

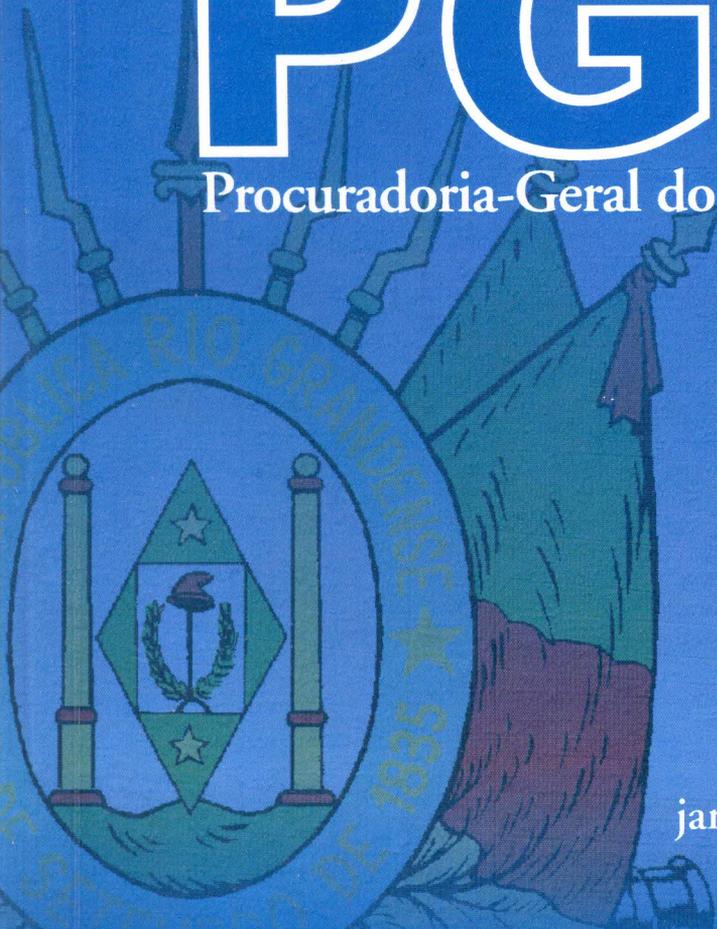


Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

ISSN - 0101-1480

Revista da **PGGE**

Procuradoria-Geral do Estado RS



v. 31 n. 65
janeiro/junho de 2007

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 31	n. 65	p. 1 - 221	jan./jun. 2007
------	--------------	-------	-------	------------	----------------

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

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

CRISTINE MADEIRA MARIANO LEÃO

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

JOSÉ GUILHERME KLIEMANN

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

LUIZ FELIPE TARGA

Corregedor-Geral da PGE

RICARDO SEIBEL DE FREITAS LIMA

Coordenador da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Eliana Soledade Graeff Martins
(Presidente)

Carla Maria Petersen Herrlein

Fabiana Azevedo da Cunha

José Luis Bolzan de Moraes

Luís Carlos Kothe Hagemann

Márcia Regina Lusa Cadore Weber

Ricardo Seibel de Freitas Lima

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia

Secretária-Executiva

Bibliotecária crb 10/1343



Av. Cel. Aparício Borges, 2199

Fone: (51) 3288-9700

E-mail: editora.technica@corag.com.br

www.corag.com.br

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
DOCTRINA	
O Controle Jurisdicional da Administração Pública Sérgio de Andréa Ferreira	9
A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações Marcelo Lima Guerra	25
A Segurança Coletiva em Face do Direito Econômico: uma introdução Ricardo Antônio Lucas Camargo	43
A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde: a aplicação da proporcionalidade como critério objetivo para a sua concretização Cláudia Elisandra de Freitas Carpenedo	59
Prova Argumentativa ou Prova Demonstrativa: uma questão de ordem Eduardo Cunha da Costa	87
Algumas Linhas sobre a Súmula Vinculante Pedro Luiz Pozza	101
TRABALHOS FORENSES	
Ação Civil Pública - UERGS Ricardo Antônio Lucas Camargo	121
Medida Cautelar Fiscal Cristiano Xavier Bayne	137
PARECERES	
Parecer 14.586 Luís Carlos Kothe Hagemann	185
Parecer 14.614 Joline Baldwin Erig Weiller	195
Parecer 14.742 José Luis Bolzan de Moraes	209

EDITORIAL

Ainda que tardiamente, apresenta-se a primeira revista desta gestão 2007/2010. Dá-se, portanto, continuidade a uma tradição da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. A Revista da PGE de há muito retrata o trabalho jurídico desenvolvido nas lides forenses ou na consultoria administrativa, balizando muitos dos rumos do direito público.

Em tempos de inovações instantâneas e de ausência de âncoras seguras, em que os processos de transformação social apontam para destinos incertos e muitas vezes paradoxais, a administração pública não está imune a mudanças e deve estar preparada para acompanhar a evolução da sociedade.

Há um certo consenso em sustentar que vive-se época de globalização, de convergência digital e de valorização do individualismo em uma sociedade massificada. Se esses, entre outros, são traços atuais de nossa realidade, cabe ao gestor público estar preparado para identificar e enfrentar os problemas decorrentes desse cenário, pensar e desenhar soluções adequadas, e planejar e executar, da melhor forma possível, as políticas públicas necessárias.

Nesse contexto, a Procuradoria-Geral do Estado, que tem como atribuições nucleares a representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, deve encaminhar sua modernização, atenta às transformações da sociedade e da administração pública, mas sempre com preservação dos valores e princípios que a fazem ser uma instituição reconhecida, ou seja, um órgão com competências constitucionais definidas, garantias a seus agentes, história respeitada pela qualidade de sua atuação e funções essenciais ao bom funcionamento do Estado e da justiça como um todo.

Como bem salientado pelo Procurador do Estado José Luiz Bolzan de Moraes, em Parecer publicado nesta edição:

Por outro viés, mas não totalmente desconexo deste, há que se ter presente que a sociedade atual vem marcada por uma *nova revolução tecnológica*, a qual apresenta novos arranjos político-institucionais, como também, e, sobretudo, conjuga novas estratégias e possibilidades de trabalho sem precedentes. Se, há um século, conversar com o vizinho de porta dependia de um deslocamento físico e de uma temporalidade diluída, hoje estar ao lado, mesmo estando há milhares de quilômetros de distância, já não é mais um fato físico, mas uma virtualidade. A nova tecnologia desconstitui as noções

de tempo e espaço, podendo-se dizer, efetivamente, que *longe é um lugar que não existe*.

É necessário, portanto, saber lidar com os fenômenos contemporâneos que conduzem à massificação de demandas judiciais, estar preparado para viabilizar políticas públicas estratégicas para o Estado e realizar sua boa defesa em juízo, e, como órgão de controle de legalidade, poder atuar de forma antecipada ou imediata para responder às necessidades jurídicas dos gestores públicos.

Boa leitura a todos.

Eliana Soledade Graeff Martins
Procuradora-Geral do Estado

O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*

Sergio de Andréa Ferreira**

Se formos a dicionários de nomes próprios, que fornecem sua origem e são usados pelos pais para escolherem os de seus bebês, vamos verificar que, na rubrica *JUAREZ*, teremos a seguinte referência: *‘derivado do sobrenome do revolucionário mexicano Benito Juarez; predispõe a criança a se preocupar com os problemas sociais, mas, também, a se valer da combatividade para fazer prevalecer suas idéias’*. Vemos que a referência coincide com o perfil do nosso grande homenageado.

O Professor Juarez Freitas descerrou, quando do coquetel de instalação deste conclave, placa em que está mencionada sua condição de *catedrático*. E, realmente, essa, parece-me, a sua condição maior. É ele o *‘scholar’*, o homem estudioso, mas com uma virtude excepcional, a de não se distanciar da realidade, e, muito menos, dos aspectos sociais e humanos do Direito.

É, portanto, Professor, uma grande honra, para mim, estar aqui compartilhando essa homenagem que, tão merecidamente, V.Exa. recebe.

Também sinto que essa assembléia não é uma platéia: sinto-a como uma fraternidade, da qual participo, porque tive o ensejo, a felicidade, de, na vida, exercer as várias *funções essenciais à Justiça*. Assim que me formei, comecei a carreira jurídica como Procurador de uma autarquia do antigo Estado da Guanabara; autarquia importante, pois que foi ela que executou as grandes obras do Governo Carlos Lacerda. Posteriormente, fiz concurso para o Ministério Público, e a Defensoria era a primeira classe da carreira. Nessa ascendi, como Promotor, Curador e Procurador de Justiça, sempre exercendo, simultaneamente, a advocacia, porque, no Rio de Janeiro, era possível ao membro do MP advogar, embora com limitações. Finalmente, fui para o Tribunal Regional Federal, na vaga dos Advogados. Tenho para mim, que, em todas essas atividades, sempre procurei ser, ainda que modestamente, um advogado público, um advogado da causa pública. Por isso, é com grande satisfação que participo desse Encontro, em que

* Palestra proferida no IV Congresso Estadual da Advocacia Pública - Homenageado: Prof. Dr. Juarez Freitas. Porto Alegre, 27/10/2006, realização PGE/RS – APERGS - Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul.

** Professor Titular de Direito Administrativo. Advogado. Desembargador Federal, aposentado. Ex-Membro do Ministério Público Estadual. Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

10

a Advocacia Pública tem recebido, com merecimento, especialmente a do Estado do Rio Grande do Sul, todos os encômios.

Nosso tema tem por enunciado, '*O Controle Jurisdicional da Administração Pública*'. Na verdade, ele é um tema-síntese; porque todas as questões que estão aqui sendo abordadas, desembocam no Controle Jurisdicional, quando esse se torna necessário, na afirmação de todos os princípios, de todas as normas que regem a Administração Pública e os cidadãos, em suas relações com a mesma. Assim, de certa forma, vamos repassar, aqui e ali, alguma coisa que já foi dita, exatamente por esse caráter de síntese dos assuntos, de tudo aquilo que está sendo tão bem tratado, tão brilhantemente tratado, neste Congresso.

I) A) A ADVOCACIA PÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO E FUNÇÃO ESSENCIAIS À JUSTIÇA ADMINISTRATIVA: CF, Tit. IV, Cap. IV, Seção II, art. 132 e p. único

B) A provedoria de justiça: representação judicial e consultoria jurídica das unidades federadas

II) A) ADMINISTRAÇÃO E JURISDIÇÃO: INTER-RELACIONAMENTO. Concretização jurídica

B) Execução (atos de administração: regulação e regulamentação; provimento administrativo). Aplicação + execução. *Devido processo legal*

Nosso primeiro tópico lembra que, se estamos falando de controle jurisdicional da Administração Pública, deve partir-se de uma consideração inicial, que tem vinculação com a Advocacia Pública: é que, quando o Poder Público está em juízo, seja como autor, seja como réu, certamente a Advocacia tem um papel fundamental. E gostaria, neste passo, de realçar que, além do aspecto organizacional, do aspecto institucional, das Procuradorias Federais, dos Estados, das Procuradorias Municipais, certamente o importante é sua *função*. Claro que o aspecto de autonomia, de direitos, de prerrogativas, tudo isso é básico, mas devemos destacar a *função*. Como sabemos, e já foi dito inúmeras vezes, a Advocacia Pública mereceu uma Seção especial, dentro do Capítulo sobre as '*funções essenciais à Justiça*', que não é apenas a justiça jurídica, mas também, e necessariamente a justiça social. E, dedicando um Capítulo à parte, a Constituição, como também foi aqui acentuado com acerto, fez com que o Ministério Público, a Defensoria e a Advocacia Pública se colocassem fora dos três Poderes. E exercendo aquilo que tenho chamado de *função de provedoria de justiça*: o Ministério Público, as Procuradorias, a Defensoria Pública, não julgam, não legislam, não administram, mas sim exercem essa função nobre, que é, repita-se, a de *provedoria de justiça*. Embora a Constituição saliente muito o papel de *função essencial à atividade jurisdicional*, ressalte-se que a elas compete, também, expressiva atividade extrajudicial. No caso específico das Procuradorias, além da representação, ou melhor dizendo, da *apresentação* das unidades da Federação em juízo, exercem essas Procuradorias a função nobre,

e absolutamente necessária, de consultoria, com a qual previnem litígios, evitam erros da Administração, e a orientam, inclusive podendo extinguir, quando isso for oportuno e pertinente, os litígios já instaurados.

O outro aspecto preliminar diz respeito ao fato de que são co-irmãs a *função administrativa* e a *função jurisdicional*, porque ambas são funções de concretização do Direito. Enquanto a função normativa, a *função legislativa*, é uma função de criação de regras, de que vão resultar normas; função, portanto, em tese e em abstrato, já no exercício da função jurisdicional e no exercício da função administrativa, o Poder Público vai concretizar o Direito, vai realizar o Direito, torná-lo efetivo, satisfazendo as necessidades individuais e da comunidade, da coletividade, da sociedade, harmonizando seus interesses, solucionando suas desavenças. São funções em que o aspecto da *eficácia*, da *efetividade* é de fundamental importância; porque o que se espera do administrador, o que se espera também hoje, muito especialmente, do Judiciário, é a solução concreta dos problemas que a sociedade e cada um de nós enfrentam.

Lembremos que, até há um tempo atrás, muitos sustentavam que a função jurisdicional e a função administrativa eram espécies de um gênero chamado *função executiva*. A etimologia de executar é expressiva, porque o vocábulo vem do latim *ex + sequi*; portanto, *ir até o fim*. E volto ao ponto: essas funções existem para satisfazer as necessidades humanas e sociais, concretamente. Enquanto a Administração executa, no sentido de regulamentar, de regular, de baixar provimentos administrativos, de praticar atos e fatos jurídicos, o Judiciário *aplica o Direito*, mas também tem de executá-lo; e esse é um dos grandes dramas do Judiciário: ter de fazer com que suas decisões se tornem decisões efetivas, cheguem também até o fim, muito especificamente quando o executado é o Poder Público.

Nesse inter-relacionamento entre a função jurisdicional e a função administrativa, é importante salientar a *juricidade* da função administrativa, ou seja, nada acontece, em seu exercício, que não seja juridicamente relevante. *Juricidade*, diferente de *juridicidade*, que é sinônima de licitude, afeição ao Direito. A *juricidade* faz com que todos os aspectos da função administrativa sejam passíveis de controle jurisdicional; porque todos eles envolvem exatamente a execução do Direito, englobando a prática de fatos e de atos jurídicos administrativos; alguns em tese, outros *in casu*, mas sempre atos administrativos.

Por outro lado, o ideal, aquilo que almejamos, é que o *processo administrativo*, não no sentido, apenas, de processo disciplinar, de processo licitatório, mas de processo no qual se desenvolvem os vários segmentos da função administrativa, receba os influxos positivos daquilo que o Processo Civil e também o Processo Penal apresentam em termos de *processo judicial*; daí, falar-se do fenômeno da *jurisdionalização do processo administrativo*. E isso ficou consagrado na Constituição vigente, na medida em que ela refere, consagra e garante o *devido processo legal*; não só em termos judiciária, mas também no terreno administrativo; não só em sentido adjetivo, mas também substantivo. O mesmo acontece com a *ampla defesa*, com o *contraditório*, com a *celeridade*, com a *duração razoável*

do processo; sempre fazendo a CF referência ao processo administrativo e ao processo jurisdicional.

Ademais, assistimos, cada vez mais, ao fenômeno, que foi aqui tantas vezes salientado, daquilo que se pode chamar da *judicialização da Administração*, ou seja, cada vez mais a Administração Pública, através de seus órgãos, dos seus entes, é levada às barras da Justiça, ou tem de ir ao Judiciário como autora. Nessa moldura, o Judiciário passou, como vamos acentuar, a co-participar, de uma forma muito presente, muita intensa e muito tensa, da função administrativa. Podemos mesmo dizer que há uma *administratização da função jurisdicional*, na medida em que o juiz co-participa, intimamente, dessa mesma função executiva.

Prevalece, no Direito Brasileiro, felizmente, o *princípio da ubiqüidade da justiça*; portanto, do *monopólio da justiça pelo Poder Judiciário*; nenhum órgão administrativo exerce função jurisdicional; e as exceções, todas constitucionais, dizem respeito ao Legislativo, e para aqueles que assim sustentam, ao Tribunal de Contas, que exerce, pelo menos, uma função *judicialiforme*. Mas, no mais, quando há *lesão ou ameaça* a direito, está presente a Justiça, monopolizando a função jurisdicional. É certo que a Administração tem as suas formas de *autotutela*; existe o *Contencioso Administrativo*, específico, e, na própria *Administração Ativa*, há condições de se reclamar, de se denunciar, de se recorrer administrativamente, de se pedir reconsideração. Mas, infelizmente, apesar de todos os esforços, e mesmo depois do advento da Lei 9.784/99, sobre o *processo administrativo federal*, o processo administrativo ainda não alcançou o patamar de desenvolvimento do processo jurisdicional, seja o civil, seja o penal. De qualquer modo, há órgãos que são, na linguagem de muitos, *quase-judiciais*. E gostaria, desde logo, de aludir a dois órgãos que foram, ontem, aqui, referidos: os Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, que concentram, em si, as funções regulatória, decisória, de controle e de repressão, sendo dotadas, suas decisões, de uma efetividade de que não gozam as de nenhum órgão do Poder Judiciário. E o importante é que, através dessa atividade que, timidamente, se diz *administrativa* na Constituição, não acabem por interferir, ainda que indiretamente, no exercício da função jurisdicional.

III) A) FUNÇÃO DE CONTROLE DA AP: autocontrole e heterocontrole. Controle: '*contre rôle*'; '*contra rotulum*'

B) Controle jurisdicional: independência e harmonia dos Poderes; sistema de '*checks and balances*'. '*Le pouvoir arrête le pouvoir*'.

C) O c.j. como segmento específico da função jurisdicional. Mandamentalidade. '*O provimento jurisdicional de mandamento fica a meio caminho entre o ato judicial e o ato de administração*'. '*Julgar a administração é também administrar?*'

A função de controle da Administração Pública pode ser um *autocontrole*, o *controle interno*, existindo a chamada *Administração de Controle*, além do controle

próprio da hierarquia, na própria *Administração Ativa*, inerente à Administração Pública. E, por outro lado, há o *heterocontrole*, portanto o *controle externo*, que é aquele de que vamos aqui cuidar, em termos de *jurisdição*.

Também a palavra *controle*, etimologicamente, tem a sua graça: vem do francês *contre rôle*, que, por sua vez, provém do latim *contra rotulum*, encerrando a idéia de que existe algum referencial, um paradigma, um padrão de comparação, de modo que se possa aferir se determinada atuação, omissiva ou comissiva, está, ou não, em consonância, com os modelos.

O controle jurisdicional da Administração Pública é objeto, na verdade, de um segmento muito específico da função jurisdicional. Quando o juiz está exercendo esse controle, ele está, certamente, praticando a jurisdição, contenciosa ou, até mesmo voluntária em certas hipóteses; mas esse segmento da função jurisdicional tem denotação e conotações específicas, que fazem com que ele seja distinto do restante da função jurisdicional. E por quê? Porque, quando exerce o controle jurisdicional, o juiz está, na verdade, desenvolvendo alguma coisa que diz respeito ao sistema de *'checks and balances'*, no campo da interdependência, ou melhor, do inter-relacionamento entre os Poderes. Esse segmento distingue-se, certamente, do exercício da função jurisdicional, quando estão em jogo interesses e pessoas particulares. Sempre lembro que, por mais que um juiz de família tenha poderes, por exemplo, quando decide com quem o filho fica, com o pai ou com a mãe; ou quando homologa um acordo, ou não homologa, exigindo a inserção de determinada cláusula; em nenhuma dessas hipóteses pensa-se que ele está *'controlando a família'*.

Se se usa o termo *controle da AP*, é porque a função jurisdicional está exatamente num segmento específico. E, para isso, o Judiciário conta, muito especialmente, de um *poder mandamental* específico. O poder ordinatório é fundamental, e mostra que quem controla *interfere* na função controlada. O *controle* é diferente da *fiscalização*; a *fiscalização* é algo externo. O controle, não; além daquela aferição a que aludimos, ele corresponde a uma ingerência, a uma interferência na atividade, e nas pessoas que são controladas. Por isso mesmo, Pontes de Miranda chegou à afirmação de que o provimento jurisdicional, principalmente quando se trata de provimento mandamental, fica a meio caminho entre o ato judicial e o ato da Administração. Por outro lado, famoso publicista, Pierre Sandevour, afirmou que *julgar a Administração é também administrar*. Colocamos essa assertiva, por enquanto, sob a forma de pergunta, porque nos cabe, nesta exposição, concluir se, efetivamente, julgar a Administração é administrar.

IV) A) NASCIMENTO E EVOLUÇÃO DO C.J. Direito Administrativo: origem pretoriana. *'Certidão de batismo'* do DA. Cidadão x Poder. Individualismo, intervencionismo e neoliberalismo

B) Concepção francesa. Vedação de julgar a AP. Justiça Administrativa ≠ Justiça Comum

C) a) Brasil: sentido inverso. Império: a Administração – juiz. República: o Judiciário como juiz natural

b) A busca de remédios específicos

O desenvolvimento de nossa fala terá dois vetores. O primeiro é resgatar a história do controle jurisdicional, o que, de certa forma, é resgatar o próprio histórico do Direito Administrativo. Não podemos revogar, de uma hora para outra, o passado, como disse aqui o Professor Juarez; o passado, mas não o anacronismo; como ele bem colocou, a tradição e todo o acervo que se formou, especificamente em relação ao controle jurisdicional da Pública Administração. O segundo vetor diz respeito a que não se pode, sob pena de não termos nenhum papel importante na sociedade, não podemos conceber o Direito, senão como um fenômeno social, passível de ser cientificamente tratado. Senão, cairemos na conclusão de que o Direito é, apenas, *bom senso*; cairemos no *achismo*, cairemos, enfim, em considerações que não permitirão, jamais, um controle adequado, no que aqui nos interessa, da Administração Pública; muito menos o controle jurisdicional.

Devemos lembrar que o Direito Administrativo surgiu no grande movimento constitucionalista anglo-franco-norte-americano, sem desprezo, naturalmente, de raízes mais antigas. Exatamente quando surgiu o liberalismo, quando surgiu a afirmação do cidadão em face do Poder. E, por isso, a *certidão de batismo* do Direito Administrativo, no sentido figurado, é claro, é tomada como sendo a lei, dentro do calendário revolucionário, francês, de 28 do pluvioso do ano VIII, portanto de 1800, lei que esboçou uma primeira configuração daquilo que viria a ser a grande Justiça Administrativa Francesa, com a criação dos chamados Conselhos de Prefeitura. É claro que ainda muito incipientemente, ainda muito mais *administração-juiz*, do que propriamente um Contencioso, uma Justiça Administrativa, mas foi aquela a semente de que se originou, inclusive, o Conselho de Estado, que deu ao Direito Administrativo sua origem *pretoriana*. Destarte, quando se fala em controle jurisdicional da Administração Pública, não podemos esquecer que o exercício da função jurisdicional é que tem contribuído muito para o desenvolvimento do Direito Administrativo. Não só nos albores desse ramo do Direito, como até hoje.

O Direito Administrativo participou do movimento que transformou o *súdito* em *cidadão*, dentro do individualismo jurídico. Passou pelo intervencionismo, e chegou ao neoliberalismo. O Direito Administrativo não é, em si, um Direito autoritário: só o é, quando estamos sob um governo autoritário. Ele nasceu para proteger, para ser o regime de *juricidade* e de *juridicidade* das relações cidadão-Administração Pública. Foi sempre dominado pelo famoso princípio vinculativo do Poder Público: *sofre a lei que tu mesmo criaste*; por oposição ao princípio de que o soberano não estava sujeito a nenhuma lei, mesmo sendo ele que as fazia. Aliás, em nossas Ordenações Filipinas, estava dito que o Rei de Portugal não se sujeitava a nenhuma lei, senão quando a sua *boa razão* assim o determinasse.

A Revolução Francesa chegou a proibir que os juízes comuns julgassem a Administração, mas isso não significa, em absoluto, que fosse contra o controle jurisdicional. É que os franceses tinham uma péssima impressão, eram vítimas, da atuação judicial, na época da Realeza, dos Parlamentos; e, portanto, preferiram dirigir-se à própria Administração; primeiramente, à *Administração-juiz*, e, finalmente, com toda a evolução da Justiça Administrativa Francesa, a um veraz Contencioso Administrativo.

A Justiça Administrativa Francesa, diversamente do Judiciário Brasileiro e de outros Países, é uma Justiça que, certamente, *co-administra*. Quando Napoleão criou o Conselho de Estado, afirmou que esperava que a Justiça Administrativa tivesse o espírito da Administração e o senso de justiça dos juízes. E isso se mantém, de alguma forma: daí, aquela afirmativa francesa de que *'julgar a administração é também administrar'*. No Brasil, seguimos um caminho inverso. Tínhamos, para não falar na Colônia, no Vice-Reinado e no Reino Unido; tínhamos, no Império, um arremedo de justiça administrativa: houve quem sustentasse que tínhamos uma Justiça Administrativa, mas não tínhamos; tínhamos a *Administração-juiz*. E quando veio a República, partimos para a configuração resultante da aplicação do princípio da ubiqüidade da Justiça. Todas as questões foram levadas para o Judiciário.

E, aqui, começamos a resgatar a história do controle jurisdicional brasileiro; que é algo de que podemos nos orgulhar, senão sempre na prática, pelo menos na legislação e na doutrina. E com grande contribuição do próprio Judiciário. Devemos entender que o Supremo Tribunal Federal enfrentou, de início, graves problemas, não só no tocante ao próprio entendimento seu quanto ao que seria o seu papel de controlador, como também no que concerne às resistências do Executivo. Costumo lembrar, sempre pedindo licença à minha esposa, aqui presente, e que é oriunda de Alagoas, que começamos a nossa República com dois ditadores alagoanos; e os enfrentamentos foram grandes. Diz-se que o Ministro da Justiça comunicou a Floriano Peixoto que o Supremo ia conceder um *habeas corpus*, e ele indagou: *'se eu prender os Ministros do Supremo, quem concede a eles 'habeas corpus'?'*

O Supremo acabou afirmando-se; e o Direito Brasileiro, desde logo, procurou aquilo que se chamou de *remédios específicos* para o controle jurisdicional do Executivo. Percebeu-se que as *ações* chamadas *comuns* não satisfaziam, dado que, renove-se, o controle é um segmento específico da função jurisdicional. Já do Império nos vinha o *habeas corpus*; primeiro, repressivo, depois preventivo. Na República praticaram-se *ações possessórias*, em razão das liminares, do caráter interdital dessas ações, pertinente para o controle da Administração Pública.

c) 1) **Lei 221, de 20.11.1894**: organização da Justiça Federal

2) **Legalidade** (*'aplicação do direito vigente'*, *'razões jurídicas'*) x **merecimento** (*'conveniência'* e *'oportunidade'* do ato administrativo)

3) '*Medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário*'. Ilegalidade: incompetência ou **excesso de poder**

4) **Controle difuso** da validade de leis e regulamentos. Não-aplicação aos casos ocorrentes das '*leis manifestamente inconstitucionais*' e dos '*regulamentos incompatíveis com as leis ou com a Constituição*'

5) Suspensão da execução da medida administrativa, salvo '*razões de ordem pública*'

Sobreveio, então, a Lei 221, de 20 de novembro de 1894, que, organizando a Justiça Federal, por si mesma já uma Justiça Administrativa, continha a disciplina daquilo que se chamou de *ação sumária especial*. É uma lei importante, não só como marco legal desse caminho de obtenção de remédios específicos para a função de controle jurisdicional da Administração Pública, mas também porque, do ponto de vista científico, continha uma série de preceitos de grande atualidade.

Fez ela a distinção, já então, entre *legalidade e mérito*, a que chamou de *merecimento*, do *ato administrativo*. Na parte da *legalidade*, salientou que essa correspondia à *aplicação do Direito vigente*; portanto, já na linha de que não era a *lei*, apenas no sentido específico de *lei escrita*, que vincularia o administrador público, mas o Direito vigente, como um todo, com todas as suas fontes e elementos.

O *merecimento* envolvia a *conveniência e a oportunidade* do ato administrativo, parâmetros ligados à *eficiência* governamental.

E, em outro dispositivo, preceituava que a medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade, ou poder discricionário, poderia ser impugnada, e poderia ser desfeita, por vício de incompetência e por *excesso de poder*, pelo extravasamento dos limites, dos lindes desse poder.

Além disso, previa o controle difuso da constitucionalidade de leis e regulamentos. E pediria atenção para o tópico em que a Lei 221 estabelecia que a não-aplicação aos casos ocorrentes se daria com relação às '*leis manifestamente inconstitucionais*', e, eis o ponto interessante, também no que se relacionava com '*os regulamentos incompatíveis com as leis ou com a Constituição*'. Não há, pois, novidade na afirmativa de que o administrador não se prende somente à lei infraconstitucional, mas também diretamente à Constituição; aquilo que, hoje, se chama de *conformidade com a Constituição*, em relação a regulamentos e atos administrativos, já estava previsto na Lei 221. Ainda mais: contemplava a suspensão da execução de medida administrativa, com a ressalva das razões de ordem pública.

d) **Enriquecimento do elenco.** Ações especiais. Controle direto de constitucionalidade. CPC de 1973 e sucessivas reformas. Ação civil pública. Código de Defesa do Consumidor

e) 1) **CF de 88.** O Direito Administrativo como Direito do cidadão e da AP. Sentido social: *contrato social*.

2) **Lesão (dano):** prejuízo ilícito) e ameaça (perigo: risco ilícito): art. 5º, XXXV

3) Expansão do Judiciário. Fortalecimento do MP e da Advocacia Pública. Aumento do número de meios impugnativos

4) **Principiologia:** preâmbulo; arts. 1º, 3º, 4º; 34, VII; 37; 70; 74, II; 170; 193. Vários sentidos do termo '*princípios*'. Função informativa, interpretativa e integrativa. A Hermenêutica Jurídica

Após várias tentativas frustradas, nosso Direito foi paulatinamente enriquecendo-se, em termos de elenco de instrumentos do controle jurisdicional. Sucederam-se as medidas, as *ações especiais*: o *mandado de segurança*, preventivo e repressivo, já em 1934, com uma Constituição de sentido social; até chegar ao *controle direto de constitucionalidade*. Sobreveio a Constituição de 46, que nos trouxe a *ação popular*, que consagrou a *função social da propriedade*.

Gostaria de salientar a importância que teve, em toda essa evolução, o Código de Processo Civil de 73, e suas sucessivas reformas, porque, afora outras figuras, instituiu o *poder cautelar geral*, que propiciou a ampliação das cautelares. Outrossim, ainda antes da Constituição de 88, surgiram a ação civil pública, os instrumentos do *Código de Defesa do Consumidor*, a alargar legitimidades, na defesa de *direitos e interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos*; com a previsão de *coisa julgada 'erga omnes'*; implodindo barreiras e preconceitos doutrinários que se estabeleciam em matéria processual, e, muito especialmente, em sede de controle jurisdicional da Administração Pública.

Esse evoluir desemboca na Constituição Federal de 88. E com ela se aperfeiçoou a noção de que o Direito Administrativo não é, apenas, embora tenha de ser também, o *Direito da Administração Pública*, mas é sobretudo o *Direito do Administrado*, empregado, sem preconceitos, esse termo. E isso está traduzido no *sentido social da Constituição*. Parece-me que, acima de qualquer outra consideração, porque isso se encontra traduzido em toda a sua principiologia, em todas as suas regras, a Constituição Federal de 88 traz, em si, um sentido social, um sentido humano, profundamente humano, a se preocupar, a Carta Magna Nacional, com os *desamparados* – são palavras que ela usa – com *necessitados*. E com ela se caracterizou a natureza da Constituição, não apenas como um diploma legislativo, no ápice da hierarquia normativa, que as Cartas Magnas sempre foram, porque sempre tiveram carga jurídica eficaz dessa índole, não obstante a identificação doutrinária e jurisprudencial de regras programáticas. Mais do que isso, porém, a Constituição de 88 é o verdadeiro *contrato social*, porque ela nos atribui *direitos públicos subjetivos e direitos sociais subjetivos*, dotados de *pretensão* e de *ação*, no sentido, respectivamente, da *exigibilidade* e da *efetividade* desses direitos.

Um outro ponto fundamental da Constituição de 88 foi trazer, para o texto constitucional, o já referido *princípio da ubiqüidade da justiça*, que nos vinha da Constituição de 46, mas, já agora, não só operativo no caso de *lesão*, de *dano*,

de *prejuízo ilícito*, mas também no caso de *ameaça*. Destarte, a *tutela antecipada*, a *liminar*, a *cautelar preventiva* têm, no vigente regime, matriz constitucional, o que faz com que todos os diplomas normativos que as limitam, que as restringem, sejam rigorosa e absolutamente inconstitucionais.

Outrossim, o Judiciário se expandiu, veio o STJ; a Justiça Federal se fortaleceu, com a criação dos TRF's, assim como também ocorreu com o Ministério Público e a Advocacia Pública; além de ter aumentado, em muito, o número dos meios impugnativos.

E não se pode olvidar a *principiologia* que a Constituição de 88 prestigia, desde o seu preâmbulo, passando pelos artigos 1º, 3º, 4º, 34, VII, 37, 70, 74, II, 170 e 193. Gostaria de ressaltar, contudo, que, quando se alude a *princípios*, podemos estar falando, dependendo da hipótese, de coisas completamente diferentes. Mas os verdadeiros *princípios* têm sua função na criação, interpretação e integração do direito, na sua aplicação e execução. Com a nova visão principiológica, a Hermenêutica Jurídica alcançou novos escaninhos, e desbravou novos terrenos no universo do controle jurisdicional.

V) A) **UNIVERSO DO CONTROLE JURISDICIONAL**: órgãos, entes e ofícios administrativos, paradministrativos e de colaboração. Pólo processual ativo ou passivo

B) Controle público, externo, provocado; direto ou indireto. Subjetivo e objetivo

C) a) **Tutela jurídica cível de cognição**: declaratória, (des)constitutiva (invalidação); condenatória (responsabilização; repressão); mandamental

D) Controle indireto na instância criminal repressiva

E) **Legitimação variada**: individual, corporativa, coletiva, comunitária

F) Defesa de **direitos individuais subjetivos** (individuais homogêneos) e **assubjetivados**. Difusos e coletivos. **Interesses** juridicamente protegidos. **Interesses legítimos** (Direito Italiano).

G) Ilícitude comissiva e omissiva. Dar, fazer, não fazer, suportar. Tutela específica

H) *In casu e in these*. De validade e de responsabilização.

Esse controle abrange órgãos, entidades e ofícios administrativos, paradministrativos, e de colaboração. E esses entes jurídicos podem estar no pólo passivo ou no pólo ativo da relação jurídico-processual.

Ele é um *controle público*, governamental, *externo*, *provocado*; pode ser *direto*, quando ataca imediatamente o ato administrativo; ou pode ser *indireto*, como ocorre na área penal; pode ser *subjetivo*, se estiver em linha de consideração algum

direito individual; ou pode ser *objetivo*, como no controle de constitucionalidade de normas jurídicas, na medida em que está em jogo a própria validade do Direito Objetivo. A tutela jurídica pode ser de *cognição*, de *segurança*, ou de *execução*; a qual, essa última, quando se trata de Administração Pública, tem esmaecida sua diferença para com o *cumprimento* pelo réu. A legitimação é bastante variada, e um ponto que sempre me parece importante é que está em jogo, não só a defesa de *direitos*, mas também, a defesa de *interesses*. Não só *direitos subjetivos*, mas também *direitos assubjetivados*. É sempre bom citar aquele exemplo do candidato que está inscrito no concurso; ou de uma empresa que se encontra num processo licitatório; e que têm, como concorrentes, quem não possua a devida habilitação. É claro que o candidato, o licitante não tem *direito subjetivo* a não ter aquela pessoa como concorrente; mas tem um *interesse legítimo*, que é, aliás, um conceito muito importante no Direito Italiano, porque serve de elemento para caracterizar a competência da Justiça Administrativa; enquanto à Justiça Comum compete o processo e o julgamento das causas envolvidas de direito subjetivo.

A *ilicitude* da Administração pode ser *comissiva*, mas, muito amiúde, é *omissiva*. Perfeitamente compreensível a preocupação do Professor Juarez com a omissão. A pior forma de mal administrar é a omissiva. E, cinicamente, já se afirmou que é melhor 'roubar', mas 'fazer'. Esse é o extremo do radicalismo na tradução da constatação da lesividade da omissão.

O juiz pode determinar que a Administração *dê, faça, não faça, suporte*. O Código de Processo Civil, nas suas modificações, conferiu a *tutela específica*. Outrossim, o controle pode ser *in casu e em tese*; de *validade e de responsabilização*.

VI) A) **Âmbito do C.J.:** controle de juridicidade (conformidade com o Direito). A realização da justiça, por meio do Direito. Poder vinculado e poder discricionário

B) a) **Legalidade** (CF, arts. 37 e 70). Constitucionalidade. Vinculação à norma diretamente incidente

b) **Extrínseca:** (in)competência; (vício de) forma; (i) legalidade do objeto

c) **Intrínseca:** (in)existência dos motivos; (desvio de) finalidade

c) 1) **Legitimidade (CF, art. 70).** Vinculação a normas gerais: (vício na) valoração dos motivos; (i)licitude do objeto; exercício (ir)regular do poder (abuso e desvio): CF, arts. 14, §§ 9º e 10; 15, V; e 85, V

2) **Novos bens juridicamente tutelados** (CF, arts. 37, 70 e 74, II): moralidade (bons costumes), probidade (honestidade), impessoalidade, eficiência (economicidade), eficácia (efetividade). Direitos públicos e sociais subjetivos com pretensão e ação (preâmbulo; arts. 5º; 6º; 194, p. único; 196; 201; 203; 205; 208; 215; 217; 218; 225; 226; 227, 230). Justiça (equidade *intra legem*) Proporcionalidade. Razoabilidade.

3) A pretensão e a ação não são apenas no plano da responsabilização por dano a direitos absolutos, mas também para exigir-se o atendimento dos bens tutelados. O *dever* tornou-se *obrigação*

4) *Administrador positivo*: 'o juiz não pode substituir-se ao administrador'

5) **Omissão**. Obrigação de fazer. Equidade integrativa (*praeter legem*)

O *âmbito do controle jurisdicional* é que é o núcleo da questão. Temos que ter em mente, sempre, que o controle jurisdicional é um controle de *juridicidade* da atuação administrativa, e disso não podemos fugir, porque, do contrário, ninguém poderia administrar; e o Executivo perderia seu espaço, e não haveria separação, nem harmonia de Poderes. O papel do Judiciário é a realização da Justiça por meio do Direito.

E aí surge, claro, o grande debate sobre os limites do *poder discricionário* em face do *poder vinculado*. Sintetizo meu entendimento.

Temos, em primeiro lugar, a *legalidade*, e é claro que a legalidade, nunca se pensou de forma diferente, parte da *constitucionalidade*; como também estão englobados atos normativos menores; trata-se, portanto, de *juridicidade* o que está referido nos arts.: 37 e 70 da Constituição Federal. Essa *legalidade* corresponde à *vinculação*, portanto, à *obrigação – vincular é obrigar –*, à *vinculação* da Administração a uma determinada conduta prescrita pela norma que incide diretamente sobre determinado caso concreto.

Mas toda a evolução do Direito Administrativo foi no sentido de desenvolver o controle de legalidade, dando-lhe maior amplitude, maior intimidade, em termos de aferição da validade do ato administrativo. Daí, termos a *legalidade extrínseca*, aquela mais ostensiva, explícita, que é a que diz respeito à *competência*, à *forma*, à *legalidade do objeto*, com as suas correspondentes patologias. Mas, de há muito, a Administração é controlada também *intrinsecamente*, na prática de seus atos, com relação à *existência dos motivos*, e ao *controle do respeito à finalidade* que a lei estabelece como sendo aquele objetivo para cuja consecução essa mesma lei dá poderes ao administrador; sendo, o respectivo vício, o *desvio de finalidade*. Seria uma enorme injustiça, com os grandes nomes do Direito Brasileiro, ignorar essa evolução. Como esquecer Seabra Fagundes, pioneiro na prática, como Desembargador potiguar, assim como na doutrina, nesse controle da intimidade do ato administrativo? Como desprezar o que Caio Tácito, em 1951, escreveu sobre *desvio de poder*? E para não sairmos da terra gaúcha, como olvidar um Rui Silva Lima? Destarte, é sempre bom não tentar '*reinventar a roda*', porque tudo isso vem numa evolução progressiva, normal e natural.

Posteriormente, desenvolveu-se, ao lado da *legalidade*, aquilo que podemos chamar de *legitimidade*. Aqui, já não há uma vinculação a uma norma específica, como a norma que dá competência ao órgão tal, para verificar se a licença para construir pode ser expedida ou não; mas sim, vinculação às normas pertinentes em geral, como o preceituava a Lei 221. E essa noção de *legitimidade* é que diz

respeito à *valoração dos motivos*, à aferição profunda da *licitude do objeto*, à análise quanto a se houve *exercício irregular do poder*, o chamado *abuso de poder*, que a Constituição prevê. A palavra *legitimidade*, a noção de *legitimidade* está de modo expresso no art. 70 da CF, que trata do Tribunal de Contas.

Importante é salientar que, quando se fala em *princípios*, como já se disse, podemos estar tratando de coisas diferentes; podemos estar cuidando, na verdade, de novos *bens jurídicos* que estão sendo *tutelados*. Quando se fala que cabe *ação popular* para anular atos lesivos à *moralidade administrativa*, a moralidade administrativa está aqui tomada como bem jurídico tutelado, juntamente com o patrimônio econômico-financeiro, do patrimônio histórico, artístico, paisagístico, ambiental, e assim por diante. É que esses princípios todos que estão constitucionalmente e legalmente elencados têm diversas funções. Assim, a *proporcionalidade* e a *razoabilidade* são princípios que dizem respeito ao modo de fazer, e aos seus resultados. Tampouco a *eficiência*, a *economicidade*, são novidade, mas hoje estão enunciadas na Constituição. É certo, também que os livros antigos já continham a principiologia do Direito Administrativo; falando em *moralidade*, em *eficiência*, em *legitimidade*.

O que a Carta de 1988 fez foi, dando-lhes matriz constitucional, caracterizar novos *bens jurídicos tutelados*. E, nessa moldura, atribuindo uma nova trilha para o controle jurisdicional, já agora relacionado com o *mérito do ato administrativo*, a envolver sua *eficiência*, sua *eficácia*. O Judiciário não podia controlar, em si, esses aspectos do *merecimento* do ato; mas só se a *ineficiência*, por exemplo, causasse uma *lesão* a alguém – *lesão jurídica* –, porque aí nós já estaríamos no campo da *juridicidade*; se isso não ocorresse, não havia o controle. Agora não: agora podemos exigir, naturalmente respeitadas as legitimizações, que se tornem efetivos todos esses parâmetros, todos esses paradigmas que a Constituição nos proporciona.

É certo que, assim como o Judiciário não deve ser *legislador positivo* – nosso Supremo está sempre a afirmar isso –, é claro que tampouco pode ser ele um *administrador positivo*. O princípio continua vigorando: *o juiz não pode substituir-se ao administrador*, mas como nós temos essas novas *pretensões jurídicas*, essas novas *ações jurídicas*, certamente que, no caso de *omissão administrativa*, em face de uma obrigação de fazer, o juiz, dentro da chamada *equidade integrativa*, pode conceder a *tutela específica*. O Código de Processo Civil de 39 estabelecia, no art. 114, que, quando o juiz fosse autorizado a decidir por *equidade*, ele decidiria, aplicando a norma que ele criaria, se fosse legislador. A situação é idêntica: se o administrador, depois de todo um procedimento, não cumpre, não atende, o juiz tem a obrigação de dar a solução, e aí ser o *administrador positivo*, numa forma muito específica de controle.

Mas há possibilidade de abandonarmos as bases científicas do Direito, a englobar a noção de *mundo de direito* e de *mundo dos fatos*; de *incidência jurídica*, de *causalidade jurídica*, que, através da *imputação*, atribui efeitos a determinados fatos.

Lembremos que a *imoralidade administrativa* pode dizer respeito ao *abuso do poder discricionário*; e, diversamente, pode dizer respeito à *probidade*, à

honestidade. E tudo isso tem de ser devidamente sopesado, e sempre dentro do universo científico do Direito, porque, se ficarmos só na Moral, podemos cair naquela armadilha que o nosso Millôr Fernandes procurou salientar, ao ironizar, dizendo que '*negociata*' é o bom negócio, lícito, para o qual não fomos convidados. Achar que os outros são imorais, achar que os outros praticaram imoralidades é muito fácil.

VIII) A) **ÓBICES À PLENITUDE DO C.J.**

- B) Limitações legais à tutela de segurança. Inconstitucionalidade. Autolimitações. Efetividade. Dificuldades
- C) Execução e cumprimento. Precatório. Recalcitrância: '*contempt of court*'
- D) Suspensão de provimentos judiciais *initio litis* e finais
- E) Inadequação do Processo comum
- F) A sobrecarga de serviço. CF, art. 5º, LXXVIII

IX) A) **CONCLUSÕES**

- B) O Direito Brasileiro tem rica instrumentação para o c.j.
- C) Necessidade de identificação doutrinária e legislação do Processo do Direito Público
- D) Reestruturação do Judiciário
- E) Aprimoramento permanente da Magistratura, do MP e da Advocacia Pública.
- F) Imperiosidade de mudança de comportamento da AP. Estabelecimento de sanções específicas para o descumprimento
- G) A importância decisiva da Advocacia Pública

Uma palavra quanto a que o controle jurisdicional enfrenta muitos *óbices*, porquanto a Administração pratica, amiúde, o descumprimento das decisões; tudo isso fazendo parte do dia-a-dia do Direito, mas que deve ser paulatinamente eliminado, com a prevenção e a repressão do *contempt of court*. Crítica, a questão dos *precatórios*.

Tenho para mim que para a sobrecarga do serviço judiciário, para a qual o Governo muito concorre; enfim, para a reforma do Judiciário, a solução é sua divisão. Assim como nós temos a Justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho; e, tal como na Alemanha, devemos ter a Justiça Previdenciária, a Justiça Criminal. e outras subdivisões pertinentes, que permitam, não só a especialização do conhecimento

mas, principalmente, o aprimoramento da sensibilidade jurídica em determinada área; permitindo o recrutamento de juízes que tenham vocação para a matéria. Cada segmento teria duas instâncias e o seu Tribunal Superior, o que corresponderia à multiplicação do Superior Tribunal de Justiça, e de assunção de uma parte da atividade do STF, ficando para o Supremo apenas as questões realmente de Direito Constitucional Material.

Outro ponto é o da criação e do desenvolvimento de um Processo Civil específico para o Processo do Direito Público. E, que me perdoe o Professor Barroso, o processo é fundamental; e o processo de Direito Público se impõe, numa sistematização adequada. Tudo a sublinhar, uma vez mais, a importância decisiva da Advocacia Pública.

Concluimos que controlar a Administração não é administrar. Cada vez mais profundo esse segmento da função jurisdicional, mas sempre certo do balizamento da **juridicidade**, na abrangência ampla que essa noção atualmente possui.

A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO E A “FÓRMULA DO PESO” DE ROBERT ALEXY: SIGNIFICÂNCIA E ALGUMAS IMPLICAÇÕES*

Marcelo Lima Guerra**

1. Introdução. 2. A “Fórmula do Peso”. 3. A situação ideal de sopesamento. 4. Uma aplicação concreta da “Fórmula do Peso”. 5. A significância da Fórmula de Alexy. 6. Implicações da Fórmula de Alexy.

1 INTRODUÇÃO

A teoria de direitos fundamentais tornou-se amplamente divulgada tanto na doutrina brasileira como na doutrina internacional. Aqui no Brasil, infelizmente, a maior parte da literatura limitou-se a fazer referências genéricas ao seu trabalho, sem demonstrar um conhecimento mais aprofundado de tal teoria, nem de manter certa coerência com ela, na sua integralidade e nem mesmo, o que é pior, submetê-la a críticas.¹

Na literatura internacional, sobretudo alemã, a teoria de Alexy sofreu duras críticas. Para alguns ela contribui “demasiadamente pouco” para a teoria dos direitos fundamentais, por não permitir que, com base nela, sejam formulados juízos racionais sobre o conflito de valores ou princípios constitucionais. Esta crítica que lhe foi formulada por Habermas.²

* Artigo aceito para publicação na *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, dirigida por Paulo Bonavides, n. 7, 2006. Publicado na *Revista de Processo*, v.31, n.141, p. 53-71, nov. 2006.

**Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor da Graduação e do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Juiz do Trabalho Substituto do TRT-7ª Região.

¹ Exceção digna de nota de quem conhece a fundo a obra de Alexy, é fornecida pelas obras de Virgílio Afonso da Silva (AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. In *Revista dos Tribunais*, n. 798; AFONSO DA SILVA, Virgílio. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, 2003, pp. 607-630). Uma outra exceção, também digna de nota, de quem se empenhou na crítica à obra de Alexy, ao menos no que diz com a distinção que este último traça entre ‘princípios’ e ‘regras’, encontra-se em ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios-da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 3a ed. São Paulo: 2004, Malheiros, valendo observar que tais críticas parecem ter sido integralmente refutadas por Virgílio Afonso da Silva, no segundo de seus trabalhos anteriormente citados.

² Cf. ALEXÝ, Robert. Postscript. In ALEXÝ, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, Trans. Julian Rivers, Oxford : Oxford University Press, 2002, p. 388-389 (doravante a ser denominada ‘TDF’). “Too much and too little” é o título do primeiro tópico deste emblemático pós-fácio de Alexy à sua Teoria dos Direitos Fundamentais. Com esta sugestiva expressão ele se refere tanto à crítica de Habermas como à de Böckenförde, as quais são resumidamente expostas, para depois serem, de modo inteiramente bem sucedido, devidamente rebatidas. No presente trabalho, o seu modesto escopo não comporta nem que se aprofunde a exposição das referidas críticas, nem os detalhes da argumentação desenvolvida por Alexy, em defesa de sua teoria. Ademais, vale advertir que embora tenha sido no referido pós-fácio a primeira oportunidade em que Alexy apresenta sua “Fórmula do Peso”, o presente escrito seguirá mais de perto, pela sua maior clareza especialmente no que diz com as expressões formais empregadas, o seu trabalho posterior: ALEXÝ, Robert. On Balancing and Subsumption: a Structered Comparision. In *Ratio Juris*, vol. 16, n.4, 2003, pp. 433-449 (doravante a ser denominado ‘BS’).

Para outros, a teoria de Alexy “vai longe demais”, no sentido de que ela conferiria uma super-valorização dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, muito além do papel que lhes reserva a concepção clássica, enquanto meros direitos de defesa. Nesse sentido, segundo esta crítica, a teoria dos direitos fundamentais implicaria considerar que todo o ordenamento jurídico já estaria “contido” nos princípios constitucionais, restando apenas lugar para a sua respectiva concretização através do sopesamento. Esta a crítica de Böckenförd.³

Foi justamente em resposta a tais críticas que Alexy elaborou a sua “Fórmula do Peso”. Nesta Fórmula – que não tem nada de matemática – Alexy trata de esclarecer, em maior detalhe, o sentido daquele que, dos três sub-princípios que constituem o princípio da proporcionalidade, talvez seja o mais complexo e de difícil emprego, na prática, a saber, o da proporcionalidade em sentido estrito. Como se sabe, a *proporcionalidade em sentido estrito*, na sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, é definida através do que ali o filósofo alemão chamou de “Lei de Sopesamento” a qual foi assim definida:

[1] Quanto maior for o grau de interferência em um princípio [Pi], maior deve ser a importância em se realizar um outro [Pj].⁴

Ademais, com tal esforço, Alexy respondeu – com êxito, vale acrescentar – as principais críticas que lhe foram dirigidas, sobretudo aquela de Habermas. Com efeito, a elaboração da já famosa “Fórmula do Peso” permite enxergar, claramente, a possibilidade de se formular decisões racionais sobre o conflito entre princípios⁵ ou valores constitucionais, mesmo que se trate de uma *racionalidade*

³ Cf. ALEXY, Robert. Postscript, cit., p. 389.

⁴ “The greater the degree of non satisfaction of, or detriment to, one right or principle, the greater must be the importance of satisfying the other” (BS, p. 436).

⁵ Aqui se usará o termo princípio no sentido em que Alexy o usa, ou seja, como comando de otimização. Para Alexy, como se sabe, há uma íntima conexão entre princípios, como comandos de otimização, e valores. Com efeito, em TDF Alexy refere-se aos princípios, enquanto comandos de otimização, como a versão deontológica daquilo que são os valores (cf. TDF, p. 92: “Principles and values are only distinguished by deontological and axiological characters”). Esta ‘conexão íntima’ entre princípios e valores oferece uma oportunidade para se tecer algumas observações relevantes sobre a teoria de Alexy, mesmo que um pouco longas. Numa reconstrução pessoal da teoria de Alexy, ainda em elaboração, é possível considerar que a distinção entre regras e princípios está situada no campo do operador deontológico das normas, tratando-se, na realidade, de uma distinção entre dois modelos de interpretação do referido operador: regras seriam normas interpretadas como possuindo um operador deontológico rígido, formalizado com a expressão ‘Odef’ (o que explica a aplicação “tudo-ou-nada” de tais normas), na qual a realização de uma conduta é comandada inflexivelmente, enquanto princípios seriam normas interpretadas como possuindo um operador deontológico flexível, formalizado com a expressão ‘Ootm’, nas quais se comanda a realização da conduta de maneira “flexível”, ou seja, “na melhor maneira possível, dentro de limites práticos e jurídicos” (um breve esboço destas idéias, todavia, já estão documentadas em GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais. In ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, FUX, Luiz e NERY Jr., Nelson (Coord.) Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, pp. 535-537). Dentro deste quadro o princípio da proporcionalidade, em suas três sub-divisões, teriam a missão de definir o ‘operador deontológico flexível’ (‘Ootm’), idéia esta que se pode considerar contida na própria Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy (TDF, p. 66), daí porque me refiro a ela como uma mera reconstrução das idéias de Alexy. Em Postscript, cit., p. 397, Alexy é ainda mais enfático: “Principles are norms which require the greatest possible realization of something relative to what is factually and legally possible. It is one of the central theses of the Theory of Constitutional Rights that this definition implies the principle of proportionality with its three sub-principles of suitability, necessity, and proportionality in the narrow sense, and that conversely the principal character of constitutional rights follows logically from the principle of proportionality. This equivalence means that the three sub-principles of the proportionality define what the theory of principles understands by ‘optimization’”. Corolário destas idéias é que não seria possível dizer que uma norma, ontologicamente, isto é, em razão de suas características ontológicas, seja nem uma regra nem um princípio: o que se pode fazer é decidir sobre saber se ela deve ser tomada como regra ou princípio. O próprio Alexy, que

possível, não inteiramente idêntica à racionalidade própria das ciências descritivas. Quer dizer, a *objetividade* que se pode alcançar sobre a correção de tais decisões não coincide com a *objetividade* que se consegue obter, em sede de ciências como a Física, a Bioquímica e outras, acerca da *verdade* (*rectius*: da *falsidade* ou *falseamento*) dos enunciados que compõem suas respectivas teorias. A verdade, contudo, é que ninguém, muito menos os opositores de Alexy, oferecem uma alternativa melhor, sendo mesmo possível considerar que os diversos modelos de racionalidade jurídica, em particular, e de racionalidade prática, em geral, que pretendem ser dotados de um alto grau de objetividade, não passam de ilusões obtidas ao custo de uma excessiva e inaceitável simplificação da complexidade da realidade prática e/ou normativa.

Mais do que isso, com a “Fórmula do Peso” de Alexy tornam-se *visíveis*, por assim dizer, algumas implicações de sua teoria dos direitos fundamentais da máxima relevância para a prática jurídica, sobretudo no que diz com o controle de constitucionalidade e o limitado papel tanto do Legislador, como do próprio Supremo Tribunal Federal, em engendrar “soluções abstratas” e válidas em qualquer situação concreta, para conflitos de princípios ou valores constitucionais.

Como quer que seja, o presente trabalho tem como escopo o modesto objetivo de tornar mais conhecida a “Fórmula do Peso” de Alexy, na literatura nacional, apontando para a sua grande significância, pela relevante contribuição que ela traz em razão de sua *força estruturante* das discussões relativas à ponderação de valores ou princípios constitucionais, bem como apontar algumas das principais implicações da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, que com base na referida Fórmula é possível enxergar com clareza.

2 A “FÓRMULA DO PESO”

O ponto de partida da elaboração da “Fórmula do Peso” não poderia ter sido outro senão a própria “Lei do Sopesamento” enunciada por Alexy, como se disse, como definição da *proporcionalidade em sentido estrito*.⁶ No enunciado

generosamente leu e comentou detalhadamente (em visita que lhe fiz em Kiel, especificamente com este propósito) uma versão rudimentar do texto inédito onde esta idéia começaram a ser elaboradas, mostrou-se simpático à idéia de localizar a distinção entre regras e princípios, como reconstrução de sua teoria, no plano do operador deontico (ou da força ilocucionária, no vocabulário ali utilizado, próprio da teoria dos atos de fala), e, em comunicação pessoal, manifestou sua concordância com a idéia de que a distinção entre regras e princípios não é ontológica, tendo, contudo, acrescido um proviso à minha sugestão: que a escolha não se trata de mero ato de vontade, como o termo ‘decisão’ pode sugerir, mas de argumentação racional, vale dizer, com base em argumentos, cujo valor pode ser posto em discussão. Seguindo esta orientação de Alexy, defendi, naquele texto que nunca veio a ser publicado, que a circunstância de uma norma, sobretudo quando situada em uma Constituição, comandar a realização de um valor é fonte de fortíssimos argumentos para considerá-la como princípio, ou seja, como norma cujo operador deontico há de ser flexível, pois do contrário, seria gerado (i) um significativo empobrecimento do ordenamento e (ii) conduziria a situações paradoxais, impossíveis de serem racionalmente resolvidas. Diante de tudo isso, é que se tratará no texto, apesar de todas as observações feitas, que os princípios ou comandos de otimização, na teoria de Alexy, são normas que comandam a realização de valores, em razão do que se falará, indistintamente, entre princípios (termo que sempre será tomado para designar comando de otimização) e valores.

⁶ “Balancing can be considered as a part of what is required by a more comprehensive principle, the principle of proportionality. (...) It comprises three sub-principles: the principle of suitability, of necessity, and of proportionality in the narrower sense. Here only the last of these principles is of interest. It can be expressed as a rule, termed “Law of Balancing” (p. 436, grifou-se)

desta máxima, já se pode considerar como contidos, *in potentia*, todas as variáveis que compõem a Fórmula de Alexy.⁷

Por comodidade, vale reproduzir a já enunciada Lei de Sopesamento, tal qual formulada por Alexy:

[1] Quanto maior for o grau de interferência em um princípio [Pi], maior deve ser a importância em se realizar um outro [Pj].

Em primeiro lugar, a análise atenta desta Lei de Sopesamento já sugere que a solução de eventual conflito entre princípios ou valores haverá de consistir na tentativa de se atribuir pesos ou grandezas distintas, de modo a se estabelecer qual o *mais preponderante na situação em que eles entram em conflito* – quer dizer, em uma situação concreta, pois dificilmente valores entram inteiramente em conflito, no plano abstrato.⁸ Daí se inferir que o resultado da ponderação, ou seja, da aplicação da Lei de Sopesamento – e, conseqüentemente, o resultado do uso da “Fórmula do Peso” – é, precisamente, a atribuição destes “pesos” ou “grandezas” distintas de um valor em relação ao outro, embora não possa ficar excluída, de antemão, uma situação de *impossibilidade (epistêmica) de se obter pesos distintos*. Dito de outro modo, o resultado da “Fórmula do Peso” a ser extraída da referida Lei de Sopesamento é a atribuição de pesos relativos de princípios em conflito, a fim de que se possa estabelecer se e em que medida um deve preponderar sobre o outro, precisamente por ter um maior peso relativo, sem excluir a possibilidade de que, ao fim e ao cabo, ambos os princípios em conflito tenham pesos relativos idênticos.

Em segundo lugar, a própria Lei do Sopesamento também já sugere que esse “cálculo”⁹ há de ser realizado, tomando-se em conta a interferência que a realização de um dos valores em conflito causa no outro, bem como a *interferência* que sofrerá o primeiro com a omissão em realizá-lo, em nome da defesa ou realização do segundo. Dito de outro modo, admitindo-se que a conduta C é,

⁷ Todos, com exceção de um deles, como será esclarecido mais adiante, o qual corresponde ao que Alexy denominará de “Lei Epistêmica de Sopesamento”, requalificando a sua formulação original como “Lei Substancial de Sopesamento”. Como quer que seja, vale advertir que o raciocínio através do qual Alexy desenvolve, expõe e justifica a sua Fórmula é, sem dúvida, muito mais articulado e sofisticado, do que aquele a ser exposto no texto, o qual não pretende ser mais do que a indicação do percurso pessoal que segui, (auto-) didaticamente, para esclarecer a referida Fórmula.

⁸ Com efeito, compreendendo-se que um princípio ou comando de otimização, como norma que comanda a realização de um valor, tem como seu componente representacional – vale dizer, aquilo que é comandado pela norma –, um conjunto aberto de condutas específicas (cf. GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais, cit., p. 534; no mesmo sentido, embora com terminologia e aparato conceitual ligeiramente diversos, cf. GUERRA, Marcelo Lima. Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, pp. 87-89), um conflito total entre princípios – manifestado, portanto, no plano abstrato e em qualquer situação concreta – só poderia existir se todas as condutas que realizam o valor comandado por um deles (as quais compõem o seu componente representacional) são, ao mesmo tempo, condutas capazes de inviabilizar a realização de valor comandado pelo outro (vale dizer, são antinômicas a todas as condutas que compõem o componente representacional deste segundo princípio). Trata-se de hipótese inteiramente improvável.

⁹ No presente escrito, a expressão ‘cálculo’ será utilizada, metaforicamente, para se referir à discussão sobre qual entre dois princípios ou valores em conflito há de ser considerado mais relevante do que outro. Como se esclarecerá, oportunamente, a “Fórmula” de Alexy não tem nada de matemática. A adoção por ele de uma forma de expressão matemática (“Fórmula” constituída de variáveis), inclusive com a atribuição de valores numéricos, quando de sua aplicação a um caso concreto, às variáveis que a integram é, simplesmente, metafórica, servindo como estratégia para tornar o mais clara e objetiva possível a referida discussão, evidenciando-lhes os tópicos que devem ser levados em consideração.

ao mesmo tempo, apta a realizar um valor P_i e, em assim fazendo, causar uma restrição ou interferência I_j em um outro valor P_j , deve-se admitir, igualmente, a hipótese em que a omissão de C (ou seja $\sim C$) realize o valor P_j , mas cause uma interferência I_i no valor P_i .

Isto quer dizer que, numa discussão sobre ser ou não um dos princípios em conflito mais preponderante do que outro, um dos pontos a serem necessariamente enfrentados, como objeto desta discussão, é o grau de interferência que a realização de um valor causa no outro e, vice-versa, o grau de interferência sofrida pelo primeiro com a realização do segundo (mesmo que tal realização consista apenas na omissão em se realizar o primeiro, em nome da defesa do segundo). Assim, em aplicação da Lei de Sopesamento, o cálculo há de levar em consideração tanto I_i quanto I_j . Ademais, como o próprio enunciado da Lei de Sopesamento já sugere, estas interferências podem ter *intensidades* ou *graus* distintos.¹⁰

Nesta ordem, admitindo-se que cada um desses valores em conflito possam, em si mesmo, isto é, considerados *in abstracto*, cada qual possuir um determinado “peso” ou relevância, que podem, inclusive, ser diferentes, este dado há de ser levado em consideração no “cálculo” que para a aplicação da lei de sopesamento haverá de ser feito. Dessa forma, adotando-se o termo ‘peso abstrato’ para se referir à relevância que um determinado princípio ou valor possui (ou melhor, possa ser *argumentativamente* considerado como possuindo) *in abstracto*, no ordenamento jurídico, a discussão sobre a prevalência de um dos princípios em conflito sobre o outro, numa situação concreta, há de levar em consideração, também, os pesos *abstratos* de ambos, sem excluir, todavia, a possibilidade de que tais pesos se revelem *idênticos* – como, aliás, frequentemente ocorre.¹¹

Enfim, tendo em vista que as afirmações formuladas sobre cada um desses aspectos devem consistir num discurso *racional*, a exigir a devida e adequada fundamentação, e tendo em vista, especificamente quanto às afirmações sobre o grau de interferência que a realização de um princípio impõe ao outro, que tais afirmações consistem em *juízos empíricos*, há de ser levado em consideração, na aplicação da Lei de Sopesamento, as *evidências* em suporte para cada uma

¹⁰ Literalmente, na Lei do Sopesamento a relação é entre o grau de interferência em um princípio e a importância em satisfazer o outro, que com o primeiro colide. Para ser possível um verdadeiro sopesamento entre esses dois valores, eles devem ser equivalentes ou comensuráveis. Por isso é que Alexy reduz o conceito de “importância em satisfazer o princípio P_i ” em “grau de interferência sofrida com a não satisfação de P_i ”. Assim, é possível realizar um efetivo sopesamento ou balanceamento entre duas coisas comensuráveis. Nas palavras de Alexy: “The concrete importance of P_j is the same as the intensity with which the non-interference with P_i interferes with P_j . This shows that the concept of concrete importance of P_j is identical with the concept of the intensity of interference with P_j by omitting the interference with P_i . The Law of Balancing demands a comparison of the intensity of an actual interference with the intensity of the hypothetical interference, that would be inevitable if the actual interference were omitted. For this reason on both sides the concept of intensity can be applied” (BS, p. 441).

¹¹ “The abstract weight of P_i is the weight which P_i has relative to other principles independently of the circumstances of any cases. It shall be represented by “ W_i ”. Many constitutional principles do not differ in their abstract weight. Some, however do. The right to life has a general abstract weight than the general freedom of action.” (BS, p. 440).

das afirmações relevantes.¹² Tais evidências, sobretudo no sentido *empírico* que normalmente se-lhes atribui, são relevantes no que diz com as afirmações sobre o grau de interferência, as quais são, repita-se¹³, *juízos empíricos*.

Como se vê, na própria Lei de Sopesamento formulada em TDF já estavam contidos *in potentia*, todas as variáveis da Fórmula de Alexy. No entanto, elaborando a referida Fórmula realizou um notável trabalho, permitindo uma melhor e mais objetiva aplicação da própria Lei de Sopesamento, isto é, do *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*. Tais variáveis, insista-se, consistem nos pontos a serem necessariamente levados em consideração, como objeto de qualquer discussão sobre a (eventual) preponderância de um princípio ou valor em conflito com outro. Em síntese, para utilizar de forma objetiva o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (vale dizer, “aplicar a Lei de Sopesamento”), numa decisão voltada a determinar qual dos valores ou princípios em rota de colisão deve ser considerado mais relevante – ou ainda, seguindo na metáfora dworkiniana do “peso”, qual dos valores ou princípios terá um *peso relativo maior do que o outro* – será necessário argumentar acerca dos seguintes pontos:

- a] o “peso abstrato” dos valores em conflito – qual a relevância, independente de qualquer situação concreta, que os valores ou princípios em conflito têm;
- b] a interferência que a realização de um causa no outro e vice-versa a interferência que a realização do segundo (normalmente pela simples omissão em realizar o primeiro), causa no primeiro dos valores em conflito;
- c] quais as evidências disponíveis para fundamentar, racionalmente, as considerações relativas a [b], uma vez que as afirmações produzidas quanto a este aspecto do problema – o grau de interferência – são afirmações descritivas, portanto *verovaloráveis* ou *verificáveis*, a exigir, em nome da racionalidade, o suporte de evidências empíricas.

Cada um desses pontos, necessários objetos de uma decisão voltada a, em nome do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, estabelecer qual entre (pelo menos) dois princípios colidentes deva preponderar sobre o outro, na situação concreta – vale dizer, tem um maior peso relativo do que o outro, consis-

¹² Este é o único elemento da “Fórmula do Peso”, que não está implícito na própria Lei de Sopesamento elaborada por Alexy em TDF. Com efeito, ele esclarece que para obter este elemento, completando a Fórmula, é necessário introduzir uma segunda Lei de Sopesamento, segundo a qual “The more heavily an interference with a constitutional right weights, the greater must be the certainty of its underlying premisses” (BS, 446). Alexy denomina esta de “Lei Epistêmica de Sopesamento”, reservando à primeira e original, a expressão “Lei Substancial de Balanceamento”. Vale advertir, contudo, que embora a variável em tela não estivesse implícita na formulação original da Lei de Sopesamento, ela estava implícita na obra de Alexy, na sua defesa da racionalidade do uso da teoria dos princípios. “The foundation set out gives to constitutional rights argumentation a degree of stability, and the rules and forms of general practical and legal argumentation rationally structure the constitutional rights argumentation which takes place on its basis” (TDF, p. 387).

¹³ Embora não seja o caso de aprofundar aqui esta idéia, nada impede de alargar o sentido da expressão ‘evidência’, de modo a incluir também os argumentos (os quais não podem jamais ser reduzidos a meras afirmações de fato, como são as evidências empíricas) produzidos em defesa do peso abstrato de cada um dos princípios em conflito. Registre-se, no entanto, que na Fórmula de Alexy, estas evidências estão estritamente ligadas a afirmações empíricas formuladas sobre o grau de interferência que um princípio exerce sobre o outro e vice versa.

tindo a atribuição deste “peso relativo”, precisamente, o *resultado* buscado com esta mesma discussão – consistem nas *variáveis* da Fórmula de Alexy. Ademais, para evidenciar que tais pontos dizem respeito a aspectos de (pelo menos) dois princípios conflitantes, tais variáveis são necessariamente “duplicadas”. Desta forma, é possível, agora, introduzir expressões formais ou símbolos para cada uma dessas variáveis, de modo a permitir a redução (metafórica, insista-se) a uma *Fórmula* (no sentido de expressão formal) da estrutura argumentativa que, segundo Alexy, deve possuir qualquer discussão, que se pretenda racional, e em nome da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, destinada a determinar qual entre (pelo menos) dois princípios em conflito seja o mais preponderante e deva ser realizado, num caso concreto.

Feitos estes eslecimentos, eis as expressões formais de cada uma das referidas “variáveis” da Fórmula de Alexy:

I_i = o grau de interferência que a conduta C (voltada a realizar o princípio P_j) causa em P_i; **I_j** = o grau de interferência que a omissão da conduta C (voltada a realizar o princípio P_i) causa em P_j; **W_i** = o peso abstrato de P_i; **W_j** = o peso abstrato de P_j; **R_i** = as evidências sobre a interferência em P_i (e o peso abstrato de P_j) **R_j** = as evidências sobre a interferência em P_j (e o peso abstrato de P_i) **W_{i,j}** = o peso relativo de P_i (e de P_j), resultado a ser atingido com o uso da Fórmula de Alexy.¹⁴

De posse dessa terminologia devidamente formalizada, é possível, agora, introduzir a “Fórmula do Peso” de Alexy:

$$[2] \mathbf{W_{i,j} = W_i \cdot I_i \cdot R_i} \\ \mathbf{W_j \cdot I_j \cdot R_j}$$

De outra parte, já se pode perceber que é essencial à possibilidade de aplicação prática da referida “Fórmula do Peso”, que seja igualmente possível atribuir “grandezas” a cada uma dessas variáveis. Dito de outro modo menos “metafórico” – inclusive para sublinhar sempre o caráter meramente metafórico desta linguagem aparentemente matemática, do discurso de Alexy, o qual se articula com expressões próprias do discurso matemático como ‘Fórmula’, ‘variáveis’ e ‘grandezas’ – uma argumentação racional sobre cada um dos pontos apontados como necessários objetos de uma discussão sobre a preponderância de um princípio sobre outro, numa situação concreta, deve ser capaz de atribuir a cada um destes pontos *valores*, inclusive e preferencialmente, valores distintos. Assim, é necessário que, ao menos em tese, se possa racionalmente afirmar que a interferência em P_i causada pela

¹⁴ Não é demais insistir, e não será a última vez que se fará tal advertência no presente escrito, pela sua relevância na compreensão da significância da contribuição de Alexy, que tal “Fórmula” é apenas a expressão formal da estrutura argumentativa da discussão sobre a preponderância de um princípio sobre outro que, numa situação concreta, entrem em rota de colisão.

realização de Pj seja *maior* do que a interferência causada em Pj, que as evidências quanto o grau de uma dessas interferências sejam *maiores* do que as evidências quanto ao grau da outra e que o peso abstrato de um dos princípios em conflito seja *maior* do que o do outro.

Consciente de que tais “grandezas”, embora possíveis de serem estabelecidas numa argumentação racional, mas sempre de modo aproximado, nunca com a exatidão que se espera de um discurso apofântico elaborado segundo os cânones das ciências empíricas “em sentido duro” (física, química, bioquímica etc), Alexy sugere a adoção de um modelo triádico, em que tais grandezas consistam nos valores “sério”, “moderado” e “leve”.¹⁵ Em outras palavras, que se possa afirmar, quanto a cada um dos pontos indicados, que eles possuem um de tais valores. Exemplificativamente, sugere Alexy que se possa, numa argumentação racional, afirmar que o grau de interferência que a realização de um princípio cause sobre outro seja *séria* ou *moderada* ou *leve*.¹⁶

Tais valores consistirão, portanto, nas grandezas a serem atribuídas às variáveis da referida “Fórmula do Peso”. Em linguagem formal, é possível expressar tais grandezas com as seguintes convenções:

l = leve
m = moderada
s = séria

Em seguida, para facilitar o manuseio da “Fórmula”, mantendo coerência com a conveniência da metáfora matemática, Alexy sugere a atribuição de valores numéricos a tais grandezas.¹⁷ Por razões que serão omitidas no presente trabalho – em razão da limitação de seu objetivo específico – Alexy prefere atribuir tais valores numéricos adotando uma escala baseada numa *progressão geométrica*, ao invés de uma progressão aritmética. Sugere, portanto, como valores numéricos expressivos das grandezas identificadas como “séria”, “moderada” e “leve”, a seguinte equivalência:

¹⁵ Como esclarece Alexy, as grandezas em tela tanto poderiam ser reduzidas a duas, como mínimo, como poderiam mesmo ser ilimitadas: “To be sure, the three steps or grades are not necessary for balancing. Balancing is possible once one has two steps, and the number of steps is open to the top. (...) The triadic scale has, compared with its alternatives, the advantage that it fits especially well into the practice of legal argumentation” (BS., p. 440).

¹⁶ Vale advertir que Alexy observa que cada um desses valores poderiam ser submetidos a ulteriores subdivisões, pela combinação de uns com os outros. Assim, seria possível falar em (1) sério-sério, sério-moderado e sério-leve; (2) moderado-sério; moderado-moderado e moderado-leve; (3) leve-sério; leve-moderado e leve-leve. (BS, p. 445). Seria mesmo possível, de um ponto de vista puramente lógico, prosseguir indefinidamente com tal procedimento, o que, como o próprio Alexy reconhece, é inteiramente desprovido de qualquer utilidade prática. (BS, p. 445). Como quer que seja, o limitado escopo do presente estudo não comporta maiores discussões acerca deste aspecto da contribuição de Alexy.

¹⁷ Insista-se, nas palavras do próprio Alexy, no caráter meramente metafórico em se utilizar números na estrutura argumentativa em que se traduz a “Fórmula do Peso”: “The Weight Formula makes the point that the concrete weight of a principle is a relative weight. It does this by making the concrete weight the quotient of the intensity of interference of this principle (Pi) and the concrete importance of the competing principle (Pj), that is, the intensity of the hypothetical interference with Pj caused by omitting the interference with Pi. Now one can only talk about

$$l = 1$$

$$m = 2$$

$$s = 4$$

Desse modo, a aplicação da “Fórmula do Peso” traduzir-se-ia, em valores numéricos, nas seguintes opções:

- i] se o resultado for maior que 1, é de ser considerado preponderante o princípio correspondente à primeira letra na expressão $[W_{i,j}]$, ou seja, o princípio P_i ;
- ii] se o resultado for menor 1, é de ser considerado preponderante o princípio correspondente à segunda letra na expressão $[W_{i,j}]$, ou seja, o princípio P_j ;
- iii] se o resultado for igual a 1, então terá sido impossível decidir, racionalmente, a preponderância de um princípio sobre o outro.

3 A SITUAÇÃO IDEAL DE SOPESAMENTO

Finalmente, convém introduzir um conceito que não integra, explicitamente, a exposição de Alexy sobre sua “Fórmula do Peso”, mas que se revela de grande valor didático, não só para esclarecer a área específica de aplicação da “Fórmula do Peso”, como também para permitir compreender a advertência que o próprio Alexy faz, no sentido de que, em situações normais, os conflitos entre princípios tendem a ser muito mais complexos, envolvendo mais do que apenas dois. Trata-se do conceito de *situação ideal de sopesamento*.

Como já se teve oportunidade de esclarecer,¹⁸ os sub-princípios que compõem o princípio da proporcionalidade não se aplicam todos, necessária e simultaneamente, em qualquer caso em que se precise decidir sobre a correção de determinada ação ou medida (legislativa, administrativa, judicial ou mesmo privada, em razão da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais), na perspectiva dos princípios constitucionais.¹⁹ Assim, a questão às vezes pode ser

quotients in the presence of numbers, which is not the case in any direct sense with balancing. So concrete weight can only really be defined as a quotient in a numerical model which illustrates the structure of balancing. In legal argumentation it is only analogous to a quotient. But the analogy is an interesting one” (BS, p. 444).

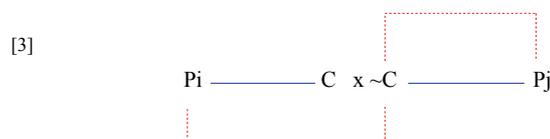
¹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil, cit., p. 92-94; AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável, cit., item 4. O próprio Alexy tornou esse ponto mais claro no seu Postscript, cit., pp. 397-401.

¹⁹ Sem dúvida o princípio da proporcionalidade tem uma indiscutível aplicação na fundamentação de decisões, que avaliam a licitude ou a constitucionalidades de atos normativos, administrativos, judiciais e até privados (a chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”), no terreno, portanto, daquilo que se convencionou chamar contexto de justificação. No entanto, é importante sublinhar também, sobretudo no âmbito administrativo e judicial, o papel heurístico que o princípio da proporcionalidade – especialmente os sub-princípios da adequação e exigibilidade – desempenha também no âmbito daquilo que se convencionou chamar “contexto de descoberta”. Isto quer dizer que ele serve como conjunto de coordenadas a orientar o próprio processo de tomada de decisão sobre o que fazer. Isso permite até falar em uma certa indeterminação, um certo esfumaçamento da distinção entre descoberta e justificação das decisões judiciais. Em certos casos, em que são amplos os poderes judiciais – v.g. já determinação de medidas cautelares e de meios executivos inominados – os referidos sub-princípios, antes de servirem, a posteriori, na justificação da escolha do meio, já pode orientar o próprio processo de escolha. Sobre a distinção entre contexto de justificação e contexto de descoberta, cf. GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais., cit., p. 522, nota (10) e bibliografia aí indicada.

34

decidida já com o uso da adequação ou, sendo esta insuficiente, recorrendo-se à exigibilidade de modo satisfatório. Para ser necessário o uso da proporcionalidade em sentido estrito impõe-se que esteja configurada uma situação extrema, suficientemente já delimitada pelo uso anterior (e sem sucesso) da adequação e da exigibilidade. Nesta situação limite, incapaz de ser resolvida com a adequação e a exigibilidade, é que encontra aplicação a “Fórmula do Peso”, ou seja, a adoção do critério da proporcionalidade em sentido estrito, pois somente um dos princípios poderá ser realizado *in concreto*, sendo imperioso determinar *qual deles o será, por ter o maior peso relativo*. Esta é a situação que pode ser designada como ‘situação de sopesamento’.

Com a expressão ‘situação ideal de sopesamento’ designa-se uma versão simplificada desta situação, onde só há dois princípios ou valores em conflito, havendo a necessidade de se realizar uma escolha por uma entre apenas duas condutas (atos normativos, administrativos, judiciais ou privados) como *correta* (seja num contexto de justificação, seja num contexto de descoberta). Vale advertir que, na situação ideal de sopesamento estas duas condutas consistem, na verdade, em uma conduta e na sua omissão, ou seja, a escolha deverá ser feita entre realizar a conduta C ou não realizá-la, o que equivale, em termos lógicos a realizar a conduta “ $\sim C$ ” (a conduta “não-C”). Tal situação pode ser representada, graficamente, da seguinte maneira:



Em tal representação gráfica, as linhas contínuas (azuis) ligando P_i a C e $\sim C$ a P_j indicam, respectivamente, que C realiza P_i e $\sim C$ realiza P_j . Já as linhas pontilhadas (vermelhas) ligando C a P_j e $\sim C$ a P_i indicam, respectivamente, que C interfere em P_j e $\sim C$ interfere em P_i .

4 UMA APLICAÇÃO CONCRETA DA “FÓRMULA DO PESO”

Nesta ordem, para exemplificar a força e a significância da Fórmula alexiana na estruturação racional de uma discussão sobre a preponderância de um entre dois princípios em conflito, cumpre fazer dela um uso. Obviamente, tal aplicação não poderá deixar de ser hipotética, uma vez que, como já se pode perceber, os pontos a serem considerados numa discussão sobre conflitos entre princípios ou valores devem, necessariamente, utilizar dados que só a situação concreta em que tais princípios se chocam poderá fornecer – com a óbvia exceção da variável relativa ao “peso abstrato” dos princípios em jogo.

Admita-se, assim, como exemplo, que foi requerida a um juiz absolutamente incompetente a concessão de uma medida urgente, a qual, nessa hipotética situa-

ção, só terá utilidade se for concedida de *imediato*. Assim, a concessão da medida requerida pelo juiz incompetente realiza o valor da *efetividade*, mas causa uma interferência no valor, igualmente constitucional, do *juiz natural*. Por outro lado, a não concessão da medida requerida *preserva* (ou *realiza*) o princípio do juiz natural, mas causa uma interferência no princípio da efetividade. Eis configurada, portanto, uma *situação ideal de sopesamento* na qual cumpre ao juiz decidir entre adotar uma determinada conduta (C) ou a sua omissão ($\sim C$) e cada uma das opções realiza um princípio e interfere em outro (C realiza P_i e interfere em P_j , enquanto $\sim C$ realiza P_j e interfere em P_i).

Cumpre ao juiz, portanto, determinar qual o princípio, na situação concreta, deverá ser considerado mais preponderante ou de maior “peso concreto” ou “peso relativo”, a fim de justificar, racionalmente, entre conceder ou não a medida requerida. Segundo a Fórmula de Alexy sugere, o labor do juiz (e a respectiva e eventual discussão das partes) deverá girar em torno aos seguintes pontos:

- a] qual o peso abstrato do princípio do juiz natural;
- b] qual o peso abstrato do princípio da efetividade;
- c] qual o grau de interferência que a concessão da medida traz ao princípio do juiz natural;
- d] qual o grau de interferência que a não concessão da medida traz ao princípio da efetividade;
- e] quais as evidências empíricas que apoiam as afirmações ou conclusões relativas a [c];
- f] quais as evidências empíricas que apoiam as afirmações ou conclusões relativas a [d].

Admita-se, sempre nesse mero exercício hipotético, que seja possível considerar que tanto o peso abstrato do princípio do juiz natural como o da efetividade sejam idênticos, como frequentemente ocorre, em se tratando de princípios constitucionais, podendo-se-lhes atribuir, como valor, a grandeza *sério* (4). Admita-se, por outro lado, que se possa considerar que a interferência causada no princípio do juiz natural pela concessão da medida seja apenas *moderada* (2), uma vez que, concedida a medida, poderá o juiz incompetente remeter os autos ao juízo competente, restaurando (ao menos em parte) o princípio do juiz natural, enquanto que, de outra parte, se possa considerar a interferência que a não concessão da medida trará no princípio da efetividade será *séria* (4), uma vez que, nesta hipótese, a da não concessão, o princípio da efetividade restaria inteira e irreversivelmente esvaziado ou prejudicado (se, obviamente, o requerente tiver o direito que afirma ter). Admita-se, finalmente, que as evidências são igualmente sérias (4), quanto a ambas afirmações.

Dessa forma, designando-se o princípio do juiz natural com a expressão P_i e o da efetividade com a expressão P_j , tem-se os seguintes valores, para as respectivas variáveis da Fórmula de Alexy:

36

- a) $W_i = 4$
- b) $W_j = 4$
- c) $l_i = 2$
- d) $l_j = 4$
- e) $R_i = 4$
- f) $R_j = 4$

De posse desses valores, é possível, então, aplicá-los à Fórmula de Alexy, obtendo-se o seguinte resultado:

$$[4] \quad W_{i,j} = \frac{4 \cdot 2 \cdot 4}{4 \cdot 4 \cdot 4} = 0,5$$

Dessa forma, a conclusão é que, no caso concreto, o princípio da efetividade, correspondente à letra 'j' do símbolo **W_{i,j}**, é o de maior peso concreto ou relativo, devendo ser realizado, em detrimento do outro.

Vale advertir que o exemplo acima ilustra um aspecto importante da estrutura argumentativa sugerida por Alexy para as discussões sobre a preponderância de um princípio sobre outro. É que embora todos os pontos apontados devam ser levados em consideração, em grande número dos casos a decisão repousará sobre apenas uma das variáveis duplicadas, como foi o caso do exemplo acima, dada a equivalência de valores das demais. Com efeito, ao final de contas, tendo em vista que tanto o peso abstrato dos princípios em conflito como o grau de evidências disponíveis se equivaliam, a decisão final reportou-se, exclusivamente, ao grau de interferência. Isso, todavia, não permite que, para assegurar a racionalidade da discussão, algum dos pontos indicados possa ser negligenciado. Todos devem ser submetidos à devida argumentação racional, embora nem todos, à luz dos dados desta mesma argumentação, desempenhem um papel decisivo na escolha por um entre os dois princípios conflitantes.

5 A SIGNIFICÂNCIA DA FÓRMULA DE ALEXY

Exposta, assim superficialmente, a Fórmula de Alexy e dado um exemplo de como ela pode ser aplicada, é possível apontar, de modo mais convincente, a sua extrema relevância e utilidade. É óbvio que tal Fórmula está longe de assegurar uma plena objetividade nas decisões sobre princípios em conflito, até porque, como se viu, cada uma das variáveis há de ser preenchida através de *argumentação*, inexistindo uma "tarifação" previamente dada para cada uma delas. Mesmo assim, ela demonstra que o sopesamento não é, como pretendeu Habermas, fruto de meras decisões inteiramente irracionais.

É certo que a racionalidade que ampara as decisões em que se opera o sopesamento dos princípios é aquela racionalidade *própria do discurso prático, em geral, e do jurídico em particular*: uma racionalidade mais precária do que aquela própria das ciências empíricas, mas ainda assim, uma *racionalidade possível*. Sendo assim, repousando como faz Alexy na possibilidade de *argumentação racional*, para empregar concretamente sua Fórmula, o próprio valor desta última, enquanto critério de fundamentação racional de decisões sobre a preponderância de um princípio sobre o outro, depende da possibilidade de se efetivamente realizar *argumentação racional sobre aqueles pontos*.

Isso, todavia, não pode ser considerado um “defeito” da Fórmula de Alexy, nem de sua teoria dos direitos fundamentais, pois nada faz do que refletir a atual situação epistemológica sobre ser possível ou não a *racionalidade* (no sentido de algo objetivo, intersubjetivamente verificável, análogo à objetividade das teorias científicas em sentido duro) das decisões práticas em geral, sobre o que é certo ou não fazer, das quais as decisões jurídicas (sobre o que é lícito ou não fazer) não são mais do que um caso especial.²⁰ *Esta racionalidade*, vale dizer, fruto de uma argumentação racional, restou demonstrada por Alexy, com a sua Fórmula, ser possível alcançar nas decisões sobre a preponderância de um valor sobre outro, pelo menos em alguns casos, mesmo que não em todos. É o quanto basta para afastar a indevida crítica de Habermas, formulada a partir de uma pressuposição contrária ao que ele próprio já defendeu (a possibilidade de uma racionalidade discursiva), ou seja: ou a racionalidade idêntica à objetividade obtida com o falseamento de teorias científicas (em sentido duro, ou estrito do termo ‘ciência’) ou a irracionalidade total.²¹

Como quer que seja, o grande mérito da Fórmula de Alexy é, sem resolver a questão sobre a racionalidade da argumentação prática em geral e da jurídica em especial – questão que, diga-se de passagem *ninguém ofereceu uma solução definitiva – estruturar de maneira brilhante e com grande clareza os “lugares” desta argumentação*. Isso, por si só, já é um grande mérito, por evitar a manipulação retórica das decisões, por tornar evidente *sobre o que deve se discutir e onde estão as incertezas*, na maioria dos casos, *inelimináveis*. Com isso, ao menos a precariedade das decisões judiciais sobre a preponderância de um princípio sobre

²⁰ Esta é outra tese de Alexy, convincentemente exposta e demonstrada em ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford : Oxford University Press, 1989.

²¹ Como argumenta Alexy, “Habermas’s objection to the theory of principles would basically be justified if it were not possible to make rational judgements about, first, intensity of interference, secondly, degrees of importance, and thirdly, their relationship to each other. (...) If one takes literally his thesis that balancing lacks ‘rational standards’, then it is saying that there is no case in which a result to a balancing exercise can be reached on a rational basis. To this thesis there are two antitheses, one radical, one moderate. The radical antithesis asserts that balancing leads in a rational way to one outcome in every case. The theory of principles has never maintained this thesis and has always emphasized that balancing is not a procedure which leads necessarily to precisely one outcome in every case. Thus everything turns on the moderate antithesis. This maintains that one outcome can be rationally established through the use of balancing, not in every case, but in at least some cases, and that the class of these cases is interesting enough to justify balancing as a method” (Postscript, cit., pp. 401-402).

o outro resta *explícita*, a sugerir, no espírito dos julgadores, a necessidade de uma atitude de máxima prudência e humildade.

De outra parte, a Fórmula de Alexy permite compreender outro aspecto fundamental de sua teoria, cuja má-compreensão deu lugar a críticas como a que lhe foi dirigida por Böckenförd, evidenciando a existência (ineliminável) da possibilidade de ser epistemicamente indeterminável qual princípio tem maior peso relativo do que outro, isto é, os casos de “empate” em que, aplicando-se a referida Fórmula, obtém-se como resultado o número “1”. Como esclarece Alexy, é precisamente esta possibilidade de ser *epistemicamente impossível determinar qual princípio deve preponderar sobre outro*, num caso concreto, o que assegura uma delimitação de competências entre judiciário e legislativo. Dito de outra forma, é justamente tal possibilidade que assegura *ainda alguma competência ao legislador*, o que é suficiente para rebater as críticas formuladas à teoria de Alexy, como aquela de Böckenförd.²²

Se há casos em que *não é possível, em razão de limites da própria capacidade humana de discernir a única solução correta, nem mesmo a melhor entre várias, quando há mais de uma qualificável como “correta*, então não se pode considerar que “tudo esteja contido nos princípios, nada restando a fazer senão concretizá-los através do sopesamento”. Aliás, é possível ir mais longe: a possibilidade de “empate” como resultado do sopesamento é o que assegura *todas as outras modalidades de competência normativa, diversas daquela exercida pelo Constituinte originário, nomeadamente a discricionariedade (administrativa e legislativa) e a autonomia privada*. Ambos os fenômenos, na perspectiva da teoria das normas jurídicas, não passam de modalidades do gênero *competência normativa*, do qual aquela do legislador e a do judiciário também seriam apenas outras espécies.²³

6 IMPLICAÇÕES DA FÓRMULA DE ALEXY

Além das razões já apontadas a justificar um juízo positivo sobre a Fórmula de Alexy, ela tem implicações igualmente importantes, que reforçam ainda mais este juízo. Em primeiro lugar, com tal Fórmula resta inequivocamente demonstrado a total impossibilidade de se estabelecer uma rígida hierarquia entre valores constitucionais. É que mesmo que seja possível identificar valores constitucionais mais relevantes (de maior peso abstrato) do que outros, uma hierarquização absoluta

²² Sobre isso, cf. em maior detalhe, as considerações de Alexy em *Postscript*, cit., pp. 414 e ss. Seja recordado que a crítica de Böckenförd é no sentido de que uma teoria dos direitos fundamentais como princípios (comandos de otimização) conduz à eliminação de qualquer genuína competência legislativa, pois tudo estaria contido nos princípios constitucionais, restando apenas achar a solução ótima.

²³ Normas de competência conferem a determinados sujeitos competência legal ou normativa (expressão equivalente à inglesa “legal power”), consistente na possibilidade (poder) de alterar posições normativas de outros sujeitos (e também de bens e condutas). Essa possibilidade hipotética ou poder conferido por uma norma de competência é a mesma, seja o sujeito a quem se atribui a competência uma pessoa jurídica de direito público ou um sujeito privado. Sobre o conceito de competência legal (equivalente à expressão inglesa “legal power”, cf. por todos, SPAAK, Torben. *The Concept of Legal Competence – An Essay in Conceptual Analysis*, Robert Carroll (trad.), Aldershot : Dartmouth, 1994.

e pré-estabelecida está descartada, já que o grau de interferência concreta de um princípio em benefício de outro e as evidências sobre isso, podem dar um peso concreto maior àquele de menor peso abstrato.

Ademais, como corolário imediato desta conclusão, tem-se a impossibilidade de uma solução abstrata e válida para qualquer caso sobre um conflito entre valores constitucionais. Isso traz implicações gravíssimas tanto para o papel do legislador, num Estado Democrático de Direito onde se reconhece a força *normativa de princípios* (no sentido de Alexy), ou seja, normas que positivam valores, como para o papel reservado ao controle abstrato de constitucionalidade.

Como se sabe, em diversas situações, cada vez mais freqüentes, o legislador põe uma norma geral com a inequívoca intenção de “resolver” um conflito entre dois valores fundamentais. Assim, por exemplo, quando em matéria de providências urgentes antecipatórias, o legislador condiciona a concessão de tais medidas a um requisito extremamente rigoroso (ao menos na interpretação que boa parte da doutrina processual atribui às expressões ‘prova inequívoca’ e ‘verossimilhança das alegações’), ele está, na verdade, realizando uma opção que se traduz numa *solução abstrata* ao conflito existente, nessas situações, entre o direito fundamental ao processo devido de uma parte, que se manifesta, no caso de quem solicita a medida de urgência, na exigência de máxima coincidência possível, e o direito fundamental ao processo devido da outra, que, no caso daquele em face de quem se requer a providência, se traduz na exigência de um contraditório efetivo. Contudo, como a Fórmula de Alexy bem demonstra, tais soluções não podem ter mais do que uma validade *prima facie*, podendo ser afastadas por dados da situação concreta em que a norma em tela deverá incidir.

Tudo isso se aplica, de modo inteiramente análogo, ao controle abstrato de constitucionalidade, ao menos na sua feição tradicional. Com efeito, jamais se poderá dizer, em face de um conflito de valores constitucionais, apontado como causa da *inconstitucionalidade* a ser decidida pelo STF, que um deles deve prevalecer, em toda e qualquer situação concreta. Isto, se não chega a inviabilizar por completo, no que diz com a inconstitucionalidade material, limita drasticamente a possibilidade de um controle abstrato de constitucionalidade.

Finalmente, cumpre advertir que a Fórmula de Alexy evidencia, de modo cristalino, o papel que desempenham os juízos empíricos na ponderação de valores constitucionais, a exigir a adequada fundamentação através de provas judiciais. Com isso, impõe-se rever o “dogma” de que os Tribunais Superiores só lidam com questões de direito.

Obviamente, nem se está sustentando que os Tribunais Superiores simplesmente passem a conhecer típicas questões de fato, nem sequer chamando atenção para a dificuldade de distinguir, em certas situações, uma questão de fato de outra de direito, para fins de delimitar a atuação das Cortes Superiores²⁴.

²⁴ Sobre este último aspecto do problema, cf. por todos, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Controle das Decisões judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória – Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória: O que é uma Decisão Contrária à Lei?. São Paulo: RT, 2001.

Trata-se, ao contrário, de reconhecer que, mesmo no controle concentrado de constitucionalidade, que visa a resolver uma típica questão de direito, a decisão que venha a ser tomada com base no reconhecimento da preponderância de um princípio constitucional sobre outro, recorrendo-se à proporcionalidade em sentido estrito, *deve ter entre suas premissas afirmações de fato*, relativas à intensidade de interferência que a realização de um princípio causa no outro, e vice-versa. Em isso ocorrendo, tais afirmações *devem estar amparadas em evidências empíricas, ou seja, provas judiciais, sob pena das referidas afirmações restarem reduzidas a vazio e irracional exercício de retórica*.

Dessa forma, ou o STF renuncia ao uso do princípio da proporcionalidade, o que parece improvável, como prognose do comportamento de seus membros, e juridicamente impossível, dada a própria natureza das normas jusfundamentais que servem de parâmetro ao controle de constitucionalidade, ou renuncia, explicitamente, ao cumprimento do dever de fundamentar adequadamente suas decisões, imposto no art. 93, IX, da CF. Como nenhuma das opções são admissíveis, tudo está a indicar que, com a melhor compreensão da teoria de Alexy, agora facilitada pela “Fórmula do Peso”, aqui exposta, o STF venha a atuar sob novos paradigmas, especialmente no que diz com a exigência de produção de provas (sobretudo técnicas ou científicas) no controle concentrado de constitucionalidade.

RESUMO: A “Fórmula do Peso” (proporcionalidade em sentido estrito) de Alexy é uma das mais recentes e importantes deste que é um dos mais notáveis filósofo do direito e constitucionalista contemporâneo. A elaboração desta Fórmula surgiu da defesa que Alexy fez às críticas que foram dirigidas à sua teoria dos direitos fundamentais. Com efeito, com a mencionada Fórmula Alexy iluminou certos aspectos fundamentais de sua teoria, mal compreendidos por seus opositores, demonstrando terem sido infundadas as referidas críticas. O presente trabalho destina-se a tornar a mencionada Fórmula mais à comunidade jurídica brasileira, aproveitando para, a partir dos esclarecimentos que ela proporcionar acerca de aspectos fundamentais da teoria de Alexy, sublinhar a sua extrema importância prática, sobretudo na perspectiva de algumas de suas implicações quanto a temas tão relevantes como a hierarquia entre princípios constitucionais, a compatibilização in abstracto de princípios constitucionais em conflito e o controle concentrado de constitucionalidade.

PALAVRAS CHAVE: Proporcionalidade em sentido estrito. Sopesamento de princípios constitucionais. Hierarquia. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT: Alexy’s Weight (proportionality in narrow sense) Formula is one of the most recent and important contributions from one of the greatest contemporary legal thinkers. This Formula appeared as a result of the answer Alexy has given to some criticisms directed to his constitutional rights theory. As a matter of fact, with the mentioned Formula Alexy has illuminated some aspects of his own theory, that had been misunderstood by his opponents, proving their criticisms been wrong. The present paper is destined to make Alexy’s Weight Formula more familiar to brazilian legal community, and to

highlight the great practical significance of his theory, cleared up by the referred formula, and some of its implications to the discussion of such important issues as hierarchy of constitutional principles, abstract solution to conflict of such principles and constitutional review by brazilian Supreme Court ("Supremo Tribunal Federal).

KEY WORDS: Proportionality in the narrow sense. Balancing of constitutional principles. Hierarchy. Constitutional Review.

A SEGURANÇA COLETIVA EM FACE DO DIREITO ECONÔMICO: UMA INTRODUÇÃO

[Collective Security at Economic Law: an Introduction]

Ricardo Antônio Lucas Camargo*

Resumo: Pretende-se investigar a relação entre a segurança coletiva, em cada uma de suas formas de manifestação, com a disciplina jurídica das medidas de política econômica.

Palavras-chave: Segurança. Intervencionismo. Liberalismo.

Abstract: it is intended to investigate relationship between collective security, in each form it appears, with juridical regulations of economic policy.

Key words: Security. Interventionism. Liberalism.

1 INTRODUÇÃO

O recente referendo que expungiu do mundo jurídico o artigo 35 da Lei 10.826, de 2003 (Estatuto do Desarmamento), instiga uma análise sob o prisma do Direito Econômico acerca da segurança coletiva¹.

O tema da segurança, muitas vezes, traz à balha a questão acerca da condição do ser humano como bom ou mau por natureza, da agressividade como algo normal ou anormal no ser humano etc.

“A agressividade é inerente ao ser humano, como comportamento necessário à sobrevivência; encerra um enorme potencial energético que pode ser sublimado e canalizado para algo produtivo”².

* Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais – Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP/RS – Professor convidado dos cursos de especialização da UNISINOS, da UPF e da FAURGS – Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: versianicamargo@terra.com.br. Telefone: (0xx51) 3231-5474.

¹ Figueiredo, Guilherme José Purvin de. O debate sobre desarmamento e a democracia participativa. Revista de Direito e Política. São Paulo, v. 2, n. 7, p. 9, out/dez 2005.

² Camargo, Fernando Antônio Lucas. A violência nossa de cada dia. Jornal Trabalhista. Brasília, v. 18, n. 864, p. 11, 21 maio 2001.

Recordando Hans Kelsen³:

“Quando a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coacção, como força física, deve ser exercida, e os indivíduos pelos quais deve ser exercida, protege os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego da força por parte dos mesmos indivíduos. Quando esta protecção alcança um determinado mínimo, fala-se de segurança colectiva – no sentido de que é garantida pela ordem jurídica enquanto ordem social. Pode dar-se já como alcançado esse mínimo quando a ordem jurídica institui um monopólio coercitivo da comunidade”.

Num primeiro olhar, pareceria estranho o fato de o jurista se debruçar sobre este tema que, a princípio, seria mais para o criminalista.

Entretanto, a estranheza se desvanece quando se verifica que o campo da segurança, havido como naturalmente reservado ao Estado, também envolve amplos setores da economia, até mesmo conduzindo ao estabelecimento de uma política econômica própria, para o fim de possibilitar o atendimento desta necessidade⁴.

Quem conheça o conceito apresentado por Rudolf Stammler⁵ para a economia social – o conjunto de atividades econômicas que se travam num meio social e que, ao contrário da suposição do pensamento marxista⁶, seria totalmente condicionado pela regulação jurídica, à qual competiria a definição do sistema de propriedade e do regime negocial – não tem qualquer dificuldade em reconhecer, no caso, a questão da segurança como ligada intimamente ao Direito Econômico, já que diz respeito, também, à estrutura jurídica que permite fazer funcionar a economia como um todo.

Além do mais, não é nova a tutela das medidas de política econômica por disposições penais – tanto que alguns doutrinadores falam em um Direito Penal Econômico, que não aceitamos por motivos já discutidos em outra ocasião⁷ –, com o que a relação do Direito Econômico com a segurança coletiva – e o Direito Penal é a manifestação de tutela da segurança coletiva mais facilmente perceptí-

³ Teoria pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 65; Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: Plures. Constituição e segurança jurídica - estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 215; Pinho, Judicael Sudário de. A concepção kantiana de Estado. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 6, n. 8, p. 49, 1991; Silva, Sandro Subtil. A obsessão científica – Direito e Estado em Kelsen. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 24, n. 53, p. 77-78, 2001.

⁴ Tepedino, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 487.

⁵ Economia y Derecho. Trad. Wenceslao Roces. Madrid: Reus, 1929, p. 176; Casetta, Elio. Osservazioni sul cosiddetto diritto amministrativo dell'economia. In: Plures. Scritti giuridici in memoria de V. E. Orlando. Padova: CEDAM, 1957, v. 1, p. 385.

⁶ Pashukanis, Evgeny Bronislavovitch. Teoria geral do Direito e marxismo. Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 57.

⁷ Camargo, Ricardo Antônio Lucas. Direito Econômico – aplicação e eficácia. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 193-197; Souza, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 78-79.

vel⁸ – já não se mostra algo estranhável, com o que está justificado o interesse do juseconomista no tema.

Para se verificar as diversas formas como a segurança coletiva e o Direito Econômico se relacionam, serão trazidas situações particulares, a fim de que se possa dentre elas identificar o traço de unidade (indução).

2 SEGURANÇA E CIRCULAÇÃO DAS MERCADORIAS NA FORMAÇÃO DOS ESTADOS NACIONAIS

Assim doutrina Giovanni Clark⁹:

“O capitalismo e Estado sempre foram interdependentes. Aliás, como ensina Huberman (1986) o Estado atual foi formatado para possibilitar o incremento das atividades comerciais nascente, em síntese do capitalismo, sobretudo no velho continente europeu.

“O mais rico é quem mais preocupa-se (sic) com o número de guardas que há em seu quarteirão. Os que se utilizam das estradas para enviar suas mercadorias ou dinheiro a outros lugares são os que mais reclamam proteção contra assaltos e isenção de taxas de pedágios. A confusão e a insegurança não são boas para os negócios. A classe média queria ordem e segurança.

“Para quem se poderia voltar? Quem, na organização feudal, lhe poderia garantir a ordem e a segurança? No passado, a proteção era proporcionada pela nobreza, pelos senhores feudais. Mas fora contra as extorsões desses mesmos senhores que as cidades haviam lutado. Eram os exércitos feudais que pilhavam, destruíam e roubavam. Os soldados dos nobres, não recebendo pagamento regular pelos seus serviços, saqueavam cidades e roubavam tudo o que podiam levar. As lutas entre os senhores guerreiros freqüentemente representavam desgraça para a população local, qualquer que fosse o vencedor. Era a presença de senhores diferentes em diferentes lugares ao longo das estradas comerciais que tornava os negócios tão difíceis. Necessitava-se de uma autoridade central, um Estado nacional. Um poder supremo que pudesse colocar em ordem o caos feudal. Os velhos senhores já não podiam preencher sua função social. Sua época passara. Era chegado o momento oportuno para um poder central forte (HUBERMAN, 1986, 70 - 71).

“Assim sendo, existe uma simbiose entre Estado e economia de mercado. Não existe esta última sem o primeiro. Por intermédio de inúmeras ações realizadas através dos tempos, o Estado ora dilata sua intervenção no domínio econômico como no período das políticas econômicas mercantilistas, patrocinadas pelos Estados absolutistas do século XVII, ou então, a restringe como nas políticas econômicas liberais construídas pelos Estados de Direito do século XIX”.

Por outro lado, é interessante recordar que a formação dos Estados nacionais

⁸ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 211; Lima, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 303.

⁹ *Política econômica e Estado*. In: http://fbde.org.br/artigos/politica_econom_estado.html, acessado em 14 dez 2006; Rossetti, José Paschoal. *Introdução à economia*. São Paulo: Atlas, 1971, p. 98-99.

muito tinha que ver com o proporcionar segurança para os negócios, que seria impossível à ausência de uma instância superior dotada do poder de impor pela força a paz, possibilitando, assim, a segura circulação das mercadorias¹⁰.

Esta concepção, com efeito, pode ser encontrada em Thomas Hobbes¹¹, para quem os desejos fundamentais do homem – o de viver, o de ter bens suficientes para lhe garantirem uma vida tranqüila e o de obter tais bens por seu empreendimento – só teriam condições de ser satisfeitos em se conferindo a uma autoridade superior, instituída consensualmente, o monopólio da coação.

Dentro da própria ideologia liberal, outrossim, partindo do pressuposto da escassez dos bens e da configuração da propriedade como justa recompensa aos laboriosos, o Estado se colocava como o principal garante da situação dos poucos beneficiados contra a inveja dos muitos que nada tinham, para utilizar a expressão de Adam Smith¹².

Alberto Deodato Maia Barreto¹³, por seu turno, refere a escola germânica a que pertencem um Adolf Wagner, um Friedrich List, para a qual as finanças públicas traduziriam um feixe de meios pecuniários para serem transformados em, dentre outras cousas, segurança.

Por se tratar de serviço prestado pelo Estado, em caráter indivisível, mantido por impostos, não cabe, em relação a ele, instituição de taxas¹⁴.

Temos, então, a segurança enquanto serviço público, a que se refere o artigo 144 da Constituição Federal brasileira de 1988, havida como indispensável à tranqüilidade dos negócios e do exercício dos direitos inerentes à propriedade¹⁵.

3 SEGURANÇA ENQUANTO SITUAÇÃO JURÍDICA

Por outro lado, no âmbito internacional, o conceito de segurança deixa de se reportar apenas aos conflitos armados e suas conseqüências para dizer respeito à garantia de que o indivíduo humano tenha a possibilidade de satisfazer as suas necessidades mais elementares¹⁶.

¹⁰ Cavalcanti Filho, Theóphilo. O problema da segurança no Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 59-60; Friede, Roy Reis. Limites da soberania nacional no cenário internacional. Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Norte. Natal, n. 6, p. 51, 1997; Kemmerich, Clóvis Juarez. O direito processual na Idade Média. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 118; Horn, Norbert. Introdução à ciência do Direito e à filosofia jurídica. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 146.

¹¹ Leviathan. London: Encyclopædia Britannica, 1955, p. 86-87; Camargo, Ricardo Antônio Lucas. Direito Econômico, Direito Internacional e Direitos Humanos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 66-68.

¹² An inquiry into the nature and the causes of the wealth of the nations. London: Encyclopædia Britannica, 1955, p. 309; Grau, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 14-15; Aranovitch, Rosa Maria de Campos. Incidência da Constituição no direito privado. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 22, n. 50, p. 49, 1994; Camargo, Ricardo Antônio Lucas. Sobre os denominados custos dos direitos e a reforma do Estado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 44, n. 48, p. 206, jan/jun 2006.

¹³ Manual de ciência das finanças. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 4.

¹⁴ Nascimento, A. Theodoro. Preços, taxas e parafiscalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 338.

¹⁵ Borges, Alexandre Walmott. A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios. Curitiba: Juruá, 2001, p. 114.

¹⁶ Picado Sotela, Sonia. Seguridad humana: un reto universal. In: Plures. Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos - ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, t. 6, p. 324; Pestana, Eugênia Kimie Suda. Ingerência humanitária – um novo paradigma em formação? Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 42, n. 166, p. 116, abr/jun 2005; Souza, Neomésio José de. A seguridade social à luz da Constituição de 1988. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas. Manaus, v. 5, n. 11/12, p. 185, 1988/1989.

Neste sentido, fala-se no objetivo da vontade humana de “liberarsi dalle condizioni negative, che minacciano continuamente l’esistenza stessa fisiologica, e quindi ogni elementare possibilità di sviluppo della vita umana dell’individuo commune: i quattro grandi mali sociali, le conseguenze degli eventi come la malattia e a morte, quella specie di agonia che è a disoccupazione, quella specie di morte que è a ignorância, que impediscono a vida de essere se stessa, di essere messa in condizioni di essere se stessa”¹⁷.

A segurança do trabalhador contra condições de trabalho perigosas ou insalubres, impondo às empresas o fornecimento de equipamentos de produção individual adequados a tais riscos também é uma das manifestações da segurança enquanto situação jurídica¹⁸.

Países cronicamente instáveis ou estrangulados por conflitos sociais e ambientais são considerados, no senso comum do empresariado dos países desenvolvidos, como “mercados perdidos”, dada a impossibilidade de se prever a efetividade das negociações que se travem em tais territórios¹⁹.

A definição de José Cretella Júnior²⁰ para a segurança não deixa de fazer remissão à garantia do funcionamento do próprio sistema econômico: “quanto ao Estado, segurança quer dizer ‘paz’, ‘estabilidade da estrutura das instituições’; quanto ao indivíduo, segurança quer dizer ‘tranquilidade física e psíquica’, condições garantidoras de circunstâncias que possibilitam o trabalho, afastada a vis inquietativa”.

Assim também Antônio Chaves²¹, ao tratar o direito à segurança como um direito da personalidade, inerente à necessidade de se desenvolverem as atividades por onde se expressa o modo de ser de cada um no mundo sem que elas venham a ser objeto de arbitrária interferência de quem quer que seja.

É aliás, este o fundamento para que, em face dos mais variados ramos do Direito, o decurso do tempo faça convaler posições em face dos bens²².

¹⁷ “Liberar-se das condições negativas que ameaçam continuamente a própria existência fisiológica, e, por conseguinte, todas as possibilidades elementares de desenvolvimento da vida humana do indivíduo comum: os quatro grandes males sociais, as consequências dos eventos como a doença e a morte, aquela espécie de agonia que é o desemprego, aquela espécie de morte que é a ignorância, que impedem a vida de ser ela mesma, de ser posta em condições de ser ela mesma” - Capograssi, Giuseppe. Su alcuni bisogni dell’individuo contemporaneo. In: Plures. Scritti giuridici in memoria de V. E. Orlando. Padova: CEDAM, 1957, v. 1, p. 306.

¹⁸ Saad, Eduardo Gabriel. Consolidação das Leis do Trabalho comentada. São Paulo: LTr, 2006, p. 178; Süsskind, Arnaldo. Direito Constitucional do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 255; Nascimento, Amaury Mascaro. Direito do Trabalho na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 197.

¹⁹ Renner, Michael. Fighting for survival. New York/London: W.W. Norton & Company, 1996, p. 192.

²⁰ Comentários à Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. 6, p. 3.410.

²¹ Tratado de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. 1, t. 1, p. 497; Cavalcanti Filho, Theophilo, op. cit., p. 54.

²² Lima, Hermes, op. cit., p. 97; Silva, Antônio Álvares da. Prescrição trabalhista na nova Constituição. Rio de Janeiro: Aide, 1990, p. 45; Santos, J. M. Carvalho. Código Civil brasileiro interpretado. 10ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, [s/d], v. 3, p. 372; Wald, Arnaldo. Curso de Direito Civil – introdução e parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 193; Bruno, Aníbal. Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 3, p. 210; Carvalho Filho, Aloysio. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 4, p. 213-214; Faria, Werter. Ações cambiárias. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987, p. 85-87; Figueiredo, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 232; Coelho, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 388-389; Valverde, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 2, p. 308; Martins, Comentários à lei das sociedades anônimas. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 3, p. 530; Peixoto, Carlos Fulgêncio da Cunha. Sociedade por ações. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 5, p. 87; Comparato, Fábio Konder. Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 225; Leal, Antônio Luiz da Câmara. Da prescrição e da decadência. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 29; Carpenter, Luiz F. Da prescrição. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Direito, 1958, v. 1, p. 80-82; Abdala, Vantuil. A prescrição relativa aos créditos trabalhistas dos rurícolas e o artigo 233 da Constituição Federal. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, n. 62, p. 108, 1993; Cruz, Elder Boschi da. O princípio da boa fé e a relação administrativa funcional. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 107-108, jul/dez 2005.

Trabalhando o conceito de previsibilidade, essencial à própria idéia de segurança, Francesco Carnelutti²³ recorda que “il diritto non è fondato che su un sistema de previsionì”.

O mesmo argumento se coloca em relação à situação das pessoas em face dos bens: o que efetivamente, no exemplo trazido por Ronaldo Cunha Campos²⁴, asseguraria que o simples fato do mecânico manter contato físico com um automóvel não o faz proprietário é o dado de que as formas de aquisição e perda da propriedade são estabelecidas pelo Direito positivo.

Não se pretenda identificar aqui uma invasão do campo do Direito Civil, ao qual ainda incumbe o tratamento dos modos de aquisição e perda da propriedade, bem como da definição de seus caracteres, porquanto estão os bens aqui sendo tratados enquanto objeto de política econômica, suscetíveis não apenas de propriedade, posse ou detenção, mas de outras formas de apropriação, como exemplifica Luíza Helena Moll²⁵ com “a biodiversidade, os recursos hídricos, o espaço aéreo, a atmosfera, a biosfera, as reservas florestais, os nichos ecológicos, o patrimônio paisagístico e cultural, ora valorizados pela crença de que o problema central da economia é buscar alternativas eficientes para alocar os recursos escassos da sociedade”.

Um dos principais problemas que surgem a desafiar os estudiosos da Integração do Cone Sul da América Latina – MERCOSUL – envolve precisamente o principal instrumento de definição da efetividade dos negócios, qual seja, a harmonização das legislações dos países interessados:

“Alguns elementos fundamentais se impõem a essa tarefa, tais sejam os de tratar corretamente a consonância do Direito de cada Estado com a sua própria realidade, para aquilatar até que ponto essa ‘harmonização’ não se traduz em comprometimento e desvirtuamento de cada Ordem Jurídica Nacional”²⁶.

O valor segurança também se coloca em relação à exigência do registro público em face de determinadas formas de circulação da propriedade, máxime a imobiliária:

²³ “O direito não é fundamentado senão num sistema de previsões” - Il diritto come antistoria? In: Plures. Scritti giuridici in memoria de V. E. Orlando. Padova: CEDAM, 1957, v. 1, p. 375; Tapia-Valdes, Jorge. Leyes de bases y nuevas categorías. In: Plures. Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX – homenaje a Enrique Sayagues-Laso. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, t. 3, p. 640; Radbruch, Gustav. Introducción a la filosofía del Derecho. Tradl Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 42.

²⁴ Natureza do direito real. In: Santos, Ernane Fidelis [org.]. Atualidades jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, v. 2, p. 235.

²⁵ Externalidades e apropriação: projeções sobre a Nova Ordem Econômica Mundial. In: Plures. Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 153; Figueiredo, Guilherme José Purvin de.. A propriedade no Direito Ambiental. São Paulo: ADCOAS/IBAP/APRODAB, 2004, p. 130-131.

²⁶ Souza, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de Direito Econômico. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 205.

“Se é verdade que, em geral, o negócio jurídico somente produz efeitos entre as partes diretamente interessadas, contudo, em dados casos, podem esses efeitos protrair-se, atingindo terceiros interessados, dando lugar ao que certos juristas denominam de eficácia reflexa ou de repercussão do negócio jurídico”²⁷.

É neste sentido que a segurança é assegurada como direito fundamental no caput do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, e tem sua expressão, no que interessa à política econômica, na proteção dos efeitos dos atos jurídicos contra leis supervenientes²⁸ e no estabelecimento de disciplinamento apto a permitir a visualização dos desdobramentos das operações que se travam.

4 SEGURANÇA COMO PRESSUPOSTO DA INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

No artigo 173, caput, da Constituição brasileira de 1988, estão postos os imperativos da segurança nacional como autorizativos da exploração direta da atividade econômica pelo Estado, entendida a segurança nacional como “atinentes à defesa nacional”²⁹.

Aqui, também, faz-se presente a ligação entre a segurança coletiva e a política econômica, tendo em vista a possibilidade de a própria integridade nacional poder ficar à mercê da conveniência lucrativa do agente econômico privado³⁰.

E a integridade nacional é do interesse da circulação dos bens e serviços, possibilitando a maior capacidade de estes se virem a converter em pecúnia, tanto que em economia política é conceituada a integração territorial como “aquela parte da política econômica nacional que tem por objeto fazer com que as regiões vazias, ou atrasadas, ou isoladas, participem da atividade econômica da nação e se beneficiem dela”³¹.

A interrupção da extração do látex e fabricação da borracha em área que respondia por 65% da produção mundial quando da disputa entre o Brasil e a Bolívia pelo território que se converteria no que hoje conhecemos como Estado do Acre, agravada tal disputa pelo arrendamento de tal área pelo General Pando ao Bolivian Syndicate, traduz um claríssimo exemplo do que acaba de ser dito quanto a este pressuposto da atuação do Estado no domínio econômico³².

²⁷ Lopes, Miguel Maria de Serpa. Tratado dos registos públicos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. 1, p. 18.

²⁸ Ráo, Vicente. O direito e a vida dos direitos. São Paulo: Resenha Universitária, 1977, v. 1, t. 3, p. 355.

²⁹ Grau, Eros Roberto, op. cit., p. 296; Figueiredo, Lúcia Valle & Ferraz, Sérgio. Dispensa e inexigibilidade de licitação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 72.

³⁰ Alfonsín, Jacques Távora. Parecer CGE 3159. Nas zonas indispensáveis à segurança nacional, a transmissão da posse de terras a estrangeiros, mesmo aqueles que pretendam se estabelecer sob estatuto civil, está sujeita à prévia autorização do Conselho de Segurança Nacional. Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 6, n. 14, p. 269, 1976.

³¹ Galves, Carlos. Manual de economia política atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983, p. 83.

³² Alves, Flávia de Lima e. o Tratado de Petrópolis – interiorização do conflito de fronteiras. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 42, n. 166, p. 136, abr/jun 2005.

A integração da Amazônia no contexto do desenvolvimento econômico nacional foi considerada questão de Segurança Nacional pelos Governos castrenses, e foi com esta visão que tanto no I Plano Nacional de Desenvolvimento como no Programa de Integração Nacional instituído pelo Decreto-lei 1.106, de 1970, foram considerados projetos prioritários a construção das rodovias Transamazônica e Cuiabá-Santarém, a implementação de Programa de Colonização na região da Transamazônica, realização de levantamentos, por aerofotogrametria, de toda a área abrangida pelo Projeto RADAM, o Plano de Irrigação do Nordeste e a implantação de Corredores de Exportação no Nordeste³³.

Interessante salientar que, no âmbito da União Européia, a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) teria como objetivos subjacentes, de acordo com Luiz Carlos Lopes Madeira³⁴, a redução dos riscos aptos a ameaçarem a integridade territorial e a independência dos Estados membros, a garantia da preservação do regime democrático neles vigente e da estabilidade das economias – tanto nacionais quanto comunitária – e a estabilização de regiões que a circundam, especialmente considerados os países da ex-Cortina de Ferro³⁵.

Além da possibilidade do comprometimento da participação de todos os pontos do território nacional em seu desenvolvimento econômico, também entra em questão a própria possibilidade de a atividade gerar dependência da economia nacional em relação a outra, no sentido de que o interesse estrangeiro eventualmente passe a ditar os termos da política econômica nacional, qual ocorre no exemplo trazido por Lafayette Josué Petter³⁶:

“Certo é que, onde se estabelece o poder econômico – e a empresa multinacional representa a maior densificação de poder econômico que a história registra –, há potencialmente poder político, a despeito da proclamada perseguição a um fim econômico puro, a busca do lucro, o qual, todavia, tende a ser potencializado, caso as políticas públicas se perfilhem em sintonia com o planejamento privado estratégico adotado por tais empresas. Isto nos reconduz para a efetiva possibilidade do uso mas também do abuso deste poder econômico com vistas à interferência na formulação das políticas públicas de um modo em geral, com ameaça à esmaecida soberania nacional”.

No caso de imperativo de segurança nacional, em princípio, aferível mediante juízo discricionário da autoridade federal, uma vez declinado em que consiste, a atuação estatal no domínio econômico vem a constituir um dever e não mera faculdade. Neste caso, cresce de relevância a necessidade de motivar o ato mercê do qual se pretenda fazer cessar a atuação do Estado, e a de estabelecer a sintonia entre os motivos alegados e a situação fáctica efetivamente encontrada.

³³ Alvarenga, Octávio Mello. *Direito Agrário*. Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados do Brasil, 1974, p. 98-99; Correa, Antônio. *Dos crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 181.

³⁴ A Política Externa e de Segurança Comum da União Européia: ficção ou realidade? *Direito e Democracia*. Canoas, v. 2, n. 2, p. 361-362, 2º sem 2001.

³⁵ Galves, Carlos, op. cit., p. 434-435.

³⁶ Princípios constitucionais da ordem econômica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p 195-196.

Quando se trate da atuação do Estado no domínio econômico para atender a imperativos da segurança nacional, as relações contratuais com os particulares, tradicionalmente, podem travar-se independentemente de licitação³⁷.

Isto se explica pelo fato de que a atividade desempenhada pelo Estado, neste particular, por vezes, exige a obtenção dos meios em tempo exíguo, não compatível com o grande número de fases – e de incidentes, como a prática administrativa ensina – do processo licitatório e, por outro lado, podem existir motivos estratégicos em que se mantenha segredo acerca dos meios aptos a minimizar ou mesmo anular a resistência do inimigo.

Por outro lado, a própria ausência de uma postura ativa em sede da concreção de medidas de política econômica, levando ao agravamento dos níveis conflitivos entre os que estão submetidos à autoridade estatal também coloca a questão da relação entre a segurança coletiva e a política econômica.

A intervenção do Poder Público sobre o domínio econômico, em se tratando dos comandos de natureza imperativa ou proibitiva, parte do pressuposto de que a ausência de enunciados normativos heterônomos a incidir sobre aquela determinada relação jurídica pode conduzir ao próprio comprometimento da estabilidade do sistema econômico pela derruição das próprias bases de sua legitimidade³⁸, o que, necessariamente, conduz aos cuidados a serem tomados quando se fala na denominada “desregulamentação”:

“A política adotada nos países latino-americanos a partir do que ‘prescreve’ o Consenso de Washington para os políticos liberais da região deixou claro que o combate à inflação e as reformas a favor do mercado tiveram um viés nem tanto satisfatório. A criação de novos postos de trabalho não é algo fácil, muito pelo contrário; bem como a melhoria de vida para a população e uma expectativa mais positiva para as novas gerações também merecem ser repensadas. Soma-se a tudo isso a obsessão popularizada no ideal da redução de custos a qualquer preço, admitindo-se a centralização do capital produtivo em esfera mundial, em que pese o discurso da liberdade e intensificação da concorrência, com as conseqüentes demissões em massa dos trabalhadores, eliminação de postos de trabalho e a redução de salários e benefícios trabalhistas. O mal-estar gerado nessas sociedades e com poucas perspectivas de melhora aumenta o descontrole emocional e social, ampliando a sensação do medo”³⁹.

Com sua dupla experiência de integrante da Força Pública paulista e Desembargador, Álvaro Lazzarini⁴⁰, ao inventariar as razões da insegurança elencadas pela

³⁷ Oliveira, Régis de. Licitação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 46; Rigolin, Ivan Barbosa. Manual prático das licitações. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 66-67; Justen Filho, Marçal. Comentários à lei das licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2004, p. 244; Motta, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 210; Figueiredo, Lúcia Valle & Ferraz, Sérgio, op. cit., p. 53-54; Cretella Júnior, José. Das licitações públicas. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 184-185; Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. Comentários à reforma administrativa federal. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 254-255.

³⁸ Grau, Eros Roberto, op. cit., 28-30.

³⁹ Bagnoli, Vicente. Introdução ao Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2005, p. 186-187.

⁴⁰ Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 78-80; Teixeira, Sálvio de Figueiredo. A universidade: compromisso com a excelência e instrumento de transformação. *Ajuris*. Porto Alegre, v. 26, n. 82, t. 1, p. 309, jun 2001.

doutrina, traz temas típicos de política econômica: (a) crescimento populacional acelerado; (b) má distribuição demográfica; (c) distribuição inadequada de renda; (d) falta de planejamento familiar; (e) formação de favelas, cortiços e mocambos; (f) facilidade do cidadão em armar-se; (g) abandono da infância e da juventude; (h) proliferação dos entorpecentes; (i) miséria e sua exploração política; (j) consumismo estimulado pelos meios de comunicação; (k) abandono, pela administração, da infra-estrutura da saúde e da educação; (l) falta de programas assistenciais; (m) desemprego; (n) desagregação familiar; (o) progressivo empobrecimento da classe média; (p) êxodo rural; (q) crescimento urbano desordenado.

Cada uma destas causas merecerá, a seu tempo, exame mais aprofundado. Por ora, registremo-las, para o fim de estimular o debate, sem os rótulos que a desconfiança costuma apor, sobretudo porque “se um conhecido conservador apóia um programa de ação afirmativa ou um novo programa para ajudar os pobres, é provável que ele tenha muito mais credibilidade entre conservadores e provavelmente entre todas as pessoas do que se um conhecido liberal adotasse a mesma posição. E se um democrata liberal apóia uma iniciativa de um presidente republicano, outros liberais estarão dispostos a ouvi-lo”⁴¹.

CONCLUSÃO PRELIMINAR

De qualquer sorte, o presente texto, mediante a apresentação das mais diversas formas por que se manifesta a segurança coletiva – como serviço público, situação jurídica ou pressuposto para a atuação estatal no e sobre o domínio econômico – aponta como ela se relaciona de modo multifário com a política econômica, quer na condição de “externalidade”, posta de fora a viabilizar, contudo, o desenvolvimento das atividades econômicas, quer na condição de objeto da política econômica.

BIBLIOGRAFIA

1. Abdala, Vantuil. *A prescrição relativa aos créditos trabalhistas dos rurícolas e o artigo 233 da Constituição Federal*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, n. 62, p. 108, 1993
2. Alfonsín, Jacques Távora. *Parecer CGE 3159. Nas zonas indispensáveis à segurança nacional, a transmissão da posse de terras a estrangeiros, mesmo aqueles que pretendam se estabelecer sob estatuto civil, está sujeita à prévia autorização do Conselho de Segurança Nacional*. Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 6, n. 14, p. 269, 1976.

⁴¹ Sunstein. Cass R. Por que as sociedades precisam de dissenso. Trad. Marçal Justen Filho. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, v. 4, n. 13, p. 86, jan/mar 2006.

3. Alvarenga, Octávio Mello. *Direito Agrário*. Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados do Brasil, 1974
4. Alves, Flávia de Lima e. o Tratado de Petrópolis – interiorização do conflito de fronteiras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 42, n. 166, p. 136, abr/jun 2005.
5. Aranovitch, Rosa Maria de Campos. Incidência da Constituição no direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 22, n. 50, p. 49, 1994.
6. Bagnoli, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2005.
7. Barreto, Alberto Deodato Maia. *Manual de ciência das finanças*. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 4.
8. Borges, Alexandre Walmott. *A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios*. Curitiba: Juruá, 2001
9. Bruno, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 3
10. Camargo, Fernando Antônio Lucas. A violência nossa de cada dia. *Jornal Trabalhista*. Brasília, v. 18, n. 864, p. 11, 21 maio 2001.
11. Camargo, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico – aplicação e eficácia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001
12. Camargo, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico, Direito Internacional e Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006
13. Camargo, Ricardo Antônio Lucas. Sobre os denominados custos dos direitos e a reforma do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 44, n. 48, p. 206, jan/jun 2006.
14. Campos Ronaldo Cunha. Natureza do direito real. In: Santos, Ernane Fidelis [org.]. *Atualidades jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, v. 2.
15. Capograssi, Giuseppe. Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo. In: Plures. *Scritti giuridici in memoria de V. E. Orlando*. Padova: CEDAM, 1957, v. 1, p. 306.
16. Carnelutti, Francesco. Il diritto come antistoria? In: Plures. *Scritti giuridici in memoria de V. E. Orlando*. Padova: CEDAM, 1957, v. 1
17. Carpenter, Luiz F. *Da prescrição*. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Direito, 1958, v. 1
18. Carvalho Filho, Aloysio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 4.
19. Casetta, Elio. Osservazioni sul cosiddetto diritto amministrativo dell'economia. In: Plures. *Scritti giuridici in memoria de V. E. Orlando*. Padova: CEDAM, 1957, v. 1

20. Cavalcanti Filho, Theóphilo. *O problema da segurança no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964
21. Chaves, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. 1, t. 1
22. Clark, Giovani. *Política econômica e Estado*. In: http://fbde.org.br/artigos/politica_econom_estado.html, acessado em 14 dez 2006
23. Coelho, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005
24. Comparato, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981
25. Correa, Antônio. *Dos crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 1994
26. Cretella Júnior, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. 6.
27. Cretella Júnior, José. *Das licitações públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1994
28. Cruz, Elder Boschi da. *O princípio da boa fé e a relação administrativa funcional*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 107-108, jul/dez 2005.
29. Faria, Werter. *Ações cambiárias*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987
30. Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002,
31. Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. *O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade*. In: *Plures. Constituição e segurança jurídica - estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Forum, 2004
32. Figueiredo, Guilherme José Purvin de. *O debate sobre desarmamento e a democracia participativa*. *Revista de Direito e Política*. São Paulo, v. 2, n. 7, p. 9, out/dez 2005.
33. Figueiredo, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no Direito Ambiental*. São Paulo: ADCOAS/IBAP/APRODAB, 2004.
34. Figueiredo, Lúcia Valle & Ferraz, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
35. Figueiredo, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001
36. Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. *Comentários à reforma administrativa federal*. São Paulo: Saraiva, 1975

37. Friede, Roy Reis. *Limites da soberania nacional no cenário internacional*. Revista da Procuradora Geral do Rio Grande do Norte. Natal, n. 6, p. 51, 1997
38. Galves, Carlos. *Manual de economia política atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983
39. Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 2003.
40. Hobbes, Thomas. *Leviathan*. London: Encyclopædia Britannica, 1955
41. Horn, Norbert. *Introdução à ciência do Direito e à filosofia jurídica*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 146..
42. Justen Filho, Marçal. *Comentários à lei das licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2004
43. Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1974
44. Kemmerich, Clóvis Juarez. *O direito processual na Idade Média*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.
45. Lazzarini, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
46. Leal, Antônio Luiz da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959
47. Lima, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970
48. Lopes, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registos públicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. 1.
49. Madeira, Luiz Carlos Lopes. *A Política Externa e de Segurança Comum da União Européia: ficção ou realidade? Direito e Democracia*. Canoas, v. 2, n. 2, p. 361-362, 2º sem 2001.
50. Martins, Comentários à lei das sociedades anônimas. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 3
51. Moll, Luíza Helena. *Externalidades e apropriação: projeções sobre a Nova Ordem Econômica Mundial*. In: *Plures. Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.
52. Motta, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
53. Nascimento, A. Theodoro. *Preços, taxas e parafiscalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

54. Nascimento, Amaury Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991.
55. Oliveira, Régis de. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981
56. Pashukanis, Evgeny Bronislavovitch. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988
57. Peixoto, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Sociedade por ações*. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 5
58. Pestana, Eugênia Kimie Suda. *Ingerência humanitária – um novo paradigma em formação?* Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 42, n. 166, p. 116, abr/jun 2005
59. Petter, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
60. Picado Sotela, Sonia. *Seguridad humana: un reto universal*. In: Plures. *Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos - ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, t. 6
61. Pinho, Judicael Sudário de. *A concepção kantiana de Estado*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 6, n. 8, p. 49, 1991
62. Radbruch, Gustav. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1955.
63. Renner, Michael. *Fighting for survival*. New York/London: W.W. Norton & Company, 1996
64. Rogolin, Ivan Barbosa. *Manual prático das licitações*. São Paulo: Saraiva, 1991
65. Rossetti, José Paschoal. *Introdução à economia*. São Paulo: Atlas, 1971, p. 98-99.
66. Saad, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. São Paulo: LTTr, 2006.
67. Santos, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, [s/d], v. 3
68. Silva, Antônio Álvares da. *Prescrição trabalhista na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide, 1990
69. Silva, Sandro Subtil. *A obsessão científica – Direito e Estado em Kelsen*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 24, n. 53, p. 77-78, 2001.
70. Smith, Adam. *An inquiry into the nature and the causes of the wealth of the nations*. London: Encyclopaedia Britannica, 1955

71. Souza, Neomésio José de. *A seguridade social à luz da Constituição de 1988*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas*. Manaus, v. 5, n. 11/12, p. 185, 1988/1989.
72. Souza, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.
73. Souza, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005.
74. Stammmler, Rudolf. *Economia y Derecho*. Trad. Wenceslao Roces. Madrid: Reus, 1929.
75. Sunstein. *Cass R. Por que as sociedades precisam de dissenso*. Trad. Marçal Justen Filho. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, v. 4, n. 13, p. 86, jan/mar 2006.
76. Sússekind, Arnaldo. *Direito Constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
77. Tapia-Valdes, Jorge. *Leyes de bases y nuevas categorías*. In: *Plures. Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX – homenaje a Enrique Sayagues-Laso*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, t. 3.
78. Teixeira, Sálvio de Figueiredo. *A universidade: compromisso com a excelência e instrumento de transformação*. *Ajuris*. Porto Alegre, v. 26, n. 82, t. 1, p. 309, jun 2001.
79. Tepedino, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
80. Valverde, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 2
81. Wald, Arnaldo. *Curso de Direito Civil – introdução e parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO OBJETIVO PARA A SUA CONCRETIZAÇÃO

Cláudia Elisandra de Freitas Carpenedo*

1 Introdução 2 Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais – artigo 5º, § 1º, da Constituição da República 3 A dimensão econômica dos direitos fundamentais sociais, notadamente do direito à saúde: contraposição entre a teoria da reserva do possível e a garantia do mínimo existencial 4 O postulado da proporcionalidade aplicado como critério para o reconhecimento do direito à saúde, tendo-se em conta a inafastabilidade dos conflitos com outros princípios constitucionais 5 Os limites de atuação do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde em vista da omissão do Poder Público 6 Considerações finais 7 Referências

1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde, assim como os demais direitos fundamentais, é fruto de uma evolução histórica lenta e permanente, que culminou com o reconhecimento, no direito positivo, de direitos relativos ao homem (entendido como indivíduo e também membro da sociedade), contra e, principalmente, perante o Estado.

Em se tratando do direito brasileiro, ressalta-se que muitos desses direitos, em que pese o reconhecimento constitucional estampado pela letra do artigo 5º, § 1º, da nossa Constituição, no sentido da sua aplicabilidade imediata, na realidade enfrentam limites concretos à sua efetivação. Quase todas as normas constitucionais definidoras de direitos econômicos e sociais pressupõem ou até exigem a emanção de outros atos, sobretudo legislativos.

Os direitos sociais, especialmente, no momento em que requerem o exercício de políticas públicas pelo Estado e dependem diretamente do dispêndio de recursos financeiros (direitos eminentemente prestacionais), não evitam as limitações fáticas e jurídicas ao seu reconhecimento em benefício do indivíduo, entretanto,

* Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS, Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal; Advogada; Servidora da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

não fogem do status de direitos fundamentais. Nesse aspecto, verifica-se que o direito à saúde, nada obstante pertencer ao privilegiado rol de direitos fundamentais que são, em tese, diretamente aplicáveis, na análise dos casos concretos em que são pleiteadas efetivas prestações de saúde, muitas vezes o direito pode carecer de concretização.

O presente artigo terá como enfoque principal, nessa perspectiva, analisar as possibilidades de reconhecimento, pelo Poder Judiciário, do direito fundamental à saúde aos particulares no caso concreto.

Para tanto, salutar uma digressão acerca de métodos relativamente objetivos de análise, mesmo que não se possa fugir por completo do subjetivismo, com fulcro notadamente no postulado ou preceito da proporcionalidade, o qual possibilita aferir, com fundamento nos seus preceitos parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a possibilidade de reconhecimento ou não do direito fundamental à saúde nos casos concretos, sobretudo quando em conflito com outros princípios constitucionais, como o princípio da igualdade, princípio democrático e da separação dos Poderes, assim como com direitos fundamentais de terceiros.

A necessidade de concessão de maior consistência teórica à questão da eficácia do direito fundamental à saúde a partir dos casos que aportam para análise do Poder Judiciário, tendo em vista eventuais omissões do Poder Público em realizar as políticas públicas necessárias à proteção dos direitos fundamentais, é notória, e, sobretudo, atual.

2 APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – ARTIGO 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A Constituição Federal prescreveu, no art. 5º, § 1º, que todas as normas sobre direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata¹, ou seja, é suficiente estarem designadas na Carta vigente para produzirem efeitos. Este dispositivo tem provocado diversos questionamentos na doutrina, uma vez que muitos dos direitos fundamentais encontram-se acolhidos em normas que aparentemente precisam de uma concretização legislativa ou o cumprimento de determinadas circunstâncias de fato que lhes confirmam exeqüibilidade.

Sustenta-se, sempre que viável, a aplicabilidade imediata ou direta dos direitos fundamentais, para fins de afirmar-se que, sob o aspecto jurídico-normativo, eles são tendencialmente completos, aptos a incidir, podendo, dessa forma, ser desde logo alegados pelos interessados. Como consequência prática dessa característica é a necessidade de previsão de mecanismos de garantia dos direitos fundamentais, do que decorre que a própria Constituição deve, além de apontar os direitos, fornecer-lhes meios assecuratórios adequados; que estes meios devem

¹ Diz o parágrafo 1º do artigo 5º, da Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

também ser dotados de aplicabilidade direta ou imediata; que nunca podem, a pretexto de regular o direito constitucional, restringi-lo; que, na ausência da previsão de meios específicos, podem-se utilizar os meios ordinariamente previstos; que os direitos fundamentais devem valer mesmo que não estejam acompanhados de garantias jurisdicionais².

Todavia, os direitos fundamentais individuais e os sociais podem conter diferentes cargas eficaciais, especialmente em razão do caráter predominante negativo dos primeiros e positivo dos últimos. Para tentar resolver essa controvérsia, o papel do intérprete da Constituição é essencial, inclusive e especialmente, o do intérprete juiz, quando da análise dos casos concretos a respeito da matéria.

Juarez Freitas, na sua obra mais importante³, enumera vários preceitos para uma interpretação sistemática da Constituição, especialmente no que tange aos direitos fundamentais. No seu oitavo preceito, o autor afirma que as melhores leituras sistemáticas da Constituição visualizam os direitos fundamentais como totalidade indissociável e, nessa medida, procuram restringir ao máximo as suas eventuais limitações, emprestando-lhes, quanto ao núcleo essencial, tutela reconhecedora da eficácia direta e imediata⁴. Nessa assertiva percebe-se a necessidade imperiosa de dissociação do conteúdo da norma do núcleo essencial do direito fundamental. Nem que mínima, alguma proteção deve haver, mesmo que seja para resguardar o núcleo essencial, ou seja, o mínimo exigível do Estado pelo indivíduo para assegurar a sua dignidade.

Ressalta-se, assim, a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, sejam individuais, sejam sociais. Contudo, sabe-se existirem nuances próprias de cada espécie de direito fundamental, as quais podem acarretar diferentes interpretações e, inclusive, limitações à sua plena exequibilidade.

Não é demais ressaltar que a Constituição Brasileira de 1988, em disposição que contemplou no parágrafo primeiro do artigo 5º – a mencionada afirmação de que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata – no inciso LXXI deste mesmo art. 5º (mandado de injunção) e no § 2º do artigo 103 (inconstitucionalidade por omissão) repudia o entendimento ortodoxo segundo o qual as normas programáticas não são dotadas de eficácia⁵, viabilizando, inclusive, potentes instrumentos para a sua efetivação.

Sem extremar-se o entendimento em uma posição excessivamente radical, no sentido de que falece qualquer aplicabilidade às normas constitucionais que definem direitos fundamentais sociais anteriormente à sua concretização pelo legislador, assim como conceder em qualquer hipótese a plena efetividade às aludidas normas, deve-se ter em mente que os direitos fundamentais devem ser, em princípio, plenamente aplicáveis, em favor do preceito da concessão de máxima

² ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas Características. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 30, p. 146-158, 2000, p. 154.

³ FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴ FREITAS, op. cit., p. 206.

⁵ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 288.

eficácia dos direitos fundamentais, podendo vincular a aplicação das respectivas normas aos casos concretos, mas excetuando-se aqueles dispositivos constitucionais que não contiverem sequer os elementos essenciais para a geração de quaisquer efeitos jurídicos ou fáticos.

3 A DIMENSÃO ECONÔMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS – NOTADAMENTE DO DIREITO À SAÚDE: CONTRAPOSIÇÃO ENTRE A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Apenas para fins didáticos, exsurge salientar, em linhas gerais, que, enquanto a função predominante dos direitos negativos ou defensivos é a de limitar o poder do Estado, os direitos sociais na sua dimensão prestacional buscam uma posição ativa do Poder Público no âmbito econômico e social. O desiderato dos direitos sociais como direitos a prestações consiste em realizar e garantir os pressupostos materiais para a efetiva fruição das liberdades⁶.

O tema da dimensão econômica dos direitos fundamentais sociais já foi por diversas vezes mencionado. Ao contrário dos direitos eminentemente negativos, com relação aos quais surge ao Estado apenas a obrigação de abster-se de determinadas condutas que poderiam vir a causar dano ao direito fundamental do particular, e, em razão desse dever unicamente abstencionista não há dispêndio de valores por parte do Poder Público, salvo algumas raras exceções, com relação propriamente ao direito social, que possui na maioria dos casos dimensão positiva em relação ao ente estatal, tal não acontece.

Com efeito, o Estado, para atender aos quase que sem número de preceitos de justiça social elencados na Carta de 1988, depende da disponibilização de recursos públicos. A garantia do direito à moradia (a construção de casas populares), à educação (a disponibilização de toda a estrutura escolar necessária para o ensino gratuito), à saúde (criação e manutenção do Sistema Único de Saúde), enfim, todas as tarefas afetas à concretização dos direitos sociais prestacionais, estão diretamente vinculadas ao dispêndio de valores por parte do destinatário da norma (no caso, o Estado, em todas as suas esferas).

Tendo em vista, então, a insuperável questão financeira intrinsecamente ligada à proteção dos direitos sociais e a sabida crise que abala os Estados na atualidade (especialmente os países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil), alguns empecilhos diretamente ligados a essa questão vêm de encontro à concretização de tais direitos, de sorte que, com base em critérios específicos, dever-se-á limitar, de alguma forma, a efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente tendo-se em conta a reserva do possível, mas, também, não se

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 258.

podendo deixar de prestar a assistência por completo, sob pena de desobediência ao princípio do mínimo existencial, que é o mínimo de proteção ao direito social, relativo à própria dignidade humana.

Já se abordou acerca da questão financeira envolvendo os direitos prestacionais. O fornecimento de meios fáticos ao indivíduo detentor do direito fundamental social demanda disponibilidade de recursos por parte do Estado, nem sempre existente. Dessa forma, devem-se conjugar, ou melhor, complementar, as máximas da “reserva do possível”, ou seja, ao beneficiário da prestação não cabe exigir mais do que o ente público pode faticamente oferecer, com a garantia do “mínimo existencial”, que nada mais é do que a sujeição do Estado à consecução de um mínimo de prestação, de ações positivas, visando a preservar pelo menos a dignidade do indivíduo.

A dimensão economicamente relevante dos direitos sociais é apontada em face de os direitos prestacionais terem por objeto prestações do Estado vinculadas à destinação, distribuição e criação de bens materiais. Nessa senda, a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem o dispêndio de recursos, dependendo, inclusive, de toda a conjuntura econômica.

Assim, vinculada diretamente à característica dos direitos sociais prestacionais inclui-se a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma (o Estado) encontra-se em condições de dispor da prestação reclamada (de prestar o que a norma impõe seja prestado), encontrando-se, em verdade, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação⁷.

A escassez de recursos consiste, sim, em limitação à efetivação dos direitos prestacionais. A capacidade jurídica de dispor, por sua vez, também é de suma importância, especialmente porque de nada adianta deter capacidade material (ou seja, existirem os recursos) se não há capacidade jurídica, na medida da existência de limitações legislativas (competência orçamentária)⁸.

Com relação ao direito à saúde, por exemplo, que nas mais diversas demandas judiciais vem desencadeando dos magistrados decisões (inclusive em caráter liminar) que determinam o seqüestro de valores diretamente das contas do Estado, poder-se-ia afirmar que o ente público, em tese, não teria a disponibilidade dos valores no sentido da capacidade jurídica, seja por falta de disposição em lei orçamentária, seja por força do artigo 100, da Constituição da República, que institui ordem inquebrável para pagamento dos credores do Estado por meio do regime de Precatórios.

Em relação à falta de capacidade jurídica do Estado em dispor das quantias frequentemente bloqueadas de suas contas para custeio de tratamentos de saúde, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de relatoria do Ministro Teori Albino Zavaski. Na aludida decisão, o eminente Relator ressaltou a

⁷ SARLET, op.cit, p. 260.

⁸ Idem, *Ibidem*.

possibilidade de fixação de multa diária em desfavor do Estado, todavia, repudiou o bloqueio de verbas públicas, tendo-se em conta que qualquer obrigação de pagar quantia pelo Estado detém rito próprio, mediante diferentes atos executivos, elencados especificamente no artigo 730, do CPC, assim como no artigo 100, da Constituição, antes mencionado⁹.

A prestação reclamada não pode, com base na reserva do possível, corresponder a mais do que o indivíduo pode exigir da sociedade razoavelmente, de tal sorte que, mesmo nos casos em que o Estado dispõe dos recursos necessários para o atendimento do direito, não se pode falar em obrigação de prestar algo que não esteja nos limites do razoável.^{10 11}

Pode-se sustentar, da mesma forma, que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência a alguém que, mesmo fazendo jus ao benefício (os direitos fundamentais se aplicam para todos), dispõe de recursos próprios para a consecução do seu direito.

Nesse aspecto, também se ressaltam as recentes e paradigmáticas decisões judiciais - sentença e acórdão, este último prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Trata-se de ação judicial pleiteando fornecimento de medicamento de alto custo para tratamento de problema cardiovascular de um particular, cuja decisão liminar havia determinado o bloqueio dos valores necessários das contas públicas do Estado para a aquisição do fármaco (num total de cerca de R\$ 12.000,00). O magistrado responsável pelo processo solicitou as declarações de renda do demandante para comprovar a sua situação de hipossuficiência, ocasião em que se verificou que este possuía recursos financeiros suficientes para o custeio da medicação necessária sem a interferência do Estado e sem que pusesse em prejuízo o seu sustento e de sua família (o autor possuía aplicações financeiras que superavam os R\$ 100.000,00, além de diversos bens imóveis). Dessa forma, a sentença foi de improcedência da ação, decisão esta confirmada em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado. Cita-se parte da ementa da decisão colegiada:

[...] em que pese o fornecimento gratuito de medicamentos constitua responsabilidade solidária dos entes de direito público interno, derivada do artigo 196 e 198 da Constituição Federal, por uma questão de legalidade e razoabilidade, há que se exigir que os seus beneficiários não possam prover as despesas do tratamento, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.¹² [...]

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Fornecimento de medicamentos pelo Estado. Recurso Especial n.º 766.475-RS Estado do Rio Grande do Sul e Dalila Bolzan. Relator: Ministro Teori Albino Zavaski. 27 de setembro de 2005. In: Revista eletrônica de Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/REJ.cgi/ITA?seq=581980&nreg=200501153545...>> Acesso em: 11 out. 2005.

¹⁰ SARLET, op.cit, p. 261.

¹¹ Nesse sentido foi a primeira decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha no caso *numerus clausus*, que pretendia assegurar vagas nas universidades. Ressalta-se que a aqui chamada razoabilidade parece enquadrar-se melhor como 'ponderação de interesses', ou um dos critérios da proporcionalidade, como adiante se verá.

¹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Fornecimento de medicamentos. Apelação Cível n.º 70014789341. Fábio Chiamenti e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. 22 de junho de 2006.

Há quem afirme, ainda, que a decisão sobre a afetação dos recursos (de notória escassez) depende de toda a conjuntura sócio-econômica global, na medida em que não há critérios específicos elencados na Constituição. No âmbito da aplicação dos recursos públicos, defende-se a necessidade de uma tomada de decisão por parte dos órgãos políticos legitimados, não se questionando a sua íntima relação com o problema das tarefas impostas ao Estado e as dotações orçamentárias respectivas¹³. Parte da doutrina costuma, inclusive, classificar os direitos sociais como direitos “relativos”, porquanto inscritos sob a reserva do possível, que os coloca na dependência da conjuntura sócio-econômica.

Em contrapartida, mesmo tendo-se em conta a existência de limitação fática e jurídica importante à concretização dos direitos sociais a prestações, como explanado na seção anterior, o fato é que nem a mais grave crise financeira possível deve ter o condão de afastar toda e qualquer prestação. O chamado mínimo vital ou existencial de qualquer direito fundamental deve prevalecer, para fins de preservação de um mínimo de dignidade ao indivíduo que depende da ação positiva do Estado.

Canotilho ressalta a importância do chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais, o qual, pode-se dizer, compreende o mínimo existencial. Segundo o autor, relativamente aos direitos, liberdades e garantias, a Constituição portuguesa garante e protege um núcleo essencial destes direitos contra leis restritivas (núcleo essencial como reduto último de defesa). Coloca-se também o problema de saber se os direitos econômicos, sociais e culturais exigem a garantia de um núcleo essencial como condição do mínimo de existência (núcleo essencial como *Standard* mínimo). Das várias normas sociais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais, na ausência do qual o Estado se deve considerar infrator das obrigações jurídico-sociais constitucionalmente impostas.

Percebe-se, pelo contexto da abordagem, que a garantia do mínimo existencial também não é de fácil aferição, assim como não o é qualquer concretização dos direitos sociais. Por conseguinte, mesmo que se tenha plena consciência do dever estatal de suprir a garantia mais básica de sobrevivência dos particulares, não se tem com exatidão sequer qual é o limite do mínimo existencial a ser garantido pelo Estado, razão pela qual alguns critérios específicos são efetivamente essenciais para o seu reconhecimento.

Pelo exposto até o momento, percebe-se que, em que pesem as muitas dicções a respeito do tema, não se duvida, pelos aspectos já relacionados quanto à dicotomia dos direitos sociais (se aplicáveis e em que medida), que a efetivação dos direitos sociais deve ser calculada tendo-se em conta algumas diretrizes importantes, especialmente relacionadas à carência de recursos e à dimensão predo-

¹³ SARLET, op. cit., p. 261-2.

minantemente econômica de tais direitos, o que não poderá obstar, entretanto, a garantia ao mínimo existencial, a ser quantificado mediante a confrontação com princípios constitucionais e os direitos fundamentais de terceiros, aspectos que ainda serão objeto de análise.

4 O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO COMO CRITÉRIO PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO À SAÚDE, TENDO-SE EM CONTA A INAFASTABILIDADE DOS CONFLITOS COM OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

4.1 Aspectos Gerais Acerca do Postulado da Proporcionalidade e seus Três Exames Fundamentais

Tendo em vista as notórias dificuldades no reconhecimento de um direito fundamental, importante estabelecerem-se critérios específicos de aferição da justiciabilidade e efetividade dos direitos fundamentais nos casos concretos, concedendo à proporcionalidade papel de destaque.

Primeiramente, sabe-se que, no tocante à relação entre normas que declaram direitos fundamentais e outras normas constitucionais, há uma prevalência ou hierarquia das primeiras com relação às outras. Num Estado social-democrático, sob o ponto de vista axiológico, os direitos fundamentais subordinam *a priori* as outras normas constitucionais, tendo maior peso, o que não evita a necessidade de prevalência, no caso concreto, de um em relação ao outro, quando do surgimento do conflito, quase sempre inevitável.¹⁴

Com efeito, a proporcionalidade apresenta um envolvimento intrínseco com os instrumentos de controle dos atos do Poder Público. Não se confunde, porém, com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ela se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais que envolvem o postulado: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pois bem. São fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos, os fins e os meios. A proporcionalidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos, devendo ser aferida, primeiramente, dentro da lei (razoabilidade ou proporcionalidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins). Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. Já a razoabilidade externa compreende a adequação aos meios e fins admitidos e preconizados no texto constitucional.¹⁵

¹⁴ BROCHADO, Mariá. O Princípio da Proporcionalidade e o Devido Processo Legal. Revista de Informação Legislativa, n. 155, p. 125-141, jul.-set. 2002, p. 132.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 221.

A aferição, propriamente dita, da adequação, como critério ou preceito parcial da proporcionalidade, exige, portanto, uma relação empírica entre meio e fim (o meio deve levar sempre à realização do fim).

Por sua vez, conhecida como “princípio da menor ingerência possível”, a **necessidade** consiste basicamente no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão – a proibição do excesso.¹⁶

O seu exame envolve a verificação da existência de meios alternativos ao inicialmente escolhido pelo Poder Público, que promovam igualmente o fim sem restringir, na mesma medida, os direitos fundamentais afetados.

Outrossim, tem que se ter em conta que a promoção do fim também deve ser objeto de análise. Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas ao mesmo tempo restringe muito o direito fundamental? A resposta estaria na ponderação entre o grau de restrição do direito fundamental e o grau de promoção do fim.¹⁷

Já a **proporcionalidade em sentido estrito**, ou a própria ponderação, como defende parte da doutrina, nada mais é do que a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais. Questiona-se, para tanto, qual o grau de importância da promoção do fim que justificaria o grau de restrição causado aos direitos fundamentais.¹⁸

O julgamento, contudo, do que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem para avaliar-se se o grau de interferência no direito fundamental justifica o fim proposto, depende de uma avaliação fortemente subjetiva, e que compete ao legislador. Um meio é adotado normalmente para atingir uma finalidade pública, de interesse coletivo, e sua adoção causa, como “efeito colateral”, restrição a direitos fundamentais do cidadão.¹⁹

Assim, mesmo que determinado meio seja adequado, ou seja, suficiente para a realização do fim pretendido, exigível, no sentido de que não exista meio que promova com menor restrição de outros direitos aquele mesmo fim, deve-se ter em conta as vantagens e desvantagens da relação meio-fim, ponderando-se os interesses contraditórios envolvidos. Este é o sentido da proporcionalidade em sentido estrito.

O postulado da proporcionalidade, analisado sob os seus três postulados parciais, consiste, dessarte, em importante ferramenta de que dispõe o Poder Judiciário para o reconhecimento de direitos fundamentais sociais definitivos, estando presente nos modelos de reconhecimento já elaborados pela doutrina nesse sentido.

¹⁶ BARROSO, op. cit., p. 223.

¹⁷ BARROSO, op. cit., p. 124.

¹⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 124.

¹⁹ ÁVILA, op. cit., p. 124.

Não se pode olvidar, contudo, da consistente afirmação de Eros Grau, no sentido de que a doutrina pátria tem banalizado a proporcionalidade, na medida em que a toma como um princípio superior, aplicando-a a todo e qualquer caso concreto – o que concederia ao Poder Judiciário a faculdade de “corrigir” o legislador, invadindo a competência deste.²⁰

Contudo, ao mesmo tempo em que não seria correto afirmar-se que o Poder Judiciário desrespeita a esfera de competência dos outros poderes de forma desmedida, sob o pretexto de utilização do princípio da proporcionalidade para a proteção de direitos fundamentais, sabe-se que, em que pese a proporcionalidade ser por demais subjetiva, possui critérios específicos que devem ser analisados com vagar pelo intérprete ao verificar o conflito de princípios constitucionais, o que muitas vezes não acontece. Deve-se cuidar para que a simples menção à proporcionalidade ou razoabilidade não seja justificativa hábil, segundo a ótica do intérprete, a permitir a quebra de normas tão constitucionais quanto os direitos fundamentais (especialmente os princípios democráticos e da separação dos poderes).

4.2 A Infastabilidade dos Conflitos entre Princípios Constitucionais, Especialmente do Princípio da Igualdade e dos Princípios Norteadores da Atividade do Estado

Sabe-se que os princípios são essenciais para conferir um nexo de sistematidade às regras (ou enunciados normativos) que compõem um dado ordenamento jurídico, sendo imperativo analisar como os diversos princípios integrantes deste dado ordenamento se relacionam, porque na dinâmica do direito não se pode pressupor que esses princípios nunca sejam confrontados com outro ou outros também integrantes do sistema. Nesse passo que se coloca a questão do conflito entre os princípios.²¹

À evidência que, estando-se diante de uma situação jurídica em que não é possível o exercício absoluto de dois direitos ao mesmo tempo, um será exercido e o outro não. O alcance de cada um fica condicionado pelo alcance do outro, o que reclama, em última análise, o estabelecimento de uma hierarquia que possibilite pôr fim à controvérsia. A hierarquia não se estabelece formalmente, mas no momento da aplicação, não como identificação pré-estabelecida da lei, mas extraída de todo um esforço exegético-axiológico para solver o conflito.²²

A resolução de conflitos entre princípios, que sempre ocorre à luz da análise do caso concreto, jamais em tese, deve ser direcionada de sorte a que atuem minimamente como determinantes da decisão adotada os conceitos e preconceitos do intérprete. O intérprete deve adequadamente ponderar os princípios em jogo

²⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 184.

²¹ MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. O conflito entre princípios constitucionais – breves pautas para a sua solução. *Revista dos Tribunais*, n.10, p. 40-45, jan.-mar. 1995, p. 42.

²² BROCHADO, op. cit., p. 136.

em cada situação, apenas atribuindo o peso mais elevado a um deles na medida em que a compatibilização entre ambos resulte inteiramente inviável.²³ A atribuição de peso maior a um princípio, contudo, não é discricionária; o intérprete está vinculado pelos princípios; além disso, deve-se ter em conta a frase já célebre de Eros Grau, no sentido de que “não se interpreta o direito em tiras”, mas sistematicamente – pondera-se o direito por inteiro.²⁴

Os conflitos entre direitos fundamentais vários, do particular que pleiteia a prestação e de outros indivíduos que serão atingidos negativamente pelo cumprimento da prestação requerida, ensejam grandes controvérsias, tendo em vista que a isonomia (a igualdade material propriamente dita) é princípio de excepcional relevância na nossa ordem constitucional atual.

Da mesma forma são conflituosos os entendimentos acerca da prioridade ou não dos direitos fundamentais sobre os demais princípios constitucionais, sobretudo porque estes, no momento em que forem aceitos como de mesma hierarquia, podem limitar e, por vezes, até impedir por completo a concretização e efetivação dos direitos fundamentais, por isso merecem análise destacada na busca de uma solução efetiva para os conflitos dos direitos fundamentais com outros princípios.

4.2.1 O Princípio da Igualdade

A afirmação – “todos os cidadãos são iguais perante a lei” – significava, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei pelos órgãos da administração e pelos tribunais.²⁵

A igualdade quanto à criação do direito existe no sentido de exigir do próprio legislador a criação de um direito igual para todos os cidadãos, sendo que direito igual consubstancia-se no princípio da universalidade ou princípio da justiça pessoal. E a criação de direito igual significa a igualdade perante a lei, que oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei.²⁶

O princípio genérico da igualdade, capitulado como direito individual, todavia, ao contrário do que se poderia supor da literalidade da matriz constitucional da isonomia, muitas vezes, impõe tratamento desigual, podendo-se distinguir pessoas e situações para o fim de dar a elas tratamento jurídico diferenciado, cabendo, por

²³ GRAU, op. cit., p. 195.

²⁴ Idem, p. 195-6.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. pp. 388 e ss.

²⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 389.

outro lado, determinar os critérios que permitirão identificar as hipóteses em que as desigualdades são juridicamente toleráveis.²⁷

Importante salientar que a desigualdade arbitrária, aleatória, não seria legítima. O elemento de discriminação tem de ser relevante e residente nas pessoas por tal modo diferenciadas, tendo que haver racionalidade na desigualdade, isto é, adequação entre meio e fim, necessidade para a realização do objetivo visado e vedado o excesso, e, ainda, proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de que o valor promovido com a desigualdade seja mais relevante do que o que está sendo sacrificado.²⁸

Gilmar Mendes afirma que o postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva a uma inconstitucionalidade menos grave - inconstitucional não se afigura a norma 'A' ou 'B', mas a disciplina diferenciada das situações.²⁹

O princípio da igualdade deve, portanto, ser aferido com base em critérios específicos de comparação, mediante os quais (que devem objetivar ainda um mesmo fim) não se pode aceitar a discriminação, sob quebra de direito fundamental e, sobretudo, do próprio princípio da igualdade. Deve-se entender o princípio da igualdade como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais de terceiros frente à efetivação do direito fundamental questionado.

Veja-se, para esclarecimento do princípio, um exemplo ligado ao direito à saúde. Em ação judicial proposta contra o Estado do Rio Grande do Sul para o custeio de tratamento que compreendia diversos medicamentos e insumos, profissional de enfermagem disponível ao paciente em tempo integral e, ainda, tratamento fisioterápico, vinha sendo determinado seqüestro mensal de cerca de R\$ 8.000,00 (oito mil reais). Em julgamento a embargos de declaração opostos contra decisão monocrática que deu provimento a agravo de instrumento interposto pelo Estado contra a decisão que havia determinado um dos bloqueios, foi proferida nova decisão monocrática, no sentido de esclarecer omissão. Na fundamentação, o Relator destacou:

Ninguém ousa discordar de que se trata de expressiva quantia. Agora, imaginemos estes valores somados aos inúmeros outros processos que tramitam nas Comarcas do Estado do Rio Grande do Sul. Não são necessárias maiores elocubrações para verificar que, dado o excessivo número de demandas pleiteando o fornecimento de medicamentos, em pouco tempo o atendimento aos provimentos judiciais consumirá todas as rubricas orçamentárias destinadas à Secretaria da Saúde. E aí cabe a pergunta: e o restante da população? É defeso ao julgador olvidar que o mesmo direito constitucionalmente asseguro-

²⁷ BARROSO, op. cit., p. 236.

²⁸ Idem, p. 237-8.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. Revista Diálogo Jurídico, n. 10. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 16 mar. 2006, p. 9.

rado à embargante no art. 196 também é garantido aos demais cidadãos. Entretanto, determinar o bloqueio de valores pertencentes ao Estado implica **reconhecer e efetivar o direito apenas de alguns, em detrimento da imensa parcela da população.**³⁰ (grifou-se)

Tomando-se em conta a decisão judicial cuja parte da fundamentação fora transcrita, percebe-se a controvérsia enfrentada pelo direito à saúde. Os limites de reconhecimento judicial constituem linhas tênues quando se enfrenta a questão pela ótica do princípio da isonomia. As demandas judiciais nessa seara, de fato, consomem praticamente todo o orçamento destinado à área da saúde, restando pouquíssima verba a ser destinada a investimentos, compra de medicamentos, infra-estrutura dos hospitais.³¹ Sendo assim, garantido o direito fundamental a um, muitos beneficiários da norma deixam de ter acesso às prestações em prol do que teve acesso ao Judiciário.

Outrossim, há que se destacar a existência de decisões judiciais contraditórias em matéria de saúde, pelo caráter extremamente subjetivo da questão da efetividade de tal direito fundamental. Muitas vezes essa contraditoriedade fere frontalmente a igualdade, na medida em que garante a um a prestação solicitada e nega a outro, em iguais condições, a mesma prestação, simplesmente pelo fato de haver sido julgada a sua demanda por juízo diverso. Da mesma forma ocorre com aqueles que não têm acesso ao Judiciário, pela mais absoluta falta de recursos e até mesmo por desconhecimento da existência da Defensoria Pública, e dependem do mesmo tratamento daquele que pleiteou e conseguiu em juízo o custeio, pelo Estado, de determinado tratamento ou medicamento.

Paulo Leivas aponta que “os direitos sociais de terceiros podem atuar como restrições aos direitos fundamentais sociais, sem prejuízo de serem reconhecidos direitos fundamentais sociais definitivos se razões a favor do demandante os justifiquem.”³²

Por conta das situações narradas e mesmo da conhecida realidade da saúde no âmbito judicial, constata-se que essa discriminação não é muito saliente no caso de tratamentos básicos ou medicamentos de baixo custo e essenciais para a preservação da vida. Por outro lado, algumas demandas judiciais transparecem de forma gritante (como o exemplo que será estudado) a necessidade da adoção, pelo Poder Judiciário de critérios mais objetivos quando da concessão ao demandante do direito pleiteado judicialmente, sob pena de grande dano aos direitos fundamentais de terceiros e ao próprio princípio da igualdade.

³⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Seqüestro de quantias públicas. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento, n.º 70012439527. Laura Maria de Oliveira e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Araken de Assis. 1.º de setembro de 2005.

³¹ No ano de 2005 o Estado dispendeu mais de R\$ 150.000.000,00 apenas para o cumprimento de decisões judiciais, as quais determinaram as mais diversas prestações na área da Saúde, consoante notícias veiculadas na imprensa, índice este tendencialmente crescente no último ano, na medida em que o número de ações judiciais parece crescer em progressão geométrica.

³² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107.

4.2.2 Princípios Constitucionais Reguladores da Atividade do Estado

Da mesma forma que os direitos fundamentais de terceiros, defendidos com base no princípio da igualdade, atuam como limitadores da efetivação e da justiciabilidade dos direitos fundamentais, também os demais princípios constitucionais reguladores da atividade estatal são considerados como barreiras à concretização dos direitos fundamentais, óbice especialmente à interferência sem limitações do Poder Judiciário.

Em que pesem teorias amplamente difundidas lecionarem a necessidade de procurar-se extrair dos direitos fundamentais o máximo de conteúdo e realização que possam oferecer, a separação dos poderes e o princípio democrático, este último consubstanciado na competência orçamentária inteiramente regulada pela Constituição e que obsta a intromissão do Poder Judiciário quanto aos gastos públicos, devem ser considerados quando da análise das situações fática e juridicamente conflitantes.

Andreas Krell refere que o primeiro intérprete da Constituição é o legislador, ao qual a Constituição confere uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente.³³

O autor ressaltou, entretanto, que as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais, como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estariam relegadas somente ao governo e à administração, tendo seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.³⁴

Por ser uma competência excepcional, o Judiciário deve agir com cautela. Em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que detêm a autorização constitucional da representação popular, o que não é o caso dos juízes e tribunais. Entretanto, quando se trata de preservar a vontade do povo contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar. Barroso ainda ressalta haver amplo espaço de utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento de contenção do ímpeto arbitrário.³⁵

Mesmo ciente das limitações fáticas e jurídicas no que respeita à efetivação dos direitos fundamentais, também não se pode deixar de aceitar que as normas de proteção aos direitos fundamentais, ao menos em alguma medida, devem ser consideradas pelo Poder Judiciário. Sabe-se que o titular de direitos fundamentais deve ter assegurado o exercício dos mesmos pelo Poder Judiciário, no mínimo

³³ KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). Revista de Informação Legislativa, n. 144, Brasília, p. 239-260, out.-dez. 1999, p. 241.

³⁴ KRELL, op cit., p. 253.

³⁵ BARROSO, op. cit., p. 232.

correspondente ao núcleo essencial. O titular do direito não deve receber sanções em decorrência de uma omissão que não é sua.³⁶

Dessa forma, a falta de recursos e a separação dos poderes podem, sim, ser consideradas como obstáculos na determinação da definitividade de um direito fundamental; todavia, não a ponto de negar ao titular o gozo dos mais importantes direitos que este possui, e que são extremamente relevantes na nossa ordem constitucional: o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

5 OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE EM VISTA DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO

Quando se fala em direitos fundamentais prestacionais, como já debatido, deve-se ter em conta que a questão da eficácia desses direitos é complexa e ainda dissonante na doutrina, especialmente no que tange à medida exata da efetivação dos direitos fundamentais sociais e, como conseqüência básica, com relação à justiciabilidade de tais direitos, ante os muitos obstáculos existentes, inclusive na própria ordem constitucional.

Objetivando esclarecer, ao menos superficialmente, toda a problemática da justiciabilidade dos direitos sociais, notadamente do direito à saúde, a fim de tentar-se comprovar, possibilidade de justiciabilizar a pretensão vertida de direito social, lançam-se alguns conceitos importantes, além, é claro, de critérios de reconhecimento de direitos subjetivos aos particulares, levando-se em conta sobretudo o postulado da proporcionalidade, que constitui arma imprescindível na aferição desses direitos.

Antes de tudo, sabe-se que o direito à saúde vem expressamente consagrado na Constituição Brasileira de 1988, em dois momentos. Primeiramente, no catálogo dos direitos fundamentais sociais³⁷, conforme a redação do art. 6º da Carta Fundamental³⁸. Já no capítulo intitulado “Da Ordem Social”, onde apontam prioritariamente aspectos organizacionais dos direitos sociais, vem o direito à saúde inscrito no art. 196 (e seguintes).³⁹

Como se vê, a saúde foi consagrada em nosso texto constitucional como direito social, e, mesmo pairando sobre a doutrina e até a jurisprudência dúvidas consistentes acerca da fundamentalidade desses direitos sociais, consoante já debatido, o fato é que os direitos sociais vieram preservados de forma incontestável pela nossa atual Constituição, sendo objeto de ampla proteção do direito positivo brasileiro.

³⁶ FREITAS, op. cit., p. 211.

³⁷ Capítulo II do Título II da Constituição Brasileira - “DOS DIREITOS SOCIAIS”.

³⁸ 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.

³⁹ 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A própria dicção ambígua do art. 196, que faz referência ao direito à saúde e ao dever do Estado, mas tem redação de norma programática – fala em políticas sociais e econômicas que não estão especificadas – produziu e ainda produz vasta discussão jurisprudencial⁴⁰ e também doutrinária. Alguns autores negam, inclusive, juridicidade às normas constitucionais programáticas. Essa tese hoje é combatida seriamente. José Afonso da Silva comenta que, se tais normas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, ditando-se comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, detêm claro e inegável caráter imperativo – aferido nos limites de sua eficácia.⁴¹

Em suma, cada vez mais a doutrina afirma o caráter vinculativo das normas programáticas, o que vale dizer que elas perdem, também, sua característica de programas, a ponto de se procurar nova nomenclatura para defini-las, como normas que expressam “apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra”.⁴² Pode-se dizer que tal conceito poderia, inclusive, abarcar o direito à saúde.

O direito à saúde contempla, nisso não há dúvida, direito formal e materialmente fundamental, na medida em que, além de constar do texto constitucional, enquadra-se como bem jurídico de grande relevância, dada a inquestionável importância da saúde para a vida e dignidade humanas.

Com base nos conceitos e peculiaridades dos direitos fundamentais sociais, estudados anteriormente, pode-se enfrentar com mais consistência teórica a questão da efetividade do direito à saúde nos casos concretos que vêm à apreciação do Poder Judiciário em vista da aparente omissão do Poder Público (tomado em suas três esferas administrativas: União, Estados e Municípios) em proceder às ações positivas necessárias para assegurar a sua proteção.

Todavia, ainda assim a questão não se faz singela, porque, em primeiro lugar, a própria regulamentação infraconstitucional do direito à saúde, inaugurada com a criação do Sistema Único de Saúde, e a divisão de competências entre os entes federados no que tange às políticas públicas de saúde, visando especialmente proceder à solução mais eficaz tendo em vista a carência de recursos orçamentários, são, muitas vezes, desconsideradas pelo julgador, com fundamento na obrigação solidária entre União, Estados e Municípios, a que alude o artigo 196, da Constituição de 1988.

Outrossim, os princípios da igualdade, separação de poderes e competência orçamentária, a partir de critérios de aferição da proporcionalidade em sentido amplo, também, em muitos casos, não são aplicados pelo Poder Judiciário como

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1996, p. 110.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 154.

⁴² SILVA, op. cit., p. 155.

eventuais limites ao exercício do direito fundamental à saúde. A importância da análise judicial de princípios constitucionais importantes, assim como o risco que as muitas ações judiciais pleiteando prestações de saúde podem causar ao Estado é expressiva, razão pela qual vêm sendo objeto de estudos e pesquisas, inclusive no âmbito do Tribunal de Justiça do nosso Estado.

O Coordenador-geral de recente obra publicada pelo Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁴³, Desembargador Wellington Pacheco Barros, vem ressaltando na imprensa o “caos” instalado nas Varas da Fazenda Pública do nosso Estado, porque os magistrados carecem de conhecimento técnico específico para a aferição da real necessidade das prestações de saúde requeridas (tratamento hospitalar, medicamentos), julgando com fundamento unicamente em atestados dos médicos que instruem as petições iniciais, justamente por conhecer pouco sobre a área. No entanto, muitas vezes essa declaração do médico é digna de questionamento, observando-se os avanços e a multiplicidade da ciência médica. Apesar de ser obrigação ética do médico fornecer o melhor para o paciente, nem sempre aquele tipo de remédio ou tratamento é exclusivo ou essencial, podendo ser substituído por outro de menor custo e que seja regularmente fornecido pelo Estado em dadas situações.

5.1 A Regulamentação do Direito à Saúde no Âmbito Infraconstitucional – Divisão de Competências entre os Entes Federados

Em princípio, adotando-se a tese da aplicabilidade imediata das normas consagradoras de direitos fundamentais, tomar-se-ia como verdadeiro o disposto no artigo 196, da Constituição, no sentido do acesso igualitário e universal às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Sendo assim, todos têm direito de obter tratamento médico de forma universal e igualitária; todavia, a legislação ordinária é que efetivamente definiu o conteúdo do direito à saúde.

A fim de preservar as limitações orçamentárias enfrentadas pelo Estado, algumas providências foram adotadas em nível federal e estadual visando à regulamentação das prestações de saúde, objetivando preservar ao máximo a garantia de proteção prevista constitucionalmente ao direito à saúde, e atendendo especialmente ao disposto no artigo 198, da Constituição, que, em linhas gerais, preconiza que as ações e serviços de saúde integrem uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, preservando a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

Em vista da disposição constitucional supra-referida, várias normas infraconstitucionais foram criadas buscando viabilizar o acesso pleno ao direito à saúde, destacando-se a Lei n.º 8.080/90 (responsável pela criação do Sistema Único de Saúde – SUS), Portaria n.º 3.916/98 (a qual aprovou a Política Nacional de

⁴³ BARROS, Wellington Pacheco (org). Elementos do Direito à Saúde. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2006.

Medicamentos) e a NOAS – SUS 01/02, aprovada por Portaria do Ministério da Saúde, tratando da Norma Operacional da Assistência à Saúde.⁴⁴

A Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, é a mais importante norma infraconstitucional em referência ao direito à saúde, sendo responsável pela organização do Sistema Único de Saúde, o SUS (que já estava previsto constitucionalmente no artigo 198 da Constituição da República), o qual constitui, na forma da redação do art. 4º, da aludida Lei, o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. O SUS possui como objetivos principais a formulação de políticas de saúde destinadas a promover a redução de riscos de doenças e de outros agravos, o estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços que visem à sua promoção, proteção e recuperação, e a assistência às pessoas de forma preventiva.

O artigo 8º, da Lei n.º 8.080/90, refere que as ações e serviços de saúde executados pelo Sistema Único de Saúde serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente, ou seja, o dispositivo legal determinou a descentralização para as Unidades Federadas e Municípios dos serviços de saúde de abrangência estadual e municipal, respectivamente, distribuindo competências a todos os entes, centralizadas nas direções federal, estadual e municipal do Sistema de Saúde (SUS).

A direção, propriamente dita, do SUS é única, sendo exercida em cada esfera do governo: pelo Ministério da Saúde, no âmbito da União, pela Secretaria da Saúde em âmbito estadual e pela Secretaria Municipal de Saúde em âmbito municipal. O advento, porém, da Norma Operacional do Sistema Único de Saúde (NOAS) trouxe a “municipalização da saúde”, sendo atribuída aos Municípios a responsabilidade imediata pelo atendimento à saúde, na medida em que o Município é o ente que está mais próximo da população, podendo prestar com mais eficácia os serviços de atendimento básico.⁴⁵

Além da criação do SUS, a lei n.º 8.080/90, também foi responsável pela formulação da política de medicamentos, instituída pela Portaria n.º 3.916/98, do Ministério da Saúde. A Política Nacional de Medicamentos é parte essencial da Política Nacional de Saúde e “um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições de assistência à saúde da população”, tendo como principal objetivo garantir a segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, assim como a promoção do uso racional e o acesso da população aos medicamentos essenciais.⁴⁶

Com relação à divisão de competências dos entes públicos Federal, Estadual e Municipal às prestações do SUS, tendo em vista o sistema descentralizado

⁴⁴ BARROS, op. cit., p. 8.

⁴⁵ BARROS, op. cit., p. 9.

⁴⁶ BARROS, op. cit., p. 10.

e hierarquizado preconizado no artigo 198, da Carta maior, esta foi concretizada por meio de disposições ordinárias (no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul a matéria foi regulamentada pela Lei Estadual n.º 9.908/93) e infralegais.

A Portaria n.º 3.916/98, do Ministério da Saúde, destaca o fornecimento dos medicamentos considerados básicos e indispensáveis para atender a grande maioria dos problemas de saúde da população. A lista desses medicamentos atualmente se encontra elencada na Resolução n.º 226 CIB (Comissão Intergestores Bipartite), sendo que a competência para o seu fornecimento, dada a indispensabilidade dos medicamentos, é da municipalidade.

Já as Portarias GM n.º 2577-2006, do Ministério da Saúde, e 238/2006, da Secretaria Estadual do Estado, fixam critérios para a relação de medicamentos da competência do Estado – excepcionais e especiais. Os primeiros são, como o próprio nome diz, aqueles de dispensação em caráter excepcional ou de alto custo, cuja aquisição, governamental, é feita em caráter individual e com recursos financeiros independentes daqueles destinados aos medicamentos essenciais. O Programa de Medicamentos Excepcionais é gerenciado pela Secretaria de Assistência à Saúde e abrange tanto medicamentos de elevado valor por unidade, como os que se tornam excessivamente caros, pela perenidade do tratamento, para serem suportados pela população.⁴⁷ Os especiais, por sua vez, compreendem os medicamentos para utilização em tratamento hospitalar.

Para o correto gerenciamento da prescrição e fornecimento desses medicamentos (excepcionais e especiais), foram elaborados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, que são estudos baseados nas maiores pesquisas sobre a condução da terapêutica de determinada patologia, para cada um dos remédios. Esses protocolos objetivam estabelecer os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis nas doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento, a verificação de resultados, a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos.⁴⁸

Há, portanto, uma definição de competências delineada em âmbito infra-constitucional, a fim de conceder a máxima eficácia ao Sistema Único de Saúde, especialmente em razão da limitação orçamentária a que estão sujeitos os Poderes Públicos em suas três esferas.

Em demanda judicial proposta em face do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Passo Fundo, a qual objetivava o fornecimento de diversos medicamentos à parte autora, foi preservada a competência de cada ente, na forma das Portarias que regulamentaram o fornecimento de medicamentos. Um dos fármacos, que não constava em nenhuma das listas (essenciais, excepcionais e especiais), teve o seu fornecimento negado, com base em fundamento, exarado pela Relatora do acórdão, abaixo transcrito:

⁴⁷ Idem, p. 14.

⁴⁸ Idem, p. 15.

[...] Quanto ao medicamento Soyfemme (isoflavona 60 mg), não figura em qualquer das listas elaboradas pelo Ministério da Saúde ou pela Secretaria da Saúde do Estado, que foi estruturada segundo as necessidades e as disponibilidades orçamentárias. Diante disso, não faz jus a Autora ao seu fornecimento. O fato de se tratar de medicamento importante à saúde da Demandante, por si só, não é suficiente para a procedência do pedido. É que a gestão dos recursos destinados à saúde deve levar em consideração o bem de todos os membros da comunidade e não apenas do indivíduo isoladamente.⁴⁹

O voto da eminente Relatora, Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, embasou-se principalmente no princípio da isonomia para dar efetividade às disposições infraconstitucionais que regulam a questão. Não se pode desconsiderar todos os estudos técnicos promovidos para garantir o direito à saúde aos que necessitam da devida assistência, considerados para isso os medicamentos imprescindíveis para a preservação do mínimo existencial.

5.2 A Aplicação da Proporcionalidade para a Resolução de Casos Concretos em Matéria de Saúde

Como recém visto, os medicamentos de alto custo normalmente encontram-se nas listas de medicamentos excepcionais e especiais, cujo fornecimento compete ao ente público Estadual. Todavia, nem todos os medicamentos de alto custo são disponibilizados pelo Estado, especialmente em razão de que muitos tratamentos sequer possuem aprovação da comunidade médica, bem como por existirem similares de menor custo e mesma eficácia.

Inúmeros são os casos levados ao Poder Judiciário e cujo resultado é a concessão do direito ao particular, com fulcro no dever fundamental de proteção ao direito à saúde assegurado constitucionalmente, sem que haja uma análise pormenorizada do caso concreto, consubstanciada especialmente pelo desconhecimento técnico necessário.

Um caso, dentre muitos outros que vêm sendo enfrentados atualmente pela Justiça comum do Rio Grande do Sul, espelha a necessidade urgente de enfrentamento da questão pelo Poder Judiciário mediante cautela e respaldo técnico, ou mesmo, a partir de critérios específicos de aferição da proporcionalidade no reconhecimento do direito à saúde em juízo: a Hepatite Viral Crônica 'C'.

Os casos de Hepatite C, doença cujo vírus é uma das grandes causas de cirrose hepática no mundo atualmente, possuem uma peculiaridade em relação a outras moléstias. Há Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas regulando os procedimentos de tratamento da Hepatite Viral Crônica C, baseado nos estudos mais completos acerca da doença realizados nos Estados Unidos, tendo em vista

⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Fornecimento de medicamento. Apelação Cível n.º 70015110653. Elvira Isele Pol e Estado do Rio Grande do Sul e Município de Passo Fundo. Relatora Desa. Maria Isabel de Azevedo Souza. 22 de junho de 2006.

que os medicamentos utilizados para o tratamento – Interferon Alfa, Interferon Peguilado e Ribavirina – são fornecidos pelo Estado (constam da lista de medicamentos dispensados em caráter excepcional). O paciente promove pedido administrativo junto à Secretaria Estadual da Saúde e, atendidas as condições referidas no Protocolo, realiza o tratamento mediante o custeio do Estado, ou seja, o Estado garante, ainda na esfera administrativa, a prestação nesse caso.

Mesmo assim, inúmeras são as demandas judiciais requerendo o fornecimento dos medicamentos pelo Estado, na medida em que o Protocolo sugere tratamentos específicos para cada genótipo da doença, e, muitas vezes, os médicos particulares dos pacientes recomendam tratamento diverso e não-autorizado pelo Protocolo Clínico.

Em razão disso, faz-se necessária alguma digressão acerca da Hepatite C, sobretudo porque, como se verá em seguida, algumas formas de tratamento são excessivamente dispendiosas, razão pela qual pode haver limitações ao reconhecimento do direito fundamental aos pacientes portadores da doença, em determinados casos, sendo pertinente e necessário, na hipótese, aplicar-se o crivo da proporcionalidade.

Em apertada síntese do conteúdo do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Hepatite C, ressalta-se que foram encontrados em todo o mundo seis genótipos da doença, sendo mais comuns no Brasil os genótipos 1, 2 e 3. Destes, o genótipo 1 caracteriza-se pela maior resistência ao tratamento antiviral.

Segundo os estudos que basearam o Protocolo, tanto a infecção crônica quanto a infecção aguda desenvolvidas pelo HCV (o vírus causador da Hepatite C), são usualmente assintomáticas. As principais complicações potenciais da infecção crônica em longo prazo seriam cirrose, insuficiência hepática terminal e carcinoma hepatocelular.

O tratamento proposto pelo Protocolo possui como objetivos a supressão sustentada da replicação (duplicação) viral, não se tendo conhecimento se esse benefício irá significar a cura da moléstia ou prevenção de cirrose, insuficiência hepática ou do câncer do fígado, assim como não há comprovação científica de que o tratamento previne a transmissão do vírus da Hepatite C para outras pessoas, mesmo em pacientes que tiveram resposta satisfatória ao tratamento.

Estudos realizados nos Estados Unidos, principalmente, apontaram para o tratamento atualmente indicado pelo Protocolo Clínico, mediante a utilização combinada dos medicamentos Interferon e Ribavirina, ou Interferon Peguilado (uma nova forma de interferon, desenvolvida mediante técnica de aumento da molécula de interferon para diminuir o metabolismo da substância e permitir que esta permaneça mais tempo no organismo) e Ribavirina.

Um ensaio clínico comparando interferon convencional e a ribavirina em contrapartida ao interferon peguilado combinado com ribavirina mostrou um pequeno benefício (na ordem de 6%), na utilização do interferon na forma peguilada (os primeiros possuíam resposta de cerca de 46% e os últimos de 52%).

Todavia, existem ainda dúvidas acerca da superioridade do interferon peguilado versus interferon convencional. Os estudos realizados fazendo esta comparação foram abertos, o que significa dizer que os pacientes e os médicos sabiam que tratamento estava sendo realizado em cada paciente, sendo que estudos abertos tendem a mostrar entre 17 e 30% a mais de resposta em favor da nova terapia, mesmo que na realidade não exista diferença entre os tratamentos. Gize-se, como ponto essencial para toda a análise ora realizada acerca dos tratamentos para a Hepatite C, que o interferon peguilado, ou peginterferon, custa cerca de onze vezes mais do que o interferon convencional.

Na versão final do documento no qual consubstanciou-se o resultado dos estudos com os medicamentos, de autoria de grandes especialistas em doenças hepáticas nos países desenvolvidos, consta que, em pacientes com genótipo 2 e 3 as respostas virais sustentadas com interferon convencional e ribavirina foram comparáveis àquelas obtidas com interferon peguilado e ribavirina e, portanto, o interferon convencional pode ser utilizado para tratamento desses genótipos com a mesma eficácia terapêutica do peguilado. Assim, o interferon peguilado teve seu uso restringido à Hepatite C de genótipo 1, mais resistente aos tratamentos convencionais.

O Protocolo estabeleceu ainda, com base nos estudos referidos, critérios de inclusão e de exclusão de pacientes que pretendem a realização de tratamento com interferon convencional e/ou interferon peguilado.

Referem-se as condições para a inclusão para tratamento especificamente com interferon peguilado, destacando-se a necessidade de ser portador do vírus da Hepatite C do *genótipo 1*, sendo que todas as condições de inclusão, constantes do aludido Protocolo, são cumulativas.

São, por sua vez, condições de exclusão do Protocolo de tratamento, seja com interferon peguilado, seja com interferon convencional: a) tratamento prévio com interferon alfa (convencional) associado a ribavirina; b) tratamento prévio com interferon peguilado (associado ou não a ribavirina); c) tratamento prévio com interferon em monoterapia (sem a combinação com ribavirina), sem resposta virológica ou bioquímica, entre diversas outras, de caráter excessivamente técnico, razão pelas quais não serão aqui mencionadas. Ao contrário das condições de inclusão, estas não são cumulativas, vale dizer, estando presente uma delas, o paciente não pode se submeter ao tratamento.

Como critério de exclusão de tratamento com interferon peguilado acrescenta-se a doença ser de genótipos 2 ou 3.

Tendo em vista os termos do Protocolo Clínico da Hepatite C, cujos principais aspectos já foram elucidados, é que devem ser analisados os casos concretos que tratam da matéria. O Protocolo é baseado em consenso médico, e teve por fundamento os estudos mais aprofundados acerca dos medicamentos utilizados, analisados vários períodos de tratamento, formas de dispensação, para se chegar ao tratamento mais eficaz contra a doença.

Sendo assim, não há como o intérprete simplesmente desconsiderar tais estudos na apreciação da demanda judicial, levando em conta a prescrição de um único profissional da área – o médico do autor.

Com base nos fundamentos narrados, pode o magistrado analisar com mais objetivismo os preceitos parciais da proporcionalidade e as condições de reconhecimento do direito fundamental à saúde nos casos em que é pleiteado tratamento para o combate à Hepatite C. Há critérios de exclusão e inclusão ao tratamento, segundo o Protocolo, o que, por si só, poderiam ser considerados como argumento suficiente ao atendimento ou não ao pleito judicial.

É claro que os protocolos clínicos muitas vezes são desconsiderados pelo Poder Judiciário, na medida em que os atestados e laudos médicos juntados pelos médicos dos autores são elementos importantes à convicção do juiz de que determinado tratamento ou medicamento de fato é necessário para a preservação da vida (ou mesmo da qualidade de vida) do paciente. Justamente por isso é que deve ser analisada toda a conjuntura que envolve a Hepatite C, a fim de justificar, além dos argumentos encontrados no Protocolo, a prolatação de eventual decisão judicial contrária ao reconhecimento do direito.

Primeiramente, sabe-se que a Hepatite C é uma doença crônica, que pode, em longo prazo, causar outras doenças dela decorrentes e, em conseqüência, a própria morte do indivíduo. Por outro lado, além da Hepatite C ser assintomática, ou seja, não haver, em tese, qualquer incômodo ao paciente por ele possuir a doença, os possíveis gravames dela decorrentes (cirrose ou carcinoma hepático) levam muitos anos para se manifestarem. Em princípio, a doença não afetaria o mínimo existencial: direito à vida e dignidade humana do particular. Por óbvio que isso não exclui, por si só, a obrigação do Estado em conceder o tratamento (até porque os medicamentos encontram-se em listas do Estado), mas permite ao menos a aplicação das condicionantes contidas no Protocolo.

O aspecto mais importante, contudo, a ser analisado, e que deve ser sopesado com tudo o que já fora dito, é o exorbitante valor dos medicamentos em questão. O interferon convencional, que já possui custo excessivo – utilizado em todo o tratamento, que dura de 24 a 48 semanas, custa entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por paciente – cerca de 10% do custo do interferon peguilado. O valor total de tratamento com este último medicamento supera os R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por paciente.⁵⁰

Dada a exorbitância do valor do tratamento com o interferon peguilado em relação ao convencional, e a baixa vantagem na resposta antiviral (cerca de 6%), muitas vezes pode não justificar o tratamento com um ao invés do outro. Eis porque a importância da aplicação dos critérios antes desenvolvidos, com base na proporcionalidade, também nesse caso.

⁵⁰ Este último custa R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) por grama, o que significa dizer que é mais caro do que cem quilos de ouro, sendo que um paciente consome alguns microgramas. Pode-se afirmar, portanto, que um grama possibilita tratamento de cerca de cem pacientes.

Poder-se ia afirmar estar atendido o preceito da adequação, que, relembrando, trata da existência de uma medida apta a promover o fim ou objetivo buscado, se, no caso, o autor comprovasse estar com a doença e o enquadramento nos critérios de inclusão do tratamento, constantes do Protocolo Clínico, assim como o não-enquadramento em nenhuma das hipóteses de exclusão. A utilização do interferon peguilado, por exemplo, para determinado paciente com Hepatite C genótipo 1 se mostraria adequada, pois promoveria o fim visado – a melhora do paciente.

Por outro lado, se, em dado exemplo, o paciente requer o tratamento com interferon convencional e ribavirina, porém, já se tratou com estes mesmos medicamentos e não obteve resposta viral positiva, não pode ser submetido ao que se chama de “retratamento”, pois se trata de cláusula de exclusão, baseada nos estudos clínicos utilizados para a confecção do Protocolo, que comprovaram a ineficácia da nova utilização dos medicamentos. O meio, neste caso, não atenderia ao fim.

A necessidade estaria consubstanciada na inexistência de outro medicamento ou tratamento tão ou mais eficaz e de menor custo para o Estado. Quanto à Hepatite C, sabe-se que interferon peguilado e convencional atendem, em tese, o fim (o direito fundamental à saúde). Entretanto, no caso, por exemplo, de um paciente que pleiteia judicialmente o tratamento com interferon peguilado, todavia, sofre de Hepatite C genótipo 3, sabe-se que a resposta viral conseguida com o uso do interferon convencional é praticamente a mesma da conseguida com o interferon peguilado, mas o medicamento requerido pelo particular possui custo excessivamente superior a outro que atende o fim em medida praticamente igual. Sendo assim, não estaria atendido o requisito da necessidade nessa hipótese.

Com vista, finalmente, ao preceito da proporcionalidade em sentido estrito, vale dizer, da ponderação entre a restrição de direitos fundamentais de terceiros e a finalidade buscada, há que se ter em conta os benefícios trazidos ao paciente pelo tratamento em detrimento dos outros princípios em colisão, como o princípio da igualdade.⁵¹

Por todo o exposto, pode-se entender respeitado o preceito da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito se determinado particular, que nunca fora submetido ao tratamento da Hepatite C, e não se enquadra nas demais hipóteses de exclusão, pleiteia o fornecimento de interferon alfa (convencional) combinado com ribavirina, os quais apenas não foram fornecidos por estarem em falta nos estoques da farmácia do Estado. O deferimento do tratamento, na espécie, não fere outros princípios constitucionais de forma grave, atende ao Protocolo e pode conferir ao beneficiário uma melhora do seu quadro.

Pode-se dizer que, neste terceiro caso, os critérios ou condições sugeridas para o reconhecimento do direito fundamental foram atendidos, referindo-se,

⁵¹ O meio 1, sendo adequado e necessário para o atendimento ao princípio 1, deve afetar os demais princípios em menor grau do que o grau de satisfação do princípio 1, ao que o meio 1 buscou alcançar.

por oportuno, que o não-atendimento do direito pressupõe violação ao mínimo existencial, pois o único tratamento eficaz é o proposto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental à saúde, na forma como consta do ordenamento constitucional brasileiro atual, transparece, sem sombra de dúvida, uma obrigação imediata do Estado em garantir ao particular a máxima proteção, com vistas à preservação de sua vida e dignidade humana.

Por outro lado, a norma não pode ser tida em sua literalidade, no sentido de obrigar o ente público às mais variadas prestações de saúde, na medida em que há empecilhos concretos a tal efetivação em algumas hipóteses. O direito à saúde não pode significar, com base exclusivamente em sua fundamentalidade, a obrigação de uma proteção desmedida por parte do Estado, que vá de encontro a outros princípios constitucionais de igual importância ou hierarquia.

Essa perspectiva é essencial quando se fala em aplicação das normas constitucionais pelo Poder Judiciário, sobretudo pelos muitos casos relativos à matéria que são levados à sua apreciação, devendo o magistrado buscar a realização racional do direito nos casos concretos, priorizando, sempre que possível, os direitos fundamentais, contudo, sem que se percam de vista os outros direitos e princípios com eles em contraposição.

Segundo Juarez Freitas, inexistente direito fundamental absoluto, especialmente tendo-se em conta a intersubjetividade dos direitos, de sorte que sequer a dignidade humana pode ser tida por absoluta. Dessa forma é que se deve interpretar a totalidade dos direitos fundamentais emanados da nossa Constituição, “de maneira proporcional, respeitando a mútua e salutar relativização”.⁵²

Para aferir, sob essa ênfase, os limites porventura impostos à concretização de um direito fundamental, essencial a aplicação de critérios específicos, com enfoque na proporcionalidade, como se objetivou demonstrar. A comprovação da hipossuficiência do beneficiário do direito fundamental, assim como a colidência do seu direito com outros direitos fundamentais, observando-se possível ferimento ao princípio da igualdade, e, também, o atendimento à “reserva do possível”, para que as finanças públicas não entrem em colapso ante o reconhecimento definitivo de determinado direito fundamental, são nuances importantes para a análise dos casos concretos.

Também não se pode deixar de lado por completo as normas infraconstitucionais que objetivaram dar concretude aos direitos fundamentais, como é o caso, na hipótese do direito à saúde, da Lei n.º 8.080/90, que criou o SUS, assim como dos protocolos clínicos referidos no último capítulo desta pesquisa, acerca dos medicamentos excepcionais fornecidos pelo ente público estadual, os quais

⁵² FREITAS, op. cit., p. 212.

basearam-se em estudos científicos aprofundados acerca das doenças a que se referem, muitas vezes desconsiderados por completo pelo Poder Judiciário em favor de um único critério – a afirmação do médico do autor quanto à necessidade de uso de determinado medicamento pelo paciente, sem qualquer respaldo científico mais aprofundado.

Com essas considerações, pode-se dizer que os direitos fundamentais, em que pese o seu reconhecimento constitucional expresso, podem sofrer limitações concretas, medidas a partir de uma análise sistemática com outras normas constitucionais e outros direitos fundamentais, a fim de que seja dada a máxima concretude ao direito fática e juridicamente possível no caso concreto.

7 REFERÊNCIAS

ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Colômbia: Legis, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1996.

BARROS, Wellington Pacheco (org). *Elementos do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Fornecimento de medicamentos pelo Estado*. Recurso Especial n.º 766.475-RS Estado do Rio Grande do Sul e Dalila Bolzan. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 27 de setembro de 2005. In: *Revista eletrônica de Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <<http://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/REJ.cgi/ITA?seq=581980&nreg=200501153545...>> Acesso em: 11 out. 2005.

BRASIL. *Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Hepatite Viral Crônica C. Estabelece critérios para tratamento da Hepatite C*. In: *Organização Pan-Americana de Saúde – Representação Brasil*. Disponível em: <www.opas.org.br> Acesso em: 23 ago. 2006.

BROCHADO, Mariá. *O Princípio da Proporcionalidade e o Devido Processo Legal*. *Revista de Informação Legislativa* n. 155, p. 125-141, jul./set. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KRELL, Andreas. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Hierarquização dos Direitos Fundamentais?* *Revista de Direito Constitucional e Internacional* n. 34, p. 168-183, 2001.

MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. *O conflito entre princípios constitucionais – breves pautas para a sua solução*. *Revista dos Tribunais* n.10, p. 40-45, jan./mar. 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social*. *Revista de Direito Público* n. 57-58, p. 233-256, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. *Revista Diálogo Jurídico* n. 10. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 16 mar. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Seqüestro de quantias públicas. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento*, n.º 70012439527. Laura Maria de Oliveira e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Araken de Assis. 1º de setembro de 2005.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Fornecimento de medicamentos. Apelação Cível* n.º 70014789341. Fábio Chiamenti e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. 22 de junho de 2006.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Fornecimento de medicamento. Apelação Cível* n.º 70015110653. Elvira Isele Pol e Estado do Rio Grande do Sul e Município de Passo Fundo. Relatora Des. Maria Isabel de Azevedo Souza. 22 de junho de 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais e suas Características*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* n. 30, p. 146-158, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

THEODORO, Marcelo Antônio. Direitos Fundamentais e sua Concretização. Curitiba: Juruá, 2002.

VELLOSO, Andrei Pithen. O Papel dos Princípios na Interpretação: Argumentação Jurídica e Sistema Jurídico/Concretização Judicial de Direitos Sociais Originários e o Princípio da Universalidade. Revista da PGE-RS n. 58, p. 9-34, 2003.

PROVA ARGUMENTATIVA OU PROVA DEMONSTRATIVA: UMA QUESTÃO DE ORDEM

Eduardo Cunha da Costa*

Sumário: 1. Introdução. 2. Modelos de Prova. 3. Ordem Isonômica e Prova Argumentativa. 4. Ordem Assimétrica e Prova Demonstrativa. 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O conhecimento, no processo, tanto da questão de fato, quanto da questão de direito, pressupõe uma idéia de ordem.

A ordem atua na seleção de informações relevantes dentre as diversas que se apresentam como passíveis de prova, sendo, porém, diretamente, dependente da prevalência, em determinado momento histórico, da retórica sobre a lógica ou desta sobre aquela.

Diante disso, tem-se que há duas idéias opostas de ordem. Uma, em que prevalecem os princípios da retórica, chamada isonômica, e outra, em que predominam os da lógica, a que se dá o nome de assimétrica.

Decorre de cada uma dessas ordens o conceito clássico e o conceito moderno de prova, sendo que as suas principais diferenças residem nas premissas jusfilosóficas de cada um, tendo por consequência uma determinação absolutamente diversa daquilo que é relevante na indagação.

O presente opúsculo tem por escopo a abordagem dos modelos probatórios no Direito Comparado, bem como dos conceitos clássico e moderno de prova.

No entanto, faremos, por entendermos necessária, a sua análise em conjunto, como *conditio sine qua non*, com a do contexto e das características das chamadas ordens isonômica e assimétrica, as quais, por sua vez, estão na base de cada um dos conceitos de prova.

2 MODELOS DE PROVA

O processo não consiste em um fenômeno unitário e homogêneo¹, mas, ao contrário, tem “o seu tecido interno formado pela confluência das idéias, projetos

*Bacharel em Direito com Láurea Acadêmica pela UFRGS. Mestrando em Direito Processual Civil pela UFRGS. Professor de Latim Jurídico e de Direito Processual Civil. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

¹ GIULIANI, Alessandro. *Ordo iudicarius medioevale* (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). In *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLIII, n° 3, p. 598-614, luglio-settembre 1988, p. 598.

*sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço*².

Dessarte, como o conhecimento, no processo, não só da questão de fato, mas também da questão de direito, pressupõe a idéia de ordem, aquele terá alterada a sua base axiológica na mesma medida em que a idéia de ordem variar em face de sua dependência direta da resposta dada ao questionamento preliminar acerca da prevalência da retórica sobre a lógica ou desta sobre aquela.³

Esse perene conflito entre retórica e lógica teve como resultado ora a preponderância de uma ora a de outra, ao sabor das vicissitudes de cada momento histórico, cujas implicações se refletem diretamente no processo.

Disso, embora, como ressalta Giuliani⁴, retórica e lógica não estejam em oposição, mas se complementem na construção do conceito de ordem, com o predomínio de uma ou de outra, formaram-se duas opostas idéias de ordem. Uma, a que se deu o nome de isonômica, em que prevalecem os princípios da retórica, e outra, chamada assimétrica, em que predominam os parâmetros estabelecidos pela lógica.

O conceito de prova, da mesma sorte, está intimamente ligado à idéia de ordem, pois, nas palavras de Giuliani:

Senza ordine, non é possibile una forma corretta di conoscenza, come è rivellato dalle forme prelogiche della mente umana, legate ai meccanismi psicologici della memoria e del ricordo.⁵

A ordem representa o princípio da racionalidade e da economia da investigação, permitindo a seleção de informações relevantes dentre as diversas que se apresentam como passíveis de prova⁶.

As grandes alterações se dão porque as soluções oferecidas pela retórica ao problema do papel do juiz e das partes em juízo são opostas às oferecidas pela lógica.

Observe-se que, em qualquer dessas ordens, ocorre tão-somente uma preponderância da retórica sobre a lógica ou vice-versa, mas não uma total suplantação dos princípios de uma ou de outra.

É em cada uma delas que prevalece, também, o conceito clássico e o conceito moderno de prova, respectivamente, de modo que, para que se possam delinear as características de cada uma dessas concepções do direito probatório, faz-se necessário um breve esboço acerca do contexto em que se insere o que se convencionou chamar de ordem isonômica e ordem assimétrica.

² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A Garantia do Contraditório. In: Do Formalismo no Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227.

³ GIULIANI, op. Cit., p. 598.

⁴ GIULIANI, Alessandro. Prova in Generale. A) Filosofia del diritto, in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 519.

⁵ Idem, Ibidem.

⁶ GIULIANI, Alessandro. Prova in Generale. A) Filosofia del diritto, in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 519.

As diferenças entre os dois conceitos de prova estão, precipuamente, nas premissas jusfilosóficas de cada um, consistindo na determinação absolutamente diversa daquilo que é relevante na indagação, ou seja, estão em sua base uma “análise oposta do fato”⁷.

Danilo Knijnik, citando Alessandro Giuliani, afirma que:

A concepção clássica põe em evidência o caráter seletivo do conhecimento e relativo do fato: dominada como é, pelo problema do erro, trata de limitar rigidamente o campo da indagação, renunciando ao conhecimento do fato em sua totalidade. A concepção moderna vê, ao contrário, no alargamento do campo de indagação o meio para um melhor conhecimento dos fatos (o princípio da “total evidence”): a determinação do fato parece uma operação em certo sentido técnica, e o mundo dos fatos parece ter uma autonomia completa, tornando possível a introdução de critérios quantitativos numéricos para seu acerto.⁸

Há, portanto, dois modelos fundamentais de prova: um segundo o qual ela é um argumento persuasivo destinado a convencer o julgador da oportunidade de aceitar como possível uma certa versão dos fatos relevantes para a decisão; e outro, em que a prova é entendida como um instrumento demonstrativo, cuja finalidade é o conhecimento científico da verdade dos fatos relevantes para a decisão⁹.

3 ORDEM ISONÔMICA E PROVA ARGUMENTATIVA

Para a ordem isonômica, a possibilidade de uma verdade prática depende da realização de uma cooperação involuntária entre os participantes de uma discussão.¹⁰

Contudo, a investigação, em tal ordem, deve evitar tanto a tentação da demonstração científica, quanto a *vitiosa argumentatio*.¹¹ Isso porque essa ordem não é nem pré-constituída, como um sistema, nem espontânea, e encontra o remédio à falibilidade do juízo na divisão do conhecimento e na definição (*actio finium regundorum*) dos papéis dos participantes da lide (julgador, partes e testemunhas).

Na ordem isonômica, há um constante temor de uma *perversio ordinis*, seja proveniente de odiosa intervenção externa, seja decorrente do abuso do processo pelas partes. Isso se constata, claramente, na obra de Ioanes Saresberiensis (nome latino) ou John of Salisbury, em que ele sustenta ser o processo coisa das partes, não do juiz, sendo deste a função de controlar o juízo das partes, sem, todavia,

⁷ KNIJNIK, Danilo. Os Standards do Convencimento Judicial: paradigmas para o seu possível controle. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan-fev 2001, p. 22.

⁸ Idem, Ibidem.

⁹ TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. Rivista di Diritto Processuale, Padova, v.45, n.2, p.420-48, apr./giugno, 1990, p. 420-421.

¹⁰ GIULIANI, Alessandro. Prova in Generale. A) Filosofia del diritto, in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 523.

¹¹ Idem, Ibidem.

substituí-lo pelo seu próprio, em violação ao princípio do contraditório e em detrimento das alternativas argumentativas que lhe são apresentadas¹².

Alessandro Giuliani¹³, citando o seguinte trecho da obra *Policraticus* de John of Salisbury, afirma que, no momento introdutório do processo, não apenas as partes, mas também os causídicos se obrigavam a não lançar mão de manobras que resultariam em abuso do processo, ressaltando a preocupação com a manutenção da ordem:

Ut vero rerum veritas citius illucescat, litigatores ipsos, personas videlicet principales, non ante ad litem Iudex admittet, quam ei praestito sacramento faciant fidem, quod iustitiae insistent, et calumniam omnem procul facient, seu et ipsi patroni causarum, quo fidelior possit esse examinatio, ab ipsa contestatione litis, iuramento arctantur ad veritatem et fidem, iurantes quod cum omni virtute sua, omniq[ue] ope, quod iustum et verum examinaverint, clientibus suis inferre procurabunt, nihil studii relinquentes prout cuique possibile est; et quod ex industria sua non protahent lites. Nam eas oportet a iudicibus infra biennium vel triennium terminari. *Policraticus*. Livro V. Capítulo 13.

(Para que mais rapidamente se esclareça a verdade das coisas, os próprios litigantes, certamente os principais sujeitos, não serão admitidos pelo juiz à lide antes que em sacramento [sob juramento] afirmem que buscarão a justiça e se afastarão de qualquer calúnia, ou também os próprios advogados das partes, para que mais fiel possa ser o exame, da própria contestação da lide, jurarão pela verdade e pela fé que buscarão o que é justo e verdadeiro com toda a sua virtude e com toda a sua força, na condução de seus clientes, sem abandonar nenhum estudo, dentro do possível, e que deliberadamente não protrairão as lides. Isso porque elas devem ser julgadas pelos juizes dentro de dois ou três anos. – Tradução nossa.)

É, também, a problemática do erro que imprime à metodologia da investigação um caráter seletivo na base de uma lógica da relevância, concebida em regras de exclusão¹⁴, ou seja, a sempre presente idéia do erro, de falibilidade do próprio conhecimento humano, traz como consequência a busca de meios de evitação do equívoco¹⁵.

O conceito clássico de prova está inserido, portanto, em uma concepção filosófica, segundo a qual o fato não pode ser conhecido em sua totalidade, sendo apenas adquirido por meio de probabilidade.

Nesse contexto, o contraditório constitui princípio basilar da ordem isonômica, visto que ele oferece ao juiz um conhecimento que nenhuma mente individual poderia alcançar sozinha:

¹² GIULIANI, Alessandro. *Ordo iudicarius medioevale* (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). In *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLIII, n° 3, p. 598-614, luglio-settembre 1988, p. 610.

¹³ Idem, p. 610, nota 29.

¹⁴ GIULIANI, Alessandro. *Prova in Generale*. A) Filosofia del diritto, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 531.

¹⁵ KNIJNIK, Danilo. Os Standards do Convencimento Judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan-fev 2001, p. 22.

Il contraddittorio offre al giudice un sapere che nessuna mente individuale potrebbe ricercare autonomamente: l'interesse delle parti serve inconsapevolmente alla ricerca della verità pratica, irriducibile ad una verità necessaria peculiare delle scienze dimostrative.¹⁶

Mais do que isso, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o contraditório representa o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável” no ambiente cultural da ordem isonômica. Valemo-nos, ainda, das magistrais palavras do jurista gaúcho para explicar o contexto e as idiosincrasias dessa ordem:

O processo, fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica, era concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*, exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário. Dado que nas matérias objeto de disputa somente se poderia recorrer à probabilidade, a dialética se apresentava, nesse contexto, como uma ciência que *ex probabilibus procedit*, a impor o recurso ao silogismo dialético. Na lógica do provável, implicada em tal concepção, a investigação da verdade não é o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos “pontos de vista” do outro e o caráter de sociabilidade do saber. A dialética, lógica da opinião e do provável, intermedeia o certamente verdadeiro (*ratiocínio apodítico*) e o certamente falso (*ratiocínio sofisticado*). No seu âmbito, incluem-se os procedimentos não demonstrativos, mas argumentativos, enquanto pressupõem o diálogo, a colaboração das partes numa situação controvertida, como no processo. Em semelhante ambiente cultural, o contraditório representa o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável, aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita.¹⁷

O conceito de prova típico, portanto, da ordem isonômica, ou seja, o conceito clássico, consiste em uma prova argumentativa: *probatio quidem est rei dubiae et per argumenta iudici faciens fidem* (a prova, portanto, é esclarecer [tornar fidedigna] ao juiz, por meio de argumentos, uma coisa dúbia – tradução nossa)¹⁸.

Conforme afirma Giuliani¹⁹, clássica é a concepção de prova como *argumentum*, tendo sido de Cícero a definição mais madura, segundo a qual, *argumentum est ratio quae rei dubiae faciat fidem* (argumento é a razão que esclarece uma coisa dúbia – tradução nossa).

¹⁶ GIULIANI, Alessandro. *Ordo iudicarius medioevale* (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). In *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLIII, n° 3, p. 598-614, luglio-settembre 1988, p. 606.

¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A Garantia do Contraditório*. In: *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228-9.

¹⁸ GIULIANI, Alessandro. *Prova in Generale*. A) Filosofia del diritto, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 530.

¹⁹ GIULIANI, Alessandro. *Il Concetto di Prova: Contributo alla Logica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971, p. XI.

Essa frase de Cícero foi extraída de sua clássica obra *Topica*, em cujo contexto se lê:

[6] *Cum omnis ratio diligens disserendi duas habeat partis, unam inveniendi alteram iudicandi, utriusque princeps, ut mihi quidem videtur, Aristoteles fuit. Stoici autem in altera elaboraverunt; iudicandi enim vias diligenter persecuti sunt ea scientia quam dialektikon appellant, inveniendi artem quae topika dicitur, quae et ad usum potior erat et ordine naturae certe prior, totam reliquerunt. [7] Nos autem, quoniam in utraque summa utilitas est et utramque, si erit otium, persequi cogitamus, ab ea quae prior est ordiemur. Ut igitur earum rerum quae absconditae sunt demonstrato et notato loco facilis inventio est, sic, cum pervestigare argumentum aliquod volumus, locos nosse debemus; sic enim appellatae ab Aristotele sunt eae quasi sedes, e quibus argumenta promuntur. [8] Itaque licet definire locum esse argumenti sedem, argumentum autem rationem quae rei dubiae faciat fidem.*

([6] Toda *ratio disserendi* diligente possui duas partes, uma inventiva (de encontrar) e a outra judicativa (de julgar), sendo Aristóteles, ao que me parece, o criador de ambas. Os Estóicos, por sua vez, elaboraram-nas. A judicativa é diligentemente perseguida pela ciência chamada Dialética, enquanto a arte inventiva, chamada tópica, a qual melhor era ao uso e certamente anterior pela ordem da natureza, foi totalmente abandonada. [7] Nós, porém, visto que ambas são dotadas de suma utilidade, e, se possível, pensamos em pesquisá-las, começando pela primeira. Visto que é fácil encontrar as coisas escondidas por meio de um locus (lugar) demonstrado e conhecido, dessa forma, quando desejamos investigar um argumento, devemos conhecer os locos (lugares); assim, elas são chamadas por Aristóteles, por assim dizer, a sede da qual os argumentos emergem. [8] Dessarte, pode-se definir o locus como a sede do argumento, o qual, por suas vez, é a razão que esclarece uma coisa dúbia. Tradução nossa.)

Esse conceito de prova como *argumentum*, no dizer de Michele Taruffo²⁰, está compreendido em um procedimento probatório caracterizado por desenvolver-se por meio do diálogo entre as partes e dar-se perante um juiz passivo, ou seja, sem o poder de intervir na prova dos fatos (*iudex non potest in facto supplere*). Esses fatores é que vão caracterizar a ordem como isonômica.

Diante disso, visto que pertencentes ao passado, os fatos têm em sua reconstrução valorações opostas, incumbindo às partes a apresentação das suas versões como duas hipóteses argumentativas, dentre as quais cabe ao julgador escolher uma.

A verdade dos fatos, nesse contexto, nunca é absoluta, mas é dada pela hipótese mais provável, ou seja, com maiores elementos de confirmação.

A formação do conceito clássico de prova delinea-se ainda na antiguidade, entre os séculos V e I a. C.²¹. É, porém, no período justiniano que se fixam os

²⁰ TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. Rivista di Diritto Processuale, Padova, v.45, n.2, p.420-48, apr./giugno, 1990, p. 420.

²¹ GIULIANI, Alessandro. Il Concetto di Prova: Contributo alla Logica Giuridica. Milano: Giuffrè, 1971, p. XI.

chamados princípios clássicos da prova, que, até então, não passavam de *responsa* a questionamentos feitos em casos concretos.²²

Como assevera Giuliani, foi com base nos textos contidos no *Corpus* justinianeu que, a partir da Idade Média, se fez possível construir a lógica da prova no mundo ocidental²³.

Assim, o conceito clássico de prova como *argumentum* está intimamente ligado a uma idéia do normal, sendo que este não corresponde àquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*), mas àquilo que é eticamente preferível²⁴. Nas palavras de Giuliani, “*esiste insomma una scala di probabilità, che è conessa con un sistema di valori. I valori vivono nella disputa, nel dialogo, nella ricerca: non esistono come un dato di conoscenza esterno ed oggettivo*”²⁵.

Todavia, é no chamado *ordo iudiciarius* medieval que essa concepção do direito probatório encontra o seu auge, dominando na Europa do século XII ao século XVII, quando cede lugar ao predomínio dos valores de uma outra ordem (a assimétrica), não mais inspirada na dialética aristotélica, mas, sim, na lógica ramista.

Desde a metade do século XIII, conexamente com o início do declínio da retórica, a idéia de provável começou a transmudar-se e, lenta e progressivamente, a adquirir um caráter objetivo, emergindo a idéia de normal como *id quod plerumque accidit*²⁶. Surge a tentativa de superar os limites da verdade provável, acreditando-se ser possível alcançar a verdade real.

Com essa alteração de paradigma, logo prevalecerá uma nova ordem, diretamente influenciada pelos ideais lógico-científicos de sua época e especialmente embasada na lógica ramista a partir do século XVI.

4 ORDEM ASSIMÉTRICA E PROVA DEMONSTRATIVA

Com a difusão e a larga aceitação da lógica de Pierre de la Ramée, segundo a qual a matemática constituía o protótipo sobre o qual se modelariam todas as formas de conhecimento, a retórica e a prova argumentativa rendem-se à lógica e à prova demonstrativa, sob os auspícios dos grandes desenvolvimentos científicos experimentados na modernidade.

Houve, assim, uma passagem da *ars disserendi* à *ars ratiocinandi*, ligada à dialética ramista, que ofereceu um status lógico às idéias latentes já mesmo na segunda fase do *ordo iudiciarius*²⁷.

²² Idem, p. 109.

²³ Idem, *Ibidem*.

²⁴ GIULIANI, Alessandro. Il Concetto di Prova: Contributo alla Logica Giuridica. Milano: Giuffrè, 1971, p. 231.

²⁵ Idem, *Ibidem*.

²⁶ Idem, p. 233.

²⁷ GIULIANI, Alessandro. Prova in Generale. A) Filosofia del diritto, in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 549.

O papel da lógica matemático-científica na prevalência da ordem assimétrica sobre a ordem isonômica consiste, principalmente, na crença na capacidade humana de conhecer os fatos em sua totalidade. No dizer de Alessandro Giuliani:

La metodologia ramista della scoperta scientifica, benché trascurabile dal punto di vista della storia, ha esercitato un grande fascino nell'evoluzione delle idee moderne sul processo e sulla prova fino al XVIII secolo. Le ragioni di questo successo vanno ricercate anzitutto nell'idea della verità oggettiva o materiale: i fatti contingenti – anche nell'esperienza giudiziale – possono essere sottoposti alla verifica e al controllo, come i fatti empirici.²⁸

Não predomina mais o temor do erro, da injustiça, diante da falibilidade humana, mas, ao contrário, crê-se piamente que o homem possa alcançar a verdade material por meio de um método científico. Como assevera Danilo Knijnik:

Identifica-se, pois, que, ao mesmo tempo em que as idéias atinentes ao positivismo ganharam força, o sistema da prova haveria, necessariamente, de sofrer a sua influência, pois, finalmente, a aceitação do modelo subsuntivista determinaria que a pesquisa de fato, até então concebida dentro de uma premissa dialética e pluralista, pudesse ser concebida na sua “totalidade absoluta”, na sua “verdade total e objetiva”, na sua “independência” e “autonomia” quanto ao “mundo do direito”, desprezando-se, com isso, a relatividade que lhe era imanente, a possibilidade do erro e do equívoco.²⁹

Somou-se a isso, para caracterizar por completo a mudança de paradigma, com a prevalência de uma ordem assimétrica, a apropriação, pelo soberano, do monopólio da legislação processual, campo que lhe era tradicionalmente vedado na ordem isonômica. Tal passagem histórica é brilhantemente explicada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira no excerto ora transcrito:

A mudança de perspectiva, introduzida pela lógica de Pierre de la Ramée (século XVI), já antecipa uma alteração de rumo que busca incorporar ao direito os métodos próprios da ciência da natureza, um pensamento orientado pelo sistema, em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza, a implicar a passagem do *iudicium* ao *processus*. Tudo isso se potencializa, a partir do século XVII, com a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano, pelo príncipe, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, tendência incrementada depois pelas idéias do iluminismo e pelo verdadeiro terremoto produzido pela Revolução francesa.³⁰

²⁸ GIULIANI, Alessandro. Prova in Generale. A) Filosofia del diritto, in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 552.

²⁹ KNIJNIK, Danilo. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 75.

³⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A Garantia do Contraditório. In: Do Formalismo no Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228-9.

Desse modo, conforme célebre passagem de Nicola Picardi, não só no direito probatório, mas também no direito processual como um todo, ocorre uma transição de um modo de pensar voltado para o problema, ou seja, tópico, para um modo de pensar sistemático, embasado no saber científico:

L'applicazione della logica ramistica allo studio del processo rappresenta, invece, il momento di transizione da un modo di pensare orientato sul problema ad un modo di pensare sistemático, modellato sul sapere scientifico; e la procedura, da una disciplina che studia verità "probabili", diviene, almeno tendenzialmente, una scienza delle verità "assolute".³¹

As regras, nesse contexto histórico, não mais dependem dos princípios da retórica, mas, sim, dos da lógica, a qual reivindica uma função legislativa, e não meramente auxiliar³².

O triunfo, porém, do modelo assimétrico está estreitamente ligado à passagem das provas racionais às provas legais, decorrente da vitória do soberano no que concerne à sua intervenção na legislação processual³³. Vale citar a esclarecedora explicação de Alessandro Giuliani:

Il trionfo del modello asimmetrico, insinuatosi nella seconda fase della procedura romano-canonica, resta legato al passaggio dalle prove razionali alle prove legali: ossia alla fortuna del sovrano nell'intervento, attraverso la legislazione processuale, in un settore tradizionalmente contestatogli (l'ordus iudiciarius). Sulla base di ben diversi contesti culturali ed istituzionali, tra il XVII e il XVIII secolo si sono consolidati due opposti sistemi probatori, costruiti come modelli puri rispettivamente dell'ordine isonomico e dell'ordine asimmetrico: la law of evidence in Inghilterra e il Beweisrecht in Prussia.³⁴

Como afirma Nicola Picardi, até a idade moderna, o processo era considerado fruto da manifestação da razão prática, não tendo regramento legislado:

Fino all'età moderna la procedura era considerata manifestazione di una ragione pratica e sociale, che si era realizzata nel tempo attraverso la collaborazione della prassi dei tribunali e della dottrina.³⁵

Nesse influxo de idéias, inspiradas no cientificismo dominante na época, chega-se a uma autonomia completa entre fato e direito, passando-se a encarar aquele como algo externo, sem, porém, descurar da necessária relação entre o fato e a consequência jurídica. Essa é a lição que nos dá Alessandro Giuliani:

³¹ PICARDI, Nicola. Processo Civile (dir. moderno), in Enciclopedia del Diritto, XXXVI, Milano: Giuffrè, 1987, p. 111.

³² GIULIANI, Alessandro. Prova in Generale. A) Filosofia del diritto, in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 539

³³ Idem, p. 542.

³⁴ GIULIANI, Alessandro. Prova in Generale. A) Filosofia del diritto, in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 542.

³⁵ PICARDI, Nicola. Processo Civile (dir. moderno), in Enciclopedia del Diritto, XXXVI, Milano: Giuffrè, 1987, p. 114.

[...] al mondo dei fatti viene riconosciuta una autonomia completa: quando si ammette il fatto come qualcosa di esterno, oggettivo, viene meno quell'aspetto di contrarietà nella ricerca, che nel passato era sembrato essenziale, sotto l'influsso delle teorie retoriche e dialettiche. Se il giudice deve porre a base della decisione il fatto confessato, derivano alcune conseguenze dal punto di vista lógico: a) la questione di fatto è nettamente separata dalla questione di diritto (che conosce solo il giudice); b) deve esistere un rapporto di necessità fra il fatto e la conseguenza giurídica³⁶.

Na ordem assimétrica, “a prova é entendida como instrumento demonstrativo, voltado para o conhecimento científico da verdade dos fatos relevantes para a decisão”³⁷. Seguindo, Hermes Zanetti Jr explica que:

Neste modelo o procedimento é caracterizado pelo forte ativismo judicial, ou seja, um juiz burocrata, representante do Estado, que participa da instrução probatória ativamente. Desta forma é considerado assimétrico, justamente porque o juiz assume papel relevante na instrução e acaba por desigualar a relação de isonomia entre as partes.³⁸

A partir dessa época, o direito, como ciência jurídica, passa a ter como ideal uma ordenação exaustiva, dominado que é por um pensamento sistemático típico de uma lógica cientificista.

A assimetria da ordem, contudo, veio aos poucos se mostrando, com a introdução lenta e gradual da intervenção judicial nas questões fáticas, visto que, nesse momento, *iudex potest in facto supplere*.

Exemplos marcantes nos são apresentados por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que, em sua obra “Do Formalismo no Processo Civil”, explicita os casos da Prússia, em cuja legislação processual de 1793 e 1795, conferiu ao juiz poderes de se assegurar das verdadeiras condições dos fatos da causa, bem como o da reforma promovida por Bellot, no Cantão de Genebra, em que ao juiz é dado até mesmo investigar os fatos *ex officio*:

[...] os inconvenientes do procedimento do direito comum induziram a Prússia, o principal Estado alemão, a tomar enérgicas medidas para ampla reforma do Judiciário. Dentro de uma inspiração da função judicial de molde inquisitório, os §§ 6º e 7º da Introdução à Ordenança Judicial Geral (Allgemeine Gerichtsordnung) de 1793 e 1795 atribuíram ao juiz, de modo significativo, o dever e, por consequência, o poder de se assegurar das verdadeiras condições dos fatos da causa. O juiz, portanto, mesmo de ofício estava autorizado a investigar o fundamento dos fatos surgidos no processo e, tanto quanto necessário, trazê-los à luz para a correta aplicação da lei.³⁹

³⁶ GIULIANI, Alessandro. Il Concetto di Prova: Contributo alla Logica Giurídica. Milano: Giuffrè, 1971, p. 208.

³⁷ ZANETTI JR, Hermes. O problema da Verdade no Processo Civil: Modelos de Prova e de Procedimento Probatório. In: Introdução ao Estudo do Processo Civil. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 143.

³⁸ Idem, Ibidem.

³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.

No mar da passividade das primeiras décadas do século XIX, sobressai como onda encapelada de grande porte a obra de Bellot, o projeto da *Loi de Procédure Civile* do Cantão de Genebra, decretado pelo *Conseil Representatif et Souverain* em 29 de setembro de 1819.

De modo verdadeiramente precursor, destina-se papel ativo ao juiz, inclusive na investigação dos fatos da causa. No art. 150, o Code de Procédure outorgou ao juiz a possibilidade de determinar de ofício o interrogatório das partes, o juramento e ouvida de testemunhas, o exame pericial e exibição de documentos, sempre que não estivesse suficientemente esclarecida a verdade material.⁴⁰

Dessa forma, na ordem assimétrica, claramente, privilegiam-se as operações solitárias da mente do juiz, considerado *advocatus partium generalis* (advogado geral das partes), nas palavras de Leibniz⁴¹.

5 CONCLUSÃO

Em conclusão, tomando emprestadas as palavras de Alessandro Giuliani, o direito probatório pode ser considerado como um capítulo da história político-constitucional de uma época, refletindo as suas variações nas relações de harmonia e dissonância principalmente nas relações institucionais entre legislador e juiz e entre este e o cidadão⁴².

A concepção clássica de prova predominou durante a ordem isonômica, entre os séculos XII a XV, fundada no caráter seletivo do conhecimento e relativo do fato. Diante da constante presença do problema do erro, da falibilidade humana, nela é limitado o campo de indagação, com a renúncia ao conhecimento do fato na sua totalidade.

O pensamento probatório desse período é o de uma verdade provável, obtida a partir da *ars oponendi et respondendi* (diálogo regrado).

O *ordus iudiciarius* medieval, apontado por Giuliani como um modelo em que predomina a ordem isonômica, representa um fator de equilíbrio no constitucionalismo medieval, visto que o próprio direito probatório, assim como o direito processual como um todo, sofrem influência direta dos valores constitucionais predominantes em sua época:

L'Ordo iudiciarius medioevale – considerato come il modello della procedura razionale nelle decisioni pratiche – rappresenta un fattore di equilibrio nel costituzionalismo medioevale.⁴³

⁴⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47.

⁴¹ GIULIANI, Alessandro. Prova in Generale. A) Filosofia del diritto, in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 521.

⁴² GIULIANI, Alessandro. Prova in Generale. A) Filosofia del diritto, in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 522.

⁴³ GIULIANI, Alessandro. Ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). In Rivista di Diritto Processuale, ano XLIII, n° 3, p. 598-614, luglio-settembre 1988, p. 613.

No caso da ordem isonômica, o que a determina é a sua autonomia frente ao soberano, porquanto os seus princípios não estão submetidos às normas estabelecidas pelo legislador, mas, ao contrário, respeita tão-somente os da retórica e os da ética:

[...] il primato del' ordo è nella sua extrastatalità, in quanto i suoi principi non dipendono dalla volontà del legislatore, ma dalla retorica e dalla etica⁴⁴.

Vale, ainda, ressaltar que o conceito clássico de prova subentende uma filosofia político-constitucional de limitação do poder, vedando qualquer intervenção externa ao processo.

Diante desse contexto, considerada a incapacidade do homem de conhecer a verdade, crença dominante no período em comento, a prova não pode ser mais do que o convencimento acerca de uma verdade provável por meio da argumentação, por meio da persuasão.

A concepção moderna de prova, por sua vez, fruto que é do iluminismo, do racionalismo, busca um alargamento do campo de indagação para melhor conhecimento dos fatos (*total evidence*), procurando conhecer o fato em sua inteireza. Isso porque a determinação dos fatos é entendida como uma operação técnica.

Inspirada e diretamente influenciada pelos princípios das ciências exatas, emergentes e avassaladores em sua época, a prova deixa de ser baseada na argumentação, fundada na retórica, para acompanhar as idéias do momento e adotar um método quase científico de averiguação da verdade. A concepção moderna de prova, portanto, passa a ser demonstrativa, firme na crença de que nenhum conhecimento é ao homem vedado.

Com base nesses dois diferentes contextos culturais e institucionais, entre os séculos XVII e XVIII, consolidam-se dois sistemas probatórios opostos: a *law of evidence* inglesa, embasada no modelo da ordem isonômica, e a *Beweisrecht* prussiana, fundada na ordem assimétrica⁴⁵.

Todavia, como afirma Michele Taruffo, existem relações entre os modelos de prova e os sistemas processuais. Não são, porém, de simétrica coincidência, mas de complexa e articulada inter-relação.

Inegável, por fim, que na atualidade, um desses modelos seja o predominante em cada sistema jurídico do ocidente, ainda que latente, mas, de qualquer forma, seja prevalecente o conceito de prova argumentativa, seja o de prova demonstrativa, ambos, em determinadas situações, inexoravelmente, se interpenetram, para influenciar com seus princípios e valores um ao outro.

⁴⁴ GIULIANI, Alessandro. Ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). In Rivista di Diritto Processuale, ano XLIII, n° 3, p. 598-614, luglio-settembre 1988, p. 613.

⁴⁵ GIULIANI, Alessandro. Prova in Generale. A) Filosofia del diritto, in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 542.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A Garantia do Contraditório*. In: *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Problemas Atuais da Livre Apreciação da Prova*. In *Prova Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 51-63.

_____. *Prova Cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUZAID, Alfredo. *Do Ônus da Prova*. In *Revista de Direito Processual Civil*, ano II, v. 4, p. 5-24, jul-dez 1961.

CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico*. In: *STUDI sul processo civile*. Padova: CEDAM, 1947. V. 5.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. 269 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3. 888 p.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la Prueba Judicial*. Tomos I e II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova: CEDAM, 1940.

GIULIANI, Alessandro. *Il Concetto di Prova: Contributo alla Logica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. *Ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. In *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLIII, n° 3, p. 598-614, luglio-settembre 1988.

_____. *Prova in Generale*. A) *Filosofia del diritto*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988.

KNIJNIK, Danilo. *Os Standards do Convencimento Judicial: paradigmas para o seu possível controle*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan-fev 2001.

_____. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LA CHINA, Sergio. *L'esibizione delle prove nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1960.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba es libertad*, in *Revista dos Tribunais*, 462 (1974): 11-22.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, c1961. 591 p.

_____. *Teoria geral da prova*. In *Revista de Processo*, Vol 1, n° 3, JUL/SET 1976, p. 161-168.

MOREIRA, J. C. Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*, in *Temas de Direito Processual*, 2ª série, São Paulo: Saraiva, p. 73-82.

PICARDI, Nicola. *Processo Civile (dir. moderno)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milano: Giuffrè, 1987.

ROSENBERG, Leo. *De la Carga de la Prueba*. Buenos Aires: EJEA, 1956.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Sao Paulo: Saraiva, 1989-1990. 3v. 347.9 S237p 1989-90

TARUFFO, Michele. *La Prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 323-331.

_____. *Modelli di prova e di procedimento probatorio*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v.45, n.2, p.420-48, apr./giugno, 1990.

VERDE, Giovanni. *La prova nel processo civile: profili di teoria generale*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Milano vol. 53, n.1(gen./mar.1998), p.2-25.

ZANETTI JR, Hermes. *O problema da Verdade no Processo Civil: Modelos de Prova e de Procedimento Probatório*. In: *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

ALGUMAS LINHAS SOBRE A SÚMULA VINCULANTE

Pedro Luiz Pozza*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Vozes contrárias à súmula vinculante. 3. Vozes favoráveis à súmula vinculante. 4. A defesa do novo instituto. 5. Objeto da súmula vinculante. 6. Os efeitos da súmula vinculante. 7. O remédio contra o descumprimento da súmula vinculante. 8. Conclusões. 9. Referências Bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

A reforma do Poder Judiciário, levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, além de reforçar o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, introduziu a súmula vinculante, de aplicação no controle difuso ou concreto da constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, instituto que, há muitos anos, tem suscitado férteis discussões na doutrina,

O efeito vinculante das decisões do STF no controle de constitucionalidade foi trazido à ordem constitucional brasileira pela EC 3/93, que introduziu no art. 102 da Constituição Federal o § 2º, cuja redação assim dispunha: *As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.*

Posteriormente, a Lei nº 9.868/99, que trata das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, alargou o efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade, dispondo seu art. 28, § único, que *A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.*¹

* Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Doutorando em Processo Civil pela UFRGS. Professor da Escola Superior da Magistratura da AJURIS/RS.

¹ Mandamento de discutível constitucionalidade, haja vista que tal efeito vinculante só poderia ser instituído pelo legislador constituinte, não pelo ordinário. Nesse sentido também a lição de EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR, in A Jurisdição Constitucional e a Emenda Constitucional 45/04, Revista da AJURIS, nº 98, junho/2005, pág. 58, para quem a extensão do efeito vinculante à decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade teve justamente o propósito de contornar a possível inconstitucionalidade do art. 28, § único, da Lei nº 9.868/99, na medida em que no Brasil, ao contrário da Constituição Alemã (art. 94.2), não se outorgou ao legislador ordinário a competência para dispor acerca da eficácia das decisões do Tribunal Constitucional.

Antes disso, por força da Lei nº 9.756/98, uma espécie de efeito vinculante das decisões do STF no controle de constitucionalidade havia sido introduzido no art. 481 do CPC, cujo § 1º passou a vedar (ou pelo menos dispensar) aos órgãos fracionários dos Tribunais que suscitassem o incidente de inconstitucionalidade quando já houvesse pronunciamento do próprio Tribunal ou do plenário da Suprema Corte sobre a questão constitucional. Esse inclusive já era o entendimento do STF:²

Tal entendimento marcou uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, passando a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.³

Mais recentemente, o art. 103-A, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 45/2004, regulamentado pela Lei nº 11.417/06, introduziu na ordem constitucional pátria, relativamente ao controle difuso de constitucionalidade, o instituto da **súmula vinculante** que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.⁴ A edição de súmula, desde que preenchidos os requisitos do § 1º do art. 103-A,⁵ implicará atribuir a uma decisão do STF, via controle difuso de constitucionalidade, eficácia erga omnes, vinculando todos os juízes e Tribunais, assim como a administração pública direta e indireta, em todas as esferas.

Trata-se de instituto assemelhado ao previsto no art. 281, nº 3º, da Constituição Portuguesa, que estende a eficácia vinculante ao reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade de qualquer norma no controle difuso, após julgamento de três casos concretos.⁶

Mas surge a indagação: é constitucional a instituição do efeito vinculante das decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade? Deveria ele ter sido implantado no Brasil? Vejamos o que dizem os estudiosos.

² Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 168149/RS, Segunda Turma, Relator o Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 26/06/1995, Publicação: DJ 04-08-1995 pág. 22520. No mesmo sentido: RE nº 190.728, 1ª Turma, Relator para o acórdão o Ministro Ilmar Galvão, in DJU 30.05.97; RE nº 191.898, Relator o Ministro Sepúlveda Perence, in DJU 22.08.97.

³ Mendes, Gilmar Ferreira, O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional, Revista de Informação Legislativa, 2004, nº 162, pág. 157.

⁴ a redação é idêntica à do § 2º do art. 102, também alterado pela EC 45/2004.

⁵ "A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de norma determinada acerca das quais haja controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica".

⁶ Edilson Pereira Nobre Junior, in A jurisdição Constitucional e a Emenda Constitucional 45/04, Revista da AJURIS, nº 98, junho/2005, pág. 63.

2 VOZES CONTRÁRIAS À SÚMULA VINCULANTE

Francisco de Paula Sena Rebouças sustenta que, “O novo instituto colide com garantia constitucional expressa no art. 5º, XXXV: ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Uma súmula pretoriana não pode alcançar o que a lei não alcança. [...] Em resumo, impedir que determinada questão de direito seja livremente apreciada pelo julgador, obrigando o juiz a decidi-la num determinado sentido, equivale a excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito. Além disso, a súmula fará *tabula rasa* do direito à ampla defesa, porque estará restringindo a defesa com a exclusão do campo ou da tese de direito que ela prejudicou”,⁷ mesmo entendimento esposado por Ana Maria Goffi Scartezini, que critica o efeito vinculante das decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade⁸, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, considerando que, a despeito do efeito *erga omnes* do que é decidido, poucos são os que realmente podem atuar no processo de controle concentrado de constitucionalidade e, assim, trazer argumentos à defesa de sua posição.⁹

Luiz Flavio Gomes diz que se nem o legislador pode impor ao juiz que observe determinada interpretação do texto legal, muito menos o próprio Poder Judiciário pode fazê-lo, fazendo a súmula vinculante, destarte, *tábula rasa* da histórica advertência de Montesquieu, além de afrontar claramente o art. 2º da CF, que assegura a independência entre os Poderes e, em conseqüência, dos próprios juízes.¹⁰ Para Mario Antonio Sussmann, a instituição da súmula vinculante implica a eliminação, de um só golpe, do juiz monocrático, que passa a ser a *boca dos tribunais superiores*, impedindo inclusive a interposição recurso, na medida em que o juiz ou o Tribunal tem de decidir em conformidade com a Corte competente para o julgamento do recurso.¹¹

Eduardo Domingos Bottallo sustenta que a súmula vinculante não é a solução para aumentar os níveis de eficiência e celeridade da justiça brasileira, por caracterizar-se em clara e manifesta ingerência na atividade jurisdicional dos juízes e tribunais, implicando sua compulsória preordenação e conseqüente amesquinamento, trazendo em si o indesejável efeito de reduzir à subserviência a mais solene e nobre prerrogativa dos membros do Judiciário, que é a de poder julgar com independência, tomando por base tão-somente “os ditames do Direito e de suas consciências”.¹²

⁷ Os Caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do “Controle Externo” e da “Súmula Vinculadora” do Poder Judiciário, Revista dos Tribunais, nº 826, agosto de 2004, págs. 82/83.

⁸ hoje estendido também às ações diretas de inconstitucionalidade, por força da nova redação do art. 102, § 2º, da Constituição Federal.

⁹ A SÚMULA VINCULANTE – O contraditório e a ampla defesa, Revista de Processo, nº 120, fevereiro/2005, pág. 71.

¹⁰ Súmulas Vinculantes e Independência Judicial, Revista dos Tribunais, nº 739, maio de 1997, págs. 20/21. Mais recentemente, o mesmo jurista disse que “Ninguém pode impor ao juiz qualquer orientação sobre qual deve ser a interpretação mais correta. Aliás, é muito comum que um texto legal, pela sua literalidade confusa, permita mais de uma interpretação. De todas, deve prevalecer a que mais se coaduna com os princípios constitucionais (sobretudo o da razoabilidade). Mas o juiz sempre tem a liberdade de escolha, dentre todas as interpretações possíveis” (Súmula Vinculante, artigo disponível no site “Mundo Jurídico”, link www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto155.htm, pág. 2, acesso: 08/08/2005).

¹¹ Súmula Vinculante, Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Amazonas, vol. 4, fev - jun/2004, pág. 120.

¹² Súmula Vinculante e República, Revista do Advogado da AASP, São Paulo, 2005, nº 81, págs. 32/33.

Renato Marcão critica o novo instituto por levar à mitigação significativa dos limites da coisa julgada, impondo ao STF a incumbência de “dizer o direito em tese”, ou seja, de caráter genérico e universal, para a qual jamais foi investido, carecendo de legitimação democrática, além de configurar-se em perigoso desvio de sua tarefa de, resolvendo os casos concretos, dizer o direito a eles aplicável. Refere, ainda, equívoca a idéia de julgamento consoante os precedentes, buscando o julgador o caminho para sua decisão na prova e não na lei, não fazendo justiça o juiz que tiver de julgar manietado.¹³

Ronaldo Rebello de Britto Poletti advoga que a súmula, desde sua criação pelo STF em 1963, por obra de Victor Nunes Leal, sempre foi tida como simples orientação dos Tribunais superiores para os demais Tribunais e juízes inferiores, jamais uma imposição. Por isso, critica a súmula vinculante, que se caracteriza por ser um direito judicial, fundado na orientação da cúpula do Poder Judiciário, ao passo que nosso direito é processual, devendo o juiz julgar segundo a lei e não conforme sua bondade, nem de acordo com os precedentes, pois a norma é anterior à sentença, dela não resultando. Ademais, não compete ao Poder Judiciário dizer o direito em tese, mas compor os conflitos concretos que lhe são trazidos.¹⁴

Dayse Coelho de Almeida critica o novo instituto, dizendo que com ele “a justiça de primeiro grau ficará obviamente desprestigiada e o cidadão nenhum motivo terá para conformar-se com a sentença de primeiro grau enquanto o conteúdo de sua pretensão não for sumulado. Isto sem se falar que as ações impedidas pela súmula voltarão ao STF em igual ou maior número sobre (sic) as vestes da reclamação. Serão tantas as reclamações sobre descumprimento de súmula e sua interpretação equivocada que certamente a meta de ventilar os tribunais superiores será, rapidamente, esquecida pela impossibilidade fática”.¹⁵

Márcio Coimbra assevera que a adoção da súmula vinculante apenas jogará uma nuvem de fumaça sobre o verdadeiro problema, qual seja, a ausência de uma solução para um sem-número de manobras protelatórias ainda admitidas pelo nosso sistema jurídico e que, “cedo ou tarde, os operadores do Direito encontrarão formas legais de avançar com os mais diferentes tipos de recursos”, pelo que a medida só traria frutos se acompanhada de “profunda reforma jurídica, eliminando recursos protelatórios que de nada servem à sociedade”.¹⁶ No mesmo sentido a opinião de José Olindo Gil Barbosa, para quem “A simples alegativa de oferecer, com a adoção da súmula vinculante, uma maior celeridade aos feitos judiciais, com uma efetiva prestação jurisdicional, não pode prevalecer. É que, como sabemos,

¹³ Súmula Vinculante, disponível no site DireitoNet, link www.direitonet.com.br/artigos/x/21/62/2162/, pág. 5, acesso: 08/08/2005.

¹⁴ Súmula Vinculante, disponível no site da Universidade de Brasília, link www.unb.br/fd/colunas_Prof/ronaldo_poletti/poletti_08.htm, págs. 1/2, acesso: 08/08/2005.

¹⁵ Súmula vinculante, disponível no site da ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO, www.anamatra.org.br, link artigos, pág. 5, Acesso: 08/08/2005.

¹⁶ Súmula Vinculante e a Reforma do Judiciário, disponível no site www.legiscenter.com.br/materias.cfm?ident_materias=232, acesso: 08.08.2005.

o que entrava o desenlace do feito são o apego demasiado a formalidades e o nosso infindo sistema recursal”.¹⁷

Karl Engisch refere que “houve um tempo em que tranquilamente se asentou a idéia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente para garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os actos administrativos. Foi o tempo do iluminismo”¹⁸. Concepção essa, todavia, que, no século XIX, foi considerada impraticável, sendo totalmente abandonada no século XX. Atualmente, admite-se até mesmo o julgamento contra legem, desde que não seja contrário ao direito, como sustenta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem o “direito é círculo maior a ultrapassar a mera regra de lei”,¹⁹ razão pela qual, consoante Daniel Francisco Mitidiero, “ao órgão jurisdicional mostra-se lícito, desde que atento ao problema e em um procedimento discursivamente justificado, transbordar da lei, da mera legalidade, nunca, todavia, abre-se-lhe a possibilidade de soltar-se do justo, da juridicidade estatal”.²⁰

Eduardo Feld também discorda da inovação do legislador constituinte, porque “qualquer tipo de imposição sobre interpretação de normas torna-se inválida diante da infinita riqueza de casos possíveis mediante os quais as normas podem ser subsumidas”. Além disso, se somente a lei pode obrigar alguém, não se poderia submeter alguém “a um conjunto de normas emanadas de um poder não sujeito ao controle popular”. Finaliza dizendo que a súmula vinculante não pode nem deve ser respeitada, por ser inexistente, sob o ponto de vista ontológico; uma nulidade, sob a ótica constitucional; inaceitável no plano ético e, pelo prisma teleológico, “uma tentativa de reinstalar a ditadura no país, agora sob nova roupagem e nova direção”.²¹

3 VOZES FAVORÁVEIS À SÚMULA VINCULANTE

Saulo Ramos, com a autoridade de quem já foi Ministro da Justiça, qualifica-a como “instrumento de avanço no aperfeiçoamento técnico do controle de constitucionalidade em nosso país”, na medida em que poderá evitar julgamentos contraditórios sobre matéria constitucional, a despeito de decisão do STF pela

¹⁷ A Adoção da Súmula Vinculante no Sistema Judicial Brasileiro, disponível no site www.advogado.adv.br/artigos/2004/joseolindogilbarbosa/adoçãosumula.htm, acesso: 08.08.2005.

¹⁸ apud Mitidiero, Daniel Francisco, Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2005, pág. 82.

¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do Formalismo no Processo Civil, Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 2003, pág. 215.

²⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2005, págs. 82/83.

²¹ FELD, Eduardo. Súmula Vinculante: Uma Nova Abordagem, disponível no site <http://www.carb.ufba.br/sumulavinculante-eduardo.html>, pág. 1, acesso: 08/08/2005.

constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada disposição legal²²; na mesma senda o pensamento de Alexandre Sormani²³ e de Antonio de Souza Prudente.²⁴

Sergio Bermudes defende que o ideal seria que cada causa fosse julgada como se única fosse, permitindo-se tantos recursos fossem necessários, chegando cada demanda aos mais altos Tribunais, o que, entretanto, é inviável em um país com tamanhos conflitos que deságuam no Poder Judiciário diariamente, com a sucessão de discussões acerca da aplicação de normas processuais, tributárias, constitucionais, provocando o abarrotamento de juízos inferiores e das Cortes. Sustenta, pois, com base na *teoria da vontade estatal*, que atribui ao Poder Judiciário a missão de eliminar os conflitos com a pacificação social, e não a de atender ao interesse particular das partes, a instituição do precedente obrigatório, para reduzir a massa de processos que sufocam o Poder Judiciário, hoje logrando apenas atender aos casos urgentes, ficando os demais em plano secundário.²⁵

Trata-se, segundo José Rogério Cruz e Tucci, de mecanismo concebido para a agilização de julgamentos, em decorrência do óbice à reprodução de demandas fulcradas em teses jurídicas já pacificadas na jurisprudência, reconhecida como única solução, ao menos no curto prazo, para minimizar a grave crise causada pela justiça prestada a destempo, a despeito dos que pensam em contrário, sustentando que o efeito vinculante da súmula romperia o dogma da separação de poderes e produziria a estratificação e engessamento da atividade judicial.²⁶

Cândido Rangel Dinamarco, ainda antes da vigência da EC 45/2004, apontava a necessidade da implantação da súmula vinculante em vista da morosidade da Justiça brasileira como decorrência da repetição de teses jurídicas presentes em causas e recursos à espera de julgamento, comprometendo gravemente a atuação do STF e o STJ, sendo o instituto “o único expediente promissor até hoje cogitado para debelar o mal da repetitividade das teses jurídicas presentes em muitos milhares de casos a julgar em todas as instâncias. Rebate a acusação dos que dizem que a súmula vinculante ofenderia a separação dos poderes com o argumento de que esse princípio deve atender “ao equilíbrio que cada sistema constitucional estabelece (*checks and balances*) e cada Constituição define soberanamente esse equilíbrio segundo as legítimas conveniências do lugar e do tempo”.²⁷

²² Súmula Vinculante, Revista Jurídica Consulex, ano VIII, nº 175, 30/04/2004, págs. 52/53. O articulista refere o caso de decisão do STF sobre a auto-aplicabilidade do disposto no art. 201, § 2º, da Constituição Federal, que, todavia, não foi seguida pelo TRF da 4ª Região, deixando, assim, de ser aplicada em um processo cujo autor interpôs a destempo recurso extraordinário e, assim, transitou em julgado a decisão que lhe negou o benefício equivalente a um salário mínimo. Episódio que não teria ocorrido se já na época houvesse a súmula vinculante, pois tanto o Tribunal da 4ª Região como a autoridade administrativa teria observado o decidido pelo STF.

²³ Súmula vinculante – Dispositivo não suprime a liberdade de convicção do juiz, disponível na Internet, link <http://conjur.estadao.com.br/static/text/33583.1>, acesso: 08/08/2005.

²⁴ Súmula Vinculante e a Tutela do Controle Difuso de Constitucionalidade, Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nº 4, ano 16, abril/2004, págs. 21/22.

²⁵ A Súmula Vinculante e a Independência Jurídica do Juiz, Revista da ESMape, Recife, out/dez-1997, vol. 2, nº 6, págs. 395/396.

²⁶ O problema da lentidão da justiça e a questão da súmula vinculante, Revista do Advogado da AASP, São Paulo, 2004, nº 75, pág. 75.

²⁷ Instituições de Direito Processual Civil, Malheiros Editores, 4ª edição, São Paulo, 2004, vol. I, pág. 291.

Na mesma senda, aliás, o magistério de Marco Antonio de Barros, quando refere que não há ofensa ao princípio da separação dos poderes, vez que um dos Poderes (Legislativo), emendando a Constituição, atribui ao STF (portanto, a outro Poder) a competência de editar súmulas que vinculem os juízos inferiores, sendo que aquele não criará novas regras, limitando-se a firmar o “entendimento a ser adotado em casos semelhantes e repetitivos”, não havendo, portanto, falar em atropelo das “atividades que lhe são inerentes (do Legislativo)”, muito menos em “superposição de poderes”.²⁸

Nagib Slaibi Filho rebate as críticas de que a súmula vinculante atentará contra a independência funcional dos juízes de primeiro grau e dos tribunais inferiores, pois “mesmo os liberais clássicos nunca chegaram a dizer que a lei genérica e abstrata restringe a capacidade de julgar dos magistrados”. Além disso, assevera que a súmula, vinculante ou não, é um enunciado gráfico, não eximindo a interpretação de quem a vai aplicar no caso concreto.²⁹

Teresa Arruda Alvim Wambier tem as súmulas vinculantes como “uma das possíveis saídas para o problema do asoeramento de trabalho do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, é método que contribui para o prestígio de valores como o da *estabilidade* e o da *previsibilidade*”. Rebate o argumento de que ela afrontaria a separação dos poderes, princípio basilar do Estado brasileiro, pelo simples fato de que decisões judiciais totalmente diversas para casos absolutamente iguais não fazem desaparecer os princípios da isonomia e da legalidade.³⁰

4 A DEFESA DO NOVO INSTITUTO

As críticas à súmula vinculante, de forma alguma, não prosperam.

Primeiro, porque ela não irá abalar a independência do juiz, que poderá julgar contrariamente à súmula vinculante, sem a ameaça de sofrer qualquer consequência pessoal, pois a perda do cargo na hipótese de descumprimento da súmula por parte do juiz, prevista originalmente na proposta de emenda constitucional, não foi acatada pelo Poder Legislativo na redação final da EC 45/2004.

Quando muito, a decisão do juiz ou do Tribunal, assim como o ato administrativo, que afrontarem a súmula vinculante estarão sujeitos à reclamação diretamente ao STF, instituto existente justamente para preservar a autoridade da Suprema Corte, consoante o disposto nos arts. 102, I, I e 103-A, § 3º, da Constituição Federal e art. 7º da Lei nº 11.417/2006.³¹

²⁸ Anotações sobre o Efeito Vinculante, Revista dos Tribunais, vol. 735, janeiro/1997, pág. 105.

²⁹ Notas sobre a súmula vinculante no direito brasileiro, Revista Forense, nº 342, pág. 562. Também essa é a opinião de Sergio Bermudes, para quem a “súmula vinculante não fará o juiz menos livre do que é no sistema da legalidade estrita. A súmula atua como norma de natureza interpretativa. Caberá ao juiz, diante da realidade processual, decidir se ela incide, e então aplicá-la, obrigatoriamente, tal como faz com a lei, ainda quando ela não reflita a sua convicção científica, mesmo quando a opção ideológica da norma não corresponda ao valor que o juiz daria ao fato por ela regrado” (A Súmula Vinculante e a Independência Jurídica do Juiz, Revista da ESMape, Recife, out/dez-1997, vol. 2, nº 6, págs. 400/401).

³⁰ Súmula Vinculante: Desastre ou Solução?, in Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Revista do Processo, nº 98, págs. 295/296.

³¹ o dispositivo ressalva, também, a possibilidade do uso dos recursos e outros meios admissíveis de impugnação.

Do mesmo modo, não há falar em afronta ao princípio da separação dos poderes, considerando que o STF não estará legislando, mas apenas, no exercício de sua missão de guardião da Constituição, dizendo qual a interpretação correta para determinada norma, em decorrência do exame de casos concretos levados à sua apreciação.

Certo, ainda assim poder-se-ia dizer que o STF estaria exercendo uma espécie de atividade legislativa, na medida em que ditaria uma única interpretação para determinada lei ou ato normativo, para o que não teria legitimidade, por ser aquela exclusiva dos legisladores eleitos pelo povo. Todavia, aqui surge a necessidade, de *lege ferenda*, de ser aprimorada a escolha dos Ministros da Suprema Corte, que deve ser cada vez mais transparente.³²

Ainda que prevaleça o componente político na escolha dos juízes de um Tribunal Constitucional (atribuição cada vez mais preponderante do STF, especialmente após a Constituição Federal de 1988), justamente em vista da sua função de guardião da Constituição, impõe-se que a sociedade civil dela participe ativamente, como ocorre especialmente nos Estados Unidos, onde vários são os casos de indicações à Corte Suprema retiradas pelo Presidente em vista de denúncias e pressões levadas a efeito pela opinião pública.³³

Sobre o assunto, Luciano André Losekan, depois de analisar a composição das Cortes Constitucionais austríaca, alemã e portuguesa, onde parte de seus integrantes são magistrados de carreira,³⁴ sustenta que a indicação dos Ministros do STF exclusivamente pelo Presidente da República impõe à Suprema Corte “o viés político e ideológico que mais lhe convenha, sem que atente, por vezes, para a necessidade de que a atividade do tribunal seja movida não tanto pela ‘sensibilidade política’ (e aqui nos referimos a uma sensibilidade político-partidária), mas sim pela necessidade (jurídica) de concretização dos valores constitucionais escolhidos pelo legislador constituinte, especialmente diante do já mencionado duplo papel que o STF exerce na estrutura judiciária nacional”, o que tem se demonstrado preocupante, advogando, assim, que um terço dos integrantes do STF seja formado por juízes profissionais, o que seria não só salutar, mas serviria para a “conformação de um tribunal do qual se exige que, em suas tarefas de concretização da Constituição, seja a um só tempo soberbo e, ao mesmo tempo, contido, emprestando-lhe um equilíbrio saudável, necessário à consolidação da democracia e dos valores que lhe são inerentes”.³⁵

³² Nesse sentido o magistério de Tereza Arruda Alvim Wambier, obra citada, pág. 306.

³³ poder-se-ia, por exemplo, adotar-se um procedimento similar ao do art. 7, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que admite a intervenção do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade, além da realização de audiências públicas pelo Senado Federal, que hoje se limita à arguição do indicado pelo Presidente da República, conforme o art. 383 de seu Regimento, sendo a votação do indicado secreta. Procedimento esse que, ao longo da história da Câmara Alto do parlamento pátrio, tem-se mostrado como mera formalidade, haja vista que até hoje não houve recusa de qualquer nome indicado ao STF. Seria o caso, especialmente, de permitir a atuação efetiva da Ordem dos Advogados do Brasil, da Associação de Magistrados Brasileiros e de outras entidades representativas da sociedade civil, que pudessem colaborar para uma maior legitimação da escolha dos Ministros do STF.

³⁴ A Reforma do Poder Judiciário: a composição do Supremo Tribunal Federal e a forma de nomeação de seus Ministros, Revista da AJURIS, nº 90, 2003, pág. 211. Segundo o articulista, na Austria, o Tribunal Constitucional é composto por 14 juízes titulares e 6 suplentes, dos quais 6 e 3, respectivamente, são escolhidos pelo Governo Federal entre magistrados, funcionários administrativos e catedráticos de faculdades de Direito e Ciências Políticas; na Alemanha, a Corte Constitucional é composta por 16 juízes divididos em dois Senados, sendo que cada um deles deve ter pelo menos 3 juízes dos Tribunais Superiores; já em Portugal, 6 dos 13 juízes devem ser recrutados entre magistrados de carreira, sem obrigatoriedade de pertencerem a Tribunais Superiores (págs. 206, 208 e 210).

³⁵ *idem*, *ibidem*.

Além disso, se as decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade abstrato já gozam de efeito vinculante,³⁶ razão alguma existe para que as decisões da mesma Corte no controle difuso de constitucionalidade não tenham o mesmo efeito. Ainda mais porque a súmula precisa de oito votos favoráveis, quorum superior aos seis exigidos para os demais casos.

Não se olvide que, para o efeito vinculante de que trata o art. 102, § 3º, da Constituição Federal, basta o voto de seis Ministros do STF (observados os arts. 22 a 24 da Lei nº 9.868/99)³⁷ no sentido de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. E isso num único julgamento. Já para a edição da súmula vinculante, faz-se necessário um quorum mais qualificado, ou seja, que oito Ministros votem no sentido da vinculação, ainda que o quorum para a decisão da causa seja inferior, pois para a declaração de inconstitucionalidade incidental basta que seis Ministros votem nesse sentido. A vinculação, assim, não é automática, como ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, aliado ao fato de que a súmula não poderá decorrer de um único julgamento, mas de reiteradas decisões sobre a mesma questão constitucional.³⁸

Ainda, numa época em que as demandas idênticas repetem-se indefinidamente, especialmente naquelas aforadas contra o Poder Público, abarrotando os juízos e Tribunais, inclusive o STF, mostra-se razoável a edição da súmula vinculante, justamente para impedir julgamentos contrários ao decidido várias vezes pela Suprema Corte. Com isso evita-se que o STF tenha de decidir milhares de vezes a mesma questão constitucional, como tem ocorrido.

E, especialmente, impedem-se julgamentos contraditórios sobre a mesma matéria, com sensível descrédito e deslegitimação do Poder Judiciário, pois os

³⁶ desde a EC 03/93, em relação à ação declaratória de constitucionalidade, e desde a Lei nº 9.868/99 (art. 28, § único) quanto à ação direta de inconstitucionalidade, à interpretação conforme e à inconstitucionalidade sem redução de texto.

³⁷ O art. 23 e seu § único e o art. 24 da lei nº 9.868/99 traçam uma distinção entre o controle concentrado de constitucionalidade e o controle difuso. Nesse, deixa o legislador aos regimentos internos dos Tribunais a liberdade de fixar quorum mínimo para a deliberação de matéria constitucional que, no STF, é de oito ministros. Assim, se houver quorum para deliberação e não houver maioria absoluta de votos (seis, no STF) pela inconstitucionalidade, o incidente argüido é julgado improcedente. No controle concentrado, entretanto, instituiu-se o caráter dúplice das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, pois o legislador exige a manifestação de no mínimo seis ministros pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. O quorum mínimo para julgamento é de oito Ministros. Todavia, não alcançados, entre oito votos, seis pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade, devem ser chamados os demais até que se atinja aquele número, pelo que, em sendo necessário, todos os Ministros do STF devem proferir voto. Portanto, nos termos do art. 24, se uma ação direta de inconstitucionalidade é julgada improcedente, seis ministros deverão votar pela constitucionalidade da norma; a contrario sensu, se a ação declaratória é julgada improcedente, deverá haver seis votos pela inconstitucionalidade. No primeiro caso, dispensado estará o ajuizamento da ação declaratória e, no segundo, da ação direta.

³⁸ como bem refere Alexandre Sormani, "Não será vinculante toda e qualquer súmula, mas somente aquela que, em se tratando de matéria constitucional, houver de receber tal efeito mediante a decisão de dois terços do Ministros do STF. Obviamente, os votos pela vinculação ou não da súmula – como todo voto judicial – deverá ser fundamentado, sob pena de nulidade. Na fundamentação, o ministro estabelecerá se o caso tem a justificativa de pacificar os conflitos sobre a matéria, de modo que a atribuição do efeito vinculante não é de natureza arbitrária, mas sim fundamentada. O mesmo se diga na votação para a conversão das súmulas já existentes, autorizada pelo artigo 8º da Emenda Constitucional 45/04" (obra citada, págs. 2/3).

leigos em direito não entendem como uma mesma questão possa ser decidida, definitivamente, de forma diversa, ainda que por juízes ou tribunais diversos.³⁹

Não há, também, risco de cristalização excessiva da jurisprudência sumulada do STF, pois assim como é possível a edição da própria súmula, também viável a sua revisão ou o cancelamento, na hipótese de alteração do pensamento do Tribunal, resultante da mudança, bastante possível, das circunstâncias de que resultou a vinculação.⁴⁰

Procedimento esse que poderá ser iniciado de ofício, decorrente de manifestação de qualquer Ministro do STF,⁴¹ mas também por provocação não só de qualquer dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (103-A, § 2º, da Constituição Federal), mas também dos incluídos pelo art. 3º, VI, XI e § 1º, da Lei nº 11.417/2006.⁴² Além disso, admite-se, nos termos do § 2º do art. 3º, a manifestação de terceiros na questão, os chamados *amicus curiae*, figura prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que trata do controle concentrado de constitucionalidade.

6 O OBJETO DA SÚMULA VINCULANTE

Conforme dispõe claramente o *caput* do art. 103-A, da Constituição Federal, e art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.417/2006, a súmula vinculante deverá versar, exclusivamente, sobre matéria constitucional, não podendo ser sumulada, portanto, questão atinente à interpretação de norma infraconstitucional, o que implicaria subtração da competência do Superior Tribunal de Justiça, ao qual, aliás, o legislador constituinte não quis atribuir a competência para editar súmulas vinculantes sobre matéria por ele decidida.

Além disso, a questão constitucional versada na súmula deverá ser de tamanha relevância em vista de controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre

³⁹ Já disse, ao comentar o art. 555, § 1º, do CPC, introduzido pela Lei nº 10.352/01, que a alteração legislativa visava à uniformização de julgamentos sobre questão de direito, no seio de determinada Corte, à semelhança do disposto no art. 22 do RISTF, citando inclusive exemplo de divergência que grassou por vários anos nas duas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça gaúcho com competência para julgar questões relativas a servidores públicos, relativamente à aplicação da Lei Estadual nº 10.395/95, gerando situações insólitas, inclusive casos de servidores estaduais detentores do mesmo cargo e que ingressaram no mesmo concurso, trabalhando na mesma repartição, com vencimentos diversos, porque um deles obteve a integralidades dos reajustes e outro não, problema que não teria ocorrido se, desde os primeiros julgamentos, as duas Câmaras tivessem uniformizado sua jurisprudência sobre matéria de tamanha relevância (As Novas Regras dos Recursos no Processo Civil e outras Alterações – Leis nº 10.352 e 10.358, de 2001, e 10.444, de 2002, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, págs. 71/72).

⁴⁰ também a mudança da norma legal em que se baseou a súmula poderá implicar sua revisão ou cancelamento, nos termos do art. 5º da Lei nº 11.417/2006.

⁴¹ por exemplo, no julgamento de reclamação ajuizada contra decisão judicial ou ato administrativo descumpridor da súmula vinculante.

⁴² são eles o Defensor Público-Geral da União (inc. VI), os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares (inc. XI) e os Municípios (§ 1º). Logicamente, em relação aos legitimados nos incs. VIII, IX e X, deve haver pertinência temática, já exigida pela jurisprudência do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade. O mesmo irá ocorrer com os Tribunais. Assim, Assim, por exemplo, não poderá um Tribunal Militar pretender a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante em matéria tributária, para a qual não detém competência. O Município não tem legitimidade para propor a edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante diretamente ao STF, mas apenas incidentalmente, em processo em que, sendo parte, seja discutida matéria constitucional, hipótese em que não haverá suspensão do processo.

esses e a administração pública, gerando grave insegurança jurídica e importante multiplicação de processos sobre questão polêmica.

Não será, pois, objeto da súmula vinculante, qualquer questão constitucional. Terá de ser extremamente importante, gerando divergência entre diversos juízos ou tribunais ou entre eles e a administração pública, mas, além disso, provocando situação que beire o caos jurídico, somada à proliferação de processos sobre a mesma questão. Todos esses requisitos, segundo o § 1º do art. 103-A, da Constituição Federal, terão de coexistir.

A redação do citado dispositivo parece ter-se inspirado no art. 14, III, da Lei nº 9.868/99, que exige, para o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, a demonstração, pelo autor, *da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória*, que Gilmar Mendes chama de legitimação para agir in concreto, à semelhança do direito alemão, ou seja, a caracterização de situação apta a afetar a presunção de constitucionalidade, apanágio da lei. Situação essa de incerteza pode apresentar-se por diversas formas, seja mediante posicionamentos da jurisdição ordinária por seus diversos órgãos pela inconstitucionalidade da norma, seja por julgamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legitimidade daquela. Note-se que o legislador é claro quando se refere à **controvérsia judicial**, o que implica dizer que ela tem de situar-se no Poder Judiciário. Não basta, assim, haver discussões sobre o aplicação da lei ou ato normativo federal na esfera administrativa. E, não havendo dúvida ou controvérsia relevante, inviável conhecer da ação declaratória.⁴³ Tal exigência, diga-se de passagem, o STF já fazia antes mesmo da vigência do diploma legal referido, como se vê do acórdão proferido na ADC (Medida Cautelar) nº 8, que dizia respeito à contribuição previdenciária de servidores ativos, inativos e pensionistas, prevista na lei federal nº 9.783/99.⁴⁴

Na súmula vinculante, no entanto, a divergência quanto à validade, interpretação ou a eficácia de determinada norma não precisará estar restrita à esfera judicial, podendo existir, do mesmo modo, entre decisões judiciais e a administração pública. Isso significa que o STF poderá editar uma súmula vinculante não só quando houver decisões judiciais contraditórias sobre uma mesma questão, mas também na hipótese de decisões judiciais unicamente num sentido contrariamente ao entendimento da administração pública.⁴⁵

Em verdade, a redação do caput e do § 1º do art. 103-A, reproduzida pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.417/2006, restringe bastante a possibilidade da edição

⁴³ Jurisdição Constitucional, Ed. Saraiva, 4ª edição, São Paulo, 2004, págs. 172/173. Discordamos, todavia, do eminente jurista, pois a exigência legal não diz respeito à legitimidade do autor, mas sim ao interesse de vir a juízo. Assim, por exemplo, o Presidente da República, a despeito da legitimidade para a propositura da ADC, pode não demonstrar o interesse em propô-la, se não lograr atender ao disposto no art. 14, III, da Lei nº 9.868/99.

⁴⁴ Plenário Relator o Min. CELSO DE MELLO, julgada em 13/10/1999, in DJU 04-04-2003, pág. 38.

⁴⁵ aqui reside, a nosso ver, a grande utilidade da súmula vinculante, pois a decisão do STF pela sua edição vinculará a administração pública, que não poderá, em tese, deixar de cumpri-la, com o que se evitará o ajuizamento de novos processos para a discussão da questão sumulada.

da súmula vinculante, talvez até em função das críticas endereçadas ao instituto quando ainda em tramitação no Congresso Nacional a proposta de Reforma do Poder Judiciário. Dificilmente, pois, será objeto de súmula vinculante uma questão que diga respeito ao direito privado, haja vista a necessidade de dizer respeito à matéria constitucional. Ademais, as relações de direito privado não geram uma multiplicação tão absurda de demandas em juízo, e raramente são absolutamente idênticas.

Decididamente, a súmula deverá dizer respeito a discussões sobre matérias tributária, previdenciária, servidores públicos, etc., normalmente reguladas pela Constituição Federal, e que produzem um número enorme de causas em juízo, e que por sua própria natureza são, realmente, iguais, permitindo, portanto, sejam objeto de decisão com efeito vinculante.

7 OS EFEITOS DA SÚMULA VINCULANTE

Como prescreve o art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal, a súmula *terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*.

Até a EC 45/2004, o efeito vinculante das decisões do STF estavam restritas, pelo texto constitucional (art. 102, § 2º), às proferidas na ação declaratória de constitucionalidade, estendido aquele pelo art. 28, § único, da Lei nº 9.868/99, à *declaração de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, disposição, como já referido, de discutível constitucionalidade.

Não havia, portanto, efeito vinculante quanto às decisões do STF no controle concreto ou incidental de constitucionalidade, em que pese o § único do art. 481 do CPC, introduzido pela Lei nº 9.756/98, já apontasse nessa direção, à medida que vedado (ou ao menos dispensados) aos órgãos fracionários dos tribunais submeterem ao Plenário ou Órgão Especial das respectivas Cortes questão constitucional já apreciada pela Suprema Corte.⁴⁶

Ademais, conforme o texto anterior do § 2º do art. 102 da Constituição Federal, a vinculação estava restrita aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, ao passo que a Lei nº 9.868/99 ampliou-a para a *administração pública federal, estadual e municipal*, redação que se manteve, em substância, no novo art. 103-A, *caput*. De qualquer sorte, para evitar dúvidas, incluiu-se as expressões *direta e indireta* após *administração pública*, para deixar claro que qualquer ente da administração, inclusive as empresas públicas e sociedades de economia mista, serão atingidas pelo efeito vinculante da súmula.

Relativamente ao Poder Judiciário, não somente seus órgãos jurisdicionais estarão sujeitos ao efeito vinculante, mas as suas decisões administrativas, pois

⁴⁶ o que não impede, ao menos em tese, que os Tribunais decidam, suscitado o incidente de inconstitucionalidade, contrariamente à decisão do plenário do STF.

também esse Poder inclui-se no conceito de *administração pública direta*, seja federal, seja estadual.

No entanto, consoante decidiu o STF no Agravo Regimental na Reclamação nº 2617 (Plenário, Relator o Ministro Cezar Peluso, julgado em 23.02.05, in DJU 20.05.05, pág. 7, unânime), a função legislativa não é atingida pelo efeito vinculante da decisão da Suprema Corte no controle concentrado de constitucionalidade⁴⁷, o que significa dizer que o Poder Legislativo poderá promulgar lei com o mesmo conteúdo de outra declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

Solução essa que sofreu a crítica de Edilson Pereira Nobre Junior, para quem somente o STF, “vinculado a princípio pela autoridade de sua decisão, poderá, no futuro, assumir outra postura, mas, mesmo assim, desde que haja expressiva mutação das circunstâncias sociais existentes quando da decisão, ou das compreensões jurídicas então predominantes”.⁴⁸

Realmente, tem razão o STF, pois o art. 102, § 2º, da Constituição Federal, antes da EC 45/2004, não se referia ao Legislativo, mas apenas aos Poderes Judiciário e Executivo. Já o art. 28, § único, da Lei nº 9.868/99, fazia menção apenas à administração pública, redação não alterada substancialmente pelo novo art. 103-A, *caput*.

Ademais, como bem disse o Ministro Peluso em seu voto no acórdão citado, “o postulado da segurança jurídica⁴⁹ acabaria, contra uma correta interpretação constitucional sistemático-teleológica, sacrificando, em relação às leis futuras, a própria justiça. Por outro lado, tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. E, como razão de não menor tomo, a proibição erigiria mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da *fossilização da Constituição*”.⁵⁰

⁴⁷ É a seguinte a ementa do acórdão: “INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia erga omnes, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão”.

⁴⁸ A jurisdição Constitucional e a Emenda Constitucional 45/04, Revista da AJURIS, nº 98, junho/2005, pág. 58.

⁴⁹ com que muitos argumentam a favor da vinculação do legislativo às decisões do STF no controle de constitucionalidade.

⁵⁰ Note-se que o acórdão não faz qualquer referência ao art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal, a despeito de o julgamento já ter sido realizado na vigência da EC 45/2004, justamente porque não houve mudança substancial na redação do § único do art. 28 da lei nº 9.868/99.

Um único reparo, entretanto, deve ser feito aos fundamentos do acórdão, pois a não-vinculação do Poder Legislativo diz respeito apenas à sua atividade política, ou seja, a de legislar. Entretanto, quando o Poder Legislativo pratica atos administrativos, está vinculado à súmula, vez que abrangido pelo conceito de administração pública, como já referido em relação ao Poder Judiciário.

Ressalte-se, por último, que a teor do art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.417/2006, a eficácia da súmula vinculante inicia com sua publicação na imprensa oficial, que deve ocorrer no prazo de dez dias após a sessão que deliberar a respeito da edição, o mesmo ocorrendo com a sua revisão ou cancelamento (art. 2º, § 4º). Todavia, conforme o art. 4º da mesma lei, o STF poderá, por decisão de pelo menos oito Ministros, *restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público*.⁵¹

8 O REMÉDIO CONTRA O DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE

A despeito do efeito vinculante da súmula, na prática ela não impede o juiz ou Tribunal, assim como a administração pública, de proferir decisão ou expedir ato administrativo em sentido contrário ao teor daquela.

Quanto aos juízes e Tribunais, como já foi dito, não foi incluído no texto constitucional a possibilidade de perda do cargo para aquele que julgasse contra a súmula vinculante, como inicialmente se pretendeu, o que seria, convenhamos, verdadeiro absurdo.

Do mesmo modo, a administração pública, ainda que dela se espere acatamento à decisão do STF, Corte que tem a missão de dar a última palavra (ainda que possa não ser a melhor)⁵² em matéria constitucional, poderá deixar de cumprir o que foi decidido.

Por isso, o constituinte incluiu no § 3º do art. 103-A a possibilidade de que, contra decisão judicial ou administrativa que inobserve a súmula vinculante, seja aforada, diretamente no STF, reclamação, instituto previsto pela Constituição Federal, art. 102, I, l, para preservar a autoridade de suas decisões.⁵³

Dessa forma, em se tratando de decisão judicial contrária à súmula vinculante, será desnecessário o esgotamento de todas as vias recursais, podendo o STF ser acionado diretamente, com manifesta economia de tempo.⁵⁴ Portanto, se um juiz de primeiro grau descumprir uma súmula vinculante, em decisão interlocutória, não será preciso à parte prejudicada interpor agravo de instrumento

⁵¹ trata-se de disposição similar à do art. 27 da Lei nº 9.868/98.

⁵² bem refere Edilson Pereira Nobre Junior (A jurisdição Constitucional e a Emenda Constitucional 45/04, Revista da AJURIS, nº 98, junho/2005, pág. 64), que "a eficácia da súmula vinculante [...] está condicionada à conformação (e muitas vez, humildade), por parte da Administração e do Judiciário, quanto aos entendimentos do Supremo Tribunal Federal, órgão que, na qualidade de guardião da uniformidade interpretativa da Lei Maior, não está isento de cometer equívocos, mas possui o atributo de errar por último.

⁵³ o art. 105, I, f, da Constituição Federal, também atribui ao STJ o julgamento da reclamação para a preservação da autoridade de suas decisões.

⁵⁴ O art. 7º, *caput*, da Lei nº 11.417/2006, prevê que a parte poderá questionar a decisão judicial ou ato administrativo contrário à súmula pela via recursal ou outros meios admissíveis de impugnação. Disposição por certo introduzida pelo legislador ordinário para impedir, em vista da omissão do art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal, o estrangulamento do STF com milhares de reclamações. Fica claro, pois, que a reclamação não é a única forma, mas uma delas, de atacar o descumprimento da súmula vinculante.

e, se esse for desprovido, recurso extraordinário, podendo reclamar diretamente à Suprema Corte.

A reclamação também poderá ser manejada quando se tratar de ato administrativo proferido em descumprimento à súmula vinculante, ainda que, antes disso, a parte deva esgotar as vias administrativas, nos termos do art. 7º, § 1º, da Lei nº 11.417/2006.⁵⁵ Note-se que, como dispõe o final do *caput* do artigo, a parte também poderá atacar o ato administrativo na via judicial ordinária, usando dos meios admissíveis de impugnação - processo de conhecimento ou mandado de segurança.

Julgando procedente a reclamação, o STF cassará a decisão judicial ou anulará o ato administrativo e, na primeira hipótese, determinará que outra decisão seja proferida, *com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso*. Possível, porém, seja julgada improcedente a reclamação, em vista da revisão ou cancelamento da súmula vinculante, convencendo-se a Suprema Corte dos fundamentos da decisão reclamada, o que põe por terra as críticas dos que acenam com o risco de petrificação da jurisprudência, em função da edição da súmula vinculante.

A crítica que se faz aqui é que seria mais razoável ao STF, em julgando procedente a reclamação, proferir desde logo a decisão que substituísse a reclamada, como, aliás, permite o art. 161, III, do RISTF.⁵⁶ Não há sentido em determinar que o juiz ou Tribunal que descumpriu a súmula profira nova decisão. Até porque pode vir a ocorrer que a segunda decisão, mais uma vez, descumpra o decidido na reclamação, ainda mais porque ausente previsão de punição ao juiz que assim o fizer. Situação esdrúxula que se poderá repetir indefinidamente, de modo algum recomendável.

Mais contundente, no entanto, é a crítica que se endereça à solução para o ato administrativo que não observar a súmula vinculante, pois nesse caso o § 3º do art. 103-A (repetido pelo art. 7º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006), dispõe que, julgada procedente a reclamação, limitar-se-á o STF a anular aquele, sem qualquer outra consequência, pois a parte final do dispositivo em questão, quando diz que *determinará que outra seja proferida*, por estar no feminino, refere-se apenas à decisão judicial, não ao ato administrativo.

Por certo, a jurisprudência do STF corrigirá o equívoco do legislador, pois se mantiver a interpretação literal do dispositivo constitucional, perder-se-á uma das vantagens da súmula vinculante, que é justamente a de diminuir o número

⁵⁵ Trata-se de disposição de duvidosa constitucionalidade, em vista do que dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que assegura o acesso irrestrito ao Poder Judiciário, sem exigência de esgotamento da via administrativa. De qualquer sorte, só se poderá exigir que a parte esgote a via administrativa em havendo recurso com efeito suspensivo, pois seria absurdo que alguém fosse prejudicado por uma decisão administrativa contrária a uma súmula vinculante e tivesse de, antes de recorrer ao STF, sujeitar-se ao prejuízo decorrente da decisão. Pensamos que o dispositivo em questão deve ser interpretado do mesmo modo que o art. 5º, I, da Lei nº 1.533/51. Ou seja, se interposto recurso com efeito suspensivo, não poderá ser ajuizada a reclamação. Todavia, não havendo recurso com efeito suspensivo ou mesmo estando à disposição do interessado, mas não sendo interposto, poderá ocorrer o imediato recurso ao Poder Judiciário.

⁵⁶ no mesmo sentido, RISTJ, art. 191.

de processos sobre questões repetidas e, logicamente, de recursos à Suprema Corte. Assim, julgada procedente a reclamação, deverá o STF não só anular o ato administrativo, mas proferir decisão substitutiva do ato ou, pelo menos, fixar prazo para que outro seja expedido em observância à súmula.

9 CONCLUSÕES

Em síntese, pode-se dizer que a súmula vinculante, desde que utilizada com extrema prudência, é inovação salutar e absolutamente necessária para pôr cobro à proliferação insensata do número de demandas que sufocam o Poder Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal, especialmente aquelas que tratam de questões idênticas e que, até para maior legitimidade e respeitabilidade do Poder, exigem soluções idênticas para todos aqueles que mantêm, mormente em relação à administração pública, a mesma relação jurídica de direito material.

Além disso, tal instituto não fere a independência do juiz que, a despeito de não ser recomendável, não fica obrigado a julgar conforme a súmula vinculante, nem será por isso punido na esfera funcional.

Do mesmo modo, não caracteriza a edição da súmula vinculante intromissão indevida do Poder Judiciário nas atribuições do Poder Legislativo, ou seja, ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes, vez que se limitará o STF, exercendo sua legítima atribuição de guardião da Constituição Federal, a dizer qual a mais adequada interpretação para determinada disposição constitucional posta em juízo.

Por fim, não haverá risco de cristalização da jurisprudência sumulada do STF, pois sempre será possível, pelo amplo leque de legitimados (art. 3º da Lei nº 11.417/2006), assim como na hipótese de reclamação contra o descumprimento de determinada súmula vinculante, a rediscussão da questão constitucional sumulada e, por conseqüência, o cancelamento ou revisão do enunciado.

Espera-se, de qualquer sorte, o enriquecimento necessário do instituto pela obra de todos os operadores do direito.

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Dayse Coelho, *Súmula vinculante*, disponível no site da ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO, www.anamatra.org.br, link artigos, Acesso: 08/08/2005.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Do Formalismo no Processo Civil*, Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 2003.

BARBOSA, José Olindo Gil, *A Adoção da Súmula Vinculante no Sistema Judicial Brasileiro*, disponível no site www.advogado.adu.br/artigos/2004/joseolindogilbarbosa/adoçãosumula.htm, acesso: 08.08.2005.

BARROS, Marco Antonio, *Anotações sobre o Efeito Vinculante*, *Revista dos Tribunais*, vol. 735, janeiro/1997, págs. 100/106.

BERMUDES, Sergio, *A Súmula Vinculante e a Independência Jurídica do Juiz*, *Revista da ESMape*, Recife, out/dez-1997, vol. 2, nº 6, págs. 391/404.

COIMBRA, Marcio, *Súmula Vinculante e a Reforma do Judiciário*, disponível no site www.legiscenter.com.br/materias.cfm?ident_materias=232, acesso: 08.08.2005.

BOTTALLO, Eduardo Domingos, *Súmula Vinculante e República*, *Revista do Advogado da AASP*, São Paulo, 2005, nº 81, págs. 29/33.

CRUZ e TUCCI, José Rogério, *O problema da lentidão da justiça e a questão da súmula vinculante*, *Revista do Advogado da AASP*, São Paulo, 2004, nº 75, págs. 73/77.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, Malheiros Editores, 4ª edição, São Paulo, 2004, vol. I.

FARIA Getulio Silva Ferreira de, *O retrocesso da Súmula Vinculante*, disponível no site www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=453, acesso: 08/08/2005.

FELD, Eduardo, *Súmula Vinculante: Uma Nova Abordagem*, disponível no site <http://www.carb.ufba.br/sumulavinculante-eduardo.html>, acesso: 08/08/2005.

GOMES, Luiz Flavio, *Súmulas Vinculantes e Independência Judicial*, *Revista dos Tribunais*, nº 739, maio de 1997, págs. 20/21.

Súmula Vinculante, disponível no site "Mundo Jurídico", link www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto155.htm, acesso: 08/08/2005.

LOSEKAN, Luciano André, *Reforma do Poder Judiciário: a composição do Supremo Tribunal Federal e a forma de nomeação de seus Ministros*, *Revista da AJURIS*, nº 90, 2003, págs. 199/213.

MARCÃO, Renato, *Súmula Vinculante*, disponível no site *DireitoNet*, link www.direitonet.com.br/artigos/x/21/62/2162/, acesso: 08/08/2005.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, Ed. Saraiva, 4ª edição, São Paulo, 2004.

O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional, *Revista de Informação Legislativa*, 2004, nº 162, págs. 149/168.

MITIDIERO, Daniel Francisco, *Elementos para uma Teoria Contemporânea do PROCESSO CIVIL BRASILEIRO*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2005.

NOBRE, EDILSON PEREIRA JUNIOR, in *A jurisdição Constitucional e a Emenda Constitucional 45/04*, *Revista da AJURIS*, nº 98, junho/2005, págs. 41/65.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito, *Súmula Vinculante*, disponível no site da Universidade de Brasília, link www.unb.br/fd/colunas_Prof/ronaldo_poletti/poletti_08.htm, acesso: 08/08/2005.

POZZA, Pedro Luiz, *As Novas Regras dos Recursos no Processo Civil e outras Alterações – Leis nº 10.352 e 10.358, de 2001, e 10.444, de 2002*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003.

PRUDENTE, Antonio Souza, *Súmula Vinculante e a Tutela do Controle Difuso de Constitucionalidade*, *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, número 4, ano 16, abril/2004, págs. 21/28.

RAMOS, Saulo, *Súmula Vinculante*, *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, nº 175, 30/04/2004, págs. 52/53.

REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena, *Os Caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do “Controle Externo” e da “Súmula Vinculadora” do Poder Judiciário*, *Revista dos Tribunais*, nº 826, agosto de 2004, págs. 69/92.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi, *A SÚMULA VINCULANTE – O contraditório e a ampla defesa*, *Revista de Processo*, nº 120, fevereiro/2005, págs. 68/76.

SLAIBI, Nagib Filho, *Notas sobre a súmula vinculante no direito brasileiro*, *Revista Forense*, nº 342, pág. 557/565.

SORMANI, Alexandre, *Súmula vinculante – Dispositivo não suprime a liberdade de convicção do juiz*, disponível na Internet, link <http://conjur.estado.com.br/static/text/33583,1>, acesso: 08/08/2005.

SUSSMANN, Mario Antonio, *Súmula Vinculante*, *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Amazonas*, vol. 4, fev - jun/2004, págs. 115/123.

TAVARES, André Ramos, *“O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal”*, *Revista dos Tribunais*, nº 819, págs. 45/64.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Súmula Vinculante: Desastre ou Solução?*, in *Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*, *Revista do Processo*, nº 98, págs. 295/306.

TRABALHOS FORENSES

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública

Proc. nº 001/1.07.0053277-7

A UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL - UERGS, Fundação de Direito Privado mantida pelo Poder Público Estadual, por seu Procurador constituído nos termos do instrumento de mandato anexo e do que consta na Ata 1.304 do Egrégio Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, que documenta a sessão realizada em 10 de maio do corrente ano, nos termos do § 2º do artigo 2º da Lei Complementar 11.742, de 2002, bem como no prazo ofertado no mandado de citação, respeitosamente, oferta sua contestação:

I – BREVE SINOPSE DOS FATOS

A demanda pretende a invalidação, ao argumento de sotoposição dos princípios da impessoalidade e da moralidade e da suspeita de fraude em processo seletivo para o corpo docente da UERGS.

Liminar concedida, obrigando à realização de nova classificação.

II - PRELIMINARMENTE

A demanda não está com o pólo passivo completo.

É que os beneficiários do ato impugnado deveriam ser citados para poderem produzir sua defesa no presente feito, dado que os atos jurisdicionais que forem proferidos contrariamente à contestante afetá-los-ão, com o que incide o artigo 47 do Código de Processo Civil.

Como há a exigência posta no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de que o contraditório seja assegurado a qualquer pessoa, e, por outro lado, não se pode admitir que alguém seja privado seja de sua liberdade pessoal, seja de seus bens, sem a observância do devido processo legal, nos termos do inciso LIV do artigo 5º da mesma Constituição Federal, e como já existem demandas propostas contra a contestante pelas pessoas que foram prejudicadas pela liminar buscando compeli-la ao descumprimento da ordem judicial, como a proposta por Jane Maria Garapiglia, em curso nesta vara, sob o número 001/1.07.0053277-7.

Também se faz mister promover a citação dos integrantes da banca examinadora, pois, dado o caráter erga omnes que tem a oponibilidade da coisa julgada em sede de ação civil pública, uma eventual procedência da presente demanda implicaria atribuir a eles, todos pessoas com respeitáveis currículos no âmbito

da Academia, a pecha de partícipes de um certame viciado, sem que pudessem exercitar o seu direito de defesa.

Diante do exposto, mister se faz proceder a citação tanto dos que foram aprovados como dos que integraram as bancas examinadoras dos planos de trabalho, pena de extinção da demanda sem julgamento do mérito, nos termos do inciso IV do artigo 267 do Código de Processo Civil.

III - MÉRITO

A tese posta na inicial, acerca da possível fraude decorrente da apresentação de plano de trabalho “que poderia ser elaborado por terceiros” não tem qualquer cabida.

Veja-se que a exigência de um plano de trabalho a ser avaliado, em primeiro lugar, não constitui novidade em, termos de seleção para docentes, como se pode ver na Decisão nº 25/2000, do Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no exercício de competência desenhada pelo inciso V do parágrafo único do artigo 53 da Lei 9.394, de 1996:

“Art. 19 - O Ato de Instalação do Concurso será presidido pelo Diretor da Unidade ou seu substituto legal na presença da Comissão Examinadora e dos candidatos, e constituir-se-á em:

I - investidura na presidência da Comissão Examinadora, do professor mais antigo na UFRGS, respeitado o disposto no Art. 9º desta Decisão;

II - entrega, pelos candidatos, do curriculum vitae, documentado e, caso o Concurso seja realizado para regime de trabalho de Dedicção Exclusiva, **acompanhado de um Projeto de Pesquisa ou de Extensão** cujas características serão explicitadas no ato da inscrição;

III - apresentação aos candidatos da relação de pontos a que se refere o Art. 17;

IV - oportunidade para manifestação, pelos candidatos, de objeções e reparos à relação de pontos supra;

V - decisão soberana, pela Comissão Examinadora, sobre a reformulação da relação de pontos a que se refere o Art. 17, se couber;

VI - sorteio da ordem de apresentação dos candidatos nas provas públicas.”

Nem se diga que o artigo 53 da Lei 9.394 somente se aplicaria a universidades particulares, por ser diverso o regime jurídico das públicas, porquanto o § 1º do artigo 54 da mesma Lei incorpora tudo o que está posto no dispositivo anterior acerca da autonomia respectiva.

Uma vez que não constitui novidade, no âmbito acadêmico, a exigência da apresentação do plano de trabalho, e que não se pode presumir, de acordo com

antiga regra de hermenêutica, que uma praxe administrativa que date de anos a fio traduza ilegalidade, mas, pelo contrário, que traduza a mais legítima interpretação da norma que incide ao caso concreto, é de se ter como inadmissível a inquinação de fraude sem que demonstrados os indícios veementes que a façam presente.

Ao contrário, por simetria, para que fosse considerado ilegal exigir o projeto de pesquisa, como o fez o edital, ter-se-ia de impugnar, também, por afrontoso aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, albergados no caput do artigo 37 da Constituição Federal, as normas constantes de atos normativos como a prefalada Decisão da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

E o que significa a exigência do Plano de Trabalho diz o documento proveniente da Administração da UERGS, com a presunção de fé pública que lhe carregam, pelo caráter oficial, tanto o inciso II do artigo 19 da Constituição Federal como o artigo 364 do Código de Processo Civil:

“4.3. A previsão de um “Plano de Trabalho”, no processo seletivo, teve por finalidade recrutar professores com pleno conhecimento das características de cada Região, em que iriam concorrer, a fim de dar continuidade com presteza às atividades docentes e também às de **assessoria** e de **extensão universitária**, bem como dos **projetos de pesquisa** já em andamento. Ao prestar depoimento perante a MM. Promotoria de Defesa do Patrimônio Público, o Professor GERHARD JACOB, Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação, esclareceu:

“O plano de trabalho é uma prova exigida em todos os concursos realizados pela UERGS que visa a mostrar que o candidato conhece a região para a qual está se candidatando, seus problemas para o desenvolvimento e tem idéia sobre como colaborar para resolvê-los. ... Como exemplo concreto, um candidato ao cargo de professor de Agronomia em **Bagé** poderia apresentar um plano de trabalho envolvendo a solução de problemas à **vitivinicultura** e, em **Vacaria**, à **fruticultura**, atendendo as peculiaridades locais. Os professores, quando contratados para uma carga de 40 horas semanais, devem cumprir 16 horas em salas de aula, dedicando o tempo restante à preparação das aulas ou à prestação de serviços à comunidade, através de projetos de extensão, por exemplo, através de convênios com cooperativas para o atendimento de seus associados.” (grifou-se)

4.4. Um candidato, PAULO ROBERTO BORTOLI, que se sentiu prejudicado no certame com a supressão do “Plano do Trabalho”, encaminhou “E-mail” à Reitoria expressando com muita propriedade:

“O Plano de Trabalho era o item do processo seletivo que permitia ao candidato mostrar **qualificação**, pois é um instrumento no qual expressa sua **potencialidade, compromisso, objetivos, prioridades, estratégias...** na sua ação docente.” (grifou-se)

4.5. Não se pode presumir que tenha ocorrido intenção de favorecimento de candidatos.

Também não se pode presumir que os concorrentes a emprego de professor universitário usem de fraude ou de má-fé.

4.6. Sustenta o Egrégio Ministério Público que o “Plano de Trabalho” poderia ser elaborado por terceira pessoa e não pelo candidato.

Nesse sentido, no depoimento prestado perante a MM. Promotoria de Defesa do Patrimônio Público, o Professor GERHARD JACOB esclareceu:

“É possível que um candidato ao processo seletivo apresente o mesmo plano de trabalho já elaborado por candidato de concurso público anterior para a mesma região e área, mas provavelmente isso seria detectado pela bancas e considerado como fraude.”

4.7. Deduz-se do depoimento que:

- não se pode presumir que professores universitários utilizem meios fraudulentos para aprovação em competitivo público;
- se utilizarem meios inidôneos, estes seriam detectados pela Comissão Examinadora e os infratores seriam excluídos sumariamente do competitivo.

4.8. A exigência de um Plano de Trabalho é matéria de conveniência administrativa.

Entende-se que os critérios adotados em **concursos públicos** estão inseridos no âmbito da **discricionariedade administrativa da Universidade**, inviabilizando a revisão judicial.

Se a possibilidade de ocorrer fraude implicasse, necessariamente, a efetiva ocorrência de fraude, pelo mesmo raciocínio, a possibilidade do abuso de direito implicaria, necessariamente, a efetiva ocorrência do abuso, com o que se presumiria, sempre, a situação deletéria, cabendo ao interessado produzir a prova cabal em sentido contrário.

Neste caso, seria lícito à contestante presumir que a presente demanda, na realidade, pretende criar a impressão de que a primeira demanda não teria sido movida em razão da presunção de culpa carreada aos integrantes do partido que então estava no poder – o que nem de longe passa pelo entendimento do signatário da presente petição –.

Quer o signatário crer, antes, que o demandante partiu do pressuposto correto de que o que seja prerrogativa de uma Administração, independentemente da agremiação que a haja guindado ao Poder, será da outra que seja de agremiação oposta, e o que seja interdito a uma será interdito à outra.

Vejamos o que o *parquet* considera como indícios veementes.

Um é o fato de haverem, em outras ocasiões, sido admitidos emergencialmente para darem aula professores porque “constatado que expressivo número de aprovados pertencia ao partido político então no governo estadual”.

Não se responderá, evidentemente, ao que consta das demais demandas neste feito, pela singela razão que não estão elas sob o exame deste juízo, mas sim sob o exame do Egrégio Tribunal de Justiça, mas, apenas para que não fique sem resposta uma premissa absolutamente equivocada de que lança mão o *parquet*, se o simples fato de haver um expressivo número de aprovados com afinidade ideológica com o partido no poder fosse suficiente para justificar a conclusão de

que houve fraude, a exigência posta no inciso I do artigo 37 da Constituição Federal, no caso do acesso (sob todas as formas, tanto a do inciso II como as dos incisos V e IX do mesmo artigo) aos cargos e empregos públicos, para a generalidade dos brasileiros, teria de ser lida como se estivesse escrito “desde que não tenham qualquer alinhamento com o partido no poder”, o que implica, verdadeiramente, a demonstração de que, no entendimento do *parquet*, é possível privar as pessoas de direitos em razão de suas convicções políticas, como se não estivessem escritos o inciso VIII do artigo 5º da Constituição Federal e o artigo 1º, item 1, do Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992.

O constitucionalismo da melhor matriz norte-americana – portanto, nada se está a dizer em contrariedade à natureza das coisas –, a partir do caso *Shelley v. Kraemer*, onde a Suprema Corte discutia a validade de uma cláusula contratual que interditava locação a negros, chegou à conclusão de que fatores como raça, credo ou convicções políticas não constituem motivo para discriminações válidas, nem a favor nem contra indivíduos.

Assim, com efeito, é que a Suprema Corte norte-americana interpreta o princípio da *equal protection*, que é o equivalente à igualdade perante a lei:

This Court has recognized that the lodging of such broad discretion in a public official allows him to determine which expressions of view will be permitted and which will not. This thus sanctions a device for the suppression of the communication of ideas and permits the official to act as a censor. See *Saia v. New York*, supra, at 562. Also inherent in such a system allowing parades or meetings only with the prior permission of an official is the obvious danger to the right of a person or group not to be denied equal protection of the laws. See *Niemotko v. Maryland*, supra, at 272, 284; cf. *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356. It is clearly unconstitutional to enable a public official to determine which expressions of view will be permitted and which will not or to engage in invidious discrimination among persons or groups either by use of a statute providing a system of broad discretionary licensing power or, as in this case, the [p558] equivalent of such a system by selective enforcement of an extremely broad prohibitory statute. *Cox v. Louisiana*. 379 U.S. 536. http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0379_0536_ZO.html, acessado em 15 de maio de 2007.

Some activities may be such an irrational object of disfavor that, if they are targeted, and if they also happen to be engaged in exclusively or predominantly by a particular class of people, an intent to disfavor that class can readily be presumed. *JAYNE BRAY, et al., PETITIONERS v. ALEXANDRIA WOMEN'S HEALTH CLINIC et al.* 113 S CT 753. <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/90-985.ZO.html>, acessado em 15 de maio de 2007.

The language requiring intent to deprive of equal protection, or equal privileges and immunities, means that there must be some racial, or perhaps otherwise class-based, invidiously discriminatory animus behind the conspirators' action. *GRIFFIN v. BRECKENRIDGE*, 403 U.S. 88. <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=403&invol=88#f10>, acessado em 16 de maio de 2007.

The Constitution confers upon no individual the right to demand action by the State which results in the denial of equal protection of the laws to other individuals. *Shelley v. Kraemer* http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0334_0001_ZO.html, acessado em 15 de maio de 2007.

E este conceito não é estranho ao constitucionalismo brasileiro, como se pode ver da ementa que se segue:

CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. NULIDADE DE ATO DE DESPEDIDA DE EMPREGADOS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, POR RAZOES DE ORDEM POLÍTICO-PARTIDARIA. VIOLAÇÃO DO ART. 153, PARAGRAFOS 1., 5., 6. E 8., DA CF/69. Decisão incensuravel, por haver-se configurado flagrante violação ao princípio da liberdade de convicção politica, constitucionalmente consagrado, ao qual estao especialmente adstritos os entes da Administração Pública. Recurso não conhecido. [RE 130206 / PR. Relator: Min. Ilmar Galvão. RTJ 138:284].

Não bastasse o longo e bem fundamentado voto do Relator, confirmando aresto do C. Tribunal Superior do Trabalho da lavra do Min. Marco Aurélio, hoje integrando o Supremo Tribunal Federal, é de ser recordado o voto do Min. Celso de Mello neste mesmo julgado:

“Ninguém poderá ser privado de seus direitos, inclusive aqueles de índole social, por motivo de convicção política ou filosófica” (p. 288).

Logo, eventual preferência político-partidária do candidato ao cargo ou emprego público não constitui indício de injuridicidade, mas simplesmente compreensão subjetiva do demandante acerca de quem possa, efetivamente, ser considerado titular dos direitos assegurados pela Constituição e pelas leis do país a qualquer pessoa e quem não possa, de acordo com a respectiva posição ideológica. É lastimável, de acordo com tal compreensão, que o atestado de “bons antecedentes ideológicos” pertença a outro contexto jurídico que começou a sua agonia em 13 de outubro de 1978 e foi banido em 5 de outubro de 1988.

Os precedentes em que o demandante se louva, outrossim, nada têm que ver com processo seletivo para ingresso em universidades, mas sim com a realização de exames psicotécnicos, nos quais não são apuradas as qualidades próprias de um docente, como a capacidade de produzir alguma contribuição para o progresso da ciência, mas sim o perfil psicológico para ingresso no serviço público. Completamente impertinentes, pois, ao caso.

Outra premissa equivocada de que parte o *parquet*, neste particular, é que se está a lidar com a admissão de servidores por concurso público, nos termos do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, e não de **admissão emergencial**, nos termos do inciso IX do artigo 37 da mesma Constituição.

O esclarecimento do equívoco está posto no documento anexo, nestes termos:

“3.1. O art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, dispõe textualmente que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

“3.2. A Lei Federal nº. 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que regulamentou o dispositivo constitucional, estabeleceu, “*verbis*”:

“Art. 2º - Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

.....
 IV – **admissão de professor substituto** e professor visitante;”
 (grifou-se)

A mesma lei estabeleceu também:

“Art. 3º - O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindido de **concurso público**.” (grifou-se)

3.3. Nos exatos termos da Lei, o processo seletivo simplificado não é considerado Concurso Público e, por isso, é modalidade de recrutamento **mais flexível**, porque não envolve o ingresso em caráter permanente no serviço público.

A Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, que é uma instituição centenária, freqüentemente realiza Processo Seletivos em que os candidatos são submetidos tão-só (1) **a entrevista e prova de títulos** ou (2) **a prova didática e de títulos**.

3.4. No ano de 2002, primeiro ano de funcionamento da instituição, a então Reitoria da UERGS houve por bem realizar Processos Seletivos Simplificados mediante **entrevista com o candidato e análise de seu currículo**.

Esta modalidade, no entanto, foi impugnada pelo Egrégio Ministério Público, através da **AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº. 001/1.05.0373054-1**, julgada procedente em primeiro grau e ora pendente de recurso perante o Egrégio Tribunal de Justiça.

3.5. No intuito de evitar tais inconvenientes, a nova Administração da Universidade, para dar início aos anos letivos de 2003, 2004, 2005 a 2006, realizou processos seletivos, constituídos de **prova escrita e de títulos**.

A nova modalidade de processo seletivo, provas e títulos, também **trouxo conseqüências não desejadas**, quais sejam, os professores temporários passaram a reivindicar a efetivação sem concurso, sob alegação de que já haviam participado de um **certame público de provas e de títulos**.

3.6. Estas considerações são feitas para que se tenha bem presente que o processo seletivo simplificado não é concurso público.

Nos termos da Lei Federal nº. 8.745, de 09 de dezembro de 1993, conforme dito, não há sequer **exigência de prova escrita**, de sorte que os processos seletivos não estão sujeitos ao rigorismo das regras que disciplinam os certames para o recrutamento de pessoal permanente.

Os **concursos públicos** normalmente são **demorados**, pois devem ser cumpridas diversas etapas do certame, e, por isso, incompatíveis com a contratação emergencial para atender casos de **necessidade temporária** e de **excepcional interesse público**, tais como, **calamidades públicas**, combates a surtos **endêmicos** ou para evitar a **paralisação** de um serviço público que a Administração está obrigada a prestar.

E o porquê da contratação emergencial, no mesmo documento oficial, está salientado:

4.1. A decisão proferida na **ADIN 70015121841**, conforme referido, trouxe como consequência o **afastamento de 284 (duzentos e oitenta e quatro) professores temporários**, ameaçando seriamente a continuidade dos cursos ministrados em **24 (vinte e quatro) Unidades de Ensino**.

Os anteriores docentes temporários foram afastados até o dia **27 de abril de 2007**. Os novos professores habilitados no Processo Seletivo começaram a ser admitidos em **meados de abril de 2007**.

Está havendo, assim, a substituição dos professores da UERGS no meio do semestre letivo, razão por que os novos docentes devem estar plenamente habilitados para assumir e dar continuidade a disciplina já em andamento.

4.2. De acordo com a lei que a instituiu, a UERGS é uma Universidade de Tecnologia, voltada ao **desenvolvimento regional sustentável**, pelo aproveitamento de vocações e de estruturas culturais e produtivas locais (Lei Estadual 11.646, de 10 JUL 2001, art. 2º).

Além dos vários cursos de graduação, a Universidade promove cursos de **extensão universitária** e fornece **assessoria científica e tecnológica** para desenvolvimento de **projetos de pesquisa**, tudo em conformidade com o art. 2º da lei instituidora.

É oportuno registrar que tais obrigações decorrem de imposição inserta no art. 207, da Constituição Federal, textualmente:

“Art. 207 – As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao **princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão**.” (grifou-se)

Na realidade, o que a presente demanda consubstancia é uma inequívoca tentativa de intromissão em campo assegurado pelo artigo 207 da Constituição Federal às universidades, sob o nome de “autonomia”.

E, quanto à abrangência do conceito de autonomia universitária no âmbito da orientação sufragada no seio da Procuradoria-Geral do Estado, cabe a transcrição do Parecer 13.497 – Luís Carlos Kothe Hagemann:

“UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA.

A autonomia administrativa das universidades, tanto públicas como privadas, prevista no art. 207 da Constituição Federal, não importa, no caso das públicas, em desvinculá-las do conjunto da Administração Pública.

Deve a UERGS, por conseguinte, submeter-se a toda a legislação que rege o serviço público estadual, o que de modo algum significa violação a sua independência pedagógica. Precedentes da PGE.

1. Trata-se de expediente administrativo originado pelo ofício da fl. 02 encaminhado pelo Magnífico Reitor da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul, solicitando manifestação desta Procuradoria-Geral do Estado a respeito da autonomia administrativa da referida universidade, recentemente criada no âmbito estadual.

Relativamente aos temas que importam, questiona o Reitor:

A indagação que se faz é como se insere a Universidade Estadual, Fundação Pública de Direito Privado, mantida com recursos, em sua grande parte, públicos, no contexto da autonomia que a Lei Maior quis dar? Qual é o limite da tutela exercida pelo “Poder Mantenedor”?

(...)

Há que se questionar também, a autonomia disciplinar, bem como quais instrumentos legais seriam utilizados em caso de exercício absoluto da autonomia, já que a Universidade utiliza grande parte da legislação estadual, decretos, ordens de serviço e outros normativos, para disciplinar as suas atividades e as relações que estabelece com empregados e particulares.

É o relatório.

“2. Conforme se verifica do breve relato, o tema diz especificamente sobre autonomia universitária. A matéria que já foi tratada com maestria no parecer nº 13.420 – Ricardo Camargo.

“Trata-se de interpretar o art. 207 da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

“Transcrevo a parte do parecer 13.420, no que interessa para o exame do tema aqui aventado.

(...)

Ada Pellegrini Grinover, a propósito da exegese do artigo 207 da Constituição Federal, observa que “por mais controvérsias que possa originar a expressão ‘autonomia universitária’, ninguém nega que indique ela autodeterminação e autonormação. Que essas autodeterminação e autonormação não são absolutas não se discute: ambas existem e são desempenhadas dentro dos limites da lei, e desde que essa lei seja razoável, de modo a não frustrar a garantia constitucional” (*Revista Forense*. 329:164). Isto a eminente processualista paulista asseriu em parecer que se voltava a subsidiar a defesa de entidade universitária.

É claro que existe uma voz dissonante no que diz respeito ao condicionamento legal da autonomia universitária: é a de Ives Gandra da Silva Martins, que sustenta que “onde o constituinte pretendeu restringir, restringiu, e onde não

pretendeu fazê-lo, não o fez. Criou limitações no § 1º e não as criou no § 2º e no 'caput' do artigo" (Revista de Direito Administrativo. 226:387). Como se verá, não corresponde à tese sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, até porque a inclusão da norma concernente a este tema na Constituição Federal, de acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, "significa incorporar, com a mesma extensão – já que não o definiu – o princípio tal qual estava disciplinado pela legislação ordinária" (Revista de Direito Público. 97:79). Ou seja, a própria submissão dos estatutos à lei mostra, de plano, que a autonomia não é apta a se confundir com soberania.

Mesmo partindo do pressuposto de que o artigo 207, caput, da Constituição Federal teria caráter auto-aplicável, Anna Cândida da Cunha Ferraz recorda que "no tocante às universidades oficiais, impõe-se, à evidência, o respeito aos direitos fundamentais, a observância dos princípios constitucionais que regem a administração pública direta e indireta, contidos no artigo 37. As universidades são apenas entes administrativos autônomos e não podem se sobrepor, por evidente, à ordem soberana que rege o país" (Revista de Direito Administrativo. 215:124). Quer dizer: a Professora da Universidade de São Paulo entende que, efetivamente, a autonomia universitária não é apta a isolar a entidade beneficiária de tal franquia constitucional do contexto da Administração Pública.

Dalmo de Abreu Dallari assim examina o tema da autonomia das universidades públicas (*Revista de Direito Público*. 97:141):

"O exame atento das atividades desenvolvidas nas Universidades públicas permite a identificação de duas espécies de atos, nitidamente diferenciadas. De um lado estão os atos de natureza jurídica administrativa, os atos de administração. [...] De outro lado estão os atos que, embora praticados por pessoas juridicamente vinculadas à Universidade, por sua natureza não podem ser qualificados como atos jurídicos administrativos. Entre estes se encontram as atividades de docência e pesquisa".

Caio Tácito observa o *τελος* da autonomia: "a autonomia não é um fim em si mesmo, mas um meio de dotar a universidade de instrumentos capazes de possibilitar-lhe o flexível mecanismo funcional que permita o eficiente alcance de seus objetivos. [...] Na gestão universitária, o administrador, não obstante a permanência do princípio da autonomia (Lei nº 4.024/61 e art. 3º da Lei 5.540/68), sofre limitações decorrentes da política geral de administração, seja pelo planejamento econômico-financeiro – no que toca à disponibilidade real de recursos orçamentários – seja pelos critérios de administração de pessoal, ainda que o regime do magistério superior atenda, ou deva atender, a legislação própria" (*Revista de Direito Administrativo*. 144:208).

Celso Antônio Bandeira de Mello também é claro no sentido de não se poder sacar do conceito de "autonomia universitária" a conversão de tais complexos de produção e reprodução de conhecimentos em pequenas repúblicas: "o reconhecimento da conveniência na adoção de medidas que autonomizem as universidades nos setores aludidos, de modo algum significa que o Estado deva ou até mesmo possa despedir-se seja de providências controladoras, seja

de imprimir normativamente certas contenções fundamentais que balizem o âmbito desta liberdade de auto-administração universitária” (*Revista de Direito Público*. 73:57).

Giuseppi da Costa, quando Procurador-Geral da UFRN entendeu que as universidades “têm autonomia para editar os atos administrativos necessários à sua organização, como por exemplo seus estatutos, regimentos, resoluções etc. Podem até convocar pessoal habilitado para a execução de suas atividades, evidentemente que obedecendo aos comandos constitucionais e legais existentes” (*Revista de Direito Público*. 91:132).

O Supremo Tribunal Federal, que é o intérprete autêntico da Constituição, firmou o seu entendimento sobre as dimensões da autonomia na ação direta de inconstitucionalidade 51, relatada pelo Min. Paulo Brossard (*DJU* 17 set 1993):

“A autonomia não significa, nem pode significar, que a universidade se transforme em uma entidade solta no espaço, sem relações com a administração. Bastaria lembrar que à União compete legislar sobre diretrizes e bases da educação e a essa disciplina não é alheio o ensino superior, e lembrar que, se a universidade pode ter recursos próprios, a maior parte da sua despesa é custeada pelo erário.

“Sem embargo da autonomia, antes proclamada em lei, é preciso ter presente que a universidade integra o serviço público [...].

“É preciso ter presente esse dado elementar e, não obstante, fundamental. A universidade não deixa de integrar a administração pública e o fato de ela gozar de autonomia didática, administrativa, disciplinar, financeira, não faz dela um órgão soberano, acima das leis e independente da República” (voto do Relator).

“A noção de autonomia universitária, contudo, não se confunde com a de independência, posto que supõe o exercício limitado de competências e de poderes, consoante prescrições e regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico” (voto do Min. Celso de Mello).

“A autonomia universitária não pode ser confundida com independência que deixe a Universidade indene às leis do país, sobretudo quando se trata de um órgão autônomo do Serviço Público, à regência de cujas atividades não pode ficar alheia a tutela exercida pelos representantes políticos e agentes administrativos dos contribuintes que alimentam os cofres da entidade, fruto dos impostos” (voto do Min. Octavio Gallotti).

A tese, aliás, foi reafirmada na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1.599, relatada pelo Min. Maurício Corrêa (*DJU* 18 maio 2001). Nesta, o Min. Sepúlveda Pertence, que na ação direta nº 51 aderira à conclusão do voto do relator mas não à fundamentação, por entender ser mais ampla a autonomia universitária prevista no artigo 207 da Constituição Federal, observou que a tutela da administração

central sobre universidade que adota forma autárquica “não briga com a autonomia universitária”.

[...]

“Não será outro o entendimento exposto no presente parecer.

[...]

O contrário poderia implicar até em ofensa ao princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37), uma vez que tratar-se-ia de um organismo absolutamente desprovido de qualquer tipo de controle administrativo. Ademais, feriria o interesse público, porque a universidade estadual, que corresponde aos anseios de gerações e gerações de gaúchos, deve à comunidade rio-grandense responder com obediência à legalidade e à Constituição para consecução dos seus fins.

[...]

Claro está, de outra parte, que a **independência pedagógica da universidade, porque é ela o ambiente onde se produz e se dissemina o conhecimento, nunca deve restar atingida. É justamente a independência pedagógica o objeto primeiro do art. 207 da Constituição Federal.**

Quanto ao direito disciplinar, que foi objeto de consulta específica, insere-se no âmbito do que já foi dito aqui. Quer dizer, a autonomia disciplinar da universidade será aquela delimitada no âmbito da administração pública estadual. Nada impede, portanto, que a universidade se valha de todo o arcabouço legislativo estadual para fazer valer a boa disciplina dentro da instituição.

“3. A conclusão é no sentido de que a autonomia administrativa das universidades, traduzida no art. 207 da Constituição Federal, não impede a aplicação de todos os princípios e normas relativas à administração pública (no caso, a estadual) à universidade estadual”.

Note-se que o Parecer 13.420 – Ricardo Camargo referido no Parecer acima transcrito foi revisado no tocante à possibilidade de exoneração do reitor *pro tempore* da UERGS pelo Parecer 13.510 – Marília Marsillac, mas não no que tange às demais dimensões da autonomia universitária referidas no já transcrito Parecer 13.497 – Luís Carlos Kothe Hagemann, *este não revisado*. Com efeito, neste particular, não há qualquer antinomia entre os Pareceres que equacionaram a matéria no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado:

“Releva aqui considerar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei Federal nº 9.394, de 23/12/96, que compatibiliza o princípio de autonomia universitária com os princípios da Administração Pública ao dispor:

“Art. 53 – No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

I – criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino;

II – fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;

III – estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção

artística e atividades de extensão;

IV – fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

V – elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;

VI – conferir graus, diplomas e outros títulos;

VII – firmar contratos, acordos e convênios;

VIII – aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;

IX – administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

X – receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

Parágrafo único – Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I – criação, expansão, modificação e extinção de cursos;

II – ampliação e diminuição de vagas;

III – elaboração da programação dos cursos;

IV – programação das pesquisas e das atividades de extensão;

V – contratação e dispensa de professores;

VI – planos de carreira docente.

Art. 54 – **As universidades mantidas pelo Poder Público gozarão, na forma da lei, de estatuto jurídico especial para atender às peculiaridades de sua estrutura, organização e financiamento pelo Poder Público**, assim como dos seus planos de carreira e do regime jurídico do seu pessoal.

§ 1º – No exercício da sua autonomia, além das atribuições asseguradas pelo artigo anterior, as universidades públicas poderão:

I – propor o seu quadro de pessoal docente, técnico e administrativo, assim como um plano de cargos e salários, atendidas as normas gerais pertinentes e os recursos disponíveis;

II – elaborar o regulamento de seu pessoal em conformidade com as normas gerais concernentes;

III – aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, de acordo com os recursos alocados pelo respectivo Poder mantenedor;

IV – elaborar seus orçamentos anuais e plurianuais;

V – adotar regime financeiro e contábil que atenda às suas peculiaridades de organização e funcionamento;

VI – realizar operações de crédito ou de financiamento, com aprovação do Poder competente, para aquisição de bens móveis, instalações e equipamentos;

VII – efetuar transferências, quitações e tomar outras providências de ordem orçamentária, financeira e patrimonial necessárias ao seu bom desempenho.”

Justamente discorrendo sobre essa necessária compatibilização entre a autonomia universitária e o controle administrativo, em comentário ao art. 207 da CF/88, PINTO FERREIRA esclarece:

“A autonomia da universidade não significa assim que ela possa subtrair-se à inspeção por parte do Estado, que a financia e a subvenciona. As agências governamentais têm o dever de atuar neste sentido, uma vez que a expansão do controle administrativo não prejudica a missão autônoma da universidade.

Daí a evidente necessidade de se pautar uma ação de inspeção do Estado, mas sem prejuízo da autonomia legal das universidades, a fim de que não se hipertrofiem os seus órgãos de cúpula (como os reitores, conselhos universitários e conselhos de curadores).”

“Esta autonomia é imprescindível, uma vez que a hipertrofia do poder conferido aos reitores e conselhos universitários nos países latino-americanos (e entre eles o Brasil) tende a aniquilar e anular as liberdades e a autonomia das unidades integrantes da universidade, através da concepção autoritária das prerrogativas da reitoria e do conselho universitário.” (“Comentários à constituição Brasileira”, SP, Saraiva, 1995, vol. VII, ps. 115/6)

E aduz:

“O conceito de autonomia universitária, destarte, deve ser entendido em um sentido amplo, que não significa a soberania dos reitores e dos seus órgãos de administração e de finanças, corporificados em instituições, que, entre nós, se chamam de conselho universitário e de conselho de curadores. A autonomia universitária é uma autonomia relativa, condicionada à legislação editada pelo Estado e à sua tarefa de inspeção, bem como limitada pelas estruturas internas da organização da universidade em unidades específicas de ensino e de pesquisa e do respeito à liberdade acadêmica.

Assim sendo, a autonomia universitária recebe duas fontes importantes de limitações, quer no plano externo, quer no plano interno. No plano externo, a autonomia da universidade está limitada pela legislação do Estado, que tem o dever de inspeção sobre a maneira como estão sendo aplicados a sua política pedagógica e os fundos financeiros com que ela é subvencionada. No plano interno, a autonomia da universidade está limitada pela autonomia relativa de suas unidades integrantes (escolas, faculdades, institutos ou ainda departamentos onde exista a organização departamental) bem como pela liberdade acadêmica dos mestres e estudantes universitários.” (ib., ps.117/8), para concluir:

“Tudo se resume, pois, em uma questão de competências, de atribuição e exercício de competência.” (ib., p. 123)

E tais diretrizes estão assentadas em princípios de Direito Constitucional e Administrativo, em harmonia com a forma da instituição adotada, regida por normas que se situam no âmbito do Direito Privado.”

Não cabe ao Poder Judiciário determinar os critérios de avaliação a serem seguidos por banca examinadora, simplesmente porque na Universidade o que se avalia é a capacidade de o docente contribuir para o progresso da ciência, e a ciência não tem como ser predeterminada, em seu conteúdo, por um ato de autoridade, como é a sentença judicial. O fato de Galileu Galilei ter sido obrigado

a retratar-se do resultado de suas experiências por supostamente contrariarem as Escrituras não fez, só por isto, que a Terra deixasse de girar em torno do Sol.

Normalmente, no âmbito acadêmico, cada membro de banca examinadora tem uma larga margem de discricionariedade para atribuir ao candidato notas de zero a dez.

Caso não se entenda integrar este dado a própria experiência comum, nos termos do artigo 335 do Código de Processo Civil, o fato poderá ser comprovado testemunhalmente.

Pelo raciocínio desenvolvido pela inicial, chegar-se-ia ao ponto de o candidato que fosse aprovado com a nota mínima viesse a postular ao Judiciário que lhe fosse atribuída a nota máxima, porque o examinador que lhe tivesse atribuído a nota mínima teria presumido o ânimo de perseguição ou coisa que o valha.

Substituir-se-ia, pois, a avaliação feita por critérios acadêmicos por um critério de autoridade, como se não estivesse escrito, sequer, o inciso II do artigo 206 da Constituição Federal, que consagra o que se entendia antes como *liberdade de cátedra*, e foi resguardado mesmo nos primeiros anos do regime militar, como se pode ver da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 43.829, relatado pelo Min. Gonçalves de Oliveira, DJU 27 jun 1967.

Consta do voto do Relator:

“Os fatos articulados são os mesmos. São professores esquerdistas de cuja doutrinação, de cuja formação intelectual podemos divergir – e eu mesmo divirjo – mas a própria Lei de Segurança diz que não constitui crime ser comunista. [...] O que os professores faziam, talvez, com certa demasia, era um debate com estudantes. O fato poderia ser resolvido com a exoneração ou dispensa desses professores. Mas, dessa consequência a um processo criminal, a uma condenação criminal, em que o crime teria de 10 a 30 anos de pena; ao que me parece essa pena é gravíssima; vai uma grande distância”.

Não bastasse o voto do Relator para proclamar esta defesa da liberdade de cátedra, albergada, hoje, no inciso II do artigo 206 da Constituição Federal, o voto de quem mais resistência opunha à concessão da ordem em relação a um dos pacientes, o Min. Aliomar Baleeiro, foi também enfático quanto ao conteúdo de tal liberdade:

“Um professor pode expor, criticar, debater uma teoria, entendida como tal a explicação causal de fenômenos: ‘isso é assim, ontologicamente; isso é assim, por causa disso’, uma explicação de causa e efeito, uma explicação lógica. **É um direito e um dever do professor**”.

Note-se, mais, que a amplitude de margem de apreciação da banca, como se lê a fl. 54 do inquérito civil público anexo, restringido pela planilha que estabelece os requisitos para o enquadramento do plano de trabalho entre o mínimo e o máximo.

Assim como no âmbito penal o juiz, sem ofensa ao princípio da legalidade, tem assegurada margem entre um mínimo, abaixo do qual não pode reduzir a aflição do réu e um máximo, acima do qual não lhe pode exasperar a situação, o órgão competente da UERGS estabeleceu parâmetros genéricos que reduzem em muito a margem de subjetividade da banca.

IV – PEDIDO

Em face do exposto, requer:

- (a) seja acolhida a preliminar de litisconsórcio passivo necessário, para que o pólo passivo se venha a compor adequadamente;
- (b) seja julgado improcedente o pedido, com a revogação da liminar erroneamente concedida;
- (c) seja permitido à demandada produzir todas as provas permitidas em direito, mormente testemunhal e pericial;
- (d) seja emitida tese explícita sobre os seguintes dispositivos federais, a fim de que a matéria possa lograr exame pelos Tribunais Superiores: Constituição Federal, artigos 5º, VIII, LIV e LV, 19, II, 37, caput, e incisos I, II e IX, 206, II, e 207; Lei 9.394, de 1996, artigos 53, parágrafo único, V, e 54, § 1º; Código de Processo Civil, artigos 47, 267, IV, 335 e 364; Pacto de San José da Costa Rica, artigo 1, item 1;
- (e) seja-lhe deferida a juntada da Ata, a ser aprovada na sessão do Conselho do dia 17 de maio do corrente.

Nestes termos, p. deferimento.

Porto Alegre, 16 de maio de 2007

Ricardo Antônio Lucas Camargo
Procurador do Estado
OAB/RS 32.364 Mat. 1305.8622

PARTE 1

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS

Distribuição por dependência ao Proc. 1.06.0208858-9

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, CNPJ 87.934.675/0001-96, por seu procurador firmatário, que recebe intimações na Av. Borges de Medeiros, nº 1.501, 12º andar, Porto Alegre/RS, nos autos do processo em epígrafe, vem à presença de Vossa Excelência, interpor a presente

MEDIDA CAUTELAR FISCAL

em face de **EMPRESA X**, CNPJ 00000000/0000-00, estabelecida na Av. (...), em Porto Alegre/RS, **Sr. Y**, brasileiro, casado, administrador, CPF 000.000000-00, residente e domiciliado na Rua (...), Porto Alegre/RS e **Sr. Z**, brasileiro, separado judicialmente, administrador, CPF 000000000-00, residente e domiciliado na Rua (...), Porto Alegre/RS, com fulcro no art. 2º, V, “a”, VI e IX, da Lei Federal nº 8.397/92, consoante as razões de fato e direito a seguir expendidas:

I – DO RELATO DAS DÍVIDAS DA EMPRESA

A **EMPRESA X**, conhecida do público em geral sob o nome fantasia (...), figura entre as maiores empresas da rede de varejo, possuindo 31 (trinta e uma) lojas no Estado do Rio Grande do Sul.

Seu faturamento, no período de outubro de 2006 a fevereiro de 2007, atingiu a vultosa cifra de **R\$ 77.761.073,32** (setenta e sete milhões, setecentos e sessenta e um mil, setenta e três reais e trinta e dois centavos), correspondendo a um faturamento mensal de **R\$ 15.552.214,66** (quinze milhões, quinhentos e cinquenta e dois mil, duzentos e quatorze reais e sessenta e seis centavos) – **doc.1**.

Não obstante o substancial faturamento da empresa, no mesmo período, o recolhimento do ICMS incidente em suas operações foi de somente **R\$ 3.956,24** (três mil, novecentos e cinquenta e seis reais e vinte e quatro centavos), correspondendo a uma arrecadação mensal de insignificantes **R\$ 791,24** (setecentos e noventa e um reais e vinte e quatro centavos) – **doc.1**.

Deve ser ressaltado que, no mesmo período de outubro de 2006 a janeiro de 2007, o valor total informado como imposto devido pela empresa foi de R\$

3.817.799,87 (três milhões, oitocentos e dezessete mil, setecentos e noventa e nove reais e oitenta e sete centavos), embora o valor recolhido foi de exíguos **R\$ 3.956,24 (doc.1)**

Além disso, no decorrer dos últimos anos, restou evidente a conduta evasiva da empresa, mediante a apropriação indevida de créditos fiscais.

Com efeito, em outubro de 2003, foi lavrado o Auto de Lançamento n.º. 0010398031 – R\$ 18.615.894,13, referente à utilização indevida de créditos fiscais, no período de 08/99 a 07/01, a título de creditamento indevido de diferenças de correção monetária, gerada pela diferenciação entre os períodos de apuração e entrada, bem como pela aquisição de ativo imobilizado (**doc.2**).

Posteriormente, em dezembro de 2003, em função do REFAZ, a demandada apresentou denúncia espontânea de ICMS não recolhido em função de adjudicação indevida de créditos nos meses de maio a agosto de 2003 (continuação do período autuado em outubro) tendo sido lavrado o Auto de Lançamento n.º. 0012631663 – R\$ 2.393.512,97 (**doc.2**).

Ainda, em outubro de 2005, foi lavrado o Auto de Lançamento n.º. 0015126382 – R\$ 11.466.459,39, referente à utilização indevida de créditos fiscais, no período de 12/2004 a 08/2005, a título de luz, telefone, insumos indiretos, imobilizado de Microempresa e aquisições de Microempresa, vendas não pagas, álcool, gasolina e óleo diesel (**doc.2**).

Continuando, em junho de 2006, foi lavrado o Auto de Lançamento n.º. 0015126544 – R\$ 4.454.260,58, referente à utilização indevida de créditos fiscais, nos períodos de outubro e dezembro de 2005, a título de vendas não pagas (**doc.2**).

A partir do ano de 2006, possivelmente em função do êxito da atividade de fiscalização do Fisco Gaúcho e da elevada multa aplicada em decorrência da sonegação fiscal, a empresa passou a alterar sua tática de evasão fiscal, vindo a declarar o imposto em guia de arrecadação (GIA), porém, sem o devido pagamento, diminuindo, com isso, a multa tributária incidente na espécie.

Assim, conforme visto acima, a partir de outubro de 2006, o recolhimento de ICMS caiu a valores pífios, ao passo que seu faturamento beirou a cifra de oitenta milhões de reais.

Diante dessa conduta evasiva, o total do passivo tributário da empresa X, até o momento, é de **R\$ 127.662.286,46** (cento e vinte e sete milhões, seiscentos e sessenta e dois mil, duzentos e oitenta e seis reais e quarenta e seis centavos), englobando 416 (quatrocentos e dezesseis) débitos.

Desses 416 débitos, 50 (cinquenta) encontram-se na fase administrativa, totalizando R\$ 31.051.187,94 (trinta e um milhões, cinquenta e um mil, cento e oitenta e sete reais e noventa e quatro centavos), ao passo que 366 (trezentos e sessenta e seis) débitos estão em cobrança judicial, totalizando R\$ 96.611.098,52 (noventa e seis milhões, seiscentos e onze mil, noventa e oito reais e cinquenta e dois centavos), consoante demonstra o extrato incluso (**doc.3**).

No que toca às dívidas judiciais, 12 (doze) são os processos de execução fiscal em tramitação nessa 6ª Vara da Fazenda Pública, a seguir discriminados:

- **Processo nº 1.05.0352157-8:** ajuizado em 15/08/00, no valor atualizado de **R\$ 702.199,45**, contemplando as DATs 096/1374195, 096/2943045, 096/3023926, 096/3142542, 096/1374055, 096/1374071, 096/1374080, 096/2943053, 096/3024078, 096/1374187, 096/2943061, 096/3024086, 096/3135007, 096/1374098, 096/1374101, 096/1374110, 096/2943088, 096/3023942, 096/3142534, 096/1374152, 096/1374160, 096/1374179, 096/3142518, 096/1374128, 096/1374136, 096/1374144, 096/2943070, 096/3023934, 096/3142526, 096/1374209, as quais dizem respeito a imposto informado, em atraso. Penhorado imóvel com valor atribuído pela própria devedora em R\$ 350.000,00 (**doc.4**).
- **Processo nº 1.06.0201244-2:** ajuizado em 03/10/06, no valor atualizado de **R\$ 6.572.889,61**, contemplando as DATs 096/5183998, 096/5282708, 096/5282716, 096/5184005, 096/5282724, 096/5282732, 096/6534506, 096/6534514, 096/6653289, 096/6653297, 096/6653602, 096/6653610, 096/5282740, 096/5282759, 096/5183971, 096/5282767, 096/5282775, 096/5183980, 096/5282783, 096/5282791, 096/5282805, 096/5282813, 096/5282821, 096/5282848, 096/5282864, as quais dizem respeito a imposto informado, em atraso. Processo sem qualquer garantia até o momento (**doc.5**).
- **Processo nº 1.06.0208858-9:** Ajuizado em 13/10/06, no valor atualizado de **R\$ 35.851.443,00**, contemplando as DATs 096/6653580 (imposto não informado) e 096/5073432 (imposto não informado). Processo sem qualquer garantia até o momento (doc.6).
- **Processo nº 1.06.0208854-6:** Ajuizado em 13/10/06, no valor histórico de **R\$ 25.652,61**, contemplando a DAT 096/5073440 (imposto apurado no trânsito de mercadorias). Processo sem garantia até o momento (**doc.7**).
- **Processo nº 1.05.0338512-7:** Ajuizado em 27/01/97, no valor atualizado de **R\$ 6.738.884,35**, contemplando as DATs 096/1022922, 096/1022914, 096/1022876, 096/1022884 e 096/1022906, todas referentes a imposto não informado. Penhorado imóvel avaliado em R\$ 456.000,00 (**doc.8**).
- **Processo nº 1.05.0339129-1:** Ajuizado em 05/12/97, no valor atualizado de **R\$ 6.710.954,22**, contemplando as DATs 096/1364734, 096/1364742, 096/1364734, 096/1364742 e 096/1364750, todas referentes a imposto não informado. Penhorado imóvel avaliado em R\$ 550.000,00 (**doc.9**).

- **Processo nº 1.05.0346321-7:** Ajuizado em 26/11/03, no valor atualizado de **R\$ 8.370.368,84**, contemplando as DATs 096/4652676, 096/4673118, 096/4763460, 096/4153645, 096/4153653, 096/4153661, 096/4153670, 096/4154900, 096/4162920, 096/4393433, 096/4393786, 096/4652730, 096/4673096, 096/4763451, 096/4943077, 096/4652706, 096/4673070, 096/4652668, 096/4673088, 096/4652722, 096/4673061, 096/4763435, 096/4652692, 096/4673100, 096/4763443, 096/4652684, 096/4673126, 096/4763427, as quais dizem respeito a imposto informado, em atraso. Processo sem garantia até o momento (**doc.10**).
- **Processo nº 1.05.0352189-6:** Ajuizado em 04/09/03, no valor atualizado de **R\$ 17.444.698,74**, contemplando as DATs 096/2304760, 096/2304832, 096/2304840, 096/2304859, 096/2304867, 096/2304875, 096/2584770, 096/2584789, 096/2584797, 096/2584800, 096/2684520, 096/2684627, 096/2784842, 096/2792977, 096/2813117, 096/2813125, 096/2054011, 096/2304743, 096/2312584, 096/2312592, 096/2312606, 096/2312614, 096/2312622, 096/2584991, 096/2585009, 096/2592510, 096/2592528, 096/2684570, 096/2784770, 096/2793027, 096/2813095, 096/2813109, 096/2053996, 096/2054003, 096/2312525, 096/2312533, 096/2312541, 096/2312550, 096/2312568, 096/2312576, 096/2584959, 096/2584967, 096/2584975, as quais dizem respeito a imposto informado, em atraso. Penhorado créditos de precatórios (**doc.11**).
- **Processo nº 1.05.0349825-8:** Ajuizado em 13/08/96, no valor atualizado de **R\$ 991.499,08**, contemplando a DAT 096/0933123 (imposto não informado). Apensado ao Processo nº 10503521896 desde 2003 (**doc.12**).
- **Processo nº 1.05.0351795-3:** Ajuizado em 24/03/00, no valor atualizado de **R\$ 783.145,00**, contemplando as DATs 024/0252810, 024/0252802, 165/0054685, 165/0054693, 165/0054715, 165/0054723, 165/0052631, 165/0054707, 165/0054731, as quais dizem respeito a imposto informado, em atraso. Apensado ao Processo nº 10503521896 desde 2003 (**doc.13**).
- **Processo nº 1.05.0351630-2:** Ajuizado em 03/01/00, no valor atualizado de **R\$ 5.321.837,07**, contemplando as DATs 177/0074527, 024/0252802, 024/0252810, 165/0034862, 165/0043802, 165/0043810, 086/0263258, 096/1364246, 096/1592923, 096/1592931, 096/1592940, 096/1793589, 096/1793597, 096/1793600, 096/1362910, 096/1593288, 096/1593296, 096/1593300, 096/1742941, 096/1743000, 096/1743174, 096/1363690, 096/1593318, 096/1793716, 096/1834374, 096/1393270, 096/1593350, 096/1593369, 096/1593377, 096/1793619, 096/1793627,

096/1793635, 096/1793643, 096/1834099, 096/1364122, 096/1593385, 096/1593393, 096/1593407, 096/1793651, 096/1793660, 096/1793678, 096/1834080, 096/1363908, 096/1593326, 096/1593334, 096/1593342, 096/1793686, 096/1793694, 096/1793708, as quais dizem respeito a imposto informado, em atraso. Penhorado imóvel avaliado em R\$2.500.000,00, já onerado por execuções fiscais movidas pela Fazenda Nacional (**doc. 14**).

• **Processo nº 1.05.0349585-2**: Ajuizado em 18/12/95, no valor atualizado de **R\$ 1.013.315,08**, contemplando a DAT 096/0824618 (imposto não informado). Penhorado imóvel já onerado por execuções fiscais movidas pela Fazenda Nacional (**doc. 15**).

Vale registrar que os imóveis de maior valor penhorados nas execuções fiscais em tramitação nesse MM. Juízo dizem respeito a bens já onerados por execuções movidas pela Fazenda Nacional, credor preferencial ao Estado do Rio Grande do Sul.

De qualquer sorte, ainda que livre de restrições, a avaliação dos imóveis é absolutamente inferior ao valor total em execução, o qual beira à cifra de **cem milhões de reais**, razão pela qual impende a adoção da medida proposta no presente feito, a fim de viabilizar a satisfação dos créditos tributários (**doc. 3 e 16**).

II – DO CABIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR FISCAL

A Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, institui a medida cautelar fiscal, a qual pode ser instaurada após a constituição do crédito tributário, inclusive no curso da execução judicial, ex vi de seu art. 1º, abaixo transcrito:

Art. 1º O procedimento cautelar fiscal poderá ser instaurado após a constituição do crédito, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

Parágrafo único. O requerimento da medida cautelar, na hipótese dos incisos V, alínea “b”, e VII, do art. 2º, independe da prévia constituição do crédito tributário. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Por sua vez, o art. 2º aduz os casos em que a medida cautelar poderá ser requerida, a saber:

Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor: Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997

I - sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado;

II - tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação;

III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

IV - contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiros; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

VII - aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

VIII - tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta, pelo órgão fazendário; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) – grifei

In casu, encontram-se presentes os requisitos dos incisos V, “a”, VI e IX do art. 2º da Lei nº 8.397/92, consoante se passa a destacar.

1) Da prática de atos que dificultam a satisfação do crédito tributário

Conforme atestam as Escrituras Públicas anexas (**doc. 17**), a empresa X praticou atos tendentes a dificultar a satisfação dos créditos tributários.

Com efeito, por meio da Escritura Pública de Cessão de Direitos Creditórios, onde figurou como cedente (...) e cessionária a empresa X, representada por seu sócio Sr. Y, a empresa ré adquiriu os direitos da cedente sobre a verba principal do Precatório nº 19.602 (decorrente da Execução de Sentença nº 01198418533), correspondente a R\$ 883.369,21 (oitocentos e oitenta e três mil, trezentos e sessenta e nove reais e vinte e um centavos), pelo seu valor integral.

Da mesma forma, por meio da Escritura Pública de Cessão de Direitos Creditórios, onde figurou como cedente (...) e cessionária a empresa X, representada por seu sócio Sr. Y, a empresa ré adquiriu os direitos da cedente sobre a verba principal do Precatório nº 13344, correspondente a R\$ 834.878,00 (oitocentos e trinta e quatro mil, oitocentos e setenta e oito reais), pago com os cheques números 094973, 094974, 094975, 094976 e 094977 do Banco do Brasil, nos valores de R\$ 300.000,00 (com vencimento em 31/07/02), R\$ 200.000,00 (com vencimento em 31/08/02), R\$ 200.000,00 (com vencimento em 30/09/02), R\$ 120.400,00 (com vencimento em 31/10/02) R\$ 14.478,00 (com vencimento em 31/07/02), pelo seu valor integral.

Aliás, somente nos precatórios noticiados nos autos do Processo de Execução Fiscal nº 1.05.0346321-7, a troca de dinheiro da Empresa X por direitos de terceiros superou a cifra histórica de R\$ 2.200.000,00 (dois milhões e duzentos mil reais).

Efetivamente, a empresa ré vem, sistematicamente, adquirindo direitos de terceiros mediante o pagamento em dinheiro de elevadas somas, em vez de honrar suas dívidas tributárias.

Na prática, portanto, a Empresa X está, reiteradamente, trocando ativos de alta liquidez (dinheiro) por direitos de terceiros (precatórios), caracterizados por serem de liquidez manifestamente inferior ao dinheiro, bem, este, que figura em primeiro lugar na ordem de preferência, tanto no art. 11 da Lei nº 6.830/80, como no art. 655 do Código de Processo Civil.

Por oportuno, cumpre destacar que com o dinheiro utilizado na compra de precatórios, somente em relação àqueles noticiados no Processo de Execução Fiscal nº 1.05.0346321-7, seria possível a quitação de todos os débitos em cobrança nas Execuções Fiscais nº 1.05.0351795-3, 1.05.0349825-8, 1.05.0339129-1, 1.05.0352157-8 e 1.06.0208854-6.

Ainda, denota-se que os cedentes de precatórios - os quais figuram na hierarquia dos quirografários - já tiveram seus créditos satisfeitos pela requerida, sem que a mesma providência tenha sido adotada em relação aos débitos tributários, visto que nem mesmo os débitos vincendos, retratados nos valores informados como devidos pela própria empresa, vêm sendo adimplidos mensalmente.

Mesmo que, com tais atos, a intenção seja a compensação de precatórios com créditos tributários, o que se admite para fins de argumentação, melhor sorte não socorre à empresa, pois se estaria diante de uma aventura processual com o dispêndio de elevadas quantias para a aquisição de precatórios.

Isso ocorre porque o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento acerca da impossibilidade de compensação de precatórios com créditos tributários, com fulcro no art. 170 do Código Tributário Nacional, ante a ausência de lei autorizativa.

Nesse sentido os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO ENTRE CESSÃO DE CRÉDITOS REPRESENTADOS POR PRECATÓRIOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DA CONTRIBUINTE. ART. 170 DO CTN. ESFERA DE PODER RESERVADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Tratam os autos de ação de mandado de segurança impetrado por Móveis Casa de Pedra LTDA contra ato praticado pelo Auditor de Finanças Públicas da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. Auditor de Finanças Públicas da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. A exordial requer a declaração do direito à compensação tributária de débitos tributários vencidos com a existência de créditos a serem recebidos por precatórios e, conseqüentemente a suspensão da exigibilidade dos débitos cobertos pelos créditos até que seja possível a referida compensação, ou pagamento com a utilização do referido

crédito. A sentença denegou a segurança. Interposta apelação pela empresa autora, o Tribunal a quo deu provimento ao recurso por entender que: a) “Não comprovada a causa de pedir na ação em que se pretende ter como repetida, não voga a arguição de litispendência, aliás, somente alegada em contra-razões da apelação”; b) “Tratando-se de compensação de débitos tributários, não se tem idéia de quais os créditos a impetrante pretendeu quitar na ação anterior”; c) “A compensação é instituto de direito civil, admitida expressamente na legislação tributária (art. 156, II, do precatório para pagamento de dívida fiscal”. Aponta para o fundamento de seu recurso especial que: a) não houve fundamentação adequada dos acórdãos recorridos; b) foram violados os princípios do contraditório, devido processo legal e ampla defesa; c) Inexiste lei autorizando a compensação na forma tencionada, não bastando para tanto a alusão a dispositivos do Código Civil feita pelo aresto embatido. Contra-razões sustentando que : a) o fundamento legal da decisão foi devidamente apontado: art. 156, II, do CTN, além da jurisprudência do STJ que admite o crédito oriundo de precatório como garantia de execução; b) a administração fazendária não poderá limitar, restringir ou negar ao contribuinte o direito à compensação ; c) recentes decisões do TJRS no sentido de ser possível a compensação de débitos e créditos entre o poder público e os particulares sendo as dívidas, ambas, líquidas e vencidas, mesmo que o crédito de uma seja representado por precatório. Foi interposto recurso extraordinário pelo recorrente. Decisão do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admitindo ambos recursos.

2. Não está autorizada em lei, nem é compatível com o regime próprio previsto na Constituição, a compensação de créditos constantes de precatórios com débitos tributários vencidos.

3. Aplicar, pura e simplesmente, o regime da compensação prevista no direito privado para as relações de direito tributário, abriria perigosa via para fraudar o modo de pagamento dos precatórios previstos na Constituição, com desvirtuamento dos valores jurídicos que com ele se buscou preservar.

4. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(REsp 842352 / RS ; Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Órgão Julgador PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 17/08/2006, DJ 14.09.2006 p. 285)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO ENTRE PRECATÓRIOS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DA CONTRIBUINTE. ARTIGO 78, § 2º DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. ESFERA DE PODER RESERVADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE AFASTADA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

I - Mandado de Segurança impetrado buscando a compensação entre precatório judicial adquirido de terceiro e débitos tributários da empresa impetrante.

II - O artigo 170 do Código Tributário Nacional, ao tratar do instituto da compensação tributária, impõe o entendimento de que somente a lei pode atribuir à autoridade administrativa o poder de deferir ou não a referida compensação entre créditos líquidos e certos com débitos vencidos ou vincendos.

III - Nesse quadro, verifica-se a absoluta impossibilidade de o Poder Judiciário invadir a esfera reservada à Administração Pública, e, por conseguinte, determinar a compensação pretendida pela Recorrente.

IV - Ao Poder Judiciário compete, tão somente, observar os casos em que

plasmada a ilegalidade do ato administrativo, frente à ordem jurídica vigente, e não o contrário, como deseja a Recorrente, ao pleitear o deferimento de uma operação que a própria lei condicionou ao alvedrio da Administração Pública. Precedentes: RMS nº 12.568/RO, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 09/12/02 e RMS nº 13.017/RO, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 25/11/2002.

V - Acrescente-se, nos termos da manifestação do Parquet Federal: “Além disso, conforme as informações prestadas pelo Secretário de Finanças do Estado de Rondônia e não contestadas pela empresa recorrente na peça de fls. 112/124, o precatório nº 1.946/93 encontra-se suspenso por força de decisão judicial exarada nos autos de ação de nulidade de ato jurídico, em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Rondônia.”

VI - A controvérsia sobre a certeza e liquidez do precatório oferecido à compensação demanda produção de prova, o que não se coaduna com o rito célere do Mandado de Segurança.

VII - Recurso em Mandado de Segurança improvido.

(RMS 20526 / RO; Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Órgão Julgador PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 09/05/2006, DJ 25.05.2006 p. 150)

De tudo isso, denota-se que tanto os créditos tributários em cobrança administrativa, como aqueles em cobrança judicial, dificilmente serão honrados pela empresa demandada, principalmente pela prática por ela utilizada, tendente a priorizar o pagamento de credores quirografários (cedentes de precatórios) em detrimento do crédito tributário, inclusive o vincendo informado mensalmente em GIA pela ré.

Adita-se a isso o fato da empresa X deixar de recolher, também, os tributos federais, cuja conduta dificultará sobremaneira a satisfação dos créditos tributários estaduais, uma vez que a Fazenda Nacional é credora preferencial ao Estado do Rio Grande do Sul, ex vi do art. 187, parágrafo único do Código Tributário Nacional.

Por oportuno, deve ser destacado que as execuções fiscais em tramitação na Justiça Federal da 4ª Região atingem a cifra de **R\$ 57.614.668,16** (cinquenta e sete milhões, seiscentos e quatorze mil, seiscentos e sessenta e oito reais e dezesseis centavos), consoante atestam as movimentações processuais anexas (**doc.17**), o que demonstra, por si só, a absoluta dificuldade na satisfação do crédito tributário do ente estadual, em decorrência do inadimplemento contumaz também dos tributos federais.

Quanto à possibilidade de deferimento da Medida Cautelar Fiscal nos casos em que o devedor praticar atos que dificultam a satisfação do crédito tributário, traz-se à baila o seguinte aresto:

MEDIDA CAUTELAR FISCAL E DE ARRESTO. SEGREDO DE JUSTIÇA.
1. Estando demonstrada nos autos as circunstâncias previstas nos incisos IV, VI e IX do artigo 2º da Lei n. 8.397/92, quais sejam, contrair ou tentar contrair dívidas que comprometam a liquidez do patrimônio, possuir débitos, inscritos ou não, que ultrapassem trinta por cento do patrimônio conhecido e a prática

de outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito, é de ser mantida a decisão agravada que concedeu em parte a liminar nos autos de medida cautelar de arresto cumulada com medida cautelar fiscal.

2. Considerando que as informações solicitadas pelo Julgador monocrático referem-se à movimentação financeira dos Agravantes, deve o feito tramitar em segredo de justiça.

(TRF 4ª Região, AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo: 200604000115401
UF: SC Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 12/12/2006,
DJ:28/02/2007, Relator(a) DIRCEU DE ALMEIDA SOARES)

Sendo assim, com arrimo no art. 2º, IX, da Lei nº 8.397/92, viável o deferimento da medida cautelar aqui perseguida.

2) Do não pagamento do crédito tributário quando devidamente notificado

Por outro turno, o art. 2º, V, “a”, da Lei nº 8.397/92 admite a decretação da cautelar fiscal quando o devedor, notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao pagamento do crédito tributário, deixar de fazê-lo no prazo legal.

Aqui, tomando-se por base somente os créditos tributários já ajuizados, mais especificamente das Execuções Fiscais nº 1.05.0352157-8, 1.06.0201244-2, 1.05.0346321-7, 1.05.0352189-6, 1.05.0351795-3, 1.05.0351630-2, cujas DATs se referem a imposto informado em GIA pela própria devedora, a notificação para pagamento operou-se na forma prevista no art. 21, § 4º, da Lei 6.537/73.

Eis o teor da norma em tela:

Art. 21 (...)

§ 4º - O disposto neste artigo não se aplica nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 17, casos em que, no momento da entrega da guia informativa, considera-se o sujeito passivo notificado a pagar, no prazo legal, o tributo declarado e que, se não for pago, considera-se também notificado de sua inscrição automática como Dívida Ativa Tributária e de suas conseqüências, no prazo e na forma previstos nesta Lei.

Como se observa, nos casos de imposto informado em guia informativa mensal, como ocorrido nos débitos abrangidos pelas execuções fiscais acima referidas, a notificação para pagamento opera-se ex lege no momento da entrega da GIA ao Fisco.

Não obstante, ainda que desnecessária a notificação nos casos de imposto informado em GIA, a Secretaria da Fazenda, antes de encaminhar o crédito tributário para cobrança judicial, comunica o devedor acerca da inscrição do débito em dívida ativa, solicitando seu comparecimento à repartição competente para efetuar o pagamento do tributo, consoante demonstram as segundas vias das correspondências anexas (**doc. 18**).

De qualquer sorte, cumpre assinalar que tais débitos já foram objeto de citação operada nas Execuções Fiscais n.ºs 1.05.0352157-8, 1.06.0201244-2, 1.05.0346321-7, 1.05.0352189-6, 1.05.0351795-3, 1.05.0351630-2, sem que o sujeito passivo tenha efetuado o pagamento ou nomeado bens aptos a garantir integralmente o juízo.

De outro norte, no que toca às DATs cobradas por meio das Execuções Fiscais n.ºs 1.06.0208858-9, 1.05.0338512-7, 1.05.0339129-1, 1.05.0349825-8, 1.05.0349585-2, os quais se referem a imposto não informado, a notificação operou-se pessoalmente, na forma prevista no art. 21, I, da Lei n.º 6.537, conforme atestam os documentos anexos. (**doc. 19**).

Igualmente, no bojo das execuções fiscais antes referidas, foi procedida à citação pessoal da empresa, sem que tenha havido o pagamento do tributo ou penhorados bens eficazes à satisfação do crédito tributário.

Dessa forma, implementado está o requisito constante do art. 2.º, V, "a", da Lei n.º 8.397/92, fator outro para decretar, liminarmente, a indisponibilidade dos bens da empresa X.

3) Da existência de débitos tributários superiores a 30% do patrimônio conhecido da devedora

Como se não bastasse o enquadramento dos fatos até aqui noticiados, que por si só autorizariam o deferimento da medida cautelar fiscal, encontra-se presente, na situação em exame, o requisito constante do art. 2.º, VI, da Lei n.º 8.397/92, uma vez que os débitos inscritos em dívida ativa superam 30% do patrimônio da requerida.

De fato, consoante comprova o balanço patrimonial da empresa X, realizado em 31/12/05, publicado no Diário Oficial da Indústria & Comércio/RS de 10/03/06, o total de seu ativo declarado é de **R\$ 61.625.899,74** (sessenta e um milhões, seiscentos e vinte e cinco mil, oitocentos e noventa e nove reais e setenta e quatro centavos) – **doc.20**.

Em contrapartida, nos termos em que foi apresentado no relato desenvolvido no capítulo "I", o total dos débitos inscritos em dívida ativa atinge a monta de **R\$ 127.662.286,46** (cento e vinte e sete milhões, seiscentos e sessenta e dois mil, duzentos e oitenta e seis reais e quarenta e seis centavos); ou seja, o correspondente a **200%** (duzentos por cento) do patrimônio da requerida, isso sem levar em consideração suas dívidas para com a União ou INSS, o que fatalmente elevaria tal percentual.

Deve-se ter presente que a norma em referência é objetiva, bastando a comprovação de que a dívida supera 30% do patrimônio da devedora para ser deferida, independentemente da análise subjetiva, porquanto, em tais casos, o fundado receio de restar frustrada a satisfação dos créditos tributários possui presunção *juris et juris*.

A respeito da possibilidade de deferimento da medida cautelar fiscal na hipótese em que os débitos inscritos em dívida ativa superarem a 30% do patrimônio da empresa, colacionam-se os seguintes julgados:

AÇÃO CAUTELAR FISCAL - Medida Cautelar indeferida - Soma dos débitos inscritos ou não em dívida ativa superior a 30% do patrimônio conhecido do devedor - Existência de prova literal da constituição do crédito fiscal (artigo 3º da Lei nº 8397/92) - Agravo de instrumento provido para a concessão da liminar, alcançando a indisponibilidade os bens do gerente, incluído no pólo passivo. (Agravo de Instrumento n. 383.336-5/6 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Celso Bonilha - 06.10.04)

MEDIDA CAUTELAR FISCAL. DEFERIMENTO. DÉBITOS EM MONTANTE SUPERIOR A 30% DO PATRIMÔNIO CONHECIDO DO DEVEDOR.

1. A medida cautelar foi deferida com fulcro no art. 2º, inc. VI, da Lei 8.397/92, que estipula que a medida pode ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido.

2. No caso, ainda que sejam desconsiderados os débitos com exigibilidade suspensa e aqueles computados em duplicidade, é evidente que a dívida supera 30% do patrimônio conhecido da empresa, autorizando o deferimento da liminar na medida cautelar fiscal.

3. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 4ª Região, Classe: AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo: 2006.04.00.016955-0 UF: SC, Data da Decisão: 19/07/2006 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, DJU:02/08/2006, Relator JOEL ILAN PACIORNIK)

Destarte, uma vez comprovado que o passivo tributário da empresa X chega a **200%** de seu patrimônio declarado no balanço realizado em 31/12/05, de rigor impõe-se o deferimento da medida cautelar fiscal, com o fito de tornar indisponíveis os bens que compõem seu ativo permanente, na forma prevista no art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.397/92.

4) Do deferimento da medida como forma de proteção à concorrência

Sob outro enfoque, urge ser deferida a medida cautelar também como forma de proteção à concorrência, porquanto, no caso do ICMS, cuja alíquota básica geral varia nos Estados entre 17% e 18% do valor da operação, torna-se impactante a não-oneração do contribuinte com o pagamento do tributo.

Efetivamente, se o bem for oferecido por valor abaixo do preço de mercado, em função da inexistência de oneração com o ICMS, tal conduta demonstra

um flagrante caso de prática de preços predatórios, com potencial prejuízo à concorrência.¹

Por outro lado, mesmo não se utilizando dessa vantagem, quando a empresa oferece a mercadoria ao preço de mercado, onerando o consumidor e deixando de repassar os valores ao Estado, tem-se um evidente caso de aumento injustificado e ilícito dos lucros dos controladores da sociedade, que pode chegar, em determinados segmentos, a 388%².

Logo, a sistemática ausência do recolhimento do tributo devido, especialmente em se tratando de tributo indireto, pode ser considerada um dos meios de se proceder ao aumento arbitrário de lucros e de se ocupar uma posição de maior vantagem no campo de batalha concorrencial.³

Conseqüentemente, o contribuinte que, tendo desoneração ilícita e contumaz de parte da carga tributária, consegue vender seus produtos abaixo do preço de custo contraria, em um primeiro plano, o próprio fundamento da livre iniciativa, art. 170, caput, da Constituição Federal, e prejudica a concretização do princípio da livre concorrência no mercado, consagrado no inciso IV da norma constitucional em evidência, pois ao exercer de forma abusiva sua posição no mercado, acaba desequilibrando a igualdade de condições competitivas.

Em um segundo momento, é atingido também o princípio de defesa do consumidor, art. 170, V, pois o destinatário final da cadeia de circulação, que poderia parecer beneficiado com a oferta de bens a preços inferiores aos de produção, também poderá passar a ser prejudicado. Isto porque a predatorialidade acaba por eliminar ou prejudicar a concorrência, favorecendo a concentração de mercado, o que facilita a posterior fixação de preços em níveis excessivos.⁴

No caso em apreço, a empresa X é considerada devedora contumaz do tributo estadual, já que seu recolhimento do ICMS vincendo é irrisório.

Em decorrência do não pagamento do tributo devido, sobra margem para conferir maiores descontos em suas vendas, agraciar seus clientes com diversos brindes, ou até mesmo promover inaugurações de filiais com direito a shows custeados, indiretamente, pelos cofres públicos, conforme revela a notícia publicada no *Jornal Correio do Povo* de 28/03/07, a qual segue anexa (**doc.21**).

Ao azo, cumpre informar que em levantamento efetuado pelo Estado acerca da arrecadação de ICMS levada a cabo por empresas do mesmo seguimento econômico da empresa ré, detectou-se o potencial de afetação à livre concorrência, ante o seu inadimplemento contumaz.

Como se verifica da tabela abaixo, no período analisado (10/06 a 02/07), a média de recolhimento de ICMS das empresas do mesmo seguimento econômico

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. *Revista de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 10, p. 190-204, 1995.

² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Consulta nº 0038/99.

³ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. O abuso do poder econômico e os tributos indiretos. *Jus Navigandi*, n. 66, 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4108>> Acesso em: 29 maio 2005.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. *Revista de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 10, p. 190-204, 1995.

(v.g., (...), entre outras) gira em torno de **R\$ 7.000.000,00** (sete milhões), ao passo que o valor recolhido pela Empresa X, no mesmo período, foi de meros **R\$ 3.956,24**.

Relação das empresas do mesmo seguimento da requerida	Arrecadação de ICMS no período de 10/06 a 02/07	Faturamento no período de 10/06 a 02/07
Empresa A	R\$ 8.733.909,10	R\$ 77.465.873,73
Empresa B	R\$ 9.265.859,85	R\$ 91.824.557,81
Empresa C	R\$ 2.186.285,93	R\$ 23.108.345,11
Empresa D	R\$ 10.981.945,71	R\$ 132.711.734,50
Empresa E	R\$ 7.797.579,25	R\$ 103.538.309,03
Empresa F	R\$ 3.689.536,16	R\$ 50.946.029,50
Empresa G	R\$ 1.428.053,31	R\$ 21.766.713,83
Empresa H	R\$ 2.783.237,30	R\$ 39.784.252,00
Empresa I	R\$ 8.020.537,23	R\$ 123.736.075,58
Empresa J	R\$ 8.216.521,43	R\$ 130.240.480,27
Empresa L	R\$ 16.479.729,15	R\$ 306.494.233,40
Empresa M	R\$ 6.531.839,22	R\$ 161.214.709,08
EMPRESA X	R\$ 3.956,24	R\$ 77.761.073,32

Considerando, ainda, que a média de sete milhões refere-se a período de cinco meses, a média mensal de recolhimento de ICMS pelas empresas concorrentes é de aproximadamente **R\$ 1.400.000,00** (um milhão e quatrocentos mil reais), enquanto a da Empresa X é de insignificantes **R\$ 791,24** (setecentos e noventa e um reais e vinte e quatro centavos).

Assim, por meio ardil – não pagamento do tributo – a empresa demandada interfere prejudicialmente no mercado, já que aumenta consideravelmente sua margem de lucro, dispondo, inclusive, de maiores recursos para manter sua política de preços baixos às custas do Erário.

Com essa prática, fica fácil implementar sua projeção de crescimento de 30% no ano, e atingir o faturamento projetado de **R\$ 180.000.000,00** para o ano de 2007, inclusive com abertura de 05 (cinco) novas lojas, conforme entrevista veiculada por Políbio Braga, prejudicando ainda mais a concorrência em relação às empresas do mesmo seguimento econômico que cumprem com suas obrigações tributárias (**doc.21**).

Portanto, não pode o Poder Judiciário ser conivente com essa manobra ilícita praticada pela empresa X, diante do prejuízo causado à concorrência e aos cofres públicos, fator determinante para a concessão das medidas extremas previstas na Lei nº 8.397/92.

5) Da necessidade de extensão da medida em relação ao patrimônio dos administradores

A fim de conferir maior eficácia à medida cautelar fiscal, faz-se mister, com supedâneo no art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.397/92, abaixo transcrito, seja concedida

a extensão de seus efeitos ao patrimônio dos administradores da Empresa X , a saber, Sr. Y (CPF 000.000.000-00) e Sr. Z (CPF 000.000.000-00) - **doc.22**:

Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 1º Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo:

- a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício;
- b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos. - grifei

Inicialmente, destaca-se que a medida aqui pleiteada é meramente acautelatória – extensão da indisponibilidade aos bens dos administradores - para assegurar futuro redirecionamento da execução fiscal, não se confundindo com o próprio pedido de responsabilização pessoal, cujo pleito será ofertado, oportunamente, nos autos das execuções fiscais em tramitação para cobrança de imposto sonegado.

De qualquer sorte, ressalta-se que a infração à lei praticada pelos administradores é incontestada, porquanto os débitos tributários em cobrança nas Execuções Fiscais nºs 1.06.0208858-9, 1.05.0338512-7, 1.05.0339129-1, 1.05.0349825-8, 1.05.0349585-2 dizem respeito a **imposto não informado** pelo sujeito passivo, caracterizado por creditamento de ICMS indevido, além de outras manobras fraudulentas, consoante atestam os autos de infração anexos (**doc.2**).

Ademais, consoante restará demonstrado no momento do redirecionamento da execução fiscal, os administradores violaram o disposto no art. 117 da Lei nº 6.404/76, art. 2º da Lei nº 8.137/90, art. 20 da Lei nº 8.884/94, entre outros.

Então, para assegurar a eficácia na futura responsabilização pessoal nas execuções acima noticiadas, impende seja estendida a indisponibilidade aos bens dos administradores da Empresa X.

Nesse sentido, firme o entendimento jurisprudencial:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR FISCAL. LEI-8397/92 (06.01.92) ART-7.

Se há fundado receio de inviabilidade da cobrança da dívida fiscal, por irregularidades praticadas na sociedade devedora, justifica-se o arresto de bens, inclusive do sócio-gerente.

(TRF 4ª Região, Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo: 9704051328 UF: SC, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Relator(a) VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, Data da decisão: 11/11/1997, DJ: 24/12/1997 PÁGINA: 112538)

MEDIDA CAUTELAR FISCAL. LEI Nº 8,397/92. INDISPONIBILIDADE DOS BENS DOS SÓCIOS DE PESSOA JURÍDICA EXECUTADA. REQUISITOS. POSSIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 4º da Lei nº 8.397/92, “a decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação”.

2. Os requisitos a serem observados para a concessão da cautelar (indisponibilidade patrimonial) são os da Lei nº 8.397/92, e não os da responsabilização pessoal do sócio (artigo 135 do CTN). Tais circunstâncias - dissolução irregular da pessoa jurídica, atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei ou ao contrato social - somente poderão ser invocadas por ocasião de eventual redirecionamento de execução fiscal contra os sócios, não importando, a indisponibilidade decretada por ocasião da cautelar, sua responsabilização fiscal.

3. Só poderá haver redirecionamento da execução quando a pessoa jurídica executada não possuir patrimônio bastante para a liquidação do crédito fiscal - circunstância a ser verificada no momento processual adequado.

4. A indisponibilidade dos bens é medida de cautela, que objetiva assegurar eventual futuro redirecionamento, não se confundindo com este. Não implica constrição do patrimônio dos sócios, que não ficam privados de usar e fruir os bens, mas apenas restrição ao direito de dispor dos bens, a fim de que se conservem como garantia, em caso de eventual redirecionamento da execução.

5. No caso dos autos, há indícios de que os sócios agiram com infração à lei, contrato social ou estatuto, bem como de ter havido dissolução irregular, razão por que devida a indisponibilidade ainda que se considerem os requisitos necessários ao redirecionamento do feito.

(TRF 4ª Região, Classe: AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo: 2004.04.01.038910-0 UF: PR, Data da Decisão: 07/12/2004 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Fonte DJU DATA:26/01/2005, Relator DIRCEU DE ALMEIDA SOARES)

De rigor, portanto, a extensão da medida aos bens dos administradores, consoante expressa previsão contida no art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.397/92.

6) Do atendimento aos requisitos exigidos na Lei

Por derradeiro, ressalta-se que estão presentes todos os pressupostos para concessão da medida cautelar previstos no art. 3º da Lei nº 8.397/92, uma vez que a inicial está acompanhada da prova de constituição dos créditos tributários em cobrança judicial (**docs.04 a 15**).

Da mesma forma, a presente peça vem instruída com as provas documentais corroborando as condutas descritas nos itens “1” (cópia das escrituras públicas), “2” (cópia das notificações para pagamento do imposto vencido) e “3” (cópia do balanço da empresa).

Sendo assim, uma vez comprovada a constituição do crédito tributário, bem como a existência de três causas arroladas no art. 2º da Lei nº 8.397/92, impõe-se o deferimento liminar da medida cautelar fiscal, procedendo-se na forma do art. 4º, §§ 1º e 3º, da lei em voga.

III – DOS PEDIDOS

ANTE O EXPOSTO, o ente público **requer**:

a) na forma do art. 7º da Lei nº 8.397/92, seja concedida, liminarmente, a indisponibilidade dos bens da empresa X (CNPJ 00000000/0000-00) e de seus administradores, Sr. Y (CPF 000.000.000-00) e Sr. Z (CPF 000.000.000-00) comunicando-se, de imediato, aos seguintes órgãos:

a.1) Ofícios de Registro de Imóveis de: Porto Alegre, Alvorada, Barra do Ribeiro, Cachoeirinha, Camaquã, Canoas, Capão da Canoa, Garopaba, Esteio, Florianópolis, Gravataí, Guaíba, Pelotas, Rio Grande, Santa Maria, São Leopoldo, São Lourenço do Sul, Sapucaia do Sul, Torres, Tramandaí e Viamão;

a.2) Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN);

a.3) Banco Central, de forma eletrônica, pelo sistema BACEN JUD e

a.4) Comissão de Valores Mobiliários.

b) ato contínuo, seja procedida à citação da empresa X, por seu representante legal, e de seus administradores – Sr. Y e Sr. Z - para, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, contestarem o pedido, sob pena de revelia;

c) ao final, por sentença, seja mantida a liminar ou, se não deferida liminarmente, seja decretada a medida cautelar fiscal, procedendo-se na forma do pedido constante no item “a”, cuja eficácia deverá se estender até a integral satisfação do crédito tributário.

d) para viabilizar a plena indisponibilidade de bens dos administradores, seja requisitada à Receita Federal a cópia da última declaração de bens de Sr. Y e Sr. Z ;

e) produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a prova documental, que ora se anexa, além da juntada de novos documentos caso se mostre necessário.

Dá-se à causa o valor de alçada, equivalente a R\$ 878,00.

Porto Alegre, 14 de maio de 2007.

Cristiano Xavier Bayne
Procurador do Estado
OAB/RS n.º 46.302

PARTE 2

001/1.07.0094910-4

1. Versa sobre demanda cautelar cautelar fiscal proposta pelo Estado do Rio Grande do Sul em que se visa seja decretada a indisponibilidade de bens da empresa X e de seus administradores Sr. Y e Sr. Z .

Em síntese, sustenta presentes as hipóteses constantes dos artigos 2º, V, a, VI e IX, e 4º, § 1º, da Lei nº 8.397/92, cujas redações são as seguintes:

Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

(...)

V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

(...)

VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

(...)

IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 1º Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo:

a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício;

b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.

2. Faz-se presente a comprovação da situação cautelanda que se busca caracterizar.

A plausibilidade do direito alegado encontra-se materializada pela comprovação da existência de vultoso débito tributário, sem lastro em garantia patrimonial, a par de atos e gestões praticados pela parte ré configuradores das situações de fato que compõem as hipóteses fáticas previstas de várias normas componentes do sistema normativo que versa sobre a demanda cautelar fiscal.

No que diz respeito ao **débito**, vê-se que atualmente a empresa ré possui um débito na ordem de **R\$ 127.662.286,46** (cento e vinte e sete milhões,

seiscentos e sessenta e dois mil, duzentos e oitenta e seis reais e quarenta e seis centavos), englobando 416 débitos.

Do referido valor, R\$ **36.930.125,00** referem-se a creditamento fiscal indevido no período de outubro de 2003 a junho de 2005.

O restante do débito decorre de imposto informado e não pago, o que começou a ocorrer a partir de 2006, período no qual, apesar de **faturamento médio mensal** na ordem de R\$ **15.552.214,66**, o recolhimento médio mensal de ICMS se resumiu a R\$ **791, 24**.

De outro lado, em relação aos débitos já judicializados, na ordem de R\$ **96.611.098,52**, há apenas bens penhorados, livres de quaisquer outros ônus ou discussão judicial, no valor equivalente a R\$ **1.356.000,00, ou seja, pouco mais que 1%**.

Ainda que haja outros bens ofertados em garantia, vê-se que em relação aos débitos na ordem de R\$ 19.219,342,00 (processos números 10503521896, 10503498258 e 10503517953) foram ofertados em garantia os denominados precatórios e em relação aos débitos na ordem de R\$ 6.335.152,00 (processos números 10503516302 e 10503495852), há penhora de dois imóveis, o primeiro avaliado em R\$ 2.500.000,00, o segundo sem avaliação, **mas ambos já penhorados em execução fiscal movida pela União, que é credor preferencial em relação ao Estado do Rio Grande do Sul**.

Quanto aos atos caracterizadores invocados, todos eles se fazem presentes.

O primeiro, de ordem objetiva, é a disparidade entre os débitos fiscais e o patrimônio conhecido da devedores, que, segundo o critério legal, deve se situar em no máximo 30%.

Conforme o documento nº 20 juntado com a inicial, o balanço patrimonial da empresa ré, realizado em 31.12.05, aponta um ativo declarado na ordem de R\$ 61.625.899,74.

Tendo em conta que o débito atual é de R\$ 127.662.286,46, o percentual alcança mais de 200% como afirmado na inicial.

Mesmo que se pudesse afastar os débitos em relação aos quais são ofertadas todas as garantias (abstraindo-se inclusive as controvérsias e preferências já referidas), ainda sim o débito remanescente na ordem R\$ **63.000.000,00** chega a 100% do patrimônio declarado pela empresa, caracterizando a situação apta a ensejar a demanda cautelar.

O segundo ato caracterizador refere-se à prática de atos que dificultam a satisfação do crédito tributário.

Conforme comprova a parte autora, pelo documento nº 17, a empresa ré vêm adquirindo precatórios ao invés de pagar seus débitos tributários o que, não fosse só pela sua questionável admissibilidade quanto a possibilidade de utilização para compensação com crédito tributário, ressentir-se agravado pelo fato de que o preço pago pela empresa ré aos cedentes tem correspondido ao valor integral do crédito a ser recebido, o que destoa dos valores pagos no mercado, situados entre 20% a 30% do valor do crédito a ser recebido.

De um dos precatórios (fls. 447-48) se destaca ainda o fato de que a cessão se deu pela sociedade civil de advogados, o que não é aceito pela jurisprudência na medida em que os ônus sucumbenciais são do advogado e não da sociedade a que pertence:

AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. ABRANGÊNCIA DO EXAME FEITO PELO RELATOR. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CESSÃO DE DIREITOS CREDITÓRIOS. HABILITAÇÃO DE CESSIONÁRIA. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. I Tratando-se de matéria a cujo respeito há jurisprudência dominante, o relator está autorizado a negar provimento a recurso. II Sendo credores dos honorários os advogados, em nome próprio, somente eles podem fazer a cessão do crédito respectivo a terceiro e não a sociedade em nome dela, não podendo, portanto, ser admitida a habilitação da cessionária na execução e no precatório. RECURSO DESPROVIDO. (Agravado Nº 70015827298, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 05/07/2006)

De outro lado, a admissibilidade dos precatórios para efeitos de compensação é incerta na medida em que boa parte da jurisprudência, não só na Corte Estadual como do STJ vem fulminando a pretensão, conforme se vê dos seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO ENTRE CESSÃO, DE CRÉDITOS REPRESENTADOS POR PRECATÓRIOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DA CONTRIBUINTE. ART. 170 DO CTN. ESFERA DE PODER RESERVADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Tratam os autos de ação de mandado de segurança impetrado por Móveis Casa de Pedra LTDA contra ato praticado pelo Auditor de Finanças Públicas da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. Auditor de Finanças Públicas da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. A exordial requer a declaração do direito à compensação tributária de débitos tributários vencidos com a existência de créditos a serem recebidos por precatórios e, conseqüentemente a suspensão da exigibilidade dos débitos cobertos pelos créditos até que seja possível a referida compensação, ou pagamento com a utilização do referido crédito. A sentença denegou a segurança. Interposta apelação pela empresa autora, o Tribunal a quo deu provimento ao recurso por entender que: a) “Não comprovada a causa de pedir na ação em que se pretende ter como repetida, não voga a arguição de litispendência, aliás, somente alegada em contra-razões da apelação”; b) “Tratando-se de compensação de débitos tributários, não se tem idéia de quais os créditos a impetrante pretendeu quitar na ação anterior”, c) “A compensação é instituto de direito civil, admitida expressamente na legislação tributária (art. 156, II, do precatório para pagamento de dívida fiscal”. Aponta para o fundamento de seu recurso especial que: a) não houve fundamentação adequada dos acórdãos recorridos; b) foram violados os princípios do contraditório, devido processo

legal e ampla defesa; c) Inexiste lei autorizando a compensação na forma tencionada, não bastando para tanto a alusão a dispositivos do Código Civil feita pelo aresto embatido. Contra-razões sustentando que : a) o fundamento legal da decisão foi devidamente apontado: art. 156, II, do CTN, além da jurisprudência do STJ que admite o crédito oriundo de precatório como garantia de execução; b) a administração fazendária não poderá limitar, restringir ou negar ao contribuinte o direito à compensação ; c) recentes decisões do TJRS no sentido de ser possível a compensação de débitos e créditos entre o poder público e os particulares sendo as dívidas, ambas, líquidas e vencidas, mesmo que o crédito de uma seja representado por precatório. Foi interposto recurso extraordinário pelo recorrente. Decisão do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admitindo ambos recursos.

2. Não está autorizada em lei, nem é compatível com o regime próprio previsto na Constituição, a compensação de créditos constantes de precatórios com débitos tributários vencidos.

3. Aplicar, pura e simplesmente, o regime da compensação prevista no direito privado para as relações de direito tributário, abriria perigosa via para fraudar o modo de pagamento dos precatórios previstos na Constituição, com desvirtuamento dos valores jurídicos que com ele se buscou preservar.

4. Recurso conhecido e parcialmente provido. (REsp 842352/RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, j. 14.09.06)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO ENTRE PRECATÓRIOS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DA CONTRIBUINTE. ARTIGO 78, § 2º DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. ESFERA DE PODER RESERVADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE AFASTADA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

I - Mandado de Segurança impetrado buscando a compensação entre precatório judicial adquirido de terceiro e débitos tributários da empresa impetrante.

II - O artigo 170 do Código Tributário Nacional, ao tratar do instituto da compensação tributária, impõe o entendimento de que somente a lei pode atribuir à autoridade administrativa o poder de deferir ou não a referida compensação entre créditos líquidos e certos com débitos vencidos ou vincendos.

III - Nesse quadro, verifica-se a absoluta impossibilidade de o Poder Judiciário invadir a esfera reservada à Administração Pública, e, por conseguinte, determinar a compensação pretendida pela Recorrente.

IV - Ao Poder Judiciário compete, tão somente, observar os casos em que plasmada a ilegalidade do ato administrativo, frente à ordem jurídica vigente, e não o contrário, como deseja a Recorrente, ao pleitear o deferimento de uma operação que a própria lei condicionou ao alvedrio da Administração Pública. Precedentes: RMS nº 12.568/RO, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 09/12/02 e RMS nº 13.017/RO, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 25/11/2002.

V - Acrescente-se, nos termos da manifestação do Parquet Federal: "Além disso, conforme as informações prestadas pelo Secretário de Finanças do Estado de Rondônia e não contestadas pela empresa recorrente na peça de fls. 112/124,

o precatório n.º 1.946/93 encontra-se suspenso por força de decisão judicial exarada nos autos de ação de nulidade de ato jurídico, em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Rondônia. ~

VI - A controvérsia sobre a certeza e liquidez do precatório oferecido à compensação demanda produção de prova, o que não se coaduna com o rito célere do Mandado de Segurança.

VII - Recurso em Mandado de Segurança improvido. (RMS 20526-RO, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 25.05.06).

ADMINISTRATIVO. COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE PERMISSÃO COM CRÉDITOS CONSTANTES DE PRECATÓRIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (DF). IMPOSSIBILIDADE.

1. O pagamento das dívidas da Fazenda Pública decorrentes de sentenças judiciais está submetido a regime próprio, estabelecido no art. 100 da Constituição, mediante precatório. Sendo esse o modo normal de pagamento daquelas dívidas, não lhes são aplicáveis, ainda mais quando não autorizados expressamente pelo legislador, os institutos de direito privado que possam comprometer o regime constitucional, nomeadamente os que se dizem respeito à previsão orçamentária (art. 100, § 1º) e à ordem de precedência (§ 2º).

2. Não está autorizada em lei, nem é compatível com o regime próprio previsto na Constituição, a compensação de créditos constantes de precatórios judiciais com débitos não-tributários da Fazenda Pública. Aplicar, pura e simplesmente, o regime da compensação prevista no direito privado para as relações de direito administrativo, abriria perigosa via para fraudar o modo de pagamento dos precatórios previstos na Constituição, com desvirtuamento dos valores jurídicos que com ele se buscou preservar. Isso ficaria mais evidente em casos de cessão de crédito, em que o precatório, impulsionado pela facilidade de circulação de sua titularidade jurídica, ganharia um poder liberatório semelhante ao da moeda, eficácia essa que a Constituição reservou a casos excepcionais (ADCT, art. 78, § 2º).

3. Recurso especial improvido. (REsp 586172/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 06.04.06).

TRIBUTÁRIO. CRÉDITO DECORRENTE DE CESSÃO DE PRECATÓRIO. DÉBITO TRIBUTÁRIO. ICMS. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. “Não há direito líquido e certo, a ser assegurado via mandado de segurança, para compensar créditos de precatórios adquiridos com débitos fiscais relativos ao ICMS” (RMS n.º 12.734/RO, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 09.12.2002).

2. Recurso ordinário improvido. (RMS 18720/ES, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 14.11.05).

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRECATÓRIO JUDICIAL. NECESSIDADE DE LEI AUTORIZADORA ESPECÍFICA. Em se tratando de matéria a cujo respeito há súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, o Relator está autorizado a negar seguimento ou a dar provimento a recurso. Art. 557 do CPC. Recurso desprovido. (Agravo N.º 70019512581, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 10/05/2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO. OFERTA DE PRECATÓRIO COMO FORMA DE ANTECIPAR A PENHORA. INADMISSIBILIDADE. Inadmissível a caução sobre precatório, como forma de antecipação de penhora em execução fiscal, porque sua utilização implicaria quebra na ordem cronológica de pagamentos, prevista no art. 100, *caput*, da Constituição Federal. Precedentes do TJRS e STJ. Agravo de instrumento a que se nega seguimento. (Agravo de Instrumento Nº 70019761741, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 17/05/2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO. COMPENSAÇÃO. Ausência de fundamento legal a amparar a pretensão deduzida, observada a revogação da Lei Estadual nº 11.472/00, que autorizava a utilização de precatórios para a compensação de créditos inscritos em dívida ativa, bem como do Capítulo IV do Título IV, abrangendo o art. 134, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 12.209/04. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70018633412, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 02/05/2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO. COMPENSAÇÃO. Ausência de fundamento legal a amparar a pretensão deduzida, observada a revogação da Lei Estadual nº 11.472/00, que autorizava a utilização de precatórios para a compensação de créditos inscritos em dívida ativa, bem como do Capítulo IV do Título IV, abrangendo o art. 134, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 12.209/04. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70018633412, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 02/05/2007)

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM PRECATÓRIO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. A pretensão do devedor é, por vias oblíquas, efetuar a compensação entre duas obrigações heterogêneas, sem se perder de vista que, se aceita, poderia fulminar o princípio constitucional da ordem cronológica dos precatórios. A compensação de crédito na seara tributária consiste em poder discricionário da Administração, sendo vedado ao magistrado deferi-la sem expressa previsão legal. No caso, não há previsão de lei estadual admitindo a compensação de crédito pleiteada o que, de plano, inviabiliza a pretendida compensação. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70018548503, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Armando Bezerra Campos, Julgado em 14/03/2007)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ART. 156, CTN. CONSIGNAÇÃO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE PRECATÓRIO DE QUE A AUTORA É CESSIONÁRIA COM ICMS DEVIDO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PERMISSIVO LEGAL A DAR AMPARO A PRETENSÃO DEDUZIDA. ART. 267, I, C/C ART. 295, I. PAR. ÚNICO, III, AMBOS DO CPC. COMPENSAÇÃO. ARTS. 170, DO CTN, E 27 DA LEI ESTADUAL N. 8820/89.

INAPLICABILIDADE DO ART. 78, § 2º, DO ADCT, INTRODUZIDO PELA EC. 30, DE 13.09.00. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70007048416, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 24/03/2004)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO VISANDO À COMPENSAÇÃO DE PRECATÓRIO DO IPERGS COM DÍVIDA DE ICMS. DÍVIDA DE TRIBUTO ESTADUAL. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS COM PRECATÓRIOS. POSSIBILIDADE SOMENTE QUANDO CREDOR E DEVEDOR SE CONFUNDEM. O precatório, para ser compensado com dívidas de ICMS, a teor do art. 134 da Lei 6537/73, com a redação dada pela Lei 11.475/00, deveria ser oriundo de dívida contraída pelo Estado do Rio Grande do Sul, não podendo ser aceito se originário de débito de autarquia com autonomia financeira. Precedentes Jurisprudenciais. À unanimidade, negaram provimento. (Agravo de Instrumento Nº 70018193896, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 25/04/2007)

O terceiro fato caracterizados da situação cautelanda é o de que a parte ré foi devidamente notificada para o recolhimento do crédito tributário, mas deixou de pagá-lo no prazo legal, sem que os débitos estejam suspensos.

A notificação, no caso concreto, decorre do disposto no art. 21, § 4º, da Lei Estadual nº 6.537/73, nos casos em que o imposto é informado em GIA, em que se dá por força da própria lei, em relação ao imposto informado e não pago.

Além disso, comprova a parte autora que a parte ré foi comunicada a inscrição da dívida e solicitada a quitá-la, o que não o fez mesmo já citado em juízo, nas execuções fiscais já ajuizadas.

De outro lado, em relação aos créditos oriundos de auto de lançamento, a notificação operou-se na forma do art. 21, I, da Lei Estadual nº 6.537/73, conforme documento 19 acostado à inicial.

Por fim, tenho ainda que assiste razão quanto a possível caracterização da prática de concorrência desleal que depõe contra o valor constitucional do princípio da livre iniciativa em relação às demais empresas concorrentes, que igualmente merece proteção.

Com efeito, a falta de recolhimento de ICMS em valores tão vultosos como acima visto implica maior disponibilidade de capital para promover baixa de preços de mercadorias e toda uma série de atividades para a atração do público que coloca em desvantagem as empresas que não possuem a mesma disponibilização de tal capital, como é o caso de inauguração de novas filias (documento da fl. 21) a custa do tributo não recolhido.

Penso que a situação fática está perfeitamente caracterizada pela confrontação dos valores de arrecadação do ICMS versus faturamento do setor.

Conforme comprova a parte autora, no segmento em que opera a parte ré, computando-se as treze maiores redes em operação no Estado, no período de outubro de 2006 a fevereiro de 2007, vê-se que a média mensal de arrecadação

gira em torno **R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais)** enquanto a empresa ré tem uma média **R\$ 3.956,24(três mil, novecentos e cinquenta e seis reais e vinte e quatro centavos)**.

Tal conjunto de fatos, situações e circunstâncias, não só de forma isolada, que já justificariam a medida, mas em seu conjunto evidenciam uma situação de grave risco à arrecadação do tributo já vencido, além de prenunciar comprometimento dos tributos vincendos, autorizando a concessão da medida como única forma de garantia do adimplemento dos tributos vencidos.

No que diz respeito a extensão da medida em relação ao patrimônio dos administradores, igualmente cabível a postulação.

Conforme comprova o documento nº 22 e os documentos das fls. 33 a 43 e 48 a 69, Sr. Y e Sr. Z são os dirigentes da empresa ré ao tempo da constituição dos créditos tributários vencidos e não pagos, com razoáveis indícios de que tal ocorreu em virtude de descumprimento da lei na medida em que parcela expressiva – em torno de R\$ 21.000.000,00 - do débito decorre de imposto diminuído em razão de creditamento indevido que foi objeto de ação fiscal.

3. No tocante a indisponibilidade de contas correntes da empresa, via comunicação BACEN JUD, é preciso acolhê-la com a devida reserva na medida em que a indisponibilidade total implicaria praticamente a paralisação de todas as atividades da empresa ré, inclusive eventual pagamento de direitos trabalhistas, tributos federais e fornecedores, o que poderia trazer risco inclusive de encerramento das atividades.

Dessa forma a indisponibilidade, nesse aspecto, deve ser parcial, alcançando 50% dos valores disponíveis dos ativos financeiros da empresa ré, limitado, de qualquer forma, ao valor máximo do débito.

4. Defiro, pois, parcialmente a liminar para determinar a indisponibilidade de bens da empresa ré e de seus administradores, até o limite do montante da dívida, exceto os ativos financeiros, que ficará no patamar de 50% dos ativos existentes, resguardado o mesmo limite, acolhendo os pedidos constantes dos itens “a” e “d” da inicial.

Intimem-se. Citem-se.

25/05/2007

Cláudio Luís Martinewski,
Juiz de Direito.

PARTE 3

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR-RELATOR DA 1ª
CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE
DO SUL

Processo nº: 70020034906
Recorrente: EMPRESA X
Recorrido: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, por seu procurador judicial signatário, vem perante Vossa Excelência, com fulcro no artigo 527, V, do Código de Processo Civil, apresentar **CONTRA-RAZÕES** ao **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, consoante as razões que se passa a expor.

I – DA SINOPSE DO RECURSO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Empresa X, visando à reforma da decisão que, nos autos da Ação Cautelar Fiscal nº 1.07.0094910-4, decretou, liminarmente, a indisponibilidade dos bens da empresa e de seus diretores, com fulcro no art. 7º da Lei nº 8.397/92.

Sustenta que, com a medida cautelar fiscal, o agravado pretende quebrar a empresa-agravante, a qual, segundo alega, gera mais de 1.000 (mil) empregos diretos e 5.000 (cinco mil) indiretos, considerados os fornecedores, fabricantes, etc.

Discorre que o interesse público não diz somente com a arrecadação de tributos, mas com oportunidade de trabalho, bem como faz a diferenciação entre interesse público primário (da sociedade) e interesse público secundário (do aparelho estatal).

Posteriormente, imputa que a sonegação fiscal praticada pela empresa foi perpetrada em decorrência da má consultoria tributária contratada pela Empresa X, à época dos fatos geradores.

Ainda, aduz que o agravado juntou na cautelar fiscal balanço patrimonial do ano de 2005, o qual é inferior ao patrimônio declarado no balanço de 2006. Na ocasião, sustenta que os créditos de precatórios adquiridos devem ser considerados pelo seu valor integral, e não pelo valor de compra, como equivocadamente constante do balanço.

Prosseguindo no agravo de instrumento, a empresa faz algumas considerações sobre o calote do Estado do Rio Grande do Sul na questão da ausência

do pagamento dos precatórios, afirmando que “não é a empresa-agravante que se utiliza de dinheiro público, mas o agravado que usa dinheiro do povo para não fazer nada!!! E agora quer ‘QUEBRAR’ empresa que propicia preços baixos (não predatórios), aquece a economia em virtude disso, e, de sobra, gera 6.000 empregos”.

Em outro capítulo, a Empresa X alega que parte da dívida já foi quitada pelo programa REFAZ, no valor de R\$ 4.583.285,34 e que a empresa foi injustamente excluída do parcelamento.

Afirma, também, que as execuções fiscais estão garantidas com imóveis ou precatórios, noticiando, inclusive, que no Proc. nº 1.06.0201244-2 foi indicado bem imóvel no valor de R\$ 40.000.000,00, e que no Proc. nº 1.06.0208858-9 foram ofertados precatórios no valor de R\$ 38.450.075,55.

Finalmente, no capítulo VI, a empresa reserva algumas palavras para criticar (e até mesmo ridicularizar) o nobre magistrado prolator da decisão agravada, alegando que o MM. Julgador cria óbices nos processos que tratam de pedido de compensação, por colocar a forma demasiadamente à frente do direito.

Postula, então, seja retirado o gravame sobre os bens dos agravantes, a fim de evitar a quebra da empresa.

Conclusos os autos, o eminente Desembargador concede parcialmente a tutela recursal, com o fito de reduzir o bloqueio das contas da empresa de 50% para 10%, a fim de não provocar a impossibilidade de execução de suas atividades.

II – PRELIMINAR DA EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS NO AGRAVO, CAPAZES DE, POR SI SÓ, MANTER A DECISÃO AGRAVADA

Preliminarmente, deve ser anotado que a decisão que concedeu liminarmente a medida cautelar fiscal baseou-se nos seguintes fundamentos: (i) disparidade entre os débitos fiscais e o patrimônio conhecido dos devedores; (ii) prática de atos que dificultam a satisfação do crédito tributário; (iii) parte ré foi devidamente notificada para o recolhimento do crédito tributário, mas deixou de pagá-lo no prazo legal; (iv) caracterização de prática de concorrência desleal.

Não obstante, a recorrente olvidou de atacar o fundamento concernente ao fato de que a empresa foi devidamente notificada para pagamento do tributo, mas deixou de recolhê-lo no prazo legal.

Com efeito, tal fundamento é suficiente a, por si só, manter irretocável a decisão hostilizada, porquanto a Lei nº 8.397/92, em seu art. 2º, V, “a”, aduz, expressamente, que a medida cautelar poderá ser concedida quando o devedor, notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal, deixar de pagá-lo no prazo legal.

Então, como o recorrente impugnou parcialmente a decisão monocrática, deixando de refutar os atos configurados no art. 2º, V, “a”, da Lei nº 8.397/92, cujo

fundamento é suficiente para manter a indisponibilidade dos bens dos agravantes, impõe-se negar provimento de plano ao agravo de instrumento.

III – DAS RAZÕES DE MANUTENÇÃO DA DECISÃO

Superada a prefacial, o Estado do Rio Grande do Sul passa, nesse momento, a demonstrar as razões para manutenção da decisão hostilizada.

Inicialmente, deve-se ressaltar a agressividade dos agravantes, tanto em relação ao ora agravo, como em relação ao nobre magistrado, optando, talvez, em convencer esse Egrégio Tribunal de Justiça a reformar a decisão a quo pela “força”, do que propriamente pelo direito.

Efetivamente, causa espécie as expressões ofensivas endereçadas ao culto magistrado prolator da decisão agravada, principalmente no capítulo “VI”, folha 29, cujas expressões o agravado declina de transcrever nesse momento, em respeito ao insigne juiz.

Na dialética, essa atitude tomada pela agravante – de tentar desqualificar o adversário - é por demais conhecida, mas infrutífera quando, como no caso concreto, os elementos que levaram à decretação da medida cautelar fiscal foram à exaustão comprovados na petição inicial.

Visando a derrubar os frágeis argumentos lançados na peça recursal, o agravado apresentará suas razões em capítulos distintos, a fim de contra-razoar especificamente todos os capítulos abordados no agravo.

1) Da alegada pretensão do agravante de “quebrar” a empresa X

De plano, deve-se destacar que, em nenhum momento, o Estado do Rio Grande do Sul pretendeu (ou pretende) levar a empresa agravante à falência, como falsamente alegado no recurso.

O que se pretendeu, isso sim, foi tentar trazer a Empresa X para a regularidade, em especial no que tange ao recolhimento do ICMS vincendo, informado mensalmente pela agravante, mas desviado para fazer frente às suas despesas de custeio e manutenção de preços baixos.

Lamentavelmente, até o momento a medida não acarretou qualquer mudança no comportamento da empresa, uma vez que a agravante permanece sem recolher o ICMS vincendo.

Com efeito, consoante retratam os documentos anexos, no primeiro semestre de 2007 o faturamento informado ao Fisco Gaúcho pela empresa X, somente em relação ao CGCTE 096/0214763, foi de R\$ 2.573.005,45 (dois milhões, quinhentos e setenta e três mil, cinco reais e quarenta e cinco centavos), ao passo que sua arrecadação foi de pífios R\$ 156,56 (cento e cinquenta e seis reais e cinquenta e seis centavos).

Claro está, portanto, que a empresa não tem qualquer intenção em recolher o ICMS vincendo, pois sua inadimplência contumaz já está enraizada na sua conduta, o que lhe proporciona melhor desempenho no mercado, consoante será abordado oportunamente.

De outro lado, deve ser registrado que se o agravado tivesse a intenção de “quebrar” a agravante, como levemente afirmado na peça recursal, seria muito mais fácil e cômodo ingressar com pedido de falência, com fulcro no art. 94, II c/c art. 97, IV, ambos da Lei nº 11.101/05, o que não se optou.

Ainda, em nenhum momento a medida decretada pelo juízo a quo tem o condão de inviabilizar as atividades da empresa, em especial o pagamento de seus empregados e fornecedores.

Primeiro, porque a própria decisão agravada levou em consideração os gastos necessário à consecução das atividades da empresa, razão pela qual determinou o bloqueio de apenas 50% de seus ativos financeiros.

Aqui, importante registrar que a consecução de suas atividades, obviamente, diz respeito ao pagamento de seus fornecedores e empregados, não tendo qualquer ligação com a aquisição de precatórios.

Tal fato é importante de ser dito porque, somente no mês de abril de 2007, consoante atestam os documentos juntados no próprio agravo (vide tabela anexa), a agravante gastou mais de **três milhões** na compra de precatórios, o que é manifestamente contrário ao disposto no seu estatuto comercial, uma vez que o objeto social da empresa X é o comércio varejista de móveis e eletrodomésticos, o que não se confunde com comércio de precatórios, em que pese tal exercício venha sendo praticado ao longo dos últimos anos, conforme comprovam as cessões de precatórios acostadas no recurso.

De qualquer sorte, deve-se ter presente que a decisão concessiva da liminar determinou apenas a indisponibilidade dos ativos financeiros, imóveis e veículos da empresa, não alcançando a indisponibilidade de seus precatórios adquiridos.

Logo, tendo presente os argumentos constantes do agravo (de que a Empresa X possui cerca de **oitenta e quatro milhões** em precatórios, bem como de que precatório equivale a dinheiro), a recorrente poderia, perfeitamente, manter em dia as contas com pagamento de salário e de fornecedores, mediante a cessão de seus precatórios, mesmo com a total indisponibilidade de seus ativos financeiros, fator esse que, por si só, demonstra a impossibilidade de quebra da empresa em decorrência da decisão agravada.

Finalmente, no que tange à questão da diferenciação do interesse público primário do secundário trazido à tona no recurso de agravo, cumpre mencionar, primeiramente, que a Empresa X está protegendo, exclusivamente, seu interesse privado.

Nem o fato de gerar 1.000 empregos diretos faz mudar tal panorama, uma vez que a dívida gerada pela Empresa X até o momento, somente em relação aos tributos estaduais, atinge supera a estrondosa cifra de **cento e trinta milhões de reais**.

Ou seja, cada emprego gerado pela agravante custa aos cofres públicos, até o momento, R\$ 130.000,00.

Ocorre que se fosse utilizado somente o valor da dívida da empresa X para investimento na agricultura, por exemplo, seriam gerados mais de 26.000 (vinte e seis mil) empregos, uma vez que estudos apontam que um milhão de reais investidos na agricultura geram 200 empregos (www.senado.gov.br/web/senador/odias/Trabalho/Artigos/Artigos/Artigos2003/030623.htm).

Igualmente, se fosse investido o valor da dívida da recorrente em infra-estrutura, seriam criados, em média, 21.190 (vinte e um mil, cento e noventa) empregos, porquanto a cada um milhão de reais investidos em infra-estrutura repercute em 163 postos de trabalho, sendo 30 diretos, 19 indiretos e 114 remotos, conforme estudos publicado no Jornal da Tarde de 20/08/03.

Então, até mesmo para não prejudicar a própria agravante, a apreciação do presente recurso deve ser efetuada no campo jurídico, não devendo ser ingressado na esfera social, como reclamado na parte inicial do agravo de instrumento, já que cada emprego gerado pela empresa recorrente custa, aos cofres públicos, até o momento, a importância de R\$ 130.000,00, conforme visto acima.

2) Dos supostos efeitos nefastos da decisão

No decorrer desse tópico do agravo, a empresa alega que o bloqueio de 50% de seus ativos financeiros iria provocar até mesmo a quebra de seus fornecedores, porquanto não iriam conseguir compensar os cheques emitidos pela ré.

Inicialmente, deve ser destacado que os fornecedores nada mais são do que credores quirografários, enquanto o Estado do Rio Grande do Sul é credor preferencial, por conta da dívida de mais de **cento e trinta milhões** gerada pela empresa agravante, pelo não-pagamento de seus tributos.

Por outro turno, melhor sorte não socorre a agravante ao invocar que sua falência iria acarretar profundos prejuízos, porquanto emprega mais de mil empregos diretos e cinco mil indiretos, incluindo nesse número o dos fornecedores e fabricantes.

Tal argumento, além de fantasioso, porquanto em nenhum momento a medida cautelar levará à quebra da Empresa X, não condiz com o histórico das falências de empresas que atuam no comércio, como a agravante.

Como é cediço, o comércio rapidamente absorve o vazio deixado por empresas que encerram suas atividades, seja em decorrência de falência, seja em decorrência de mera dissolução irregular.

À guisa de exemplo, cita-se o caso da falência da empresa J H SANTOS, cujos pontos comerciais foram adquiridos em leilão, na sua maioria, pela empresa PONTO FRIO, a qual, inclusive, manteve grande parte dos funcionários da empresa falida.

Obviamente, a situação é diversa no ramo da indústria, onde a quebra de importante empresa industrial pode levar ao caos na região, como ocorrido com

a falência da Companhia Industrial de Carnes e Derivado de Bagé (CICAD), que levou a região de Bagé ao desemprego e ao declínio econômico em decorrência do encerramento das atividades daquela renomada indústria.

Ainda a título de argumentação, falacioso mostra-se que a quebra da Empresa X afetaria os cinco mil empregos indiretos de seus fabricantes e fornecedores.

Ora, será que realmente a SONY, LG, BRASTEMP, CONSUL e outras empresas fabricantes fornecedoras da agravante demitiriam seus funcionários diante de eventual encerramento das atividades da empresa Empresa X? A pergunta, de tão fantasiosa, sequer merece resposta!

3) Da confissão acerca da sonegação fiscal praticada pela empresa X

O tópico “III” sequer merece contradita, porquanto a recorrente limita-se a afirmar que praticou sonegação fiscal, corroborando as afirmações contidas na petição inicial da cautelar fiscal, imputando, porém, a responsabilidade ao seu antigo Procurador, uma vez que a agravante não possui conhecimentos de direito tributário.

Inicialmente, deve ser grifado que, segundo consagra o art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657/42, ninguém pode alegar o desconhecimento da lei para justificar o seu descumprimento, nem mesmo a empresa X.

Ademais, conforme bem abordado pelo douto Desembargador no despacho da fl. 1101, a contratação de empresa de consultoria tributária não retira a responsabilidade pelos atos praticados em nome da empresa pelos seus diretores.

Sendo assim, tendo restado admitida pela própria empresa a prática de atos evasivos, tornam-se incontroversos os fatos alegados no capítulo “I” da petição inicial da cautelar fiscal, os quais devem ser sopesados para manter incólume a decisão de indisponibilidade dos bens dos recorrentes.

4) Da alegação de inverdades com relação ao ativo da empresa agravante

Aqui, a recorrente alega que suas dívidas não superam 200% de seu patrimônio, conforme afirmado pelo Estado do Rio Grande do Sul e acolhido pelo magistrado a quo no momento da concessão da liminar.

Prefacialmente, deve ser ressaltado que no momento da elaboração da petição inicial da cautelar fiscal ainda não tinha sido divulgado o balanço de 2006, razão pela qual o capítulo “II”, item “3”, da exordial foi elaborado com base no balanço de 2005.

Entretanto, em que pese o acréscimo de patrimônio no ano de 2006, permanece inalterado o fato de que a empresa continua com dívidas que superam 30% de seu patrimônio conhecido, fato, este, que legitima a decretação da medida cautelar fiscal com base no art. 2º, VI, da Lei nº 8.397/92.

Com efeito, o total do ativo publicado no balanço referente ao exercício de 2006 é de R\$ 79.072.620,58, ao passo que o total das dívidas tributárias estaduais, atualizado até 27/06/07, conforme demonstra o documento anexo, é de R\$ 131.256.509,35, ou o equivalente a 165% de seu patrimônio, o que justifica, por si só, a concessão da medida liminar com base na norma acima.

Mesmo que se admita alterar o balanço aprovado na Assembléia do dia 12/03/07, como requerido no recurso, com o fito de considerar o valor de face dos precatórios e não o valor adquirido, como efetuado no balanço, ainda assim seus débitos ultrapassariam a cifra de 30% de seu patrimônio.

Efetivamente, na hipótese referida no agravo de instrumento, o total do ativo da empresa seria de R\$ 147.910.501,13, enquanto o valor total de seus débitos tributários estaduais permaneceriam em R\$ 131.256.509,35, ou o equivalente a 89% de seu patrimônio, também justificando a decretação da indisponibilidade do patrimônio da empresa e de seus diretores, com base no art. 2º, VI, da Lei nº 8.397/92.

Portanto, as alegações contidas no capítulo “IV” do recurso apenas corroboram que a empresa possui mais de 30% de seu patrimônio comprometido com dívidas tributárias, fator determinante para se manter irretocável a decisão agravada.

5) Da prática de atos que dificultam a satisfação do crédito tributário, devido à compra de precatórios pelo seu valor integral

Ainda no capítulo “IV”, na tentativa de comprovar que a empresa não está adquirindo precatórios pelo seu valor de face, mas pelo valor de mercado, que gira em torno de 20% de seu valor, a recorrente acosta documentos que comprovam exatamente o inverso.

De fato, na escritura pública de cessão de direitos creditórios juntada no agravo à fl. 647, há expressa alusão à aquisição dos créditos do Precatório nº 14.935, cujo valor importa em R\$ 80.897,86, pelo preço certo e ajustado de R\$ 80.897,86.

Da mesma maneira, o documento juntado aos autos à fl. 651 revela que o Precatório nº 15.177, cujos créditos atingem a cifra de R\$ 32.834,17 foi adquirido pelo preço certo e ajustado de R\$ 32.834,17.

Igualmente, a escritura pública da fl. 653 consigna que o Precatório nº 14.888, cujos créditos alcançam a soma de R\$ 109.869,61 foi adquirido pela Empresa X por exatos R\$ 109.869,61.

O mesmo ocorre em relação às escrituras públicas das fls. 655 (Precatório nº 15.295, no valor de R\$121.245,41), 657 (Precatório nº 19.602, no valor de R\$ 883.369,21) e 659 (duplo Precatório nº 14.888, envolvendo partes distintas, com numeração de origem equivocada, no valor de R\$ 196.564,70), as quais foram adquiridas pelo seu valor integral.

Flagrante está que, diante de tais atos, a empresa está trocando ativos de máxima liquidez (dinheiro), por créditos de terceiros, pelo seu valor integral, cuja conduta dificulta sobremaneira a satisfação do crédito tributário.

Por outro norte, chama atenção o fato afirmado pela recorrente, e corroborado pelo balanço de 2006, de que pagou R\$ 15.286.445,70 (quinze milhões, duzentos e oitenta e seis mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e setenta centavos) por créditos de terceiros.

Com tal cifra, a empresa poderia ter quitado, por meio do Programa de Recuperação de Créditos regulado pelo Decreto nº 44.052, de 06 de outubro de 2005, aproximadamente R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões) em dívidas de ICMS, haja vista a anistia da multa e dos juros proporcionada pelo aludido programa especial.

Todavia, como ficou assentado na petição inicial da cautelar fiscal e nas próprias razões recursais, a empresa prefere entregar vultosas somas a terceiros (somadas essas que já superaram a cifra de quinze milhões) para aventurar-se no campo da compensação tributária.

Aliás, chama atenção o fato da empresa, à fl. 21, afirmar que pretende oferecer os precatórios em “garantia” da execução fiscal e não em compensação, cuja possibilidade está sedimentada no âmbito do STJ.

Ocorre que, uma vez efetuada a penhora sobre os créditos decorrentes de precatórios, o ato processual subsequente será a alienação em hasta pública, conforme previsto no art. 673, § 1º, do Código de Processo Civil, e, uma vez levado a leilão, será possível, até mesmo, arrematar o precatório pelo seu valor de mercado, sem que seja considerado preço vil, porquanto tal preço está expresso na própria escritura pública de cessão de direitos como sendo seu valor comercial.

Assim, nenhum proveito econômico advirá à empresa pelo investimento de mais de quinze milhões na compra de precatórios, exceto dificultar a satisfação do crédito tributário, cuja conduta enseja a decretação da medida cautelar fiscal, ex vi do art. 2º, IX, da Lei nº 8.397/92.

Por derradeiro, no que toca ao desabafo da recorrente acerca do “calote” dado pelo Estado do Rio Grande do Sul na questão afeta ao pagamento dos precatórios, cuja dívida está na casa dos três bilhões, deve ser destacado, apenas, que a dificuldade do ente público em honrar seus débitos deve-se à atitude de empresas como a Empresa X, uma vez que o total do passivo tributário em cobrança judicial no Estado do Rio Grande do Sul supera a cifra dos 16 bilhões de reais, ou seja, mais de cinco vezes o valor pendente dos precatórios.

Flagrante está, portanto, que se todas as empresas devedoras de ICMS - como a ora recorrente - cumprissem com suas obrigações tributárias, o Estado do Rio Grande do Sul poderia, além de quitar seus precatórios, utilizar os 13 bilhões de reais remanescentes para realizar seu ajuste fiscal, sobrando dinheiro, inclusive, para prestar melhor atendimento à saúde pública, segurança pública, educação, infra-estrutura, bem como concessão de reajustes salariais aos servidores do Poder Executivo e fixação de subsídios para as carreiras jurídicas.

6) Da invocada quitação e garantia das execuções fiscais

Nesse tópico do agravo de instrumento, a agravante pretende induzir em erro o Tribunal de Justiça, ao afirmar que já quitou parte dos débitos e os demais estão devidamente garantidos por imóveis ou precatórios.

Inicialmente, deve ser anotado que o valor em dinheiro recolhido pela empresa no programa REFAZ II, totalizando R\$4.583.285,34, correspondente a 34 prestações, foi devidamente amortizado do saldo devedor.

Ocorre que o débito da empresa X é tão expressivo, cujo valor atualizado para 27/06/07, como visto, atinge a monta de R\$ 131.256.509,35, sendo que os respectivos juros moratórios incidentes mensalmente supera a cifra de um milhão e trezentos mil reais.

Destarte, o valor recolhido pela empresa (R\$4.583.285,34) foi suficiente para amortizar tão-somente o equivalente a pouco mais de três meses de juros, razão pela qual o saldo devedor permaneceu elevado mesmo após o recolhimento das 34 prestações.

Adita-se a isso o fato de que, todo mês, novos débitos são agregados no montante devido, uma vez que a empresa – devedora contumaz – não recolhe regularmente o imposto vincendo há quase um ano.

Por outro lado, no que tange às alegadas garantias, em especial dos Processos nº 1.06.0201244-2 e 1.06.0208858-9, o procedimento adotado pela empresa agravante beirou à má-fé.

Isso ocorre porque, segundo afirmado na fl. 27 do agravo, a empresa ofereceu à penhora, nos autos do Processo nº 1.06.0201244-2, bem imóvel com valor de mercado em torno de R\$ 40.000.000,00.

Entretanto, conforme noticiado pelo exequente no momento da recusa, tal imóvel já está penhorado nos autos da Execução Fiscal nº 1.05.0338512-7, onde foi avaliado – por avaliador judicial nomeado pelo juízo - em R\$ 456.000,00 (quatrocentos e cinqüenta e seis mil), ou seja, em torno de 1% do valor afirmado pela agravante como sendo o valor de mercado.

Interessante anotar, também, que o próprio leiloeiro, após o insucesso das hastas públicas realizadas naquele processo, referiu que o imóvel é de difícil venda, porquanto se encontra encravado dentro de outros imóveis de propriedade da devedora.

Ademais, deve ser levado em consideração que o bem ofertado à penhora já está garantindo diversas execuções fiscais promovidas pela Fazenda Nacional, credora preferencial, cujas demandas, em valores históricos, superam a monta de vinte e oito milhões de reais, consoante comprova a matrícula do imóvel das fls. 1029 a 1032.

Logo, o imóvel indicado à penhora não é suficiente para garantir sequer um centavo do débito em execução no Processo nº 1.06.0201244-2.

Em relação ao Processo nº 1.06.0208858-9, onde a empresa alega que nomeou à penhora créditos de precatórios, cujos valores atualizados somam a

cifra de R\$ 38.450.075,55, melhor sorte não socorre à agravante, porquanto boa parte dos precatórios ofertados já estão garantindo outras execuções promovidas pelo Estado do Rio Grande do Sul, em especial nas execuções nº 1.05.0352189-6 e 1.05.0346321-7.

Resta evidenciado, a partir dessa conduta, a total má-fé da empresa na questão afeta aos precatórios, porquanto oferece em garantia o mesmo crédito em diversas execuções fiscais, tentando se valer de um eventual descuido do exequente no cotejo dos precatórios ofertados nas dezenas de execuções propostas em face da ora recorrente.

Por derradeiro, no que concerne à alegação de que a empresa foi injustamente excluída do REFAZ II, porquanto havia sentença autorizando o pagamento com precatórios, deve ser ressaltado que a matéria está em discussão judicial, Processo nº 1.07.0056490-3, sem que tenha havido concessão de tutela antecipada.

De qualquer sorte, a tese é frágil, uma vez que a referida decisão proferida no Mandado de Segurança nº 1.06.0184002-3 é datada de 31/01/07, quando a empresa já estava excluída do REFAZ II.

Ademais, consoante se refere da leitura da sentença das fls. 1021 a 1025, em especial na parte dispositiva, em nenhum momento há autorização para pagamento de parcelas do programa REFAZ II, limitando-se a autorizar a compensação com débitos tributários vencidos em 26/06/06, 12/07/06, 25/07/06, 15/08/06, 25/08/06 e 12/09/06.

Interpretando-se o dispositivo da sentença, claro está que a compensação foi dirigida aos débitos do ICMS vincendo – e não das prestações do REFAZ II, um vez que, nos termos do art. 5º, III, do Decreto nº 42.633, de 07 de novembro de 2003, todos os débitos da empresa restaram consolidados, com uma única data de vencimento (25 de cada mês), não podendo haver duas datas de vencimento dentro do mesmo mês.

Então, tendo em vista que a aludida sentença fez referência a mais de uma data de vencimento dentro do mesmo mês, o que se mostra incompatível com o pagamento consolidado do débito nos termos do programa REFAZ II, bem como o fato da decisão não ter referido, expressamente, que a compensação era para pagamento das prestações do parcelamento, limitando-se a autorizar a compensação com os débitos tributários vencidos, exclusivamente, nas datas acima referidas.

Ademais, ainda que se interprete extensivamente a sentença, para autorizar a compensação com as prestações do parcelamento, deve ser destacado que a decisão judicial limitou a compensação no período de junho/06 a setembro/06, inexistindo, portanto, qualquer autorização para compensação em relação às prestações dos meses subsequentes, fator este suficiente para a exclusão da agravante do REFAZ II, com arrimo no art. 5º, XI, 'a', do Decreto nº 42.633/03, que assim dispõe:

XI – implica revogação do parcelamento:

a) a inadimplência, por três meses, consecutivos ou não, do pagamento integral das parcelas, ou, nas mesmas condições, do

imposto declarado nas guias de informação e apuração do ICMS, GIA ou GIS, relativo a fatos geradores ocorridos após a data da formalização do acordo;

Da leitura da norma acima transcrita, constata-se que a perda do benefício fiscal ocorre, também, pela inadimplência, por três meses, consecutivos ou não, do ICMS vincendo.

Por conseguinte, como a autora está há muito mais de três meses sem recolher integralmente o ICMS vincendo informado em GIA, esse fato é suficiente para acarretar a revogação do parcelamento, razão pela qual legítima se mostra a exclusão da empresa X do REFAZ II.

7) Da alegação de que o juízo a quo está causando óbices desnecessários na questão afeta aos precatórios

No capítulo “VI” do agravo de instrumento, a parte adversa faz severas críticas ao magistrado prolator da decisão agravada, aduzindo que o juízo a quo vem causando óbices aos processos em que são ofertados precatórios em garantia ou compensação, colocando a forma demasiadamente à frente do direito.

Entretanto, totalmente prudente a atitude do magistrado a quo ao condicionar o oferecimento de precatórios ao atendimento prévio de requisitos formais, a fim de tentar minimizar a prática usual da empresa X, de oferecer os mesmos precatórios em execuções diferentes, conforme foi noticiado no capítulo anterior.

Então, para evitar a utilização do mesmo precatório repetidas vezes em execuções fiscais diferentes, como efetuado de forma sistemática pela ora agravante, totalmente salutar se mostra a cautela adotada pelo insigne juiz na questão afeta aos precatórios.

8) Da necessidade de manutenção da decisão agravada também como forma de proteção à concorrência

Finalmente, deve ser mantida a decisão agravada também como forma de proteção à concorrência, porquanto, no caso do ICMS, cuja alíquota básica geral varia nos Estados entre 17% e 18% do valor da operação, torna-se impactante a não-oneração do contribuinte com o pagamento do tributo.

Efetivamente, se o bem for oferecido por valor abaixo do preço de mercado, em função da inexistência de oneração com o ICMS, tal conduta demonstra um flagrante caso de prática de preços predatórios, com potencial prejuízo à concorrência.⁵

Por outro lado, mesmo não se utilizando dessa vantagem, quando a empresa oferece a mercadoria ao preço de mercado, onerando o consumidor e deixando

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. Revista de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, n. 10, p. 190-204, 1995.

de repassar os valores ao Estado, tem-se um evidente caso de aumento injustificado e ilícito dos lucros dos controladores da sociedade, que pode chegar, em determinados segmentos, a 388%⁶.

Logo, a sistemática ausência do recolhimento do tributo devido, especialmente em se tratando de tributo indireto, pode ser considerada um dos meios de se proceder ao aumento arbitrário de lucros e de se ocupar uma posição de maior vantagem no campo de batalha concorrencial.⁷

Conseqüentemente, o contribuinte que, tendo desoneração ilícita e contumaz de parte da carga tributária, consegue vender seus produtos abaixo do preço de custo contraria, em um primeiro plano, o próprio fundamento da livre iniciativa, art. 170, caput, da Constituição Federal, e prejudica a concretização do princípio da livre concorrência no mercado, consagrado no inciso IV da norma constitucional em evidência, pois ao exercer de forma abusiva sua posição no mercado, acaba desequilibrando a igualdade de condições competitivas.

Em um segundo momento, é atingido também o princípio de defesa do consumidor, art. 170, V, pois o destinatário final da cadeia de circulação, que poderia parecer beneficiado com a oferta de bens a preços inferiores aos de produção, também poderá passar a ser prejudicado. Isto porque a predatorialidade acaba por eliminar ou prejudicar a concorrência, favorecendo a concentração de mercado, o que facilita a posterior fixação de preços em níveis excessivos.⁸

No caso em apreço, a empresa X é considerada devedora contumaz do tributo estadual, já que seu recolhimento do ICMS vincendo é irrisório.

Em decorrência do não pagamento do tributo devido, sobra margem para conferir maiores descontos em suas vendas, agraciar seus clientes com diversos brindes, ou até mesmo promover inaugurações de filiais com direito a shows custeados, indiretamente, pelos cofres públicos, conforme revela a notícia publicada no Jornal Correio do Povo de 28/03/07.

Ao azo, cumpre informar que em levantamento efetuado pelo Estado acerca da arrecadação de ICMS levada a cabo por empresas do mesmo seguimento econômico da empresa ré, detectou-se o potencial de afetação à livre concorrência, ante o seu inadimplemento contumaz.

Como se verifica da tabela abaixo, no período analisado (10/06 a 02/07), a média de recolhimento de ICMS das empresas do mesmo seguimento econômico (v.g., (...), entre outras) gira em torno de **R\$ 7.000.000,00** (sete milhões), ao passo que o valor recolhido pela Empresa X, no mesmo período, foi de meros **R\$ 3.956,24**.

⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Consulta nº 0038/99.

⁷ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. O abuso do poder econômico e os tributos indiretos. Jus Navigandi, n. 66, 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4108>> Acesso em: 29 maio 2005.

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. Revista de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, n. 10, p. 190-204, 1995.

Relação das empresas do mesmo seguimento da requerida	Arrecadação de ICMS no período de 10/06 a 02/07	Faturamento no período de 10/06 a 02/07
Empresa A	R\$ 8.733.909,10	R\$ 77.465.873,73
Empresa B	R\$ 9.265.859,85	R\$ 91.824.557,81
Empresa C	R\$ 2.186.285,93	R\$ 23.108.345,11
Empresa D	R\$ 10.981.945,71	R\$ 132.711.734,50
Empresa E	R\$ 7.797.579,25	R\$ 103.538.309,03
Empresa F	R\$ 3.689.536,16	R\$ 50.946.029,50
Empresa G	R\$ 1.428.053,31	R\$ 21.766.713,83
Empresa H	R\$ 2.783.237,30	R\$ 39.784.252,00
Empresa I	R\$ 8.020.537,23	R\$ 123.736.075,58
Empresa J	R\$ 8.216.521,43	R\$ 130.240.480,27
Empresa L	R\$ 16.479.729,15	R\$ 306.494.233,40
Empresa M	R\$ 6.531.839,22	R\$ 161.214.709,08
Empresa X	R\$ 3.956,24	R\$ 77.761.073,32

Considerando, ainda, que a média de sete milhões refere-se a período de cinco meses, a média mensal de recolhimento de ICMS pelas empresas concorrentes é de aproximadamente **R\$ 1.400.000,00** (um milhão e quatrocentos mil reais), enquanto a da Empresa X é de insignificantes **R\$ 791,24** (setecentos e noventa e um reais e vinte e quatro centavos).

Assim, por meio ardil – não pagamento do tributo – a empresa demandada interfere prejudicialmente no mercado, já que aumenta consideravelmente sua margem de lucro, dispondo, inclusive, de maiores recursos para manter sua política de preços baixos às custas do Erário.

Com essa prática, fica fácil implementar sua projeção de crescimento de 30% no ano, e atingir o faturamento projetado de **R\$ 180.000.000,00** para o ano de 2007, inclusive com abertura de 05 (cinco) novas lojas, conforme entrevista veiculada por Políbio Braga, prejudicando ainda mais a concorrência em relação às empresas do mesmo seguimento econômico que cumprem com suas obrigações tributárias.

Portanto, não pode o Poder Judiciário ser conivente com essa manobra ilícita praticada pela empresa X, diante do prejuízo causado à concorrência e aos cofres públicos, fator determinante para manter irretocável a decisão que decretou a indisponibilidade dos bens dos recorrentes, com fulcro na Lei nº 8.397/92.

IV – DOS PEDIDOS

DIANTE DO EXPOSTO, o ente público **requer** seja negado provimento ao agravo de instrumento, mantendo-se a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos e pelas razões supra-expendidas.

Finalmente, caso seja dado provimento ao agravo, o que não se admite, **requer** o pronunciamento explícito sobre os dispositivos legais invocados, a fim de viabilizar eventual interposição de recurso à instância superior.

Porto Alegre, 27 de junho de 2007.

Cristiano Xavier Bayne
Procurador do Estado
OAB/RS n.º 46.302

PARTE 4

LFSD
Nº 70020034906
2007/CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. INDISPONIBILIDADE DOS BENS DA EMPRESA E DE SEUS ADMINISTRADORES.

I. No caso concreto, a empresa não conseguiu demonstrar a desarrazoabilidade da liminar deferida.

II. A contratação de empresa de consultoria tributária não retira a responsabilidade pelos atos praticados em nome da agravante.

III. Caracterizado que a empresa possui débitos, inscritos ou não em dívida ativa, que somados ultrapassam 30% do seu patrimônio conhecido. Requisito previsto no art. 2º, VI da Lei 8397/92.

IV. A empresa, em que pese notificada pela Fazenda Pública para que procedesse ao recolhimento do crédito fiscal, deixou de pagá-lo no prazo legal (art. 2º, V, 'a' da Lei 8397/92).

V. Não afastada a hipótese de que a empresa está a praticar atos que dificultam ou impedem a satisfação do crédito com a aquisição de precatórios ao invés do pagamento em dinheiro dos débitos tributários.

VI. Imóvel dado em garantia em cinco execuções fiscais propostas pelo agravado, já se encontra onerado também em execuções da Fazenda Pública Nacional.

VII. Contudo, cabe a redução do percentual de indisponibilidade de 50% para 10% a incidir sobre o valor dos ativos financeiros da empresa, a fim de não provocar a impossibilidade de execução de suas atividades.

AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70020034906
PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL COMARCA DE PORTO ALEGRE
AGRAVANTE Empresa X E OUTROS
AGRAVADO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade rejeitar a preliminar e por maioria dar parcial provimento ao agravo de instrumento, vencido o Presidente que proveu integralmente.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. HENRIQUE OSVALDO POETA ROENICK (PRESIDENTE) E DES. IRINEU MARIANI.**

Porto Alegre, 22 de agosto de 2007.

DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI,
Relator.

RELATÓRIO

DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI (RELATOR)

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do juízo de origem que, em medida cautelar fiscal, deferiu parcialmente a liminar para determinar a indisponibilidade de bens da empresa ré e de seus administradores, até o limite do montante da dívida, exceto os ativos financeiros, que ficará no patamar de 50% dos ativos existentes, resguardado o mesmo limite, acolhendo os pedidos constantes dos itens “a” e “d” da inicial (fls. 536/540).

Sustenta a empresa agravante que a pretensão do agravado pretende quebrar a empresa; que se está a confundir ‘interesse público’ com ‘interesse da Fazenda Pública’, tendo em vista seu papel no cenário econômico; que o juízo poderia optar por meios menos gravosos ao executado em respeito ao art. 620 do CPC; que houve inobservância dos princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, pois tal decisão irá repercutir nos funcionários, atacadistas, fornecedores, prestadores de serviços etc.; que, em relação aos ilegais aproveitamentos de créditos fiscais, a agravante seguiu orientação de empresa de consultoria tributária; que o perigo do aproveitamento focava-se somente na probabilidade de autuação fiscal com multa exagerada; que o direito ao creditamento é plenamente acolhido por nossos tribunais, entretanto não poderia ter sido usufruído antes da determinação judicial e nisso consistiu o erro da agravante; que a medida cautelar deferida é por demais predatória, exagerada, se considerada a situação dos agravantes; que hoje o ativo total da empresa é de R\$ 147.910.501,13; que os créditos de precatórios constantes representam R\$ 84.124.326,25; que somente os precatórios já pagam boa parte da dívida; que a agravante nunca adquiriu precatórios pelo seu valor integral, como alegado pelo Fisco; que não houve qualquer dilapidação do patrimônio pela empresa; que esta oferece precatório em execuções fiscais para garantia do juízo, não em compensação; que há jurisprudência pacificada no sentido de possibilidade de penhora, bem como quanto ao direito de compensação de créditos de precatórios com débitos tributários; que a empresa pagou boa parte do débito que motivou a medida cautelar fiscal, tendo ainda garantido

outra boa parte; que aderiu ao REFAZ em 2003, tendo pago 34 das parcelas; que foi excluída do REFAZ injustamente, pois os valores de ICMS vincendos – junho, julho e agosto de 2006 – foram quitados com precatório, com autorização judicial; que, em inúmeras ‘dívidas’ objetos da medida cautelar, a empresa já apresentou embargos à execução, o que torna suspenso o juízo, sem possibilidade de qualquer medida a respeito; que os valores a descoberto representam menos dos 30% do patrimônio da empresa, requisito legal para a ação cautelar; que, se considerados os pagamentos do REFAZ, as garantias apresentadas e ainda a integralidade dos precatórios que a empresa possui, sobra valores irrisórios de débito a garantir, o que retira o cabimento da medida cautelar; que estão presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência.

Foi concedido efeito ativo em parte, para reformar a decisão somente no tocante ao percentual, que deverá ser de 10% a incidir sobre o valor do ativo financeiro da empresa (fls. 1099/1104).

Foram opostos embargos de declaração (fls. 1107/1109), que foram rejeitados (fls. 1159/1160).

O agravado apresentou contra-razões às fls. 1110/1127, sustentando preliminarmente que cabe se negar provimento de plano ao recurso, pois a recorrente não enfrentou fundamento que por si só é capaz de manter a decisão agravada.

Ouvido, o Ministério Público opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso (fls. 1153/1157).

É o relatório.

V O T O S

DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI (RELATOR)

Quanto à preliminar argüida pelo agravado, tem-se por bem não acolhê-la.

A empresa agravante traz diversas alegações a afastar a liminar deferida pelo Juízo de origem. O não enfrentamento de um dos fundamentos utilizados não possui o condão de por si só justificar a negativa de provimento de plano ao agravo, pois, caso acolhida uma das alegações suscitadas pela recorrente, a decisão poderia ser modificada.

No mérito, mantenho os argumentos já declinados quando da concessão em parte do efeito suspensivo ativo ao presente recurso:

“Compulsando os autos, tem-se que o Juízo de origem considerou presentes os requisitos para a concessão da liminar em medida cautelar fiscal, diante dos seguintes fatos:

- comprovação da existência de vultuoso débito tributário, na ordem de R\$ 127.662.286,46;

- em relação aos débitos já judicializados, na ordem de R\$ 96.611.098,52, há apenas bens penhorados, livres de qualquer outros ônus ou discussão judicial,

no valor equivalente a R\$ 1.356. 000, 00, ou seja, pouco mais de 1% do total da dívida;

- *disparidade entre os débitos fiscais e o patrimônio conhecido da empresa, superando em muito o limite legal de 30%;*
- *prática de atos que dificultam a satisfação do crédito tributário, como compra de precatórios pelo seu valor integral, sendo incerta a possibilidade de compensação de tais valores com os débitos tributários, em relação ao entendimento jurisprudencial;*
- *que a empresa foi devidamente notificada para o recolhimento do crédito tributário, mas deixou de pagá-lo, sem que os débitos estejam suspensos;*
- *possível prática de concorrência desleal com as demais empresas do ramo.*

No mais, quanto à extensão da medida aos sócios-administradores, entendeu presentes os requisitos, pois os agravantes eram dirigentes da empresa ao tempo da constituição dos créditos tributários vencidos e não pagos, com razoáveis indícios de que teria ocorrido em face de descumprimento da lei.

Com efeito, ao menos em juízo *perfunctório*, a parte agravante não conseguiu demonstrar a desarrazoabilidade da liminar deferida em medida cautelar fiscal.

Primeiro, a contratação de empresa de consultoria tributária não retira a responsabilidade pelos atos praticados em nome da empresa, pelos quais respondem tanto ela quanto seus diretores, gerentes ou representantes, estes últimos no caso de comprovados ser os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III do CTN.

Quanto ao balanço patrimonial da empresa, *prima facie*, considerando que perfaz o montante de R\$ 79.072.620,58 (fl. 609), também não afasta a incidência da hipótese prevista no art. 2º, VI da Lei 8397/92, pois caracterizado que a empresa possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassam 30% do seu patrimônio conhecido.

No tocante ao valor real dos precatórios que possui, consta de documento publicado aos acionistas, que o valor resulta em R\$ 15.286.445,70. Querer atribuir o valor de R\$ 84.124.326,25, como efetivo valor que a empresa possui em créditos oriundos de precatório, não cabe neste momento processual de juízo *perfunctório*. Contudo, mesmo considerando o valor alegado pela empresa, como sendo de seu patrimônio em R\$ 147.910.501,13, também não afasta a hipótese legal acima mencionada, em se considerando que o total da dívida tributária que, a princípio, possui perante o Fisco Estadual alcança o valor de R\$ 127.662.286,46.

Ademais, não há como se discutir que a empresa, em que pese notificada pela Fazenda Pública para que procedesse ao recolhimento do crédito fiscal, deixou de pagá-lo no prazo legal, hipótese prevista no art. 2º, V, 'a' da Lei 8397/92.

Também não afastada a hipótese de que a empresa está a praticar atos que dificultam ou impedem a satisfação do crédito, pois a aquisição de precatório, embora aceita por grande parte da jurisprudência para garantia do juízo em

execuções fiscais, não deixa de desobedecer à ordem prevista no art. 11 da Lei 6830/80, sendo que o dinheiro utilizado para a aquisição dos precatórios poderia servir para pagar os débitos executados ou até mesmo viabilizar a possibilidade de parcelamento com os benefícios legais para tanto.

Por fim, quanto às garantias apresentadas pela empresa, segundo prevê o Estado do Rio Grande do Sul, ora agravado, há 12 execuções fiscais em tramitação na 6ª Vara da Fazenda Pública contra a empresa agravante, sendo que dessas, 5 execuções têm garantido o juízo com imóvel já onerado por execuções fiscais movidas pela Fazenda Pública Nacional, que, como se sabe, tem preferência em relação aos créditos tributários do Estado. E contra isso nada foi alegado pela recorrente.

Dessa forma, em juízo liminar, não há como afastar o deferimento da medida cautelar fiscal, inclusive no tocante aos sócios, com base no art. 4º, § 1º do já citado diploma legal, pois tais, ao tempo da constituição do débito tributário, detinham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais e assim não o fizeram.

Contudo, cabe ser concedido em parte o efeito ativo pleiteado, apenas no sentido de reduzir o patamar de 50% para 10% a incidir sobre os valores disponíveis dos ativos financeiros da empresa, a fim de não provocar a impossibilidade de execução de suas atividades.”

No tocante à alegação de que foi injustamente excluída do REFAZ II, pois os valores de ICMS vincendos – junho, julho e agosto de 2006 – foram quitados com precatório, com autorização judicial, tem-se que a empresa pagou 34 parcelas e, mesmo sem se adentrar no mérito sobre a autorização judicial, verifica-se que deixou de efetuar o pagamento das parcelas posteriores também, fato este que justifica sua exclusão pela inadimplência por três meses consecutivos ou não, nos termos do art. 5º, XI, ‘a’ do Decreto n. 42.633/03.

Pelo exposto, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para reformar a decisão somente no tocante ao percentual, que deverá ser de 10% a incidir sobre o valor dos ativos financeiros da empresa, independentemente de limitação temporal.

DES. HENRIQUE OSVALDO POETA ROENICK (PRESIDENTE)

Eminentes colegas. Quanto à preliminar contra-recursal, acompanho o digno Relator e também a rejeito. Na questão de fundo, contudo, vou pedir a mais respeitosa vênua ao eminente Relator para prover o agravo e desconstituir e decisão de primeiro grau.

A indisponibilidade de bens e ativos financeiros é medida por demais drástica e se justifica apenas em último e derradeiro caso, e desde que bem evidenciadas as circunstâncias para seu deferimento.

Na espécie, em primeiro lugar, não se me apresenta tão clara a questão a respeito da extensão da dívida (passivo) em relação ao patrimônio (ativo) da empresa

devedora. Parece-me que deve ser examinada com alguma reserva a assertiva do Estado - por inexistência de prova cabal a respeito, senão mera alegação do credor -, de que o passivo da empresa estaria a representar, hoje, aproximadamente 200% de seu ativo. Sabe-se que em questões que tais, o jogo com os números admite as mais variadas e mirabolantes fórmulas. Por isso também não se está aceitando como verdade absoluta a assertiva da devedora em relação a tal questão. Apenas se colocando a dúvida. E existente tal dúvida, temerária se apresenta, máxima vênia, a concessão da liminar. Ao menos na extensão em que foi dada.

A segunda questão é tão delicada quanto à primeira. Diz com a existência de créditos que foram cedidos à empresa devedora, relativos a precatórios vencidos e não pagos pelo Estado. E a pretensão da devedora em relação a tal questão, aqui e agora, ao menos, não é a de compensação de tais créditos com os débitos existentes. Quer, por ora, tão somente, que sejam admitidos tais créditos como garantia das execuções. E isto é possível. Aliás, de há muito vem o STJ entendendo possível a penhora de tais créditos. E quanto a real extensão de tais valores, e o que representariam corrigidos, em relação às dívidas, ao menos em sede de cognição sumária de liminar, não se sabe. Não há uma prova segura a tal respeito. Por isso, antes de determinar a drástica medida da indisponibilidade, como determinada na origem, parece-me, máxima vênia, deveria ser feita uma investigação a respeito.

Também há o alegado pagamento parcial, face a um parcelamento a que teria aderido a devedora (REFIZ), posteriormente suspenso por falta de pagamento. O que representou tal pagamento em relação à dívida, é matéria que, por igual, entendo controversa.

Por fim, a questão de cunho eminentemente social. Ainda que reduzida a extensão da medida de indisponibilidade a 10% dos ativos financeiros da empresa, como propõe o eminente Relator em seu judicioso voto, ainda assim tal medida — sabe-se pela experiência que se tem em situações que tais — isto representará a morte da empresa. Se a sobrevivência já é difícil em situações normais de administração, face à monstruosa carga tributária deste país, inviável se toma com o confisco de qualquer renda que seja. Mas isto é apenas um argumento complementar, pois se não houvesse qualquer dúvida quanto às questões acima elencadas, até se poderia pensar na medida radical. Mas não. Ao menos em um juízo de cognição absolutamente sumária como se está agora, não vejo elementos de prova concludentes a permitir a manutenção da decisão a quo, máxima vênia das posições divergentes. E pelas mesmas razões, há de se estender a medida aos sócios da empresa devedora.

Então, com estas singelas considerações, rejeito a preliminar contra-recursal, mas, na questão de fundo, ousando divergir - pela dúvida que me assola - dos doutos fundamentos da decisão agravada e daqueles que embasam o voto do eminente Relator, meu voto é pelo integral provimento do presente agravo de instrumento ao efeito de desconstituir a decisão **a quo** que determinou a indisponibilidade de bens e ativos financeiros dos ora agravantes.

182

Em suma: rejeito a preliminar contra-recursal e provejo o agravo.
É o voto, com a máxima vênia do eminente Relator.

DES. IRINEU MARIANI - De acordo com o Relator.

DES. HENRIQUE OSVALDO POETA ROENICK - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70020034906, Comarca de Porto Alegre: “POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO, VENCIDO O PRESIDENTE QUE PROVEU.”

Julgador(a) de 1º Grau: CLAUDIO LUIS MARTINEWSKI

PARECERES

Parecer nº 14.586

SUPERINTENDÊNCIA DE PORTOS E HIDROVIAS. CONTRATO DE SERVIÇOS DE DRAGAGEM DO CANAL DA FEITORIA NA LAGOA DOS PATOS: ATRASO NO CUMPRIMENTO DA AVENÇA, PELA CONTRATADA. IMPOSIÇÃO DE MULTA CONTRATUAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DA FALTA. VALOR DA MULTA.

1. Necessidade de refazimento do procedimento administrativo para apuração de falta contratual. Indícios, no entanto, de plausibilidade jurídica de que falta houve, e era sancionável.
2. Possibilidade de manutenção da retenção dos valores atinentes à multa, enquanto tramitar o procedimento, já que sua natureza jurídica, no caso, era de medida cautelar administrativa.
3. Correto o cálculo do valor da multa realizado pela contratante, inclusive com chancela do órgão interno de auditoria (CAGE).

1. RELATÓRIO

Trata-se de expediente administrativo com tramitação na Superintendência de Portos e Hidrovias (SPH), relativamente à contratação da empresa Transpavi-Codrasa S.A. para prestação de serviços, em regime de empreitada por preço unitário, de dragagem do Canal da Feitoria, na Lagoa dos Patos, com volume total estimado de 600.000 m³, conforme especificações técnicas do edital de concorrência.

Dada a natureza da consulta, e, ainda, as diversas circunstâncias fáticas que a envolvem, o relatório deverá ser pormenorizado.

A concorrência, tipo menor preço, foi realizada em novembro/2004, tendo sido vencedora a empresa acima referida (única licitante).

Contrato lavrado em 27.12.2004 (fls. 317-323). Valor global do contrato: R\$2.205.000,00. Cronograma físico-financeiro prevendo término em maio/2005.

Autorizado o início dos serviços em 21.02.2005 (fl. 335), com retificação em 29.05.2005 (fl. 342). Em vista da retificação, celebrado termo aditivo ao contrato para adequação do cronograma físico-financeiro (fls. 354-355). Posteriormente, uma vez identificadas características técnicas distintas daquelas inicialmente previstas para a dragagem (conforme informação do engenheiro fiscal da SPH – fls. 364-367), celebrado segundo termo aditivo para nova adequação do cronograma, em 08.09.2005 (fls. 398-399).

Em 09.12.2005, informada pela contratada a paralisação parcial do serviço em virtude de “1 – exigências da Capitania dos Portos – Rio Grande, referente às vistorias, pendentes; 2 – exigência de docagem da draga, por parte da Capitania.”.

O engenheiro fiscal da SPH, na mesma data, assim se manifestou: “(...) após analisar as justificativas expostas no Ofício pelo Engenheiro João Pedro Pacheco, esta fiscalização considera procedente as mesmas e sugere que a SPH realize o aditivo de prazo ao referido Contrato de mais 30 dias para conclusão do mesmo.”

A seguir, o Sr. Superintendente da SPH noticiou todo o havido ao Sr. Contador e Auditor-Geral do Estado, solicitando orientação. Em síntese, disse que: (a) a previsão de entrega do final do serviço (09.12.2005) não se confirmou, tendo sido a SPH informada pela empresa da impossibilidade de cumprimento somente na mesma data em que estava previsto o término do contrato (09.12.2005); (b) a empresa teria informado a SPH que voltaria aos serviços em 21.12.2005, mas a própria SPH obtivera a informação de que a draga envolvida na operação somente teria deixado o porto de Pelotas em 23.12.2005; (c) a conclusão do serviço, não obstante todos os problemas, era necessária porque ainda havia trechos críticos com assoreamento, situação que certamente se agravaria com a chegada do verão (estiagem – redução do nível dos rios), acarretando risco de comprometimento no abastecimento do GLP para a região metropolitana.

A CAGE, por intermédio da Informação 001/2006, manifestou-se assim (fls. 410-414): (a) cogitou do inadimplemento contratual por parte da contratada, devendo a Administração verificar a ocorrência de circunstâncias que autorizassem a aplicação do art. 78 da Lei de Licitações; (b) caso comprovado o descumprimento contratual, necessário seria auferir-se se, em razão do princípio da economicidade, não seria melhor manter o contrato, em virtude do custo da rescisão; (c) deveria a SPH notificar a contratada a prestar esclarecimentos acerca do possível descumprimento contratual, prevendo a possibilidade de aplicação das sanções previstas nos arts. 86 e 87 da Lei de Licitações; (d) possibilidade de retenção de valores a serem pagos pelas parcelas do serviço, para assegurar o pagamento de eventual multa a ser imposta; (e) possibilidade de prorrogação do prazo do ajuste.

Em vista disso, solicitou a SPH que a CAGE informasse sobre possibilidade de aplicação de multa, e sobre qual valor, considerando que efetivamente os serviços se concluíram com atraso.

Ainda, a SPH encaminhou, também, consulta ao Tribunal de Contas do Estado, que deixou de conhecê-la em função do disposto no § 3º do art. 138 do Regimento Interno daquela Corte.

De outra parte, encontra-se apenso o expediente nº 01152-1836/06-4, pelo qual a SPH, mediante o Ofício nº 139/GAB/SPH (datado de 29.03.2006) cientifica a contratada para apresentar suas justificativas para o atraso.

Com vista à assessoria jurídica da Secretaria dos Transportes, esta reporta-se à sua manifestação exarada no expediente nº 01246-1836/06-1.

Referido expediente 01246-1836/06-1 foi instaurado a partir de requerimento da contratada (datado de 11.04.2006), pelo qual noticiou a retenção, pela contratante, de parte da última parcela devida pelo contrato (seriam mais de R\$ 200.000,00). Alegou que tal retenção se deu sem observância do devido

processo legal. No mérito, disse que eventual atraso, se houve, foi ínfimo e que a SPH deveria ter observado os limites de tolerância para pagamento do serviço (item 3 do anexo I). Quanto à multa aplicada (previsão contratual máxima de 10%), sustentou que não poderia se dar sobre o valor total do contrato, e sim sobre o valor “da obrigação” (sem, no entanto, especificar o que seria “valor da obrigação”). Requereu: (a) liberação “liminar” da parcela retida; (b) no mérito, que se declarasse inaplicável a multa; (c) alternativamente, caso mantida a multa, que o percentual de 10% incidisse sobre o “valor da obrigação, terceira hipótese, da alínea ‘b’ da Cláusula Décima Sexta do contrato em tela”.

Em 08.05.2006, a requerente complementa sua defesa, considerando que somente nesta data teve vista do autos administrativos atinentes ao contrato em si (uma vez que, até então, achavam-se no TCE). Acrescenta como fundamentos o fato de o engenheiro fiscal da obra ter concordado com as justificativas então apresentadas pela contratada para o atraso na conclusão do avençado. Vale-se, também, da manifestação da CAGE acima referida, no sentido de que era necessário obedecer-se ao princípio da ampla defesa no caso, o que, a seu ver, não se configurou com a expedição de ofício para que se justificasse o atraso. Repete que o descumprimento deu-se, em verdade, pela SPH, que deveria ter tolerado o atraso. Aponta que a notificação (expediente nº 01152-1836/06-4) somente deu-se após concluída a obra. Finalmente, diz que não houve dolo e tampouco prejuízo ao interesse público e ao erário, tendo havido apenas pequeno atraso na conclusão dos trabalhos. Repete os pedidos anteriormente formulados. Junta documento pelo qual deu ciência expressa à SPH acerca do término dos serviços em 24.01.2006.

A manifestação, então, da assessoria jurídica da Secretaria dos Transportes foi no sentido de que seria necessária a juntada dos seguintes documentos: (a) justificativa da não efetivação do terceiro termo aditivo ao contrato; (b) recebimento do serviço; (c) informação referente a eventuais prejuízos havidos, decorrentes do atraso no cumprimento pela contratada; (d) ato com a decisão e a justificativa sobre a retenção de valor para cobertura de eventual multa contratual. Entende, ainda, que a imposição de multa é ato discricionário do administrador, que examinará todas as circunstâncias que envolvem o descumprimento contratual e especialmente os documentos cuja juntada entende cabível. Devolve à SPH sem outra conclusão.

A seguir, manifesta-se o Sr. Superintendente da SPH no seguinte sentido (fls. 56-57):

“Em face dos questionamentos formulados pela Assessoria Jurídica, dessa Secretaria, passamos a esclarecê-los, conforme segue abaixo:

Com referência ao item 3 – Orientações sobre encaminhamentos:

3.1 – Da instrução do processo

Questionamento a) Informação referente ao motivo da não efetivação do 3º Termo Aditivo ao Contrato

O processo número 689-18.36/04-6 foi recebido na Diretoria da SPH no dia 12-12-2005, somente após o término da vigência do contrato, 09-12-2005.

Conforme justificativa da Empresa Transpavi-Codrasa, a draga estava paralisada desde 09-11-2005, pelos seguintes motivos:

- 1) exigência da Capitania dos Portos referente a vistoria pendente da draga;
- 2) exigência de docagem da draga, por parte da Capitania dos Portos.

Diante do exposto, entendemos que o atraso da obra ocorreu **única e exclusivamente por parte da Empresa**. Além disso não **tínhamos garantia da data de reinício dos serviços**, pois era exigida docagem do equipamento utilizado, pela Capitania dos Portos, conforme se verifica no Ofício datado de 09-12-2005, às folhas 396/403, deste processo.

Questionamento b) Termo de recebimento do serviço ou informação equivalente à conclusão e entrega do objeto contratado.

Anexamos ao presente o Termo de Recebimento solicitado.

Questionamento c) Considerando a data e prazo de conclusão dos serviços, informação referente à existência de eventuais prejuízos ao Estado, decorrentes do atraso, especificando sua natureza e valor.

O atraso na conclusão dos serviços não permitiu que a SPH restabelecesse as condições normais da navegação do Canal da Feitoria, trazendo vários transtornos aos seus usuários como:

1) aumento dos riscos de segurança às embarcações que trafegam no respectivo canal, pois na execução de uma dragagem o canal fica congestionado pela draga e embarcações auxiliares, com isso, prejudicando os trabalhos de manutenção da sinalização náutica. Inclusive, a Capitania dos Portos expediu a Portaria de n.º 01, datada de 04-01-2006, declarando a impraticabilidade parcial do Canal da Feitoria, em função das más condições da sinalização local. Isto ocorreu devido a uma manobra da draga que estava em operação, conforme consta na cópia da folha n.º 04, do processo n.º 527-18.36/06-8.

2) O atraso na execução dos serviços fez com que adentrássemos no período de estiagem, onde ocorre a diminuição do nível d'água. Situação esta confirmada por encalhes de navios no trecho contratado, conforme relatório de dragagem (Navio Tanque Guarujá). Importante enfatizar que estas embarcações encalhadas transportam cargas perigosas.

Questionamento d) Ato com a decisão e justificativa sobre a retenção de valor para cobertura e eventual multa contratual

Baseado na Informação da Contadoria e Auditoria - Geral da CAGE/DAUD 010/2006 – cópia anexa, foi determinada a multa e a retenção da garantia contratual, conforme fls. 161 a 168, do processo 893-18.36/06-4, anexa por cópia.

Era o que tínhamos a esclarecer.”

Acostados termo de recebimento provisório, datado de 22.06.2006, cópia da declaração de impraticabilidade parcial do canal de navegação no Canal da Feitoria na Lagoa dos Patos (portaria da Capitania dos Portos, datada de 04.01.2006), cópia de portaria oriunda da Capitania dos Portos determinando instauração de inquérito para apurar acidente de navegação no Canal da Feitoria, cópia da

Informação CAGE/DAUD 010/2006 exarada no expediente administrativo nº 0893-1836/06-4, e, finalmente, cópia da decisão administrativa que determinou a retenção do valor da multa, descontando-o da última parcela a ser paga.

Na referida Informação 010/2006, a CAGE apresenta entendimento de que efetivamente houve culpa da contratada pelo atraso, sendo absolutamente cabível a imposição de multa contratual. Quanto ao valor da multa, entende que o percentual deve incidir sobre a totalidade do valor contratual, com base na alínea b da cláusula décima-sexta do instrumento.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Do extenso relatório, colhem-se as questões jurídicas que deverão ser enfrentadas no caso: (a) caracterização ou não de descumprimento contratual por parte da contratada; (b) legalidade da retenção de valores atinentes à multa, descontando-os da última parcela; (c) observância ou não do devido processo legal para aplicação da multa; (d) valor da multa.

2.1. Descumprimento contratual

Como se viu do relatório, a previsão do término do serviço, contratualmente, era 09.12.2005. Nesta mesma data, a empresa informou à SPH que desde 09.11.2005 o serviço estava paralisado devido a exigências da Capitania dos Portos de Rio Grande, referente a vistorias pendentes, bem como de “docagem da draga”. Solicitou prorrogação do prazo contratual, no que houve concordância da fiscalização.

Em 24.01.2006, portanto 46 dias depois do contratualmente previsto e 76 dias depois da paralisação, o serviço foi concluído.

Neste interregno (09.01.2006), houve um encalhe de navio (NT Guarujá) e a conseqüente declaração de impraticabilidade do canal.

Correta a manifestação da contratada no sentido de que não teria deixado de cumprir o objeto do contrato; o que houve, na verdade, foi o cumprimento com atraso. Aliás, é incontroverso o atraso. Mas o cumprimento com atraso também é uma forma de descumprimento, pois acarreta risco de lesão ao interesse público; não é à toa que gera a possibilidade de sanção.

Assim, para se verificar se tal atraso no avençado poderia gerar a sancionabilidade, haveria que se levar em conta alguns fatores: (a) tempo efetivo de atraso; (b) eventual dano ao ente contratante; (c) eventual dano a terceiros.

No presente caso, o simples atraso, sem qualquer outra conseqüência, considerando a matéria de fato (canal da Lagoa dos Patos que é a única comunicação náutica da grande Porto Alegre com o oceano Atlântico) já seria sufi-

cientemente relevante para se autorizar a sancionabilidade. Não bastasse isso, como se viu, mesmo que a contratada / requerente argumente ter se tratado de “(...) apenas alguns dias de atraso (...)”, neste “curto” período de tempo houve evidentes problemas, inclusive com a navegabilidade do canal. Na verdade, esta apreciação do que seria curto ou longo período de tempo acaba sendo relativa a cada caso e pode variar segundo o interesse de cada um. De todo o modo, não há dúvida que este período somente poderia ser considerado curto se efetivamente não tivesse havido o menor risco ao interesse público, situação que, como se viu, não ocorreu.

Assim, não tenho dúvida que o atraso, no caso, está tipificado como sancionável pelas punições previstas no contrato.

Isto, por outro lado, não elide o fato de que efetivamente agiu com boa-fé a empresa ao informar formalmente a contratante do atraso. Tal conduta, de todo elogiável, não era, no entanto, o suficiente para isentá-la da caracterização de violação ao pactuado. É que tal cientificação ao Administrador somente se deu 30 dias após a paralisação do serviço, sendo que poderia, por uma questão também de boa-fé, haver se dado com a devida antecedência, até para viabilizar a decisão de conveniência e oportunidade do Administrador em providenciar ou não um aditivo contratual.

Tampouco deve-se olvidar que as condições de cumprimento contratual devem permanentemente ser mantidas pela contratada. Em outras palavras: deveria ela sempre atentar para manter seus equipamentos em consonância com a legislação vigente e com as determinações das autoridades competentes. Por tal razão, não vejo justificável o argumento de que deixou de prestar o serviço a tempo por eventual responsabilidade de terceiro (no caso, a Capitania dos Portos de Rio Grande). Deveria a contratada, por prudência, manter sempre as vistorias de acordo com o exigido, bem assim com a devida antecedência (antes de 09.11.2005) providenciado a liberação da draga. E caso a draga não tivesse condições jurídicas de utilização desde o início do período de vigência contratual, desde então já estaria tipificada esta outra falta da contratada. Tudo isso por força da cláusula décima-terceira, item 2.2, alínea c, do contrato e, por decorrência, o que determina o art. 66 da Lei de Licitações.

Portanto, efetivamente houve cumprimento com atraso que justificasse a aplicação de sanção, no presente caso. Esta conclusão está se dando com base nos elementos que constam até o presente momento dos expedientes. Em função do que será dito no item 2.3 *infra*, outra poderá ser a conclusão caso a requerente, após o devido processo legal, demonstre que a falta havida não era sancionável. Considerando que alegou repetidamente violação ao contraditório e ao princípio do devido processo legal, faz crer que oportunamente, quando aberto o procedimento regular, logrará demonstrar por outros meios que efetivamente não deveria ter sido punida.

2.2. Retenção de valores

O segundo tema diz com a legalidade da retenção dos valores, atinentes à multa, descontando-os da última parcela.

A situação fática está bem delineada: no momento do pagamento da última parcela (pelo relato da CAGE, seriam R\$ 562.796,72), a SPH reteve o valor atinente à multa (segundo a requerente / contratada, correspondendo a valor superior a R\$ 200.000,00).

A questão do devido processo legal fica para o item seguinte. No presente item, examina-se apenas a retenção em si.

A situação se assemelha à retenção de que cuida o inc. IV do art. 80 da Lei de Licitações, mas não é idêntica porque o atraso, no caso, não redundou em rescisão contratual, até porque a rescisão não era o desejo da Administração e tampouco atendia ao interesse público (a conclusão do serviço era prioridade no momento).

De todo o modo, a doutrina admite a retenção de crédito, como medida cautelar administrativa, visando à garantia de que, após devidamente apurada a falta, não haveria risco de que, sendo julgada aplicável a sanção, não fosse ela executível, por inviabilidade financeira da contratada sancionada.

Ensina, a respeito, Marçal Justen Filho (in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo, Dialética, 2002; 9ª edição, p. 558):

“A lei autoriza a retenção dos créditos do particular na pendência da apuração do inadimplemento. Concretizada a rescisão administrativa, a apuração do montante das perdas e danos pode ser demorada. A própria necessidade de obediência ao princípio do contraditório acarreta uma maior delonga. Se o particular dispusesse de créditos ainda por receber, os prazos para pagamento deles se esgotariam muito antes de exaurido o procedimento administrativo de apuração das perdas e danos.”

A retenção tem esta natureza por decorrência de um dos atributos do ato administrativo, que é o da executoriedade, a qual, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (in *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2006; 21ª edição, p. 399), “é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu”.

Ainda, do mesmo autor (obra citada, pp. 401-402):

“No Direito Administrativo a exigibilidade e a executoriedade, ao contrário do Direito Privado, são muito comuns. A exigibilidade é a regra e a executoriedade existe nas seguintes hipóteses:

- a) quando a lei prevê expressamente, que é o caso óbvio;
- b) quando a executoriedade é condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela lei à Administração; isto é, nas situações em que, se não for utilizada, haverá grave comprometimento do interesse que

incumbe à Administração assegurar. Isto ocorre nos casos em que a medida é urgente e não há via jurídica de igual eficácia à disposição da Administração para atingir o fim tutelado pelo Direito, sendo impossível, pena de frustração dele, aguardar a tramitação de uma medida judicial. Nestes casos entende-se que a autorização para exequoriedade está implícita no sistema legal, pois é em decorrência dele que a Administração deve garantir a proteção ao bem jurídico posto em risco.”

A situação do presente expediente está bem tipificada na previsão doutrinária acima transcrita, razão pela qual, do ponto de vista da exequoriedade do ato administrativo, e, ainda, por se tratar de medida acautelatória, bem agiu o Administrador em reter o valor atinente à multa contratual. Tal valor, após o devido processo legal, poderá ser evidentemente devolvido à contratada caso se apure que a falta não lhe poderia ter sido imputada.

2.3. Procedimento administrativo para apuração da falta contratual

Quanto à observância do devido processo legal, não há dúvida que, se procedimento houve, foi falho. Em primeiro lugar, porque o ofício encaminhado à empresa após a retenção dos valores referentes à multa foi por demais tardio (29.03.2006); em segundo lugar, porque a apuração do atraso deveria ter-se iniciado imediatamente após a comunicação da empresa de 09.12.2005, já que sequer se providenciou a lavratura de aditamento contratual.

Assim, tenho que procedentes as preliminares da contratada / requerente, devendo-se reabrir prazos processuais e refazer o procedimento de apuração da falta contratual pelo atraso, mediante os seguintes procedimentos: (a) instauração de procedimento administrativo para apuração de falta contratual, com portaria na qual se apontem as possíveis faltas, determinando a juntada de todos os documentos necessários para tanto bem como a notificação da contratada acerca do atraso no cumprimento do avençado, para se manifestar, juntando documentos (querendo), bem como dando-lhe ciência expressa da retenção do valor da multa (incluir os valores) sob os fundamentos invocados na presente Informação; (b) após recebida a defesa da contratada, apreciação dos seus elementos, com julgamento conclusivo pelo Administrador, mantendo a imposição da multa ou afastando a aplicação da pena, conforme a apreciação dos autos administrativos; (c) notificação da contratada da decisão tomada (caso se conclua, pelo afastamento da sanção, o que não parece ser provável, deverá a SPH providenciar, ato contínuo, a devolução dos valores retidos à contratada).

2.4. A base de cálculo do valor da multa

Por fim, por economia processual, manifesto-me quanto à dúvida acerca do valor da multa a ser imposta.

A dúvida diz com a base de cálculo sobre a qual deve incidir o percentual de 10% (quanto ao percentual, não há questionamento, porque o atraso superou os 20 dias, tocando, por conseguinte, no limite da cláusula contratual décima-sexta, b, terceira hipótese).

Dispõe a cláusula contratual décima-sexta, que trata das penalidades e das multas:

“A CONTRATADA sujeita-se às seguintes penalidades:

(...)

b) multas sobre o valor total atualizado do contrato:

(...)

- de 0,5% por dia de atraso que exceder o prazo fixado para a conclusão da obra e/ou serviço, até o limite máximo de 10% do valor da obrigação;(...)”

A requerente / contratada sustenta que a base de cálculo somente poderia ser a parcela devida, e nunca o valor atualizado do contrato, tal como procedido e defendido pela SPH, com chancela da CAGE.

A leitura do dispositivo contratual leva à clara conclusão de que acertado o Administrador. A tentativa da contratada de interpretar diferentemente vale-se de leitura isolada do dispositivo final (“... do valor da obrigação”), que, sem que seja entendido juntamente com o caput (“... sobre o valor atualizado do contrato...”), poderia levar a dúvidas. Com a leitura conjunta, entende-se perfeitamente que o valor atualizado do contrato é a base de cálculo para incidência da multa.

Com efeito, o que seria o valor da obrigação? Poderia ser o valor da obrigação parcial (a parcela a ser devida, que era a última, no caso) ou poderia ser o valor da obrigação total (o total devido, contratualmente, pelo serviço prestado). A cláusula não é expressa. Portanto, deve ser lida em consonância com o caput, que, este sim, expressamente prevê o “valor atualizado do contrato”.

Por conseguinte, com relação a este aspecto, sem razão a requerente / contratada.

3. CONCLUSÕES

Isso posto, concluo no seguinte sentido:

3.1. deverá ser imediatamente feito o procedimento para apuração da falta contratual;

3.2. enquanto tal procedimento estiver tramitando, cabível que se mantenham retidos os valores atinentes à multa;

3.3. se o procedimento não apresentar fatos ou elementos novos, não há razão para que não se reconheça a plausibilidade jurídica de sanção à contratada, tal como apreciado no item 2.1 supra;

3.4. a base de cálculo do valor da multa é o valor atualizado do contrato.

É o parecer.

Porto Alegre, 21 de setembro de 2006.

Luís Carlos Kothe Hagemann,
Procurador do Estado

**Processos n.ºs000689-18.36/04-6,
006411-24.06/04-8,
001246-18.36/06-1 e
001152-18.36/06-4**

Acolho as conclusões do PARECER n.º 14.586, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria do Procurador do Estado Doutor LUÍS CARLOS KOTHE HAGEMANN.

Restitua-se o expediente à Excelentíssima Senhora Secretária de Estado dos Transportes.

Em 03 de outubro de 2006.

Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.

Parecer nº 14.614

DEPARTAMENTO MÉDICO LEGAL – ANÁLISE QUANTO À COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ESTADUAL PARA EFETIVAÇÃO DE PERÍCIA COM VISTAS À LIBERAÇÃO DO SEGURO DPVAT. RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ESTADUAL. APONTADA A INCONSTITUCIONALIDADE DE PARTE DA LEI FEDERAL Nº 6194/74, COM AS ALTERAÇÕES INCLUÍDAS PELA LEI FEDERAL Nº 8.441, DE 1992, QUANDO INVADE A AUTONOMIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EFETIVADAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRAZO PARA REQUISIÇÃO DAS PERÍCIAS.

Senhora Procuradora-Geral:

1. RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Secretário-Adjunto da Justiça e da Segurança remete consulta buscando a análise quanto à competência do Instituto Geral de Perícias para confeccionar os laudos periciais do Seguro DPVAT, tendo em vista a dubiedade dos dispositivos legais pertinentes, gerando conflitos de competência entre Lei Federal e Normas Estaduais. Pretende-se, ainda, que se proceda aos apontamentos cabíveis quanto as alterações na esfera da competência do IGP, bem como com relação às condições que devem ser por ele observadas e o prazo para o encaminhamento dos pedidos de perícia.

Inicia o expediente com requerimento ao Departamento Geral de Perícias, efetuado pelo Exmo. Sr. Secretário-Adjunto da Justiça e da Segurança, solicitando proceder-se à análise de questão proposta pela 4º Promotoria de Justiça dos Direitos Humanos quanto ao sistema utilizado para o encaminhamento/pagamento do Seguro DPVAT, bem como o aditamento à cláusula 2º do Termo de Compromisso de Ajustamento celebrado entre Departamento Médico Legal e Promotoria de Defesa da Comunidade e da Cidadania.

Ressaltado pelo 'Parquet', em manifestação nos autos, que o Termo de Ajustamento de fls. 04/06 não teria acolhido o item 3 do Projeto do Departamento Médico Legal (fls. 11). Referido item 3 estabelecia que a solicitação do Seguro somente poderia ser feita pelas autoridades lá elencadas, incluindo outras autoridades como competentes para solicitar o Seguro DPVAT mas não acolhendo a possibilidade de solicitação direta do interessado.

Senão, vejamos a redação do item n.º 3 do Projeto do Departamento Médico Legal:

“RESPONSABILIDADES:

Ministério Público, Juizes, autoridades presidindo inquéritos militares, conselheiros tutelares e defensores públicos no sentido de

prestar esclarecimentos à Justiça nas causas de origem penal. O cadastro de solicitação de perícias no DML somente poderá ser feito com difusão do laudo para uma destas instituições.

Nos casos de exame para seguro DPVAT, as solicitações devem passar inicialmente pela autoridade policial, sendo então encaminhadas após, junto com os documentos relativos ao caso, para perícia no DML. O procedimento pericial nestes casos ficará condicionado a responder o laudo de lesões corporais, com os respectivos quesitos oficiais.”

Referido, ainda, pelo Ministério Público, que havia tomado conhecimento de orientações do Departamento Médico Legal, quanto à temática do laudo DPVAT, o qual orientava que “não seriam realizadas perícias nos casos em que o solicitante comparecer sem o ofício emitido por autoridade competente. Nessa situação, o mesmo deve ser orientado a procurar os órgãos cabíveis para obter o ofício requisitando a perícia.”

Além disso, juntado aos autos ofício n.º 1313/2004, oriundo do DML, o qual relata os problemas enfrentados para implementação das medidas acordadas nas alíneas “a” e “b” da cláusula 2º do Termo de Ajustamento, tais como: a) geralmente os policiais recusavam-se de fazer o pedido de perícia, sendo feito pelo interessado diretamente ao DML; b) tentativa de burla ao sistema de perícias. Logo, foi decidido pelo DML que a realização de “Perícias DPVAT” ocorreria mediante ofício requisição emanado de autoridade competente.

Ainda, encontra-se anexado nos autos ofícios de n.º 2951/2004 e 1457/2004, enviados pelo Ministério Público ao Secretário Estadual da Justiça e Segurança Adjunto, solicitando informações a respeito de: a) declarações do Diretor Presidente do DML, no que tange ao vácuo existente na sistemática utilizada para o encaminhamento/pagamento do Seguro DPVAT, o que estaria ocasionando a ausência de autoridade policial para o pedido de perícia; b) interesse do Estado, através da SJS e DML, no aditamento à cláusula 2º do Termo de Compromisso de Ajustamento, a fim de que fosse incluída, como autoridade competente para efetuar o pedido de perícia, a autoridade policial de trânsito, no caso, o Delegado de Polícia de Trânsito, antes de concluir o inquérito.

Ato contínuo, o Gabinete do Secretário Adjunto da Secretaria de Segurança enviou Memo. n.º 100/04 para o Instituto Geral de Perícias, documento este inaugural do presente Expediente Administrativo, buscando a remessa de informações acerca das solicitações apresentadas pelo ‘Parquet’.

Finalmente, a Assessoria Jurídica da Secretaria da Justiça e da Segurança assim se manifestou quando da remessa do presente Expediente à Procuradoria-Geral do Estado (fls. 65):

“(…) torna-se imperativo e necessário o direcionamento da matéria à PGE, efetuando-se as seguintes questões:

1) Considerando a Legislação Estadual e Federal, em especial o Decreto n.º 35.758/94, Lei Estadual n.º 11.770 e as Leis Complementares Estaduais

n.ºs 10.687/96 e 10.998, bem como, já na esfera Federal, o Decreto- lei n.º 73/66 e as Leis n.ºs 6.194/74 e 8.441/92, principalmente o disposto no parágrafo 5º da Lei 6.194/74, como a redação dada pela Lei n.º 8.441/92, com relação à competência para confeccionar os laudos periciais do seguro DPVAT, tal atribuição é do órgão oficial do Estado – no caso, o IGP? No eventual conflito ou acréscimo de competências estabelecidas por Lei Federal e de outro lado, por Norma Constitucional Estadual, qual deve prevalecer? Qual o fundamento legal caso positiva ou negativa a competência?

2) Caso afirmativa a competência do IGP, esta sofreria alterações com a exegese emprestada pela Lei Federal n.º 9.099/95, em especial, quanto à simplificação ou supressão de procedimentos policiais, nos casos de delitos de trânsito, cuja pena cominada não seja superior a 02 dois anos? Qual o fundamento legal caso positiva ou negativa a alteração da competência ao lume da legislação em tela?

3) Caso afirmativo a competência do IGP, quais casos ou condições deverão ser observados pelo Instituto, na hipótese de sua competência ser absoluta e sem alterações em face da Lei Federal n.º 9.099/95? Qual o fundamento legal?

4) Caso afirmativo a competência do IGP, pode este fazer exames para fins de DPVAT, sem solicitação de nenhuma autoridade policial, em dissonância com as disposições do art. 24 do Decreto n.º 35.758/94?

5) Caso afirmativo a competência do IGP, qual o prazo máximo que teria o interessado para encaminhar o pedido de perícias para fins de DPVAT? Qual o fundamento legal? Há possibilidade de tomar como parâmetro o prazo de 180 dias, referente ao prazo de representação?

Isso posto, com fulcro no art. 115, incisos I e II, da Constituição do Estado, opino pela remessa do presente expediente à Procuradoria Geral do Estado para, no uso de suas atribuições constitucionais e diante da necessidade de uniformização da interpretação da legislação em comento, que oriente este órgão com respeito à melhor exegese a ser dada nos textos mencionados e eventuais outros que julgar cabíveis para que sejam padronizados os procedimentos nos casos em debate.”

É o relatório.

2. HISTÓRICO DO DPVAT E EXPLICAÇÃO DA DÚVIDA POSTA

De início, far-se-á uma breve definição da natureza do Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre - DPVAT. Trata-se de um seguro que garante indenização por danos pessoais (morte, invalidez permanente e despesas médico-hospitalares) a todas as vítimas de acidente causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga. Os recursos para o pagamento das indenizações provém do pagamento anual do referido seguro por todos os proprietários de veículos, sendo este de natureza obrigatória sob pena de não se licenciar o automóvel junto ao DETRAN. Foi instituído pela Lei Federal n.º 6.194/74, garantindo o recebimento de indenizações, independentemente da apuração de culpa, às vítimas de acidentes com veículos, seus beneficiários (em caso de morte) e terceiros que tenham custeado as despesas médico-hospitalares da vítima.

A Lei Federal n.º 6.194/74, com as alterações incluídas pela Lei Federal n.º 8.441, de 1992, assim regulamentou a questão das provas que devem ser necessariamente apresentadas para a concessão do Seguro DPVAT:

Art. 5º- O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.

§1º- A indenização referida neste artigo será paga com base no valor da época da liquidação do sinistro, em cheque nominal aos beneficiários, descontável no dia e na praça da sucursal que fizer a liquidação, no prazo de quinze dias da entrega dos seguintes documentos;

- a) certidão de óbito, registro da ocorrência no órgão policial competente e a prova de qualidade de beneficiário no caso de morte;
- b) prova das despesas efetuadas pela vítima com o seu atendimento por hospital, ambulatório ou médico assistente e registro da ocorrência no órgão policial competente – no caso de danos pessoais.

§2º- Os documentos referidos no §1º serão entregues à Sociedade Seguradora, mediante recibo, que os especificará.

§3º- Não se concluindo na certidão de óbito o nexo de causa e efeito entre a morte e o acidente, será acrescentada a certidão de auto de necropsia, **fornecida diretamente pelo instituto médico legal, independentemente de requisição ou autorização policial ou da jurisdição do acidente.**

§4º- Havendo dúvida quanto ao nexo de causa e efeito entre o acidente e as lesões, em caso de despesas médicas suplementares e invalidez permanente, poderá ser acrescentado ao boletim de atendimento hospitalar relatório de internamento ou tratamento, se houver, fornecido pela rede hospitalar e previdenciária, mediante pedido verbal ou escrito, pelos interessados, em formulário próprio da entidade fornecedora.

§5º- O instituto médico legal da jurisdição do acidente também quantificará as lesões físicas ou psíquicas permanentes para fins de seguro previsto nesta lei, em laudo complementar, no prazo médio de noventa dias do evento, de acordo com os percentuais da tabela das condições gerais de seguro de acidente suplementada, nas restrições e omissões desta, pela tabela de acidentes do trabalho e da classificação internacional das doenças.

Observando-se o teor da norma antes transcrita, emerge que esta, realmente, fixa atribuições aos IMLs da jurisdição do acidente. O parágrafo terceiro estabelece o fornecimento de auto de necropsia pelo IML, independente de requisição ou autorização da autoridade policial ou da jurisdição do acidente. Por sua vez, o parágrafo 5º estabelece que o IML da jurisdição do acidente deverá apresentar laudo complementar para quantificar as lesões físicas e psíquicas permanentes, silenciando quanto à questão de quem poderá requisitar o documento, ou seja, se haverá a necessidade de requisição da autoridade policial ou da jurisdição do acidente.

Tendo em vista as modificações procedidas na legislação do DPVAT, foi efetivado Termo de Ajustamento entre o Ministério Público Estadual e o Instituto

Geral de Perícias, com vistas a regerar as novas condutas impostas ao órgão estadual, nos seguintes termos:

“Termo de Compromisso de Ajustamento

Aos vinte dias do mês de março de 2002, no gabinete do Promotor de Justiça, junto à Promotoria de Defesa da Comunidade e da Cidadania, sita na Rua Andrade Neves, nº 9, 4º andar, presentes o Servidor Público Rogério Silva da Silveira e o promotor de Justiça Mauro Luís Silva de Souza, compareceu o Dr. Sílvio Eugênio Gonçalves Dias, Diretor do Departamento Médico Legal, que prestou as seguintes declarações: conforme já apregoado na audiência anterior, o declarante reuniu-se com a FENASEG – Federação Nacional das Seguradoras – ocasião em que lhes foi fornecida a relação das cidades do Estado onde há postos do DML – Departamento Médico Legal – ficando acertado, dessa forma, que nas cidades onde não houver esses postos a FENASEG aceitará perícias médicas feitas por peritos não oficiais para as indenizações de segurados. No que tange as cidades onde há postos do DML, essas perícias serão efetuadas pelos respectivos médico-legistas que atenderem nesses postos. Reforça o declarante que a completa implementação da Lei 6194/74, na redação que lhe deu a lei 8441/92, dependerá, é certo, da contratação de pessoal que está a cargo do Governo do Estado. Sendo assim, resolvem ajustar as suas condutas nos seguintes termos;

1ª - o declarante se compromete a, nos próximos doze meses, encaminhar e gestionar junto ao Governo do Estado as alterações legislativas, administrativas e materiais necessárias ao adimplemento das disposições previstas na referida lei, conforme cópia de projeto que ora junta;

2ª - enquanto as alterações legislativas tramitam e, especialmente tendo em conta as alterações implantadas pela lei 9.099/95 que passou a considerar alguns crimes de trânsito como de ação penal pública condicionada à representação do ofendido o atendimento instituído pelo §§ 3º, 4º e 5º do art. 5º da Lei 6.194/74 se dará da seguinte forma:

a) as perícias serão realizadas e as lesões quantificadas **mediante pedido da autoridade policial da circunscrição do acidente;**

b) caso a autoridade policial, por ter o ofendido renunciado expressamente ao direito de representação, ou por qualquer outra causa extintiva da punibilidade, se recusar a fazer o pedido, **o próprio interessado poderá dirigir-se diretamente ao DML comprovando, em pedido escrito, a ocorrência do fato e a recusa da autoridade, situação em que a perícia também será realizada e o resultado disponibilizado para o próprio requerente.**

3ª - dada à escassez dos recursos materiais e humanos do DML, que originariamente não foi concebido para fazer frente à demanda aqui prevista, e enquanto não for aparelhado como expreso na cláusula 1ª, as perícias realizadas na forma da cláusula 2ª dependerão de prévio agendamento dentro da capacidade de atendimento do órgão nas condições atuais;

4ª - o descumprimento injustificado das cláusulas do presente ajustamento implicará falta funcional ao responsável pela violação, a ser punida nos termos do respectivo estatuto.”

Observa-se, portanto, que consta previsto no Termo de Ajustamento a hipótese do próprio interessado dirigir-se diretamente ao DML para a requisição da perícia para aferir e quantificar eventuais lesões.

Ato contínuo, ao que parece, o DML insurgiu-se contra este aspecto do Termo de Ajustamento efetuado, entendendo que o pedido direto do interessado poderia ocasionar fraudes. Em prosseguimento, estabeleceu orientações no sentido de que a realização das Perícias DPVAT seriam efetuadas somente com a apresentação de ofício-requisição expedido por autoridade competente (Defensoria Pública, Ministério Público ou Poder Judiciário) respeitando, segundo o órgão estadual, àquela que sempre foi a sistemática de solicitação de exames pelo Departamento Médico Legal, constante do artigo 24, do Decreto 35.758, de 27/12/94.

Tendo em vista o descumprimento de parte do Termo de Ajustamento pelo DML, o Ministério Público começou a proceder a investigação de irregularidades na liberação do Seguro DPVAT. Tais irregularidades baseiam-se no não cumprimento das alíneas “a” e “b” da cláusula 2º do Termo de Ajustamento. O ‘Parquet’ procedeu, ainda, a consulta acerca de eventual interesse do Estado em aditar a cláusula 2º do Termo de Ajustamento inserindo a autoridade policial de trânsito como responsável pela requisição de perícia, uma vez que tal autoridade tem maior controle sobre os sinistros, inibindo eventuais fraudes.

Em resposta ao Ministério Público, o Departamento Médico Legal, alega que a aplicação do Termo de Ajustamento firmado entre estes não funcionou como o esperado, justificando que surgiram diversas dificuldades. Afirma que na maioria dos casos as autoridades policiais se recusavam em solicitar o pedido de perícia e que alguns periciandos apresentavam-se mais de uma vez para a realização da perícia DPVAT, na tentativa de obter um laudo favorável às suas pretensões.

Em vista disso, foi decidido que, até que não fossem realizados novos ajustes para o estabelecimento de normas junto ao Ministério Público, a realização das perícias ocorreria somente mediante apresentação de ofício-requisição expedido por autoridade competente. Tais autoridades seriam a Defensoria Pública, o próprio Ministério Público ou o Poder Judiciário, respeitando a sistemática de solicitação de exames constantes no Decreto n.º 35.758/94 que trata do regimento interno da instituição. Foi sugerido, ainda, a criação de uma equipe de profissionais que realizem tais perícias de forma especializada, em dia e hora pré-agendados.

3. QUESTÃO 1 – EXAME DA COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO OFICIAL DO ESTADO, NO CASO O DML, PARA CONFECCIONAR LAUDOS PERICIAIS DO SEGURO DPVAT.

A questão do exame da competência do órgão oficial do Estado para confeccionar laudos periciais do seguro do DPVAT não se resolve pelo conflito das normas apontadas no primeiro questionamento efetuado, mas pelo exame do arcabouço legal que estabelece o sistema de divisão de competências entre os entes que formam a nossa Federação.

Neste aspecto, a Constituição Federal, em seu art. 144, estabelece a segurança pública como dever do Estado, apontando os órgãos federais e estaduais

a quem compete a prestação deste serviço. Referida norma constitucional assim normatiza:

Art. 144 – A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I – polícia federal;
- II – polícia rodoviária federal;
- III – polícia ferroviária federal;
- IV – polícias civis;
- V – polícias militares e corpo de bombeiros militares.

...

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º - Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º - As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Assim, no uso de sua competência estabelecida constitucionalmente, o Estado do Rio Grande do Sul normatizou a prestação dos serviços de segurança em âmbito estadual, delimitando a estrutura e forma desses órgãos com vistas a otimizar o serviço.

Dentre os órgãos que compõem a estrutura de segurança em âmbito estadual, o Instituto Geral de Perícias foi previsto na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu artigo 124, nos seguintes termos:

Art. 124 – A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública, das prerrogativas da cidadania, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - Brigada Militar;
- II – Polícia Civil;
- III – Instituição-Geral de Perícias.

Já na seção IV, da mesma Constituição Estadual, ao tratar especificamente do Instituto Geral de Perícias, resta estabelecido:

Art. 136 – Ao Instituto-Geral de Perícias incumbem as perícias médico-legais e criminalísticas, os serviços de identificação e o desenvolvimento de estudos e pesquisas em sua área de atuação.

Por sua vez, o Decreto nº 35.758, de 27/12/94, ao regulamentar a sistemática de solicitação de exames pelo Departamento Médico Legal, assim estabelece:

Art. 24 – Ao Instituto Médico Legal compete realizar perícias médico-legais no indivíduo vivo ou morto, sempre que solicitadas por autoridades policiais judiciárias ou militares, quando presidentes de inquéritos ou processos administrativo–disciplinares e outros procedimentos administrativos por requisição da autoridade processante.

De salientar que a criação deste órgão estadual (Departamento Médico Legal) decorre de todo um arcabouço legal que determina as competências federais e estaduais, inclusive as matérias de competência da Justiça Federal ou Estadual e os órgãos federais e estaduais que devem prestar apoio para a implementação de normas de segurança e prestação da justiça em cada esfera da federação. Nesse passo, delimitando-se os órgãos necessários para a implementação das competências constitucionais estabelecidas para cada ente federado, exsurge a questão da necessidade de realizações de perícias para quantificar danos em se tratando de infrações e crimes cometidos, a qual vem normatizada, de forma geral, no CPP, nos seguintes termos:

158 – Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame do corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 159 – Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitas por dois peritos oficiais.”

...

Art. 168 – Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame **complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.**

Em prosseguimento, delimita-se a questão para a matéria aqui em análise, qual seja, acidentes de trânsito e os danos dele decorrentes. Neste aspecto, vejamos a redação do Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 291:

Art. 291 – Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei n.º 9.099/95, no que couber.

Parágrafo Único – Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n.º 9.099/95.

Em seqüência estabelece os artigos 74, 76 e 88 da Lei n.º 9.099/95:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

...

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

...

Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Ora, examinando-se as competências em razão da matéria previstas na Constituição Federal, conclui-se que caberá aos órgãos e às estruturas criadas nos Estados-membros a solução dos conflitos provenientes de acidentes de trânsito e afins. Tendo em vista a competência da Justiça Estadual para dirimir conflitos decorrentes de acidentes de trânsito, será atribuição dos órgãos existentes em âmbito estadual a efetivação das funções de apoio decorrentes de tais sinistros.

Uma vez criado o seguro ora em análise, de competência da União, cabe aos órgãos estaduais dar suporte para a implementação deste seguro, tendo em vista que são atribuições da Justiça Estadual, e dos órgãos criados no âmbito da Administração para seu auxílio, a solução dos conflitos surgidos em matéria de trânsito.

4. QUESTÕES NºS 02, 03 E 04 - INCONSTITUCIONALIDADE DE PARTE DA LEI FEDERAL Nº 6.194/74, COM AS ALTERAÇÕES INCLUÍDAS PELA LEI FEDERAL Nº 8.441, DE 1992.

Demonstrado, portanto, que, quando instaurado o inquérito policial e, posteriormente, o processo criminal, e requisitada a perícia por autoridade judiciária ou policial, já existe um arcabouço legal que estabelece a necessidade de sua realização e esta já se encontra dentro da competência prevista ao DML. Demonstrado, ainda, que nos demais conflitos decorrentes de acidentes de trânsito, inclusive com a questão da comprovação de danos físicos e psíquicos deles oriundos, a competência para efetivação das perícias daí provenientes permanece no âmbito estadual, devendo ser cumprida pelas estruturas de apoio criadas pelos Estados-membros da Federação, face à divisão de competências em razão da matéria estabelecidas constitucionalmente.

Ocorre que, em alguns casos aqui relatados, a autoridade policial, por ter o ofendido renunciado expressamente ao direito de representação ou por qualquer outra causa extintiva de punibilidade, se recusa a fazer o pedido de perícia ao DML.

Surge, portanto, a questão da possibilidade do interessado dirigir-se diretamente aos IMLs da jurisdição do acidente, solicitando perícias. Impõe-se, em continuidade, responder ao questionamento central efetivado nas questões 02, 03 e 04, qual seja, se pode a Lei Federal impor competências aos IMLs estaduais, estabelecendo hipóteses em que o próprio interessado poderá requisitar diretamente as perícias, em contraposição aos estatutos e à legislação estadual quanto à matéria.

De salientar, inicialmente, que o artigo 22, inciso VII, da Constituição Federal estabelece como competência privativa da União legislar, entre outros assuntos, acerca de seguros. No presente caso, corretamente coube à União legislar acerca da criação do seguro DPVAT.

Entretanto, ao adentrar na minúcia de determinar a quem compete a requisição da perícia, estabelecendo a possibilidade do próprio interessado requisitá-la diretamente junto aos órgãos estaduais, a União invadiu a competência originária de auto-organização administrativa dos Estados-membros. Quanto à matéria, o artigo 25 da Constituição Federal assim preleciona:

Art. 25 – Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

Neste aspecto, ao comentar o artigo constitucional e a autonomia dos Estados-membros, assim preleciona Alexandre de Moraes, em sua obra “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, Editora Atlas, 1ª edição, São Paulo, 2002:

“A autonomia dos Estados-membros caracteriza-se pela denominada tríplice capacidade de auto-organização e *normatização própria, autogoverno e auto-administração*.

A auto-organização e normatização própria consiste na possibilidade dos Estados-membros se auto-organizarem por meio do exercício de seu poder constituinte derivado-decorrente, consubstanciando-se na edição das respectivas Constituições Estaduais e, posteriormente, mediante sua própria legislação (CF, art. 25, caput), sempre, porém, respeitando os princípios constitucionais *sensíveis*, princípios federais *extensíveis* e princípios constitucionais *estabelecidos*.

Os *princípios constitucionais sensíveis* são assim denominados, pois sua inobservância pelos Estados-membros no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias pode acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política. Estão previstos no art. 34, VII, da Constituição Federal: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação e contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Os *princípios federais extensíveis* são as normas centrais comuns à União, Estados, Distrito Federal e municípios, portanto, de observância obrigatória no poder de organização do Estado.

Por fim, os *princípios constitucionais estabelecidos* consistem em determinadas normas que se encontram espalhadas pelo texto da Constituição, e, além de organizarem a própria federação, estabelecem preceitos centrais de observância obrigatória aos Estados-membros em sua auto-organização. Subdividem-se, como ensina Raul Machado Horta, em normas de competência (por exemplo: arts. 1º, I a V; 2º; 3º, I a IV; 4º, I a X; 5º, I,II,III,VI, VIII, IX, XI, XII, XX, XXII, XXIII, XXXVI, LIV, e LVII; 6º a 11; 93, I a XI; 95, I, II e III) e normas de preordenação (por exemplo: arts. 23; 24; 25;27, § 3º; 75; 96, I, a-f; 96, II, a-d e III; 98, I e II; 125, § 4º; 144, §§ 4º, 5º e 6º; 145, I, II e III; 155, I, a,b,c e II).

A autonomia estadual também se caracteriza pelo autogoverno, uma vez que é o próprio povo do Estado quem escolhe diretamente seus representantes nos Poderes Legislativo e Executivo locais, sem que haja qualquer vínculo de subordinação ou tutela por parte da União. A Constituição federal prevê expressamente a existência dos Poderes Legislativo (CF, art. 27), Executivo (CF, art. 28) e Judiciário (CF, art. 125) estaduais.

Por fim, completando a tríplice capacidade garantidora da autonomia dos entes federados, os Estados-membros se auto-administram no exercício de suas competências administrativas, legislativas e tributárias definidas constitucionalmente.”

Nesse passo, prevista a autonomia dos Entes-federados, é vedado à União estabelecer lei que interfira na forma de auto-administração do Estado no exercício de suas competências administrativas e legislativas, uma vez que a regulamentação do órgão estadual que realiza perícias no âmbito estadual é matéria de competência legislativa estadual. O exercício desta competência referente à auto-regulamentação

em nada desprezita os princípios constitucionais sensíveis, os princípios federais extensíveis e os princípios constitucionais estabelecidos, conforme citados no texto antes transcrito.

Pelo contrário, a União, ao estabelecer norma federal que determina a requisição direta ao IML, extrapolou, nesta parte, o seu poder legislativo, interferindo indevidamente na autonomia dos Estados-membros ao prever competências à órgãos estaduais criados para auxiliar na prestação dos serviços da Justiça Estadual e de serviços de segurança que são competências dos Estados Federados.

Em conclusão, acidente de trânsito e a quantificação de lesões deles decorrentes são matérias de competência da Justiça Estadual e, portanto, incumbe aos IMLs ou estruturas estaduais a efetivação das perícias. Mesmo nos casos em que o sinistro ocorrido não se judicializa, continuam competentes as estruturas estaduais, mas desde que exista lei estadual prevendo essa possibilidade.

Devem, portanto, ser modificadas as Leis Estaduais para dispor expressamente a possibilidade de realização dessas perícias com vistas ao pagamento do seguro DPVAT, mesmo quando deste sinistro não decorrer processo criminal. A competência para efetivar perícias em relação às questões de trânsito é dos IMLs estaduais, pois se trata de matéria que incumbe à Justiça dos Estados e, conseqüentemente, também às estruturas de suporte criadas para a sua prestação. Entretanto, a Lei Federal que estabeleceu o seguro é inconstitucional na parte que adentra e fixa as formas de requisição de perícias aos órgãos estaduais, matéria esta que deverá ser devidamente regradada em âmbito estadual.

Desta forma não haverá alteração na competência do IGP quanto à simplificação ou supressão de procedimentos policiais, nos casos de delitos de trânsito, cuja pena cominada não seja superior a dois anos, conforme questionado pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Justiça e da Segurança.

Pelo exposto, entende-se que é caso de se discutir a constitucionalidade da Lei Federal nº 6.194/74, com as alterações incluídas pela Lei Federal nº 8.441, de 1992, **na parte em que determina que os próprios interessados podem requisitar perícias diretamente aos IMLs da jurisdição do acidente.**

Deverão, ainda, ser implementadas as devidas modificações no arcabouço legal estadual que fixa as atribuições do Departamento Médico Legal do Estado para, em cumprimento ao disposto na Legislação Federal que implementou o seguro, incluir a realização de perícias decorrentes do pagamento do seguro DPVAT, bem como: **estabelecer a forma de requisição dessas perícias; determinar a nova estrutura ao órgão pericial para que este possa suportar devidamente o acréscimo de serviço.**

Entretanto, enquanto não declarada inconstitucional a norma federal e efetivadas as modificações na legislação estadual, deverá ser estabelecida rotina de atendimento que não obstaculize aos segurados a implementação do seu direito. Neste sentido, sugere-se que se efetuem discussões com o Ministério Público Estadual, com vista a mudar o Termo de Ajustamento de Conduta firmado na parte

em que possibilita a requisição direta do interessado, sugerindo-se a vedação deste procedimento caso se comprove que esta prática tumultua o serviço prestado e encoraja a ocorrência de fraudes. Ainda, deverá ser examinado pela Secretaria da Justiça e Segurança a possibilidade de implementação, para o caso, da sugestão efetivada pelo 'Parquet', no sentido de inserir a autoridade policial de trânsito como responsável pela requisição de perícia.

5 – QUESTÃO Nº 5 – PRAZO PARA REQUISIÇÃO DE PERÍCIA

A questão do prazo para requisição da perícia está umbilicalmente ligada ao prazo estabelecido ao beneficiário para requerer o seu direito.

Assinale-se que o prazo de prescrição para requerer o pedido de indenização DPVAT é de 3 anos a contar da data em que ocorreu o acidente. Vejamos os termos do disposto no art. 206, parágrafo 3º, IX, do Código Civil de 2002 quanto à matéria:

Art. 206 – Prescreve:

...

Parágrafo 3º - Em três anos:

...

IX – a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

Ainda, suspende-se este prazo em duas hipóteses: com a entrega da documentação na seguradora (Súmula 229 do STJ); enquanto não atestada a incapacidade pelo IML, sendo que o prazo será contado a partir do cumprimento da condição suspensiva, qual seja, a elaboração do laudo conclusivo do IML.

De salientar, finalmente, que, para os fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Código Civil atual, em 11 de janeiro de 2003, deverá ser aplicada a regra de transição prevista no artigo 2.028 do diploma legal antes citado, tendo em vista que no diploma legal anteriormente em vigor o prazo previsto para a prescrição era de 20 anos.

Nessa senda, enquanto existir o direito do beneficiário de pleitear o pagamento do seguro, haverá a possibilidade de requerer-se a efetivação da perícia se esta ainda não tiver sido requisitada pela autoridade competente e efetivada pelo órgão habilitado. Caso a perícia não houver sido implementada em prazo razoável, poderá o beneficiário, inclusive, socorrer-se no Judiciário para obter a implementação da perícia prevista legalmente.

Não se olvide que a perícia será tanto mais eficaz quanto for efetivada mais proximamente do sinistro, até para exame do nexos de causa e efeito entre o acidente ocorrido e a incapacidade permanente constatada.

Assim, a norma legal estadual a ser modificada poderá determinar um prazo para a autoridade que requisitará a perícia assim proceder. Entretanto, este

prazo apenas obrigará a autoridade requisitante e não comprometerá o direito do segurado, o qual terá assegurada a possibilidade de efetivação da perícia enquanto perdurar o prazo do seu direito, mesmo se o prazo estabelecido para a requisição não for cumprido pela Autoridade requisitante.

Uma vez que inexistente prazo estabelecido legalmente para a requisição da perícia nestes casos, entendo que poderá ser usado como parâmetro o prazo da 180 dias conforme aventado no questionamento efetuado, ou prazo inferior, para que não desapareçam evidências importantes.

Este é o Parecer.

Porto Alegre, 26 de junho de 2006.

JOLINE BALDWIN ERIG WEILLER
Procuradora do Estado

Processo nº 000147-12.00/05-9

Acolho as conclusões da PARECER nº 14.614, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado Doutora JOLINE BALDWIN ERIG WEILLER.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Justiça e da Segurança.

Em 05 de dezembro de 2006.

Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.

Parecer nº 14.742

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO. CHEFE DO EXECUTIVO. IMPEDIMENTOS.
SUBSTITUIÇÃO PELO VICE.

A Procuradora-Geral do Estado encaminha a esta Equipe de Consultoria da Procuradoria de Pessoal o Expediente Administrativo n. 32173-1000/07-4, no qual questiona acerca da interpretação a ser conferida ao art. 80 da Constituição Estadual, simétrico ao art. 79 da Constituição da República.

No referido expediente informa-se acerca da regulamentação pretendida fazer pelo legislador estadual nos estados do Amapá e Roraima. Em ambos os casos, chamado a manifestar-se, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser inconstitucional a regulamentação restritiva da norma constitucional, seja em sede da Constituição estadual seja em legislação infra-constitucional, sob o argumento de estar cristalizado na história republicana o papel do Vice-Governador como substituto eventual do Governador, nos casos de impedimento deste, sob pena de estar-se reduzindo, se não tornando inútil, a figura do primeiro.

É o sucinto Relatório.

A questão posta à análise é das mais interessantes em matéria constitucional, pois põe em discussão não só a compreensão do significado da norma específica, como implica a necessidade de recuperar-se o próprio sentido do constitucionalismo e das Constituições, assim como da hermenêutica das normas e suas circunstâncias, sobretudo diante das transformações profundas que se operaram na experiência institucional moderna, na administração pública e nos meios tecnológicos que se lhe colocam à disposição.

Desde logo é preciso ter-se claro que, malgrado a posição tradicional e tradicionalista dos nossos tribunais, inclusive daquele incumbido do controle de constitucionalidade concentrado – o Supremo Tribunal Federal (STF) – o constitucionalismo e as Constituições, há muito, deixaram de ser percebidos apenas como expressão legislada da vontade constituinte manifestada em um determinado momento histórico e aí petrificado como texto normativo que se dá a conhecer por um simples exercício de lógica dedutiva.

Ora, o constitucionalismo, como sustenta Peter Häberle, se expressa, e assim precisa ser entendido, como um projeto cultural, uma tradição que acompanha as transformações civilizatórias da humanidade.

Para este autor, as Constituições são

testi costituzionali in senso stretto e formale le costituzioni scritte, in senso largo e materiale anche le opere classiche di un Aristote (in matéria di eguaglianza

e giustizia), di um Montesquieu (in matéria di separazione dei poteri) o di um Hans Jonas in materia di tutela dell'ambiente, intesa come imperativo categorico kantiano esteso sia nel tempo sia nello spazio all'intero mondo...¹

Ou seja, tem-se hoje em dia uma concepção das Constituições que, para além de seus novos conteúdos e estratégias, passam a ser percebidas como um documento jurídico-histórico-cultural, o que põe em evidência o problema da realização do projeto constitucional e da atribuição de sentido ao texto da Constituição.

A emergência de um constitucionalismo cujas características se apresentam diferenciadas em relação àquelas que lhe foram agregadas originariamente, ganhando relevo as idéias de constituição como referência cultural e não apenas como documento legislativo; a norma constitucional como instrumento de abertura e relacionamento do direito nacional com a ordem internacional; a constituição como um documento de princípios e não apenas de regras, põe em relevo a necessidade de sua *densificação* mediante práticas hermenêuticas que afetam, inclusive, o tema da mutação constitucional; o problema da realização da Constituição que deixa de ser apenas uma tarefa legislativa para se constituir, também, como uma prática de políticas públicas e de controle jurisdicional – de constitucionalidade – alicerçada em práticas hermenêuticas que, ao mesmo tempo em que lhe reconhecem a necessidade de atribuição de sentido, estabelecem limites àquilo que é possível ser dito.

Com este quadro de idéias pode-se, preliminarmente, dizer que as Constituições deixam de ser apenas textos legislados – expressos sob a forma de normas jurídicas – e passam a ser contextos culturais pertencentes a uma certa tradição constitucional apreendidos por políticas públicas – pela atuação da função executiva – e por decisões jurisdicionais que lhe preenchem circunstancialmente o significado, presente a compreensão aportada pela hermenêutica.

Resumindo, as Constituições, hoje em dia, além de novos conteúdos e estratégias trazidos pelo Estado Democrático de Direito, passaram a ser percebidas como um documento escrito e formal – em sentido estrito – mas também como uma obra aberta que se ‘informa’ de toda uma *cultura constitucional*, como veremos adiante.

E tudo isso em um *ambiente de desfazimento* das certezas e promessas modernas acerca do próprio *lugar do/para o constitucionalismo* – o Estado Nacional – que se encontra confrontado com um espectro de crise(s) que vão desde a sua perda de referência como *autoridade soberana*, como *lócus* privilegiado da política², até a *desconstrução* de seu modelo de bem-estar social, sobretudo diante da *escassez de recursos e da transformação de suas bases econômicas capitalistas*.

¹ Ver, do autor, *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità: convergenze e divergenze*. Texto em versão italiana por J. Luther, de conferência proferida nas cidades do México e Bologna, em abril de 2004. Mimeo. p. 2

² Como adverte P. Häberle, allá denuncia dei pericoli della globalizzazione, di un'economia del terrore senza fine, le tre impalcature, cioè il diritto costituzionale nazionale, il diritto delle unioni regionali fra stati e il diritto internazionale dell'umanità devono avere delle strutture proprie, nonostante tutte le interazioni, le mutazioni e l'osmosi. Ver, do autor, *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità*:

Assentados estes primeiros aspectos, é necessário reconstruir alguns dados institucionais que envolvem o Estado contemporaneamente para, a seguir, recuperar as circunstâncias fáticas que incidem e contribuem para que se possa promover uma adequada atribuição de sentido à norma constitucional.

No que respeita ao Estado, é preciso ter presente que aqueles elementos que o caracterizam desde sua origem na transição do medievo para a modernidade já não mais correspondem a uma definição compatível com as circunstâncias contemporâneas.

O primeiro aspecto que merece ser trazido à colação diz com o que se convencionou nomear como crise *conceitual*³ do Estado. Esta diz respeito às insuficiências da concepção moderna de Estado, construída desde o reconhecimento de seus elementos característicos: território, povo, poder e, para alguns, finalidade.

Ora, há muito questiona-se acerca da suficiência desta concepção para nos permitir reconhecer o Estado como tal. Se o poder soberano, que identificava a potência suprema da autoridade do Estado, se vê hoje confrontado com a dinâmica de um pluralismo vertical e horizontal que lhe corrói a capacidade de decidir coercitivamente, o que se vislumbra é uma situação de concorrência da autoridade pública estatal com diversas outras instâncias decisórias – locais, internacionais, supranacionais; públicas, privadas, oficiais, inoficiais, marginais –, as quais lhe confrontam e, muitas vezes, lhe submetem.

Todavia, este fator não interfere diretamente na questão posta. Entretanto, a partir dele pode-se perceber que outro dos elementos clássicos identificadores do Estado também se apresenta imerso em novidades que precisam ser consideradas para se compreender, adequadamente, as possibilidades de ação estatal, em particular quando se busca visualizá-la sob o plano geográfico, expresso sob a fórmula do território.

Já nas aulas inaugurais dos cursos jurídicos se ensina que o território se apresenta como o espaço geográfico no interior do qual se exerce o poder soberano da autoridade estatal, delimitando sua extensão, bem como demarcando os limites em relação aos demais entes estatais, constituindo uma espécie de membrana de impermeabilidade que separa o interno do externo, estabelecendo até onde e onde começa o poder de um Estado e termina o de outro.

É a partir desta referência geográfica que se constituem as ordens jurídicas como expressão da vontade soberana do Estado, como também estabelece-se uma relação de pertinência entre os indivíduos que o habitam, tornando-os nacionais e cidadãos destinatários das decisões.

convergenze e divergenze. Nesta perspectiva interessa anotar o debate proposto por este autor acerca das convergências e divergências entre o nacional(local), o regional e o internacional e sua repercussão sobre a fórmula do Estado Nacional Constitucional, chamando a atenção para o que nomina de Estado Constitucional Cooperativo decorrente da experiência regional, para a noção de Constituição Parcial presente no direito internacional humanitário. Ainda, o mesmo autor reflete a hipótese de um direito comum também no plano universal desde, exemplificativamente, a tutela do meio ambiente em razão do reconhecimento, e.g., das organizações não-governamentais. Texto em versão italiana por J. Luther, de conferência proferida na Cidade do México e Bologna, em abril de 2004. Mimeo. pp. 3, 4, 8 e 10.

³ Ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Coleção Estado e Constituição. N. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002

Tal arranjo já não se apresenta incólume às transformações atuais. O que se tem é um processo de desterritorialização dos ambientes nacionais patrocinado pela *desconstituição* das fronteiras geográficas a partir do estabelecimento de novos âmbitos de decisão – como as comunidades supranacionais e os organismos internacionais – da mesma forma que, com a desconstrução das potências estatais, abre-se a contingência para práticas de extraterritorialidade por parte de Estados que mantêm uma capacidade de decidir e impor suas decisões para outros que acabam por se submeter aos ditames do Império – como nominam Hardt e Negri em seu livro homônimo⁴.

Ou seja: não se pode pretender enxergar a ação estatal nos dias atuais como aquela submetida aos padrões clássicos do exercício do poder político na modernidade.

Se, por um lado, a desterritorialização provoca práticas imperiais, por outro se pode ler na gramática dos direitos humanos, e. g., uma outra afetação da lógica da territorialidade – aquela que promove a conexão de ordens jurídicas distintas, fazendo tábula rasa da velha segmentação contraditória entre direito nacional (interno) e direito internacional. No contexto dos direitos humanos, vê-se emergir uma simbiose entre ambas, com uma prevalência deste último. Para tanto, basta observar a estratégia adotada pelo legislador constituinte brasileiro que assumiu, na construção do catálogo de direitos fundamentais (art. 5º da CF/88), uma nomeada *cláusula constitucional aberta*, por meio da qual promove a integração da ordem jurídica pátria com aquela proveniente do conjunto normativo produzido pelo relacionamento interestatal, tornando possível uma nova forma de transformação textual da Carta Política pela incorporação das normas internacionais de direitos humanos em sede constitucional, como admitido pelo art. 5, § 2º da CF/88. Mesmo com a reforma constitucional produzida pela EC 45/04, tal aspecto não se modificou por completo e, ainda que se admita tal transformação, para o que aqui interessa, deve-se observar que esta “abertura” é uma tendência que se mostra inexorável, bastando observar o que se experimenta na histórica construção da União Européia.

E essa é, sem dúvida, uma outra demonstração desta *desterritorialização* do poder de que se está falando, tanto que com ela se promove uma redefinição do próprio constitucionalismo, o qual se desconecta de seu ambiente tradicional – o Estado Nacional como Estado Constitucional – para apresentar-se como fórmula organizativa das relações supranacionais, adotando, até o presente pelo menos, um formato diverso daquele das Constituições Nacionais produtos de um processo constituinte representativo da vontade popular, qual seja, o de Tratado Internacional. Não sem motivo que já se discute o que está sendo nomeado como *tratadização das constituições*, assim como se propõe a adoção de um *constitucionalismo multinível*, como expressão da convivência de várias ordens

⁴ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. Império. Rio de Janeiro: Record. 2001

normativas de caráter constitucional, mesmo que assentadas em pressupostos e estratégias distintas.

Ora, se se tem este processo em mão dupla, não há como negar que o formato estatal tem sido atingido no âmago por tais novidades, o que promove um novo deslocamento do poder político.

Por outro lado, se este processo de desterritorialização se dá dessa forma, também é preciso que se lhe perceba como a instauração de um novo modelo para a gestão pública que acompanha tal tendência de desfazimento dos espaços tradicionais de exercício do poder político.

Dito de outra forma, há que se perceber a gestão pública como vinculada a um tal processo e dotá-la de estratégias capazes de assegurar ao Estado a possibilidade de atuar nos mesmos ambientes e com a mesma eficiência.

Também, há que se ter presente esta realidade para apreender que, nela, não há mais que circunscrever o poder político ao seu espaço clássico por meio de amarras em tudo e todo incompatíveis com estes novos arranjos. Há que se repensar o Estado, portanto, para que se possa compreender seus novos sentidos e significados.

Nesta linha de raciocínio, há, ainda, que se considerar que os novos riscos sociais, também eles, não se submetem aos rígidos contornos fronteiriços. Muito daquilo que aflige a sociedade contemporânea não está mais circunscrito a tais limites. A questão ambiental é só um exemplo disso, talvez o mais eloquente.

Por outro viés, mas não totalmente desconexo deste, há que se ter presente que a sociedade atual vem marcada por uma *nova revolução tecnológica*, a qual apresenta novos arranjos político-institucionais, como também, e, sobretudo, conjuga novas estratégias e possibilidades de trabalho sem precedentes. Se, há um século, conversar com o vizinho de porta dependia de um deslocamento físico e de uma temporalidade diluída, hoje estar ao lado, mesmo estando há milhares de quilômetros de distância, já não é mais um fato físico, mas uma virtualidade.

A nova tecnologia desconstitui as noções de tempo e espaço, podendo-se dizer, efetivamente, que *longe é um lugar que não existe*.

Com a telefonia móvel, a *internet*, teleconferências e todas as demais formas de estar presente mesmo ausente, que permitem não apenas promover discussões virtuais como até mesmo praticar atos de gestão com segurança e confiabilidade (assinaturas digitais certificadas, digitalização validada de documentos etc.), há que se reconhecer que as práticas de poder devem, com elas, compatibilizarem-se. Isto sem falar das facilidades de deslocamento postas à disposição pelos meios de transporte aéreo, permitindo estar-se em diversos lugares em curto espaço de tempo, bastando, para tanto, lembrar que o Presidente Lula em uma certa tarde de verão estava em Porto Alegre, no Fórum Social Mundial, e já na manhã seguinte se reunia no Fórum Econômico Mundial, em Davos, na Suíça.

Tomadas tais premissas, é preciso que se reconstituam as práticas administrativas e seus vínculos neste contexto de profunda transformação. Não se pode

pretender apreender a realidade atual com os olhos nos séculos XVIII ou XIX. O real não se dá a conhecer objetivamente como pretendem alguns. É preciso interpretá-lo para compreendê-lo. E, para compreendê-lo, é preciso buscar reconhecer as referências que são apontadas de forma inédita.

E é aqui que se apresenta o problema a ser solvido na presente consulta. Qual a resposta correta à pergunta acerca de qual sentido atribuir ao texto expresso no art. 79 da CE/89, em simetria com o art. 80 da CF/88? Ou seja, qual a norma contida no texto das Constituições estadual e federal?

Algo é certo: não se encontrará tal resposta no recurso à sedimentação histórica, na vontade da norma, no espírito de legislador, no recurso a silogismos lógicos ou práticas dedutivas, como expressa o Supremo Tribunal Federal em seus arestos:

(...) No que diz com o impedimento por ausência temporária do titular, ainda que por breves períodos, uma prática constitucional invariável, que vem do Império, tem atravessado os sucessivos regimes da República, a impor a transferência do exercício do governo ao vice-presidente, e, na falta ou impedimento deste, ao substituto desimpedido: nos estados; portanto, esse vetusto costume constitucional parece ser a fonte provisória de solução do problema. (e.g. ADI 644-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21/02/92).

Não parece ser esta a melhor compreensão do texto normativo, diante do que foi demonstrado antes. Será necessário praticar uma hermenêutica que dê conta do texto como expressão da decisão político-democrática e, ao mesmo tempo, lhe compreenda na conformidade do contexto antes reconstruído.

Com isso tem-se, desde logo, a clareza de que a resposta presente na jurisprudência pátria não é a que melhor sentido atribui ao texto, posto que opera a partir de paradigmas adstritos não só ao passado como também vinculados a um modelo argumentativo que busca desvelar o sentido da norma, sem, contudo, proceder a uma substituição do legislador constituinte pelo intérprete⁵.

Este é o caso das decisões presentes no expediente administrativo analisado.

Portanto, ao texto constitucional, que determina seja o Chefe do Executivo, em seus impedimentos, substituído pelo Vice, que, na ordem constitucional brasileira, foi com ele eleito, deve-se dar concretude, fazendo emergir o seu significado a partir de sua inserção no contexto constitucional.

Neste sentido, não havendo, no constitucionalismo pátrio, a definição das situações de impedimento, é mister que se lhe atribua um sentido conforme às circunstâncias.

Assim, quando o texto expresso da norma constitucional diz que substituirá o Presidente, no caso de impedimento, ..., o Vice-Presidente (art. 79 da CF/88)

⁵ Neste sentido ver: STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007. Do mesmo autor: *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003

ou, no mesmo sentido, que o Vice-Governador exercerá as funções de Governador nos casos de impedimento deste...(art. 80 da CE/89), há que se entender que *impedimento* deve ser compreendido como toda a situação transitória que impeça o exercício das atribuições do cargo por seu titular, não se vinculando tal circunstância a aspectos territoriais, mas, sim, a aspectos de capacidade para o desempenho das atribuições a ele inerentes.

Tal é o melhor entendimento quando se tem consciência do significado que tem o sistema de governo presidencialista. Neste há um inequívoco caráter personalista, cabendo ao Chefe do Poder Executivo a chefia de estado e a chefia do governo. Portanto, no presidencialismo, o Poder Executivo é confiado a uma só pessoa.

Em regimes democráticos, cujos cargos de governo são eletivos, o Chefe do Executivo, como no Brasil, é eleito conjuntamente com um Vice, o qual funcionará como seu substituto eventual, nos casos de impedimento, mas que tem papel reduzido, se não nulo, ao longo do processo eleitoral.

Ou seja, é preciso que não se desconheça que o presidencialismo, sobretudo no Brasil, tem um caráter personalista intransponível. Com isso, o governo se confunde com o seu titular, assim como o projeto de governo vincula-se à mesma figura. Para tanto basta que se analise a história do País ou, se não se quiser ir tão longe, os últimos processos eleitorais, nos quais, muitas vezes, sequer o eleitor sabia quem era o companheiro de chapa do candidato aos cargos majoritários do Executivo.

Ora, em face da pessoalidade que incorpora tal sistema, há que se reconhecer que o eleitor pretende ser governado por aquele a quem sufragou. Assim, este é quem deverá conduzir a política e os negócios do Estado – em todos os âmbitos da federação.

Os impedimentos devem ser compreendidos como dizendo respeito a situações eventuais e transitórias que impossibilitam-no de praticar os atos de governo. E isto, nada tem a ver com sua localização espacial, diante das possibilidades tecnológicas antes mencionadas.

A norma constitucional não vincula impedimento à territorialidade, mas à capacidade de o mandatário comandar a atividade estatal. Portanto, está circunscrita àquelas situações nas quais, temporariamente, se veja impossibilitado de o fazer, tal como nos casos de doença, férias etc.

Tal nada tem de conexo à sua localização geográfica.

Da mesma forma, isto não significa menosprezo à figura do Vice, muito embora, na tradição histórica, doutrinária e política, tenha-se referido a este como figura menosprezada⁶.

⁶ Quando falece o presidente, como já aconteceu inúmeras vezes nos Estados Unidos, “este homem de segunda ordem (o vice-presidente) sobe à alta posição para a qual nunca se tinha pensado nele”. Ver: FERREIRA, Pinto. 11ª ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 361

E, com isso não se está buscando diminuir a figura e o papel dos vices (presidente, governadores e prefeitos). Está-se, sim, buscando, como já dito, dar um sentido consentâneo ao texto normativo, sem arvorar-se em substituto do legislador, estando sua importância já reconhecida, inclusive, pela previsão constitucional de que este poderá exercer todas as funções que lhe forem conferidas em lei ou delegadas pelo titular (art. 80, CE/89).

Não se está desconhecendo a possibilidade de ocorrência de situações de impedimento do Chefe do Executivo. Também não se está excluindo toda e qualquer possibilidade de substituição deste por seu companheiro de governo. Está-se, simplesmente, fazendo a adequação do texto ao contexto. Não há que se vincular, neste sentido, impedimento à territorialidade. A atividade estatal, em suas diversas especialidades, pode, hoje, ser desenvolvida com a utilização das novas oportunidades tecnológicas. Ao Juiz não é necessário estar em sua comarca para ditar a sentença, podendo fazê-lo à distância – como já fazem diversos Tribunais -, assim como ao legislador. Da mesma forma, o Chefe do Executivo pode manter em funcionamento a máquina pública não estando física e territorialmente presente, desde que mantenha sua integridade decisória. O comando da gestão estatal não está a exigir tal presença e, mesmo, muitas vezes, exige a participação do Administrador em foros distantes, com o objetivo de levar adiante o projeto de governo que o elegeu.

Tal não significa, por óbvio, que o Palácio de Governo vá migrar. O que se está a fazer é compreender a gestão de governo em sua dinâmica e no uso do manancial tecnológico disponível.

Há que se ter presente que, havendo a *Constituição silenciado no definir a extensão e a natureza das ausências que obrigam a substituição, e inexistindo regulamentação infraconstitucional a propósito, acaba **competindo ao próprio Governador o juízo da oportunidade de sua substituição temporária***⁷.

O que se tem, diante de tudo isso, é que a substituição do Chefe do Executivo por seu Vice fica sujeita a um juízo político acerca da presença de condições para aquele continuar gerindo os negócios do Estado enquanto esteja afastado, desde que tal afastamento não se dê em consequência de ausência ou diminuição de suas capacidades físicas ou psíquicas para o exercício do cargo ou por circunstância legal – férias ou licença do cargo, e.g. E esta assertiva diz tanto com relação à questão geográfica (territorial), como com a questão temporal.

Dito de outra forma, incumbe ao Chefe do Executivo, em regime presidencialista, o juízo acerca da necessidade de sua substituição, lançando mão deste instituto constitucional, nos casos de seu afastamento. E isto se dá, tão só, naquelas situações em que este ocorra em razão de impedimento para o exercício regular das atribuições inerentes ao cargo – doença, licença, férias etc. – posto que, de

⁷ Ver: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Substituição do Governador em seus Impedimentos. Revista da PGE/SP, n. 33, jun/90, p. 201

resto, este deverá manter-se no exercício do cargo para colocar em prática o projeto político pelo qual foi eleito.

O que não se pode pretender, no presidencialismo, é, colocando de lado seu caráter pessoalíssimo, privilegiar a situação de impedimento e, conseqüentemente, de substituição do Chefe do Executivo, muitas vezes em detrimento ou risco do projeto político eleitoral.

Assim, está compatibilizada a previsão do impedimento com o instituto da substituição diante da manutenção do caráter da figura do substituto eventual.

Porém, reconhecidas tais circunstâncias, há, por outro lado, que impor-se a responsabilidade correspondente. Ou seja, ao juízo político de necessidade, oportunidade e conveniência quanto à necessidade de presença física, atual e contínua, de um responsável pelo Poder Executivo agrega-se a responsabilidade do titular do cargo de responder por eventuais prejuízos causados ao interesse público se, por não transferir o exercício do cargo, isto vier a ocorrer⁸.

É o Parecer, em regime de urgência.

JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS,
PROCURADOR DO ESTADO.

Processo n.º 032173-10.00/07-4

Acolho as conclusões do PARECER n.º 14.742, da Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do Estado Doutor JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos.

Em 27 de setembro de 2007.

Eliana Soledade Graeff Martins,
Procuradora-Geral do Estado.

⁸ Idem.

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

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.

