deste último". Ver: GUERRA, 2003, op. cit., p.161.

¹³ Ademais, conforme advertem os juristas alemães Fritz Baur e Rudolf Stürner, em lição perfeitamente aplicável ao caso em estudo – já que a penhora do faturamento, como medida expropriatória, apresenta-se profundamente ligada ao processo –, os fundamentos processuais constituem o parâmetro para solucionar, de forma igual ou diferenciada, o caso individual. Não existe, contudo, um esquema uniforme preestabelecido, no qual se amoldem todos os casos individuais. Então, raramente se aplica um fundamento processual de modo absoluto. Frequentemente, um regramento legal reserva a princípios que se imbricam maior ou menor âmbito. Quando se deixam de fora os questionamentos acerca das linhas mestras de um ordenamento jurídico, cedo ou tarde, deixa-se de entendê-lo, caindo a norma jurídica no formalismo vazio. No original: "... Die Verfahrensgrundsätze sind der Masstab für Gleichbehandlung und Differenzierung bei der Einzelfalllösung. Sie sind kein einförmiges Schema, das dem Einzelfall schablonenhaft übergestülpt wird; denn nur selten ist ein Verfahrensgrundsatz rein verwirklicht, oft lässt eine gesetzliche Regelung gegenläufigen Prinzipien mehr oder weniger Raum. Wo indessen die Frage nach den Leitlinien einer rechtlichen Regelung verstummt, geht früher oder später ihr Verständnis verloren, die Rechtsregel wird zum leeren Formalismus. Auch, eine Reformdiskussion kann sinnvoll nur vor dem Hintergrund historisch gewachsener Grundsätze eines Rechtsgebietes geführt werden." BAUR; STÜRNER, 1996, op. cit., p. 51-52.

¹⁴ A opção do legislador por limitar-se a traçar as linhas gerais da penhora do faturamento vem ao encontro do conceito de efetividade, sob a ótica do formalismo-valorativo, traçado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que assim discorre: "A efetividade qualificada, numa perspectiva dinâmica, implica, em primeiro lugar, o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito, adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita a "necessidade de tutela" manifestada na demanda. Para tanto, é totalmente desejável sejam elásticas e diferenciadas as formas de tutela, levando em conta as peculiaridades das crises sofridas pelo direito material e as exigências do caso concreto. Essencial, ainda, que outorguem o máximo de efetividade, desde que preservados outros direitos fundamentais, a exemplo do direito ao processo justo, que é a concretização deontológica do valor da segurança jurídica no Estado Constitucional. Significa isso não só afastar na medida do possível a tipicidade das formas de tutela como também elastecer o seu leque para abarcar todas as formas de direito material e as crises por ele sofridas". ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no Processo Civil – proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a. p. 127-128.

¹⁵ Ibid.

determinadoras da conformação do processo, contendo ao mesmo tempo imediata força imperativa. Desta sorte, a Constituição passa a influenciar de forma direta a posição jurídico-material dos indivíduos perante os Tribunais, garantindo posições jurídicas subjetivas, assumindo natureza de direitos de defesa perante os poderes públicos com dimensão objetivo-institucional, funcionando como princípios jurídico-objetivos para a conformação dos Tribunais e do processo judicial. Sublinhe-se a riqueza oferecida pelo ordenamento constitucional brasileiro no concernente a máximas processuais, a evidenciar a visão essencialmente comprometida do constituinte de 1988 com a garantia dos direitos processuais do cidadão e sua preocupação em evitar, ou pelo menos minimizar, o autoritarismo dentro do processo.¹⁶

Saliente-se que, no presente ensaio, não utilizamos a nomenclatura *garantias processuais*; entretanto, nós nos referimos a *direitos fundamentais processuais*, no intuito de enfatizar o novo *status* alcançado por esses direitos na Constituição Federal de 1988. Apresenta-se, pois, insuficiente a concepção estática de tais direitos, como simples garantias de observância obrigatória, servindo de meras balizas na tarefa de interpretação da legislação infraconstitucional, já que, por força do disposto no Art. 5º, §1º, da Constituição Federal, passaram aqueles a ter aplicação imediata, impondo-se ao Juiz a sua efetiva realização, mesmo diante da ausência de regulação legal.

Novamente nos valemos da lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem os direitos fundamentais processuais não correspondem à noção de simples garantias constitucionalizadas, exigindo papel ativo do Juiz na sua implementação. Neste sentido:

Como justamente observa autorizada doutrina, os direitos fundamentais consagrados na Constituição constituem situações subjetivas “instrumentais”, cujo “reforçamento” constitucional não teria nenhum significado se as correspondentes garantias não permitissem restaurá-las integralmente no caso concreto. O próprio conceito de inviolabilidade dos direitos fundamentais se exauriria numa estéril abstração se à possibilidade de violação não correspondesse a possibilidade de tutela da situação subjetiva violada (tutela, acrescento, que deve ser efetiva e outorgada em tempo razoável). À possibilidade de violação deve corresponder a possibilidade de tutela efetiva da situação subjetiva¹⁷.

Como subespécie de execução por quantia certa, a execução fiscal também é pautada pelo direito fundamental do credor à tutela jurisdicional efetiva, realizada com o emprego dos meios expropriatórios estabelecidos na Lei.¹⁸

¹⁶ Ibid., p. 100-101.

¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009b. p. 82-83.

¹⁸ Marcelo Lima Guerra, em sua obra que inovou, ao modificar profundamente o enfoque da tutela executória no Brasil, chama a atenção para os limites e para as insuficiências dos meios típicos executivos tipificados pelo CPC, assevera: “É certo que a opção por um sistema típico de tutela executiva inspira-se, claramente, no princípio da legalidade – princípio basilar do Estado de Direito –, segundo o qual se procura fixar em lei, o máximo possível, as sanções a serem aplicadas pelos juízes, assim como os procedimentos a serem adotados para essa finalidade, com vistas à eliminação (ou pelo menos à diminuição) do arbítrio judicial e à preservação da certeza e segurança

Não estamos tratando aqui de simples garantia à tutela jurisdicional executória, mas sim de direito fundamental à efetiva tutela executória, prestada em tempo razoável. Por ser um direito fundamental processual constitucionalizado, impõe-se a sua realização pelo órgão judicial, mesmo na ausência de regramento infraconstitucional específico.¹⁹

Sob esse prisma, em atenção ao direito fundamental do credor à efetividade da tutela jurisdicional, as normas que versam sobre os meios executórios, dentre os quais se enquadra a penhora do faturamento da empresa, devem ser interpretadas e integradas de forma a possibilitar-se a plena satisfação do crédito executado.

Mais do que nunca, o direito fundamental à efetividade do Processo de Execução, consagrado no Art. 5º, XXV, da Constituição Federal²⁰, consiste na satisfação plena, integral e em tempo razoável do crédito executado.

Nessa corrente de pensamento, Marcelo Lima Guerra discorre acerca do conteúdo da expressão *direito fundamental do credor à tutela executiva*:

o que se denomina *direito fundamental à tutela executiva* corresponde à peculiar manifestação do postulado da máxima coincidência possível no âmbito da tutela executiva. No que diz com a prestação de tutela executiva, a máxima coincidência traduz-se na exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo. É essa exigência, portanto, que se pretende “individualizar”, no âmbito daqueles valores constitucionais englobados no “due process”, denominado-o *direito fundamental à tutela executiva* e que consiste, repita-se, na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva.²¹

Assim, as normas referentes ao Processo de Execução, aplicáveis à penhora do faturamento da empresa, devem ser interpretadas não apenas em atenção ao

jurídicas”. Demonstrando os limites da tipificação dos meios executivos, prossegue: “No entanto, não se pode ignorar mais a insuficiência dessa técnica legislativa, também no terreno da execução forçada, diante da impressionante rapidez com que surgem e se transformam as relações (sociais) a serem disciplinadas pelo direito. Na realidade, é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as peculiaridades dos direitos merecedores de tutela executiva (o que significa dizer, aqueles direitos consagrados em títulos executivos) e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essa peculiaridade”. Ver: GUERRA, 2003, op. cit., p.66.

¹⁹ “A concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas do ordenamento jurídico tem importância capital não só teórica, para as tarefas do Estado. Daí decorre que qualquer poder do Estado tem uma obrigação (negativa) de se abster de ingerências no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, como também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo que sirva para a realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não diga respeito a uma pretensão subjetiva dos cidadãos”. Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, 2009, op. cit., p. 84.

²⁰ Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a efetividade está consagrada na Constituição Federal, Art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas sem prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus”. Ibid., p. 87.

²¹ GUERRA, 2003, op. cit., p.102.

direito fundamental do credor à execução efetiva mas também aos demais direitos fundamentais envolvidos (processuais ou materiais), especialmente ao direito fundamental a um processo justo, compreendido tanto no resultado quanto nos meios executórios empregados²².

Para o referido autor, “o direito fundamental à tutela executiva autoriza o Juiz a adotar as medidas que se revelem mais adequadas a propiciar pronta e integral tutela executiva, ainda, e, sobretudo, que não previstas em lei...” Prossegue:

“Além disso, por força do mesmo direito fundamental o Juiz deve também, repita-se, interpretar as normas existentes de modo a delas extrair um sentido que mais assegure a eficácia dos meios executivos disciplinados. Tudo isso, insista-se, feito com a observância do quadro completo dos direitos fundamentais, respeitando-se os limites impostos a cada um pelos demais e realizando, sempre que necessário, a concordância prática entre os direitos em colisão”.²³

Sem sombra de dúvida, o deferimento da penhora do faturamento da empresa possibilita, na hipótese de inexistência de outros bens penhoráveis, a superação da crise sofrida pelo Processo de Execução Fiscal, com a realização do direito fundamental do credor à tutela jurisdicional efetiva.

Existindo outros bens penhoráveis e de fácil alienação, a opção pela penhora do faturamento da empresa resulta em uma maior dilação no prazo para a satisfação do crédito executado, restringindo, em certa medida, o direito fundamental do credor à efetividade na execução, já que esta engloba a prestação jurisdicional em tempo razoável.

Contudo, nesta última hipótese, podem ocorrer, no caso concreto, situações nas quais a expropriação do patrimônio da empresa, por meio da penhora de bens e da alienação em hasta pública, apresenta-se excessivamente onerosa à executada.

Pode-se caracterizar, no caso concreto, o retardamento na satisfação do crédito executado como medida justificável para a harmonização do direito do credor à efetividade da execução com aqueles assegurados ao devedor (proteção à propriedade privada e ao processo justo (não excessivamente oneroso), bem como com os interesses de ordem pública, decorrentes da necessidade de preservação da empresa para a geração de novos tributos, com a busca do pleno emprego, ou, até mesmo, com os direitos fundamentais de titularidade de terceiros (direito ao emprego, à dignidade da pessoa humana, etc).

²² Conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido.” Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, 2000, op. cit.

²³ GUERRA, 2003, op. cit., p. 104-105.

Esses e outros valores constitucionais devem ser ponderados no momento de se decidir pela penhora do faturamento, assim como na interpretação das normas que tratam da sistemática de sua operacionalização, a exemplo da definição do percentual sobre o qual recairá a constrição, bem como na escolha do depositário/administrador da penhora e na definição do alcance de seus poderes.

Conforme advertimos anteriormente, as semelhantes razões que justificam a criação de um procedimento especial para a cobrança dos créditos públicos geram para o credor público a obrigação de atuar na execução fiscal na persecução do interesse público como um todo, não devendo orientar-se apenas pela cega busca da satisfação de seu crédito.

Não estamos tratando aqui das limitações impostas ao direito de qualquer credor no âmbito da execução pelo Juiz, a exemplo das decorrentes do princípio da menor onerosidade (Art. 620, CPC), que, como vimos, também serão aplicáveis à execução fiscal, mas nos limites impostos diretamente à atuação do ente público em seu âmbito.

Embora devamos atentar à circunstância de que o crédito cobrado por meio da execução fiscal destina-se a um fim muito caro ao ordenamento constitucional pátrio — o interesse público como bem comum —, este último não é absoluto,²⁴ não podendo ser entendido como “um gigante que se diverte ao lançar dardos sobre as cabeças dos pobres mortais contribuintes”.

Conforme salienta Hartmut Maurer, o conteúdo da expressão *interesse público* deve ser buscado na Constituição bem como na legislação infraconstitucional. Por tal razão, os interesses públicos ora compreenderiam os individuais, ora seriam com eles conflitantes. Para o referido autor, em lição perfeitamente aplicável ao Direito brasileiro, tendo a Constituição estatuído como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, e prevendo expressamente os direitos

²⁴ A propósito, Humberto Bergmann Ávila nega a existência da supremacia do interesse público sobre o particular, ao menos como princípio, destacando que sequer se identifica com o bem comum, o qual considera “a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos, não o direcionamento dessa composição em favor do interesse público”. Nesse sentido, o doutrinador admite apenas excepcionalmente a existência de situações em que o interesse público prevaleça sobre o particular, mas tais situações decorreriam do resultado da aplicação de postulados, dentre os quais o da proporcionalidade, constando necessariamente de decisões devidamente fundamentadas pelos aplicadores do Direito, e não da visão do interesse público como um princípio de supremacia. Além disso, salienta que os interesses privados compõem a definição de interesse público, não se devendo falar em uma separação ou em uma contraposição com os mesmos, exigindo-se, para restringi-los, uma ponderação à medida de sua restrição. Ver: ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 24, p. 159-180, 1998. Ao citar Peter Häberle (*Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher, Rechtstheorie*, 14, p. 528, 1983), afirma: “Podem existir casos nos quais o interesse público ainda hoje receba a supremacia. Decisivo é apenas que os tribunais fundamentem normativamente essa superior hierarquia e não sucumbam a uma fórmula tradicional ou a postulados em vez de dar fundamentação”.

RPEGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 39-60, 2010

fundamentais, a Administração, ao perseguir o interesse público, deve também observar os direitos individuais.²⁵

Como o ente público deve sempre pautar o seu agir pela persecução do interesse público (também na via judicial), ao postular as medidas expropriatórias, deve aquele observar os demais valores constitucionais envolvidos, com especial relevo à manutenção da atividade econômica da empresa executada, preservando-se a geração futura de tributos e assegurando a realização dos direitos fundamentais ao emprego e à propriedade privada, dentre outros.

Por óbvio, a ação do ente público em juízo não pode equiparar-se, para todos os fins, a de um credor privado, pois o interesse financeiro decorrente da recuperação do crédito fiscal não-pago é apenas uma das dimensões do interesse público a serem consideradas na execução fiscal.

Assim, por exemplo, deparando-se com a possibilidade de liquidar o patrimônio devedor, por meio da expropriação de bens eventualmente existentes, obtendo a satisfação imediata do crédito fiscal, o ente público poderia optar pela penhora do faturamento da empresa. Contudo, a dilação no tempo de recebimento dos valores executados, a penhora de faturamento pode justificar-se como primeira opção para o credor público, nos casos em que possibilite a harmonização da satisfação de seu crédito com a manutenção das atividades da empresa. Nessa hipótese, a recuperação do crédito executado seria alcançada — embora em maior lapso temporal —, garantindo-se, também, a geração de novos tributos, a manutenção dos empregos existentes e a preservação da organização da atividade produtiva.

Em se tratando de execução fiscal, deve ser considerado que a ação do ente público na persecução de seu crédito não deve perder de vista a realização do interesse público compreendido em seu amplo espectro, como bem comum.

Assim, não se apresenta adequado interpretar, como fazem alguns, o disposto no § 1º do Art. 11 da Lei n. 6.830/80 de forma literal, dali retirando que a penhora sobre o faturamento da empresa seria admissível apenas como medida

²⁵ Acerca do conteúdo do conceito de interesse público, assim discorre Hartmut Maurer: “Daraus folgt, dass die Verwaltung am öffentlichen Interesse orientiert sein muss. Die, “öffentlichen Interessen” liegen allerdings nicht ein für allemal fest, sondern sind dem Wandel der Zeit unterworfen und auch in ihrer Zeit oft Kontrovers. Vor allem im pluralistischen Staatswesen unserer Gegenwart ist immer wieder fraglich, was zu den öffentlichen Interessen gehört und welches Gewicht ihnen bei Interessenkonflikten zukommt. Massgeblich sind vor allem die Verfassung und in deren Rahmen die Gesetzgebung. Die öffentlichen Interessen können sich mit Individualinteressen ganz oder teilweise decken, ihnen aber auch entgegenstehen. Da das Grundgesetz die Menschenwürde zum obersten Konstitutionsprinzip erklärt und die Grundrechte nachdrücklich garantiert (Art. 1 ff. GG), sind bei der Verfolgung der öffentlichen Interessen auch die Interessen einzelner zu beachten, ja kann sogar die Wahrnehmung von Individualinteressen zur öffentlichen Aufgabe gehören (etwa Sozialfürsorge)”. Ver: MAURER, Hartmut. Allgemeines Verwaltungsrecht. 14. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2002. p. 5.

excepcional, ante a inexistência de outros bens penhoráveis, ou quando estes fossem de difícil alienação.

Como vimos, em situações específicas, mesmo que existam bens penhoráveis e de fácil alienação, a expropriação do patrimônio da empresa por meio da penhora e da alienação em hasta pública pode apresentar-se excessivamente onerosa para a executada e contrária ao interesse público. Nessas hipóteses, a penhora do faturamento pode colocar-se como meio executório de primeira escolha para o ente público, impondo-se o seu deferimento pelo Juiz, como forma de harmonizar, no caso concreto, os valores constitucionais envolvidos.

Trata-se, pois, de buscar o justo equilíbrio entre o direito do credor à satisfação de seu crédito e a preservação da empresa, o que exigirá do aplicador do direito muita atenção às peculiaridades do caso concreto.

Situação interessante é aquela em que a empresa, mesmo considerado o percentual máximo da penhora do faturamento que possa suportar, não possua condições de pagar sequer os juros do montante principal executado. Nesse caso, a adoção da medida não se apresenta eficiente à satisfação do crédito executado, comprometendo o direito fundamental do credor à efetividade da tutela jurisdicional²⁶, já que o processo não poderá dar ao credor aquilo que é seu, nem mesmo considerando o passar dos anos.

Embora o caso em comento, possivelmente, represente crise de superação improvável no Processo Executivo regido exclusivamente pelo Código de Processo Civil, isso não ocorre em se tratando de execução fiscal, em que se poderia justificar a adoção da penhora do faturamento, mesmo quando insuficiente à satisfação integral do crédito executado. Conforme demonstramos anteriormente, o Procurador do ente público possui o dever de agir, inclusive em juízo, pautado pelo interesse público, considerado em sua totalidade — que não se restringe à realização do crédito executado —, podendo abranger, também, a necessidade de preservação da empresa.

Daí podermos concluir, em contrariedade ao assentado na jurisprudência dos nossos Tribunais, que a penhora do faturamento da empresa não se apresenta, sempre, como medida excepcional.

²⁶ A idéia de efetividade processual exige que a tutela jurisdicional seja integral, não ficando alguém nem além do que o demandante teria obtido no plano do direito material com o cumprimento espontâneo da obrigação. A efetividade, assim, corresponde à conhecida fórmula talhada por Chiovenda segundo o qual “o processo deve dar à parte vitoriosa tudo aquilo e exatamente aquilo”. De fato, a violação ao direito fundamental do credor à efetividade da tutela executiva verifica-se sempre que os meios executivos não sejam capazes de dar ao credor uma pronta e integral satisfação de seu crédito. Nesse sentido, Marcelo Lima Guerra refere: “sempre que o meio executivo previsto em lei não for capaz de proporcionar uma pronta e integral satisfação do credor, tem-se uma *denegação de tutela executiva*, o que consiste em autêntica violação do direito fundamental à tutela executiva”. ver: GUERRA, 2003, op. cit., p.66.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 39-60, 2010

5 A IMPLEMENTAÇÃO ADEQUADA DA PENHORA DO FATURAMENTO DA EMPRESA NA EXECUÇÃO FISCAL

Ainda que a penhora do faturamento da empresa constitua instrumento extraordinário de harmonização de direitos fundamentais e de valores constitucionalizados no âmbito da execução fiscal, o seu alcance dependerá da adequada implementação dessa técnica expropriatória.

Embora entendamos que a penhora do faturamento da empresa possa ser construída pelo Juiz, mesmo sem a existência de regramento infraconstitucional específico, em razão da auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais mencionados, não se pode olvidar o papel fundamental do legislador em regular o assunto, trazendo segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados no âmbito do Processo de Execução.

Acerca do papel da Lei na realização dos direitos fundamentais constitucionalizados, Nicolò Trocker observa:

Indubbiamente, com l'affermazione che i diritti fondamentali sono diritto immediatamente vigente, il costituente non ha inteso escludere "sic et simpliciter" la funzione intermediaria del legislatore. La legge resta certamente lo strumento migliore per la concretizzazione di determinate situazioni di vantaggio riconosciute sul piano costituzionale²⁷.

Cumprindo esse papel na realização dos direitos fundamentais, o legislador, atentando ao potencial da penhora do faturamento da empresa como instrumento vocacionado à prestação da tutela executória, inseriu o Art. 655-A, § 3º, no Código de Processo Civil, regulando, em linhas gerais, a sua implementação.

O referido Artigo, que passou a regrar de forma adequada a penhora do faturamento da empresa, bem como o seu procedimento, aplicável de forma subsidiária à execução fiscal, em razão do disposto no Art. 1º da Lei n. 6830/80, está assim redigido:

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constricção, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

A redação do dispositivo legal dá as tintas para a implementação da penhora do faturamento da empresa no caso concreto, possibilitando a composição

²⁷ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 140-141.

harmônica do direito fundamental do credor à execução efetiva com o princípio da menor onerosidade na execução (ou direito fundamental à menor restrição possível) e os demais valores constitucionais envolvidos (v.g.: busca do pleno emprego, proteção ao trabalho, função social da empresa, etc).

Refletindo acerca do antigo instituto do usufruto da empresa, hoje substituído pela penhora de faturamento, assim considera Marcelo Lima Guerra:

Também aqui o direito fundamental à tutela executiva oferece uma importante contribuição, permitindo uma reconstrução sistemática, pela via hermenêutica, das normas que regem o usufruto, de modo a ultrapassar as referidas limitações. Assim, o usufruto judicial pode ser revitalizado pelos instrumentos hermenêuticos próprios da teoria dos direitos fundamentais, tornando assim a expropriação forçada mais adequada a um número maior de situações e, o que é de veras significativo, oferecendo-se uma proteção substancial ao devedor²⁸.

Deferida a medida pelo Juiz, será nomeado, de imediato, depositário/administrador da penhora de percentual de faturamento, que poderá ser o próprio administrador da pessoa jurídica executada ou profissional designado pelo juízo.

Embora tanto o § 3º, do Art. 655-A, do CPC, quanto a Lei de Execuções Fiscais silenciem na definição de quem terá preferência na nomeação para exercer o encargo de depositário/administrador da penhora do faturamento da empresa, podemos invocar — por amoldar-se bem ao perfil do instituto em comento — o disposto no Art. 678 do CPC, que disciplina a penhora de empresa ou de estabelecimento comercial. Segundo a dicção deste último dispositivo legal, a penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores.

Atribuir ao próprio administrador da empresa — geralmente o seu sócio — o encargo de administrador da penhora do faturamento consiste, em tese, na solução mais adequada e de melhor operacionalização, evitando-se os transtornos, as dificuldades e a invasão desnecessária à esfera privada, que resultariam da nomeação de profissional estranho à pessoa jurídica executada.

Em muitos casos, porém, a escolha pelo juízo de depositário fora do quadro societário ou de funcionários da empresa pode revelar-se condição *sine qua non* à efetividade da medida e, portanto, assim como ao próprio Processo de Execução. Imagine-se o caso de empresa administrada de forma inidônea, sendo os seus administradores responsáveis pela prática notória e/ou reiterada de atos contrários

²⁸ GUERRA, 2003, op. cit., p.160.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 39-60, 2010

ao ordenamento jurídico, como, por exemplo, os ilícitos tributários ou as irregularidades contábeis. Nessas circunstâncias, impõe-se a nomeação de profissional de confiança do juízo, habilitado profissionalmente a realizar a administração da penhora do faturamento.

A nomeação de pessoa estranha à sociedade para administrar a penhora do faturamento da empresa também se justifica nos casos de recusa dos sócios em aceitar o encargo de depositário.

De qualquer sorte, entendemos que, em atenção ao direito constitucional fundamental ao contraditório no Processo Civil, o plano de efetivação da penhora do faturamento bem como a escolha do depositário/administrador devem ser submetidos ao amplo debate entre as partes, que poderão colaborar na construção de uma solução mais adequada ao caso concreto.

Nesse âmbito, o exercício do contraditório ganha especial relevo, mormente quando consideramos, pelas razões acima expostas, que o legislador se limitou a traçar as linhas gerais da penhora do faturamento, evitando o regramento detalhado que poderia comprometer a efetividade do processo. De fato, o adequado desenvolvimento desse importante mecanismo expropriatório depende, em grande medida, da participação das partes, que poderão trazer ao processo elementos relevantes para determinar o seu alcance, as suas condições e os seus limites.

A necessidade de se submeter, previamente, a medida ao debate entre as partes — seja no momento do deferimento, seja na elaboração do plano de implementação — decorre diretamente da constitucionalização do direito ao contraditório, compreendido como direito fundamental processual (Art. 5º, LV, CRFB), status que ultrapassa a concepção estática de simples garantia, não somente impondo a direta observância pelo Juiz mas também exigindo a sua imediata realização prática, mesmo na ausência de previsão legal (Art. 5º, §1º, CRFB).²⁹

Ademais, o Código de Processo Civil, ao dispor sobre a penhora da empresa (Art. 667, § 3º, CPC) ou sobre o usufruto de imóvel (Art. 719, CPC), instrumentos similares, previu expressamente a necessidade de oitiva das partes, razão pela qual não deve pairar dúvida a respeito do assunto.

A primeira atribuição do depositário da penhora será elaborar um plano de pagamento do crédito executado, por meio da constrição de percentual do

²⁹ Acerca da concepção dos direitos processuais constitucionalizados não como mera garantia mas como direitos fundamentais, assim preleciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "... a concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas do ordenamento jurídico tem uma importância capital não só teórica, para as tarefas do Estado. Daí decorre que qualquer poder do Estado tem uma obrigação (negativa) de se abster de ingerências no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, como também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo que sirva para a realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não diga respeito a uma pretensão subjetiva dos cidadãos". Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, 2009, op. cit., p. 84.

faturamento da empresa, submetendo à *aprovação judicial a forma de efetivação da constrição*.

Com efeito, o plano de efetivação da penhora do faturamento deve levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, viabilizando a atividade econômica da empresa, satisfazendo, de forma razoavelmente diferida no tempo, o crédito executado, em atenção ao direito fundamental à tutela jurisdicional.

Também, a fixação do percentual deve atentar ao montante executado e às peculiaridades da empresa, ponderando-se o ramo de atuação, a lucratividade, a situação do mercado e as demais considerações individuais. Tal empreitada, contudo, não pode perder de vista que a medida expropriatória se insere no âmbito da execução por quantia certa — especificamente a execução fiscal —, razão pela qual a elaboração do plano da penhora deve assegurar ao exequente a efetividade do processo.

Acerca do assunto, assim discorre Cassio Scarpinella Bueno:

Nos casos em que a penhora recair sobre percentual do faturamento da empresa executada, haverá nomeação, pelo juízo, de um “depositário”, que é o auxiliar da justiça referido pelos arts. 148 a 150, que, dentre as suas atribuições, deverá submeter à aprovação do juízo o melhor método de realização daquela constrição. É dizer de forma bem direta: cabe ao depositário apresentar para o juízo a viabilidade econômica da penhora, apontando qual é o real faturamento da empresa, indicando, a partir daquele dado concreto, o percentual que se afina a providência a ser tomada, sem colocar em risco a sobrevivência econômica da empresa³⁰.

Contudo, não existem, ainda, na doutrina, estudos aprofundados acerca do poder do depositário/administrador da penhora do faturamento no âmbito da administração da empresa executada. Como destacamos anteriormente, o assunto ganha relevo em situações nas quais a sua escolha recaia em profissional de confiança do Juiz, pessoa estranha à sociedade que terá a função de zelar pela implementação da medida, assumindo, além disso, as responsabilidades decorrentes do encargo de depositário.

De acordo com o Art. 655-A, § 3º, CPC, caberá ao depositário/administrador verificar a efetiva situação econômico-financeira da empresa devedora, com a *atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida*.

³⁰ Ver: BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 119.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 39-60, 2010

Cabe ressaltar agora que se evidenciam dois momentos distintos na atuação do depositário/administrador da penhora do faturamento. Em um primeiro momento, este deve inteirar-se da situação da empresa, elaborando um plano a ser submetido a juízo (*atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constricção*). Após, em um segundo momento, deve administrar a penhora do faturamento, sendo responsável pela sua implementação e pelo recolhimento das quantias a serem utilizadas no pagamento do crédito executado (*prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida*).

Na primeira fase — de elaboração do plano a ser submetido a juízo —, o profissional deverá ter acesso à escrituração contábil e às informações financeiras da empresa, sendo impossível traçar limites para a sua atuação, quanto ao acesso às informações sigilosas. Inevitavelmente, invade, por determinação judicial, a esfera privada da executada, em homenagem ao direito fundamental do credor à efetividade da execução.

Já, a restrição aos direitos fundamentais que compõem a esfera privada da executada (como, por exemplo, a proteção aos sigilos bancário e fiscal) não representa maiores problemas teóricos, uma vez que ocorre em razão da necessidade de preservação da efetividade do Processo Executório — aplica-se, aqui, o postulado da proporcionalidade.

A situação se complica na segunda fase da penhora do faturamento — a da implementação —, na qual o depositário/administrador terá a função de *prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida*.

Saliente-se que, na fase de implementação da medida, as ingerências do administrador/depositário na esfera privada da executada não se limitam ao acesso às informações sigilosas, exigindo-se um papel mais ativo, que, muitas vezes, pode conflitar com a vontade dos administradores ou dos gestores da empresa devedora.

Explicitando as funções e os poderes do depositário/administrador da penhora do faturamento da empresa, assim doutrina Humberto Theodoro Júnior³¹:

O depositário exercerá uma intervenção parcial na gestão da empresa, durante o cumprimento do esquema judicial de pagamento. Tomará providências para recolher as importâncias deduzidas do Caixa da Empresa, ou descontadas da conta bancária de cobrança das duplicatas. Poderá, até mesmo, encarregar-se da cobrança dos títulos correspondentes ao percentual do faturamento penhorado.

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 80.

O esquema de pagamento poderá explicitar, caso a caso, a forma adequada da apropriação das parcelas estabelecidas.

Novamente, ganha relevo a idéia de colaboração entre as partes na implementação da medida, de modo a estabelecer-se, ao menos em linhas gerais, o papel e os poderes do administrador/depositário da penhora do faturamento.

De qualquer maneira, as situações conflituosas que podem se configurar na prática são inimagináveis, devendo o Magistrado resolver os conflitos com especial atenção aos valores constitucionais envolvidos, conforme já mencionamos.

Tais problemas, todavia, nem de perto se apresentam quando reunidas as condições ideais para a implementação da penhora do faturamento: as vontades de ambas as partes em dialogar, construindo-se, deste modo, uma solução de consenso para questão.

Os benefícios da medida se potencializam quando o exequente e o executado chegam a um acordo quanto à necessidade da penhora do faturamento, bem como à sua forma de implementação, mesmo quando traçado este último em linhas gerais.

Impõe-se ao Magistrado, quando entender pela viabilidade de adoção da medida, aproximar as partes, chamando-as ao diálogo, assegurando, assim, a efetividade do Processo de Execução, de forma menos onerosa (Art. 620, CPC), além de preservar a segurança jurídica ante a ausência de surpresa, já que a construção da medida contou com plena ciência e com a participação das partes.

Além de decorrer diretamente do direito fundamental ao contraditório ou a um processo justo — o que dispensaria a exigência de previsão legal —, a necessidade de diálogo entre as partes no âmbito do Processo de Execução foi enfatizada, de forma expressa, pelo legislador no Art. 599, inciso I, do Código de Processo Civil:

Art. 599. O juiz pode, em qualquer momento do processo: (Redação dada pela Lei n. 5.925, de 1º.10.1973)

I - ordenar o comparecimento das partes; (Redação dada pela Lei n. 5.925, de 1º.10.1973)

Comentando o tema, Araken de Assis parece atentar aos benefícios da construção da penhora do faturamento por acordo nos autos, assim discorrendo:

Sem embargo da possibilidade de o juiz acolher o plano oferecido pelo administrador, se mostra possível às partes acordarem plano consensual (Art.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 39-60, 2010

677, § 2º). Para este fim, o Art. 599, I, permite a convocação do credor, do gestor da empresa e do executado. Neste caso, o juízo proferindo se osterará homologatório³².

De fato, tratando da penhora da empresa, o Código de Processo Civil, no Art. 677, § 2º, afirma lícito “às partes ajustarem a forma de administração, escolhendo o depositário; caso em que o juiz homologará por despacho a indicação”.

Nada impede — aliás, tudo exige — que a penhora do faturamento seja feita por acordo entre as partes no Processo de Execução Fiscal, submetendo-se ao juízo o plano de implementação, previamente elaborado depois de concluídas as negociações, em que já estariam definidas as condições e os termos do acordo, com a indicação do depositário.

Celebrado o acordo nos autos da execução fiscal e homologado pelo Juiz, suspende-se o processo até o pagamento do valor total executado e de seus acréscimos.

Inclusive, pode constar do acordo, a ser homologado pelo Juiz, que, no prazo de implementação da medida, atendidas às condições especificadas, o ente público forneça à executada certidão positiva com efeito de negativa acerca da inscrição em dívida ativa.

6 CONCLUSÕES

Assim, podemos concluir que a penhora do faturamento da empresa constitui instrumento extraordinário de harmonização de direitos fundamentais e de valores constitucionais no âmbito de qualquer execução por quantia certa, não devendo ser vislumbrada como a última hipótese entre os meios expropriatórios a serem empregados, sobretudo em se tratando de execução fiscal.

A reconstrução do instituto e a sua implementação devem elaboradas ser sem perder de vista os direitos fundamentais e os valores constitucionais envolvidos, com especial atenção ao formalismo-valorativo, concretizando o adequado equilíbrio entre efetividade e segurança jurídica.

Ademais, o estudo da penhora do faturamento da empresa na execução fiscal não pode ignorar que, como o ente público deve sempre pautar o seu agir pela persecução do interesse público (também na via judicial), ao postular as medidas expropriatórias, deve observar os demais valores constitucionais envolvidos, com especial relevo à manutenção da atividade da empresa executada, preservando-se

³² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 655.

a geração futura de tributos e assegurando a realização dos direitos fundamentais ao emprego e à propriedade privada.

Ainda, em situações específicas, mesmo que existam bens penhoráveis e de fácil alienação, a expropriação do patrimônio da empresa por meio da penhora e da alienação em hasta pública pode apresentar-se excessivamente onerosa para a executada e contrária ao interesse público. Nessas hipóteses, a penhora do faturamento pode apresentar-se como meio executório de primeira escolha para o ente público, impondo-se o seu deferimento pelo Juiz, como forma de harmonizar, no caso concreto, os valores constitucionais envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e tutela jurisdicional*. Revista da Ajuris, n. 101, p. 64-65, 2006.

_____. *Do formalismo no Processo Civil - proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009b.

_____. *O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Revista da Ajuris, 2000.

_____. (coord). *A nova execução de títulos extrajudiciais: comentários à Lei n. 11382/2006, de 06 de dezembro de 2006*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 24, p. 159-180, 1998.

BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Zwangsvollstreckungsrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2010.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado/RS, Porto Alegre, n. 57, p. 13, 2003.

RPG, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 39-60, 2010

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FLAKS, Milton. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FREITAS, Vladimir Passos de (coord.); SOUZA, Maria Helena Rau de et alii. *Execução fiscal – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LOPES, Mauro Luís Rocha. *Execução fiscal e ações tributárias*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 14. ed. München: C. H. Beck, 2002.
- NEGREIROS, Teresa. *Dicotomia público e privado frente ao problema da colisão de princípios*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TONIOLO, Ernesto José. *A prescrição intercorrente na execução fiscal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Breves considerações sobre os fundamentos da substituição ou Emenda da CDA na execução fiscal*. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado/RS, Porto Alegre*, n. 61, v. 29, p. 97-109, 2005.
- TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. v. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CONCORRÊNCIA COMO “ESTADO NATURAL” EM FACE DO DIREITO

Ricardo Antônio Lucas Camargo*

Resumo: discute-se a caracterização da concorrência enquanto “estado natural” ou enquanto situação dependente de tutela estatal, considerando o seu tratamento como “princípio” pelo inciso IV do artigo 170 da Constituição Brasileira de 1988.

Palavras-chave: Direito Econômico; Direito Constitucional; Concorrência.

Abstract: one argues competition characterization as a “natural situation” or as a situation demanding State protection, considering its treatment as a “principle” by brazilian Constitution of 1988.

Key words: Economic Law; Constitutional Law; Competition

1 INTRODUÇÃO

Costuma-se falar na concorrência como um estado natural, em que os egoísmos se entre-equilibrariam sem qualquer necessidade de uma atuação de um poder superior e incontestável, e que importaria aos que dela participassem o melhoramento das técnicas de produção e da própria qualidade dos bens e serviços a serem ofertados à coletividade. Estabelece-se, praticamente, um senso comum no sentido de que o mercado, deixado a si, seria o grande responsável pela solução dos problemas que afligem a humanidade, e a concorrência seria o meio natural de estabelecer não só a justa distribuição dos bens escassos em meio aos consumidores, como também de selecionar aqueles que, na luta pela vida, se mostrassem os mais aptos a sobreviverem. As linhas que se seguem vão se voltar ao reexame de temas recorrentes em se tratando desta proposição, sobretudo tendo em vista o dado de ter o inciso IV do artigo 170 da Constituição de 1988 tratado como princípio a livre concorrência.

2 A NOÇÃO DE ESTADO NATURAL

Quando se fala na concorrência como “estado natural”, atribui-se a esta expressão o significado de uma situação cuja verificação transcenderia a vontade humana,

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 61-73, 2010

regida por leis semelhantes às físicas, químicas ou biológicas. Ter-se-ia, destarte, de considerar sua ocorrência como um dado fatal, independente, pois, de fatos voluntários, de atos, para se concretizar¹. Entretanto, qual o pressuposto da concorrência? É a existência de bens e serviços a serem oferecidos pelos sujeitos que deles podem dispor a outros que deles têm necessidade, que deles carecem. Ora, o meio pelo qual uns e outros se aproximam é o contrato. Logo, impensável a concorrência sem a presunção da realização de contratos². E qual a nota comum a todas as conceituações de contrato, nos bons manuais? Justamente a sua caracterização como um acordo de vontades. A partir daí, torna-se difícil sustentar que a concorrência seria um estado natural, dado que dela o fator “acordo de vontades” é inseparável.

De outra parte, há uma tendência a considerar o mercado, e mesmo a concorrência, como fenômenos universais, inerentes à natureza humana, o que implicaria, necessariamente, ou olvidar a existência de sistemas econômicos de autoconsumo adotados em sociedades tribais – o que implicaria uma omissão grave, em termos fácticos – ou então, caso se entenda que teriam sido tomados tais sistemas econômicos, que os integrantes das comunidades em que eles sejam adotados não integrariam o gênero humano – algo que, em realidade, repugnaria à atual consciência jurídica -. Assim, temos demonstrada uma segunda dificuldade em se admitir a concorrência como uma situação “natural”.

3 CONDIÇÕES EM QUE SE VERIFICA A CONCORRÊNCIA DO LADO DA OFERTA

É importante ter em mente, para se visualizar a viabilidade da concorrência não só a reprodutibilidade dos bens fornecidos pelos agentes que atuam no mercado como também a própria capacidade de outros virem a se comportar como sucedâneos. Quanto menor a possibilidade de determinado bem ser reproduzido, menor o universo de agentes aptos a fornecê-lo – e, a partir daí, entende-se uma das hipóteses mais freqüentes de declaração de inexigibilidade de licitação -. A reprodutibilidade de produtos extraídos diretamente da natureza depende de processos biológicos, químicos ou geológicos, razão por que, em linha de princípio, dificilmente se pode estabelecer uma concorrência entre os que se dedicassem ao extrativismo com a mesma intensidade que seria pensável em se tratando dos produtos da agricultura, da pecuária ou da indústria.

Por outro lado, as menores possibilidades de substitutos para determinado bem na satisfação de uma mesma necessidade podem determinar, conforme

¹ RIBAS, Antônio Joaquim. *Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 456; FREITAS, Augusto Teixeira. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 2, p. 506; BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Rio, 1979, v. 1, p. 318.

² SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 123.

a sua raridade, a impossibilidade da concorrência, embora, nesta hipótese, tal impossibilidade não seja inexorável. A este ponto liga-se a preocupação com a possibilidade de variações no preço de produtos e serviços determinar a mudança de hábitos de consumo em certo período de tempo, assim como a tomada em consideração, por parte dos vendedores, da existência dos sucedâneos na adoção de suas estratégias de venda³. A busca de sucedâneos tem sido objeto de política econômica específica no caso de energia e combustíveis: o desenvolvimento de tecnologias concernentes ao uso de energias alternativas, como a solar e a eólica, a adoção dos derivados da cana-de-açúcar em substituição ao petróleo são exemplos mais do que notórios e visam, justamente, reduzir o grau de possibilidade de os fornecedores de petróleo imporem as respectivas condições aos respectivos consumidores.

Outro ponto que merece exame, no tocante à realidade concorrencial é a igualdade da capacidade dos agentes econômicos se entre-enfrentarem no mercado⁴. Ora, nesta igualdade, está pressuposto não sejam os custos de tal monta que impeçam o próprio desenvolvimento da atividade para quantos a ela se dediquem. Daí por que se entendem as razões de o ônus tributário, em princípio, gravar a todos os que se achem em determinado território em caráter universal, ficando as desonerações parciais ou totais à conta de exceções a serem tratadas legislativamente. Neste caso, os cuidados que se tomam com a função econômica estatal de fomento da economia a que se refere o artigo 174 da Constituição Federal vêm a se justificar pelo seu potencial de desequilíbrio da concorrência. Entretanto, é de se ter presente que não é absoluto o valor desta observação.

O potencial de determinado produto ou serviço lograr aceitação é um dos fatores que motivam os agentes econômicos a desenvolverem as respectivas atividades. Ora, um primeiro fator a ser tomado em consideração será a remuneração do consumidor. Assim, se o poder aquisitivo dos possíveis adquirentes dos produtos ou usuários dos serviços permitir a realização dos negócios em um volume apto a permitir a reposição dos custos, este será um fator que motivará o desempenho daquela atividade específica. Porém, desde o século XIX, sabe-se que existem extratos da população cuja renda é menos afetada pelo consumo e que, por isto mesmo, virá a poupar uma parte excedente⁵. Daí se entende que tal potencial de geração da decisão de investir não se venha a apresentar determinado somente pelo poder aquisitivo dos consumidores em potencial, uma vez que também ingressam aqui os fatores determinantes tanto da elasticidade da procura como da elasticidade da oferta.

³ MALARD, Neide Teresinha. Integração de empresas: concentração, eficiência e controle. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 48, n. 185, p. 220, jan/jun 1995.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 229; FORGIONI, Paula Andréa. *Direito Concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 94.

⁵ NUNES, Antônio José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 458-9.

Entre as procuras fracamente elásticas ou inelásticas, aparecem: (1) artigos de primeira necessidade; (2) artigos cuja procura seja proporcionalmente menor que a de outros a eles relacionados; (3) bens complementares; (4) artigos e serviços de grande luxo. Do lado da oferta, haveria menor elasticidade quanto menor fosse a influência do preço no volume de possíveis vendas, qual ocorre com os bens perecíveis, sendo, ao inverso, maior a elasticidade em relação àqueles que tivessem menor capacidade de se deteriorarem e, pois, pudessem ser armazenados⁶. Por uma primeira vista, pareceria que os artigos de primeira necessidade e os artigos de luxo ocupariam o primeiro lugar em se tratando das decisões de investir, seja porque os primeiros teriam a possibilidade de atingir a um número maior de consumidores, seja porque os últimos teriam a condição de compensar o reduzido número de destinatários com o retorno mais ágil. Mas assim não é. A preferência, a rigor, seria dada, dentre elas, à que gerasse menos custos e garantisse o retorno mais ágil e em quantitativo maior⁷, de tal sorte que, havendo interesse da coletividade em que não cessasse de ser provida determinada necessidade, a atuação positiva do Poder Público enquanto fomentador viria, antes, para corrigir um desequilíbrio que se instauraria, no caso de se reduzirem as opções no que tange ao fornecimento, por exemplo, de artigos de primeira necessidade.

Ainda, devem ter-se em consideração as características do produto ou serviço: o mercado consumidor de hortifrutigrangeiros não pode ser avaliado pelos mesmos critérios que o mercado de fármacos ou o mercado editorial, e vice-versa. O estabelecimento de situações de equilíbrio ou desequilíbrio em cada um destes mercados deve tomar em consideração não somente os custos de produção como as próprias necessidades a que se dirigem os bens em questão.

De outra parte, assumem relevância circunstâncias como a possibilidade de ingresso de novos agentes no mercado, pelo acesso mais ou menos fácil a fontes de financiamento, recursos tecnológicos, a área geográfica abrangida pela atuação das empresas dedicadas ao desenvolvimento daquela atividade, os próprios custos de transação⁸.

Por fim, mas não menos importante, é necessário que todos os partícipes do mercado, tanto do lado da oferta como do lado da procura, tenham conhecimento das condições em que se trava a luta mercadológica – a denominada transparência do mercado⁹ -.

⁶ GUITTON, Henri. *Economia política*. Trad. Oscar Dias Corrêa. Rio de Janeiro; Fundo de Cultura, 1961, v. 2, p. 191-2.

⁷ GALVES, Carlos. *Manual de economia política atual*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 317.

⁸ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia política – introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 259.

⁹ GALVES, Carlos. *Manual de economia política atual*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 212.

4 CONDIÇÕES EM QUE SE VERIFICA A CONCORRÊNCIA DO LADO DA PROCURA

Para que se verifique se existe a efetiva concorrência do lado da procura, deve-se, em primeiro lugar, verificar quais, dentre as necessidades, serão comuns a mais de um ou alguns segmentos dentre os consumidores. Quanto maior for o número de pontos de intersecção, maior será a possibilidade de o fornecedor escolher a quem ofertar o seu produto ou serviço.

Em seguida, tomam-se em consideração os seguintes fatores, para avaliar se existiria, efetivamente, concorrência: (1) o poder aquisitivo dos consumidores, comparados entre si; (2) os hábitos de consumo; (3) a possibilidade de se lançar mão de sucedâneos.

Deve-se, de outra parte, ter presente que os potenciais adquirentes de bens de consumo, em regra, não concorrem com os adquirentes de bens de produção, salvo quando um mesmo bem possa prestar-se tanto à função de bem de consumo quanto de insumo.

Pode ocorrer situação em que os potenciais adquirentes se deduzam a um número tão insignificante que, *ipso facto*, venha a se restringir a capacidade de auto-determinação dos fornecedores, variando desde o oligopsônio até a forma mais radical do monopolsônio¹⁰: exemplo típico deste último são as armas de uso restrito, que somente podem ser vendidas ao Estado¹¹.

5 CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL EM FACE DO DIREITO

É o fato da concentração de empresas, entretanto, uma das mais interessantes respostas da realidade à concepção puramente liberal da concorrência¹², que, a bem de ver, só teria sentido, mesmo, em se tomando em consideração um mercado composto por pequenas unidades econômicas, em que os atores principais não fossem os grandes conglomerados, e que veio a justificar o tratamento jurídico a ela ofertado tanto por textos legislativos, como o *Sherman Act*, vindo a lume nos EUA em 1890, e os que se lhe seguiram, quanto por Textos constitucionais, como os brasileiros a partir de 1934¹³.

¹⁰ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 155.

¹¹ FACCIOLLI, Ângelo Antonio. *Lei das armas de fogo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 68.

¹² SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 499: "a concorrência, portanto, é essencial ao entendimento do mercado. Enquanto concebida como 'perfeita', coincide plenamente com os princípios do Liberalismo. Na medida em que, pelas técnicas de 'concentração' do poder econômico privado, vai assumindo as formas 'imperfeitas', e vendo cerceada a plena liberdade de ação, as suas limitações passam a caracterizar 'mercado sob intervenção' do Estado".

¹³ FARIA, Werter R. *Constituição econômica - liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 92; AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. Concorrência (II). In: FUNDAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO ECONÔMICO. *Novo dicionário de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010, p. 122.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 61-73, 2010

Nas sociedades subdesenvolvidas, a concentração empresarial guardaria uma relação muito profunda com a distribuição de renda, porque além do desequilíbrio profundo entre produtores e consumidores, verificar-se-ia tal desigualdade mesmo entre os próprios setores da economia, com a concentração das forças naqueles ligados a (a) produtos para exportação, subdivididos em (a.1) provenientes do setor primário e (a.2) manufaturados de baixa tecnologia, e (b) bens de consumo duráveis para extratos mais altos da população interna¹⁴. Trata-se de uma opção deliberada por quem detém uma situação financeira apta a acumular excedentes e, *ipso facto*, a propiciar o mais pronto retorno do capital investido, a partir da máxima não declarada, mas conhecida desde a antiga Roma, quanto ao caráter mais atrativo de tudo e todos que possam gerar a expectativa de mais rápida e fácil remuneração¹⁵. Entretanto, a própria impossibilidade de se sustentar qualquer caracterização de um regime como democrático se as pessoas que a ele se submetem não tiverem proporcionado a si um mínimo de condições de independência e segurança para exercerem a sua vida civil é um argumento que sensibilizou mesmo a autores situados no espectro liberal, consoante notícia Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶, sem contar com o dado de já se ter verificado, em períodos recessivos, a perda do poder aquisitivo da classe média¹⁷.

É, de qualquer sorte, interessante notar que a concentração empresarial – que, embora aparentemente antípoda à concorrência, pode ser tanto tolerada, quanto estimulada quanto reprimida pelo Direito – já era pelos autores do início do século XX considerada como verdadeira imposição, em certos casos, para a sobrevivência da empresa no mercado¹⁸, e já tinha havido, ainda no II Império, a identificação, por parte do Conselho de Estado, na Resolução de 18 de abril de 1874, da possibilidade da concentração abusiva, quando examinou a criação de “sociedade em conta de participação” voltada, em realidade, a assegurar o monopólio da carne verde na então Província de Pernambuco¹⁹.

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Monopólio colonial e subdesenvolvimento. In: BERCOVICI, Gilberto et alii. **Direitos humanos, democracia e república – homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 163.

¹⁵ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Concentração e repartição. In: ACCIOLY, Elizabeth [org.]. **Direito no século XXI – homenagem a Werter Faria**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 682-3.

¹⁶ *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 102-3; COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas públicas e controle de juridicidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010, p. 80-1; LEDUR, José Felipe. **Direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 110; FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais – do discurso teórico à prática efetiva – um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007, p. 94-5.

¹⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino. Werter R. Faria – apóstolo da livre concorrência. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas [org.]. **Titulos de crédito, concorrência e MERCOSUL – estudos em memória do Professor Werter R. Faria**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 117.

¹⁸ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 1, p. 298-301; MORAES, Evaristo de. Leis de solidariedade e leis de equidade. **Revista de Direito**. Rio de Janeiro, v. 8, p. 242-3, 1908.

¹⁹ BRASIL. Conselho de Estado. Dos caracteres da sociedade em conta de participação e da sociedade anônima. **O Direito**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 5, p. 353-366, 1874.

Não só a necessidade de ampliação do mercado consumidor – leia-se, conquista de novos territórios – determinou a busca de expedientes voltados a aumentar a capacidade de auto-financiamento das empresas como certos bens têm características que se tornam incompatíveis com a produção por uma grande quantidade de unidades, arredando, assim, aquela concepção ideal de um mercado totalmente atomizado²⁰, sem contar com os setores a que a doutrina denominou “monopólios públicos”²¹, onde a necessidade a ser atendida é de tal monta que a concorrência se pode mostrar impossível, ou os recursos a serem explorados seriam de tal modo raros que não haveria como uma pluralidade de agentes vir a ofertar os bens e serviços decorrentes de sua transformação, ou o bem ou serviço a ser ofertado seria tão essencial que a exploração com escopo de lucro implicaria, em realidade, o próprio deslocamento do poder político para o titular do poder econômico privado.

Veja-se que a possibilidade de se pôr fim à concorrência, se indesejável, em linha de princípio, no âmbito das relações econômicas que se travam entre os particulares, vem a ser o principal desiderato no que tange às contratações com a Administração Pública: aquele que apresentar a proposta mais vantajosa sagra-se vencedor e passa a fornecer os bens ou a prestar os serviços em caráter de exclusividade, justificando-se esta pela necessidade de fiscalização, no caso da prestação de serviços, sobretudo, por parte da entidade contratante, por se tratar de atividades que demandam grande volume de capitais e de recursos humanos, para ininterruptamente satisfazer às necessidades da coletividade, sem qualquer discriminação entre os membros desta²².

Fala-se, inclusive, no paradoxo de Bork, pelo qual por vezes pode ao consumidor ser mais danosa a concorrência do que uma situação monopolística – tese que longe fica de poder merecer generalização a todos os campos, como se pode verificar, por exemplo, com a comunicação social, onde a concentração acaba tendo um efeito sobre um dos direitos não patrimoniais considerados mais sagrados, qual seja, a liberdade de manifestação do pensamento, e que, por isto mesmo, na Constituição brasileira de 1988, mereceu tratamento em separado, no artigo 220, § 5º, que a interdita expressamente quando tendente ao estabelecimento da monopolização ou oligopolização no setor de comunicação social, mas não foi

²⁰ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia política – introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 147; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 90.

²¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 196; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Glosas à concorrência no pensamento de Werter Faria. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas [org.] *Titulos de crédito, concorrência e MERCOSUL – estudos em memória de Werter R. Faria*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 101; OSÓRIO, Joaquim Luiz. *Introdução geral ao Direito Público*. Porto Alegre: Globo, 1942, p. 170; BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 390.

²² CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A empresa no ordenamento jurídico-econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010, p. 106-7.

considerado suficiente para tornar aceitável nos meios acadêmicos, o combate à denominada “propriedade cruzada”, combate que, a despeito de deitar raízes no direito norte-americano, tem sido visto como uma tentativa de bolchevizar tal setor, no Brasil²³, sem contar com algumas dificuldades de aplicação da legislação denominada “antitruste”, neste campo, como a consideração da excludente de ilicitude da dominação de mercado decorrente de “processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores” (§ 1º do art. 20 da Lei 8.884, de 1994), considerando que o material com que estas empresas trabalham tem a condição, inclusive, de conformar as relações de mercado e o próprio conteúdo possível do compromisso de desempenho, no qual têm de constar metas qualitativas (art. 58, § 2º, da mesma Lei), que não podem, entretanto, descambar em censura²⁴ -.

6 UM EXEMPLO LITERÁRIO

O caráter predatório que a realidade concorrencial tende a ostentar, quando não disciplinada, bem como a possibilidade do estabelecimento de um monopólio a partir do próprio desenvolvimento da luta entre os agentes econômicos estão bem exemplificados no romance ***Coração das trevas***, de Joseph Conrad (1857-1924), publicado em 1902, doze anos, portanto, antes de se instaurar o evento comumente apontado para abalar o arcabouço conceitual jurídico do liberalismo

²³ ROSENFELD, Dennis Lerrer. A mídia e a democracia. Paper apresentado a CONCENTRAÇÃO NA MÍDIA. Debates no Conselho de Comunicação Social. Brasília: Congresso Nacional, 2004, p. 29-32.

²⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e mídia: fundamentos para uma análise jurídica. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, v. 7, n. 26, p. 25, abr/jun 2009; FONTES JÚNIOR, João Bosco. **Liberdades e limites nas atividades de rádio e televisão**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 123; LOPES, Vera Maria Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 216; GUARESCHI, Pedrinho A. Meios de comunicação, propriedade e ética. In: ENDERLE, Georges et alii. **Dicionário de ética econômica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1997, p. 686; CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83; MARTINS, Ives Gandra da Silva & BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 8, p. 903; SCORSIM, Ericson Meister. **TV digital e comunicação social - TV pública, estatal e privada**. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 319; MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo/Brasília: Saraiva/Instituto Brasileiro de Direito Público, 2008, p. 1.369; SOARES, Mário Lúcio Quintão. Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 29, n. 115, p. 119, jul/set 1992; SOARES, Orlando. **Direito da comunicação**. Rio de Janeiro: José Konfino, [s/d], p. 231; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Controle social da mídia. **Gênese - Revista de Direito Administrativo Aplicado**. Curitiba, v. 2, n. 8, p. 97, abr 1996; CHAVES, Antônio. Imprensa. Captação audiovisual. Informática e direitos da personalidade. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 93, n. 388, p. 25, abr/jun 1997; TORELLY, Paulo Peretti. **A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 86-7, nota 234; BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. In: BERCOVICI, Gilberto et alii. **Direitos humanos, democracia e república - homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 839; NALINI, José Renato. **Constituição e Estado democrático**. São Paulo: FTD, 1997, p. 268-9; AGRÁ, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 733; AMARAL, Roberto. O ordenamento constitucional-administrativo brasileiro e a disciplina da comunicação de massa (o caso da televisão): análise e perspectivas. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes [org.]. **Perspectivas do Direito Público - estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 481-2; LEÃO, Anís José. Sobre o projeto de lei de imprensa. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, v. 6, n. 22, p. 284, jan 1998; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **A empresa no ordenamento jurídico-econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010, p. 117-9.

econômico²⁵. Com efeito, é exatamente pelo domínio da fonte de abastecimento do marfim que os conceitos de “lealdade” e “deslealdade” são erguidos, e que se trava a luta – inclusive em termos militares, pois os tribunais são o sucedâneo civilizado dos conflitos físicos, como se sabe – entre Kurtz e a Companhia²⁶. A razão de ser da tutela estatal da concorrência está, assim, expressa à toda evidência, sua tendência autofágica se põe à calva, sendo que mesmo as táticas de guerrilha empregadas pelo concorrente menor não o impedem, ao cabo, de sucumbir ante um adversário dotado de maior capacidade de regeneração: quando Marlow resgata Kurtz e o leva para o barco, retira, em realidade, do mercado o concorrente em questão, e isto apesar de ser ele, Marlow, o único dotado de condições de enfrentar, inclusive militarmente, dentre todos os que estão embarcados, com funções de comando, a serviço da Companhia, o “exército” de Kurtz. Dir-se-á que se está aqui a trabalhar com um dado da ficção – e, com efeito, assim o é -. Entretanto, a ficção construída por Conrad embasou-se, em muito, na sua própria experiência na marinha mercante britânica, e ali se retratou, mesmo, o quanto no imaginário dos agentes econômicos, movidos pelo interesse na obtenção do lucro, enquanto recompensa pelo “risco” do malogro dos negócios, a meta principal é vencer a concorrência – logo, pôr-lhe fim -. Daí a observação sempre incômoda segundo a qual a concorrência, deixada a si mesma, tende à concentração empresarial, o que arredaria, inclusive, a concepção dela, concorrência, como um “estado natural”, vez que ela somente se pode verificar enquanto não forem eliminados – óbvio – os demais partícipes. Uma vez adotada como princípio a “livre concorrência”, sua efetivação não dispensa a atuação positiva do Estado.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 455; CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 126-135.

²⁶ CONRAD, Joseph. *O coração das trevas*. Trad. Albino Poli Jr. Porto Alegre: L & PM, 2007, p. 60-1: “seu nome, compreendem, não havia sido pronunciado uma única vez. Ele era ‘aquele homem’. O mestiço que, tanto quanto pude perceber, fizera uma viagem difícil com grande perícia e coragem, era invariavelmente referido como ‘aquele patife’. O ‘patife’ relatara que ‘o homem’ havia estado muito doente – e não se restabelecera completamente...a seguir, os dois afastaram-se de mim alguns passos e passaram a caminhar de um lado para outro a uma pequena distância. Escutei: ‘Posto Militar...doutor...trezentos quilômetros...muito sozinho agora...atrasos inevitáveis...sem notícias...rumores estranhos’. Aproximaram-se novamente, bem quando o gerente estava dizendo: ‘Ninguém, tanto quanto eu saiba, a não ser uma espécie de mercador ambulante...um sujeito pestilento, tomando marfim dos nativos’. De quem estavam falando agora? Pelos fragmentos de conversa que eu havia ouvido, deduzi que falavam de um homem ligado a Kurtz, e que o gerente não aprovava. ‘Não estaremos livres da competição desleal até que um desses sujeitos seja enforcado como exemplo’. ‘Certamente’, grunhiu o outro. ‘Que seja enforcado! Por que não? Qualquer coisa – aqui nesta terra tudo pode ser feito. É o que digo; ninguém aqui, aqui, pode pôr em perigo a sua posição. É por quê? Você agüenta o clima – você vai sobreviver a todos eles. O perigo está na Europa; mas lá, antes de partir, tive o cuidado de...’ Eles se afastaram um pouco, cochichando, depois suas vozes aumentaram de novo”. Cf., ainda, Guimarães, J. C. O mundo de Joseph Conrad. <http://www.revistabula.com/posts/ensaio-o-mundo-de-joseph-conrad>, acessado em 16 maio 2010.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1998
- AMARAL, Roberto. O ordenamento constitucional-administrativo brasileiro e a disciplina da comunicação de massa (o caso da televisão): análise e perspectivas. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes [org.]. **Perspectivas do Direito Público – estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995
- AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. Concorrência (II). In: FUNDAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO ECONÔMICO. **Novo dicionário de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010
- BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1986
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do Direito Tributário**. São Paulo: Lejus, 1998
- BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Rio, 1979, v. 1
- BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. In: BERCOVICI, Gilberto et alii. **Direitos humanos, democracia e república – homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **A empresa no ordenamento jurídico-econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Concentração e repartição. In: ACCIOLY, Elizabeth [org.]. **Direito no século XXI – homenagem a Werter Faria**. Curitiba: Juruá, 2008
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Glosas à concorrência no pensamento de Werter Faria. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas [org.] **Títulos de crédito, concorrência e MERCOSUL – estudos em memória de Werter R. Faria**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973
- CHAVES, Antônio. Imprensa. Captação audiovisual. Informática e direitos da personalidade. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 93, n. 388, p. 25, abr/jun 1997
- COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas públicas e controle de juridicidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 61-73, 2010

- COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978
- CONRAD, Joseph. **O coração das trevas**. Trad. Albino Poli Jr. Porto Alegre: L & PM, 2007
- FACCIOLLI, Ângelo Antonio. **Lei das armas de fogo**. Curitiba: Juruá, 2008
- FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais – do discurso teórico à prática efetiva – um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007
- FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e mídia: fundamentos para uma análise jurídica. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, v. 7, n. 26, p. 25, abr/jun 2009
- FARIA, Werter R. **Constituição econômica – liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2001
- FONTES JÚNIOR, João Bosco. **Liberdades e limites nas atividades de rádio e televisão**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001
- FORGIONI, Paula Andréa. **Direito Concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- FREITAS, Augusto Teixeira. **Vocabulário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 2
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991
- GUARESCHI, Pedrinho A. Meios de comunicação, propriedade e ética. In: ENDERLE, Georges et alii. **Dicionário de ética econômica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1997
- GUITTON, Henri. **Economia política**. Trad. Oscar Dias Corrêa. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, v. 2
- LEÃO, Anis José. Sobre o projeto de lei de imprensa. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, v. 6, n. 22, p. 284, jan 1998
- LEDUR, José Felipe. **Direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009
- LOPES, Vera Maria Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Controle social da mídia. **Gênese – Revista de Direito Administrativo Aplicado**. Curitiba, v. 2, n. 8, p. 97, abr 1996
-
- RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 61-73, 2010

MALARD, Neide Teresinha. *Integração de empresas: concentração, eficiência e controle*. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, v. 48, n. 185, p. 220, jan/jun 1995

MARTINS, Ives Gandra da Silva & BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 8

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo/Brasília: Saraiva/Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 1

MORAES, Evaristo de. *Leis de solidariedade e leis de equidade*. **Revista de Direito**. Rio de Janeiro, v. 8, p. 242-3, 1908

NALINI, José Renato. **Constituição e Estado democrático**. São Paulo: FTD, 1997

NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia política – introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

OSÓRIO, Joaquim Luiz. **Introdução geral ao Direito Público**. Porto Alegre: Globo, 1942

RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1977

ROSENFELD, Dennis Lerrer. *A mídia e a democracia*. Paper apresentado a CONCENTRAÇÃO NA MÍDIA. Debates no Conselho de Comunicação Social. Brasília: Congresso Nacional, 2004

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Monopólio colonial e subdesenvolvimento*. In: BERCOVICI, Gilberto et alii. **Direitos humanos, democracia e república – homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SCORSIM, Ericson Meister. **TV digital e comunicação social – TV pública, estatal e privada**. Belo Horizonte: Forum, 2008

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 29, n. 115, p. 119, jul/set 1992

SOARES, Orlando. **Direito da comunicação**. Rio de Janeiro: José Konfino, [s/d]

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 61-73, 2010

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005

SOUZA, Washington Peluso Albino. Werter R. Faria – apóstolo da livre concorrência. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas [org.]. **Títulos de crédito, concorrência e MERCOSUL – estudos em memória do Professor Werter R. Faria**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008

TORELLY, Paulo Peretti. **A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008



O SIGILO BANCÁRIO E O USO DE INFORMAÇÕES PARA FINS FISCAIS

Cristian Ricardo Prado Moises*

1 INTRODUÇÃO

Sigilo bancário e uso de informações, para fins fiscais, é, na atualidade, um dos temas mais polêmicos enfrentados pelos operadores do direito. O principal ponto de discussões, entre os juristas, é a possibilidade da Fazenda Pública quebrar, sem autorização do Poder Judiciário, o sigilo bancário. Em nosso país, o advento das Leis Complementares 104 e 105, ambas de 2001, aumentou a controvérsia, tanto em âmbito doutrinário, bem como jurisprudencial.

Diversos fundamentos são utilizados pelos doutrinadores favoráveis, bem como pelos contrários, à ruptura do sigilo bancário, diretamente, pela Administração Pública. Argumentos, estritamente, jurídicos e, também, metajurídicos (exemplos: eficiência da atividade fazendária e desenvolvimento das instituições financeiras) são manejados, por ambas as correntes doutrinárias. A variedade argumentativa reflete a importância e a complexidade do tema.

A polêmica sobre a possibilidade do Fisco, de modo direto, romper o sigilo financeiro possui abrangência internacional. Vários estudos foram e são publicados, na Europa e nos Estados Unidos, sobre o tema. A legislação de alguns países confere maiores poderes às autoridades tributárias, enquanto as leis de outros prestigia os investidores e as instituições financeiras.

Para o devido exame do tema, é fundamental uma visão multidisciplinar. O Direito Constitucional possui destaque entre as disciplinas envolvidas. A ruptura do sigilo das instituições financeiras, pelo Fisco, envolve a ponderação de direitos, princípios e valores constitucionais, como, por exemplo, a privacidade e o interesse público, na arrecadação tributária. Assim, não é possível desconsiderar a teoria dos direitos fundamentais, no estudo do tema.

Além da importância no aspecto teórico, o debate sobre a possibilidade de quebra do sigilo bancário, pela Administração, possui grande relevância prática.

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito do Estado pela PUCRS.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 75-91, 2010

Os atos normativos e os entendimentos jurisprudenciais, repercutem, de modo significativo, em áreas vitais, para toda a coletividade, como a Economia e as Finanças (tanto em âmbito público, bem como privado). Dependendo do caminho escolhido, poderá ocorrer, *verbi gratia*, redução da sonegação tributária, mas, por outro lado, sensível fuga de capitais do sistema financeiro.

No primeiro capítulo deste estudo, é analisada a relação entre o sigilo bancário e os direitos fundamentais. No segundo capítulo, é apresentado um sucinto panorama da legislação brasileira, dos principais argumentos dos doutrinadores e, ainda, do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, sobre a matéria. O presente artigo não tem a pretensão de exaurir a forte discussão sobre o sigilo das instituições financeiras e o uso de informações para fins fiscais. Ao revés, este estudo tem como objetivo principal estimular novas reflexões e debates construtivos sobre tão importante tema.

2 O SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Noções gerais

A Constituição Federal de 1988 não menciona, de forma expressa, o sigilo bancário. Assim, a tarefa de defini-lo possui grande relevância, pois terá repercussão na questão da existência ou não de tratamento implícito do tema, na atual Carta Magna Brasileira. Outros pontos importantes, que também dependem da referida definição, são a abrangência subjetiva do mencionado sigilo e, ainda, o seu objeto.

Poucos doutrinadores apresentam uma definição do sigilo bancário. Entre esses autores, existe um consenso que se trata de um ônus (dever ou obrigação) de sigilo imposto às instituições de âmbito financeiro. Conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr, o sigilo bancário é “uma obrigação imposta às instituições financeiras cuja violação constitui crime (...) tem por objeto ‘operações ativas e passivas e serviços prestados’¹. Para Gisele Maria Dal Zot Flores, “consiste o sigilo bancário na obrigação de discrição imposta aos bancos e aos seus funcionários, em todos os negócios de seus clientes, abrangendo todos os aspectos da relação entre o banco e o cliente”²

Quanto ao objeto, a expressão sigilo bancário abarca, de acordo com o *caput* do art. 1º da Lei Complementar 105/01, as “operações ativas e passivas e serviços prestados” pelas instituições financeiras. Como, na atualidade, tais atividades são realizadas, por intermédio de recursos informatizados, envolvendo bancos de dados, alguns doutrinadores incluem o sigilo bancário na proteção do art. 5º,

¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo Bancário. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 14, 2001, p. 13-14.

² FLORES, Gisele Maria Dal Zot. Sigilo Bancário e reserva de jurisdição. *Revista Justiça do Direito*, n. 16, 2002, p. 229.

XII, da Constituição Federal de 1988. Entretanto, é importante ressaltar que esse argumento será analisado, de forma mais apurada, em outro tópico deste estudo.

Quando é analisada a abrangência subjetiva (ou seja, sobre quem recai a obrigação do sigilo bancário), fica evidente a impossibilidade de considerar a expressão na sua literalidade. O mencionado dever de discrição não atinge somente os bancos, mas, também, várias outras instituições do sistema financeiro. Nesse sentido, dispõe a Lei Complementar n. 105/2001, no § 1º do artigo 1º, que a referida obrigação abrange “distribuidoras de valores mobiliários” e “administradoras de cartões de crédito”, dentre vários outros entes. Destarte, quanto à abrangência subjetiva, seria mais adequada a utilização da expressão sigilo financeiro (ou das instituições financeiras).

2.1 Espécie de Direito Individual à Privacidade

O enquadramento ou não do sigilo bancário, como espécie de direito à privacidade, é essencial, para o estudo da possibilidade de quebra do mesmo, diretamente, pelo Fisco. Caso o segredo bancário não seja considerado integrante da privacidade ou de outro direito fundamental previsto na Carta Magna, o mesmo encontra-se excluído de severa proteção constitucional. Em conseqüência, o sigilo poderá ser limitado, pela legislação infraconstitucional, de forma mais ampla. Ao revés, caso o sigilo das instituições financeiras seja incluído, na dimensão dos direitos fundamentais, a limitação do mesmo, por lei, necessariamente, dependerá de previsão constitucional autorizadora.

Para verificar a inclusão do segredo bancário, no direito à privacidade, é preciso inicialmente definir este³. Tércio Sampaio Ferraz Jr oferece a definição a seguir: “direito de o indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente e que diz respeito ao seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada”⁴. Conforme o texto constitucional, a privacidade pertence ao capítulo dos direitos individuais (art. 5º, X, CF/88). Estes, por sua vez, também, de acordo com a Magna Carta atual, fazem parte do título dos direitos fundamentais.

Consoante o entendimento dos membros do Supremo Tribunal Federal, o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade. Por exemplo, no julgamento do

³ Apesar do grande uso das palavras privacidade e intimidade, como sinônimos na prática jurídica, do ponto de vista científico, tal utilização é incorreta. A seguinte lição de Daniel Sarmiento esclarece a diferença existente: “Segundo a doutrina alemã da *Sphärentheorie* (teoria das esferas), privacidade e intimidade poderiam ser graficamente representadas como círculos concêntricos sendo o da intimidade de menor raio, por representar uma esfera ainda mais reservada do que a da privacidade”. SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 188. Entretanto, enquadrar o sigilo das instituições financeiras dentro da privacidade ou da intimidade apresenta menor relevância, para o tema deste artigo, pois ambos possuem, expressamente, na atual Constituição Federal, *status* de direitos fundamentais individuais, recebendo a mesma proteção.

⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo Bancário. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 14, 2001, p. 14.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 75-91, 2010

MS 22.801, o Pleno da Corte Suprema, unanimemente, afirmou que “há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário.”⁵.

Também, sustenta a maioria doutrinária que o segredo das instituições financeiras integra a privacidade, merecendo a proteção constitucional dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Sacha Calmon ensina “o sigilo bancário decorre do direito à privacidade inerente à personalidade das pessoas, consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, X”⁶.

Como é possível saber, por intermédio das movimentações bancárias, dados confidenciais do indivíduo, como, por exemplo, para qual partido político ou instituição religiosa o mesmo contribui, indubitavelmente, o sigilo bancário encontra-se abrangido na esfera da privacidade.

3 A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA FAZENDA PÚBLICA

Breve análise das principais disposições constitucionais e infraconstitucionais

Neste ponto, será feito um sucinto exame dos mais importantes dispositivos legais e constitucionais que tratam, expressamente, do tema do sigilo bancário ou, ainda, que são invocados, pela doutrina e pela jurisprudência, nas fundamentações dos entendimentos.

Dentre as disposições constitucionais, merecem destaque os incisos X e XII do art. 5º e o art. 145, § 1º, todos da CF/88. O mencionado inciso X, conforme abordagem já feita no item anterior, trata, de forma explícita, da proteção constitucional da intimidade e da vida privada. O artigo 5º, no seu inciso XII, cuida, dentre outras, da inovadora inviolabilidade das comunicações de dados⁷. O § 1º do art. 145 da Carta Política de 1988, que exterioriza o relevante princípio da capacidade contributiva e da personalização dos impostos⁸, é uma das disposições integrantes dos princípios gerais do sistema tributário nacional. O referido parágrafo, mencionando a capacidade econômica, faculta à administração, respeitados

⁵ MS 22801, Relator Min. Menezes Direito. Publicado no Diário da Justiça eletrônico de 14 de março de 2008, p. 47. No mesmo diapasão: AI-AgR 655298, Relator Min. Eros Grau. Publicado no Diário da Justiça eletrônico de 27 de setembro de 2007, p. 112.

⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 894.

⁷ Sobre o pioneirismo dessa previsão constitucional, vale mencionar o comentário de Alexandre de Moraes: “A garantia do sigilo de dados como norma constitucional é previsão recente, pois foi trazida com a Constituição Federal de 1988. Com a inovação vieram inúmeras dúvidas e conseqüências jurídicas”. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 90.

⁸ Conforme José Afonso da Silva, “o princípio tem o importante significado, destacado por Victor Uckmar, na medida em que reafirma ‘o princípio ou preceito da igualdade de posições dos cidadãos diante do dever tributário de prover às necessidades da coletividade’”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 650-651.

os direitos individuais, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Em nível infraconstitucional, é indispensável destacar o inciso II do art. 197 do CTN. O referido dispositivo do Código Tributário Nacional prevê, incluindo outras pessoas físicas e jurídicas, que as instituições financeiras são obrigadas⁹ a prestar, mediante intimação escrita, à autoridade administrativa todas as informações de que dispõem com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros.

Também em âmbito infraconstitucional, é imprescindível citar as polêmicas Leis Complementares 104 e 105, ambas de 2001. Aquela, no seu art. 1º (que alterou o art. 198 do CTN), veda, em regra, a Fazenda ou o servidor de divulgar informação econômica ou financeira de sujeito passivo ou de terceiros. O próprio texto da LC104/01 indica as seguintes exceções: a) requisição judicial; b) solicitação de autoridade administrativa, desde que instaurado processo administrativo; c) intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública. Por sua vez, o art. 5º da Lei Complementar 105/01 dispõe que as instituições financeiras informarão ao Fisco as operações efetuadas, pelos usuários de seus serviços. O artigo 6º do diploma legal possibilita que as autoridades tributárias examinem documentos, livros e registros das mencionadas instituições¹⁰. Ainda, o art. 11 da LC105/01 prevê a possibilidade de responsabilização pessoal do servidor público, pelos danos decorrentes da quebra do sigilo, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da Administração Pública.

3.2 Argumentos da Impossibilidade

3.2.1 A Reserva de Jurisdição

Cuida-se do argumento mais utilizado, pelos autores que são contrários à quebra do sigilo bancário, diretamente, pela Fazenda Pública. Para esses juristas, o sigilo financeiro, pelo *status* que possui, só pode ser quebrado, após autorização prévia do Poder Judiciário. Nesse sentido é a lição de Marco Aurélio Greco: “a prévia autorização judicial para o fim de serem fornecidos os dados bancários à autoridade fiscal é indispensável pelo fato de a proteção dizer respeito à intimidade e à vida privada das pessoas; admitir o fornecimento ao Fisco, sem que antes haja verificação judicial, é permitir a violação da garantia constitucional da intimidade e da vida privada”¹¹

⁹ Paulo de Barros Carvalho, definindo a natureza jurídica do mandamento previsto no art. 197 do CTN, leciona: “Trata-se de um dever instrumental ou formal que, descumprido, gera sanções ao infrator, por causar embaraços aos trabalhos de fiscalização”. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2003, p.535.

¹⁰ Hugo de Brito Machado ressalta que esse poder de exame deve obedecer alguns requisitos: “As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, somente, poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras (...) quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento administrativo fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 208.

¹¹ GRECO, Marco Aurélio. Sigilo das Operações de Instituições Financeiras. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 9, 2002, p. 160.

Ademais, os defensores da reserva de jurisdição sustentam que, quando se trata do segredo financeiro, a imparcialidade do requerente da quebra é requisito indispensável. De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Junior, “o problema do sigilo bancário está antes na hipótese de proteção legal da relação contra a intromissão indevida de terceiros. A exclusividade é exclusão de qualquer um que possa ter *outro interesse marcado pela parcialidade*”¹². Destarte, esses doutrinadores concluem que como o Fisco é imparcial, logo, o mesmo não pode, diretamente, romper o segredo bancário.

3.2.2 O Sigilo Profissional

Os adeptos dessa tese consideram o sigilo das instituições financeiras espécie do dever de segredo exigido, para algumas profissões (*verbi gratia*: padres, psicólogos, advogados, médicos etc). Nesse diapasão, Arnold Wald afirma: “O sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional, que tem merecido uma proteção muito ampla, ensejando sua violação caracterização como crime (art. 154 do Código Penal)”¹³. Assim, para os defensores desse argumento, os dirigentes de instituições bancárias estão obrigados, de modo amplo, a manter, em segredo, os dados dos clientes, sob pena de responsabilização civil e, ainda, criminal.

Todavia, essa tese foi e continua sendo refutada por muitos. Para exemplificar, é citada a lição do saudoso Aliomar Baleeiro: “Não é, porém, o caso dos banqueiros, p. ex., que não estão adstritos às mesmas regras éticas e jurídicas de sigilo. Em princípio só devem aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis. Diversa é a situação do advogado, do médico e do padre, cujo dever profissional lhes não tranca os ouvidos a todos os desvios de procedimento ético ou jurídico”¹⁴. Assim, os opositores da tese do sigilo profissional sustentam que as instituições financeiras não podem servir de esconderijo para operações ilícitas.

3.2.3 Manutenção e Desenvolvimento das Instituições Financeiras

Cuida-se de argumentação metajurídica. Os autores, que sustentam o mencionado argumento, alegam que uma das qualidades mais valorizadas, pelos clientes dos bancos e similares, é a discrição. Em consequência, para esses juristas, a saúde e o desenvolvimento das instituições financeiras depende do sigilo bancário. Ademais, os defensores dessa tese alertam que todo o sistema financeiro de um país pode ser afetado, por mudanças na disciplina normativa do segredo

¹² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo Bancário. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 14, 2001, p. 26.

¹³ WALD *apud* COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 894.

¹⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 993.

bancário. Sacha Calmon cita o seguinte exemplo¹⁵: “Países como a Argentina, que, em nome do combate à sonegação (...) romperam de forma ampla o sigredo bancário e de bolsa perante a Direção Geral dos Impostos. Não reduziram a evasão fiscal (lá somente existe um sonegador condenado, cumprindo pena), mas estimularam a fuga do capital para a praça uruguaia vizinha e fragilizaram o próprio sistema financeiro”.

Em última análise, os defensores desse argumento advertem que a própria sociedade restaria prejudicada com o enfraquecimento do sigilo bancário e a conseqüente fragilização do sistema financeiro.

3.2.4 Ofensa ao Ato Jurídico Perfeito

Conforme os adeptos dessa tese, o sigredo das instituições financeiras enquadra-se no inciso XXXVI do art. 5º da Carta Política de 1988. Eles argumentam que a relação, entre o cliente e a instituição financeira, é contratual, ou seja, configura um ato jurídico perfeito. Como o usuário não contratou que suas informações poderiam ser fornecidas ao Fisco, a lei não pode incidir sobre a mencionada avença, para autorizar a quebra do sigilo bancário.

Em prosseguimento, considerando que o ato jurídico perfeito faz parte dos direitos e garantias individuais, alguns juristas invocam as cláusulas pétreas¹⁶, a fim de defender o sigilo bancário. Nesse sentido é a lição de Ricardo Abdul Nour:

“(...) se o contribuinte não contratou com a instituição financeira que esta poderia fornecer a outrem, ainda que seja ao Fisco, sua movimentação bancária, significa que entre as partes não houve autorização para tanto. Esse é um ato jurídico perfeito e acabado, que também deve ser oposto contra o Fisco, por força do comando constitucional expresso no art. 5º, XXXVI, da CF/88 (...) Trata-se de um direito e de uma garantia fundamental outorgados pela Constituição. Nem uma Emenda Constitucional seria capaz de modificar tal direito e garantia, em face do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal”¹⁷.

Verifica-se que os defensores desse argumento consideram imutável o pacto efetivado entre o cliente e o banco, excluindo, assim, a possibilidade de ruptura direta do sigilo bancário pela Fazenda Pública.

¹⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 893.

¹⁶ Segundo Roque Carazza, para afastar a garantia fundamental do sigilo bancário, “teria que haver verdadeira ‘novação da Constituição’, por meio de outra Assembléia Nacional Constituinte, dotada de poderes para, se necessário, anular cláusulas pétreas.” CARAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 426.

¹⁷ NOUR, Ricardo Abdul. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 523.

3.2.5 Inaplicabilidade do Princípio da Transparência à Esfera Privada

Para os partidários da argumentação em epígrafe, existem duas esferas distintas, no mundo jurídico, a privada e a pública. Esta, conforme esses autores, é pautada pelo princípio da publicidade, pela transparência; enquanto aquela é norteadada pelo princípio da exclusividade. Como as informações pessoais financeiras estão abrangidas, na primeira esfera, argumentam os adeptos dessa tese que o contribuinte tem o direito de recusa perante o Fisco.

Neste ponto, é relevante citar o entendimento de Sacha Calmon: “Opõe-se, de certa forma, ao público-político, que é dominado pelos princípios da transparência, da publicidade e da igualdade; o social-privado, na acepção atual, rege-se pelos princípios da diferenciação, da exclusividade e da faculdade de resistir ao devassamento, de negação da comunicação.”¹⁸.

Destarte, sob o ângulo dessa tese, a polêmica questão da possibilidade de ruptura do sigilo bancário, de forma direta, pela Fazenda Pública, trata-se de um conflito aparente de princípios, onde o princípio da exclusividade merece aplicação, afastando o da publicidade.

3.2.6 Afronta ao Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade (*substantive due process of law*)

Os defensores desse argumento sustentam que a ruptura do sigilo bancário, de modo direto, pelo Fisco, ofende o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), sob o aspecto substantivo. Para os mesmos, existe desproporcionalidade entre o meio utilizado, pela Administração (quebra do sigilo), e a finalidade buscada (apuração de infração fiscal).

Ao enfrentar caso concreto de ameaça de quebra do sigilo bancário, de forma direta, pelo Fisco, Miguel Reale Jr sustentou a tese mencionada:

“(...) somente poderá haver quebra de sigilo bancário se for observado o devido processo legal, compreendido tanto no seu aspecto processual quanto no substancial (...) a quebra do sigilo fiscal, exigida da consulente, pela autoridade fiscal, a qual também pode fazê-lo diretamente, com base do art. 6º da LC 105/2001 e dos arts. 2º e 4º do Dec. 3.724/2001, afronta o devido processo substantivo.”¹⁹.

¹⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 893.

¹⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. A Inconstitucionalidade da Quebra de Sigilo Bancário Estabelecido pelas Leis Complementares 104/2001 e 105/2001, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 39, 2002, p. 260.

Ainda, afirmam os doutrinadores partidários dessa argumentação que a Fazenda possui outros meios menos gravosos, para combater a sonegação fiscal, não sendo razoável a utilização da quebra direta do sigilo financeiro do contribuinte.

3.3 Argumentos da Possibilidade

3.3.1 Relatividade dos Direitos Fundamentais

Para explicar essa tese, inicialmente, é importante recordar a teoria constitucional de limites aos direitos fundamentais. Conforme as lições dos constitucionalistas, os direitos fundamentais são passíveis de limitações²⁰. Também, a Declaração Universal dos Direitos do Homem²¹ menciona essa possibilidade de limitação, quanto ao exercício. Em virtude dessa sujeição dos direitos fundamentais a possíveis restrições, costuma-se dizer que os mesmos são relativos e não absolutos.

A partir da premissa exposta no parágrafo anterior, os autores adeptos da tese em análise sustentam que é admissível a quebra, diretamente, pelo Fisco, pois, como qualquer outro direito fundamental, o sigilo bancário é relativo, admitindo limitação. Também, segundo os defensores desse argumento, o preceito constitucional que exterioriza o limite imediato²² ao sigilo bancário é o art. 145, § 1º, da CF/88. Nesse sentido é a lição de Gisele Dal Zot Flores:

“Embora, majoritariamente, as cortes superiores tenham incluído o sigilo bancário entre o direito à privacidade, compreendido como direito fundamental, este pode sofrer limitações (...) se o fisco está autorizado constitucionalmente a cobrar o tributo, está, evidentemente, autorizado também a exercer fiscalização e, portanto, a solicitar às instituições financeiras os dados e informações relativas a operações bancárias dos contribuintes. A autorização emerge de forma expressa no próprio texto constitucional no artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal.”²³.

Destarte, embora os defensores da tese, em exame, considerem o sigilo financeiro como um dos direitos fundamentais, os mesmos entendem que esse direito já nasceu, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, limita-

²⁰ O ensinamento de Konrad Hesse lembra que tais limites devem ser oriundos, necessariamente, da Constituição: “Como as garantias de liberdade jurídico-fundamentais são fundamentadas pela Constituição, assim também podem os limites dessas garantias encontrar sua base *somente na Constituição*”. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 250.

²¹ Importante citar a lição de Jorge Miranda: “encontra-se uma cláusula geral no art. 29º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde (...) se acrescenta que, em caso algum, os direitos e liberdades poderão ser exercidos ‘contra os fins e os princípios das Nações Unidas’”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 265.

²² Conforme as palavras de Canotilho, “limites ou restrições constitucionais imediatos são normados e formulados pelas próprias normas constitucionais, garantidoras de direitos”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 616.

²³ FLORES, Gisele Maria Dal Zot. Sigilo Bancário e reserva de jurisdição. *Revista Justiça do Direito*, n. 16, 2002, p. 233.

do, ou seja, sujeito à quebra direta, pela Administração Tributária, em razão do referido art. 145, § 1º.

3.3.2 Inexistência de Reserva Jurisdicional

Aduzem esses autores que, quando a atual Magna Carta prescreve que determinado direito individual está protegido, pela reserva de jurisdição, a mesma dispõe de maneira expressa (*verbi gratia*: necessidade de autorização judicial, para a realização de escuta telefônica – art. 5º, XII, CF/88).

Defendendo o argumento em análise, Freire Júnior menciona interessante situação, onde a Administração atua diretamente na esfera da privacidade:

“(…) é mais ofensivo à intimidade o direito que a administração possui de verificar o conteúdo de uma mala de qualquer passageiro que desembarca em território nacional do que a simples verificação dos valores de uma conta bancária e não se questiona a constitucionalidade da primeira medida sem ordem judicial.”²⁴.

Desse modo, os defensores do argumento, em análise, concluem que, mesmo que se admita o sigilo bancário como um direito fundamental, esse segredo pode ser quebrado, diretamente, pela Fazenda Pública, pois a Constituição de 1988 não contempla a proteção da reserva jurisdicional de forma implícita.

3.3.3 Ponderação de Princípios

Afirmam os defensores desse argumento que, na questão da possibilidade ou não da quebra direta do sigilo bancário pela Fazenda Pública, existe um conflito de princípios (privacidade x capacidade contributiva). Para solucionar esse choque, é necessário fazer a devida ponderação²⁵, com a finalidade de ser encontrado um ponto de harmonização, considerando o peso de cada princípio. Conforme Mary Elbe, esse ponto de harmonização é atingido, quando:

“A relação jurídico-tributária (...) visualizada como submetida à obediência dos princípios fundamentais, porém sem se descurar do respeito à intimidade e privacidade das pessoas, para se permitir a ‘quebra do sigilo bancário’ aos agentes do Fisco, no intuito de que o Estado possa, sem obstáculos, proteger os interesses coletivos e realizar os fins a que se destina de aferir, graduar e exigir os tributos de conformidade com a real capacidade econômico-contributiva dos contribuintes”²⁶.

²⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A Possibilidade de Quebra do Sigilo Bancário por Parte da Receita Federal como Forma de viabilizar a Justiça Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 97, 2003, p. 19.

²⁵ De acordo com a lição de Alexy, “la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”. ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 89.

²⁶ MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. A Inexistência de Sigilo Bancário frente ao Poder-Dever de Investigação das Autoridades Fiscais. *Revista de Direito Tributário*, n. 76, 2000, p. 154.

Com linha de raciocínio semelhante, mas, substituindo um dos princípios em choque, Ricardo Lobo Torres defende que, feita a ponderação, o princípio da transparência deve prevalecer sobre o da intimidade²⁷.

Assim, consoante a idéia sob exame, em razão de interesses da coletividade (verbi gratia: combate à sonegação tributária), o direito individual à privacidade deve ser entendido de forma ponderada. Em última análise, é possível afirmar que o referido argumento da ponderação de princípios exterioriza o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

3.3.4 Tendência Internacional de Flexibilização do Sigilo

Nos tempos atuais, diversos países enfrentam o mesmo problema: o aumento do crime organizado, inclusive em âmbito internacional. Grupos criminosos financiados, por exemplo, pela lavagem de dinheiro, pela sonegação de tributos, dentre outros ilícitos, desafiam, cada vez mais, autoridades, em segurança pública, no mundo inteiro. Visando a enfraquecer os mencionados grupos, surgiu a necessidade de identificar e extinguir as fontes de financiamento dos mesmos, de modo ágil e preciso. Destarte, alguns países passaram a admitir, como mecanismo de combate ao crime organizado, a ruptura do sigilo bancário diretamente pela Administração Pública.

Os defensores desse argumento, além de mencionarem casos recentes de países que começaram a admitir a quebra direta pelo Fisco, também, citam exemplos de nações, onde o sigilo bancário nunca foi considerado direito individual fundamental. Nessa esteira, é de grande importância ressaltar a lição do Prof. Ricardo Lobo Torres:

“No direito estrangeiro o sigilo bancário frente às questões fiscais perdeu muito do seu *status* na década de 90. Aliás, nos Estados Unidos a matéria jamais foi alçada a direito fundamental e a Administração Fiscal sempre teve a possibilidade de ampla investigação. Na Alemanha o sigilo bancário não é protegido nem pela Constituição nem pelas leis ordinárias; a abertura da conta pode ser pedida pelas autoridades fiscais no exercício de atividade fiscalizadora regular, nos procedimentos de investigação e nos procedimentos criminais. Na Itália havia o tabú do segredo que aos poucos começou a ser desmitificado diante da necessidade acertar o passo com as outras nações da União Européia e da pressão da opinião pública contra o crescimento da evasão fiscal.”²⁸.

De acordo com o exposto, verifica-se que o argumento, em análise, possui índole metajurídica. A rigor, a referida tendência internacional de flexibilização do

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 288.

²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 288.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 75-91, 2010

sigilo, por si só, não constitui fundamento jurídico suficiente, para admitir a ruptura do sigilo bancário pela Fazenda Pública.

3.3.5 A Justiça Fiscal

Para entender melhor o citado argumento, em primeiro lugar, é necessário fazer algumas breves considerações sobre a noção de Justiça Fiscal. Defende Klaus Tipke²⁹ que a justa repartição da carga tributária, entre os cidadãos, é imperativo ético para o Estado de Direito. Ao desenvolver o seu raciocínio, o mencionado autor ressalta a importância do princípio da capacidade contributiva, ou seja, da carga tributária do indivíduo dever ser mensurada conforme sua renda.

Tratando de modo mais específico do sigilo bancário, Freire Júnior entende que a possibilidade de quebra direta desse sigilo, pelo Fisco, é mais um valioso mecanismo na busca da realização da justiça fiscal. De acordo com o referido autor:

“Ao fornecer meios para que o Poder Público, diante da nova realidade social e tecnológica, possa atuar eficazmente no combate à sonegação fiscal, estamos viabilizando uma política de justiça fiscal que, para além da norma, permite que no mundo do ser todos realizem seu dever fundamental de ajudar na materialização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.”³⁰

Assim, consoante essa linha de raciocínio, a possibilidade de quebra direta do sigilo financeiro confere maior agilidade ao Fisco, contribuindo para a diminuição da sonegação tributária e para uma distribuição mais justa da carga de tributos entre os cidadãos.

3.3.6 Transferência do Sigilo

De acordo com os adeptos dessa tese, a rigor, não existe quebra direta do sigilo bancário pela Fazenda, mas, apenas, o mesmo é transferido para o âmbito da Administração Tributária. Esses autores sustentam que, como a lei determina que as informações financeiras obtidas devem ficar restritas exclusivamente às autoridades tributárias, sendo vedada a divulgação, o sigilo bancário permanece preservado. Nesse sentido, Yoshiaki Ichihara declara:

“Discute-se na cobrança e fiscalização da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) ou na realidade deveria ser Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), que o eventual fornecimento de relação à Receita Federal desta contribuição atentaria ou não contra a lei do sigilo bancário.

²⁹ TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

³⁰ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A Possibilidade de Quebra do Sigilo Bancário por Parte da Receita Federal como Forma de viabilizar a Justiça Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 97, 2003, p. 19.

Entendemos que não, pois este controle, além de indispensável, encontra respaldo no Código Tributário Nacional, além de estas informações serem restritas aos agentes públicos ligados ao processo de arrecadação, controle e fiscalização, cominando, inclusive, penas de caráter penal, administrativo e civil, ao funcionário que eventualmente venha a divulgar os dados que tomou conhecimento como decorrência da função exercida.”³¹

Ademais, alguns partidários desse argumento ressaltam que já existem entes públicos que recebem informações confidenciais de instituições bancárias, independentemente, de licença do Poder Judiciário. Por exemplo, transcrever-se-á a lição de Mary Elbe:

“[J]á existe previsão legal no sentido da permissibilidade de ‘transferência’ de ‘sigilo bancário’, para outro órgão que também detenha competência legal para exercer o dever de fiscalização das instituições financeiras, independentemente de qualquer autorização judicial, como, p. ex., o Banco Central (...). Nesse caso, por que não se reconhecer que também as autoridades fazendárias estão investidas de tal poder?”³²

Destarte, conforme os defensores da idéia sob exame, em virtude do dever de sigredo das autoridades tributárias, quando o Fisco tem acesso direto às informações financeiras do contribuinte, não há quebra do sigilo financeiro, inexistindo ofensa a qualquer princípio da Constituição ou direito fundamental.

3.4 O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Vários doutrinadores (contrários ou favoráveis à quebra direta do sigilo bancário pelo Fisco) mencionam o entendimento do STF, para embasar suas idéias. Entretanto, na atualidade, não é possível definir qual é o exato entendimento da Suprema Corte, quanto à matéria.

Antes do advento das Leis Complementares n. 104 e 105, ambas de 2001, o Supremo Tribunal Federal, julgando casos de requisições de autoridades administrativas, entendeu indispensável a prévia autorização do Judiciário, para a ruptura do sigredo bancário. *Verbi gratia*:

“A relevância do direito ao sigilo bancário – que traduz, na concreção do seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade – impõe, por isso mesmo, ao Poder Judiciário, cautela e prudência na determinação da ruptura da esfera de privacidade individual, que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva.”

³¹ ICHIHARA, Ioshiaki. *Direito Tributário*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 190.

³² MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. A Inexistência de Sigilo Bancário frente ao Poder-Dever de Investigação das Autoridades Fiscais. *Revista de Direito Tributário*, n. 76, 2000, p. 156.

Trecho do voto do Min. Celso de Mello, proferido em 25/03/92, no julgamento da Petição n. 577 (QO)³³.

Entretanto, após as Leis Complementares n. 104 e 105/01 (que autorizam a Fazenda Pública a quebrar diretamente o segredo bancário), não é mais possível afirmar, com precisão, o entendimento predominante no STF. No ano de 2001, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2386, 2390 e 2397 foram ajuizadas, questionando essas leis. Em 22/10/09, o Tribunal Pleno do STF, no âmbito do RE 601.314 RG/SP, reconheceu a repercussão geral da questão referente à possibilidade da Fazenda Pública requisitar, sem prévia autorização judicial, informações às instituições financeiras sobre movimentações bancárias de contribuintes. Como nenhuma das referidas ADIs foi julgada, bem como o RE 601.314 RG/SP³⁴, não é possível saber o exato e atual entendimento da Corte Suprema sobre a matéria em tela.

4 CONCLUSÃO

Na prática, a grande discussão sobre a possibilidade ou não do Fisco requisitar, sem autorização judicial, informações financeiras do contribuinte somente terá encerramento, após pronunciamento definitivo do STF sobre o tema. Enquanto desconhecida a posição da Corte Suprema, a polêmica sobre a constitucionalidade das Leis Complementares n. 104 e 105/01 deve aumentar.

Apesar da inexistência de expressa previsão constitucional, o sigilo bancário é espécie de direito fundamental à privacidade. Todavia, o mencionado segredo, como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, devendo ceder ao interesse da coletividade. O direito individual ao sigilo bancário é limitado, em especial, pelo art. 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que autoriza a Administração Tributária a identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A possibilidade da Fazenda Pública, diretamente, requisitar informações às instituições financeiras representa eficaz instrumento de combate à sonegação de tributos. A experiência de sucesso de vários países demonstra a importância de conceder tal poder ao Fisco. O direito à privacidade não pode ser usado, como escudo, para ilícitos. Tal uso representa inadmissível distorção de direito individual em prejuízo de toda a sociedade. O interesse público, em efetivar os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, deve prevalecer sobre interesses particulares.

³³ Publicado na *RTJ* n. 148/366.

³⁴ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp> >. Acesso em: 04.jul.2010.

Entretanto, o poder de quebra do sigilo bancário, diretamente, pela Administração Tributária, não pode ser confundido, pelas autoridades, com autorização para devassa na vida financeira do contribuinte. O rompimento do segredo deverá obedecer aos rigorosos requisitos da legislação (em destaque, a existência de processo administrativo instaurado, a imprescindibilidade da medida e o dever de discricção dos agentes públicos).

Ademais, a ruptura do sigilo bancário deverá respeitar o princípio da razoabilidade. Como consequência desse princípio, tal quebra de segredo só deverá ocorrer, caso existam, no mínimo, indícios de irregularidades, não podendo ser permitida a requisição administrativa sem qualquer fundamento. Ainda, para ser razoável, o exame dos dados confidenciais somente deverá ser conduzido, pelas autoridades, até a profundidade necessária, para a apuração da ocorrência ou não de ilícito tributário.

A possibilidade da Fazenda Pública, com obediência a rigorosos preceitos legais e constitucionais, requisitar diretamente informações financeiras do contribuinte não representa qualquer inconstitucionalidade. Ao revés, tal entendimento respeita o direito fundamental à privacidade e, também, prestigia o combate à sonegação tributária, exteriorizando respeito aos nobres valores consagrados na Magna Carta de 1988 e ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda – Quebra do Sigilo Bancário e Omissão de Receitas e Rendimentos*. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 70, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 75-91, 2010

DIFFINI, Luiz Felipe Silveira. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo Bancário. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 14, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1992.

FLÔRES, Gisele Maria Dal Zot. Sigilo Bancário e reserva de jurisdição. Revista Justiça do Direito, n. 16, 2002.

FOLMANN, Melissa. Sigilo Bancário e Fiscal à Luz da LC 105/01 e Decreto 3724/2001. Curitiba: Juruá, 2001.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A possibilidade de Quebra do Sigilo Bancário por Parte da Receita Federal. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 97, 2003.

GRECO, Marco Aurélio. Sigilo das Operações de Instituições Financeiras. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, n. 9, 2002.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. Tradução de Luís Afonso Heck, a partir do original em alemão.

ICHIHARA, Ioshiaki. Direito Tributário. São Paulo: Atlas, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2001.

MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. A Inexistência de Sigilo Bancário frente ao Poder-Dever de Investigação das Autoridades Fiscais. Revista de Direito Tributário, n. 76, 2000.

MARTINS, Yves Gandra da Silva. Sigilo Bancário em matéria fiscal. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº15. São Paulo: RT, 1995).

_____. Comentários ao Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

REALE JUNIOR, Miguel. A Inconstitucionalidade da Quebra de Sigilo Bancário Estabelecido pelas Leis Complementares 104/2001 e 105/2001. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 39, 2002.

ROSA JR., Luiz Emygdio F. Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



TRABALHOS FORENSES



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA ___ VARA
FEDERAL DE PORTO ALEGRE – RS**

Objeto: **Mandado de Segurança com Pedido de Liminar**

Impetrante: **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
Impetrados: **PRESIDENTE DO CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL e PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE SERVIÇO SOCIAL DA 10ª REGIÃO/RS**

O **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, pessoa jurídica de direito público interno, por seus representantes judiciais signatários, *ex vi* do art. 132 da CF, art. 2º, I, da Lei Complementar Estadual nº 11.742/02 e art. 12, I, do CPC, vem, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal e no art. 1º da Lei Federal nº 12.016/09, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA

contra ato da **PRESIDENTE DO CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL** e da **PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE SERVIÇO SOCIAL DA 10ª REGIÃO/RS**, com endereço, respectivamente, na SCS Quadra 2, Bloco C, Edf. Serra Dourada, Salas 312/318, Brasília - DF, CEP 70300-902, e na Rua Cel. André Belo, 452, 1º andar, Menino Deus, Porto Alegre – RS, CEP 90110-020, pelas razões que a seguir aduz.

1 – BREVE RELATO

A presidente do Conselho Federal de Serviço Social – CFESS, em 15 de setembro de 2009, emitiu a Resolução nº 554/2009, a qual estabeleceu que não é reconhecida como atribuição ou competência de assistentes sociais a atuação em inquirição especial de crianças e adolescentes sob o procedimento do chamado “Projeto Depoimento Sem Dano”.

A referida Resolução estabeleceu que o seu descumprimento implicará responsabilidade disciplinar e/ou ética do assistente social, fixando o prazo de 60 dias para o processamento das modificações e adequações necessárias ao seu fiel cumprimento, valendo, desde já, a sua publicação como notificação.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 95-104, 2010

Por sua vez, a Presidente do Conselho Regional de Serviço Social da 10ª Região notificou o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, por meio do Ofício nº 228/2009, dirigido ao Juiz de Direito Dr. José Antônio Daltoé Cezar, acerca do não reconhecimento da inquirição das vítimas crianças e adolescentes em processo judicial como sendo atribuição de assistente social.

Diante dos atos praticados pelas presidentes dos Conselhos Federal e Regional de Serviço Social, o Estado do Rio Grande do Sul tem justo receio de ter violado direito líquido e certo seu estabelecido nos arts. 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentados pela Lei Estadual nº 9.896/93, qual seja, a de manter equipe interprofissional destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude, especialmente por meio do Projeto Depoimento Sem Dano.

2 – DAS AUTORIDADES COATORAS

São apontadas como autoridades coatoras na presente ação mandamental a presidente do Conselho Federal de Serviço Social – CFESS - e a presidente do Conselho Regional de Serviço Social da 10ª Região – CRESS 10ª Região.

Isso porque, conquanto a Resolução que inviabiliza a realização do Projeto Depoimento Sem Dano do Poder Judiciário Estadual seja da presidente do Conselho Federal de Serviço Social, compete à presidente do Conselho Regional de Serviço Social da 10ª Região, cujo âmbito de atuação abrange o território do Estado do Rio Grande do Sul, a aplicação de penalidades aos assistentes sociais judiciários que descumprirem a Resolução nº 554/2009, bem como às pessoas jurídicas que tenham participação ativa ou convivência nas infrações profissionais cometidas por assistentes sociais, nos termos do art. 16, § 1º, da Lei Federal 8.662/93.

Desse modo, o presente mandado de segurança é preventivo contra eventuais punições a serem aplicadas pela presidente do Conselho Regional, e é repressivo contra o ato já praticado pela presidente do Conselho Federal.

3 – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO

3.1 – DA EQUIPE INTERPROFISSIONAL

Os arts. 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal 8.069/90, estabelecem que cabe ao Poder Judiciário manter equipe interprofissional destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude, competindo-lhe,

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 95-104, 2010

dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a referida equipe interprofissional, de manutenção obrigatória pelo Poder Judiciário Estadual (art. 150 do ECA), restou regulamentada pela Lei Estadual nº 9.896/93, a qual criou os Juizados Regionais da Infância e da Juventude e instituiu a equipe interprofissional com os cargos de provimento efetivo de Médico Psiquiatra Judiciário, Psicólogo Judiciário e Assistente Social Judiciário.

No que se refere ao cargo de Assistente Social Judiciário, o anexo único da precitada lei estadual estabelece os requisitos para investidura e a síntese dos deveres, dentre os quais se constata o requisito de nível superior com habilitação legal para o exercício da profissão de Assistente Social e o dever de prestar assessoria técnica aos juízes na área de assistência social.

3.2 – DO PROJETO DEPOIMENTO SEM DANO

Dadas as suas peculiaridades, as crianças e adolescentes são tratados por determinação constitucional (art. 227 da CF) e legal (arts. 4º e 6º do ECA) como pessoa em desenvolvimento e merecedora de tratamento diferenciado e prioritário, sendo dever da família, da sociedade e do Estado colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueledade e **opressão**.

Por outro lado, observa-se a existência da garantia de que a criança com capacidade de discernimento seja ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe digam respeito, diretamente ou através de representante ou de organismo adequado (*sic*), conforme dispõe o art. 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (incorporada ao Direito brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, promulgado pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990).

Diante disso, o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, em projeto pioneiro, estatuiu um mecanismo, de conformidade com a lei processual vigente, de oitiva de crianças e adolescentes que lhes evitasse exposição e revitimização, ou seja, que lhes protegesse da opressão consistente em uma oitiva direta em audiência na presença do réu e demais participantes da solenidade (juiz, promotor, defensor, etc).

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 95-104, 2010

Referido mecanismo recebeu o nome de projeto depoimento sem dano, e é realizado com o auxílio de um técnico facilitador, o qual, em sala contígua à de audiência, dialoga e interage com a criança ou adolescente, fazendo-lhe, em linguagem adequada, os questionamentos que são formulados pelas partes e pelo juiz.

A sala especial em que fica a criança e o técnico facilitador é gravada e retransmitida simultaneamente à sala de audiência em que estão o juiz e os demais participantes da instrução, que poderão ver, ouvir e participar, formulando perguntas diretamente ao técnico (Assistente Social Judiciário), que traduz para a linguagem da testemunha (criança ou adolescente), de modo a lhe evitar revitimização ou opressão indevidas.

As questões processuais postas pelas partes são imediatamente resolvidas pelo magistrado, que em momento algum delega as suas atribuições.

O papel do Assistente Social Judiciário, portanto, é fundamental para auxiliar o julgador em seu múnus, exercendo aquele a função de facilitador (assemelhada à do interprete) para inquirição da testemunha, o que é perfeitamente admitido pelo ordenamento jurídico pátrio e que se subsume nas atribuições dos membros da equipe interprofissional estabelecida pelo art. 151 do ECA.

Ademais, cumpre referir que a validade do referido projeto restou respaldada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, como se pode ver na seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROJETO “DEPOIMENTO SEM DANO”. Pleito de inquirição de vítimas menores, abusadas sexualmente, nos moldes da procedimentalidade técnica desenvolvida no âmbito do “Projeto Depoimento sem Dano - DSD”.

Relevância da postulação, a partir da caracterização do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Priorização objetiva de medida judiciária institucionalizada no denominado “Projeto Depoimento sem Dano - DSD”, que objetiva a proteção psicológica de crianças - como no caso - e adolescentes vítimas de abusos sexuais e outras infrações penais que deixam graves seqüelas no âmbito da estrutura da personalidade, ainda permitindo a realização de instrução criminal tecnicamente mais apurada, viabilizando uma coleta de prova oral rente ao princípio da veracidade dos fatos havidos.

Precedente no direito comparado.

Ordem concedida para que as vítimas sejam inquiridas sob a tecnicidade do “Projeto Depoimento sem Dano”, não obstante os indiscutidos predicados e atributos profissionais da magistrada que preside o processo criminal no Juízo *a quo*.

AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. VOTO VENCIDO. (Mandado de Segurança Nº 70013748959, Sexta Câmara

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 95-104, 2010

Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 16/02/2006)

Além disso, o reconhecimento da efetividade do projeto “Depoimento Sem Dano” para concretizar o direito da criança e do adolescente de ser ouvido em juízo sem que isso lhe cause indevida opressão e revitimização alcançou cunho nacional e internacional.

Assim, no âmbito nacional observa-se o Projeto de Lei nº 4.126/2004, acrescentando os arts. 197-A a 197-E ao Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo expressamente que a inquirição de testemunha criança ou adolescente dar-se-á em recinto diverso da sala de audiência com o apoio de um técnico facilitador.

Referido Projeto de Lei recebeu o apoio de inúmeras entidades, como se pode ver nos documentos em anexo.

No âmbito internacional, o reconhecimento da efetividade do projeto em tela consta expressamente das “*Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*”, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (em anexo).

4 – DA ILEGALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 554/2009 DO CFESS

A Resolução nº 554/2009 do CFESS tem a seguinte redação:

**RESOLUÇÃO CFESS Nº 554/2009
de 15 de setembro de 2009**

EMENTA: Dispõe sobre o não reconhecimento da inquirição das vítimas crianças e adolescentes no processo judicial, sob a Metodologia do Depoimento Sem Dano/DSD, como sendo atribuição ou competência do profissional assistente social.

A Presidente do Conselho Federal de Serviço Social, no uso de suas atribuições legais e regimentais, que lhe são conferidas pela lei 8662/93;

Considerando que a utilização do “Projeto Depoimento Sem Dano” ou Inquirição Especial de Crianças e Adolescentes, no âmbito do Poder Judiciário, constitui função própria da magistratura;

Considerando que a Metodologia do “Projeto Depoimento Sem Dano” não possui nenhuma relação com a formação ou conhecimento profissional do assistente social, obtido em cursos de Serviço Social, ministrados pelas faculdades e Universidades reconhecidas e não são compatíveis com as qualificações do profissional respectivo, nos termos do artigo 4º e 5º da lei 8662/93; Considerando que o Conselho Federal de Serviço Social, usando das atribuições que lhe confere o artigo 8º. da lei 8662/93 e a partir dos pressupostos dos artigos 4º. e 5º é o órgão competente para expedir norma para regulamentar o exercício profissional do assistente social;

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 95-104, 2010

Considerando que a metodologia do “Projeto Depoimento Sem Dano” não encontra respaldo nas atribuições definidas pela Lei 8662/93, desta forma, não pode ser acolhida ou reconhecida pelos Conselhos de Fiscalização Profissional do Serviço Social;

Considerando que o profissional assistente social, devidamente inscrito no Conselho Regional de Serviço Social de sua área de atuação, está devidamente habilitado para exercer as atividades que lhes são privativas e as de sua competência, nos termos previstos pela lei 8662/93, em qualquer campo ou em qualquer área;

Considerando que a presente norma está em conformidade com os princípios do Direito Administrativo e em conformidade com o interesse público que exige que os serviços prestados pelo assistente social, ao usuário sejam efetivados com absoluta qualidade e competência ética e técnica e nos limites de sua atribuição profissional;

Considerando que a presente resolução foi aprovada na Reunião do Conselho Pleno do CFESS, ocorrida no dia 09 de setembro de 2009;

Considerando que a presente resolução foi democraticamente discutida e aprovada no 38º Encontro Nacional CFESS/CRESS, realizado nos dias 06 a 09 de setembro de 2009, em Campo Grande/MS.

RESOLVE:

Art. 1º. A atuação de assistentes sociais em metodologia de inquirição especial de crianças e adolescentes como vítimas e/ou testemunhas em processo judicial sob a proceduralidade do “Projeto Depoimento Sem Dano” não é reconhecida como atribuição e nem competência de assistentes sociais.

Art. 2º. Fica vedado vincular ou associar ao exercício de Serviço Social e/ou ao título de assistente social a participação em metodologia de inquirição especial sob a proceduralidade do Projeto de Depoimento Sem Dano, uma vez que não é de sua competência e atribuição profissional, em conformidade com os artigos 4º e 5º da Lei 8662/93.

Art. 3º. O não cumprimento dos termos da presente Resolução implicará, conforme o caso, na apuração das responsabilidades disciplinares e/ou éticas do assistente social, nos termos do Código de Ética do Assistente Social, regulamentado pela Resolução CFESS nº 273/93 de 13 de março de 1993.

Art. 4º. O CFESS e os CRESS deverão se incumbir de dar plena e total publicidade a presente norma, por todos os meios disponíveis, de forma que ela seja conhecida pelos assistentes sociais, bem como pelas instituições, órgãos ou entidades que mantenham em seus quadros profissionais de serviço social.

Art. 5º. Os profissionais que se encontrem na situação mencionada nesta Resolução, terão o prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data de sua publicação, para processarem as modificações e adequações que se fizerem necessárias ao seu integral cumprimento.

Parágrafo único – A publicação da presente Resolução surtirá os efeitos legais da NOTIFICAÇÃO, prevista pela alínea “b” do artigo 22 do Código de Ética do Assistente Social.

Art. 6º. Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Pleno do CFESS.

Art. 7º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando integralmente as disposições em contrário.

Ivanete Salete Boschetti

Presidente do CFESS

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 95-104, 2010

Em síntese, o referido ato estabelece que “**a atuação de assistentes sociais em metodologia de inquirição especial de crianças e adolescentes como vítimas e/ou testemunhas em processo judicial sob a procedimentalidade do “Projeto Depoimento Sem Dano” não é reconhecida como atribuição e nem competência de assistentes sociais**”, vedando, consequentemente, a sua participação no mencionado projeto, sob pena de apuração das responsabilidades disciplinares e/ou éticas.

No contexto antes exposto, verifica-se claramente a ilegalidade dessa Resolução do CFESS. Isso porque nela se constata uma vedação ilegítima ao exercício da equipe interprofissional estabelecida por determinação dos arts. 150 e 151 do ECA, bem como pela Lei Estadual nº 9.896/93.

Observe-se que a premissa de que parte o ato impugnado de ser função própria da magistratura a Inquirição Especial de Crianças e Adolescentes por meio do “Projeto Depoimento Sem Dano” está equivocada.

Isso porque não há, em momento algum, transferência ao técnico facilitador Assistente Social Judiciário das atribuições privativas da magistratura. O técnico facilitador atua como intérprete da linguagem da criança e do adolescente, dada a sua especial formação de intermediador entre os poderes constituídos e os membros da sociedade, em destaque daqueles socialmente desabonados, de modo que a sua função é de auxiliar o juiz na inquirição das testemunhas, especialmente as vítimas de violência sexual.

Consoante dispõe o Código de Ética Profissional do Assistente Social, instituído pela Resolução nº 273/93 do CFESS, é princípio básico da referida profissão a defesa intransigente dos direitos humanos.

Por outro lado, conforme a Resolução nº 15/2002¹ da Câmara de Educação Superior do Ministério da Educação, faz parte das diretrizes curriculares dos cursos superiores de Serviço Social a formação de um profissional que atue nas expressões da questão social, formulando e implementando propostas de intervenção para seu enfrentamento, com capacidade de promover o exercício pleno da cidadania e a inserção criativa e propositiva dos usuários do Serviço Social no conjunto das relações sociais e no mercado de trabalho, bem como prestar assessoria e consultoria a órgãos da administração pública, empresas privadas e movimentos sociais em matéria relacionada às políticas sociais e à garantia dos direitos civis, políticos e sociais da coletividade.

¹ http://www.cfess.org.br/legislacao_parecer.php

RPEGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 95-104, 2010

Diante disso, constata-se que indubitavelmente faz parte do conjunto de competências do Assistente Social a intermediação entre os diversos seguimentos da população e os poderes constituídos, auxiliando em matéria relacionada às políticas sociais e na garantia dos direitos civis, políticos e sociais da coletividade, dentre os quais se encontram os das crianças e adolescentes, especialmente aqueles vítimas de desvios sociais, como a violência sexual doméstica.

A função exercida pelos Assistentes Sociais Judiciários no projeto “Depoimento Sem Dano” se enquadra, portanto, nas competências e atribuições dos profissionais do Serviço Social, não sendo de modo algum incompatível com a sua formação profissional, mesmo que não esteja expressamente previsto no rol meramente exemplificativo (*numerus apertus*) constante da Lei Federal 8.662/93.

Observe-se, ainda, que a Lei Federal 8.662/93, em seu art. 4º, estabelece ser competência do Assistente Social atuar, executando ou prestando assessoria e consultoria, em planos, programas e projetos que sejam do âmbito de atuação do Serviço Social (inciso II c/c o inciso VIII).

Ora, o projeto “Depoimento Sem Dano” é evidentemente um programa que abrange o âmbito de atuação do Serviço Social, visto que tem por escopo garantir a efetiva concretização dos direitos das crianças e adolescentes, estando, portanto, acobertada pelo rol legal das competências e atribuições dos Assistentes Sociais.

Desse modo, o ato impugnado (Resolução nº 554/2009 do CFESS) é contrário às disposições legais, sendo, portanto, manifestamente nulo.

5 – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 554/2009 – CFESS

Inobstante isso, mostra-se também inconstitucional a Resolução nº 554/2009 do CFESS, pois ela veda a prática de uma competência profissional por considerá-la não-privativa. Contudo, não ser privativa não significa estar ela proibida.

Ao proibir por meio de resolução o exercício de uma prática profissional, o ato administrativo do CFESS extrapolou os seus limites normativos, porquanto a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XIII, garante a liberdade do exercício profissional, atendidas as qualificações profissionais que a **lei** estabelecer.

Desse modo, em não havendo na lei que regulamenta a profissão a vedação à referida prática, não pode ato administrativo de um Conselho profissional proibi-la, sob pena de violação frontal ao disposto no art. 5º, XIII, da CF, em razão da expressa reserva de lei formal.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 95-104, 2010

6 – DA NECESSIDADE DE SUSPENSÃO LIMINAR DO ATO IMPUGNADO

Diante da Resolução nº 554/2009 do Conselho Federal de Serviço Social, proibindo a participação dos Assistentes Sociais Judiciários no projeto Depoimento Sem Dano, e do ofício do Conselho Regional de Serviço Social, notificando o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul da proibição predita, houve violação do direito líquido e certo do impetrante de manter o referido programa com o auxílio técnico dos servidores públicos Assistentes Sociais Judiciários, infligindo grave dano ao requerente caso não seja liminarmente suspenso o ato e determinada a abstenção de aplicação de punição ao impetrante e seus servidores.

A ameaça de lesão ao direito do impetrante está comprovada pela certidão, ora anexada aos autos, expedida pela Escrivã da 2ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Porto Alegre, informando que para os meses de novembro e dezembro de 2009 estão designadas 80 (oitenta) audiências pela sistemática do “Depoimento Sem Dano”, a qual depende da participação de três Assistentes Sociais Judiciários.

Nas referidas 80 (oitenta) audiências serão ouvidas 100 (cem) crianças, das quais 95 (noventa e cinco) são supostas vítimas de violência sexual praticadas por adultos, 4 (quatro) supostas vítimas de violência sexual praticadas por adolescentes e 1 (uma) prestará informação em processo de competência do Tribunal do Júri.

Dessa forma, em não sendo liminarmente suspenso o ato impugnado, conforme autoriza o disposto no inciso III do art. 7º da Lei 12.016/09, restará perpetrado dano irreparável ao impetrante e especialmente às crianças vítimas de violência sexual praticada por adultos e adolescentes.

Por outro lado, a concessão da liminar pleiteada nenhum prejuízo causará às impetradas, de modo que se fazem presentes todos os requisitos para a imediata suspensão do ato impugnado na presente ação mandamental.

7 – DO PEDIDO:

Ante o exposto, o **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** requer:

a) o recebimento do presente Mandado de Segurança, bem como dos documentos a ele anexos;

b) a concessão de **MEDIDA LIMINAR**, com fundamento no art. 7º, III, da Lei 12.016/09, **suspendendo** a aplicação Resolução nº 554/2009 do CFESS

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 95-104, 2010

104

e **determinando** às autoridades coatoras que se abstenham de aplicar qualquer penalidade aos Assistentes Sociais Judiciários e ao Impetrante;

c) a notificação das autoridades coatoras para prestar informações nos termos da lei;

d) a procedência do pedido com a concessão da segurança para o fim de anular definitivamente a Resolução nº 554/2009 do CFESS.

Dá à causa o valor de R\$ 1.000,00.

Nesses termos,
P. provimento.

Porto Alegre, 06 de novembro de 2009.

José Guilherme Kliemann,

Procurador-Geral Adjunto do Estado do Rio Grande do Sul.

Eduardo Cunha da Costa,

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul,
OAB/RS 69.442.

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN
LÚCIA - RELATORA DO AGRAVO REGIMENTAL NO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 603855 – STF**

O **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, por sua representante judicial firmatária, vem à presença de Vossa Excelência apresentar MEMORIAIS, reque-
rendo sejam considerados por ocasião do julgamento do agravo regimental em
epígrafe.

Termos em que espera deferimento.
Porto Alegre, 09 de julho de 2010.

Patrícia Bernardi Dall'Acqua
Procuradora do Estado
OAB/RS 38.849

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 105-114, 2010

O recurso extraordinário interposto pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul foi provido monocraticamente, sob o fundamento de que a matéria está pacificada na Corte. Da decisão transcreve-se o seguinte trecho:

4. A matéria foi objeto de julgados do Supremo Tribunal, que concluiu pela prevalência da tese defendida pela Recorrente. Por isso a ele assiste razão, na forma do direito vigente.

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da possibilidade da internação hospitalar na modalidade “diferença de classe” sem ônus para o Estado. Essa faculdade conferida ao paciente atende ao mandamento constitucional que estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado.

A decisão transcreve as ementas dos acórdãos do RE 226.835, Rel. Min. Ilmar Galvão, e do RE 261.268, Rel. Min. Moreira Alves, ao final fazendo referência também às decisões monocráticas proferidas nos seguintes julgados: RE 601.712, Rel. Min. Carlos Britto; RE 496.244, Rel. Min. Eros Grau; RE 228.750, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 254.245, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RE 428.648, Rel. Min. Cezar Peluso; e RE 363.062, Rel. Min. Maurício Corrêa.

No entanto, há distinções entre o caso *sub judice* e aqueles que geraram os precedentes citados na decisão monocrática.

Primeiro, todos os precedentes citados (com exceção do RE 601.712, que ainda não transitou em julgado) dizem respeito ao julgamento de casos concretos e individuais, nos quais foi analisada a **necessidade de internação privativa ou em condições especiais em face da situação clínica em que se encontrava o paciente**. Diferente é a situação no caso ora em exame, em que se trata de uma ação civil pública movida pelo Conselho Regional de Medicina com o escopo de obter autorização judicial para que qualquer paciente, independentemente de necessidade médica, opte por acomodações diversas daquelas ofertadas pelo sistema público de saúde, bem como pela assistência por médico de sua livre escolha e acesso ao SUS independentemente de triagem feita no âmbito das unidades básicas de saúde.

Segundo, **a matéria discutida nos precedentes era mais restrita do que a ora posta em apreciação**. Naqueles casos, discutia-se tão-somente a possibilidade de opção por acomodação privativa de pacientes que já haviam ingressado no sistema e necessitavam, em face de uma condição clínica, de acomodação privativa. Não se discutia a possibilidade de assistência por médico de confiança do paciente, ainda que não credenciado ao SUS. Também não se discutiu nos precedentes o acesso aos leitos do SUS diretamente, sem que a internação se desse após o exame e triagem

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 105-114, 2010

do paciente em posto de saúde. Veja-se que são três os pedidos deduzidos na demanda posta em julgamento, quais sejam, (1) permitir o acesso do paciente à internação pelo SUS e ao pagamento da chamada diferença de classe, para obter melhores acomodações, pagando a quantia respectiva, quer ao hospital, quer ao médico; (2) abster-se de exigir que a internação só se dê após exame do paciente em posto de saúde; e (3) abster-se de impedir a assistência pelo médico do paciente.

Necessário, portanto, o julgamento dos demais pedidos sem vinculação aos precedentes, que se restringem à “diferença de classe”. Não pode ser dada à *ratio decidendi* das decisões anteriores interpretação ampliativa, em virtude das peculiaridades do caso em exame.

Faz-se algumas observações acerca do pedido de escolha do médico pelo paciente, combinado à faculdade de desconsideração da triagem nos postos de saúde. Quanto ao primeiro, sua admissão levaria necessariamente à inutilização ou banalização do credenciamento para atuar como médico do SUS, já que qualquer médico poderia solicitar a internação de pacientes pelo sistema, caso prevaleça a livre opção do usuário sobre o profissional que venha a lhe assistir. Já o livre acesso ao sistema, sem a triagem pelos serviços públicos de saúde, pode levar a práticas fraudulentas, paralelamente ao privilégio concedido àqueles com possibilidade de custear serviços médicos em detrimento dos cidadãos que dependem apenas do SUS para os cuidados de sua saúde.

Por outro lado, a exigência de triagem não afronta direitos, notadamente de usuários do SUS; ao contrário, concretiza o princípio da igualdade de acesso ao sistema. A dispensa da triagem, afastando a presença de profissional do SUS no pedido de baixa hospitalar, substituída por médico, credenciado ou não, a pretexto de se tratar de profissional de confiança do paciente, cria privilégio. Tal dispensa vulnera o princípio da isonomia, na medida em que os que podem arcar com parcela das despesas terão acesso diferenciado, ao passo que todos os demais usuários se submetem à triagem usual.

As situações são diversas, de modo que não podem ser aplicados os precedentes citados no presente julgamento, sob pena de, aqui, permitir-se tratamento privilegiado à parcela da população economicamente mais favorecida em detrimento dos carentes de recursos financeiros, ao fim quebrando a isonomia prevista na Constituição Federal.

A respeito da necessidade de adequação da situação fática decidida no precedente com aquela posta em julgamento, transcreve-se parte o voto do Min. Gilmar Mendes ao decidir pedido de reconsideração no Habeas Corpus n. 88917:

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 105-114, 2010

A exigência da conformação desse conjunto fático para a aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema é corolário de uma idéia forte de precedente que deve ser construída por esta Corte. Constatada a diluição cada vez maior da polaridade entre os sistemas europeu-continental e anglo-americano de jurisdição, torna-se imperiosa a adoção de um conceito forte de precedente judicial, que exija para cada caso a realização do devido “distinguish” entre as circunstâncias fáticas que, reunidas, darão ensejo, ou não, à incidência do precedente jurisprudencial ao caso concreto sob exame do Tribunal. No presente caso, entendo como presentes as circunstâncias que justificam a aplicação da jurisprudência do STF formada em torno do tema debatido neste writ (HC n° 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13.05.2005; HC n° 85.185/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; HC n° 87.353/ES, de minha relatoria).

(HC 88917 reconsideração, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 02/08/2006, publicado em DJ 10/08/2006 PP-00029)

Da ementa da decisão proferida no RE 226.835 constata-se a diferença entre os casos, na medida em que, no precedente, é autorizada a internação em quarto diferenciado em razão das **condições pessoais do paciente, que necessitava de quarto privativo**. Não se tratava de opção do paciente por acomodações mais confortáveis ou melhores condições de hotelaria por escolha sua, porém de situação clínica a exigir isolamento. Tampouco buscava o autor a escolha de profissional médico. Na ação civil pública em apreço, ao contrário, pretende o CREMERS autorização para que os pacientes optem por quarto privativo com o escopo de obter privacidade e melhores condições de conforto.

A “diferença de classe” buscada, em verdade, é em relação à hotelaria, o que implica quebra do princípio da igualdade, pois gerará maior procura do SUS por pessoas em condições de arcar com parcela das despesas, limitando ainda mais as vagas no sistema para a população carente, mormente em sendo permitida também a escolha do profissional responsável pelo acompanhamento médico e a liberação da triagem de atendimento nos postos de saúde.

Para entender melhor o funcionamento do sistema, basta fazer uma simples comparação do SUS com os demais planos privados de saúde.

Qualquer cidadão, que tenha condições de manter um plano privado de saúde, somente consegue obter atendimento (pago pelo plano) de um determinado médico, SE ESSE MÉDICO FOR CREDENCIADO E AUTORIZADO a operar pelo plano de saúde pertencente ao usuário.

Essa comparação é de extrema importância. Nenhum médico irá receber através do plano de saúde de um determinado paciente, se não for devidamente

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 105-114, 2010

credenciado. Então, a porta de entrada do plano privado de saúde é o médico com o indispensável credenciamento.

O SUS funciona assim também. Para entrar no sistema e ter as despesas bancadas pelo erário, o cidadão deve ser atendido inicialmente pelo médico ou pelos demais profissionais credenciados pelo SUS, como ocorre na rede privada de planos de saúde.

A argumentação das entidades corporativas médicas diz que o paciente tem direito à escolha de seu médico. Nem o SUS, nem os planos privados, inclusive as cooperativas de médicos, impedem a escolha de médicos, desde que os mesmos sejam credenciados por cada um dos seus sistemas e estejam trabalhando na rede.

Portanto, falaciosa e corporativa a alegação, que visa exclusivamente à preservação de privilégios financeiros e operacionais, em detrimento do que isso pode provocar no sistema público e nos milhões de usuários que não terão esta condição de benefício concedido aos abastados.

Na verdade, a decisão dessa Corte Suprema proporciona ao usuário a escolha entre o melhor dos mundos, ou seja, o cidadão escolhe o melhor do privado, que é a rapidez, o atalho, o fura-fila, e o melhor do SUS, que é gratuidade. Esse seria o plano de saúde ideal e sem precedentes, se pudesse ser aplicado a todos.

Certamente, nem mesmo os países mais desenvolvidos do mundo possuem um plano de saúde com esta condição privilegiadíssima. Então, dedução simples: o usuário paga a consulta inicial, paga a diferença de classe, tem uma hotelaria privativa e continua pagando o seu médico para atendê-lo. Se necessitar de procedimentos, exames, medicamentos, especialmente receitados pelo seu médico de confiança, então, caberá ao SUS pagar todas as despesas.

Isso significa um retrocesso inominável.

Haveria duas situações diferenciadas no SUS: os pacientes, que podem pagar pela “diferença de classe”, ingressariam diretamente no sistema, com internação autorizada mediante simples atestado de seu médico de livre escolha; ao passo que a comunidade sem recursos continuaria a busca por atendimento nas unidades básicas de saúde, com submissão às filas e à triagem, bem como à avaliação de necessidade de internação por médico conveniado ao SUS, aguardando a existência das vagas que vierem a sobrar, após o ingresso direto no sistema pelos beneficiados pela decisão recorrida.

Por certo, ter-se-á a criação de duas categorias no âmbito do SUS, ferindo de morte o princípio da isonomia que, juntamente com o princípio da universalidade

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 105-114, 2010

dade, rege o sistema de saúde proposto pela Constituição de 1988. Neste sentido, a decisão vai de encontro aos avanços sociais conquistados no âmbito do SUS nos últimos anos. Tal julgado hierarquiza e elitiza o sistema público, ao invés de ampliá-lo, já que possibilitar a opção pela “diferença de classe” é conferir tratamento especial e diferenciado a alguns pacientes, numa sistemática que prevê o acesso universal e igualitário da população às ações e aos serviços do Sistema Único de Saúde. **A manutenção da decisão recorrida implicará a criação de uma classe favorecida de usuários do SUS, composta por aqueles que puderem pagar pela “diferença de classe”.**

A situação ora em exame re-edita a forma de prestação de serviços em saúde do período anterior à Constituição Federal de 1988. Naquela época, havia claramente duas classes de cidadãos: aqueles que detinham a condição de vinculados ao mercado de trabalho formal, com a contribuição ao então INAMPS, podendo ser atendidos na rede pública com a carteirinha do Instituto, e as demais pessoas, sem qualquer relação formal de trabalho ou contributiva, que eram denominadas ‘indigentes’, atendidas por Santas Casas ou entidades filantrópicas.

A assistência à saúde é um serviço público e, como tal, não pode ser exigido de forma diversa da prevista em lei. Ademais, não há direito constitucional de ver partilhado com o Estado os custos hospitalares decorrentes de opção por acomodações de classe superior àquela oferecida aos assistidos em geral.

A decisão monocrática fundamenta-se na premissa de que *“essa faculdade conferida ao paciente atende ao mandamento constitucional que estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado”*.

Trata-se de uma interpretação literal e absoluta do art. 196 da CF, que afronta o princípio da isonomia ou da igualdade.

A isonomia é garantida por iguais condições de atendimento e acomodação a todos que aderem ao sistema, ressalvadas as situações excepcionais decorrentes de necessidades médicas. Permitir qualquer forma de cobrança complementar decorrente da modalidade “diferença de classe” implica discriminação e privilégios não assegurados pela Constituição.

Salienta-se que a Constituição Federal estabelece como objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária, com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, incisos I e III).

Não se trata de uma igualdade formal e absoluta. **Se é certo que a saúde é direito de todos, também é indiscutível que a possibilidade de pagamento da “diferença de classe” afronta a razoabilidade, pois geraria o**

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 105-114, 2010

efeito inverso, isto é, uma dificuldade ainda maior de acesso ao SUS justamente por aqueles que dependem exclusivamente do sistema público.

Nesse sentido, cabe referir a lição de Rafael Maffini, ao discorrer sobre o princípio da impessoalidade na Administração Pública:

*“Por certo, em tempos modernos, não se permite mais falar numa igualdade formal e absoluta. Aristóteles e Rui Barbosa já ensinaram que a igualdade (aqui impessoalidade) consiste em tratar igualmente quem é igual e desigualmente aqueles que são desiguais. Assim, afronta a impessoalidade tratar desigualmente quem se encontra em iguais condições, bem como tratar igualmente quem está em desigualdade de condições. **Havendo condições desiguais, será admitido, e até mesmo obrigatório, que existam tratamentos desiguais, desde que os critérios de discriminação sejam razoavelmente empregados.**”* (grifa-se, in Direito Administrativo, 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 44)

A repercussão negativa da aceitação da “diferença de classe” no sistema de saúde foi abordada com maestria no parecer do douto MPF, proferido nos autos do agravo de instrumento n. 2003.04.01.036438-0/RS, adotado como fundamento de seu voto pelo Des. Federal Relator, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, razão pela qual transcreve-se parte de seu voto:

“... Com efeito, em princípio, o atendimento ao pedido do autor criaria uma classe favorecida de usuários do SUS, constituída por aqueles que se disporem (e teriam para tanto) pagar a pretendida “diferença de classe”. Neste estágio do processo, sequer se pode imaginar todas as consequências práticas disto. Mas, muito possivelmente haveria uma preferência de hospitais e médicos a direcionarem os recursos do SUS ao atendimento da “diferença de classe”, de modo a prejudicar os cidadãos que não dispõem de recursos para efetuarem este pagamento, e que só podem ser atendidos com a cobertura integral do SUS. O SUS, então, passaria a ter a função de um “plano de saúde”, ou de um “sistema de descontos”, já que mesmo o mais afortunado cidadão poderia se utilizar dos seus recursos para abater parte dos seus gastos com saúde, em acomodações confortáveis e luxuosas. Já se pode imaginar mais uma consequência disto: toda a camada da população que não se utiliza dos recursos do SUS, porque dispõe de recursos financeiros para custear integralmente uma internação privada, passaria a se utilizar dos poucos recursos públicos, na forma de “desconto. Mais pessoas, então, passariam a disputar os recursos do SUS, com evidente prejuízo aos mais pobres, que nada podem pagar no tratamento de sua saúde. No estágio atual da saúde pública, esta medida seria completamente regressiva, por privilegiar uma classe da população mais favorecida em detrimento dos mais pobres.

(...)

Somente por estas considerações, vê-se que não se pode abordar o tema de forma simplista, arguindo, por exemplo, que a cobrança da “diferença de

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 105-114, 2010

classe” não traria qualquer consequência prejudicial ao SUS, já que o poder público teria igualmente de despender os recursos com o mesmo paciente. Por estas simples considerações, parece claro que, no mínimo, haveria um aumento considerável dos gastos do SUS (provocado pelo ingresso de novos usuários do sistema, consistentes em pessoas que possuem condições de pagar um tratamento particular), e, da mesma forma, uma tendência a estimular a cobrança de “diferença de classe”, com todos os prejuízos que isto traria à população mais carente.”

Cumpre destacar que as regras de acesso ao sistema, por meio da consulta prévia nos postos de saúde, é medida necessária à garantia de isonomia, freando a procura ao SUS pelas pessoas que possuem condições de custear tratamento particular ou plano de saúde. Permitir o acesso do paciente, sem prévio exame em unidade básica de saúde e por meio de seu médico de confiança, implica aumento do número de usuários do sistema público, com a consequente elevação de gastos, ainda que o paciente pague a diferença pela acomodação superior, já que o custo da internação pelo SUS terá que ser arcado pelo Poder Público.

Outra consequência nefasta da “diferença de classe” é o acréscimo de pacientes a serem atendidos, o que implicará a paralisação das já pesadas filas para atendimento e internação, que ficarão restritas à população carente de recursos. Explica-se. Há um número limitado de leitos para internação pelo SUS. Os leitos destinados ao SUS pelos hospitais já são insuficientes, pela limitação dos recursos financeiros e físicos, havendo um número determinado de vagas disponíveis, as quais são ocupadas mediante a liberação de AIHs – Autorizações de Internação Hospitalar. Para cada leito ocupado é emitida uma AIH, que gera um crédito do hospital junto ao SUS. Assim, **mesmo para os pacientes que ingressam no sistema em face da “diferença de classe”, é emitida a AIH, ainda que venham a ocupar, de fato, quarto privativo ou semiprivativo mediante pagamento da diferença diretamente ao hospital, de forma que ao SUS caberá o pagamento da AIH.**

Neste ponto, cabe ressaltar que **a opção pela diferença de classe não permite o uso do leito por outro paciente.** Ao contrário, bloqueia a AIH, já que o sistema não admite a internação pelo SUS sem AIH, do mesmo modo que uma mesma AIH não pode ser usada por dois pacientes. Como os pacientes optantes pela diferença de classe não precisam se submeter ao exame em posto de saúde para obter a vaga, terão preferência de atendimento em relação àqueles que nada podem pagar, fazendo com que os últimos aguardem ainda mais na fila de espera pelo atendimento, gerando descompasso no sistema público de saúde e indo de encontro ao objetivo da sociedade e do legislador constituinte, no sentido de garantir um sistema isonômico, com atendimento à população carente nas mesmas condições daqueles favorecidos economicamente.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 105-114, 2010

Reitera-se que aqui não se está diante de pacientes que estão no sistema público e que tem indicação médica de acomodação privativa ou isolamento, como ocorreu no caso do RE 226835, Rel. Min. Ilmar Galvão. Nesse precedente, restou facultado atendimento diferenciado em situação diferenciada, “*sem ampliar direito previsto na Carta e sem nenhum ônus extra para o sistema público.*”. Veja-se que o eminente Ministro destacou o fato de estar decidindo um caso concreto, à luz da necessidade médica e sem ampliar os direitos previstos na CF, diferentemente do escopo da ação civil pública proposta pelo CREMERS, que busca autorização ampla para que possa o paciente ingressar no sistema sem cumprir as diretrizes definidas pelo gestor, optando por acomodações privilegiadas.

Para as situações como a descrita no RE 226835, assim como nos demais precedentes citados na decisão recorrida, em que o paciente já está em atendimento pelo SUS e necessita de acomodação diferenciada por orientação médica, cumpre ao SUS garantir-lhe o isolamento, **sem qualquer cobrança**. As regras de acesso ao sistema e à regulamentação das condições de hotelaria destinam-se à generalidade das situações, em que inexistente exigência médica de quarto privativo para segurança do paciente ou dos demais ocupantes. Havendo necessidade de isolamento, a medida é providenciada, sem a cobrança de qualquer adicional do paciente, pois não há possibilidade de cobrança complementar no âmbito do SUS. Se, em tais situações, a internação na forma proposta pelo médico não fosse disponibilizada, aí sim, ter-se-ia embaraço e restrição ao acesso.

O estabelecimento de regras e procedimentos de acesso ao sistema não pode ser interpretado como embaraço ao exercício de acesso pleno a ele. É medida imprescindível justamente para franquear o acesso a toda a população em igualdade de condições. Necessário ter em mente que o artigo 196 da CF garante o acesso universal e igualitário, bem como determina que tal direito deve ser assegurado pelo Estado, em sentido lato, mediante o estabelecimento de políticas públicas, sociais e econômicas. Ademais, o art. 199 da Constituição Federal, que permite à iniciativa privada a atuação na assistência à saúde, define tal atuação como complementar e de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo sistema público de saúde. Para melhor compreensão, transcrevem-se os dispositivos constitucionais acima referidos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art.199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 105-114, 2010

direto público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas sem fins lucrativos.

As diretrizes que regem o SUS são definidas pelo gestor federal, com base nos dispositivos constitucionais e da Lei Federal 8080/90, por meio de portarias. Dentre tais diretrizes tem-se a proibição de cobrança de qualquer valor do beneficiário, por meio dos prestadores de serviços no âmbito do sistema público de saúde. Assim, a decisão, que permite a “diferença de classe”, fere o disposto no art. art. 199 da CF, cujo objetivo é garantir a gratuidade do acesso ao sistema, par a par com a universalidade e a igualdade.

Pelas razões acima expostas, o exame da causa posta em julgamento evidencia que não se trata da mesma situação fática apreciada nos precedentes citados na decisão monocrática. Desse modo, deve o presente agravo regimental ser provido, para fins de não admitir a internação pela modalidade conhecida como “diferença de classe”, tampouco a escolha do profissional médico e a dispensa de prévio exame e triagem nas unidades básicas de saúde. O acolhimento dos pedidos não assegura o pleno exercício do direito à saúde à população em geral; ao contrário, autoriza privilégios aos favorecidos economicamente, em detrimento da população carente que depende apenas dos serviços públicos de saúde.

Termos em que espera deferimento.
Porto Alegre, 09 de julho de 2010.

Patrícia Bernardi Dall’Acqua
Procuradora do Estado
OAB/RS 38.849

PARECERES



Parecer nº 15.094

PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. ESCRIVÃO DE POLÍCIA. DEMISSÃO.

DIREITO DE PETIÇÃO. PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL DO PROCESSADO.

PARECER EMITIDO PELA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO, NO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA QUE LHE É CONFERIDA PELO ARTIGO 115, INCISO IV, DA CARTA CONSTITUCIONAL ESTADUAL. ATOS ADMINISTRATIVOS DE APROVAÇÃO DE PARECER E DE IMPOSIÇÃO DE PENA DISCIPLINAR CONCOMITANTES COM O GOZO, PELO INDICIADO, DE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE.

EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA DEVIDAMENTE ASSEGURADOS E CONCRETAMENTE VERIFICADOS. ASSISTÊNCIA POR ADVOGADO E OFERTA DE MEMORIAIS EM TAL INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

NA AUSÊNCIA DE PREJUÍZO TANGÍVEL À DEFESA DO INDICIADO, NÃO SE DECRETA NULIDADE.

NÃO INCIDÊNCIA DA NORMA DO ARTIGO 152, “CAPUT” E § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

VALIDADE DO PROCESSADO.

ABUSIVIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA.

MATÉRIA “SUB JUDICE” EM MANDADO DE SEGURANÇA, TENDO SIDO INDEFERIDA A PRETENDIDA MEDIDA LIMINAR.

INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

Senhor X formula requerimento a Sua Excelência a Senhora Governadora do Estado, YEDA RORATO CRUSIUS, tencionando a decretação da nulidade dos atos de revisão do processo administrativo-disciplinar encartado no expediente n.º 28.589-12.04/00-0, o qual culminou com a sua demissão do cargo público de Escrivão de Polícia, 4.ª Classe, Padrão 9, por ato administrativo publicado no Diário Oficial do Governo do Estado, edição de 4 de dezembro de 2007.

Alega o requerente que, desde o dia 6 de setembro de 2007, estaria em gozo de licença para tratamento de saúde (“sic”) “em virtude de ter sido vitimado

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 117-126, 2010

por um disparo de arma de fogo em seu membro inferior, quando do exercício de suas funções”, acreditando que essa circunstância implicaria em suspensão do referido procedimento administrativo, como sucede no processo criminal, por força do disposto na norma do artigo 152, “caput” e § 2.º, do Código de Processo Penal, a qual, a seu ver, também regraria, por interpretação analógica, os feitos administrativos.

Em 12 de dezembro de 2007, o Senhor Chefe de Gabinete da Governadora, JOSÉ CARLOS BRENDA, endereça o assunto à Subchefia Jurídica da Casa Civil do Governo do Estado. Em 17 de dezembro, o Senhor Subchefe Jurídico Adjunto da Casa Civil, BRUNO NUBENS BARBOSA MIRAGEM, determina a remessa do pedido a esta Procuradoria-Geral do Estado, “para conhecimento e adoção das medidas que julgar cabíveis”.

Nesta Casa, veio-me em distribuição, para exame e parecer.

É o relato.

Registro, inicialmente, que o processo administrativo-disciplinar em referência tem servido a sucessivas e intermináveis controvérsias, estando absolutamente exaurida a instância administrativa, em que observado o devido processo e asseguradas, ao indiciado, as garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Lateralmente, o requerente tem recorrido insistentemente ao Poder Judiciário, tanto que, presentemente, tramitam três mandados de segurança em que a Senhora Governadora do Estado é apontada como autoridade coatora, sendo certo que os de números 70022765788 e 70023700495, distribuídos em datas de 2 de janeiro de 2008 e 1.º de abril de 2008, atacam, igualmente, o mesmo ato de demissão, enquanto que o terceiro, e mais recente, de número 70023702319, distribuído em data de 2 de abril de 2008, ainda é de teor desconhecido, estando, no momento, concluso com o Eminent Relator, Desembargador ARNO WERLANG, provavelmente para julgamento de pretensão liminar.

Oportuno atentar-se, ainda, para que, anteriormente às ações de segurança ora “sub judice”, o requerente ajuizou ação ordinária declaratória de nulidade do ato demissional, por impedimento, no Conselho Superior de Polícia, do então Conselheiro Relator, Dr. MARCELO BIDONE DE CASTRO, logrando, em decisão de duplo grau, o reconhecimento judicial do alegado impedimento, em conformidade com a norma do artigo 254, inciso IV, do Código de Processo Penal, e em face do disposto no artigo 37, § 1.º, do Estatuto do Conselho Superior de Polícia, com a conseguinte decretação da nulidade parcial do competente processo

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 117-126, 2010

administrativo-disciplinar, a partir do momento em que nele interveio o citado Relator, sem prejuízo de que, sanada a irregularidade, tivesse prosseguimento a ação disciplinar (Apelação Cível n.º 70006271555). Aludida decisão transitou em julgado, sendo, por consectário, o requerente, reintegrado aos quadros da Polícia Civil, a contar de 17 de dezembro de 2003. Atendido, pela Administração, o prefalado comando judicial, sanando-se a irregularidade na formação do Conselho Superior de Polícia, o processo disciplinar retomou seu curso, culminando com nova proposta de imposição da pena de demissão ao Escrivão de Polícia Senhor X, com fundamento no artigo 83, incisos VI e VIII, combinados com os artigos 90, 93 e 94, inciso III, todos da Lei Estadual n.º 7.366/80. Observada a tramitação de estilo, segundo o devido processo administrativo, a proposição em referência, depois de chancelada por esta Procuradoria-Geral, nos termos do Parecer n.º 14.763, de lavra da Eminente Procuradora do Estado, Dra. SUZANA RAUTER, restou acolhida pela Senhora Governadora do Estado, consumando-se, então, novamente, a demissão, publicada na edição de 27 de novembro de 2007 do Diário Oficial do Governo do Estado (Boletim n.º 179/2007, da Procuradoria-Geral do Estado, pg. 17).

Aliás, tenho que, em verdade, o requerente exerce sua defesa abusivamente, visto que as ações de segurança que ora tramitam perante o Colendo Tribunal Pleno, do Egrégio Tribunal de Justiça, sob relatorias diferentes, revelam condenável estratégia processual pela qual uma só controvérsia é cindida em várias e coetâneas ações autônomas, com o subliminar intento de multiplicar as chances de obtenção de tutela provisória capaz de garantir, ainda que a título precário, inaceitável reintegração ao cargo público, em detrimento dos superiores interesses públicos, e, pois, a mera postergação no tempo da efetividade da ação disciplinar levada a termo, com justiça, pelo Poder Público. O procedimento assim adotado configura, também, verdadeiro vilipêndio aos princípios processuais do juiz natural, da lealdade processual e do devido processo legal.

Especificamente no tocante à pretensão deduzida no expediente em apreço, há que se considerar, primeiramente, que a revisão a que alude o requerente é a realizada por esta Casa em conformidade com a regra do artigo 115, inciso IV, da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, e que, no caso presente, está corporificada no antes referido Parecer n.º 14.763, emitido em data de 24 de agosto de 2007, anteriormente, pois, ao ingresso do requerente em gozo de licença para tratamento de saúde, alegadamente ocorrido em data de 6 de setembro de 2007.

Apenas os subseqüentes atos de aprovação do mencionado Parecer, pela Senhora Procuradora-Geral do Estado, Dra. ELIANA SOLEDADE GRAEFF MARTINS, e pela Senhora Governadora do Estado YEDA CRUSIUS, datados de 26 e de 27 de novembro de 2007, respectivamente, é que ocorreram no curso da argüida

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 117-126, 2010

licença, sendo de consignar-se que o indiciado acompanhou a tramitação do feito, inclusive nessa instância administrativa, em que, por seu procurador, signatário também do requerimento ora em análise, ofertou memoriais, os quais, mesmo ao desamparo de previsão legal, foram levados em consideração, em homenagem ao contraditório e à ampla defesa.

Obviamente que, não resultando, da propalada licença, qualquer prejuízo tangível ao exercício, pelo indiciado, do contraditório e da ampla defesa, é incabível a pretendida decretação de nulidade.

O entendimento de que a licença médica do servidor submetido a processo disciplinar não obsta a imposição da pena de demissão tem merecido o beneplácito jurisprudencial, como revelam os seguintes precedentes:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. EXCLUSÃO. INSTÂNCIAS JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA. COMANDANTE-GERAL DA POLÍCIA MILITAR. COMPETÊNCIA. LICENÇA MÉDICA. FATO QUE NÃO CONSTITUI ÔBICE À APLICAÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO.

“1. Tanto na doutrina quanto na jurisprudência é firme o entendimento no sentido de que as esferas criminal e administrativa são independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal que negar a existência ou a autoria do crime.

“2. Hipótese em que não há notícia de instauração de processo judicial para fins de apuração do ilícito disciplinar praticado pelo recorrente, que configuraria, em tese, crime. A Administração, no exercício de seu poder disciplinar, apurou a falta cometida, observando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório, e concluiu pela aplicação da pena de exclusão.

“3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser competente o Comandante-Geral da Polícia Militar para a aplicação de penalidade em razão da prática de ilícitos disciplinares, não incidindo o disposto no art. 125, § 4º, da Constituição Federal, porquanto destinado tão-somente aos casos de cometimento de crimes militares.

“4. O Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, já decidiu que a circunstância de encontrar-se o servidor público no gozo de licença para tratamento de saúde não constitui óbice à aplicação da pena de demissão.

“5. Recurso ordinário improvido.”

(RMS 20660/GO; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0149126-8; Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA; Órgão

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 117-126, 2010

Julgador: QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 03/04/2007; Data da Publicação/Fonte: DJ 07.05.2007, p.337.)

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR ACUSADO SOB LICENÇA MÉDICA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

“1. É descabido, em sede de mandado de segurança, o pretendido reexame de prova visado pela impetrante, sob a alegação de insuficiência de prova para a demonstração dos ilícitos administrativos por ela cometidos e determinantes de sua exoneração, como é tranqüilo na doutrina e na jurisprudência de nossos tribunais.

“2. “É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.” (artigo 156 da Lei 8.112/90).

“3. O exercício do direito previsto no artigo 156 da Lei 8.112/90 é facultativo, podendo o servidor fazer-se presente pelo advogado que constituiu, ou ver-se assistir por defensor dativo, não só quando revel, mas também por imperativa determinação constitucional, que assegura aos acusados em geral o direito à ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes, além do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

“4. O fato da impetrante encontrar-se em licença para tratamento de saúde, quando da instauração do processo administrativo disciplinar, por si só, não enseja a sua nulidade, por ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

“5. Ordem denegada.”

(MS 8102/DF; MANDADO DE SEGURANÇA 2001/0194209-0; Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO; Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO; Data do Julgamento: 25/09/2002; Data da Publicação/Fonte: DJ 24.02.2003; p. 181.)

“FUNCIONÁRIO PÚBLICO. DEMISSÃO. O PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE SOFREU O FUNCIONÁRIO TRAMITOU REGULARMENTE, COM DIREITO A AMPLA DEFESA. COMPROVADAS FALTAS GRAVES, LICENÇA DE SAÚDE NÃO É IMPEDITIVO PARA DEMISSÃO. (RESUMO)”

(Apelação Cível N° 591029038, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Balduino Mânica, Julgado em 27/06/1991.)

Ademais, a Lei Estadual n.º 7.366, de 29 de março de 1980, que “Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil”, no tópico dedicado ao processo administrativo-disciplinar (Capítulo VII, Seção II, Subseção III, arts. 101 a 120) não contempla qualquer hipótese de suspensão do processo, assinalando, contudo,

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 117-126, 2010

em seu artigo 109, que “a marcha do processo administrativo-disciplinar, no que lhe for aplicável, será a mesma prescrita pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado”.

A seu turno, o Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado, aprovado pela Lei Complementar Estadual n.º 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, o qual trata exaustivamente dos procedimentos administrativos disciplinares em seu Título V (arts. 198 a 254), também não cogita da suspensão do curso do processo. E não o faz por uma razão evidente, a exigência de processamento célere, tanto no interesse do processado, como no interesse do Poder Público, para a efetividade da ação disciplinar.

Assim, como tais Diplomas Estatutários regulam, em sua inteireza, os procedimentos disciplinares, não prevendo qualquer hipótese de suspensão de procedimento, descabe pretender-se, na matéria, a aplicação subsidiária, e muito menos analógica, de outras fontes normativas.

Todavia, se se pudesse falar em aplicação subsidiária do processo penal a tais procedimentos disciplinares, ainda assim, seria incabível a pretensão deduzida pelo requerente, uma vez que a mera licença para tratamento médico traumatológico, ou paramédico fisioterápico, para recuperação de lesão causada por arma de fogo, não está nem mesmo protegida pelas disposições do artigo 152, “caput” e § 2.º, do Código de Processo Penal, as quais, estando, aliás, topicamente localizadas no Título VI (“Das Questões e Processos Incidentes”), Capítulo VIII (“Da insanidade mental do acusado”), se referem exclusivamente à suspensão processual por “doença mental” superveniente à infração, dadas as conseqüências próprias, no processo penal, da insanidade mental do acusado.

De toda sorte, interessa anotar-se, ainda, que a pretensão ora em análise também configura o tema central do antes referido mandado de segurança n.º 70022765788, tratando-se de matéria “sub judice”, não sendo, assim, recomendável qualquer inovação na situação de fato subjacente ao litígio.

Aliás, o Eminentíssimo Relator, Desembargador OSVALDO STEFANELLO, indeferiu a medida liminar requerida no citado “writ”, em decisão assim fundamentada:

“-----

“Sustenta o requerente que a pena de demissão jamais poderia ter sido aplicada, porquanto estava ele escudado em licença-saúde.

“Argumento este que, à primeira vista, não se presta para afastar o ato praticado pela autoridade coatora.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 117-126, 2010

“Segundo se extrai dos autos, o impetrante cometeu faltas graves no exercício de suas funções de policial civil, as quais foram apuradas mediante a instauração do processo administrativo disciplinar n.º 028589-12.04/00-0, obedecido o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, como exigido pelos artigos 5.º, LV e 41, § 1.º, inc. II, da Constituição Federal, o que deduzo, já que nada é referido nas razões de impetração a macular o procedimento, até porque o fundamento para a ilegalidade do ato demissional é outro, qual seja, o fato de lhe ter sido aplicada sanção disciplinar durante o gozo de licença-saúde, a qual – pelo que me foi possível concluir – foi concedida durante a tramitação do processo administrativo.

“A instauração e regular tramitação de processo administrativo disciplinar – sabe-se – é o único requisito imposto à Administração Pública para aplicação da sanção disciplinar de demissão ao servidor estável.

“Por outro lado. Ainda que possa parecer, linhas gerais, desumano demitir um servidor enquanto no gozo de licença para tratamento de saúde, isso em razão de que a sanção implica em inafastável desvinculação do IPERGS e imediata cessação do pagamento dos vencimentos, não se pode olvidar que inexistente norma estatutária ou constitucional que preveja que a concessão de licença-saúde é causa para se limitar o exercício do poder-dever da Administração Pública de punir o servidor faltoso, o que inexoravelmente ocorreria se se postergasse a aplicação da sanção imposta ao término do processo administrativo disciplinar para depois do término do período de licença.

“E não se pode negar – convenhamos – que seria muito cômodo para o servidor praticar ilícitos funcionais considerados graves pela legislação de regência e continuar beneficiando-se com várias prorrogações da licença-saúde, as quais implicam em pagamento da respectiva remuneração ao final de cada mês, pagamento este suportado pelos cofres públicos, já tão dilapidados, por vezes de forma pouco ética.

“Assim, sopesados estes fatores, tenho que a licença-saúde não pode servir de impedimento à aplicação da sanção disciplinar imposta ao requerente.

“A respeito da possibilidade de aplicação da pena de demissão durante o gozo da licença-saúde, vale referir o julgamento do MS 22.656-SC, Relator o MINISTRO ILMAR GALVÃO, em que decidiu o STF: ‘A circunstância de encontrar-se o impetrante no gozo de licença para tratamento de saúde e em vias de aposentar-se por invalidez não constituía óbice à demissão, como não constituiria a própria aposentadoria que, para tanto, estaria sujeita à cassação, na forma do art. 234 da Lei n.º 8.112/90’ (DJ de 05.09.97).

“-----

“Não bastasse isso, tenho a prova nos autos carreada sequer agasalha a tese de que se encontrava o impetrante no gozo de licença para tratamento de saúde quando publicada a sua demissão do serviço público.

“Explico.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 117-126, 2010

“Há nos autos 03 (três) atestados médicos que afirmam que o impetrante, em razão da lesão sofrida por disparo de arma de fogo, não está apto ao exercício da profissão de policial civil.

“O primeiro atestado, fl. 24, subscrito pelo Dr. Gustavo Mendonça e datado de 12.09.2007, afirma a necessidade de afastamento do requerente do serviço público pelo prazo de 15 dias.

“O segundo, acostado à fl. 26, é assinado pelo Dr. Rui de Azevedo Baiano, que após avaliação clínica do paciente, atestou que o policial civil em questão teria condições de retornar às atividades laborais em aproximadamente 60 dias, a contar de 04.10.2007, data do documento.

“O terceiro está na fl. 30 e também vem subscrito pelo Dr. Rui de Azevedo Baiano. Nele atestou o especialista a cura do ora requerente para aproximadamente 60 dias, a contar de 20.11.2007, data do atestado.

“Entretanto, não demonstrou o impetrante a prorrogação, a seu favor, pelo órgão administrativo competente, da licença-saúde de 75 dias concedida em 10.10.2007, a qual compreendia o período de 06.09.2007 a 09.11.2007 (fl. 27).

“Verifico, inclusive, que em 20.11.2007 (fl. 29), dia seguinte ao término dos 75 dias de licença, o Delegado de Polícia Titular da 22.^a DP, Dr. João Carlos da Luz Diogo, enviou ofício ao Delegado Diretor da Divisão Pessoal /DAP em que encaminhava o impetrante para ‘renovação da biometria médica’.

“Ocorre que não se tem notícia nos autos se a licença foi ou não prorrogada.

“E não me parece de compreensão dificultada que os atestados médicos juntados, por si sós, não produzem automaticamente os efeitos jurídicos pretendidos na presente impetração, até mesmo em razão do que dispõe o art. 130 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado – Lei n.º 10.098, de 03 de fevereiro de 1994, segundo o qual:

“ Art. 130 - Será concedida, ao servidor, licença para tratamento de saúde, a pedido ou “ex-officio”, precedida de inspeção médica realizada pelo órgão de perícia oficial do Estado, sediada na Capital ou no interior, sem prejuízo da remuneração a que fizer jus. (Parecer/PGE 10920 11707)

“ § 1º - Sempre que necessário, a inspeção médica poderá ser realizada na residência do servidor ou no estabelecimento hospitalar onde se encontrar internado.

“ § 2º - Poderá, excepcionalmente, ser admitido atestado médico particular, quando ficar comprovada a impossibilidade absoluta de realização de exame por órgão oficial da localidade.

“ § 3º - O atestado referido no parágrafo anterior somente surtirá efeito após devidamente examinado e validado pelo órgão de perícia médica competente.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 117-126, 2010

“ § 4º - O servidor não poderá recusar-se à inspeção médica, sob pena de ser susgado o pagamento de sua remuneração até que seja cumprida essa formalidade.

“ § 5º - No caso de o laudo registrar pareceres contrários à concessão da licença, as faltas ao serviço correrão sob a responsabilidade exclusiva do servidor.

“ § 6º - O resultado da inspeção será comunicado imediatamente ao servidor, logo após a sua realização, salvo se houver necessidade de exames complementares, quando então, ficará à disposição do órgão de perícia médica.’

“Por outras palavras, sequer há prova pré-constituída de que o impetrante encontrava-se no gozo da licença-saúde (prorrogação) quando publicada a demissão.

“Nesse contexto, não antevejo ilegalidade alguma no ato praticado pela autoridade coatora a justificar o deferimento da liminar.

“.....”

EM CONCLUSÃO, asseguradas, ao indiciado, as garantias do devido processo administrativo, do contraditório e da ampla defesa, estando exaurida a instância administrativa, não constituindo, a licença para tratamento médico, causa de suspensão do processo administrativo-disciplinar e, além disso, estando a matéria “sub judice” em mandado de segurança, opina-se pelo indeferimento do pedido.

É o parecer, que foi aprovado pela Equipe de Revisão, em reunião realizada no dia 18 de abril de 2008, que contou com a presença do signatário e dos Procuradores do Estado Luciane Pansera, Suzana Fortes de Castro Rauter, Flávia Garcia Gomes, Carlos Henrique Kaipper e Maria da Graça Vicentini, nos termos da Ata nº 011.

Sessão da Equipe de Revisão, de 18 de abril de 2008.

Sérgio Gualdi Ferreira da Silva,
Procurador do Estado,
OAB/RS 14.810.

126

Processo n.º 006976-08.01/07-7

Acolho as conclusões do PARECER n.º 15.094, da Procuradoria Disciplinar e de Probidade Administrativa, de autoria do Procurador do Estado Doutor SÉRGIO GUALDI FERREIRA DA SILVA.

Submeta-se o expediente à deliberação da Excelentíssima Senhora Governadora do Estado.

Em 11 de setembro de 2009.

**Eliana Soledade Graeff Martins,
Procuradora-Geral do Estado.**

Aprovo o PARECER n.º 15.094, elaborado pela Comissão Revisora da Procuradoria-Geral do Estado, cujos fundamentos adoto para INDEFERIR o PEDIDO DE REVISÃO apresentado por Senhor X, por não preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 249 da Lei Complementar n.º 10.098/94.

À Procuradoria-Geral do Estado para adoção das medidas cabíveis. Após, à Secretaria da Segurança Pública para ciência do interessado e demais providências pertinentes.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 11 de setembro de 2009.

YEDA RORATO CRUSIUS,
GOVERNADORA DO ESTADO.

Parecer nº 15.105

COMPANHIA RIO-GRANDENSE DE ARTES GRÁFICAS – CORAG.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DIGITALIZAÇÃO E DE GERENCIAMENTO ELETRÔNICO DE DOCUMENTOS AO ESTADO.

LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. DISPENSA.

EXAME DE CABIMENTO.

CONSIDERAÇÕES.

Trata-se de consulta formulada pela Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas – CORAG, tendo por objeto a **prestação de serviços de Digitalização e de Gerenciamento Eletrônico de Documentos à Administração Direta e Indireta do Estado**.

Instrui o expediente administrativo o Of. GP nº 043/09, de 14.05.09, subscrito pelo Diretor-Presidente daquela Companhia, no qual se indaga da possibilidade de realização de inexigibilidade ou de dispensa de licitação para a prestação dos mencionados serviços. Esclarece o referido documento, *verbis*:

“[...] Desnecessário referir que a Tecnologia da Informação tem apresentado avanços extraordinários a cada dia, sendo certo que a CORAG está acompanhando esta evolução, com o intuito de prestar um serviço de qualidade ao cidadão gaúcho e prover a administração pública do Estado do Rio Grande do Sul de recursos técnicos que garantam segurança e alta disponibilidade sobre as informações oficiais.

Já no ano de 2006 a CORAG disponibilizou ao cidadão gaúcho os serviços de Autenticação Digital de Documentos. Com este recurso passou a ser possível adquirir uma cópia autêntica de documentos oficiais através da Internet, sem a necessidade de outras formalidades, dispensando-se inclusive qualquer tipo de autenticação cartorária.

Este serviço, com as suas características de obtenção do documento autenticado, com recursos de validação através do site da CORAG e atendendo as exigências da MP 2.200, foi pioneiro entre as Imprensas Oficiais Brasileiras.

Este serviço segue ainda as determinações da ICP-Brasil que rege as normas sobre Autenticação de Documentos digitais com o uso de chaves públicas no Brasil, que garantem os três princípios básicos da comunicação segura em ambiente de rede de computador: autenticidade, privacidade e inviolabilidade.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 201

Para prover estes serviços ao cidadão, a CORAG implantou um *datacenter* próprio sob sua administração, com recursos técnicos modernos e capazes de absorver a demanda de requisições de documentos com segurança e alta disponibilidade.

A partir da infra-estrutura implantada e do domínio sobre os serviços de tráfego de matérias em sistemas seguros, disponibilização de documentos oficiais, digitalização de documentos e a autenticação digital, a CORAG desenvolveu o Gerenciamento Eletrônico de Documentos (GED).

Este serviço constitui a principal ferramenta para implantação do Governo Eletrônico, com ligação com o passivo de documentos oficiais a um sistema moderno para a Administração Pública Estadual, tornando a CORAG como gestora oficial de documentos do Estado pela sua natureza e capacidade técnica.

Desnecessário lembrar, a esta altura, a enorme quantidade de documentos físicos existentes nos arquivos da Administração Pública Estadual, em todos os seus Poderes, com imensa demanda de espaço para sua guarda e armazenagem, os quais facilmente poderão ser substituídos pelo seu correspondente eletrônico, de fácil acesso e manuseio.

Neste sentido, aguardam orientações para contratação desses serviços junto à CORAG, a Casa Civil, a Central de Licitações do Estado, a Secretaria de Educação, a Secretaria da Agricultura, a Fundação de Economia e Estatística, a FASE, a Junta Comercial e outros órgãos.

O GED utiliza todos os recursos já desenvolvidos para o Diário Oficial do Estado e sua implantação exigiu apenas investimentos em equipamentos de captura de imagens, ambiente de produção e sistemas de controle de imagens. Este serviço tem o objetivo de disponibilizar ao Estado uma solução completa para transformar grandes volumes de documentos em informação eletrônica que pode ser tratada e filtrada em pesquisa, em compartilhamento dentro da administração, reduzindo custos e agilizando processos, além de garantir a preservação documental da instituição.

Os principais recursos deste serviço são constituídos da consultoria sobre a digitalização de documentos e arquivamento eletrônico, preparação de documentos, digitalização, sistema de índices de documentos (indexação), reconhecimentos de caracteres por imagem (OCR), exportação para banco de dados e disponibilidade de documentos eletrônicos via internet para acesso seguro no site da CORAG com o uso da certificação digital.

A disponibilidade fornece ao servidor público os recursos de pesquisa por documento, pela estrutura organizacional ou por critério de busca pelo conteúdo do documento e os resultados podem ser obtidos com Autenticação Digital, assinado com certificação digital reconhecida pela ICP-Brasil, com as mesmas características do Diário Oficial do Estado.

A Autenticação Digital reduz a exigência de cópias a partir do documento original, que poderá ser armazenado em depósito definitivo, sem

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 2010

necessidade de manuseio freqüente, reduzindo custos sobre controle e armazenamento.

À toda evidência, a Digitalização e Gerenciamento Eletrônico de Documentos constitui uma atividade que se insere perfeitamente dentro dos objetivos societários da CORAG ('a operacionalização, quando de interesse do Estado, de outros meios e veículos de Comunicação, tais como *home pages*, *CD-Roms* e semelhantes, de acordo com as possibilidades tecnológicas contemporâneas' – *sic*, art. 3º de seu Estatuto Social), pois o GED é um recurso de comunicação disponível no *site* (*home page*) e armazenado em mídia óptica digital (CD-Rom) para guarda da entidade (além do armazenamento no *storage* da CORAG), utilizando os recursos tecnológicos atuais como a forma de indexação e pesquisa por conteúdo a partir da tecnologia OCR e tem, como seu principal objetivo, suprir o Estado de recursos especializados no desenvolvimento da administração pública.

Nestas condições e em vista do exposto, solicitamos a esta Procuradoria-Geral do Estado digno-se emitir Parecer acerca da possibilidade de os diversos órgãos da Administração Direta e Indireta do Estado, inclusive Prefeituras Municipais, contratarem a CORAG para prestar os serviços de Digitalização e Gerenciamento Eletrônico de Documentos, com inexigibilidade ou dispensa de licitação, já que ditos serviços constituem um dos objetivos societários da CORAG e tendo em vista, ainda, que a mesma, criada em 1973, é um órgão integrante da Administração Pública Estadual." (fls. 02-04).

Aos autos administrativos encontram-se também acostados o Estatuto Social da CORAG (fls. 05-12); manifestação da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado da Administração e dos Recursos Humanos (fls. 17-20); a Informação nº 111/03, de 08.12.03, lavrada pela Procuradora do Estado Andrea Trachtenberg Campos (fls. 21-23), bem como a Informação nº 234/05, de 06.12.05, exarada pela signatária (24-26).

Realizada diligência por esta Procuradoria-Geral, vieram ao expediente administrativo a Ata de Assembléia-Geral de constituição da CORAG (fls. 30-37); as Atas de Assembléia-Geral de Acionistas nº 15, de 08.02.78 (fls. 38-48), nº 46, de 05.04.95 (fls. 49-58); nº 55, de 28.12.99 (fls. 59-68); e nº 56, de 11.04.00 (fls. 69-72); a Resolução nº 003, de 22.03.88 (fls. 74-78), além dos Atos nº 43/87, de 19.06.87 (fl. 87); nº 047/89, de 1º.03.89 (fl. 79); nº 027/91, de 11.01.91 (fl. 80); nº 137/91, de 05.09.91 (fl. 81); nº 166/91, de 13.12.91 (fl. 82), e nº 051/93, de 15.03.93 (fl. 83).

É o relatório.

RPEGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 201

I. DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – O ART. 25, *CAPUT*, DA LEI DE REGÊNCIA

A consulta tem por escopo examinar o cabimento de inexigibilidade ou de dispensa de certame licitatório para contratar serviços de Digitalização e de Gerenciamento Eletrônico de Documentos a serem prestados pela CORAG. Principia-se com o exame da inexigibilidade de licitação.

Reza a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

“Art. 25 - É inexigível a licitação quando houver *inviabilidade de competição, em especial*:

I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III – para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.” (grifou-se)

A regra do *caput* do art. 25 possui caráter **exemplificativo** (veja-se a locução “em especial”). Essa norma tem incidência quando não enquadrada a inviabilidade de competição dentre os incisos do art. 25.

Tecnicamente, o legislador optou por eleger três possibilidades para a inexigibilidade de licitação, as dispôs no corpo do art. 25, e cristalizou no *caput* a regra que alberga todos os demais casos em que a competição não se faz possível. Nesse particular, ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Cumpre salientar que a relação dos casos de inexigibilidade de licitação *não é exaustiva*. Com efeito, o art. 25 refere que a licitação é inexigível *quando inviável* a competição. E apenas destaca algumas hipóteses. Por isso disse, em seguida: ‘em especial quando (...)’. Em suma: o que os incisos I a III do art. 25 estabelecem é, simplesmente, uma prévia e já resolvida indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, *sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis*.” (Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2004, p. 503)

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 2010

No caso em apreço, diferentemente do que se plasma no texto legal, inexistente dúvida quanto à efetiva **viabilidade de competição**, pois sobejam entidades que se propõem a contratar com o Estado a prestação de serviços de digitalização de documentos (o gerenciamento eletrônico de documentos, de matiz um tanto distinto, será abordado *in fine*). Observe-se que se trata de serviços já amplamente difundidos, atrativos a qualquer empresa do setor, mormente considerando o extraordinário número de documentos de que dispõe a Administração.

A questão, nesse tópico, é de singelo desate: não tem aplicabilidade o *caput* do art. 25 da Lei de Licitações, porquanto seria possível estabelecer-se disputa para a obtenção do objeto em tela. Por conseguinte, **não** haveria mínima pertinência em contratar-se a CORAG por **inexigibilidade de licitação**: a inviabilidade de competição inexistente.

II. DA DISPENSA DE LICITAÇÃO – AS HIPÓTESES DOS INCS. VIII e XVI DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666/93

Se a inexigibilidade mostra-se inadmissível, passa-se à análise da dispensa de procedimento licitatório.

Dois seriam os incisos do art. 24 do Estatuto das Licitações teoricamente incidentes *in casu*. São eles:

“**Art. 24** – É dispensável a licitação:

omissis

“**XVI – para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para este fim específico**” (grifou-se)

Por primeiro, a lei autoriza dispensar a licitação para “**a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais**”. Como se vê, os serviços de digitalização de documentos não se inserem em nenhuma destas previsões (conquanto típicas da CORAG, registre-se), não podendo nelas se enquadrar. A dispensa de licitação, sob esse viés, não tem amparo legal.

No que concerne à “**prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para este fim específico**”, distinto é o raciocínio, mas não o é a conclusão.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 201

Digitalização de documentos públicos poderia, sob determinado ângulo, ser considerada serviço de informática. E a CORAG, é curial, integra a Administração Pública. Sucede que **não foi criada para este fim específico**, ostentando diverso desiderato societário. Portanto, em quaisquer de suas formas, não tem o inc. XVI do art. 24 aplicabilidade. Incabível, assim, dispensar-se licitação por esse fundamento.

Superada essa via, prossegue-se com a análise do outro dispositivo legal, igualmente encartado no rol das dispensas de licitação:

“**Art. 24** – É dispensável a licitação:

omissis

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

Várias são as exigências desse comando normativo.

De plano, a aquisição dos serviços há de ser feita “**por pessoa jurídica de direito público interno**”, é dizer, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações de direito público.

Atente-se que, dentre os sujeitos que poderão contratar a CORAG, **não se inserem** pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública. É o que leciona JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR (Comentários à Lei de Licitações da Administração Pública, Rio de Janeiro: Renovar, 5ª ed., 2002, p. 275), asseverando que a licitação é dispensável se “o adquirente for pessoa jurídica de direito público interno (logo, não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado, na posição de adquirentes)”.

Esse entendimento, aduza-se, vem estampado no Parecer nº 11370, de 14 de outubro de 1996, de autoria da Procuradora do Estado LIZETE MARIA SKREBSKI, que precisamente conclui:

“(…) as sociedades de economia mista, as fundações privadas, as empresas públicas ou as empresas sob controle estatal tem **vedado** o uso do dispositivo consignado no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 para dispensar licitação”. (grifou-se)

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 2010

Além daquele requisito, a lei exige que se cuide de “**bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública**”. A isso bem atende a CORAG, ente pertencente à Administração Pública indireta do Estado do Rio Grande do Sul.

Requer-se, de outra banda, que “**tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei**”, o que reclama exame mais detido.

A Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas – CORAG teve sua criação autorizada pela Lei nº 6.573, de 05 de julho de 1973, que assim dispôs:

“Art. 1º - É o Poder Executivo autorizado a constituir uma sociedade anônima, de economia mista e capital autorizado, sob a denominação de CORAG - Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas, com objetivo de **executar serviços gráficos em geral, e atividades correlatas**, nomeadamente editando o Diário Oficial do Estado, o Diário da Assembléia, o Diário da Justiça e o Diário de Indústria e Comércio.” (grifou-se)

Os serviços de digitalização e de gerenciamento eletrônico de documentos, é de clareza solar, não poderiam estar insertos dentre as finalidades institucionais de um ente criado no ano de **1973**.

Sem embargo, a utilização dos recursos da informática para o exercício das atividades da CORAG foi sendo paulatinamente introduzida e disciplinada em seus atos normativos.

Em 19 de julho de 1987, conforme Ato nº 043/87, tem-se a designação de seu **Chefe de Processamento de Dados** (doc. de fl. 73).

Em 22 de março de 1988, mediante a Resolução nº 003, é acrescentada à sua Diretoria Administrativa uma **Divisão de Documentação e Informática**, a qual se subdividia em “**CPD**” e **Microfilmagem** (v. art. 1º, 3, 3.2, 3.2.3, 3.2.3.1 e 3.2.3.2, doc. de fls. 74-78).

Em 1º de março de 1989, nos termos do Ato nº 047/89, ocorreu a designação do **Chefe do Setor de Microfilmagem** (fl. 79).

Em 11 de janeiro de 1991, por meio do Ato nº 027/91, houve a nomeação do **Chefe da Divisão de Documentação e Informática** (fl. 80).

Em 05 de setembro e 13 de dezembro de 1991, pelos Atos nº 137/91 e 166/91, procedeu-se à designação do **Chefe de Divisão de Documentação e Informática** e do **Chefe da Assessoria de Informática** (fls. 81-82).

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 201

Em 15 de março de 1993, operou-se a designação de novo **Chefe de Assessoria de Informática**, consoante já ocorrera (fl. 83).

Todos esses serviços, como se flagra, eram efetuados pela CORAG **antes** da entrada em vigor da Lei de Licitações, datada de 21 de junho de 1993.

Por outro lado, por alteração estatutária ocorrida em 29 de dezembro de 1999, restou incluído no objeto da CORAG “a operacionalização, quando de interesse do Estado, de outros meios e veículos de Comunicação, tais como *home pages*, *CD-Roms* e semelhantes, de acordo com as possibilidades tecnológicas contemporâneas”.

Em outras palavras, embora não tenha sido criada para o fim específico de digitalizar documentos em **1973** (quando tal ainda não existia), **antes da vigência da Lei nº 8.666/93** a Companhia já realizava suas finalidades com equipes de Processamento de Dados, Documentação e Informática, Microfilmagem, *v.g.* O acréscimo estatutário de 1999 não afasta a *existência efetiva* dessas atividades **muito antes do advento do Estatuto das Licitações**.

Sob a luz desses dados históricos, a questão se resolve no Estatuto da CORAG.

Com efeito, o art. 1º da Lei nº 6.573/73 é expresso ao autorizar a constituição de uma sociedade para o “**objetivo de executar serviços gráficos em geral, e atividades correlatas**”.

Ora, seja a digitalização considerada um serviço gráfico em geral, seja uma atividade a ele correlata, o certo é que o Estatuto da CORAG, **já em sua redação originária**, permitia-lhe o desempenho de outras formas de atuação, conexas ao seu objetivo precípua.

A mais consentânea e razoável interpretação normativa, portanto, permite concluir não apenas o cabimento (**a**) da realização de serviços gráficos outros, que não existentes por ocasião da criação daquele ente, bem como (**b**) do exercício de atividades que sejam correlatas a esses próprios serviços gráficos em geral.

O mesmo se dá, ilustre-se, em outros Estados da federação, com instituições assemelhadas.

A denominada Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, por exemplo, percorreu longo caminho que atesta sua transformação:

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 2010

“Criada em 28 de abril de 1891, a Imprensa Oficial assumiu desde o início os ideais da recém-proclamada República, pautando-se pela transparência e democratização no cumprimento do seu objetivo principal: organizar e divulgar, por meio do Diário Oficial, as leis e os atos das três esferas do governo do Estado de São Paulo - Executivo, Legislativo e Judiciário.

Como testemunha da história do nosso país e do mundo, a Imprensa Oficial registrou fatos marcantes, como as grandes guerras da primeira metade do século XX, a Revolução Constitucionalista de 32, o Estado Novo, o regime militar e a luta pela redemocratização do país.

Em pouco mais de um século de existência, desde a compra da primeira máquina de escrever até a adoção dos sofisticados recursos da era digital, a empresa firmou-se como referência de qualidade e confiabilidade para profissionais de diversas áreas, para clientes e parceiros e para seus mais constantes usuários, os funcionários públicos.” (v. endereço eletrônico www.imprensaoficial.com.br)

Na mesma senda, a Empresa Gráfica da Bahia, como se vê:

“O Diário Oficial avançou da composição em chumbo, de 1915, para a digital, em 2005. Hoje, a Egba tem um amplo portfólio de serviços e aposta nas Soluções Gráficas, com a impressão digital para pequenas tiragens.

(...) A aceleração das transformações e inovações tecnológicas nos campos da informática, comunicação e telecomunicações levou à generalização do uso das tecnologias digitais pela mídia falada e escrita como novo paradigma para as empresas que trabalham com a informação.

Acompanhando o avanço tecnológico que impulsionou a mídia brasileira, a Egba investiu em equipamentos de tecnologia digital, informatizando o Diário Oficial, que opera em rede com secretarias e órgãos estaduais e recebe on-line o material para impressão. Digitalizadas na internet, as edições do dia e do mês em curso do DO ficam à disposição do público para consulta, neste site.

A composição do DO por computador foi implantada a partir de meados da década de 90, com nova feição gráfica em seu gabarito, para atender aos requisitos da editoração eletrônica.

(...) Consta do portfólio da Egba, ainda, impressão off-set e digital de livros, jornais, revistas, folders, cartões, cartazes, contracheques, contas de consumo (água, luz, telefone), e outros produtos, com ou sem dados variáveis; além de oferecer os serviços de **Microfilmagem e Digitalização, Guarda de Documentos e Clipping**.” (v. www.egba.ba.gov.br)

E, pioneiramente, a Imprensa Nacional, registra sua importante história:

“A Imprensa Nacional nasceu por decreto do príncipe regente D. João, em 13 de maio de 1808, com o nome de Impressão Régia. Recebeu, no decorrer

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 201

dos anos, novos nomes: Real Officina Typographica, Tipographia Nacional, Tipographia Imperial, Imprensa Nacional, Departamento de Imprensa Nacional, e, novamente, Imprensa Nacional.

A partir de dois rudimentares prelos iniciais e 28 caixas de tipos — que vieram de Portugal a bordo da nau Medusa, integrante da frota que trouxe a Família Real Portuguesa — a Imprensa Nacional orgulhosamente ostenta uma singular história de serviços ao país, tanto em sua missão de registrar diariamente a vida administrativa do Brasil pelos Diários Oficiais, como por ser órgão de substantiva importância no plano cultural.

(...) A inserção da instituição na era digital avançou mais um passo em 20 de abril de 2000, nas comemorações dos 40 anos de sua atividade em Brasília. Nesse dia, foi lançado o Diário Oficial completo na Internet, ampliando a democratização do acesso do cidadão às leis.

(...) O Portal, lançado em 1º de outubro de 2007, no aniversário de 145 anos do Diário Oficial da União, mantém-se estável graças a avançados recursos tecnológicos. Além desse fato, oferece certificação digital e modernos recursos de pesquisas.” (v. portal.in.gov.br/in/imprensa)

Nos dias de hoje, ademais, os serviços de digitalização de documentos vêm sendo contratados junto a instituições gráficas oficiais.

É o que se dá no Estado de São Paulo, tendo a Assembléia Legislativa celebrado contrato para a digitalização das leis estaduais com a Imprensa Oficial em 17 de dezembro próximo passado. Essa digitalização compreenderá leis provinciais editadas desde o tempo do império, até textos atualmente publicados, com a criação de uma base de dados da legislação paulista.

Nesse panorama, em síntese, verifica-se que as atividades da CORAG **desenvolveram-se** (no “Setor de Microfilmagem” e na “Divisão de Documentação e Informática”, por exemplo), **desenvolvem-se** (no Diário Oficial Eletrônico, *v.g.*), e se **desenvolverão** (digitalização de documentos, entre outros) sob o amparo da tecnologia da informação.

Similar circunstância, observe-se, dever-se-á dar quanto a um meio tecnológico ainda não existente, desde que figure dentre os misteres para os quais a Companhia foi concebida. É para isso que servem essas normas abertas, dando modernidade à legislação ao longo do tempo. É para isso que se empenham os exegetas, interpretando o texto legal e lhe conferindo atualidade.

Em suma, sob o prisma da dispensa de licitação (inc. VIII do art. 24), existe viabilidade para que a CORAG possa executar trabalhos gráficos diversos, relacionados aos que desempenhava antes da entrada em vigor da Lei de Licitações (admitindo-se sua evolução tecnológica no tempo).

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 2010

É importante não olvidar, por outro lado, que essa exigência de “fim específico em data anterior à vigência” da Lei de Licitações encontra-se inclusive contestada pela doutrina. Ainda que a CORAG atenda esse requisito legal, frise-se, há quem sustente sua desnecessidade para dispensar licitação. É o que explana CARLOS ARI SUNDFELD, *verbis*:

“Segundo entendemos, a exigência de que a entidade estatal tenha sido criada anteriormente à lei se aplica apenas à União, não aos demais entes da Federação, os quais, em suas leis, podem autorizar a contratação direta das pessoas que a qualquer tempo criem, em processo de descentralização de suas próprias atividades.

(...) A autonomia político-administrativa dos entes federados é fundamental princípio constitucional, consagrado pelo art. 18 da CF, segundo a qual ‘a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição’. Por força desse princípio, os entes políticos da Federação podem, com independência e autonomia, traçar a estrutura de sua própria Administração, sem possibilidade de interferência externa.

(...) Seria claramente inconstitucional a norma, contida na lei federal, pretendendo proibir o Estado ou o Município de realizar diretamente seus serviços, obras ou de produzir os bens de que necessitam.

(...) Nem se alegue, como óbice a uma norma do tipo, que ela estaria criando, a empresas estatais de intervenção no domínio econômico, benefício contrário ao princípio, implícito no art. 173 da Constituição Federal, da igualdade entre elas e as empresas particulares. Os serviços públicos e as atividades administrativas instrumentais, nestas últimas incluídas a realização de obras públicas e a **produção de material para o serviço público**, não são atividades econômicas, mas atividades tipicamente administrativas (‘serviço público’ em sentido amplo). Portanto, às empresas estatais que as desenvolvam, prestadoras de serviço público em sentido amplo, é **inaplicável**, enquanto no exclusivo exercício dessas atividades, o disposto no **art. 173**, donde a **legitimidade da reserva**, que se lhes faça por lei, **dos fornecimentos às entidades estatais**.

(...) **Os contratos diretos entre entidades da mesma Administração Pública, consequência que são do processo de descentralização, são operações legítimas, escoradas em competência constitucional inegável. Têm, destarte, por força do próprio direito constitucional, especificidades que inviabilizam o certame licitatório.**” (Licitação e Contrato Administrativo, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 53 e 54-57, grifou-se)

Postos esses esclarecimentos, e notadamente considerando o elastério consagrado na lei instituidora da CORAG, **existe viabilidade de contratação direta com suporte no inc. VIII do art. 24 da Lei de Licitações.**

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 201

Por fim, esse mesmo inc. VIII contém requisito essencial para que se consume a dispensa de licitação: “**que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado**”.

Tal determinação normativa constitui verdadeiro pilar dessa espécie de dispensa de licitação. Dir-se-ia, mais, que a **viabilidade jurídica** dessa dispensa é totalmente dependente da comprovação irrefutável de que o preço praticado pelo ente da administração guarde relação ao de mercado. É o que a seguir se verá.

III. DOS REQUISITOS GERAIS PARA A DISPENSA DE LICITAÇÃO

Cumpra, ainda, examinar os requisitos gerais do art. 26 da Lei de Licitações, que ordena:

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

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

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço;

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.” (grifou-se)

A “**razão da escolha do executante**” (inc. II), para quaisquer prestações públicas, representa a pedra angular da dispensa e da inexigibilidade de licitação.

No que tange à escolha do executante quando o prestador é também integrante da Administração, e não somente o tomador dos serviços, a razão já se encontraria embutida na própria norma.

Tendo o Estado descentralizado determinado serviço, entregando-o a um ente que instituiu, revela-se de obviedade poder dele se valer quando assim necessite. Nesse sentido, ainda uma vez, CARLOS ARI SUNDFELD:

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 2010

“Se um Estado decide descentralizar seus serviços públicos ou suas atividades instrumentais (ex.: obras, serviços de suporte em geral, fornecimento de bens) em favor de empresa estatal para tanto criada, por julgar mais adequado a seus interesses tal modelo organizacional, está tomando decisão legitimamente fundada em sua autonomia administrativa.

(...) Nem se argumente que, nas hipóteses tratadas, a licitação se imporia para atender o direito à igualdade titularizado pelos particulares pretendentes à contratação com o Estado. A Administração pode realizar diretamente suas atividades instrumentais ou seus serviços, não estando obrigada a trespassá-los a particulares, por meio de contratos. Ninguém afirmaria que, ao agir diretamente, viola o princípio da igualdade, ínsito à licitação. Por que, então, a execução das mesmas operações por empresa estatal própria, contratada diretamente, seria atentatória ao mesmo princípio? O que há de substancialmente distinto entre a execução de um serviço por órgão da Administração direta ou por ente descentralizado? Nada, claro. Destarte, se inexistente para os particulares um direito a que o Estado não execute ele próprio seus serviços e atividades instrumentais, pela mesma razão desassiste-lhe o direito de, através de licitação, disputar com a entidade estatal a possibilidade de executá-los, quando se opte pela descentralização.” (*Ib.*, p. 54-55),

A razão da escolha do executante, nessa senda, não reclama maior exercício de interpretação. Presente na estrutura do Estado um ente concebido para prover-lhe determinada prestação, mostra-se compreensível que nele recaia a escolha por quem o instituiu. Não fosse assim, subtrair-se-iam os fundamentos que originaram a pessoa descentralizada, tornando-se inócua a lei que a criou.

Por fim, chega-se à crucial questão da “**justificativa do preço**” (inc. III), sem a qual não se pode cogitar de contratação por dispensa de licitação.

Sobre a importância cabal do preço, alerta, com propriedade, MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Trata-se da economicidade da contratação. Na parte final do inc. VIII, condiciona-se a contratação à prática de preço ‘compatível com o praticado no mercado’.

Ora, a regra geral é a impossibilidade de a Administração desperdiçar recursos. É-lhe vedado pagar mais do que o necessário para obter certa utilidade. Assim se impõe por força do **princípio da indisponibilidade do interesse público**, diretamente derivado do princípio da República. A Administração e seus agentes não são ‘donos’ dos recursos públicos.

O princípio produz obstáculo inclusive ao desembolso em favor da manutenção de organismos e entidades administrativas ineficientes. Não se legitima o desperdício através do argumento de que o beneficiário da despesa é entidade administrativa ‘criada para aquele fim específico’. **A regra é a Administração desembolsar o mínimo possível para obter certa utilidade.**

Se a iniciativa privada dispõe de ofertas mais vantajosas para executar certo objeto, a Administração não pode realizar despesas mais elevadas, sob a única

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 201

justificativa de que está recorrendo aos préstimos de entidade administrativa.”
(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 249)

Em verdade, para além de o preço ser compatível com o praticado no mercado, deve-se proceder a estudo que avalie o efetivo *quantum* a ser contratado à CORAG, considerando a magnitude do volume de documentos a serem digitalizados.

Partindo-se do pressuposto de economia de escala, tem-se que o preço a ser contratado com a Companhia deve exibir relevante *vantajosidade à Administração* (*vale dizer, seja mais vantajoso do que a oferta apresentada pela iniciativa privada*), condição que deve restar formal e inequivocamente comprovada. Essa condição, destaque-se, deve ser avaliada sistematicamente, sendo forçoso o cumprimento à regra do inc. III do parágrafo único do art. 26.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se mostra despidendo considerar-se que o gerenciamento eletrônico de **documentos públicos** deve ficar a cargo de ente adstrito à Administração.

Tanto quanto a digitalização, avulta de todo interesse existir um banco de dados que congregue os documentos do Poder Público, deixando-o sob a guarda de um ente que o integre. Não se afiguraria razoável transferir a gestão de tal banco de dados à iniciativa privada, máxime considerando o sigilo que envolve parte desses documentos.

O gerenciamento eletrônico de documentos públicos, parece de toda evidência, constitui atividade inerente à Administração ou a um seu ente descentralizado. Não há cogitar, por conseguinte, de licitação para essa atividade (o próprio interesse público o justifica). Diferentemente do que ocorre na digitalização de documentos, portanto, neste caso se engendra verdadeira inexigibilidade, e não dispensa de licitação.

A norma incidente na espécie é o *caput* do art. 25 da Lei de Licitações, ao início mencionada. Nesse caso, precede inviabilidade de competição – ou seja, a inadequação de se instaurar procedimento seletivo para entregar a outrem o gerenciamento de documentos que devam estar à cura de pessoa encartada no bojo da Administração.

Ainda, saliente-se, todas as referências no tocante ao atendimento aos incs. II e III do parágrafo único do art. 26, antes citado, têm integral e cogente aplicação no que pertine à inexigibilidade em comento.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 2010

V. CONCLUSÃO

De todo o expendido, viável é a contratação da Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas – CORAG, por pessoas jurídicas de direito público interno, tendo-se (a) dispensa de licitação, com fulcro no inc. VIII do art. 24 da Lei de Licitações, no que concerne à digitalização de documentos públicos, e (b) inexigibilidade de licitação, com arrimo no *caput* do art. 25 do mesmo diploma legal, no que respeita ao gerenciamento eletrônico de documentos públicos.

Tal contratação direta, frise-se, se não repudia a evolução tecnológica no campo da informática – como efetivamente aqui se dá –, não admite extensão para além dos objetivos conferidos àquela sociedade de economia mista pelo Estado.

Toda e qualquer contratação porventura existente, advirta-se sobremodo, deverá compulsoriamente atender ao princípio da economicidade – pena de nulidade –, submetendo-se de modo prévio aos órgãos de controle do Estado.

O presente exame não contempla aspectos técnicos que envolvam conhecimentos específicos de tecnologia da informação, dentre outros, que refogem ao âmbito de atuação desta Procuradoria-Geral do Estado.

Essa manifestação, consigne-se por derradeiro, consubstancia análise estritamente jurídica, não tendo o condão de chancelar opções técnicas eleitas pela Administração, nem de emitir juízo de conveniência e oportunidade.

É o parecer.

Porto Alegre, 25 de setembro de 2009.

MARIA DENISE VARGAS DE AMORIM
Procuradora do Estado

Exp. Adm. nº 044880-1000/09-2

142

Processo nº 044880-10.00/09-2

Acolho as conclusões do PARECER nº 15.105, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado Doutora MARIA DENISE VARGAS DE AMORIM.

Restitua-se à Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos.

Em 02 de outubro de 2009.

Eliana Soledade Graeff Martins,
Procuradora-Geral do Estado.

RPGE, Porto Alegre, v. 2, Ed. Espec. 45 anos, p. 127-142, 2010

Normas de Publicação

1 Sobre a Revista

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada sob responsabilidade desta Instituição, tem por finalidades:

- a) Contribuir para a cultura jurídica nacional, em especial no campo do Direito Público e da Advocacia de Estado;
- b) Divulgar os trabalhos dos Procuradores do Estado no exercício de suas funções;
- c) Difundir a produção científica dos Procuradores do Estado;
- d) Propiciar o debate acadêmico e o fomento à produção científica dos Procuradores do Estado e da comunidade jurídica em geral.

A Revista tem periodicidade semestral.

2 Apresentação dos Artigos

Este é um resumo das normas de publicação, o texto na íntegra pode ser acessado no site da Revista.

2.1 Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão seguir as normas da ABNT sempre que possível, observando-se os critérios estabelecidos no Regimento Interno.

2.2 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

RPGE, Porto Alegre, v. 31, n. 65, p. 219-221, jan./jun. 2007

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).

j) na primeira lauda do artigo, devem constar o título, nome completo do(s) autor(es), maior titulação acadêmica, vínculo institucional, endereço, números de telefones, fax e e-mail.

2.3 Os artigos devem possuir obrigatoriamente um resumo, no seu idioma original, com até 160 palavras, seguido de um conjunto de três a cinco palavras-chave, escritas com iniciais maiúsculas e separadas por ponto, também no idioma original do artigo. A tradução do resumo e das palavras-chave obedece ao seguinte critério: se o idioma do artigo for o português, a tradução será para o inglês (Abstract, Keywords); se for espanhol (Resumen), francês (Résumé) ou Inglês (Abstract), a tradução será para o português. 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.

2.4 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.

2.5 Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados à temática central da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

2.6 O título do artigo não deve exceder a 15 (quinze) palavras e deve vir acompanhado de sua tradução, seguindo o idioma selecionado para a tradução do resumo.

Disposições Gerais

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de disquete ou CD-Rom em formato WORD FOR WINDOWS. Em qualquer hipótese, deverão ser também encaminhadas duas vias impressas, acompanhados da autorização para publicação assinada pelo(s) autor(es), aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

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 seqüência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(a).

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 idéias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

Os originais dos artigos não serão devolvidos.

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.

