

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Pátio do Colégio, nº 5 – 4º, 5º e 6º andares

01016-040 São Paulo - SP - Brasil

Telefones: (11) 3241-4525 / 3241-3194

COMISSÃO EDITORIAL

Procuradores: Celso Augusto Coccaro Filho, Carlos Eduardo Garcez Marins

Bibliotecária: Maria Emília da Silva Salles Pantalena

Assistente de Gestão de Políticas Públicas: Waltirene dos Santos Tavares Costa

Capa

Foto de Militão de Azevedo

Arquivo Histórico do Município de São Paulo

CTP, Impressão e Acabamento: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Catálogo na Fonte

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. São Paulo: CEJUR -
Centro de Estudos Jurídicos, 2012.

CDD 340.05

CDU 34(05)

ISSN 2175-649X

São Paulo, outubro de 2012

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Procuradoria-Geral do Município

PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
Gilberto Kassab

SECRETÁRIO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Cláudio Salvador Lembo

PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO
Celso Augusto Coccaro Filho

COORDENADOR DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS
Carlos Eduardo Garcez Marins

CLÁUDIO LEMBO

Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos - SMLJ

APRESENTAÇÃO

Aceitei o honroso convite para apresentar esta edição da Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município, valoroso instrumento de divulgação da instituição e do trabalho produzido por seus integrantes, sempre voltado ao interesse público.

Este novo volume contém importante amostra da produção doutrinária dos Procuradores Municipais e os trabalhos que receberam as premiações "Prêmio Oswaldo Aranha Bandeira de Mello" e "Trabalho Relevante do Ano", na edição do ano de 2010, de acordo com as disposições do Decreto nº 51.870, de 20 de outubro de 2010.

Os artigos científicos colacionados enfocam, principalmente, o Direito Público, sem descuidar de outros temas tratados pela Ciência do Direito, que, não raro, estão presentes na atuação dos procuradores em suas lides diárias, com vistas à salvaguarda dos interesses do Município e de sua população.

As matérias abordadas incluem temas atuais, examinados de modo abrangente, retratados, não somente, pela vertente da doutrina nacional e internacional, como pelo efetivo posicionamento do Poder Judiciário.

A veiculação dos pareceres e peças elaboradas, de inegável qualidade, fruto da seriedade e relevância do trabalho desse organismo jurídico, reforça a importância do papel da Procuradoria Geral do Município, eficientemente dirigida por Celso Augusto Coccaro Filho, além, de propiciar, por meio do seu Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, o intercâmbio com outros órgãos semelhantes.

À apreciação dos senhores leitores.

CLÁUDIO LEMBO

Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos – SNJ.G

SUMÁRIO

DOCTRINA

Oposição contestatória e princípio da alternância política relativamente à ordem jurídica positiva vigente na República Federativa do Brasil

Carlos Eduardo Garcez Marins 13

A interpretação jurídica e a relação eu-outro

Carlos Figueiredo Mourão 27

O município e o Direito Internacional no mundo globalizado

José Rubens Andrade Fonseca Rodrigues 49

Limites do processo sobre políticas públicas

Marcos Geraldo Batistela 65

Desapropriação e coisa julgada inconstitucional: relativização pró-fazenda por violação combinada dos princípios da supremacia do interesse público, da razoabilidade e proporcionalidade e da justa indenização

Maria Aparecida dos Anjos Carvalho 77

O controle de constitucionalidade pelos órgãos julgadores administrativos no processo administrativo tributário

Maria Cristina Lopes Victorino 87

Lacunas no Direito Administrativo

Rodrigo Bordalo Rodrigues 113

PRÊMIOS

“OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO” - 2010

Fundo de direito da criança e do adolescente

Flavia Moraes Barros Michele Fabre 127

“TRABALHO RELEVANTE DO ANO” – 2010

Informação nº 2493/2012

Luis Antonio Giampaulo Sarro – Assessorias 183

Contestação em ação popular (autos 053.10.008996-0)

Marina Magro Beringhs Martinez – Departamento de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio 197

Agravo de instrumento (autos 053.09.044778-9)

Angélica Marques dos Santos - Departamento de Desapropiações..... 213

Pedido de desconsideração (autos 21.423/04)

Bruno Otávio Costa Araújo - Departamento Fiscal..... 239

Exceção de pré-executividade (autos 053.96.414228-9)

Luiz Guilherme da Cunha Mello - Departamento Judicial 269

Inquérito Administrativo Especial – P.A. 2008-0.224.372-6

Daniel Gaspar de Carvalho – Departamento de Procedimentos Disciplinares 287

OPOSIÇÃO CONTESTATÓRIA E PRINCÍPIO DA ALTERNÂNCIA POLÍTICA RELATIVAMENTE À ORDEM JURÍDICA POSITIVA VIGENTE NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Carlos Eduardo Garcez Marins

Procurador do Município de São Paulo

Se o cientista do Direito dignar-se a perscrutar o firmamento, por certo lá não encontrará escrito que o "melhor regime que existe é a Democracia", ou que "a Democracia é o pior sistema de governo, à exceção de todos os demais"... Todavia lá também não encontrará, certamente, qualquer sentença eternal em distinto senso.

Com efeito, não há possibilidade objetiva de conferir primado a um regime político em detrimento dos demais, porque a opção por um, ou por outro, será necessariamente subjetiva e, de conseqüência, ideológica.

Se é fato o que em sua redondilha já apontava CAMÕES:

*Mudam-se os tempos, mudam-se as
vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança;
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades. (...)*¹

é inevitável que com as mutações (vocábulo mais prudente do que: progressos) sociais da História tenha havido no curso dos milênios o advento de variados regimes políticos, metamorfoseados de modo incessante e por vezes adotados alternadamente ao sabor quer do pragmatismo exigido pelas circunstâncias, quer das sucessivas correntes de pensamento esposadas por aqueles que lograram alcançar o Poder nas quatro partes do mundo, de tão distintas, quando não contrapostas, tradições culturais. Assim, durante o primado de dada sociedade relativamente àquelas que influenciava, o ideário político

¹ CAMÕES, Luiz Vaz de. *Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades*. In *Camões Lírico - IV: Sonetos Escolhidos*. Lx.^a (Paris-Lx.^a/ O Porto/ Rio de Janeiro.) Livraria Aillaud e Bertrand - Livraria Chardron - Livraria Francisco Alves. Col. Antologia Portuguesa. s/d, p. 155

dominante na primeira, imposto pelo alijar dos pensamentos nela minoritários, era espargido por maior ou menor território, ao longo de mais estreito ou mais amplo lapso periodal. No mundo anterior às sagas dos Descobrimentos Portugueses e de Colombo, as experiências políticas de um hemisfério eram mormente desconhecidas no outro e uma mais completa imposição do regime político ora predominante no mundo ocidental sobre as formas tradicionais do Oriente só ocorreu, pela força das armas, a partir de 1945.

O pensamento maioritário em dado tempo e lugar tende, quiçá irresistivelmente, à hegemonia. Por isto se espraia por múltiplos quadrantes da Cultura, de modo a mostrar-se totalitário, com exclusão dos congêneres, se mister pela "última razão dos reis". Assim, o substrato da Política e do Direito, em regra corresponde ao da Filosofia e das artes, v.g., durante um átimo histórico, em mancha territorial onde tenha deitado mais rasas ou mais profundas raízes um pensar dominante.

Tal realidade é utilíssima para a análise dos fenômenos político e jurídico, pois que permite pelo cotejo das expressões das idéias em um domínio da Cultura, onde elas sejam mais claramente perceptíveis, com suas manifestações mais esfumadas no âmbito da Política e do Direito, uma interpretação sistêmica do pensamento hegemônico, de modo a compreender mais acuradamente sua dimensão, intensidade, influência e mais conseqüências. As artes, por suas variegadas modalidades expressivas, são veículos privilegiados para o pesquisador do Direito assim compreender melhor os axiomas primazes telúricos de sua época.

Destarte, sem descuidar das teorias sobre os ciclos históricos, da reta linearidade progressiva da História, das concepções helicoidais e das inevitáveis imbricações dessas, que tornam necessariamente frágeis as interpretações científicas dos fatos sociais, há algumas considerações básicas a fazer.

Em sua obra de referência sobre a História da Arte, editada em 1888: *Renascença e Barroco*, WÖLFFLIN advogou a existência de um movimento pendular entre momentos de primado do Classicismo e do Barroquismo², teoria que ainda sobrevive com inúmeros adeptos. TAPIÉ, Victor-Lucien, em sua não menos clássica obra: *O Barroco*, identifica os períodos de classicismo por característicos burgueses e eventualmente republicanos e os de barroquismo por identidade com o absolutismo monárquico e a aristocracia³. Evidentemente, as reduções têm sempre a triste sina das generalizações que empobrecem de matizes as cores dos fenômenos, mas têm o condão de fazer notar a existência desses.

Os movimentos históricos dão-se em decorrência de concausas, não raro algo numerosas. O Neoclacissismo foi um desses e é apenas mais um dos episódios

² WÖLFFLIN, Heinrich. *Renascença e Barroco*. São Paulo. Ed. Perspectiva S/A, 1989, p. 102

³ TAPIÉ, Victor-Lucien. *O Barroco*. São Paulo. Ed. Cultrix/EDUSP, Col. Atualização Cultural, 1983, pp. 35 a 39

históricos desde 476 d.c., com a queda de Rômulo Augústulo, que demonstram a razoabilidade das teorias sobreditas, pelos cíclicos renascimentos do classicismo greco-romano. Esta particular ressurreição, ocorreu paulatinamente ao longo do século XVIII, cujo início fora ainda marcadamente barroco. Note-se que em 1706 ascendeu ao trono D. João V e que em 1715 morreu Luís XIV. O advento e rápido esgotamento do rococó, que levava o anticlaccissismo a paroxismos, teve lugar, seja em razão do natural desejo de serenidade clássica que pela sucessão dos ciclos seria previsível, seja em decorrência do declínio do Absolutismo em França sob Luís XV, do Terramoto de Lisboa em primeiro de novembro de 1755, assim como do interesse pelo sistema político da potência inglesa ascendente, seja pelo empobrecimento generalizado das monarquias européias em decorrência das guerras do século XVIII (Guerra da Sucessão Espanhola - 1702/1714; Guerra da Sucessão Polaca - 1733/1738; Guerra da Sucessão de Áustria - 1740/1748; Guerra dos Sete Anos, iniciada por Frederico II da Prússia em 1756, especialmente, que custou o Canadá à França), impedientes da manutenção indefinida dos faustos barroco e rococó, seja, assinaladamente, pelo descobrimento de Herculano em 1709 e Pompéia em 1748, como também pela publicação d' *O Espírito das Leis*, em 1748, d' *As Antiguidades Romanas*, de Piranesi, em 1756 e d' *O Contrato Social*, em 1762.

Assim, o interesse contemporâneo pela República e pela Democracia, é em verdade neoclássico e, de conseqüência, historicista e arqueológico. Se a assertiva tem o condão de causar desconforto, é sumamente compreensível à luz do interesse revivalista em sacar a ferros do túmulo da História um regime político morto então há dois mil anos e que vigorara apenas em uma cidade do mundo a partir de 508 a.c. por cerca de duzentos anos, a excluir a esmagadora maioria da população de Atenas do Poder Político. A crise do Antigo Regime e a grande fome de 1788/1789 em França, devida supostamente ao *El Niño*, assim como a cobiça burguesa que levou à nacionalização dos bens na nobreza e do clero em França, para que pudessem assim ser esses a grandes burgueses vendidos por preços írritos em leilões públicos por eles comandados, foram apenas o solavanco que pôs a mover-se com renovado vigor o carro da História, adrede para tanto preparado.

Inicialmente, como se sabe, a Democracia não suscitou paixões extremadas em decorrência do temor da Oclocracia, do jugo irracional das instituições pelas multidões. MONTESQUIEU não a admitia sob forma direta (ou seja, aceitava tão só a representativa, que por intrínseca natureza é aristocrática); o incendiário SIEYÈS abominou-a, por temor das massas⁴. O terror infundido pelos sucessos de São Domingos e os movimentos revolucionários dos meados do século XIX não

⁴ No *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid. Alianza Editorial S.A. Ciência política, 2008, pp. 98, 96, 92, 108/109 malgrado afirme que o Terceiro Estado, e só ele, se confunde com a Nação, a essa e não ao Povo, dá a soberania da Vontade Geral, pela lei comum e representação comum. Não admite sufrágio a nobres, clérigos (o que naturalmente não o incluía...), mulheres, *vagabundos* ou *mendigos*, criados, estrangeiros não naturalizados etc.

contribuíram para que as elites voluntariamente adotassem, à guisa de travestis, roupagens democráticas. Ainda em 1872, SOUZA, Francisco Belisário Soares de⁵, advertia:

(...) só algumas das muitas constituições francesas, filhas da demagogia triunfante, têm conferido o direito de voto indistintamente a todo cidadão que tenha atingido certa idade.

(...) as massas populares, alternadamente indiferentes ou apaixonadas e desvairadas serão sempre o instrumento cego de todos os despotismos e nunca a base segura e sólida em que repouse o edifício trabalhoso e delicado do governo constitucional representativo.

As grandes ondas democratizantes de 1848, 1917 e 1945 ampliaram o domínio dos estados que assumiram em suas legislações formas democráticas, de modo que em todo o mundo as mais distintas realidades políticas passaram a autoconferir-se o predicado: "democratas". Eis aí o testemunho histórico de um átimo em que após dois mil anos de desprezo um experimento político pontual e fugaz não só é ressuscitado como passa a ter, ao menos no plano nominal, hegemonia quase total no concerto das nações.

O embotamento da crítica pelo sistema dominante, que silenciou os opositores pelas armas, ao longo de dois séculos de disputas, primeiro em prol da República, entendida como oposição à Monarquia, e, em pós, a favor da Democracia, a par das loas ao regime, repetidos como mantras, geraram uma sensação de naturalidade impressionante acerca da incontestável primazia teórica da Democracia sobre os demais regimes políticos, de modo a que proposições de alternância de regime político sejam havidas por muitos como inadmissíveis, posto que não haveria cabimento em deixar o mais perfeito dos regimes para retroceder a outros que caracterizaram eras mais obscuras, menos cultas...

Na idade atual mais culta (sentença escrita em célebre prefácio, datado de 1536, escrito pelo editor de madrigais FORLÌ, Francesco Marcolini da)⁶... A sensação vivida no período hoje designado: Maneirismo, que mediou o Renascimento e o Barroco, tem por força da constante histórica pendular alvitada notáveis semelhanças com o momento presente, que como ele presenciou o esgotamento do Classicismo, caracterizado nesta quadra pela crise do Movimento Moderno, da Lei (com reflexos no Constitucionalismo, no racionalismo classicista das codificações etc.), com o limiar do advento de um mundo de conquistas nanotecnológicas, de recrudescimento da irracionalidade metafísica e de transferências hemisféricas do primado político.

⁵ SOUZA, Francisco Belisário Soares de. *O sistema eleitoral no Brasil*. Apud CANEDO, Letícia Bicalho. *Apresentação*. In CANEDO, Letícia Bicalho (Org.) *O Sufrágio Universal: e a invenção democrática*. São Paulo. Estação Liberdade, 2005, p. 16

⁶ SHEARMAN, John. *O Maneirismo*. São Paulo, Cultrix/EDUSP, 1978, p. 143

SHEARMAN⁷ ao analisar a Era do Maneirismo, descreve um mundo que em linhas estruturais, afastadas as particularidades das circunstâncias históricas, subsume-se ao nosso de modo a causar não pouca impressão:

(...) existe [na idade atual mais culta], assim a consciência de um gosto atualmente mais requintado, e de obras que representavam um aprimoramento em relação às realizadas por volta de 1500. (...) O produzido em 1536 é o mesmo, apenas melhor, e pertence a uma sociedade mais requintada.

O século XVI estava intensa e fascinantemente cômico de si mesmo como não estivera nenhum século anterior, depois da Antiguidade (...).

O mundo pós-moderno é, como o mundo protobarroco do Maneirismo, uma idade historicista, que tem uma cultura sintética de contributos de todas as ordens, racionalizados com préstimo de computadores, a estadear saberes acumulados, analisados e refletidos sobre todos os tempos históricos e acerca de todos os ramos do Conhecimento. Na Arquitetura, no Cinema e no Direito, são dele exemplos: o *AT&T Building* de Philip Johnson/John Burges, datado de 1984; a série de filmes: *Guerra nas Estrelas*, veiculada a partir de 1977, e o presente fenômeno da imbricação dos sistemas jurídicos anglo-saxão e romanista, mormente no plano processual.

Evidentemente, o interesse neoclássico pela Democracia não foi estático nos últimos duzentos anos, como é cediço, e, como não poderia deixar de ser, a par do que acontece em todos os planos do historicismo, sofreu as viscissitudes de sua limitação. Ao tratar do ocorrido na Arte, com notável paralelo na Ciência Política e no Direito, enceta análise de interesse no que tange à Democracia o citado SHEARMAN⁸:

As obras de arte são coisas ambíguas; e um dos fatores que contribuem para o curso sempre mudável da história da arte é a sua capacidade de reinterpretção, ou de interpretação totalmente errônea, por artistas ulteriores que voltam a elas. Quanto maior for a obra de arte, tanto mais poderá sustentar o interesse ou a simpatia de diversos ângulos de abordagem.(...) Os padrões contemporâneos não nos dão a orientação correta para compreender uma idade pretérita. em muitos casos são até um obstáculo positivo.

Porém, o que se vem de crer que é, afinal, Democracia?

"Se tomarmos o termo no rigor da acepção, nunca existiu verdadeira Democracia, nem jamais existirá."⁹

⁷ *Op. cit.* p. 143

⁸ *Idem*, pp. 140/141

⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: ou Princípios do Direito Político*. São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora L.tda, 1989, p. 81

alerta ROUSSEAU.

FERREIRA FILHO¹⁰, ao salientar o primado qualitativo da concepção democrática de Rousseau, di-la “totalmente incompatível com a realidade social”.

Nada obstante, à falta da concreção fenomênica e histórica da realidade ideal clássica da Democracia, tem-se convivido com sistemas nela inspirados, em maior ou menor grau, e que dela tomaram o nome a que agregaram inúmeros predicados. São elas, v.g., as ditas "democracias": direta, representativa, mista, participativa, popular, pelos partidos, formal, material, antiga, moderna etc. etc.

Ora: um conceito de tal modo elástico como o da Democracia, acaba por abarcar tão multifacetária realidade, ideal e concreta, que tende a perder préstimo conceitual, posto que conceito que, grosso modo, tudo encerra, nada encerra de específico. Não parece inadmissível à luz de tal cogitar que a imprecisão conceitual da Democracia é, quiçá, causa relevante de sua inexequibilidade. É, aliás, o que deflui do ensinamento de MARITAIN¹¹

Como já dissemos, a extensão de um conceito pressupõe sua compreensão. Considerar um conceito em sua extensão, ou do ponto de vista da extensão, não é fazer por conseguinte abstração de sua compreensão, nem considerar esse conceito como uma simples coleção de indivíduos, o que equivaleria simplesmente a destruí-lo como conceito. Considerar ‘homem’ do ponto de vista da extensão é considerar esse objeto de pensamento em relação à quantidade de indivíduos aos quais ele convém, mas é considerar também um objeto de pensamento que tem uma certa compreensão característica e que é uno no espírito, - e portanto coisa bem diversa da quantidade de indivíduos em cada um dos quais ele se realiza.

Ora, a maior parte das classificações contemporâneas de Democracia de que somos utentes não considera senão a realidade democrática admitida pelo pensamento ocidental burguês e descarta como autoritários, ou mesmo totalitários, regimes que em absoluto se apartaram do princípio de primado da soberania popular e explicitamente se definem “democráticos”; aliás esses, com supedâneo em concepções de democracia material, lançam opróbrios aos ocidentais, que classificam como não-democráticos, em razão de não aceitarem como característicos primazes para conceituar Democracia os materiais. Enfim, as classificações recíprocas dos inimigos desclassificam-nos mutuamente como democratas.

Por não poder a realidade política coabitar em divórcio perpétuo com as categorias abstratas da Ciência Política e do Direito, foi de mister buscar superar a

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. São Paulo, 3.^a ed. Revista. Saraiva S/A, 1976, pp. 9/10

¹¹ MARITAIN, Jacques. *Elementos de Filosofia II: A Ordem dos Conceitos – Lógica Menor (Lógica Formal)*. São Paulo, Livraria Agir Editora, 11.^a ed., 1986, p. 52

dicotomia pelo pragmatismo científico. Talvez tenha MICHELS¹², em 1925, seguindo o gênio de MOSCA, Gaetano, ao enunciar a “Lei de Ferro das Oligarquias” desvelado a crua realidade da Política:

A maioria das pessoas encontrar-se-ia sempre na impossibilidade, talvez até na incapacidade, de governar-se por si própria. Mesmo se o descontentamento das massas lograsse um dia roubar à classe dominante o seu poder, dever-se-ia ..., porém, encontrar necessariamente, no seio das próprias massas, uma nova minoria organizada que viria a assumir o papel de uma classe dominante. A maioria das pessoas, condenada à menoridade perpétua por uma fatalidade cruel da história, ver-se-ia forçada a suportar o domínio de uma pequena minoria vinda do seu próprio seio e a servir apenas de pedestal para a grandeza da oligarquia (...) Empregando todas as suas forças, as massas limitam-se a mudar de dono.

Já PARETO, Vilfredo, em sua obra sobre os sistemas sociais, apodara em 1902: *Elites* o segmento político cimeiro da sociedade, que classificava como aristocrático¹³.

Cingindo-se a análise por ora às pretensas formas puras de governo clássicas e tendo-se já tratado da Democracia, é mister, para os propósitos deste trabalho, a detença por um pouco na relação que com ela a Monarquia e a Aristocracia possam ter no que tange à precedência axiológica e legitimidade. Crê-se à luz do exposto restar claro que as primazias ditas não existem e que a opção por uma ou outra é meramente questão de conveniência e oportunidade para os povos distintos em seus respectivos enquadramentos históricos. Sendo assim, não parece, SMJ, legítimo, admitir que um desses regimes, quando instituído, vede a alternância para o outro, sob pena do inapelável descambar para a impureza das formas de governo, que o reducionismo de MICHELS limitou à Oligarquia.

Nada obstante, FERREIRA FILHO¹⁴, estribado em RADBRUCH, pontifica:

Assim, é lógico que a Democracia deve defender-se contra tudo o que for a ela contrário, dentro, porém do espírito de preservação de seus valores fundamentais, o primeiro dos quais é a liberdade. Pode e deve, por isso, reprimir toda e qualquer divulgação que vise, precipuamente, à sua destruição.

¹² MICHELS, Robert. *Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna*. Apud ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian. L.x^a, 1997, pp. 218/219

¹³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13.^a edição, Editora UNB, vol. 1. Brasília, 2009, p. 386

¹⁴ *Op. cit.*, pp. 62 e 54/55

como também:

(...) o estado tem o direito de impor os valores democráticos e de proibir o seu solapamento. (...) o Estado deve zelar, para que, no ensino, não seja sabotada a Democracia, pela desmoralização de suas instituições e de seu princípio. (...) o ensino não é jamais neutro. Por isso, há que se tolerar que durante o aprendizado apenas a ortodoxia democrática seja pregada. (...) o grau da ortodoxia deverá ser maior quando mais baixo o nível do ensino.

As lições de FERREIRA FILHO, emanadas no calor da Guerra Fria, tinham destino certo: o inimigo que se entendia democrata e negava ao ocidental tal predicado...

Enfim, as questões políticas são tão complexas e inçadas de subjetividade, que SIEYÈS¹⁵ negava ao próprio Antigo Regime francês a natureza monárquica, posto que o Poder estaria verdadeiramente nas mãos de um pugilo de aristocratas (“É a corte que vem de reinar e não o monarca. (...) E o que é a corte, senão a cabeça dessa imensa aristocracia?” – T. do A.).

A Monarquia veio de ter ao longo dos milênios a maioria dos adeptos da Ciência Política, em todos os seus estágios precedentes. DANTE¹⁶, natural da República de Florença, advogava a necessidade da Monarquia para efetivar a felicidade dos povos, legitimando-a como divina para o Imperador Romano e para o Sumo Pontífice. PAÛL, Pablo Rojas¹⁷, Presidente da República de Venezuela, ao saber da queda do Trono no Brasil declarou: *Foi-se a única república da América*. MAQUIAVEL, ao versar sobre o principado civil advoga vantagens para esse regime quer fosse oriundo do povo ou dos grandes.¹⁸ O próprio ROUSSEAU¹⁹ agrada-se da Monarquia, quando ela se faz república, ao reger-se por leis; porque então o interesse público governa e a coisa pública significa algo. Não são outros os pensares, devidamente fundados na legitimação divina, de BODIN, Jean e BOSSUET, Jacques-Bénigne²⁰:

"Proposição V: Nem a impiedade do príncipe nem a perseguição injusta eximem aos súditos da obediência que lhe devem. - O caráter real é sacrossanto, inclusive entre os príncipes infiéis, (...)".

¹⁵ *Op. cit.*, p. 100

¹⁶ ALIGHIERI, Dante. *Da Monarquia*. São Paulo. Ed. Martin Claret, 2003, p. 83

¹⁷ CARVALHO, José Murilo de. *D. Pedro II*. São Paulo, Col. Perfis Brasileiros, 2007, p. 210

¹⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. São Paulo, Ed. Nova Cultural L.tda, Col. Os Pensadores, 2000, pp. 73/74

¹⁹ *Op. cit.*, p. 46

²⁰ BOSSUET, Jacques-Bénigne. *Politica Sacada de las Sagradas Escrituras*. Col. Clasicos del Pensamiento Politico y Social. Madrid. Editorial Tecnos S/A, s/d p. 139

A Aristocracia tem também defensores entusiastas. PLATÃO n'A *República* reconhece nela a missão de guiar eticamente os menos preparados para o supremo bem do Estado (Livro I)²¹. COMTE²², por sua vez, advogava:

O regime público consiste todo ele, minha filha, em realizar dignamente esta dupla máxima: 'Dedicação dos fortes pelos fracos; veneração dos fracos pelos fortes. (...)

BONAPARTE²³, sempre pragmático, assevera:

- A aristocracia tem a vantagem de concentrar a ação do governo nas mãos menos perigosas e menos inaptas que as de um povo ignorante.

- A aristocracia sempre existe nos povos e nas revoluções; se a abatemos nos nobres, reaparece prontamente nos ricos e nos poderosos do terceiro estado. É destruída nesses últimos? Logo se reencarna nos chefes da oficina e no povo. [impressiona a sua antevisão da Teoria das Elites...].

Como se vê, a opção por regime que não seja democrático não significará necessariamente o triunfo das Trevas sobre a Luz, como pretende a propaganda dos auto-proclamados democratas. CONSTANT²⁴ interessantemente analisa o ponto, ao tratar do princípio da soberania do Povo:

Se você supuser o poder da minoria sancionado pelo assentimento de todos, esse poder se torna então a vontade geral.

Esse princípio se aplica a todas as instituições. A teocracia, a realeza, a aristocracia, quando dominam os espíritos são a vontade geral. Quando não os dominam, nada mais são do que a força (...).

Mas, descendo ao direito constitucional positivo brasileiro contemporâneo, forçoso é reconhecer sua natureza formalmente democrática, ante o teor da proposição em seu Preâmbulo, de instituir um Estado Democrático, mediante a promulgação da Constituição pelo Congresso Nacional, para o que Deus assentiu conferir sua proteção, embora ambos os textos sejam silentes quanto ao modo pelo qual se deu tal *exequatur*... que não deve ser distinto daquele pelo qual legitima as duas chaves do monarca absoluto por Direito Divino, eleito por um colégio de príncipes, na cidade-estado do Vaticano...

²¹ PLATÃO. *A República*. São Paulo, Ed. Nova Cultural L.tda, Col. Os Pensadores, 2000, pp. 1 a 40

²² COMTE, AUGUSTO. *Catecismo Positivista*. São Paulo, Ed. Nova Cultural L.tda, Col. Os Pensadores, 2000, p. 287

²³ BONAPARTE, Napoleão. *Aforismos, máximas e pensamentos* (coletânea póstuma). Newton Compton Brasil Ltda., 1996, p. 23.

²⁴ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. São Paulo, Livraria Martins Fontes Ed. Ltda. 2005, pp. 7/8

Todavia, será possível a alternância do regime político vigente no Brasil sob a égide da atual Constituição da República? O art. 60, § 4.º, do diploma em foco facultado. É o que se depreende de sua leitura por exclusão das quatro cláusulas pétreas (já não previu a Constituição de 1988 entre essas a vedação à supressão do regime republicano).

Seria admissível, porém, advogar a existência de cláusulas pétreas implícitas no texto constitucional, ampliadoras do impedimento de deliberação de proposta de EC tendente à abolição dos valores tutelados pela Constituição mediante o dispositivo em comento? Se a resposta for positiva, estará aberta a Caixa de Pandora que ensejará o virtual esmagamento de qualquer oposição ao regime. Porém, se a resposta for negativa, estará garantido no estatuto mínimo de direitos conferido difusamente no País à oposição, diferentemente do que ocorre em Portugal, a prerrogativa de propugnar pela alternância do regime? O conteúdo do texto constitucional parece apontar, com benção extorquida ao Zênite, o contrário.

Tome-se por hipótese que fração da oposição intente postular a alternância do regime de “democrático” para “aristocrático” (nada impediria que fosse “monárquico”), com amparo nas razões postas na primeira parte deste trabalho. Poderia ela lograr êxito?

Parece que à luz do texto constitucional estará a dita minoria adstrita a um estatuto que quanto à matéria em foco só não é totalitário por faltar o elemento: Terror, ao plexo de dispositivos restritivos que versam sobre o tema. Tome-se, a par do Preâmbulo, o conjunto dos art.s 1.º, *caput*; 5.º, XLIV; 17, *caput*; 23, I; 34, VII, *a* (e 36, § 4.º); todo o Título V (art.s 136 a 144); art.s 205; 206, VI; *v.g.* Com efeito, não parece que possa efetivamente ter direito à pretendida alternância. Condenada a viver sob regime que lhe é imposto, (Preâmbulo e art. 1.º, *caput*), é obrigada (dever da família) essa minoria a educar suas vergôntes e esperanças de perpetuação “para o exercício da cidadania” (art. 205, *caput*), sob regime democrático de gestão do ensino público onde será sempre minoritária (art. 206, VI); é-lhe vedada a liberdade para criar, fundir, incorporar e extinguir partidos políticos aristocráticos, posto que haverá de resguardar o regime democrático (art. 17, *caput*). Terá sempre à espreita a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, com competência comum para zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas (art. 23, I). Se pela paz buscarem seus membros o furtar-se ao jugo democrático para como seres políticos, enquanto no exercício de autoridade, agirem aristocraticamente no âmbito dos estados e do Distrito Federal, de modo a inserirem-se em quaisquer das situações previstas nos incisos desse artigo, a União intervirá para afastar de seus cargos as autoridades aristocratas e para assegurar a observância dos princípio constitucional: regime democrático (art. 34, VII, *a*), limitado o decreto à suspensão do ato impugnado se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade (art. 34, §§ 3.º e 4.º). Se todavia os membros dessa minoria quiserem, por não dispor ela da força armada, que apenas pode prestar-se à defesa do Estado e das instituições democráticas, cuja violação por aristocratas poderá ensejar a supressão de suas liberdades quando de decretações de estados de defesa e de sítio (art.s 136 a 144), safar-se do garrote por auto-defesa mediante reunião na forma de grupos armados, civis ou militares, contra a Ordem Constitucional e o Estado

Democrático, incidirão em crime inafiançável e imprescritível (art. 5.º, XLIV). Não fossem bastantes tais restrições, os dissidentes são obrigados a coonestar o regime vigente pelo voto obrigatório nas eleições periódicas, para a realização das quais podem ter suas pessoas e bens requisitados pela Justiça Eleitoral, sendo que será recusada a percepção de vencimentos àqueles que dentre os componentes dessa minoria sejam servidores públicos, em caso de não cumprimento da obrigação eleitoral. Junte-se a esse completo cárcere velado uma cláusula pétrea implícita que impeça pelo voto a essa minoria o direito de postular a mudança do regime vigente no Estado e sua escravidão implícita mostrar-se-á explicitamente. Para bani-la, a par do regime contestado, só lhe restará o caminho tantas vezes trilhado da Revolução.

Note-se que a Constituição da República garante aos que a promulgaram, sob a proteção de Deus, a permanência indefinida no Poder, pela imutabilidade efetiva do regime que adotaram. Não manteve aberta a porta pela qual chegaram os constituintes ao Poder, como poderia apontar CARL SCHMITT...

DAHL²⁵ elenca como requisitos para se reconhecer uma democracia: oportunidade de, com garantias institucionais, *formular preferências* (pela liberdade de formar e aderir a organizações; pela liberdade de expressão; pelo direito de líderes políticos disputarem apoio; pelo acesso a informações alternativas), *exprimir preferências* (pelas garantias precedentes, além da existência de eleições livres e idôneas); *ter preferências igualmente consideradas na conduta do governo* (pelas garantias ditas, acrescidas de: direito de líderes políticos disputarem votos e instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência).

Ora, estão insculpidas as garantias aventadas por DAHL na Constituição da República para garantir à minoria em comento (eleita para a descrição da hipótese: no caso os aristocratas) a sua pretensão à alternância do Regime Democrático para o Aristocrático? Parece não ser intransponível eventual dificuldade para responder a esta questão, que de resto poderia tocar perfeitamente aos monarquistas, inclusive teocratas.

Em julgando o leitor reacionária a alegação, poderá da direita guinar à sinistra e constatará que semelhantes óbices à participação e inclusão no regime, assim como à alternância política, afetarão a anarquistas e a auto-entitulados democratas, como comunistas, socialistas e quejandos. Destarte, convida-se-lo à reflexão sobre se apenas aos dissidentes que aceitam o jugo do regime é dada inserção nesse como oposição consentida e se aos mais tudo é negado no plano oficial que possa ensejar-lhes, como corolário maior do princípio da alternância política, o exercício das supremas magistraturas eletivas da Nação, seja intra-regime, seja extra-regime.

²⁵ DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: Participação e Oposição*. EDUSP, Col. Clássicos n.º 9. São Paulo, s/d, p. 27

A conclusão do leitor destas linhas ensejará a constatação da real natureza do Regime existente ora no Brasil, a demonstrar se é uma oligarquia populista, uma poliarquia, ou, estreme de dúvidas, uma “democracia”. Ao autor, mais judicioso e prudentemente científico parece ser considerar a República Federativa do Brasil como Estado com regime apenas passível de equívocas nomeações, a gravitar entre os extremos das oligarquias competitivas e hegemonias inclusivas; com elevado nível de participação política formal, travestido com indumentos “poliárquicos” exteriores, inclusive com fumos de Democracia Direta, de modo que, se for havido como Estado Democrático, será quiçá forçoso considerar, como diria nosso, ao depois, primeiro Imperador, em 22 de janeiro de 1808, ao fundear a Nau Príncipe Real (ou João I, segundo Ver Huell) na Bahia engalanada para recebê-lo e indicar com um gesto a Nau Bedford, que: - *está bem bom para o inglês ver*”²⁶.²⁷ O preclaro leitor, todavia, melhor dirá.

BIBLIOGRAFIA

ALIGHIERI, Dante. *Da Monarquia*. São Paulo. Ed. Martin Claret, 2003

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13.^a edição, Editora UNB, vol. 1. Brasília, 2009

BONAPARTE, Napoleão. *Aforismos, máximas e pensamentos* (coletânea póstuma). Newton Compton Brasil Ltda., 1996

BOSSUET, Jacques-Bénigne. *Politica Sacada de las Sagradas Escrituras*. Col. Clasicos del Pensamiento Politico y Social. Madrid. Editorial Tecnos S/A, s/d

CAMÕES, luiz Vaz de. *Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades*. In *Camões Lírico - IV: Sonetos Escolhidos*. Lx.^a (Paris-Lx.^a/ O Porto/ Rio de Janeiro.) Livraria Aillaud e Bertrand - Livraria Chardron - Livraria Francisco Alves. Col. Antologia Portuguesa. s/d

CANEDO, Letícia Bicalho (Org.) *O Sufrágio Universal: e a invenção democrática*. São Paulo. Estação Liberdade, 2005

²⁶ NASCENTES, Antenor. *Tesouro da Fraseologia Brasileira*. 3.^a edição; Ed. Nova Fronteira. Rio de janeiro, 1986; verbete: inglês;

²⁷ HUELL, Q.M.R.Ver. *Minha Primeira Viagem Marítima: 1807-1810*. EDUFBA. Salvador; 2007; p. 130

- CARVALHO, José Murilo de. *D. Pedro II*. São Paulo, Col. Perfis Brasileiros, 2007
- COMTE, AUGUSTO. *Catecismo Positivista*. São Paulo, Ed. Nova Cultural L.tda, Col. Os Pensadores , 2000
- CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. São Paulo, Livraria Martins Fontes Ed. Ltda. 2005
- DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: Participação e Oposição*. EDUSP, Col. Clássicos n.º 9. São Paulo, s/d
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. São Paulo, 3.ª ed. Revista. Saraiva S/A, 1976
- HUELL, Q.M.R.Ver. *Minha Primeira Viagem Marítima: 1807-1810*. EDUFBA. Salvador; 2007
- MAQUIAVEL, Nicolau. São Paulo, Ed. Nova Cultural L.tda, Col. Os Pensadores, 2000
- MARITAIN, Jacques. *Elementos de Filosofia II: A Ordem dos Conceitos – Lógica Menor (Lógica Formal)*. São Paulo, Livraria Agir Editora, 11.ª ed., 1986
- NASCENTES, Antenor. *Tesouro da Fraseologia Brasileira*. 3.ª edição; Ed. Nova Fronteira. Rio de janeiro, 1986
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: ou Princípios do Direito Político*. São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora L.tda, 1989
- SHEARMAN, John. *O Maneirismo*. São Paulo, Cultrix/EDUSP, 1978
- SIEYÈS, Emmanuel. *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid. Alianza Editorial S.A. Ciência política, 2008
- TAPIÉ, Victor-Lucien. *O Barroco*. São Paulo. Ed. Cultrix/EDUSP, Col. Atualização Cultural, 1983
- WÖLFFLIN, Heirich. *Renascença e Barroco*. São Paulo. Ed. Perspectiva S/A, 1989
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian. L.xª, 1997

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A RELAÇÃO EU-OUTRO

CARLOS FIGUEIREDO MOURÃO

RESUMO

A Interpretação jurídica como atividade realizada exclusivamente pelo homem tem as suas problemáticas, em face da inerente subjetividade indissociável nessa operação, que de nenhuma maneira pode prejudicar a obtenção da melhor aplicação da norma de decisão ao conflito ou à dúvida jurídica que se apresenta no mundo fenomênico. Para tanto, há a necessidade de investigação sobre a posição do intérprete frente ao mundo mediante a aplicação da psicologia na análise da relação EU-OUTRO, para que esta subjetividade proporcione a melhor interpretação possível.

Palavras-chave: Direito; Psicologia; Hermenêutica; Interpretação; Filosofia; Homem; Sociedade; Lei e Norma; Discurso Jurídico.

ABSTRACT

The legal Interpretation as an activity carried out exclusively by human beings has its own problematic issues in face of the inherent subjectivity in the operation itself, that in no way should harm the attainment of the best application of the norm of decision to the conflict or to the legal doubt present in the phenomena of world. Thus, the position of the Interpreter in face of the world should be inquired through the application of psychology in the SELF-OTHER relations analysis as such subjectivity should provide the best possible interpretation .

Key-Words: Law; Psychology; Hermeneutics; Interpretation; Philosophy; Man; Society; Law and Norm; Legal speech.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO; 2 – AS CONCEPÇÕES DO EU; 3 – A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA; 4 – CONCLUSÃO; 5 – BIBLIOGRAFIA.

1 – INTRODUÇÃO

O ser humano, em suas relações, age simbolicamente, elementos esses conhecidos nos mais diferentes níveis psicológicos, desde símbolos ligados à sua sobrevivência elementar, como o sentimento de frio, calor ou fome, até símbolos de uma interação intelectualmente necessária para o seu desenvolvimento como ser vivo que pensa.

A formação psicológica de cada indivíduo é carregada de subjetividades, inerentes a fatores do ser que possui um código genético, ou seja, componente herdado, aliado e determinantemente influenciado pela peculiar relação que se desenvolve com o outro, mediante as experiências que se sucedem no decorrer dos dias da vida.

Sigmund Freud foi percussor, apresentando os preliminares estudos sobre a posição do Ser e de seus papéis sociais, oferecendo subsídios para o entendimento do EU. O estudo deste EU apresenta-se extremamente importante na interpretação do Direito, tendo em vista que o resultado do objeto interpretado será o próprio Direito vivo.

Assim afirma Freud:

“Há muito tempo é do conhecimento comum que as experiências dos cinco primeiros anos de uma pessoa exercem efeito determinante sobre sua vida, efeito que mais tarde pode enfrentar. Muita coisa que merece ser sabida poderia ser dita sobre a maneira como essas impressões precoces se mantêm contra quaisquer influências em períodos mais maduros da vida — mas isso não seria pertinente aqui. Contudo, pode ser menos conhecido que a influência compulsiva mais forte surge de impressões que incidem na criança numa época em que teríamos de encarar seu aparelho psíquico como ainda não completamente receptivo. O fato, em si, não pode ser posto em dúvida, mas é tão enigmático que podemos torná-lo mais compreensível comparando-o a uma exposição fotográfica que pode ser revelada após qualquer intervalo de tempo e transformada num retrato. Não obstante, fico contente em indicar que essa nossa incômoda descoberta foi antecipada por um escritor imaginativo, com a audácia que é permitida aos poetas. E.T.A. Hoffmann costumava fazer remontar a riqueza das figuras que se lhe punham à disposição para seus escritos criativos a imagens e impressões mutantes que experimentara durante uma viagem de algumas semanas, numa carruagem de correio, quando ainda era um bebê ao seio da mãe. O que as crianças experimentaram na idade de dois anos e não compreenderam, nunca precisa ser recordado por elas, exceto em sonhos; elas só podem vir a saber disso através do tratamento psicanalítico. Em alguma época posterior, entretanto, isso irromperá em sua vida com impulsos obsessivos, governará suas ações, decidirá de suas simpatias e

antipatias e, com muita frequência, determinará sua escolha de um objeto amoroso, para a qual quase sempre é impossível encontrar uma base racional.”¹

Assim, no nascimento começamos a rica experiência de viver, desenvolvendo diariamente a nossa identidade, ou como passaremos a denominar, o EU.

Este EU não cresce e se desenvolve em um processo solitário e deslocado das demais pessoas, mas nasce e se desenvolve somente e tão somente a partir da relação com o OUTRO.

Não existimos sem o OUTRO, mormente o Ser Humano que nasce com uma dependência vital do OUTRO, ou seja, de extrema importância. Sem o OUTRO o Ser Humano não sobreviveria.

Nessa concepção EU-OUTRO, fundamental no traço existencial de cada indivíduo, erradia força sobre todas as relações EU-OUTRO de uma vida inteira, na qual sempre estará presente esta equação.

Não será possível para o ser humano estabelecer os seus contornos, ou melhor, o entendimento de si mesmo se não em relação à existência de OUTRO.

A dificuldade nessa relação é que o processo de busca pelo contorno de si mesmo, passa pela existência do OUTRO (que não é uma existência real) ao mesmo tempo que o EU estabelece uma concepção do OUTRO a partir da identidade que forma em si mesmo.

O OUTRO é aquilo que o EU consegue formatar dentro de si do OUTRO, assim, o OUTRO só existe dentro do EU. Mas como trazer esta complicada equação para o saber jurídico no processo de interpretação? E qual a sua importância?

Essa equação é inafastável, posto que na elaboração da aplicação da norma a um fato concreto sempre se estará estabelecendo uma relação do EU-INTERPRETE com o OUTRO, ou outros, em função de quem a norma deve ser interpretada.

Não é uma proposta que tenha um final a ser atingido em sua plenitude, pois é impossível ao Intérprete chegar à excelência do que o EU é e o que o OUTRO também é, e elaborar uma decisão descarregada de subjetivismo no enfrentamento de um caso real.

A busca pelo autoconhecimento deve sempre nortear o Intérprete para que a vivência especial de cada um seja fonte de iluminação sobre o caso a ser enfrentado, evitando que a visão a ser lançada no processo de análise de um caso não seja obnubilada pelos subjetivismos obscurantistas do EU.

Como aponta a psicóloga Luciana Maria Silva Franco de Assis, em sua dissertação de mestrado: “Utilizamos os conceitos de sujeito e verdade para nortearmos nossa discussão. Vimos, no percurso da dissertação, que o uso e o sentido de ambos variam para cada disciplina. Enquanto o sujeito do Direito é um sujeito consciente, que segue (ou não) as leis estabelecidas pelo ordenamento jurídico, o sujeito da Psicanálise

¹ FREUD, Sigmund. Moisés e o monoteísmo, Esboço de psicanálise e outros trabalhos. Imago Editora. Volume XXIII. Pág. 70.

está assujeitado às leis regidas pelo inconsciente. Enquanto a verdade jurídica remete-nos a uma objetividade, sendo análoga a uma prova; para a Psicanálise esta jamais é dada, sendo na dimensão do erro que ela desponta. Contudo, isto em nada implica o reconhecimento de uma superioridade, apenas a constatação de uma diferença. Uma diferença que não invalida esta relação possível, mas apenas a enriquece, na medida em que estes não são saberes excludentes, mas complementares.”²

Assim, na relação do sujeito do Direito com o sujeito da Psicanálise, constatada a diferença entre eles, há de se procurar uma aproximação, ou a melhor aproximação possível, no enfrentamento de realidades que não são só complementares, mas umbilicais.

2 – AS CONCEPÇÕES DO EU

Nesta busca há que se analisar o entendimento do EU ao longo da História e das diversas doutrinas filosóficas e psicológicas, nas suas várias concepções e dimensões conceituais, para que se possa optar por uma concepção que norteie o enfoque a ser tratado neste trabalho. Mas antes devemos fazer uma alerta, trazendo a lição de David Hume:

“Seria razoável esperar, em questões que têm sido examinadas e discutidas com grande ardor desde os primórdios da ciência e da filosofia, que os debatedores já se tivessem posto de acordo pelo menos quanto ao significado de todos os termos e que nossas indagações, no curso destes dois mil anos tivessem sido capazes de passar das palavras para o verdadeiro e real assunto da controvérsia. Parece, efetivamente bastante simples prover definições exatas dos termos empregados no raciocínio, e fazer dessas definições, e não do mero som das palavras, o objeto de futuros exames e análises. Se considerarmos, porém, o assunto mais de perto, tenderemos a extrair uma conclusão diametralmente oposta. O mero fato de que uma controvérsia tenha se estendido por tanto tempo, sem chegar a nenhuma decisão, torna lícito presumir que há aí alguma ambigüidade de expressão, e que os debatedores associam diferentes idéias aos termos em uso na discussão. Pois, como as faculdades da mente são supostas naturalmente iguais em cada indivíduo (caso contrário, nada mais inútil que argumentarmos ou debatermos com os outros), seria impossível, se as pessoas associassem as mesmas idéias e seus termos, que pudessem entreter por tanto tempo diferentes opiniões sobre o mesmo assunto, especialmente quando comunicam uns aos outros essas opiniões, e cada uma das partes volta-se para todos os lados em busca de argumentos que possam dar-lhes vitória sobre seus antagonistas.”³

Todo e qualquer debate deverá partir das mesmas premissas, para que não haja desperdício de energia vital em discutir sobre temas aparentemente semelhantes, mas que não tem nenhum ponto de intersecção.

² ASSIS, Luciana Maria Silva Franco de. A ciência “Psi” nos tribunais: sobre o trabalho do psicólogo no âmbito judicial - Belo Horizonte Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Orientadora: Jacqueline de Oliveira Moreira. Dissertação (Mestrado). 2007.

³ HUME, David. Investigação Sobre o Entendimento Humano e Sobre os Princípios da Moral – Editora UNESP, 2004, pág. 119/120.

Este trabalho, por outro lado, depara-se com um tema muito vasto e, ainda, indeterminado, abrindo a possibilidade de que venha a ser enfrentado sob diversos aspectos, em face da incerteza, ainda, na determinação dos contornos do ser pensante.

Mas, se nessa procura não decidirmos por uma concepção, perderemos a didática e iniciaremos um debate interminável, em total desperdício de energia, como alertado há pouco, mas pior, sem que cheguemos a uma conclusão que traga algo de proveitoso na análise do intérprete e suas vicissitudes. Assim, impõe-se a escolha de um caminho, com a ressalva de que não é o único caminho a ser pesquisado.

2.1. O EU GREGO E O INÍCIO DA CIVILIZAÇÃO OCIDENTAL

A racionalidade humana vista nos dias de hoje tem o seu ponto de partida histórico na Grécia Antiga, com a Odisséia de Homero, na qual Ulisses ou Odisseu tampa os ouvidos dos seus marinheiros com cera e se amarra ao mastro do navio para poder passar pelas Sereias, que com suas vozes atraíam os barcos para serem destruídos nas pedras. Seduzido pelo canto das Sereias, Ulisses ordena que os seus homens o soltem, mas como eles não o ouvem, a embarcação passa ileso pelos perigos.

Trata-se de uma exaltação à racionalidade, posto que sem qualquer magia ou evocação de poderes divinos, Ulisses enfrenta os perigos da sua viagem utilizando uma astúcia “humana”, mediante um artifício de sua razão, em face das pulsões que o levaria à derrocada.

Esta importância dos Gregos, como aponta Werner Jaeger, “deriva da sua nova concepção do lugar do indivíduo na sociedade. E, com efeito, se contemplamos o povo grego sobre o fundo histórico do antigo Oriente, a diferença é tão profunda que os Gregos parecem fundir-se numa unidade com o mundo europeu dos tempos modernos. E isto chega ao ponto de podermos sem dificuldade interpretá-los na linha da liberdade do individualismo moderno. Efetivamente, não pode haver contraste mais agudo que o existente entre a consciência individual do homem de hoje e o estilo de vida do Oriente pré-helênico, tal como ele se manifesta na sombria majestade das Pirâmides, nos túmulos dos reis e na monumentalidade das construções orientais.”⁴

Esse marco histórico aponta o surgimento da personalidade, do qual “brotou o fenômeno do *eu* individualizado.” Arremata Jaeger:

“E quando esse povo atinge a consciência de si próprio descobre, pelo caminho do espírito, as leis e normas objetivas cujo conhecimento dá ao pensamento e à ação uma segurança antes desconhecida. Do ponto de vista oriental, é impossível compreender como os artistas gregos conseguiram representar o corpo humano, livre e descontraído, fundados, não na imitação de movimentos e atitudes individuais escolhidas ao acaso, mas sim na intuição das leis que governam a estrutura, o equilíbrio e o movimento do corpo”⁵.

⁴ JAEGER, Werner Wilhelm. Paidéia: A Formação do Homem Grego – 4ª edição – São Paulo - Martins Fontes, 2001 – pág.11.

⁵ Ob. Cit. Pág. 12.

De certa maneira podemos apontar que a estátua Grega tem contornos próprios. Há uma forma humana representada. Não é mais uma parte da rocha esculpida, que não mantinha intervalo entre os braços e o dorso, mas a figura grega é a própria “personificação” humana, revelando vida interior.

A representatividade na arte revela a nova feição sob a qual o homem passa a ser analisado, ou melhor, a se analisar. É na busca da verdade, da justiça e, sobretudo, da felicidade, mediante o conhecimento, que o Homem se encontra. Na moral socrática há uma estreita relação entre as noções de saber, virtude e felicidade, o conhecimento do bem implica a prática da virtude e o exercício deste bem traz felicidade ao homem, que só encontra a virtude e a felicidade pelo conhecimento.

2.2. O EU PARA OS FILÓSOFOS

Descartes inaugura a idéia do "*Puisque je doute, je pense; puisque je pense, j'existe*" e, em outro momento, "*je pense, donc je suis*", e, ainda, traduzida para o latim como "*Cogito, ergo sum*".

Essa reflexão do homem sobre si mesmo, é considerada a primeira formulação explícita de Descartes sobre a questão do EU, como traz Nicola Abbagnano:

“O que sou eu então?`, perguntava Descartes. `Uma coisa que pensa. Mas o que é uma coisa que pensa? É um coisa que dúvida, concebe, afirma, nega, quer ou não quer, imagina e sente. Certamente não é pouco que todas essas coisas pertençam à minha natureza. Mas por que não lhe pertenceriam?... É de per si evidente que sou em quem dúvida, entende e deseja, e que não é preciso acrescentar nada para explicá-lo.` (Méd. II). Como se vê, aqui o problema do eu é imediatamente acompanhado pela sua solução: o eu é consciência, relação consigo mesmo, subjetividade. Esta é a primeira das interpretações historicamente dadas do eu.”⁶

Mesmo que a figura do “penso, logo sou” seja aparentemente fundamental com relação à subjetividade, alerta Jaques Lacan que há uma escamoteação, pois mesmo que “efetivamente seja verdade que a consciência é transparente a si própria e que é apreendida como tal, fica patente que, nem por isso o EU lhe é transparente. Ele não é dado de um modo diferente de um objeto. A apreensão de um objeto pela consciência não lhe fornece da mesma feita as suas propriedades. Ocorre o mesmo com o EU.”⁷

Locke, na análise da afirmação cartesiana do EU como consciência, aponta que a identidade do EU não se encontra na substância da alma, mas unicamente na consciência, a qual reconhece na diversidade de manifestações.

Kant, na lição de Abbagnano, aponta o EU como autoconsciência ao distinguir o EU como objeto da percepção ou do sentido interno e o EU como sujeito do pensamento, da reflexão, sendo o sujeito do pensamento a condição última do conhecer.

⁶ ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 4ª Edição – São Paulo – Martins Fontes – 2000. Pág.388.

⁷ LACAN, Jaques. O Eu na Teoria de Freud e na Técnica da Psicanálise. 1ª Edição. 1985. Rio de Janeiro – Jorge Zahar Editor.

O EU abarca em si toda a realidade, pois dispõe o que é e o que não é, e fora dele nada existe.

Por outro lado, para Hume, um crítico cético da noção de subjetividade, transcrito por Danilo Marcondes:

“Há muitos filósofos que imaginam que estamos a cada momento intimamente conscientes do que chamamos de nosso eu (‘self’); que sentimos sua existência e permanência, e que temos certeza, além da evidência de uma demonstração, de sua perfeita identidade e simplicidade. A mais forte das sensações, a mais violenta paixão, dizem eles, ao invés de nos afastarem deste ponto de vista, reforçam ainda mais intensamente, fazendo-nos considerar sua influência no EU, seja pelo prazer ou pela dor que causam... Pois de que impressão poderia esta idéia ser derivada? ... O self, ou a pessoa, não é uma impressão mas sim aquilo em relação ao qual as nossas várias impressões e idéias se devem referir. Se alguma impressão der origem à idéia do EU, essa impressão deve permanecer invariavelmente a mesma através do desenrolar de toda a nossa vida, uma vez que se supõe que o ‘self’ tem esta forma de existência. Todavia, não existe nenhuma impressão constante e invariável”⁸.

Assim, não haveria importância na investigação científica os “estados do EU” para a busca do entendimento humano e, assim, o entendimento do outro, defendendo Hume uma conceituação social do Eu, que deveria ser visto, segundo esse filósofo, ante o todo, ou a partir do todo, importando somente no eudomonismo um significado social da felicidade.

Outra concepção do EU é o EU como inter-relação. Segundo Kierkegaard, o EU relaciona consigo mesmo, relaciona-se com o outro, com o Mundo e com Deus:

“O homem é espírito. Mas o que é espírito? É o eu. Mas, neste caso, o que é eu? O eu é uma relação, que não se estabelece com qualquer coisa de alheio a si, mas consigo própria... O homem é uma síntese de infinito e finito, de temporal e de eterno, de liberdade e necessidade, é, em suma, uma síntese”⁹.

Essa síntese representa o próprio alcance da liberdade, pois o EU ao abnegar-se em nome do OUTRO, alcança a si mesmo, ou o EU precisa da dimensão do outro para tornar-se um verdadeiro EU.

Heidegger, por sua vez, parte da proposição de que a pessoa não é uma coisa, uma substância ou um objeto, mas tem uma constituição essencialmente diferente das coisas da natureza, sendo que os atos, também, não são objetos, mas pertencem à essência do Ser¹⁰.

Na colocação da importância do “Ser no mundo” (*dasein*) como ponto de partida para a investigação sobre o Ser é possível alcançar a sua essência. Daí porque na questão acerca do sentido do Ser seja fundamental começar a sua abordagem somente mediante a análise dos atos exteriorizados para o mundo.

⁸ MARCONDES, Danilo. Textos Básicos de Filosofia: dos Pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro, 2005. Editora Jorge Zahar, citando David Hume, sobre a identidade pessoal: Tratado Sobre a Natureza Humana, I, parte IV, Seção VI.

⁹ KIERKEGAARD, Søren A. 1974. A Doença para a Morte. São Paulo, Editora Abril S.A. pág. 337.

¹⁰ HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Petrópolis. Editora Vozes. 2008. Pág. 89/95.

Então o EU é visto como uma relação e a sua importância reside e só pode residir nos atos que pratica, nos frutos que semeia, pois somente mediante a constatação do resultado de uma ação é possível analisar o EU em suas vicissitudes.

Abbagnano apresenta o desenvolvimento do tema sob este aspecto em Sartre e em Merleau-Ponty:

“De forma aparentemente paradoxal Sartre afirmava, num ensaio de 1937, que ‘o eu não está, nem formal nem materialmente, na consciência; está fora, no mundo. É um ser do mundo, assim como o eu de um outro’ (*Recherches Philosophiques*, 1936-37; trad in., *The Transcendence of the Ego*, Nova York, 1958, p. 32) No mesmo sentido, afirma Merleau-Ponty: ‘A primeira verdade é, sem dúvida, ‘eu penso’, mas sob a condição de que com isso entenda ‘eu sou para mim mesmo’ sendo no mundo’ (*Phénomélogie de la perception*, 1945, p. 366). Considerado em sua relação com o mundo, o eu às vezes é determinado a partir do caráter ativo, da sua capacidade de iniciativa, do seu poder projetante ou antecipador¹¹.”

Um desenvolvimento do tema do Ser no mundo foi apresentado por Hannah Arendt, na sua obra *A Condição Humana*, enfocando a expressão *vita activa* que compreende três atividades humanas fundamentais, o labor, considerando como o processo biológico do corpo humano; o trabalho que é atividade de produção de coisas artificiais; e, finalmente a ação, como atividade exercida diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou matéria.

Aponta a autora, para demonstrar a importância da ação na condição humana:

“Assim, o idioma dos romanos – talvez o povo mais político que conhecemos – empregava como sinônimas as expressões «viver» e «estar entre os homens» (*inter homines esse*), ou «morrer» e «deixar de estar entre os homens» (*inter homines esse desinere*).... A ação seria um luxo desnecessário, uma caprichosa interferência com as leis gerais do comportamento, se os homens passassem de repetições interminavelmente reproduzíveis do mesmo modelo, todas dotadas da mesma natureza e essência, tão previsíveis quanto a natureza e a essência de qualquer outra coisa. A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”.¹²

Partindo da constatação de que somos seres únicos e que ação na *vida activa* é a própria relação EU-OUTRO, posto que somente nesta e a partir desta relação é possível demonstrar a grandeza e a fraqueza humana, mais e mais se torna evidente a necessidade de que as ações afirmadas pelo EU sejam em favor do todo, em favor do OUTRO, que, assim, também será em favor do EU, em um processo auto-alimentante, em benefício do próprio EU.

¹¹ Ob. Cit. Pág. 390.

¹² ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10ª edição, Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2004. Pág. 15.

2.3. O EU NA PSICOLOGIA

A psicologia como ciência que trata dos estados e processos mentais ou como o conjunto dos traços psicológicos característicos de um indivíduo ou de um povo, uma comunidade, uma geração, é fundamental na análise do intérprete do Direito.

A psicologia ajuda a verificar as razões existenciais do Ser, ou qual a justificativa para a criação de Leis que tolhem a liberdade do EU em benefício do OUTRO.

Pontes de Miranda já acentou que todo o cosmos vive de leis internas e que o Direito positivado é a figuração concreta do costume e decorre da experiência acumulada do grupo social, e a lei nele se desenvolve e se transforma, após lhe copiar os traços psicológicos, como se fora a imagem coletiva, que a determina.¹³

Assim, a imagem coletiva refletida pela norma positivada é tratada em uma relação EU-OUTRO, ou seja, para precisar a noção do Eu-Intérprete se verifica que a sua produção normativa, como um objeto externo ao ser.

Jacqueline Moreira traz a questão da presença do OUTRO na constituição do EU, afirmando que “conceito *eu* faz sua entrada na rede conceitual freudiana em 1895 com a obra *Projeto para uma Psicologia Científica*. Mas faz-se necessário ressaltar que, só após a ‘viragem’ de 1920, a noção de eu recebe um estatuto de Instância.... Em 1914, Freud revela que o eu não é uma realidade originária, é constituído num processo de encontro com dimensões de alteridade. Nesse momento, aparecem as idéias de eu ideal, ideal de eu e precipitado de identificações. O eu ideal refere-se ao narcisismo primário, em que teremos o primeiro investimento sexual em uma “unidade”. Parece-nos pertinente ressaltar que na constituição do eu ideal está implicada a presença constitutiva do outro; mas este se encontra reduzido em sua densidade alteritária, pois é visto como um reflexo do eu. Entretanto, será este “outro-reflexo” que, na sua sedução traumatizante, possibilita a percepção do corpo como uma “unidade” para além da carnalidade. O eu corporal que determina seus limites não reconhece o outro presente na sua constituição como um outro-pessoa, mas sim como duplo de si, ou melhor, como uma modalidade de outro-reflexo. Assim, muitas definições da noção de eu aparecem atreladas à problemática identitária, que nos parece uma consequência da idéia de outro como um duplo do eu.”¹⁴

Continua a autora:

“Na primeira tópica, as discussões sobre a presença do outro na constituição do eu aparecem via noção de narcisismo. Na constituição do eu, comparecem diversas figuras de alteridade, nomeadas como eu ideal e ideal do eu.

Já na segunda tópica, Freud aproxima mais o eu das questões da alteridade na medida em que anuncia a criação do eu a partir de um processo de modificação do Id. O eu é uma parte do Id que se modifica no contato com a realidade. O eu surgiria de um princípio de alteridade. A afirmação freudiana de que no Id encontra-se nossa herança filogenética coloca esta instância no campo discursivo da alteridade. Assim, na

¹³ MIRANDA, Pontes de. À Margem do Direito: Ensaio de Psicologia Jurídica. Campinas. Bookseller. 2002. Pág. 17 a 41.

¹⁴ MOREIRA, Jacqueline de Oliveira. Revisitando o conceito de eu em Freud: da identidade à alteridade. Estudos e pesquisas em psicologia, abr. 2009, vol.9, no.1. ISSN 1808-4281.(Revista Eletrônica)

segunda tópica, o Id seria uma figura de alteridade por excelência e que, a partir de diferenciações, produziria diferentes instâncias como os atravessadores alteritários no eu, o ideal do eu e o supereu.”

Freud nesta análise lançou as bases da estrutura psicológica, com a identificação do EGO (EU), do SUPEREGO (SUPEREU) e do ID (ISSO).¹⁵

Segundo o dicionário Houaiss, o ID consiste em um sistema básico da personalidade, que possui um conteúdo inconsciente. Por sua vez, o EGO é a instância do aparelho psíquico que se constitui mediante as experiências do indivíduo e exerce função de controle sobre o seu comportamento. Finalmente, o SUPEREGO é o conjunto das forças morais inibidoras que se desenvolvem sob a influência da educação durante o processo de socialização.

Elizabeth Roudinesco e Michel Plon anotam que o EU é “encarregado de funções importantes e, em virtude de sua relação com o sistema perceptivo, estabelece a ordenação temporal dos processos psíquicos e os submete à prova da realidade. Intercalando os processos de pensamento, consegue adiar as descargas motoras e domina os acessos à motilidade, Essa última dominação, entretanto, é mais formal do que efetiva, tendo o eu em sua relação com a ação, por assim dizer, a postura de um monarca constitucional sem cuja sanção nada pode transformar-se em lei, mas que reflete longamente antes de opor o seu veto a uma proposta do parlamento. ...Vemos esse mesmo eu como uma pobre criatura que tem que servir a três senhoras e , por conseguinte, sofre a ameaça de três perigos, por parte do mundo externo, da libido, do isso e da severidade do supereu.”¹⁶

Segue Jaqueline Moreira¹⁷, afirmando que “Segundo Freud, a vida mental é regida por três polaridades: sujeito e eu contraposto ao não-eu, objeto e mundo externo; prazer versus desprazer e ativo versus passivo. Existe uma linha que vincula prazer, eu e ativo; de outro lado, mundo externo, desprazer e passivo estão associados. Freud revela que o sujeito do eu é passivo no tocante aos estímulos externos, mas ativo através de seus próprios instintos. O eu pretende dominar sua vida pulsional, ou seja, dominar a si mesmo. O autodomínio anuncia a vinculação entre a polaridade do eu e a da atividade. Entre prazer e eu existe uma coincidência; numa situação psíquica primordial, eu e prazer se superpõem”.¹⁸

¹⁵ “Le jê n’est pás Le moi. A questão da tradução em português das três instâncias da segunda tópica freudiana: *ich*, *uber-ich*, e *es*, cuja tradução em francês é *moi*, *surmoi* e *ça*, já foi abordada quando das precedentes traduções dos Seminários de Lacan. A proposta feita por M. D. Magno e aceita por Betty Milan foi a de empregar pronomes da própria língua para a qual se estava traduzindo, ou seja, no caso do português, o *eu*, o *super-eu* e o *isso*. Segundo eles, nada justifica o emprego dos termos latinos de *id*, *ego* e *super-ego*, introduzidos pela tradução inglesa. Esta correção pareceu ser ousada na época porque ia contra os hábitos adquiridos, dado que, em geral as obras de Freud publicadas em português não foram traduzidas a partir do original, e sim da tradução inglesa. (Nota do Tradutor na obra O Eu na Teoria de Freud e na Técnica da Psicanálise, Jaques Lacan, Livro 2, Jorge Zahar Editor, 1985, Rio de Janeiro, pág. 408)

¹⁶ ROUDINESCO, Elizabeth. Dicionário de Psicanálise. Rio de Janeiro. 1998. Jorge Zahar Editora. Pág. 212.

¹⁷ Ob. Cit.

¹⁸ FREUD, Sigmund. A história do movimento psicanalítico, artigos sobre metapsicologia e outros trabalhos. Rio de Janeiro: Imago, 1976. Pág. 156.

A professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais ressalta que o pressuposto de que em o princípio era o EU é contradito pelo próprio Freud que denuncia a presença do OUTRO, mormente diante da condição humana de uma total dependência no seu nascedouro para a sua própria sobrevivência.

David Zimmerman apresenta o mesmo enfoque, afirmando que todo indivíduo é um grupo, posto que “dentro do psiquismo de cada um de nós, habita um grupo de personagens, como pai, mãe, irmãos, etc., cada um deles internalizados com os seus aspectos positivos e, ou, negativos, ... em permanente interação entre si.”¹⁹

Há uma inter-relação necessária e fundamental na equalização do ser, em face da inerente interdependência psicossocial, não só do ambiente familiar, mas da carga cultural impregnada do nascimento até a morte, que fará com que haja uma identidade ou uma identificação em face dessa carga cultural.

Essa interdependência é configurada pela quase impossibilidade de se ter a certeza de que sua imagem coincide consigo mesmo, e, assim, procura o reconhecimento no OUTRO, que lhe dará a aparente certeza de ao dizer “você é” que acabará por corresponder ao “eu sou”.

Assim, traz-se a necessidade de se procurar “quem EU é” e “o que acham que o “EU é”, para se estabilizar no que quem o “OUTRO é” e qual a dimensão do OUTRO em relação ao EU.

Como já foi objeto de alerta por parte da psicóloga Luciana Maria Silva Franco de Assis, o sujeito do Direito se diferencia do sujeito da Psicanálise, pois enquanto um é um sujeito consciente, ou que deve procurar ser consciente, o sujeito da Psicanálise é guiado pelas leis do inconsciente.

Como na interpretação jurídica lidamos com um OUTRO, ser humano carente de uma solução que lhe seja justa, não é possível deixar-se levar pela força do inconsciente, ou melhor, deixar que essas forças lhe tirem do caminho na concretização do Direito.

Tércio Sampaio Ferraz traz com muita pertinência a diferenciação entre as Deusas Diké e Iustitia:

“...o direito sempre teve um grande símbolo, bastante simples, que se materializava, desde há muito, em uma balança com dois pratos colocados no mesmo nível, com o fiel no meio – quando este existia – em posição perfeitamente vertical. Havia, ainda, outra materialização simbólica, que varia de povo para povo e de época para época. Assim, os gregos colocavam essa balança, com os dois pratos, mas sem o fiel no meio, na mão esquerda da deusa Diké, filha de Zeus e Themis, em cuja mão direita estava uma espada e que, estando em pé e tendo os olhos bem abertos, dizia (declarava solenemente) existir o justo quando os pratos estavam em equilíbrio (*íson*, donde a palavra isonomia). Daí, para a língua vulgar dos gregos, o justo (o direito) significar o que era visto como igual (igualdade).

Já o símbolo romano, entre as várias representações, correspondia, em geral, à deusa *Iustitia*, a qual distribuía a justiça por meio da balança (com os dois pratos e o

¹⁹ ZIMERMAN, David. Aspectos psicológicos na Prática Jurídica. Editora Millenium, Campinas, 2008. Pág. 124

fiel bem no meio) que ela segurava com as duas mãos. Ela ficava de pé e tinha os olhos vendados e *dizia* (declarava) o direito (*jus*) quando o fiel estava completamente vertical: direito (*rectum*) = perfeitamente reto, reto de cima a baixo (*de+ rectum*).

As pequenas diferenças (mas, em termos de símbolos, significativas) entre os dois povos mostram-nos que os gregos aliavam à deusa algumas palavras, das quais as mais representativas eram *díkaion*, significando algo dito solenemente pela deusa *Diké*, e *íson*, mais popular, significando que os dois pratos estavam iguais. Já em Roma, as palavras mais importantes eram *jus*, correspondendo ao grego *díkaion* e significando também o que a deusa diz (*quod Iustitia dicit*), e *derectum*, correspondendo ao grego *íson*, mas com ligeiras diferenças.

Notamos, ademais, que a deusa grega tinha os olhos abertos. Ora, os dois sentidos mais intelectuais para os antigos eram a visão e a audição. Aquela para indicar ou simbolizar a especulação, o saber puro, a *sapientia*; esta para mostrar o valorativo, as coisas práticas, o saber agir, a prudência, o apelo à ordem etc. Portanto, a deusa grega, estando de olhos abertos, aponta para uma concepção mais abstrata, especulativa e generalizadora que precedia, em importância, o saber prático. Já os romanos, com a *Iustitia* de olhos vendados, mostram que sua concepção do direito era antes referida a um saber-agir, uma *prudencia*, um equilíbrio entre a abstração e o concreto. Aliás, coincidentemente, os juristas romanos de modo preponderante não elaboram teorias abstratas sobre o justo em geral (como os gregos), mas construções operacionais, dando extrema importância à oralidade, à palavra falada, donde a proveniência do verbo *lex* do verbo *legere* (ler, em voz alta). Além disso, o fato de que a deusa grega tinha uma espada e a romana não mostra que os gregos aliavam o conhecer o direito à força para executá-lo (*iudicare*), donde a necessidade da espada, enquanto aos romanos interessava, sobretudo quando havia direito, o *jus-dicere*, atividade precípua do jurista que, para exercê-la, precisava de uma atitude firme (segurar a balança com as duas mãos sem a necessidade da espada); tanto que a atividade do executor, do *iudicare*, era para eles menos significativa, sendo o *iudex* (o juiz) um particular, geralmente e a princípio, não versado em direito.”²⁰

Assim, a Deusa Grega é que executa a lei com a sua espada e deve aplicar o direito diretamente, estando de olhos bem abertos para que não se deixe influenciar pelas emoções e desejos, ou, para utilizar uma expressão Freudiana, não se deixe levar pelas pulsões.

É assim que a consciência da formação psicológica da cada um e a procura pelo entendimento do OUTRO é que se pode construir um Direito concretizado no respeito aos Princípios Constitucionais da igualdade e da impessoalidade no exercício de interpretação jurídica.

3 - A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Hermenêutica é uma ciência do espírito que engloba o estudo da atividade humana de interpretar. Por sua vez, interpretar é a aplicação da hermenêutica, pois

²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 4ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2003, pág. 32/33.

enquanto a hermenêutica estuda abstratamente os enunciados, a interpretação é a aplicação concreta destes enunciados.

Pode-se dizer que interpretar é atribuir um sentido ou um significado a signos ou símbolos, dentro de determinado parâmetro, objetivando o caso concreto.

Interpretação não é extrair, posto que extrair pressupõe que este algo, ou seja, a solução do caso concreto, já exista na própria norma. Mas a interpretação é um método subjetivo de verificação do conteúdo da norma, e não se trata de uma metodologia objetiva. Se assim o fosse bastava um computador de grande porte para decidir todos os casos apresentados ao Poder Judiciário, a preencher uma série de questões para a obtenção de soluções pacificadoras de conflitos.

Segundo Houaiss “interpr-”, antepositivo de interpretação, significa ajudante, intermediário, mensageiro, ou seja, aquele que se situa entre o objeto a ser interpretado e o resultado da interpretação, ou para quem a interpretação é direcionada.

A interpretação jurídica é fruto dos homens, feita pelas pessoas para as pessoas, e encontra-se dentro da realidade cultural, compreendendo cultura em um sentido mais amplo possível como um “conjunto complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, o direito, os costumes e as outras capacidades ou hábitos adquiridos pelo homem enquanto membro da sociedade”²¹.

Assim, o Direito, como fruto de uma cultura, recebe a influência dos demais conjuntos ou sistemas que diretamente agem na formação deste mesmo Direito, e, assim, na sua formação é carregado de subjetividades.

Celso Bastos afirma que o Direito é parte de um sistema social, necessário, “constituindo-se em um segmento social-normativo, uma vez que é composto por normas disciplinadoras da conduta das pessoas, físicas ou jurídicas.”²²

O autor continua, ao propugnar que para a análise do fenômeno da interpretação jurídica há que se traçar uma correspondência entre as realidades físicas e culturais, apontando que há um verdadeiro abismo entre o mundo cultural e o material, declarando em sua obra que o mundo material “é formado por relações necessárias entre as coisas, que passam por experimentações, negações, testes de causa e efeito, até chegarem à formulação de leis próprias. No campo cultural não existem relações necessárias entre as coisas, é dizer, um elemento é vinculado ao outro tão somente por força de uma atividade humana. Os bens culturais trazem em si a marca do homem.”

Continua Celso Bastos, que o Direito atua racional e logicamente, devendo ser firmado mediante signos precisos.

Ora, mas a interpretação deve oscilar entre o rigor da objetividade ou a infinidade da subjetividade? Será possível ao homem tratar a coisa no Direito somente mediante uma análise objetiva? Existe análise objetiva?

²¹ CUCHE, Denys. A Noção de Cultura nas Ciências Sociais. 2ª Edição. Bauru. EDUSC.2002. pág. 35, citando Edward Burnett Taylor, in *La Civilisation Primitive*. Paris. Reinwald. 1876-1878. Pág. 1.

²² BASTOS, Celso. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo, 2002. Celso Bastos Editor. Pág. 19.

No nosso entendimento não, pois afirmar que a interpretação é fruto de uma análise objetiva é lançar uma nuvem de fumaça sobre o objeto a ser interpretado e o Intérprete.

É inarredável que o Homem, em suas posições perante a sociedade, age subjetivamente, e o Intérprete jurídico, como, também é homem, age da mesma maneira, subjetivamente.

Alerta Karl Engisch, que houve “um tempo em que tranqüilamente se assentou na idéia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos. Esse tempo foi o Iluminismo. Bockelmann em 1952 expôs uma vez mais a respectiva concepção fundamental em termos certos: «O tribunal, ao aplicar o Direito, deve funcionar como um autômato, com a única particularidade de que o aparelho em função não é um mecanismo automático mas um mecanismo lógico»....a adoração da lei animada por um espírito racionalista, fizeram com que a estrita vinculação do juiz à lei se tornasse no postulado central. Ao mesmo tempo, foi-se conduzido ao exagero de estabelecer insustentáveis proibições de interpretar e comentar a lei”.²³

Em contraposição a essa posição de escravo da lei, Karl Larenz apresenta a Teoria Psicológica do Direito de Bierling, que no final do século XIX introduz um conceito de Direito que deveria nortear o intérprete, pois segundo o seu entendimento “Direito, em sentido jurídico, é tudo aquilo que as pessoas, que convivem em qualquer comunidade, reciprocamente, reconhecem como norma e regra de viver em comum... Também, as «relações jurídicas» só existem enquanto obrigado ou os obrigados as reconhecem, o que leva BIERLING a afirmar que «todas as normas de Direito são queridas ou reconhecidas como pretensões jurídicas, por um lado, e como deveres jurídicos, por outro».”²⁴

Então, de um objetivismo tendente à busca de um verdadeiro conhecimento para a captação precisa dos objetos, de maneira não deformada pela subjetividade cognoscente, a um subjetivismo que procura a realidade do mundo mediante a subjetividade humana como fator preponderante no processo cognitivo, não encontraremos a solução para a pacificação de conflitos.

Maria Helena Diniz²⁵ evoca, no processo de interpretação, a utilização da uma intuição racional apontando que devemos prescindir a análise de questões singulares, pois o individual é passageiro, objetivando a captação da pureza, registrando o fenômeno de modo neutro.

Kelsen por sua vez defende:

²³ ENGISCH, Karl. Introdução AP Pensamento Jurídico. 10ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Portugal. 2008 Pág. 206.

²⁴ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 4ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Portugal. 2005. Pág. 51.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. Conceito da Norma Jurídica como Problema de Essência. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2003, pág. 15.

“Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente.”²⁶

Segundo a opinião de Kelsen há várias normas individuais, ou normas de decisão dentro do escopo de abrangência da norma geral, denominando esta norma individual como Direito Positivo.

Vejamos a metáfora elaborada por Eros Roberto Grau, na qual três escultores são chamados a reproduzir a Vênus de Milo e elaboram os seus trabalhos individualmente. Cada escultor fará a sua Vênus de Milo, aparentemente semelhantes, mas nunca idênticas. O Mámore bruto é o mesmo, mas o resultado da operação não será. Assim, da mesma forma, a interpretação do direito, que parte do mesmo mármore, mas encontra decisões diferentes, que segundo Kelsen são normas individuais dentre as possíveis no âmbito do quadro da norma.

Benjamim Cardoso traz em seu trabalho sobre a *Natureza do Processo Judicial* faz o alerta:

“No extremo oposto estão as palavras do jurista francês Saleilles, em seu tratado *De La Pernonnalité Juridique*: ‘Primeiro, se almeja o resultado; depois, se encontra o princípio; é essa a gênese de toda interpretação jurídica. Uma vez aceita, a interpretação se apresenta, sem dúvida, no conjunto da doutrina jurídica, sob o aspecto oposto. Os fatores se invertem. O princípio aparece como causa inicial da qual se extraiu o resultado, que se acredita ter sido inferido dela.’ Eu não apresentaria o caso tão amplamente assim. Uma formulação tão incisiva exagera o elemento de livre volição. Ignora os fatores de determinismos que restringem e confinam, dentro de limites estreitos, o âmbito da livre escolha. Contudo, por seu próprio excesso de ênfase, fornece o corretivo necessário para um ideal de objetividade impossível.”²⁷

Nesta linha afirma-se o intérprete sempre terá uma solução, mas somente após irá procurar a fundamentação em todas as normas existentes, nas doutrinas já escritas ou na jurisprudência.

Na busca da melhor solução possível, dentro do sistema jurídico vigente, o Intérprete deve se utilizar de metodologia pré-existente à solução, sendo que somente depois de transcorrido todo o processo fixado pelo método é que o intérprete terá condições de escolher, e, assim, será possível atribuir a melhor solução para o caso, ou a norma individual.

O Juiz da Suprema Corte Americana arremata que “a verdade é que todos esses questionamentos internos nascem da esperança e do desejo de transcender as limitações que tolhem nossa natureza humana. ... Meu dever de juiz talvez seja materializar em lei não as minhas aspirações, convicções e filosofias pessoais, mas as

²⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7ª edição. São Paulo. Martins Fontes. 2006. Pág. 390/391.

²⁷ CARDOZO, Benjamim N. a Natureza do Processo Judicial. São Paulo. Martins Fontes. 2004. Pág.126.

aspirações, convicções e filosofias dos homens e das mulheres do meu tempo. Dificilmente farei isso bem se minhas próprias simpatias, crenças e devoções fervorosas estiverem voltadas para um tempo que já se foi.”²⁸

Finaliza o pensamento com a transcrição de François Géný:

“Nunca, em nenhum sistema de interpretação judicial, podemos nos congratular por termos eliminado completamente a medida pessoal do intérprete. Nas ciências morais, não há método ou procedimento que supere totalmente a razão subjetiva.”

4 - CONCLUSÃO

O Homem, diariamente, está em luta pela sobrevivência, não somente do corpo, mas principalmente de seu espírito, em um processo de auto-preservação, crescimento, interação, e autoconhecimento, para que possa decodificar os vários sinais que recebe, sejam os sinais de suas próprias pulsões, sejam os sinais dos seres que mantém alguma interação.

Fica evidente que o ser humano é um ser que passa a vida interpretando, buscando dar sentido a símbolos com os quais se depara ao longo de sua existência.

A compreensão dos diversos símbolos existentes é um processo que será cada vez mais lógico e possível na medida em que haja um aprofundamento do estudo do objeto a ser interpretado, seja ele qual for.

No estudo de um idioma estrangeiro, quanto mais ampliarmos o conhecimento do vocabulário daquele idioma que pretendemos apreender, melhor será o nosso entendimento dos signos representados por este idioma, sejam símbolos escritos ou falados.

Da mesma forma no Direito, ao enfrentarmos um caso concreto, quanto mais conhecimento a respeito do caso, e de tudo que o envolve, melhor será a solução encontrada.

Mas, o ponto de partida é ter uma noção ampla do que somos para podermos entender o OUTRO, buscando estabelecer uma verdadeira separação entre o EU e o OUTRO, para que o OUTRO não se confunda com o EU e que a carga de subjetividade que de um lado possibilitará dar instrumentos para se chegar ao OUTRO, não seja impeditivo de se buscar a compreensão do OUTRO.

Deparamo-nos com um paradoxo, posto que ao mesmo tempo que o Ser sofre as ações de um desconhecido, o inconsciente, deverá interpretar o mais objetivamente possível o caso concreto, sem que esta subjetividade lhe prejudique a visão objetiva desse caso.

Assim, qualquer método de interpretação que venha a ser escolhido pelo cultor do Direito deve sempre buscar na inerente subjetividade que cunhou a sua forma

²⁸ Ob. Cit. Pág. 128

as forças necessárias que autorizem uma visão mais acurada do caso a ser enfrentado. Uma profunda mudança na posição do intérprete do direito a quem cabe reconhecer as suas limitações e procurar, de todas as maneiras possíveis, a solução em proveito de toda a coletividade, dentro sistema jurídico vigente.

Por derradeiro, conforme citação transcrita por Luciana Maria Silva Franco de Assis, necessário que na “leitura psicanalítica do direito, ao apontar as tramas imaginárias mediante as quais o discurso jurídico captura seus súditos, lança o desafio da ressignificação da categoria do sujeito do direito, como condição necessária e indispensável à própria reelaboração das práticas jurídicas.”²⁹

Nessa proposta, há uma alteração do papel do Intérprete, que deixa de ser um autômato na aplicação do Direito e passa a ter a responsabilidade pelo resultado de sua interpretação, interpretação esta que nunca e de maneira nenhuma deve ser fria ou dissociada da realidade que atingirá. Cabe lembrar que a elaboração de uma solução não é apenas tinta no papel; atingirá em maior ou menor grau, vidas humanas, carentes de uma pacificação justa para os seus conflitos.

5 – BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 4ª Edição – São Paulo – Martins Fontes – 2000.

ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 10ª edição, Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2004.

ASSIS, Luciana Maria Silva Franco de. A ciência “Psi” nos tribunais: sobre o trabalho do psicólogo no âmbito judicial - Belo Horizonte Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Orientadora: Jacqueline de Oliveira Moreira. Dissertação (Mestrado). 2007.

BASTOS, Celso. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. São Paulo, 2002. Celso Bastos Editor.

CARDOZO, Benjamim N. a Natureza do Processo Judicial. São Paulo. Martins Fontes. 2004.

CUCHE, Denys. A Noção de Cultura nas Ciências Sociais. 2ª Edição. Bauru. EDUSC.2002.

DINIZ, Maria Helena. Conceito da Norma Jurídica como Problema de Essência. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2003.

ENGISCH, Karl. Introdução AP Pensamento Jurídico. 10ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Portugal. 2008 Pág. 206.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 4ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2003, pág. 32/33.

²⁹ Ob. Cit. pág. 114. (PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Reflexões acerca do sujeito do Direito. Revista Palavrção, Curitiba, Ano 2, n. 2, out. 1994.)

FREUD, Sigmund. A história do movimento psicanalítico, artigos sobre metapsicologia e outros trabalhos. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

Moisés e o monoteísmo, Esboço de psicanálise e outros trabalhos. Imago Editora. Volume XXIII.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Petrópolis. Editora Vozes. 2008.

HUME, David. Investigação Sobre o Entendimento Humano e Sobre os Princípios da Moral. Editora UNESP. 2004.

JAEGER, Werner Wilhelm. Paidéia: A Formação do Homem Grego – 4ª edição – São Paulo - Martins Fontes. 2001.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7ª edição. São Paulo. Martins Fontes. 2006.

KIERKEGAARD, Søren A. 1974. A Doença para a Morte. São Paulo, Editora Abril S.A.

LACAN, Jacques. O Eu na Teoria de Freud e na Técnica da Psicanálise. 1ª Edição. 1985. Rio de Janeiro – Jorge Zahar Editor.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 4ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Portugal. 2005. Pág. 51.

MARCONDES, Danilo. Textos Básicos de Filosofia: dos Pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro, 2005. Editora Jorge Zahar, citando David Hume, sobre a identidade pessoal: Tratado Sobre a Natureza Humana, I, parte IV, Seção VI.

MIRANDA, Pontes de. À Margem do Direito: Ensaio de Psicologia Jurídica. Campinas. Bookseller. 2002. Pág. 17 a 41.

MOREIRA, Jacqueline de Oliveira. Revisitando o conceito de eu em Freud: da identidade à alteridade. Estudos e pesquisas em psicologia, abr. 2009, vol.9, no.1. ISSN 1808-4281.(Revista Eletrônica)

ROUDINESCO, Elizabeth. Dicionário de Psicanálise. Rio de Janeiro. 1998. Jorge Zahar Editora. Pág. 212.

ZIMMERMAN, David. Aspectos psicológicos na Prática Jurídica. Editora Millenium, Campinas, 2008. Pág. 124

O Município e o Direito Internacional no mundo globalizado.

José Rubens Andrade Fonseca Rodrigues

Procurador do Município de São Paulo, advogado, Especialista e Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor de Direito Internacional.

Sumário: I. Introdução – II. Razões históricas – III. Razões práticas – IV. Razões para rever o Direito Internacional em relação ao município – V. Município e o âmbito internacional – VI. Conclusão.

I – Introdução

Em geral os estudiosos do Direito, em especial do Direito Municipal, não se atém ou, ao menos, não dão a devida importância ao Direito Internacional e às possíveis correlações com o Município e o Direito Municipal.

Na verdade reputo que há duas ordens de causas principais para esta postura: a primeira histórica e a segunda prática. O presente escrito pretende abordar estes dois pontos e, após, oferecer razões ao operador do Direito no intuito de que ele repense as correlações atuais entre o Município e o Direito Internacional.

Como a matéria é muito vasta e poderiam ser vários os tópicos tratados para apontar a relação acima indicada, selecionei alguns pontos que parecem ser mais provocativos. Porém, advirto que de forma alguma se pretende esgotar o tema indicado no título.

Por outro lado, os pontos aqui levantados também o foram de forma sintética, a fim de permitir enquadrá-los neste texto de artigo, pois cada tópico em si daria azo a um trabalho extenso.

II – Razões Históricas

Quem estuda quaisquer das matérias incluídas naquelas que se convencionou chamar de Ciências Humanas, tenta continuamente fixar fatos históricos como divisores de águas, a fim de poder fazer um estudo sistemático.

Para o Direito Internacional, a queda do Muro de Berlim, com o posterior esfacelamento da antiga URSS, pode ser apontado como um desses divisores de águas.

Para aqueles que ainda têm dúvida, basta conversar com quem estudou Direito Internacional apenas na faculdade, antes e depois destes fatos. Esta sequência de acontecimentos, que mudou o panorama mundial, e o que se sucedeu após, foi uma mudança copérnica em relação à importância dada às relações internacionais e, especialmente, ao Direito Internacional.

Ora, a ideia, anterior à queda do Muro, de um Direito Internacional com perspectivas de mudança lenta e cuja importância existia, porém de maneira apoucada, ficou ligada à mente de muitos profissionais do Direito, o que acabou por levar a um desinteresse de vários profissionais da área. De mais a mais, muitas faculdades ou não ministravam¹ esta matéria ou davam apenas leves pinceladas, não despertando maior interesse nos estudantes. Infelizmente algumas ainda continuam não dando a devida atenção.

Como uma das exceções, pode-se apontar a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que desde a sua instalação em 1828, previa, por exemplo, já para o primeiro ano, o estudo do Direito das Gentes e Diplomacia. Hoje esta renomada Faculdade oferece vários outros cursos de Direito Internacional, tanto na graduação como na pós-graduação, não se resumindo apenas aos tradicionais: Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado.

Mas ainda hoje a existência de cursos variegados na área é raridade; porém a situação já foi muito mais grave, pois, pelo então Currículo Mínimo de Direito, como bem aponta Guido Fernandes Soares², as matérias de Direito Internacional público e privado eram optativas, ou seja, no geral, raramente eram oferecidas. Fato que só foi alterado com a Portaria 1886/94 do MEC.

Hoje este quadro vem paulatinamente sendo alterado, e, felizmente, esta ideia se torna minoritária, embora, frise-se, ainda existente.

III – Razões Práticas

Uma primeira razão prática é que, na labuta diária dos advogados públicos, em especial em relação à maioria dos procuradores municipais, não se lida diretamente com problemas de Direito Internacional, entretanto, isto não significa que devam descuidar-se dele.

Vários fatores práticos poderiam ser indicados para este distanciamento do Direito Internacional nas atividades diárias. Nos municípios maiores existe uma divisão de trabalho por matéria tratada, o que leva um número reduzido de seus membros a entrarem em contato, na lida diária, com problemas de âmbito internacional, ou pior, devido ao excesso de trabalho na maioria dos lugares em que atuam, não dispor de tempo para se dedicar a possíveis inter-relações de suas funções com este ramo do Direito.

¹ Note-se que desde a Lei n.º 5.540/68 até a reforma do ensino de 1994 a matéria “Direito Internacional” não era obrigatória. E mesmo após a sua edição, há níveis bem diferentes de extensão e aprofundamento possíveis.

Para uma ideia mais completa do histórico dos cursos de Direito vide Parecer CNE/CES211/2004. Vide também Portaria n.º 1886 do MEC (30/12/1994), em especial artigos:

Art. 6º. O conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias, que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso:

...

II - Profissionalizantes: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional.

Art. 15 - Dentro do prazo de dois anos, a contar desta data, os cursos jurídicos proverão os meios necessários ao integral cumprimento desta Portaria.

Art. 16 As diretrizes curriculares desta Portaria são obrigatórias aos novos alunos matriculados a partir de 1997 nos cursos jurídicos que, no exercício de sua autonomia, poderão aplicá-las imediatamente (*).

* Artigo 16 alterado pela Portaria n.º 003, de 09 de janeiro de 1996.

² SOARES, Guido Fernandes, *Curso de Direito Internacional Público*, 1º ed., São Paulo, Editora Atlas S.A., 2002, p.17.

Há também de se considerar que a maioria dos municípios brasileiros nem têm corpo de procuradores próprios e, por outro lado, se vê aflita com problemas, em geral, “mais diretos”, como falta de verbas e emergências locais. Isto sem contar também que a maioria dos municípios não é de divisa nacional, cuja posição geográfica tende, por si só, a acarretar situações de Direito Internacional que tem de ser lidas no dia-a-dia.

Há de se ponderar, sob outro viés, que vários municípios economicamente mais importantes acabam, por necessidade, envolvendo-se em atividades internacionais³, o que gera a obrigação de ter pessoal capacitado para atender às novas demandas. Aliás, como se verá a seguir, várias são as razões possíveis para que os detentores do poder público tenham interesse na formação desse corpo especializado.

IV – Razões para rever o Direito Internacional em relação ao Município.

Aqui não se pretende descer a minúcias nos pontos abordados, mas apenas indicar o que pode ter passado despercebido ao operador do Direito, até como um incentivo ao estudo do Direito Internacional, especialmente para quem exerce essa função pelos municípios.

Primeiramente, aponta-se toda sorte de problemas que os municípios de fronteira têm mais diretamente, desde o exercício de poder de polícia em casos em que a fronteira do País é, por exemplo, no meio da rua, até situações internacionais de prestação de serviço (v.g., ali na esquina...).

Outro assunto, também de Direito Internacional, que pode refletir no Município, é o das chamadas cidades-irmãs⁴.

Cidades-irmãs são convênios internacionais firmados entre duas cidades, geralmente com uma certa representatividade econômica, que tenham alguma afinidade, em geral por imigração ou comércio.

Como exemplo podemos citar a Cidade de São Paulo⁵ que tem vários acordos internacionais deste naipe, senão vejamos:

Amman – Jordânia, Lei 12.527/97;
Assunción – Paraguai, Lei 12.704/98;
Bucareste – Romênia, Lei 13.087/00;
Buenos Aires – Argentina, Lei 12.888/99;
Cluj-Napoca – Romênia, Lei 13.088/00;
Coimbra – Portugal, Lei 12.011/96;
Córdoba – Espanha, Lei 13.088/01;
Damasco – Síria, Lei 12.886/99;
Funchal – Portugal, Lei 12.573/98;
Góis – Portugal, Lei 13.018/00;
Havana - Cuba, Lei 12.514/97;

³ V.g. o “Trade Point” criado há alguns anos em Campinas, SP, para desenvolver atividades internacionais de comércio.

⁴ Pode ocorrer o caso de cidades irmãs dentro do próprio País, como é o caso de São Paulo-SP (Dec. nº 35.043/95) com Alta Floresta - MS, porém o mais comum é o acordo entre cidades de países diversos.

⁵ Vide http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/relacoes_internacionais/cidadesirmas/index.php?p=1066.

La Paz – Bolívia, Lei 12.796/99;
Leiria – Portugal, Lei 12.057/96;
Lima – Peru , Lei 13.365/02;
Lisboa – Portugal, Lei 11.912/95;
Luanda – Angola, Lei 11.409/93;
Mendoza – Argentina, Lei 12.698/98;
Miami – EUA, Dec. 26.122/88;
Milão – Itália, Lei 5.941/62;
Montevideu – Uruguai, Lei 13.215/01;
Naha – Japão, Lei 12.566/98;
Ningbo – China, Lei 13.367/02;
Osaka - Japão, Lei 9.960/85;
Pequim – China, Lei 12.887/99;
Santiago – Chile, Lei 12.697/98;
Santiago de Compostela – Espanha, Lei 13.009/00;
Seul – Coréia do Sul, Lei 12.329/97;
Tel – Aviv – Israel, Lei 13.873/04;
Toronto – Canadá, Lei 12.955/99;
Yerevan – Armênia, Lei 12.795/99.

Há ainda casos assemelhados que não são por lei: Barcelona – Espanha, Convênio de Fraternidade 15/04/1985; La Plata – Argentina, Prot. de Coop. Tec. Internacional – 11/06/88; Presidente Franco – Paraguai, Dec. 34.494/944; San Cristoval de La Laguna – Espanha, Termo de Ratificação de Declaração Conjunta de Cidades Irmãs, de 27/04/90; San José – Costa Rica, Convênio de Amizade e Colaboração; Shangai – China, Dec. 26.309/88; e tinha ainda Macau – China, Lei 12.890/99.

Só pela lista acima citada já se verificam os possíveis desdobramentos que este meio de intercâmbio, cujos aspectos jurídicos são evidentes, podem requerer do profissional da área, principalmente na ajuda à implementação de ações mais práticas em prol dos municípios.

Apenas para apontar um caso, ainda nos tempos do Governo Marta Suplicy, em São Paulo foram ministradas algumas palestras, cujo título que se convencionou chamar de “Aula Barcelona”, na qual professores convidados da Espanha discutiram sobre os problemas e soluções encontrados em Barcelona, como meio de troca de informações administrativas sobre a condução de políticas públicas neste setor.

Outra razão que poderia ser enumerada é aquela que se refere à prestação de serviço, pois afeta mais diretamente os municípios que cobram o tributo relativo, ou seja, que acordos internacionais podem refletir como geradores ou inibidores de novos prestadores de serviços nos respectivos municípios e, portanto, ter as suas consequências em relação ao poder de polícia ou tributação, por exemplo.

Para falar de serviços e de sua correlação no âmbito internacional, ao menos mister se faz uma explanação, mesmo que superficial, sobre o GATS ⁶, acordo multilateral que primordialmente ⁷ disciplina a matéria. Para se entender o GATS é preciso recuar um pouco na História.

⁶ Sigla que significa em português: Acordo Geral sobre Comércio de Serviços.

⁷ Há vários acordos sobre serviços hoje no mundo. Apenas como exemplo pode-se citar o Protocolo de Montevideu sobre comércio de Serviços no Mercosul (15/12/1997).

Principalmente com o desembarque na Normandia em 6 de junho de 1944, a Segunda Grande Guerra começa a dar sinais de que tenderia ao seu fim. No mês seguinte, no vilarejo de Bretton Woods em New Hampshire, EUA, 44 países se reuniram para tecer um sistema financeiro e econômico de cooperação no pós-guerra.

Como resultado desta reunião surgiram três órgãos internacionais, o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD ou Banco Mundial) e o Acordo Sobre Tarifas e Comércio (GATT).

Na verdade, a previsão era de criação da OIC- Organização Internacional do Comércio - e o GATT seria “apenas” um acordo provisório elaborado por um Comitê preparatório, ou seja, com base em partes do Projeto da OIC, resolveu-se criar este acordo provisório, que entrou em vigor em 1948, por meio do “Protocolo de Aplicação Provisório”. Um dos dados relevantes é que a “provisoriedade” desse protocolo vigorou até 1994, ou seja, por quase cinquenta anos.

Quando da Rodada do Uruguai (1994), que finalmente criou a OMC⁸, percebeu-se que o modelo de acordo, e não *a priori* de organização propriamente dita, poderia ser desenvolvido também para a área da prestação de serviços. Desta forma foi criado o GATS que, no Brasil, foi promulgado pelo Decreto nº 1355/94.

Muitos dirão que acordos internacionais, cuja representação é feita pela União, sairiam da órbita de interesse dos municípios. Acontece que acordos internacionais podem, por exemplo, afetar a entrada de escritórios ou consultorias internacionais que pagam tributos e geram rendas e riquezas nos municípios e isso, sem dúvida, é de interesse dos municípios. Ora, como os municípios podem se defender ou influir em decisões dessa magnitude sem quadro capacitado para tanto?

Há também outros assuntos de difícil encaminhamento sem corpo técnico-jurídico competente na área internacional. Como exemplo, podem ser mencionados os chamados tratados internacionais contra a bitributação. Bitributação, no âmbito internacional, nada mais é do que o fisco nacional tributar novamente “determinada riqueza obtida por um contribuinte no exterior e que no país da fonte do pagamento já tenha sido tributada. A liberdade de bitributação, quando exercida e aplicada, conduz à ineficiência econômica”⁹. Ora, a bitributação pode, ao menos, gerar dois efeitos diretos nos municípios. O primeiro seria a não competitividade internacional de uma empresa situada no Município e a sua diminuição na capacidade de geração de renda e pagamento de impostos, outra seria a possível desoneração tributária em favor de município estrangeiro, quando é celebrado um acordo internacional para desoneração sem se cuidar dos interesses específicos de municípios nacionais. Assim, ressalta imediatamente, repise-se, a necessidade de quadro técnico-jurídico da área que possa dar suporte às demandas municipais, ou ao menos, que possa alertar quanto a possíveis perdas na arrecadação, para que o Município tenha como se defender contra essas diminuições.

Outro assunto também ligado à desoneração tributária é aquele denominado de isenção heterônoma. Esta isenção difere das chamadas autônomas, pois as últimas são concedidas pelo ente político, União, estados, municípios ou o Distrito Federal, que é o titular da imposição tributária, enquanto que nas heterônomas a isenção é dada por outra que não o titular.

Isto era mais facilmente perceptível na Constituição Federal anterior, no então artigo 18, § 2º, que previa a possibilidade de a União conceder este tipo de isenção. Hoje esta situação foi

⁸ Organização Mundial do Comércio.

⁹ HUCK, Hermes Marcelo em prefácio de SILVEIRA, Rodrigo Maitto da, *Aplicação de Tratados Internacionais Contra a Bitributação*, Série Doutrina Tributária, vol. I, São Paulo, Ed. Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 15.

modificada pelo o artigo 151, III, que prevê a vedação à União de “instituir isenções de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”¹⁰.

Mas o que se pretende levantar aqui é outro ponto. A União como pessoa jurídica de Direito Público, porém vista sob o viés do Direito Internacional, ou seja, como representante da Federação Brasileira que firma acordos¹¹ internacionais¹², não é a mesma que se entende no Direito interno, uma das três ordens de poder prevista na nossa Constituição Federal. Ora, se assim o é, cabe a indagação: “sob a ótica internacional, um tratado pode gerar uma isenção heterônoma, uma vez que não seria aplicável o artigo 151, III da Constituição Federal?”

A doutrina é dividida, conforme aponta Caio Mario da Silva Velloso¹³:

“Opinam pela regra negativa – os tratados não podem conceder isenções de tributos estaduais ou municipais¹⁴ – José Augusto Delgado, Diva Malerbi, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Vittorio Cassone, José Eduardo Soares de Mello, Yoschiaki Ichihara, Ricardo Abdul Nour, Helenilson Cunha Pontes e Mônica Cabral Moura.

..., opinam pela afirmativa: Hugo de Brito Machado, Kiyoshi Harada, Moisés Akselrad, Wagner Balera, Cecília Marcondes Hamati, Valdir de Oliveira Rocha, Fernando de Oliveira Marques, Edison Carlos Fernandes, Halley Henares Neto e Vinicius T. Campiile, Plínio Marafon e Maria Helena Tinoco Soares, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, Oswaldo Othon Saraiva Filho e Marcos da Costa e Paulo Lucena de Menezes”.

Como se pode observar há juristas de escol em ambos os lados, não cabendo aqui tecer maiores argumentos, apenas apontar o quanto o Direito Internacional pode interagir com o Direito Municipal.

Apesar de interligado com o tema das isenções heterônomas e também com os tratados para que se possa evitar a bitributação, deixa-se consignado aqui o artigo 98 do Código Tributário Nacional que, por si só, já remete o jurista a pensar nas outras tantas correlações possíveis na área tributária a respeito do tema deste escrito. “In verbis”:

Artigo 98: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pelo que lhes sobrevenha”.

Outro campo de atuação dos advogados municipais refere à possibilidade de serem chamados a prestar seus serviços em relação às chamadas parcerias público-privadas (PPPs).

¹⁰ Vide também sobre o assunto sob o aspecto do direito interno a Constituição Federal no seu artigo 155, § 2º, XII, “e”.

¹¹ Entenda-se aqui todo o processo exercido pelos vários entes competentes, assinar, aprovar, promulgar, publicar e ratificar.

¹² Vide COUTO JUNIOR, Fernando Henriques do, *Conflito entre Norma Interna e Norma de Tratado Internacional*, em *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*, coordenação AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do, São Paulo, Lex Editora : Aduaneiras, 2005, p. 126/127.

¹³ Vide VELLOSO, Caio Mario da Silva, *Tratados Internacionais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, em *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*, coordenação AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do, São Paulo, Lex Editora: Aduaneiras, 2005, p. 28.

¹⁴ Foram excluídas as referências bibliográficas das posições doutrinárias levantadas, mas podem ser verificadas no artigo indicado na nota anterior.

São uma modalidade de contrato administrativo as chamadas PPPs. Até o surgimento da Lei n° 11.079/04, a concessão prevista na Constituição Federal era a de serviço público¹⁵, porém hoje existem as PPPs, seja na modalidade patrocinada ou administrativa.

Conforme o artigo 2º, parágrafo 1º, “concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras de que trata a Lei n.º 8.987, de 13-2-1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. No parágrafo 2º prevê o segundo tipo, ou seja, “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Os municípios têm capacidade para fazer concessões de ambos os tipos acima indicados¹⁶ e não cabe aqui entrar em maiores detalhes sobre os vários tipos de concessão.¹⁷

Nada impede que, dependendo da concessão, o parceiro seja uma empresa estrangeira. Dirão alguns, isto é fácil de se resolver, basta exigir que o concessionário seja estabelecido no País. Primeiramente, isto poderia limitar o número de participantes subtraindo uma das idéias da licitação que é de possibilitar o maior número possível de concorrentes, isto sem falar que pode ser entendida como desrespeito ao artigo 15, § 4º da Lei n° 8.987, pois se há a preferência da proposta apresentada por empresa brasileira, quando haja igualdade de condições, há de se admitir que empresa estrangeira pode participar do certame, sem, ao menos “a priori”, “abrir” uma empresa nacional. Mas mesmo que assim não fosse, mister se faz lembrar que, como a concessão tem que ser efetivada com prazo entre cinco e trinta e cinco anos (artigo 5º, I), vários outros problemas se somam, devidos à necessidade da garantia do equilíbrio econômico-financeiro (artigo 5º, III e IV da Lei n° 11.079/04).

Imaginemos a seguinte situação: a empresa estrangeira aporta capital e assume a responsabilidade de continuar assim agindo durante parte do prazo da concessão. Para este(s) aporte(s) há uma contraprestação. Se o aporte é feito em outra moeda e depois convertido, indaga-se em que medida há uma real contraprestação (para cima ou para baixo) em relação à despesa ou aos custos para prestar ou implementar a concessão, dadas as variações de cotação existentes¹⁸.?

Mas o problema não para por aí. Para o ente público como fica a previsão da contraprestação em relação à Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial na concessão patrocinada?

Se ainda não se estiver satisfeito, junta-se mais um ingrediente: o caso financiador estrangeiro pode assumir a execução do projeto conforme o artigo 5º, § 2º da Lei n. ° 11.079/04. Como fica a situação, dadas as peculiaridades cambiais envolvidas e a contraprestação?

¹⁵ Vide DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 19ªed., Ed. Atlas S.A., 2006, p. 305.

¹⁶ Vide DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 19ªed., Ed. Atlas S.A., 2006, p. 308: “Para englobar as duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público”.

¹⁷ Vide DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 19ªed., Ed. Atlas S.A., 2006, p. 293.

¹⁸ Sem querer ir muito longe na História, basta olhar o que aconteceu com a cotação do real frente às principais moedas do mundo em maio de 2006.

V - Município no âmbito internacional

Enfim, a pletera de possibilidades que podem ocorrer levam, ao menos, a repensar-se a importância que se dá ao Direito Internacional e as suas ligações com o Direito Municipal.

O presente escrito poderia parar por aqui e, imagino, já poderia ter alcançado seu objetivo, qual seja, o de se fazer, ao menos, repensar a relação proposta, porém, há um outro tópico que merece mais uma indicação para reflexão.

Dados os dispositivos constitucionais abaixo transcritos, até que ponto pode o Município agir no campo internacional?

Artigo 4º: A República Federativa do Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios:

.....

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; ...

Artigo 21º: Compete à União:

I – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; ...

Artigo 22º: Compete privativamente à União legislar sobre:

...

VIII – comércio exterior e interestadual; ...

Artigo 23º: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

....

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

....

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

....

Parágrafo único: Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Artigo 25: Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

Artigo 30: Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e estadual no que couber; ...

Artigo 49: É de competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional...

Artigo 84: Compete exclusivamente ao Presidente da República:

....

VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; ...

Dados estes dispositivos legais, uma primeira conclusão aparece clara, ou seja, para assinatura de atos internacionais que acarretarem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional é competente apenas o Presidente da República, como representante da Federação Brasileira, até para estabilidade da própria Federação.

A pergunta que se poderia fazer é: e nos casos onde isto não ocorre, (não se acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional) podem os outros entes federativos estabelecer atos internacionais?

Especificamente para os municípios, sendo matéria de interesse local, pode o município agir internacionalmente nesses casos, sem amparo da União como representante da Federação Brasileira?

Há argumentos a favor e contra.

A favor, v.g., tem-se que haveria previsão constitucional apenas para certos tipos de atos internacionais, ou seja, aqueles que acarretassem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, e, portanto, para os demais não haveria esta obrigação, mesmo porque, nestes casos, estaria o Município amparado pelos artigos, 23º, V e IX, 30º, I, além de, como ente federativo, estar dando cumprimento ao artigo 4º, IX.

Como exemplo destes atos internacionais, poder-se-iam indicar os dispositivos legais arrolados relativamente às cidades irmãs.

Contra, pode-se indicar que tais atos contrariam o espírito da separação de poderes, ou seja, dentro do sistema de freios e contrapesos, não existiria tal medida que deveria caber ao Congresso Nacional.

A pergunta que fica é: nestes atos, que passam por edição de lei local, portanto, mantendo o sistema de repartição pela Câmara Municipal, teriam eles viabilidade jurídica? Note-se que, “a priori”, não se está fazendo uma internação de norma internacional, mas declarando a situação¹⁹ de cidades-irmãs e propiciando a criação de acordos bilaterais. Por outro lado, pode-se

¹⁹ V.g., LEI N. 12.011 - DE 15 DE MARÇO DE 1996, Declara "Cidades Irmãs" Coimbra e São Paulo, e dá outras providências. (Projeto de Lei n. 1244/95, do Vereador Dalmo Pessoa):

PAULO MALUF, Prefeito do Município de São Paulo, usando das atribuições que lhe são conferidas por lei. Faz saber que, nos termos do disposto no inciso I do artigo 84 da Resolução n. 02/91, a Câmara Municipal de São Paulo decretou e eu promulgo a seguinte lei:

Art. 1º - Ficam declaradas "Cidades Irmãs" a cidade de Coimbra (Portugal) e São Paulo (Brasil).
Parágrafo único - A declaração conjunta será firmada após o encaminhamento das comunicações necessárias.

alegar: mas e os acordos bilaterais²⁰? Não se observa maiores impedimentos desde que não onerem o Patrimônio Público. Aliás, na órbita da União existem os chamados “Acordos Executivos” que são acordos internacionais que não têm caráter estritamente oneroso e não passam pelo crivo do Congresso Nacional.

Outro argumento seria que, tradicionalmente, somente os Estados Soberanos (no caso a República Federativa do Brasil) seriam sujeitos de Direito Internacional Público. Porém hodiernamente esta posição já sendo está superada, por exemplo, com a inclusão das organizações internacionais.

Para aqueles que são tradicionalistas neste ponto, mister se faz trazer à luz a lição de J. F. Rezek²¹, que já no século passado pregava, ensinando que não caberia apenas aos Estados soberanos e às organizações internacionais de Estados a capacidade para tais atos, indicando que, em relação à exclusividade destes, aí “não vai uma verdade eterna, ... Não faz muito tempo essa qualidade era própria dos Estados, e deles *exclusiva*. Hoje, é certo que outras entidades, carentes de base territorial e de dimensão demográfica, ostentam também a personalidade jurídica de direito das gentes ...A era das organizações internacionais trouxe à mente dos cultores desta disciplina uma reflexão já experimentada noutras áreas: os sujeitos de direito, num determinado sistema jurídico, não precisam ser idênticos quanto à natureza ou às potencialidades”.

Dada esta posição, poder-se-ia dizer que uma situação de restrição²², por si só não seria impedimento.

Não se pretende aqui elaborar uma teoria, a favor ou contra a necessidade da atividade municipal no âmbito internacional, mas apenas apontar que temas como o presente, se não forem devidamente tratados por profissionais capacitados, poderão gerar inúmeros problemas aos municípios.

Art. 2º - Representantes das duas cidades promoverão na esfera de suas atribuições, as medidas indispensáveis à concretização dos objetivos visados por esta lei.

Art. 3º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”.

²⁰ V.g., LEI Nº 13.215, 22 DE NOVEMBRO DE 2001. (Projeto de Lei nº 490/2001, do Vereador José Laurindo - PT) : Declara "Cidades-Irmãs" as Cidades de Montevideu e São Paulo e dá outras providências. MARTA SUPPLY, Prefeita do Município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei, faz saber que a Câmara Municipal, em sessão de 25 de outubro de 2001, decretou e eu promulgo a seguinte lei:

Art. 1º - Ficam declaradas "Cidades-Irmãs" as Cidades de Montevideu e São Paulo, para fortalecimento dos laços de amizade entre seus povos como determina o artigo 4º da Constituição Federal Brasileira.

Art. 2º - A presente lei será a base para realização de acordos bilaterais que facilitem a troca de conhecimentos das raízes étnicas, de projetos urbanísticos, do rico acervo de nossas Nações, além de propiciar o intercâmbio cultural, tecnológico, científico e outras experiências que interessem às Cidades, o que poderá ser objeto de convênios a serem celebrados.

Art. 3º - As cidades contratantes facilitarão os contatos entre as instituições comunitárias interessadas, empresas, órgãos oficiais e organizações não-governamentais de cada Nação, competentes pelos setores objeto dos convênios.

Art. 4º - De iniciativa de ambas as partes contratantes, poderão criar-se programas de Cooperação Técnica.

Art. 5º - As despesas com a execução desta lei correrão por conta da verba orçamentária própria.

Art. 6º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, aos 22 de novembro de 2001, 448º da fundação de São Paulo.

MARTA SUPPLY, PREFEITA.

ANNA EMILIA CORDELLI ALVES, Secretária dos Negócios Jurídicos.

JOÃO SAYAD, Secretário de Finanças e Desenvolvimento Econômico.

JORGE EDUARDO LEVI MATTOSO, Secretário Municipal de Relações Internacionais.

Publicada na Secretaria do Governo Municipal, em 22 de novembro de 2001.

RUI GOETHE DA COSTA FALCÃO, Secretário do Governo Municipal”.

²¹ REZEK, José Francisco, *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, 2º ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1991.

²² Que não acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

VI – Conclusão:

No presente escrito pretendo apontar a necessidade da formação de corpo jurídico especializado também em Direito Internacional na área municipal e não a responder às questões jurídicas propriamente ditas, sem deixar, no entanto, de querer provocá-las.

Aqui foram apresentadas algumas situações onde o corpo jurídico especializado se faz necessário, não se configurando, como alguns, menos afeitos à matéria, podem pensar, como inútil, ou pior, um devaneio de nefelibatas.

Que não se pense que tenho a intenção de criticar os que assim julgam, pois meu propósito é apenas sublinhar-lhes um contraponto, quiçá de caráter primordialmente utilitário.

Bibliografia:

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 19ª ed., Ed. Atlas S.A., 2006, 823 p.

HENRIQUES JUNIOR, Fernando do Couto, *Conflito entre Norma Interna e Norma de Tratado Internacional*, em *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*, coordenação AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do, São Paulo, Lex Editora: Aduaneiras, 2005, 270 p.

HUCK, Hermes Marcelo, em prefácio para SILVEIRA, Rodrigo Maitto da, *Aplicação de Tratados Internacionais Contra a Bitributação*, Série Doutrina Tributária, vol. I, São Paulo, Ed. Quartier Latin do Brasil, 2006.

REZEK, José Francisco, *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1991, 407p.

SOARES, Guido Fernandes, *Curso de Direito Internacional Público*, 1ª ed., Vol. 1, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2002, 437 p.

VELLOSO, Caio Mario da Silva, *Tratados Internacionais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, em *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*, coordenação AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do, São Paulo, Lex Editora: Aduaneiras, 2005, 270 p.

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/relacoes_internacionais/cidadesirmas/index.php?p=1066. Em 05/07/2012; 18h29minh.

LIMITES DO PROCESSO SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

Marcos Batistela

Procurador do Município de São Paulo,

Mestre em Direito do Estado

Os processos judiciais que têm por objeto o exercício de direitos fundamentais - previstos e garantidos pela Constituição - podem assumir formas variáveis, conforme o procedimento seguido e a natureza do provimento jurisdicional pleiteado. O seu resultado pode ser uma ordem judicial determinando um comportamento a uma pessoa jurídica, pública ou privada, ou mesmo uma pessoa natural. Exemplos disso são o "habeas corpus", o mandado de segurança e todas as ações que veiculam pedidos de suspensão ou anulação de atos administrativos ou de reconhecimento e proteção de algum direito sem conteúdo econômico imediato, como no caso de um direito difuso de natureza ambiental, oponível indistintamente ao Estado e a pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado. Podem, ainda, tais processos ter como objetos direitos de conteúdo econômico, casos em que se pretende uma abstenção ou contenção da ação estatal, como aquelas decorrentes de limitações do poder de tributar ou aspectos relativos ao exercício do direito de propriedade, liberdade de iniciativa ou de profissão, etc.

Em suas variadas formas, esses processos não motivam controvérsias sobre a legitimidade do julgamento pelo Poder Judiciário, porque apresentam a configuração tradicional das ações em que o juiz decide a favor de uma das partes, dizendo a qual delas favorece o direito.

Uma outra classe de processos em que se alegam direitos fundamentais, contudo, se apresenta menos pacífica quanto à sua adequação aos critérios formais de aceitação pelo Poder Judiciário: são aqueles processos, de acordo

com a linguagem corrente, em que se discutem políticas públicas. Quanto a estas, também, é possível uma distinção: em alguns casos, alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade têm o aspecto de controle judicial das leis e atos administrativos, na forma assentada no direito nacional, e têm efeito de obstar sua aplicação; em outros casos, trata-se de ações judiciais que têm o objetivo de estabelecer ou redefinir políticas públicas.

Em matéria de políticas públicas, nada é isento de controvérsias, começando pelo equívoco conceitual. Com efeito, apesar de corrente, não existe ainda um entendimento comum sobre o que é uma política pública. Em seus aspectos propriamente jurídicos, o tema não foi objeto de tratamento específico pela Constituição de 1988 e talvez seja um daqueles assuntos que desafiam a Teoria Geral do Direito, esquivando-se de um enquadramento sistemático¹.

Esta ressalva inicial é necessária para destacar que o conceito de política pública reflete o uso comum e sua utilização não implica sua aceitação ou adesão a qualquer formulação específica: trata-se de uma opção meramente instrumental.

Se o tema de fundo - as políticas públicas - não é uniformemente compreendido na teoria jurídica, a formulação e a execução de políticas públicas por decisão judicial é objeto de extensas controvérsias, que refletem os diferentes interesses legítimos que são afetados e também as diferentes perspectivas das quais os problemas específicos podem ser observados, descritos e eventualmente mitigados ou resolvidos. Em grande parte, a dificuldade reside no fato de que normalmente não existe apenas uma solução possível para o problema reconhecido, o que afasta o Poder Judiciário e a decisão judicial do padrão tradicional de adjudicar o direito a uma das partes em litígio.

Políticas Públicas e Separação de Poderes

¹ "Embora estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito, é plausível considerar que não haja um conceito *jurídico* de políticas públicas. Há apenas um conceito de que se servem os juristas (e os não juristas) como guia para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo. Não há propriamente um conceito jurídico, uma vez que as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública." (*O Conceito de política pública em direito*, Maria Paula Dallari Bucci in "Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico/Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo:Saraiva, 2006. p. 47).

Em matéria de políticas públicas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se firmado no sentido de admitir, excepcionalmente, que o Poder Judiciário determine, nos casos de política pública estabelecida pela própria Constituição, sua implementação quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem encargos político-jurídicos impositivos, comprometerem a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais de estatura constitucional (RE 639.337-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello). Da forma como tem sido admitido, o controle judicial de políticas públicas mantém coerência com a concepção da separação e harmonia de poderes, reconhecendo residir primariamente nos Poderes Executivo e Legislativo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas e também com o modelo tradicional de atuação do Poder Judiciário, ao qual compete o controle da legalidade e da constitucionalidade do funcionamento dos outros Poderes do Estado, restando ou ordenando sua ação para conformá-la ao ordenamento jurídico. Com efeito, do ponto de vista material, a determinação da efetivação de uma política pública constitucionalmente definida, mas carente de implementação por duradoura omissão dos poderes públicos, em nada difere da função tradicional do juiz de adjudicar o direito a uma das partes ou, na conhecida formulação, de dar a cada um o que é seu.

Esse papel dos tribunais, além de tradicional, é ampla e expressamente reconhecido pela Constituição, inclusive com previsão de ações quanto à omissão (ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção, arguição de descumprimento de preceito fundamental, etc.). O que muitas vezes ocorre é que o exercício dessa prerrogativa do Poder Judiciário pode ensejar críticas e perplexidade na decisão de casos concretos (o que é natural em casos difíceis, mas ocorre com alguma frequência, por exemplo, no tribunal do júri) e uma grande complexidade decorrente de aspectos processuais (procedimento, legitimidade para propor a ação, prova das alegações, limites e alcance da coisa julgada, etc.), os quais têm motivado o aprofundamento dos estudos e a busca de soluções para aquelas que têm sido denominadas "ações coletivas" e também para a exata compreensão das ações que têm por objeto o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos.

O debate sobre a definição, modificação e controle de execução de políticas públicas perante o Poder Judiciário comporta, no entanto, uma acepção mais dilatada, que consiste, a partir de formulações constitucionais ou legais incompletas, isto é, de disposições que não estabelecem uma política pública imediatamente reconhecível e que permitam o controle judicial de sua execução, na decisão do tribunal sobre a necessidade, a adequação e a obrigatoriedade de execução de uma política pública por um órgão estatal. Essa atuação de um tribunal na determinação da necessidade, adequação e obrigatoriedade de execução de uma política pública não se confunde com a atuação tradicional dos tribunais no controle da execução de uma política pública definida pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo e de controle da omissão de outros poderes na efetivação de políticas públicas estabelecidas anteriormente, seja pela própria Constituição, pela legislação ordinária ou simplesmente pelos planos administrativos.

A atuação dos tribunais na determinação de políticas públicas constituiria uma mudança nos fundamentos do Estado e do direito brasileiro, com implicações profundas na concepção de Estado Democrático de Direito, motivando algumas reflexões sobre sua legitimidade, conformação e efeito de suas decisões.

A primeira ideia a surgir da associação entre políticas públicas e Poder Judiciário é o princípio de separação e harmonia dos poderes que preside a organização do Estado nacional na condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. III, da Constituição). De acordo com este princípio, os poderes do Estado são atribuídos a três órgãos diferentes, os quais se diferenciam pela sua composição e pela competência que lhes é atribuída, mas exercem em conjunto a soberania nacional nos limites que lhes foram individualmente fixados pela Constituição. No Brasil, segundo a Constituição, a definição de políticas públicas compete primariamente aos Poderes Executivo e Legislativo, pela combinação de vários dispositivos constitucionais. Isto tem sido reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar de manifestações do fenômeno que tem sido denominado "ativismo judicial".

As considerações relativas à definição de políticas públicas por órgãos do Poder Judiciário parecem ter origem na percepção de setores da comunidade jurídica (e talvez de outros grupos sociais) de que a perspectiva eminentemente política de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, a corrupção endêmica em suas

instâncias e a demora nos processos legislativos tradicionais são prejudiciais à efetividade dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais que demandam prestações estatais.

Estas considerações não seriam suficientes para atribuir ao Poder Judiciário uma competência que não lhe foi deferida pela Constituição de 1988, que é a origem comum de legitimidade para os poderes do Estado. Exposto de outra forma, a atuação do Poder Judiciário na definição de políticas públicas pode ocorrer, fora do exercício de sua prerrogativa tradicional de controle da legalidade e constitucionalidade da atuação dos outros Poderes, apenas quando não for prerrogativa de outros poderes do Estado, de forma a preservar não apenas a separação mas também a harmonia entre eles.

Em acréscimo, não existe nada de estranho às leis ou à Constituição, na consideração política das questões públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Ao contrário, a liberdade política é garantida pela Constituição e a organização de partidos políticos é prevista como um dos elementos legítimos do Estado democrático (o capítulo sobre os partidos políticos integra o título II da Constituição, denominado "dos direitos e garantias fundamentais"). A par de não existir razão de natureza jurídica que deslegitime a condução política dos negócios públicos pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo, isto é particularmente necessário em se tratando de políticas públicas, assunto cujo próprio nome não deixa dúvida sobre sua vinculação a necessidades e interesses públicos, ainda que diretamente voltadas a apenas alguma fração do povo.

Se não tem sentido a crítica dirigida aos poderes políticos do Estado por cumprirem sua missão, somente uma visão idealizada trataria a corrupção estatal como apanágio dos Poderes Executivo e Legislativo e assunto estranho ao Poder Judiciário. As referências à corrupção dos juízes são notórias, por exemplo, na Bíblia (por exemplo, Dt 16,19 e Mq 3,11). Mas este argumento, se fosse verdadeira sua premissa, estaria conduzindo a uma outra distorção: a concentração dos poderes no Judiciário, decorrente da percepção de corrupção dos Poderes Executivo e Legislativo, não pode substituir o combate à corrupção e o adequado funcionamento dos outros poderes, sob pena de fazer desmoronar - sob o peso da concentração de poderes - a ordem constitucional que garante os direitos fundamentais que se visa a resguardar.

A demora nos processos de decisão, por sua vez, não é um argumento que possa ser utilizado em benefício de qualquer dos Poderes do Estado contra os outros, ainda que numa tomada de posição superficial se pudesse favorecer o Poder Executivo em detrimento dos Poderes Legislativo e Judiciário. O Poder Judiciário, em particular, tem sua imagem pública vinculada - justa ou injustamente não é o caso de averiguar neste momento² - à lentidão na tramitação dos processos, o que tornaria contraproducente deferir-lhe a decisão sobre políticas públicas sob este fundamento. O Poder Legislativo, ao qual ordinariamente se atribui inércia e omissão no enfrentamento das questões relativas às políticas públicas, expressa do ponto de vista político as divisões e contradições existentes no povo, o que dificulta frequentemente a formação de maioria sobre muitas questões. A falta de decisão por impossibilidade de formação de uma maioria, assim como as decisões favoráveis e contrárias a proposições legislativas, é um fenômeno eminentemente político e não comporta qualificação jurídica. Reflete, muitas vezes, a estratégia consciente de defensores de determinada proposição legislativa para evitar que seja derrotada postergando sua votação. Esta opção, como parece evidente, é igualmente legítima no território da política e diz respeito à natureza, à composição e à própria função da instituição parlamentar. Diferentemente do Poder Executivo, cujo órgão de decisão política é unipessoal, e do Poder Judiciário, cujos tribunais estão proibidos de deixar de decidir as causas que lhes são submetidas (art. 126 do Código de Processo Civil), os órgãos do Poder Legislativo têm função de representação de interesses políticos e não estão juridicamente obrigados a decidir senão por deliberação de sua maioria. Apresentar a falta de deliberação parlamentar sobre qualquer tema como omissão ou morosidade é um procedimento legítimo para a política, mas não possui conteúdo jurídico próprio (a sua dinâmica é parecida com o tema da colmatação da lacunas da lei: sob certa perspectiva, a lei não possui lacunas, dispondo sobre todos os aspectos relevantes; sobre outra perspectiva, é uma lacuna da lei a ausência de disposição sobre ponto que o intérprete considera desejável, que pode ser suprida pelo juiz com fundamento no já citado art. 126 do Código de Processo Civil).

² A percepção, no entanto, parece ser recorrente: "*hoje em dia há mais processos nos tribunais reais do que qualquer tribunal pode despachar*", lamentava o jurista ao filósofo, no "Diálogo entre um filósofo e um jurista", escrito por volta de 1666 por Thomas Hobbes (São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 56).

Estes pontos podem ser considerados mais ou menos procedentes, ter maior ou menor importância para a configuração de uma situação concreta. De qualquer forma, a decisão sobre a necessidade, a adequação e a obrigatoriedade de execução de uma política pública compete a apenas um dos Poderes do Estado porque a separação de funções foi a técnica preconizada pela teoria política desde Montesquieu e acolhida pela Constituição brasileira para prevenir a concentração de poderes (um governo sem limitação jurídica) e promover a harmonia entre os poderes constituídos (para precaver a inação por conflitos internos). No sistema constitucional, o poder dos tribunais apresenta as mesmas limitações de origem comum com os outros Poderes do Estado e goza de igual legitimidade: a definição de políticas públicas pelo Poder Judiciário parece exigir, no Brasil, emenda ou mutação constitucional.

Políticas Públicas e Processo

Uma outra esfera de considerações diz respeito propriamente aos aspectos processuais da definição de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Se fosse concedida a prerrogativa de definição de políticas públicas aos tribunais, a legislação de processo civil seria inapropriada para a condução a um julgamento justo.

A primeira das questões a surgir seria provavelmente insolúvel com os conceitos tradicionais do processo civil: quem são as partes do processo? Com efeito, toda a formulação da Teoria Geral do Processo tem como objeto o processo em que existe uma disputa excludente, em que o julgamento a favor de uma das partes implica o julgamento contrário à outra: uma parte deve perder para a outra parte vencer (art. 459 do Código de Processo Civil). Este esquema tem vigorado inclusive (não sem graves inconvenientes) para as ações coletivas, com o desenvolvimento de conceitos de substituição processual ou legitimação extraordinária, num modelo de processo subjetivo que tem como exceção as ações de controle de constitucionalidade, cujo processo é entendido como objetivo.

A definição de uma política pública, contudo, ainda que possa dar ensejo à manifestação de interesses legítimos em contraposição, não implica um julgamento binário de procedência ou improcedência, porque uma política pública

comporta diferentes formas de execução e diferentes graus de sacrifício de interesses legítimos excluídos, que são discricionários e não integram necessariamente a decisão sobre sua definição.

A inadequação da noção de parte do processo civil evidencia-se quando se constata que em todos os pólos da "ação" estão o Estado, o povo ou alguém legalmente autorizado para pleitear em seu nome: órgãos públicos dos municípios, dos estados, do Distrito Federal e da União, inclusive os respectivos ministérios públicos e defensorias públicas, o autor popular ou associações que pleiteiam em nome do interesse público ou dos titulares de direitos difusos ou coletivos. Ainda que a praxe forense seja a de pleitearem em nome próprio, fica claro que nenhuma dessas entidades pleiteia em juízo direito próprio quando o objeto de eventual processo é a definição de uma política pública. O objeto de controvérsia, na verdade, é melhor forma de realização do interesse público pela definição (ou não) de uma política pública que atinge todo o povo ou alguma classe de pessoas, mas que não deixa de ser universal por essa limitação. O julgamento de uma ação com essa configuração não pode terminar com uma "parte" vencedora e outra vencida, seja porque as partes são todas manifestações jurídicas do Estado ou do povo, seja porque não se decide a favor de uma delas contra a outra (os beneficiários - ou prejudicados - diretos da decisão não participam do processo).

A origem do direito (ou a alegação de uma melhor forma do direito), a natureza das partes e a identidade dos beneficiários da decisão implicam uma incompatibilidade quase total com os institutos do direito processual civil: litisconsórcio, litispendência e conexão de ações, causa de pedir, formulação do pedido, preclusão e revelia, meios de provas, e, conseqüentemente, coisa julgada, etc.

A definição de uma política pública, por mais duradoura ou definitiva que se possa pretender que ela seja, é sempre uma escolha contingente, baseada na seleção de alguma situação de fato que se visa a alterar para atingir objetivos determinados. Por exemplo, escolhas influenciadas por concepções políticas ficam sujeitas a mudanças na opinião pública; escolhas técnicas tornam-se obsoletas em razão dos avanços científicos; escolhas com fundamento legal e constitucional são ultrapassadas pela alteração dos atos normativos, o que ocorre com frequência atordoante nos Estados democráticos contemporâneos: sob qualquer ângulo que se

observe a formulação de políticas públicas, a passagem do tempo exerce seu efeito, corroendo suas bases de sustentação. A própria implementação de uma política pública altera a realidade que a tornou necessária ou desejável, provocando o seu desajustamento às novas condições decorrentes do seu sucesso (ou insucesso) e a necessidade de sua alteração, num processo contínuo, porque se torna insustentável, num Estado democrático, a manutenção de uma política que deixou de atender às necessidades públicas ou que passou a ser percebida como um desperdício de recursos públicos (ainda que determinada pelo Poder Judiciário).

A infixidez imanente às políticas públicas produz desafios complexos ao processo judicial. Inicialmente, o pedido formulado pode tornar-se rapidamente ultrapassado pela superveniência de fatos novos, como o surgimento de uma epidemia ou de um aumento ou diminuição populacional brusco, motivado por algum evento natural ou econômico. Da mesma forma, diferentes possibilidades podem ser apresentadas para definição de uma política pública, desde uma perspectiva conservadora ou gradualista até a opção por medidas de emergência, todas elas podendo oferecer fundamentos razoáveis para a sua adoção.

As diferentes possibilidades de que se fala trazem um elemento adicional para a complexidade do processo judicial, consistente na dificuldade de definição de pólo processual no sentido comum no processo subjetivo, não apenas porque todas as partes do processo representam o mesmo interesse público (o cumprimento da Constituição e das leis), mas também porque os participantes do processo podem pretender soluções contrárias ocupando aparentemente o mesmo pólo processual (se pensarmos, por exemplo, no caso de uma ação para a definição de uma política pública para a preservação do patrimônio histórico arquitetônico, os órgãos públicos dedicados à proteção do patrimônio histórico poderiam, num "teórico" pólo passivo, ter posicionamento materialmente concordante com integrantes de um "teórico" pólo ativo, apresentando configurações estranhas ao processo comum).

De volta ao tema da infixidez das políticas públicas, tem-se que esta característica torna praticamente impossível o fenômeno da estabilização do processo, a partir do qual as partes, os pedidos e a causa de pedir não podem ser alterados. O que surge como consequência é uma imprevisibilidade sobre a matéria da decisão judicial, que - ao contrário do processo civil tradicional - não é determinada

pelo pedido, e uma situação de fato que é de difícil adaptação às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, porque um processo marcado por tal maleabilidade apenas seria administrável pela dilatação do poder de condução do juiz em detrimento das garantias formais das partes que são a concretização das citadas salvaguardas constitucionais.

A necessidade de atualização das políticas públicas, isto é, sua adequação ao tempo e à alteração das condições materiais, não deixa, por sua vez, de ter impacto sobre outro instituto fundamental do direito processual, a coisa julgada, que foi alçada à condição de garantia constitucional pela Constituição de 1988.

A coisa julgada tem sido entendida como uma qualidade da sentença, que a torna imutável e indiscutível, sem possibilidade de reforma por qualquer recurso (art. 467 do Código de Processo Civil). A principal idéia relacionada à sentença passada em julgado é sua inalterabilidade, condição que põe em relevo os valores da certeza e segurança jurídicas nas relações entre as partes do processo e o escopo de pacificação social que preside a atividade distribuição da justiça.

A sentença imutável, apesar de constituir notável progresso da civilização, pode representar um grave inconveniente em matéria de definição de políticas públicas, por todos os aspectos que já foram apontados. Em síntese, existirá uma tensão permanente entre a necessidade de atualização, adequação ou aperfeiçoamento de uma política pública, que é da sua natureza, e inalterabilidade da coisa julgada³.

³ "The factfinding judges traditionally engage in involves the determination of past or present facts based (except for a limited set of materials of which courts may take "judicial notice") exclusively upon a closed trial record. That is one reason why a district judge's factual findings are entitled to clear-error review: because having viewed the trial first hand he is in a better position to evaluate the evidence than a judge reviewing a cold record. In a very limited category of cases, judges have also traditionally been called upon to make some predictive judgments: which custody will best serve the interests of the child, for example, or whether a particular one-shot injunction will remedy the plaintiff's grievance. When a judge manages a structural injunction, however, he will inevitably be required to make very broad empirical predictions necessarily based in large part upon policy views—the sort of predictions regularly made by legislators and executive officials, but inappropriate for the Third Branch." (*Brown vs Plata*, 563 U. S. ____ (2011). Scalia, J., dissenting).

A imutabilidade da coisa julgada introduz outro elemento perturbador da coexistência da definição de uma política pública com o processo judicial. A par de serem contingentes as escolhas de meios, uma política pública não se esgota em um simples ato de execução ou em alguns deles, mas possivelmente exigirá providências de planejamento, implementação e controle por um número indefinido de anos até que sejam atingidos seus objetivos e seja necessária sua reformulação, dando origem a um processo duradouro, com as consequências previsíveis e indesejáveis decorrentes da longa pendência (substituição do juiz, dos advogados e seus auxiliares, autos com quantidade intratável de provas e documentos, obsolescência das alegações e fatos provados, etc.), além da visível aproximação do ato de julgar com a atividade de administrar. A perspectiva de um processo judicial que não tem vocação para a extinção por causas intrínsecas é de difícil acomodação com a garantia constitucional que assegura "a todos" uma duração razoável dos processos no âmbito judicial e administrativo, ainda que se possa considerar que não é o caso de pensar em meios que garantam a celeridade da tramitação (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição).

Políticas Públicas, Investidura e Legitimidade

A estabilidade da coisa julgada e a extensão da execução da sentença proferida para definição de uma política pública exigem (ou terão como efeito) que a atividade jurisdicional seja submetida a um controle de sua adequação ao interesse público que não é usual nos processos subjetivos e produz o tipo de desgaste social que faz com que os governos sejam substituídos nos regimes democráticos, nos quais a alternância das diferentes orientações partidárias ocorre com maior ou menor frequência, mas sempre existe.

Com relação às políticas públicas, a coisa julgada combina-se com a peculiaridade de recrutamento dos órgãos do Poder Judiciário, que ordinariamente se faz por concurso, e com a natureza vitalícia de sua investidura, que constituem marcantes exceções às regras republicanas de eleição dos titulares dos Poderes do Estado e da periodicidade dos mandatos (arts. 1º, § ún., e 60, § 4º, inc. II, da Constituição), produzindo uma rara situação em que não se pode modificar uma decisão

(que se assemelha a uma lei) que se tenha tornado impopular, nem o governante que a executa. Em outras palavras, a vitaliciedade e a inamovibilidade dos juizes funcionam como impedimento para a renovação da legitimidade de que se beneficiam os titulares dos Poderes Legislativo e Executivo com a realização periódica de eleições e a confirmação (ou não) dos mandatos, o que não é desprezível quando se trata da administração de problemas complexos e sujeitos a decisões falíveis em ambiente democrático, no qual a crítica é livre e nem sempre justa ou desinteressada.

Do ponto de visto dos órgãos do Poder Judiciário, somente uma confiança inabalável em sua infalibilidade pode impeli-los a aceitar passivamente tal desafio num Estado constitucional que adota a separação de poderes em moldes tradicionais, sabendo-se que não existe a possibilidade de renovação de sua legitimidade, a qual decorre unicamente do momento de sua investidura. Neste contexto, não deixa de ser curioso que o processo de uma ação judicial sobre definição de política pública apresenta aspectos que lembram o processo eleitoral em uma sociedade democrática, na qual diferentes partidos políticos se apresentam aos eleitores buscando a adesão destes ao seu programa de governo. A diferença determinante é que, no processo judicial, existe um só eleitor (juiz) ou alguns deles (uma turma de juizes de um tribunal).

As questões suscitadas demonstram que o tema da definição de políticas públicas pelos órgãos do Poder Judiciário está muito longe de comportar uma exposição simples e unívoca. A separação funcional dos Poderes do Estado, que é sempre lembrada a este respeito, é apenas um dos pontos importantes. Outro ponto igualmente importante é a harmonia entre os Poderes do Estado, que tem assento constitucional, mas aparentemente não goza do mesmo prestígio. Qualquer que seja a solução, não é adequado perturbar a harmonia entre os Poderes, ainda que seja sob o argumento de que o fim é a concretização de direitos fundamentais historicamente desrespeitados. Este seria um erro consistente na parcialidade, na imposição, pelo intérprete ou pelo executor da Constituição, de uma parte do texto com efeito derogatório de outras partes. Talvez não fosse um erro, mas uma manifestação da falta de efetividade de todo o sistema constitucional: uma constituição da qual apenas uma parte vigora não funda uma ordem constitucional.



Além disso, o processo de definição de políticas públicas por órgão do Poder Judiciário exige uma nova elaboração processual, porque são claramente inadequados os conceitos dos processos subjetivos, previstos especialmente no Código de Processo Civil, que já se mostram de incerta utilidade nas ações coletivas e claramente inaplicáveis nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Este parece ser um óbice imediato à discussão de políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil.

Finalmente, a definição de políticas públicas por órgão judicial deve enfrentar a tormentosa questão das finanças públicas, porque não é possível a execução de qualquer política pública sem despesa pública (exceto se admitirmos a idéia de uma política pública consistente exclusivamente na omissão do Estado). Este aspecto tem origem na própria Constituição, que reserva ao Poder Executivo a formulação da proposta orçamentária e ao Poder Legislativo sua aprovação, na forma de lei (arts. 48, inc. II e 165); por um lado, diz respeito à separação e harmonia dos Poderes, porque aos tribunais não é atribuída competência em matéria orçamentária senão para elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias (art. 99, § 1º, da Constituição); por outro lado, decidir pela realização de uma despesa pública implica decidir pela não-realização de outra despesa ou política pública (ou pela decretação de novos tributos), de forma que a solução de um conflito pode dar ensejo a outros, eventualmente mais complexos.

.....

BIBLIOGRAFIA

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de política pública em direito in "Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico/Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo:Saraiva, 2006.*

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista.* São Paulo:Landy Editora, 2001.

SCALIA, Antonin. Voto divergente *in Brown vs Plata*, 563 U. S. ____ (2011).

DESAPROPRIAÇÃO E COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: RELATIVIZAÇÃO PRÓ-FAZENDA POR VIOLAÇÃO COMBINADA DOS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE E DA JUSTA INDENIZAÇÃO.

Maria Aparecida dos Anjos Carvalho

Procuradora do Município em exercício no
Departamento de Desapropriações

A tese da relativização da coisa julgada ainda é objeto de muita polêmica e desconforto perante o Poder Judiciário, não obstante os brilhantes trabalhos que vêm sendo publicados por grandes juristas e doutrinadores.

Com efeito, a resistência oposta à tese se vale de uma interpretação *míope* do princípio da segurança jurídica e do temor de que sejam abertas as comportas para a eternização dos conflitos e para a perda da autoridade das decisões judiciais.

No entanto, segurança jurídica é muito mais do que estratificação de uma situação a partir da consolidação na sentença; indiscutível que decisões judiciais que não confirmam resposta satisfatória aos **fins de ordem pública** para os quais foram editadas, causam o mesmo descrédito e a mesma insegurança que se busca evitar, quando se opta por tratá-las como absolutamente imutáveis, invocando o dogma da coisa julgada, seja lá qual for a consequência que tal atitude venha a ter.

Enquadram-se nestes casos as desapropriações em que os valores indenizatórios atingem cifras astronômicas contra o Erário Público, onde se antevê, claramente, a total ausência do requisito **justa indenização** , prescrito pelo artigo 5º. inciso XXIV da CF, havendo, inclusive, descompasso com os próprios valores praticados pelo mercado imobiliário.

Nesse sentido, **JOSÉ AUGUSTO DELGADO** enumera, exemplificativamente, os casos em que ele entende caracterizada a **injustiça da decisão judicial** por não se conformar aos princípios constitucionais, dentre eles, figurando: **a sentença que, nas relações jurídicas de direito administrativo, ofenda o princípio da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade, bem como a sentença que, no trato de indenização de propriedade pelo Poder Público, para qualquer fim, não atenda ao princípio da justa indenização** ¹.

E mais adiante, complementa o ilustre Ministro aposentado do STJ:

¹ Nascimento, Carlos Valder. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In A coisa Julgada inconstitucional.** Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005, pag.54).

Em tema de desapropriação, o princípio da justa indenização reina acima do garantidor da coisa julgada; a segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo o ato judicial².

Sejam lá quais forem as razões pelas quais o montante indenizatório possa ter superado os paradigmas aceitáveis, é de se justificar, sem maiores delongas, a abertura da instância revisional nos casos em que a aplicação da decisão resultaria em consequências teratológicas.

Exatamente pelo fato de que o patrimônio do ente público é revestido de uma natureza *sui generis*, não é possível tergiversar quanto à incontornável necessidade de adequar os valores indenizatórios a patamares razoáveis, considerando que a pessoa jurídica de direito público é apenas a gestora da coisa pública, e o prejuízo, neste caso, é suportado por toda a coletividade. Estar-se-ia, de outra forma, impondo um ônus destituído de motivação legítima a todos os administrados, violentando a racionalidade e a proporcionalidade a que o Estado deve prestar homenagem.

Em outras palavras: se se impuser o cumprimento de uma sentença que violenta o Erário e o coloca sob a perspectiva da absoluta desorganização financeira, estar-se-ia contrariando as próprias finalidades que justificam a existência das instituições estatais.

Se uma decisão jurisdicional, pois, se descortinar como geradora de efeitos teratológicos no mundo do ser, não se lhe pode conceder a prerrogativa de ser imantada por um comando de ordem concreta; ou seja, o ‘dever-ser’, ínsito à determinação inculpada na decisão, estará irremediavelmente comprometido pela antevisão dos efeitos nefastos que dela serão consequentes. Mal comparando, a interrupção dos efeitos de uma decisão teratológica teria a mesma função preventiva de que está imbuído o sistema de disjuntores na rede elétrica de uma casa: em havendo sobrecarga, automaticamente a força é interrompida.

A decisão, neste caso, estaria na condição de mera coisa julgada formal, ou seja, apenas estaria imantada pelo efeito instrumental de não mais ser passível de contraste via **recurso, estrito senso**, dentro daquela relação processual; mas seria uma decisão inapta a constituir coisa julgada material, já que as consequências de seu comando se prenunciam absurdas. Por isso mesmo, plausível a arguição de que seja reconhecida e declarada a presença de uma causa para a sua relativização, sem sujeição a qualquer prazo prescricional ou de decadência – **já que viciada materialmente por nulidade absoluta.**

Nesse sentido, deve-se pugnar pela revisão do entendimento firmado pela Corte Especial do STJ, nos Embargos de Divergência em RESP 1.050.129-SP, com Relatoria da Ministra Nancy Andrighi (DJ 16-12-2011); no julgamento do mencionado recurso, restou consolidado o limite temporal para que as decisões passadas em julgado possam ser revistas, nos termos do artigo 741 parágrafo único do CPC: sob o argumento de que a redação do parágrafo único foi introduzida pela MP 2.180-35 de 24-08-2001, apenas seriam passíveis de questionamento por embargos à execução, as sentenças inconstitucionais proferidas após esta data.

²Obra citada, pag. 64.

Ocorre que a infringência à Constituição é nulidade *ipso jure*; o parágrafo único, introduzido pela MP 2.180 apenas instituiu norma procedimental mais ágil para a arguição da nulidade – não havendo qualquer motivo para sobrepor a disposição processual à própria determinação de conteúdo material extraída da norma de estatuto constitucional.

No mesmo sentido apontam **HUMBERTO THEODORO JR., JULIANA CORDEIRO DE FARIA E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, NO BRASIL, E PAULO OTERO, EM PORTUGAL.**

Dos meios processuais para sua arguição – dado que se assume a inconstitucionalidade da sentença, como nulidade absoluta – não são exigidos procedimentos absolutamente formais, podendo mesmo vir a ser reconhecida a nulidade de ofício, e em qualquer tempo. A parte, no entanto, pode se valer da própria ação rescisória (aqui, não sujeita a prazo), e ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*) ou dos embargos à execução.³

Pedimos vênias em relação às vozes discordantes, mas a coisa julgada é ***instituto de direito processual***, portanto, adjetivo. Logo, quando ela não responde aos fins de ordem pública, consubstanciados na expectativa do direito que se pretende ver reconhecido, mas ao contrário, o estupra, não só pode, como deve ter arguida a sua trajetória rumo à formação da coisa julgada material, em qualquer tempo.

Nesse sentido, pedimos vênias para reproduzir **CARLOS VALDER DO NASCIMENTO**, em artigo publicado na obra coletiva **COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL**, da qual ele é o coordenador:

...nas sentenças nulas, os vícios inerentes ao conteúdo de inconstitucionalidades por ela veiculados, podem ser atacados, sem necessidade de observância de tempo ou de procedimento específico, já que decretam a inexigibilidade do título executivo sentencial, por força do parágrafo único do artigo 741 do CPC, acrescentado pelo artigo 10 da MP 2.180-35 –de 24-08-2001.⁴

Registramos, ainda, que o posicionamento dos ministros da Suprema Corte, quanto à teoria da coisa julgada inconstitucional, ainda é bastante cambiante, não sendo possível extrair uma nota dominante dos julgados.

Notamos que se mostra aberto à aceitação da teoria, o Ministro Dias Toffoli.

Neste sentido, mencionamos **Agravo de Instrumento 665.003, julgado em 01-12-2011, publicado em 09-12-2011**, em que é agravante **ESPÓLIO DE GIACOMO**

³ Faria, Humberto Theodoro et al., **A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA O SEU CONTROLE**, in **a COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL**. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005, pag.102.

⁴ Nascimento, Carlos Valder. ***Coisa Julgada Inconstitucional***. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005, pag.27).

GAVAZZI e o agravado é o INSS. A insurgência da parte é contra a determinação de nova perícia em desapropriação, por subsistentes críticas ao laudo e por ausente o reexame necessário. Peço vênia para transcrever algumas partes do julgado:

Não há impermeabilidade absoluta das decisões emanadas do Poder Judiciário, mormente quando violarem preceitos constitucionais.

As técnicas empregadas pelo sistema processual no sentido de serem protegidos direitos mais relevantes por sua função social, como aqueles do consumidor, do meio ambiente e da livre concorrência, **possibilitam a formação da coisa julgada, segundo o resultado do processo.** O mesmo sucede quando o litígio envolve o princípio da moralidade pública, como ocorre na ação popular. Em tais situações o resultado do processo desfavorável a direitos relevantes, quando resultante de deficiência probatória, seja por incúria dos representantes técnicos, ou mesmo sem responsabilidade destes, **não se forma a coisa julgada material, possibilitando-se a repositura da mesma ação.**

Já o Ministro Celso de Mello se mostra totalmente refratário à tese, adotando o entendimento tradicional de que a autoridade da coisa julgada é intocável.

Outros, tais como, Luiz Fux, Ellen Gracie, e Carmen Lúcia, não parecem ter posição definida.

Sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, encontra-se o recurso extraordinário do INSS - **RE 586.068-0** - já com repercussão geral reconhecida. Nesse caso, o INSS **pretende estender os efeitos de uma dada decisão** - que vetou a aplicação de lei que majora percentual referente aos benefícios da pensão por morte - aos casos já com trânsito em julgado, tendo em vista o pronunciamento da Corte Constitucional quanto à matéria.

A argumentação do INSS traz à colação, inclusive, a contraposição entre o interesse individual da parte em cotejo ao interesse público legítimo, **de que o Estado não se pode ver onerado por pronunciamento desarmônico com a Lei Fundamental.**
In verbis:

No extraordinário interposto com alegada base na alínea 'a' do permissivo constitucional, o Instituto articula com a transgressão dos artigos 5º., cabeça e inciso XXXVI, 37 e 195, parágrafo 5º. do Diploma Maior. Aduz significar a manutenção da execução de coisa julgada inconstitucional, com fundamento na segurança jurídica, contrariedade aos dispositivos constitucionais referidos. Assevera o envolvimento de interesse individual, **não se podendo admitir que o interesse privado prevaleça sobre o público de não ver o Estado onerado por pronunciamento desarmônico com a Lei Fundamental.**

Apenas como exemplo: como reagiriam os juízes diante de uma desapropriação que ameaçasse o Erário de uma cidade como o Município de São Paulo com um precatório da ordem de um bilhão de reais, comprometendo algo em torno de 5% do orçamento da terceira maior cidade do mundo? O efeito teratológico da decisão não estaria patente, apenas diante desse argumento? Alguma coisa poderia justificar isso?

E quais seriam os argumentos de ordem técnica que poderiam ser opostos nesse caso?

Diz a Constituição Federal, em seu artigo 3º. inciso IV, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil **promover o bem de todos.**

O princípio da supremacia do interesse público, ou da finalidade pública, assim enunciado, deve servir como **vetor de interpretação normativa,** em abstrato ou em concreto.

Nesse sentido, pedimos vênia para reproduzir comentário de **ALEXANDRE DE MORAES** ao artigo 3º. da CF, acima reproduzido:

Ressaltamos que, ao legislador ordinário e ao intérprete, **em especial às autoridades públicas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e da instituição do Ministério Público,** esse objetivo fundamental (**o princípio da supremacia do interesse público**) deverá servir como **vetor de interpretação,** seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações.⁵

O princípio da supremacia do interesse público é secundado pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, que se define pela racionalidade e pela adequação aos fins que a Administração pretende atingir. Ora, faltaria com a razoabilidade e a proporcionalidade se o Estado se quedasse inerte e permitisse fosse comprometida significativa fatia do orçamento com uma única desapropriação, pondo em risco a própria eficiência que deve buscar em sua atividade administrativa.

O Estado é o conjunto dos poderes nos quais se divide; de forma que o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade submete e vincula todos os órgãos através dos quais o poder estatal é exercido.

Tornar exigível um valor indenizatório injustificável em uma desapropriação, quando tais valores não seriam atingidos em uma venda normal de mercado, é trabalhar contra os fins para os quais o Estado foi concebido.

Portanto, a decisão judicial, como comando de efeito concreto, possui um viés normativo para o caso singular – e nessa qualidade, deve estar em consonância com todos os princípios constitucionais que regem a atividade estatal: **perderá sua exigibilidade e tornar-se-á passível de relativização por nulidade absoluta, se do cumprimento do seu comando resultarem consequências contrárias àquelas que são prescritas pela própria Constituição Federal para o bom exercício da Administração Pública.**

A relação de causa e efeito é aqui objetiva: não se faz necessário perquirir se houve fraude ou falsidade do laudo, se houve ou não ato em desconformidade com a moralidade administrativa, estrito senso, ou seja, aquela que se apura observando, tão

⁵ Moraes, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, pag.797)

somente, a prática de ato orientado dolosamente para a improbidade; mas a moralidade administrativa é, lato sensu, a observância de todos os princípios norteadores e legitimadores da instituição Estado, o que inclui a primazia do interesse público, a racionalidade e a adequação aos fins de ordem pública.

Assim como há o reexame necessário para os casos em que a Fazenda Pública é condenada, a possibilidade de rever o alcance teratológico da decisão proferida contra o Poder Público, a qualquer tempo, traria uma garantia a mais para salvaguardar o Erário de qualquer eventual distorção que ponha em risco o interesse público – corolário natural do princípio da sua supremacia.

Descabe, ainda, fazer restrição à possibilidade de arguir a relativização da coisa julgada se a parte favorecida não é um particular, mas, igualmente, pessoa jurídica de direito público. Não importa saber quem é o favorecido; importa, sim, é atender aos ditames que a Constituição delineia para todos os que estão sob a sua égide.

Nesse sentido, pedimos vênua para reproduzir **PEDRO EDUARDO PINHEIRO ANTUNES DE SIQUEIRA**, em sua tese de mestrado **A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL**:

... a coisa julgada, um dos instrumentos do Estado de Direito, decorre do princípio da segurança jurídica. Este último não atua, tão somente, para o cidadão: está implicitamente presente na Carta Magna, pairando sobre toda a ordem jurídica. *Portanto, pode ser invocado pelo ente público. Obtém-se uma ordem social mais estável quando o Estado funciona de forma eficiente e preservam-se os bens públicos (pertencentes a toda a coletividade e não apenas a um determinado ente público).*⁶

É de ser observado, ainda, que não há óbice a que se tire recurso extraordinário por ofensa a princípios constitucionais, desde que seja possível comprovar a infringência direta ao princípio, sem que seja necessário fazer apelo à legislação infraconstitucional.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSO CIVIL – PENHORA – INTIMAÇÃO PESSOAL – MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL – OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA – AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO

A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, *quando dependentes de exame de legislação infraconstitucional*, configurariam ofensa constitucional indireta – A.I. 776.282- Ag.R – Rel. Carmen Lúcia – Primeira Turma – DJE 12-03-2010.

⁶ Siqueira, Pedro Eduardo P. Antunes. *A coisa julgada inconstitucional.* Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, pag.66).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – INADMISSIBILIDADE - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º. LV DA CF – OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA- AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO – ALEGAÇÕES DE DESRESPEITO AOS POSTULADOS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO, DOS LIMITES DA COISA JULGADA E DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. (RE 547.201- Ag.R- Relator Ministro Cezar Peluso – Segunda Turma – DJE 14-11-2008.

Posto isto, é de se concluir que, assumindo a hermenêutica de todo o ordenamento jurídico pelo viés da doutrina da filtragem constitucional, aos princípios constitucionais deve ser conferida aplicação imediata, na medida em que são os balizadores da melhor interpretação a ser conferida, de forma homogênea, a todo o ordenamento jurídico, bem como a todos os atos jurídicos praticados sob a sua regência.

De sorte que, não se poderia colocar a salvo desse filtro nem mesmo a coisa julgada, já que a legitimação das decisões judiciais encontra lastro, igualmente, na Carta Maior e na interpretação que dela é dada pela Corte Constitucional.

REFERÊNCIAS:

Faria, Humberto Theodoro et al., A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA O SEU CONTROLE. In A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005.

Moraes, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

Nascimento, Carlos Valder. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In A coisa Julgada inconstitucional. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005.

Siqueira, Pedro Eduardo P. Antunes. A coisa julgada inconstitucional. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS ÓRGÃOS JULGADORES ADMINISTRATIVOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Maria Cristina Lopes Victorino

Procurador do Município de São Paulo

RESUMO: O presente trabalho trata do controle de constitucionalidade pelos órgãos julgadores administrativos no processo tributário. A hipótese de trabalho é a legitimidade do controle de constitucionalidade da lei tributária pelos órgãos administrativos julgadores, dada a ampliação das garantias constitucionais processuais no contencioso administrativo. O objetivo é verificar se o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura aos litigantes em processo administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, confere aos órgãos julgadores administrativos, singulares ou colegiados, legitimidade para o controle de constitucionalidade. Nessa perspectiva, examina o regime jurídico constitucional do exercício das funções estatais, conquanto tais órgãos, inseridos que estão na estrutura orgânica de um poder do Estado, não podem desincumbir-se de suas atividades senão de acordo com a solução normativa que lhes dá a Constituição. Para melhor elucidar a hipótese e alcançar seu objetivo, também analisa o processo administrativo, sua conceituação e princípios norteadores, a competência dos órgãos julgadores administrativos e as correntes doutrinárias sobre o tema. Dessa análise, conclui que a ordem constitucional atual, de acordo com os princípios e regras que estabelece, não reconhece aos órgãos julgadores administrativos legitimidade para o controle de constitucionalidade, bem assim não reconhece a impossibilidade da discussão da inconstitucionalidade da lei tributária no âmbito do processo administrativo, como redução ou violação do direito à ampla defesa, porque atribuiu aos órgãos do Poder Judiciário essa competência.

Palavras-chaves: Processo administrativo tributário. Órgãos julgadores administrativos. Controle de constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

É possível que o controle de constitucionalidade pelos órgãos julgadores administrativos constitua um dos temas mais controversos do processo administrativo tributário. O tema suscita discussões intensas porque o processo, no Estado Democrático de Direito, tornou-se um dos mais importantes instrumentos de garantia de direitos dos administrados em face da Administração Pública (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 2005, p. 454), sobretudo pela ampliação das garantias constitucionais processuais no contencioso administrativo que vieram a lhe dar efetividade.

O surgimento de questões constitucionais no processo administrativo tributário é, por assim dizer, quase natural, quando se considera que a Constituição Federal traz em seu texto normas específicas e minuciosas sobre tributação. No entanto, adquire complexidade quando a controvérsia que se apresenta não tem origem na desconformidade da imposição tributária com a ordem legal, mas da lei tributária a que dá concreção à ordem constitucional, que introduz delicada questão sobre os limites da atuação dos órgãos julgadores administrativos.

Nessa perspectiva, o exame da matéria não pode ser feito sem a abordagem do regime jurídico constitucional do exercício das funções estatais, conquanto tais órgãos, inseridos que estão na estrutura orgânica de um poder do Estado, não podem desincumbir-se de suas atividades senão dentro dos rígidos moldes estabelecidos pelo mesmo Estado Democrático de Direito. No bojo do tema situam-se matrizes fundamentais da ordem constitucional que, com grandes reflexos no exercício do direito de defesa do contribuinte, vão desde a garantia do processo justo e de efetividade da Constituição, à divisão das funções constitucionais do Estado, ao sistema de controle constitucionalidade das leis.

O objetivo deste trabalho é verificar se o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, ao declarar que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, confere aos órgãos julgadores administrativos, singulares ou colegiados, legitimidade para o controle de constitucionalidade, no âmbito do processo administrativo.

No tratamento do tema, dividimos o trabalho em três partes. Na primeira, examinamos a organização do Estado e seus poderes, distinguindo as funções estatais e delimitando o modo de seu exercício. Na segunda, o processo administrativo, sua conceituação e princípios norteadores. Na terceira, a competência dos órgãos julgadores administrativos, as correntes doutrinárias formadas sobre o controle de constitucionalidade por esses órgãos e a crítica ao tema.

2 ORGANIZAÇÃO DO ESTADO E DE SEUS PODERES

2.1 A ordenação jurídica do Estado e a divisão do poder estatal

A doutrina costuma afirmar tradicionalmente que o Estado “é uma associação humana (*povo*), radicada em base territorial (*território*), que vive sob o comando de uma autoridade (*poder*) não sujeita a qualquer outra (*soberana*)” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 49), sendo que seus elementos – *povo*, *território* e *poder* – só podem ser definidos juridicamente (FERREIRA FILHO, 2009, p. 49). Daí fixar que “o Estado, como organização jurídica de um povo em dado território, sob um poder supremo, para a realização do bem comum dos seus membros, pressupõe, de um lado, a ordenação jurídica do Estado-poder e, de outro, a do Estado-sociedade” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo, 2007, p. 27).

Na ordenação jurídica do Estado-poder sobrelevam as normas que lhe dão estrutura para atuar como autoridade suprema do Estado-sociedade, organizando seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, e limites de sua atuação, assegurando os direitos e garantias dos indivíduos; fixando o regime político e disciplinando os fins socioeconômicos do Estado (SILVA, 2009b, p. 43).

Essa ordenação é objeto da Constituição do Estado, que pode estruturar diferentemente o exercício do poder estatal: concentrado em um só órgão ou distribuído em vários órgãos. Nessa última hipótese, a repartição do exercício do poder se dá por um critério variável, em geral geográfico ou funcional, ou a combinação de ambos (FERREIRA FILHO, 2009,

p. 133-134). A divisão do poder pelo critério geográfico dá origem ao conceito de forma de Estado: unitário ou federal (SILVA, 2009a, p. 33). A divisão do poder em função do critério funcional, de sua vez, dá ensejo à repartição das funções estatais, por especialização de tarefas governamentais a órgãos especializados (SILVA, 2009a, p. 33). O modo como se estabelecem as relações entre esses órgãos, sob o ângulo de maior independência ou maior colaboração entre eles, é elemento caracterizador do regime de governo do Estado, v.g. o parlamentar e o presidencial (SILVA, 2009a, p. 44).

Muito embora o exercício do poder estatal seja dividido e distribuído a órgãos distintos por critérios variáveis, reconhece a doutrina ser ele uno, indivisível e indelegável, indicando, com poucas discrepâncias, que no mundo ocidental atual se desdobra em três funções: a legislativa, a administrativa e a jurisdicional (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 2005, p. 26-27). Consistem elas, basicamente, na edição de regras gerais, abstratas e inovadoras da ordem jurídica, denominadas “leis” (função legislativa); na aplicação do direito aos casos concretos, para dirimir conflitos de interesse, mediante aplicação coativa da lei (função jurisdicional); e em resolver os problemas concretos e individualizados de acordo com as leis, aplicando-as, não se limitando, entretanto, à mera execução das leis, mas comportando prerrogativas que compreendem todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal, distinguindo-se, em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público (função administrativa) (SILVA, 2009a, p. 43).

A mesma doutrina pontua que quer haja órgãos especializados ou não para desempenhar cada uma das três funções estatais, consubstanciam elas especialização de tarefas governamentais, disso resultando que sempre haverá distinção de funções, sejam elas exercidas por órgãos distintos, ou concentradas em um ou dois órgãos (SILVA, 2009b, p. 44).

Com efeito, a separação tripartida de poderes adotada no mundo ocidental atual, definida e divulgada por Montesquieu, segundo a qual cada uma das funções governamentais é atribuída a órgãos diferentes, que recebem a denominação das funções que exercem, foi construída com vistas a “impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes” (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 2005, p. 27). Afirma-se, por disso, que a formulação não espelha critério científico de

classificação das funções do Estado, mas sim político (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 2005, p. 27).

Atualmente, porém, as Constituições modernas, e assim também a Constituição Federal brasileira, não apresentam uma separação absoluta de funções entre os poderes, mas a atribuição de forma predominante de uma das três funções a cada um deles (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 2005, p. 28). Na verdade, nem mesmo na concepção de seu formulador, o princípio da separação apresentava rigidez e correspondência exata entre poder e função, pois admitia a intervenção do chefe do Estado, pelo veto, no processo legislativo (FERREIRA FILHO, 2009, p. 137). Explica Carré de Malberg que, embora a doutrina de Montesquieu vise primordialmente a salvaguardar a liberdade civil, mediante a limitação dos poderes pela divisão das competências e especialização das funções, não são elas, sozinhas, suficientes para garanti-la, sendo necessário assegurar a liberdade das autoridades dos poderes, nas relações de umas com as outras. Para isso, é preciso que os três poderes, além de investidos de competências distintas e separadas, sejam, em sua constituição orgânica, independentes e iguais uns frente aos outros, de forma que se limitem e se detenham entre si, para que nenhum dos três possa ou venha a dominar os outros dois (Apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006).

A consagração jurídica dessa formulação evoluiu para um sistema modernamente denominado “dos freios e contrapesos”, por meio do qual atribuindo-se a uns, embora restritivamente, funções que em tese corresponderiam a outros, promove-se um equilíbrio melhor articulado entre os Poderes. (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 2005, p. 28). Na Constituição Federal brasileira, o mecanismo está declarado no artigo 2º e se abriga na cláusula de poderes “independentes e harmônicos entre si”.

A independência denota-se pela (a) investidura e permanência das pessoas nos respectivos poderes independentemente da vontade dos outros, (b) exercício das respectivas atribuições sem consulta aos outros, e (c) liberdade de organização dos respectivos serviços, observadas apenas as constitucionais e legais. Dessa forma, incumbe ao chefe do Executivo nomear e exonerar os ocupantes de cargos públicos vinculados a seus serviços, assim como ao Legislativo e Judiciário. Igualmente, a cada poder compete dispor sobre sua organização e funcionamento, editando regimentos e regulamentos. Já a harmonia entre os poderes se caracteriza pelo (a) mútuo respeito às prerrogativas e faculdades que

lhes são próprias, e (b) colaboração e controle recíproco que evita distorções e arbítrios. No direito constitucional positivo brasileiro, por exemplo, o Executivo participa do processo de edição de leis pela reserva de iniciativa e pelo veto, temperados pela faculdade conferida ao Legislativo de modificar o projeto por emenda ou rejeitá-lo. O Legislativo, sem interferir nos dois outros poderes, processa e julga o presidente da República, os ministros do Supremo Tribunal Federal e outras autoridades, nos crimes de responsabilidade. O Judiciário, sem influir no Legislativo ou Executivo, declara a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, não as aplicando nesses casos (SILVA, 2009a, p. 44).

2.2 Os critérios de classificação das funções do Estado

Dado que a distribuição das funções entre os poderes não é feita à vista de um critério científico, mas político, a doutrina propõe diferentes critérios jurídicos para caracterizá-las. Basicamente, porém, como bem sintetizado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 28-29), os critérios podem ser reduzidos a apenas dois, a saber:

Critério orgânico ou subjetivo, que reconhece a função através de quem a produz.

Critério objetivo, que leva em consideração a atividade em si mesma considerada, e apresenta a seguinte subdivisão: a) critério (objetivo) material ou substancial, que identifica a função a partir de elementos intrínsecos a ela: a função legislativa tipificada pela expedição de atos gerais e abstratos; a administrativa caracterizada pela concretude, ou por visar de modo direto e imediato à realização da utilidade pública; e a jurisdicional, por visar à solução de controvérsias jurídicas; b) critério (objetivo) formal, que distingue as funções a partir de suas características “de direito”, ou seja, dos atributos dedutíveis do tratamento normativo que lhes corresponda, ainda que, estas ou aquelas, apresentem entre si similitude material. Assim, seria próprio da função legislativa não apenas a generalidade e abstração, mas a inovação inicial da ordem jurídica; da administrativa, a de se desenvolver mediante comandos infralegais e excepcionalmente infraconstitucionais, no âmbito

de uma estrutura hierárquica; e da jurisdicional, a solução de controvérsias com força jurídica de definitividade.

Examinado o critério orgânico, colhe-se ser ele insuficiente, eis que não há separação absoluta de funções entre os poderes. Por esse critério, por exemplo, atos pertinentes à organização dos serviços do Legislativo seriam tidos como legislativos.

O critério objetivo material ou substancial que identifica a função pelo seu conteúdo essencial também não se apresenta satisfatório, “pois uma coisa é o que é por força da qualificação que o próprio direito lhe atribuiu, ou seja, pelo regime que lhe outorga e não por alguma causa intrínseca, substancialmente residente na essência do objeto” (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 2005, p. 30-31). É o que ocorre em relação aos atos da função administrativa, a exemplo do regulamento, que não é atividade concreta.

Por tais razões, exsurge como mais adequado o critério objetivo formal, que caracteriza a função estatal tendo em conta os efeitos jurídicos que dela irradiam, independentemente do órgão de que promana ou de seu conteúdo material. Celso Antônio Bandeira de Melo (2005, p. 33) sufraga esse critério, anotando, entretanto, que os poderes praticam atos que não se enquadram, material ou formalmente, em nenhuma das três funções estatais, pelo que neles identifica a função política ou de governo, que assim se caracteriza por abranger atos de gestão da vida estatal que pressupõem decisões eminentemente políticas.

2.3 As funções do Estado e o processo

O processo foi visto inicialmente como meio instrumental de atuação exclusivo do Poder Judiciário. Posteriormente, a partir da década de 1950, essa concepção sofreu alteração, passando o fenômeno processual a ser reconhecido pela doutrina como modo de exercício do poder estatal, isto é, como instrumento para o legítimo exercício do poder em todas as funções estatais (HARGER, 2008, p. 40-42).

Tal alteração teve por fundamento a constatação de que o ato decorrente da atuação estatal seja oriundo do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, não surge do nada: entre as

normas constitucionais que disciplinam o exercício das respectivas funções e o ato que as concretiza, há um itinerário sequencial que lhe dá materialidade (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 2005, p. 456). Esse itinerário é o processo, previamente delineado para atingir as finalidades previstas na Constituição.

Assim, com base nesse sentido amplo de processo, “pode-se fazer uma primeira classificação, separando-se, de um lado, o *processo legislativo*, pelo qual o Estado *elabora a lei*, e de outro, os processos *judicial e administrativo* pelos quais o Estado *aplica a lei*” (DI PIETRO, 2006, p. 598).

Nessa perspectiva é que o processo ganha relevância, como instrumento ou mecanismo que, ao lado da separação das funções estatais, se presta ao controle e contenção do poder estatal. Marcelo Harger denota que cada função estatal incute no *modus procedendi* algumas diferenças, em face das finalidades diversas que visam a atender. Adverte, no entanto, que entre elas subsiste um núcleo comum, decorrente do controle e contenção do poder estatal e se revela nos direitos e garantias constitucionais do processo e na estrutura e interação funcional dos institutos fundamentais consagrados na ordem constitucional (HARGER, 2008, p. 44-45). Abordaremos essas questões na próxima seção.

Por ora, é importante fixar que na ordem constitucional vigente, as funções estatais são distribuídas aos poderes orgânicos do Estado de forma predominante, mas não exclusiva, àquele que leva o seu nome, os quais desempenham, embora restritamente, funções que em tese são correlatas a outros, todas elas, típicas e atípicas, por intermédio do processo.

3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO

3.1 A função administrativa e o processo

A função administrativa, como já visto, é a que realiza em concreto todas as normas jurídicas. É atividade subordinada à lei, que se desenvolve por atos infralegais destinados a executar as finalidades nela descritas. À vista desse atributo, a concretude, existem

autores que negam distinção substancial entre a função administrativa e a função jurisdicional (FERREIRA FILHO, 2009, p. 247), o que não ocorre, conforme enunciamos no tópico anterior, quando examinadas sob o plano da eficácia.

Pois bem. A função jurisdicional é a que efetiva, em concreto, a ação legislativa, subsumindo a norma abstrata aos casos concretos nos quais a lei tenha sido violada ou se pretenda que tenha sido (BASTOS, 1978, p. 169). Tal função caracteriza-se essencialmente por três fatores: inércia, substitutividade e natureza declaratória (CÂMARA, 2007, p. 74).

Assim, e em que pese objetivarem, função administrativa e judicial, a aplicação da lei, e de terem em comum o processo como veículo condutor de concretização de seus atos, há diferenças entre elas, que impregnam o processo, criando distinções, em razão mesmo dos fatores essenciais que as caracterizam. Vejamos:

O processo judicial inicia-se somente por provocação do interessado (autor), que pleiteia ao Estado-juiz a tutela jurisdicional (proteção de um direito subjetivo ou posição jurídica de vantagem) em face de outro (réu). A relação jurídica tem, assim, uma configuração tríplice: Estado, autor e réu (DI PIETRO, 2006, p. 599). O Estado não funciona como parte interessada, mas como parte equidistante, substituindo-se à vontade das partes que não se lograram autocomporem (CÂMARA, 2007, p. 69).

O processo administrativo instaura-se por provocação do interessado ou por iniciativa da própria Administração. A relação jurídica é, pois, bilateral: de um lado o administrado e, de outro, a Administração, que ao decidir não age como terceiro estranho à controvérsia, mas como parte que atua no próprio interesse. (DI PIETRO, 2006, p. 599).

Da condição de parte interessada decorrem ainda duas características distintivas: a não aplicação do princípio da sucumbência e a solução das controvérsias sem definitividade. Essa última é atributo que ostentam somente as decisões proferidas em última instância pelo Judiciário, sendo essa a distinção fundamental entre a função legislativa e a judicial (DI PIETRO, 2006, p. 599). Além disso, os atos administrativos podem ser revistos e

modificados (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1963; 1969), diferentemente do que ocorre com o ato jurisdicional, que se torna imutável quando esgotados os recursos cabíveis.

Nessas condições, é de ver-se que ainda que no âmbito do processo administrativo o Poder Executivo pratique atividade que tem natureza jurídica substancialmente jurisdicional, decidindo pretensões dos administrados, aplicando o direito, o exercício dessa função atípica, não tem o condão de transmutar o processo, igualar os julgadores e as partes.

3.2 Processo e procedimento

A doutrina afirma que o fenômeno da processualidade no âmbito administrativo tem despertado pouca atenção dos autores e não tem merecido os estudos teóricos necessários à sua compreensão e sistematização metodológica (MEIRELLES, 2004, p. 660). Nesse contexto, os autores divergem sobre a terminologia representativa do fenômeno da processualidade no âmbito administrativo: processo ou procedimento.

Alguns autores negam a utilização do termo “processo”, asseverando que sua utilização deve ser empregada estritamente na esfera judicial, reservando o uso do vocábulo “procedimento” para a esfera administrativa (CASTRO, 2008, p. 34-59).

Outros admitem a utilização do termo processo, qualificando processos administrativos propriamente e impropriamente ditos, sendo a litigância o fator que distingue um do outro (MEIRELLES, 2004, p. 658).

Outros autores, por fim, entendem que a terminologia adequada é processo, que não existe apenas em casos contenciosos, mas na produção de qualquer tipo de ato administrativo, pelo que pode o processo desdobrar-se apenas na vida interna da Administração (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 2005, p. 456 e 465; DI PIETRO, 2006, p. 600).

De nossa parte, estamos com os últimos, não só porque já se demonstrou a existência de uma processualidade ampla, associada a cada função estatal, mas também porque processo

é o termo adotado pela própria Constituição Federal, em diversos dispositivos: incisos LV e LXXII do artigo 5º, XXI do artigo 37 e I do parágrafo 1º do artigo 41.

3.3 Processo administrativo tributário

A polêmica doutrinária sobre o fenômeno da processualidade no âmbito administrativo reproduz-se entre tributaristas, sendo relevante observar que o legislador do Código Tributário Nacional usou os termos indistintamente: no inciso III do artigo 151, empregou o conceito *processo tributário administrativo* e, no artigo 142, utilizou *procedimento administrativo*.

Isso posto, iniciamos por dizer que a relação jurídica que anima o processo, como é certo, decorre da obrigação tributária, que se forma em três etapas: “(a) a de exercício de competência, que se expressa na instituição da lei tributária; (b) a de verificação fática da descrição contida em lei – ou em outras palavras, da ocorrência *in concreto da hipótese de incidência*; e (c) a da *formação de um título*, dotado de exigibilidade, que define e delimita materialmente o direito do Estado ao tributo” (BOTTALLO, 2009, p. 19).

A formação do mencionado título, que é o lançamento, tem conceituação legal no artigo 142 do Código Tributário Nacional, de acordo com o qual é o ato privativo da autoridade administrativa, vinculado e obrigatório, que constitui o crédito tributário, mediante procedimento administrativo tendente a: a) verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente; b) determinar a matéria tributável; c) calcular o montante do tributo devido; d) identificar o sujeito passivo; e, e) propor a aplicação da penalidade cabível. Na lição de Aliomar Baleeiro, lançamento é:

[...] ato jurídico administrativo vinculado e obrigatório, de individuação e concreção da norma tributária ao caso concreto (ato aplicativo), desencadeando efeitos confirmatórios-extintivos (no caso de homologação do pagamento) ou conferindo exigibilidade ao direito de crédito que lhe é preexistente para fixar-lhe os termos e possibilitar a formação do título executivo. (2008, p. 784)

Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 423) e Roque Antônio Carraza (2008, p. 430) também definem lançamento como ato jurídico administrativo, e não procedimento. Como ato

jurídico administrativo que é, o lançamento pode ser tido por nulo ou anulável, a depender do defeito que o macula (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 2005, p. 453-459). Todavia, a partir da regular notificação do sujeito passivo, o lançamento torna-se definitivo e só pode ser alterado pela Administração nas hipóteses do artigo 145 do Código Tributário Nacional: em razão da impugnação do sujeito passivo, de recurso de ofício ou de iniciativa de ofício, nos casos do artigo 149 do mesmo Código (BALEEIRO, 2008, p. 783).

Processo ou procedimento, há consenso doutrinário sobre o fato de ser a etapa que antecede o lançamento interna ou oficiosa, e a que o sucede, externa ou contenciosa. Quanto a esta, é uniforme o entendimento de que só se inicia com a impugnação do contribuinte. A impugnação, quer tenha em vista aspectos formais ou materiais do lançamento, tem como fundamento “a violação de um direito subjetivo do contribuinte, produzida pela desconformidade entre o ato do lançamento ou a previsão da sanção, abstratamente previstos pela lei, e sua aplicação ao caso concreto” (RIBAS, 2008, p. 58).

O objeto do processo é, pois, a pretensão à revisão ou anulação do lançamento, que provoca um pronunciamento final da Administração Pública acerca da validade jurídica ou não dos atos de seus agentes (HARADA, 2010, p. 549).

Examinado segundo a teoria geral do processo administrativo brasileiro, formulada por Hely Lopes Meirelles (2004, p. 673), o processo administrativo tributário, enquanto espécie do gênero processo administrativo, classifica-se sob as modalidades “de *controle* (processos de lançamento e de consulta), de *outorga* (processos de isenção) e de *punição* (processos por infração fiscal)” (2004, p. 672). Na definição de Paulo de Barros Carvalho, o processo administrativo tributário é:

[...] sucessão de atos tendentes a exercitar o controle de validade do lançamento, da multa, da notificação de qualquer deles ou de ambos, a fim de que a atividade desenvolvida pela Administração Pública realize, de plano, aquela peremptória afirmação do notável publicista: *administrar é aplicar a lei de ofício*. (1979, p. 280)

O processo desenvolve-se no âmbito de cada ente tributante, nos termos da respectiva lei de regência – federal, estadual ou municipal – (DERZI, 2008, p. 841), dada a natureza administrativa da matéria, em respeito à autonomia de seus serviços (art. 18 da CF). Daí

que a competência da autoridade administrativa responsável para apreciar as impugnações e recursos pode vir diferentemente estabelecida, por órgãos singulares ou coletivos, estruturados hierarquicamente ou divididos em instâncias para efeitos recursais, com competências de diferentes graus. (RIBAS, 2008, p. 122)

Caso inexista lei específica, é forçosa a instauração de procedimento externo, conquanto a Constituição Federal assegura a todos o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, “a”) e aos litigantes em processo administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). Esses direitos e garantias constitucionais ao processo são considerados obrigatoriamente vigentes, pelo que se o contribuinte provocar a manifestação do Poder Público, deve-lhe ser assegurado o devido processo legal, com a ampla defesa e o contraditório que lhe são consectários (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 2005, p. 478-479).

Ocorre, entretanto, que a conduta do Poder Público, em matéria de processo administrativo tributário, não sofre a influência apenas desses dois preceptivos constitucionais, pois existem outras normas jurídicas – princípios e regras –, que lhes são de observância obrigatória, exista ou não lei específica do ente tributante. Sem espaço neste trabalho para referir com mais precisão a teoria jurídica sobre princípios jurídicos, basta-nos a noção que foi muito bem resumida por Marcelo Harger e que deixa bastante clara essa obrigatoriedade:

São normas positivadas ou implícitas no ordenamento jurídico, com grau de generalidade e abstração elevado e que, em virtude disso, não possuem hipóteses de aplicação predeterminadas, embora exerçam um papel de preponderância em relação às demais regras, que não podem contrariá-las, por serem as vigas mestras do ordenamento jurídico e representarem os valores positivados fundamentais da sociedade (2008, p. 15).

Com efeito, o direito, como qualquer outra ciência, submete-se a princípios norteadores de todo seu desenvolvimento, os quais orientam a interpretação dos institutos que integram seu campo de atuação. Impende, pois, examinar os principais princípios constitucionais do direito processual e do direito administrativo aplicáveis ao processo administrativo tributário, que é processo, mas também administrativo.

3.3.1 Princípios constitucionais do direito processual

Os mais relevantes princípios processuais expressos estão previstos na Constituição Federal sob a forma de garantia dos cidadãos, como de resto é a técnica legislativa que vem sendo empregada nas Constituições modernas do ocidente (HARGER, 2008, p. 76). Destacam-se entre eles os seguintes, aplicáveis ao processo administrativo e ao judicial: (a) isonomia (art. 5º, *caput* e inc. I), (b) acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV), (c) juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), (d) devido processo legal (art. 5º, LIV), (e) contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV), (f) proibição de prova ilícita (art. 5º, LVI), (g) publicidade (art. 5º, LX), e (h) motivação e fundamentação das decisões (art. 93, IX e X).

Afirma a doutrina que o mais importante dos princípios constitucionais é o do devido processo legal porque, na verdade, é causa de todos os demais (CÂMARA, 2007, p. 33). O princípio exige processo formal e regular, com rito adequado, para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade dos indivíduos (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 2005, p. 103). Antes, porém, de serem efetivamente atingidas, no processo judicial ou administrativo, deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. A ampla defesa consiste, em suma, no direito à resistência em relação a pretensões opostas de outrem (HARGER, 2008, p. 137), que se traduz pela garantia de contestar e de produzir provas. O contraditório, de sua vez, compreende o direito de informação e o direito de reação: a garantia de conhecimento dos fatos, argumentos e documentos apresentados no processo assegura, ao interessado, o direito de contrapor-se (HARGER, 2008, p. 142).

O devido processo legal, entretanto, não se tem plenamente atendido se a ele não for acrescido o elemento da igualdade ou isonomia, garantidor de tratamento equilibrado entre os sujeitos do processo, exprimindo a ideia de processo justo (CÂMARA, 2007, p. 42).

O princípio inclui em si ainda o pleno acesso à justiça, que constitui o próprio fundamento do direito de ação (CAIS, 2009, p. 82), e assegura “a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o acesso a órgãos judiciais” (CÂMARA, 2007, p. 48).

Outro princípio que se deduz do devido processo legal é o do juiz natural, que apresenta um tríplice significado: a) somente a lei pode instituir o órgão julgador e estabelecer sua competência; b) o juízo deve ser preexistente ao fato objeto do processo; e, c) deve haver uma ordem taxativa de competência (HARGER, 2008, p. 153).

O princípio da motivação e fundamentação das decisões é também consectário do mesmo princípio, porque não se viabilizaria recurso eficiente se não houvesse obrigatoriedade de explicitação dos fundamentos normativo e fáticos da decisão.

3.3.2 Princípios constitucionais do direito administrativo

Além dos princípios constitucionais processuais, o processo administrativo tributário, por se desenvolver perante a Administração Pública, deve atender aos princípios do artigo 37, *caput* da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

O princípio da legalidade previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal ganha, no artigo 37, a qualidade de *legalidade administrativa*, e, no artigo 150, I, o caráter de *estrita legalidade em matéria tributária* (CAIS, 2009, p. 227). Em matéria tributária, pois, todo ato administrativo é vinculado, os de lançamento, fiscalização, apuração e julgamento.

O princípio da impessoalidade exprime o dever da Administração de tratar a todos os administrados sem discriminações (CAIS, 2009, p. 229).

O princípio da moralidade exige que a Administração e seus agentes atuem na conformidade dos princípios éticos, com lealdade e boa-fé. (BANDEIRA DE MELLO, Celso, 2005, p. 107).

O princípio da eficiência obriga a Administração a “adotar formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados” (CAIS, 2009, p. 235).

3.3.3 Princípios específicos do processo administrativo

A doutrina, via de regra, arrola cinco princípios específicos do processo administrativo: da legalidade objetiva, da oficialidade, do informalismo, da verdade material e da garantia da defesa, todos derivados dos princípios de direito constitucional, processual e administrativo. Hely Lopes Meirelles (2004, p. 661-664) assim os descreve:

legalidade objetiva: todo processo deve ser iniciado com base numa norma legal específica, visando amparar o contribuinte e o interesse público na defesa da norma objetiva;

oficialidade ou propulsão: instaurado o processo, de ofício ou por provocação do contribuinte, à Administração compete a sua movimentação até a decisão final;

informalismo: dispensa exigências formais excessivas e formas rígidas, reclamando apenas formalidades essenciais à obtenção da certeza jurídica e à segurança do processo;

verdade material: faculta à Administração valer-se de qualquer prova lícita de que tenha conhecimento, trazendo-a aos autos; de conhecer de provas novas, até o julgamento final; e de buscar a verdade material, em contraste com a verdade formal;

garantia de defesa: abrange a observância do rito adequado; a cientificação do processo; a oportunidade de contradizer, produzir provas, acompanhar os atos de instrução e interpor recursos. Contém, ainda, o direito do contribuinte de ver seus argumentos apreciados pela Administração, que tem o dever jurídico de considerar detidamente as razões apresentadas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2004).

Conclui-se, assim, que o processo administrativo tributário consubstancia-se na sucessão dos atos tendentes a executar o controle de validade da imposição tributária, realizado pelos órgãos administrativos julgadores, que em sua atividade substancialmente jurisdicional, exercida à vista da impugnação do sujeito passivo, exista ou não lei

específica do ente tributante, deve obediência aos princípios constitucionais processuais e administrativos. A competência desses órgãos exige um exame em separado, que se segue.

4 COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS JULGADORES

4.1 Controle de legalidade

Do que dissemos na seção antecedente, é possível extrair a competência dos órgãos julgadores, singulares ou colegiados: o controle de validade do lançamento, da multa e da notificação, ou seja, o exame de legalidade e de mérito administrativo.

A impugnação ou reclamação e os recursos nos quais o contribuinte deduz sua defesa compõem, juntamente com outros, os recursos administrativos que, em sua acepção ampla, abarcam todos os meios hábeis a propiciar o reexame da decisão interna da Administração (MEIRELLES, 2004, p. 647). São eles expressão do *controle administrativo*, que consiste na faculdade de vigilância, orientação e correção que o Executivo exerce sobre suas atividades, visando a mantê-las dentro da lei, para que a atividade pública em geral realize-se com legitimidade e eficiência (MEIRELLES, 2004, p. 644).

Por controle de legalidade ou legitimidade entende-se a verificação da conformidade do ato ou procedimento administrativo com as normas legais que o regem. Consideram-se nessa verificação desde as normas constitucionais de regência, até as instruções normativas (MEIRELLES, 2004, p. 642).

Exatamente do âmbito de abrangência desse controle e sua natureza jurídica, em contraponto com o direito de ampla defesa do contribuinte, surgiu a grande polêmica sobre a competência dos órgãos julgadores administrativos tributários, que é objeto deste trabalho: o controle da constitucionalidade das leis tributárias e dos atos administrativos que lhe dão concreção, nos casos em que a pretensão de anulação da imposição tributária manifestada pelo contribuinte vem fundamentada na sua inconstitucionalidade.

4.2 Controle de constitucionalidade

O tema é complexo. Sobre ele se manifesta a doutrina consolidando duas posições antagônicas entre mestres e expoentes do direito tributário e do direito administrativo: uma que entende ser possível esse controle, e outra que não. Vejamos os respectivos argumentos.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que ambas correntes debatem o controle de constitucionalidade em relação apenas às autoridades administrativas que desempenham atividades substancialmente jurisdicionais. Para ambas, no desempenho da atividade administrativa típica, esse controle é inadmissível.

A corrente que defende a impossibilidade desse controle ampara-se na (a) falta de competência dos órgãos julgadores, por ser o Poder Judiciário o órgão estatal qualificado como apto, pelo ordenamento constitucional, para realizar o controle de constitucionalidade; (b) especialização da atividade administrativa, de aplicação da lei de ofício, que não comporta a atividade de julgar a lei; (c) presunção de constitucionalidade das leis, que somente se afasta com o reconhecimento de vício pelo Poder Judiciário; (d) impossibilidade de uniformização de decisões divergentes sobre um mesmo dispositivo de lei, com prejuízo à garantia da unidade do sistema jurídico, tarefa reservada ao Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição; (e) impossibilidade do Poder Executivo submeter a decisão ao Poder Judiciário, dada a definitividade da decisão em relação a ele (coisa julgada administrativa).

A corrente que defende a possibilidade sustenta que: (a) a competência da autoridade administrativa resulta implícita na atividade substancialmente jurisdicional, de certo modo idêntica à própria do Poder Judiciário; (b) inexistente monopólio do Judiciário quanto ao reconhecimento de inconstitucionalidade, o que é reconhecido pela doutrina e jurisprudência; (c) o direito à ampla defesa é reduzido e violado pelo não conhecimento da matéria pelo órgão julgador e pela ausência do exame das razões deduzidas; (d) o pedido do contribuinte não é de declaração de inconstitucionalidade da lei, mas de sua não

aplicação ao caso concreto; (e) o dever de obediência da autoridade administrativa, como servidora da lei, é em face da Constituição, em razão do que deve fazer prevalecer a lei não inconstitucional.

4.3 Crítica ao tema

Os argumentos de ambas correntes repousam numa só questão central: o monopólio ou não da competência do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade, sendo todos os demais desdobramentos dela. Mesmo a tese de violação ao direito de ampla defesa e do dever de observância ao princípio da supremacia da Constituição, se colocam, diferentemente, a partir da resposta à seguinte pergunta: a Constituição Federal, ao assegurar o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo, conferiu aos órgãos julgadores do Poder Executivo legitimidade para o controle de constitucionalidade da lei tributária?

A nós parece que para uma resposta adequada e suficiente, mais importante que dissecar as funções estatais administrativa e jurisdicional, para distingui-las e conhecer-lhes as diferenças e similitudes, é ver que são manifestações do poder soberano do Estado, uno e indivisível, sendo certo que todas as manifestações desse poder, seja qual for a função que esteja sendo exercida, deve-se subsumir aos princípios norteadores da organização do Estado (CÂMARA, 2007, p. 68).

Não há dúvida que o controle de constitucionalidade é mecanismo de correção, de verificação da compatibilidade entre uma lei ou ato infraconstitucional e a Constituição, e que, uma vez caracterizada a incompatibilidade, a própria Constituição provê o conjunto de medidas que visam à sua superação (BARROSO, 2006. p. 1), por meio de diversas formas: (a) o controle por via incidental ou difuso, na disciplina do cabimento do recurso extraordinário, da qual decorre a inequívoca possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes e tribunais (art. 102, III); (b) o controle principal e concentrado, por ação direta de inconstitucionalidade e constitucionalidade, de competência do Supremo Tribunal Federal, quando se trata de lei ou ato normativo federal

ou estadual, em face da Constituição Federal (art. 102, I); e (c) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

Ocorre, entretanto, que a mesma Constituição reservou aos Poderes Executivo e Legislativo o exercício de papel relevante nesse controle (BARROSO, 2006. p. 67). Ao Executivo, atribuindo o poder de veto (art. 84, V) e a legitimação ativa para propositura de ação direta (art. 103, I e V). Ao Legislativo, pela rejeição de veto (art. 57, § 3º, IV), pela legitimação ativa para propositura de ação direta pelas respectivas Mesas (art. 103, II a IV), pelo pronunciamento da Comissão de Constituição e Justiça no processo de elaboração de leis (art. 58) e pela aprovação de emenda constitucional superadora da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional (BARROSO, 2006. p. 72-75).

Nesse panorama, constata-se que no sistema estabelecido para o controle de constitucionalidade delineiam-se as técnicas do mecanismo dos freios e contrapesos, por meio de interferências e controles recíprocos, ora de correção propriamente dita (via direta ou incidental) e ora de fiscalização (veto, rejeição do veto, legitimação ativa, etc.). O mecanismo vem disposto em regras de competência expressas e, para os fins aqui visados, destaca-se a competência do Poder Judiciário, como órgão estatal qualificado para realizar o controle de constitucionalidade concentrado e incidental difuso.

Verifica-se, assim, que a legitimidade do controle de constitucionalidade está correlacionada com dois princípios fundamentais do Estado constitucional: o da democracia e o da separação de poderes (BARROSO, 2006. p. 58), de sorte que tal controle e o seu desempenho deverão ser realizados em atenção a esses princípios, sob pena de sua violação.

Assim, no choque entre o princípio do contraditório e da ampla defesa assegurado no processo administrativo, com a regra constitucional de competência que legitima o Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade das leis, deve prevalecer esta, porquanto, as regras constitucionais têm preferência sobre princípios constitucionais; as regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas: estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir, prescrevendo condutas determinadas e específicas (BARCELLOS, 2003, p. 70-106).

Essas conclusões não se chocam com a jurisprudência da Suprema Corte sobre o tema. Ao contrário, porque também vem ela assentada no princípio da harmonia dos poderes, no respeito às prerrogativas e faculdades que são próprias das chefias do Poder Executivo e do Legislativo. Nas decisões em que o Tribunal reconheceu à chefia de Poder a possibilidade de descumprir lei inconstitucional, ou seja, de não lhe dar aplicação, viu esse proceder como expressivo do compromisso político assumido no momento da posse: o de guardar especial observância à Constituição Federal no desempenho de suas funções constitucionais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1966; 1967; 1980).

Nessas decisões, admitiu-se que entre a ausência de poder para declarar a inconstitucionalidade da lei e o dever de cumprir lei inconstitucional, existe distinção fundamental, correndo o chefe de Poder, todavia, o risco de, com o propósito de cumprir a Constituição, não observar lei que deva ser observada. Ademais, nos julgados reconheceu-se ser legítimo o poder de tão só determinar aos seus órgãos que deixassem de aplicar a lei administrativamente, ficando, todavia, sujeito ao controle do Poder Judiciário e à responsabilização dos prejuízos advenientes dessa recusa, se ele entender que inexistente a pretendida inconstitucionalidade.

Não obstante, deve-se considerar que essa jurisprudência foi firmada anteriormente à Constituição Federal de 1988, que trouxe um conjunto amplo de inovações ao sistema de controle de constitucionalidade que, somado às alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais ns. 3, de 17 de março de 1993, e 45, de 8 de dezembro de 2004, delineia um quadro normativo totalmente diverso. Atualmente, todos os agentes políticos que, ao tomarem posse, assumem o compromisso de cumprir e fazer cumprir a Constituição Federal, têm legitimação para provocar o controle do Supremo Tribunal Federal: o presidente da República, os governadores de Estado e o Poder Legislativo federal e estadual, por meio das respectivas Mesas, por via de ação direta; os prefeitos e o Legislativo Municipal, por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental, com a possibilidade, inclusive, em todos os casos, de obtenção de medida cautelar para suspensão da eficácia da lei.

Com efeito, na única decisão em que o Supremo Tribunal Federal abordou a questão sob a égide da Constituição de 1988 em sua redação original, e dizemos abordou porque esse

não era o objeto da ação, o relator Ministro Moreira Alves mencionou que a possibilidade de descumprimento de lei pelas chefias dos poderes Executivo e Legislativo já vinha sendo questionada, em face do alargamento da legitimidade ativa na ação direta de constitucionalidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1993).

De toda sorte, constata-se que a jurisprudência formada no Supremo Tribunal Federal reconhece ser legítima a não aplicação da lei, ao fundamento da inconstitucionalidade, pelo chefe de poder, e não por órgão de sua estrutura orgânica.

A respeito do tema, é de relevância recordar que na jurisprudência da Suprema Corte há entendimento sumulado que admite como legítima a recusa, por parte de órgãos não jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional, como vem expresso na Súmula n. 347, aprovada em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, que enuncia: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. A respeito dessa súmula, no entanto, cabem duas ponderações.

A primeira: à época em que editada, o Supremo Tribunal Federal fazia distinção entre a declaração de inconstitucionalidade da lei e a não aplicação da lei inconstitucional, distinção que hoje não mais prevalece, à vista da jurisprudência que se formou posteriormente, no sentido de que o afastamento da incidência da lei, no todo em parte, equivale à própria declaração de inconstitucionalidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1999; 2007; 2009). Essa jurisprudência integra os precedentes que deram origem a Súmula Vinculante n. 10.

A segunda: há uma decisão do Supremo Tribunal Federal suspendendo os efeitos de ato do Tribunal de Contas da União nela fundamentada. Trata-se da decisão liminar proferida pelo relator Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança n. 25.888/DF, deferindo a medida para suspender os efeitos de ato daquela Corte de Contas alicerçado em anterior decisão sua, que havia declarado a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei n. 9.478/97. O Ministro, ao deferir a liminar, considerou que a súmula tinha sido aprovada num contexto constitucional totalmente diferente do atual, e a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, estava a demonstrar a necessidade de se reavaliar sua subsistência, em face da ordem constitucional instaurada

com a Constituição de 1988. Até a data de conclusão deste trabalho, não havia sido proferida decisão de mérito da ação.

Registra-se, assim, que num juízo de probabilidade da existência do direito alegado, próprio das decisões cautelares, acolheu-se a alegação de não ser legítima a recusa, por parte de órgãos não jurisdicionais, à aplicação da lei por ele considerada inconstitucional, o que, de resto, é bastante significativo.

Essa decisão é trazida apenas em reforço à conclusão que chegamos: os órgãos julgadores administrativos tributários, quando exercem o controle de validade da imposição tributária, não têm competência e, portanto, legitimidade para realizar o controle de constitucionalidade da lei tributária.

De outra parte, podem e devem acolher pedido de anulação da imposição tributária quando a lei que lhe dá concreção: (a) tenha sido declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário em controle concentrado ou abstrato (art. 102, § 2º, da CF); (b) tenha sua execução suspensa pelo Senado Federal, na forma do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal; e (c) enquanto prevalecer a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, quando o chefe do Poder Executivo editar ato determinando a não aplicação da lei no âmbito da Administração Pública. Afora dessas hipóteses, sua atuação no processo não é legítima.

À vista dessa conclusão, relativamente ao direito de ampla defesa, afasta-se sua redução ou violação: a pretensão que envolver inconstitucionalidade de lei deve ser deduzida perante o Poder Judiciário, sendo inadequada a via administrativa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Logo no início deste trabalho, indicamos que o tema era controverso, porque em seu bojo situam-se as matrizes fundamentais da ordem constitucional, e, de fato, foi o que se viu.

Com efeito, a Constituição Federal, enquanto lei fundamental da sociedade e do Estado, regula o exercício do poder pelo Estado e assegura os direitos e garantias dos indivíduos

que o compõem. Distribui funções especializadas a seus poderes orgânicos, Executivo, Legislativo e Judiciário de forma predominante, mas não exclusiva, para tornar efetiva a independência e harmonia entre eles e também para que se limitem e se detenham entre si, objetivando, em última análise, garantir os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos. Assim, obriga a todos, órgãos supremos do Estado e indivíduos, a exercerem poderes e direitos, em conformidade com o que estabelece.

Assim, de um lado, o Poder Executivo, no âmbito do processo administrativo tributário, no qual legitima o exercício do poder estatal de definir e delimitar materialmente o direito do Estado ao tributo, deve desenvolver a atividade administrativa de acordo com a solução normativa que lhe dá a Constituição, e, ao julgar a impugnação ou recurso do contribuinte, atender aos princípios constitucionais de organização do Estado, do direito processual e do direito administrativo. De seu turno, o contribuinte deve servir-se das garantias e dos instrumentos de defesa pela mesma Constituição dispostos.

Postas em confronto Constituição e lei tributária, a discussão processual desloca-se para a esfera judicial, porque é nela que a própria Constituição determina que deva ocorrer.

A ordem constitucional atual, portanto, de acordo com os princípios e regras que estabelece, não reconhece aos órgãos julgadores administrativos legitimidade para o controle de constitucionalidade. Não reconhece, também, a impossibilidade de discussão da inconstitucionalidade da lei tributária no âmbito do processo administrativo, como caracterizadora de redução ou violação do direito a ampla defesa, porque atribuiu aos órgãos do Poder Judiciário competência para o controle de constitucionalidade de leis.

THE CONSTITUTIONALITY CONTROL BY THE ADMINISTRATIVE COURTS IN TAX PROCEEDING

Maria Cristina Lopes Victorino

ABSTRACT: The present paper deals about the constitutionality control by the administrative courts in tax proceeding. The working hypothesis is the legitimacy of that constitutionality control of tax law by the administrative courts, given the expansion of the constitutional procedural safeguards in administrative litigation. The objective is to verify if the item LV of the Article 5 of the Federal Constitution, which guarantees to the litigants in administrative proceedings and defendants in general contradictory and full defense, with the means and resources inherent to it, gives the administrative courts, individuals or collegiates, legitimacy to control the constitutionality. From this perspective, it examines the legal constitutional rules to exercise the state functions, although these courts, which are inserted in the organizational structure of state power, can only carry out their activities in accordance with the normative solution given by the Constitution. To further elucidate the hypothesis and reach its objective, it also examines the administrative proceeding, its concept and guiding principles, the jurisdiction of the administrative courts and doctrinal currents on the subject. From that analysis, it concludes that the current constitutional order, in accordance with the principles and rules it establishes, does not recognize the legitimacy of constitutionality control by administrative courts, as well as does not recognize the impossibility of discussing the unconstitutionality of the tax law in the administrative proceeding, as a reduction or violation of the right to legal defense, as it assigned to the organs of the Judiciary that power.

Keywords: Administrative tax proceeding. Administrative courts. Constitutionality control.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed., 21. tir. rev. e compl. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49-118.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1978.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Curso de processo administrativo tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [1963]. *Sumula 346*. A Administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Data de aprovação: Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [1966]. *Recurso em Mandado de Segurança n. 14.136/ES*. Recorrente: Nélio Faria Espíndula e Outros. Recorrido: Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Antonio Villas Boas. Brasília, DF, 30 de novembro de 1966. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [1967]. *Mandado de Segurança n. 16.003/DF*. Requerente: Hidelbrando de Araújo Goes e Outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Prado Kelly. Brasília, DF, 20 de outubro de 1967. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [1969]. *Sumula 473*. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Data de aprovação; Sessão Plenária de 03 de dezembro de 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [1980]. *Representação n. 980/SP*. Representante: Procurador-Geral da República Representado: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de setembro de 1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [1993]. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 221/DF*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 22 de outubro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [1999]. *Recurso Extraordinário n. 240.096/RJ*. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrida: Nelina de Sousa Calil. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 21 de maio de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [2004]. *Mandado de Segurança n. 24.268/MG*. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 10 maio 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [2006]. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.367-1*. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 17 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 12 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [2007]. *Recurso Extraordinário n. 544.246/SE*. Recorrente: União. Recorrido: Auto Posto Serrano Ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 08 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [2008]. *Súmula Vinculante n. 10*. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Publicada no *DJe* n. 117/2008, p. 1, em 27.06.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [2009]. *Recurso Extraordinário n. 482.090/SP*. Recorrente: União. Recorrido: Labtec - Laboratório Foto-Digital E Comércio Ltda. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 13 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

CAIS, Cleide Privatelli. *O processo tributário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

CARAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. Processo administrativo tributário. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 9/10, p. 280, 1979.

CASTRO, Alexandre Barros. *Procedimento administrativo tributário: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Nota de atualização. In: BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed., 21. tir. rev. e compl. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 807-808.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

RIBAS, Lúcia Maria Lopes Rodrigues. *Processo administrativo tributário*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LACUNAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Rodrigo Bordalo Rodrigues¹

1. Introdução.

Assume ares de dogma a distinção maçicamente reproduzida a propósito do princípio da legalidade no âmbito do Direito Privado e do Direito Público.

Enquanto no primeiro ramo, assentado sobre o valor *liberdade*, o particular pode fazer tudo o que a lei não proibir, no segundo, sobre o qual repousa a noção de *função*, a solução é diversa: a Administração somente pode fazer o que a lei determina ou permite. Verificam-se, respectivamente, duas relações jurídicas marcadamente distintas: a relação de *não-contradição* com a lei e a de *subordinação* à lei.

Trata-se de lição clássica, conforme ensina Hely Lopes Meirelles, para quem “na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração só é permitido fazer o que a lei autoriza”².

A explicação para indigitada distinção pode ser extraída dos valores que governam os grandes ramos do Direito.

¹ Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Professor do Complexo Educacional Damásio de Jesus (graduação, pós-graduação e cursos preparatórios).

² *Direito Administrativo Brasileiro*, 2001, p. 82.

No Direito Privado, no espaço não regulado pela lei remanesce a liberdade do indivíduo. “Tudo o que por lei não é restrito à liberdade individual mantém-se na esfera de escolha ilimitada do titular”³.

Já no Direito Público, alheia à ideia de liberdade, prevalece o valor função, que remete à concepção de dever. Assim, “a ‘legalidade’ determinada no capítulo constitucional da Administração Pública é *dever*”⁴.

A adoção de tal paradigma acarreta, de acordo com o entendimento de alguns juristas, uma visão peculiar do fenômeno das lacunas no Direito Administrativo. Considerando-se as lacunas como um espaço não regulado, deduz-se que em tal seara é vedada uma atuação da Administração. As lacunas em Direito Administrativo consubstanciam, na verdade, um impedimento à ação administrativa.

Inafastável a aplicação do pensamento dedutivo-silogístico em que a associação da premissa maior (a Administração somente pode fazer o que lei autoriza) com a premissa menor (no contexto de uma lacuna, inexistente autorização legal) resulta a seguinte conclusão: em caso de lacuna, a Administração não pode atuar.

Para Régis Fernandes de Oliveira, adepto de tal posição, “não se terá, nunca, lacuna em tal ramo do Direito [Administrativo], uma vez que se a Administração é serviente à lei e apenas pode realizar aquilo que a lei lhe traça como âmbito de sua possível ação, qualquer atividade estranha à lei ou por ela não amparada estará fadada ao anulamento”⁵.

Tal entendimento, contudo, merece uma reflexão mais detida, seja pelo ângulo retrospectivo, tomando-se como parâmetro a evolução do Direito Administrativo em nosso País, quanto pelo prospectivo, à luz das teorias jurídicas que vêm ganhando destaque.

Previamente, convém tecer algumas considerações sobre o instituto das lacunas no bojo da Teoria Geral do Direito.

³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, 1994, p. 81.

⁴ *Idem, ibidem*. Para a autora, “o fundamento desta ‘legalidade’ administrativa está exatamente na ausência de liberdade da Administração Pública, mais ainda, na pessoa que administra o bem do público”.

⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Lacuna e Sistema Normativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, pp. 47-8, 1998. Em outra passagem, o autor reitera: “Como a Administração necessita de competência para agir e esta só pode ser dada positivamente, resulta a inexistência de lacunas”.

2. Lacunas na Teoria Geral do Direito. Breve incursão.

Um dos clássicos tópicos da Teoria Geral do Direito é aquele referente à completude do ordenamento jurídico. Nesse sentido, questiona-se se todos os casos são previstos pelas normas legais, ou se, ao contrário, existem situações sobre as quais não se verifica o fenômeno da subsunção. É neste último caso que se verificam as chamadas lacunas, situação em que há carência de completude.

Especificando melhor a noção de completude, Norberto Bobbio define-a como a situação em que determinado comportamento não é previsto nem por uma norma que obrigue tal conduta, nem que a permite⁶. A partir daí, segundo as lições de Savigny e Carnelutti, o autor italiano estabelece um nexo entre coerência (unidade negativa) e completude (unidade positiva).

A propósito, consubstancia questão precípua saber se a completude representa condição indispensável para a caracterização de um ordenamento jurídico. A resposta varia conforme os critérios de julgamento que determinado sistema adota: caso haja a proibição do *non liquet*, conjugada com a necessidade de julgamento conforme as normas do sistema, a completude torna-se necessária, verdadeiro dogma; ao passo que, se uma destas condições não se observa, a existência de lacunas não subverte o sistema.

Maria Helena Diniz⁷ aponta a existência de quatro fases históricas relacionadas ao tópico das lacunas. De início a fase do denominado “sistema irracional”⁸, seguida pela do direito consuetudinário, em que a noção de lacuna praticamente inexistia. As condições para o seu surgimento apareceram na fase dos tempos modernos, por intermédio do desenvolvimento do direito escrito e codificado, a par da consolidação dos Estados nacionais, culminando na quarta fase, a da preponderância da legislação, em que a lei assume o caráter de fonte principal (positivismo jurídico).

Como se pode notar, a consolidação do dogma da lacuna deu-se a partir do século

⁶ *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 45.

⁷ *As lacunas no direito*, 2002, p. 6.

⁸ *Idem, ibidem*.

XVIII, quando se observou o surgimento do Estado moderno como agente monopolizador da produção jurídica⁹, o que causou a prevalência da lei como fonte principal do direito, bem assim o surgimento da noção de sistema¹⁰. Daí se poder dizer que a completude representa ponto fulcral do positivismo jurídico, de modo que um dos principais aspectos que demonstravam a infalibilidade da lei era a inexistência de lacunas.

Contra este posicionamento insurgiram-se outros autores, que fulminaram aquele entendimento do monopólio estatal do Direito, sob o argumento de que inexistente completude nos ordenamentos, de modo que as lacunas observadas são sanadas pelo poder criativo dos tribunais. Afirmam que o envelhecimento natural dos códigos, bem como a evolução e a transformação sociais, representam fenômenos propícios ao surgimento das lacunas.

Dentre os autores que propugnaram pela incompletude do sistema, encontra-se Karl Engisch¹¹, para quem a lacuna represente uma imperfeição insatisfatória, removível por uma decisão judicial integradora.

Por óbvio, os defensores da completude não tomaram uma atitude passiva diante das críticas, de modo que houve uma reformulação de seu fundamento. Foi a partir de tal dialética que surgiram as diversas teorias da completude.

A concepção de Savigny baseou-se na teoria da plenitude lógica do direito, pela qual os preceitos implícitos inerentes ao sistema têm a função de integrá-lo.

Já Hans Kelsen adotou o entendimento contrário, pela impossibilidade das lacunas, vez que todas as condutas são previstas pelas normas, quer positivamente, quer negativamente (permissão negativa).

A despeito de tais controvérsias, não se pode deixar de reconhecer dois aspectos, em nosso entender, relevantes, tomados como premissas no presente estudo.

Em primeiro lugar, falece ao legislador o dom da previsibilidade absoluta, de tal modo

⁹ DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., pp. 13-14.

¹⁰ Para Maria Helena Diniz, o entendimento da noção de sistema é fundamental para a compreensão das lacunas. Segundo a autora, o sistema não é uma realidade nem uma coisa objetiva; representa, na verdade, o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade.

¹¹ *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 1983, p. 132.

que existem fatos, situações e comportamentos não regrados. Trata-se, sobretudo, de uma inerência do mundo dinâmico e complexo em que se vive, impactado pelas evoluções tecnológicas que vêm cada vez mais interferindo e alterando os comportamentos sociais. Ademais, segundo Paulo Otero, a “insuficiência do legislador decorre (...) do aumento das tarefas confiadas à tutela do Estado, exigindo a satisfação das novas e sempre acrescidas necessidades colectivas uma especialização e rapidez decisórias a que o poder legislativo-parlamentar se mostra incapaz de responder”¹².

Em segundo lugar, sob uma perspectiva jurídico-formal do direito brasileiro, verifica-se expressa remissão legislativa a propósito das lacunas, *ex vi* do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Em suma, embora o ordenamento não seja completo, ele é completável pelo mecanismo da integração, de tal sorte que ele tem em si a potencialidade de gerar uma solução para os casos não previstos. De acordo com Paulo Otero, existe sempre uma solução dentro do “espírito do sistema”¹³.

3. Possibilidade de colmatação de lacunas no Direito Administrativo

O Judiciário assume papel de protagonismo na atividade hermenêutica de integração de lacunas, conforme a titularidade exposta no art. 4º da Lei de Introdução, acima transcrito.

No mesmo sentido o Código de Processo Civil, que dispõe em seu art. 126 o seguinte: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

¹² *Legalidade e Administração Pública*, 2011, p. 158. Os riscos que se apresentam para a sociedade moderna evidenciam tal insuficiência do legislador. São exemplos do autor: as súbitas crises dos mercados, os desastres ambientais, as catástrofes ambientais e os ataques terroristas.

¹³ *Idem, ibidem*.

Trata-se de atribuição cediça do Judiciário, que amiúde, na resolução das contendas que se apresentam, se depara com omissões legais.

Não se pode deixar de notar, aliás, que esta tarefa integrativa promovida pelo Judiciário assinalou o desenvolvimento do Direito Administrativo brasileiro. Inicialmente marcado por um cenário legislativo carente de normas disciplinando o exercício da função administrativa, intervieram os Tribunais, definindo o regime aplicável, com base, sobretudo, nas lições doutrinárias em voga.

São as lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, no seguinte sentido:

“É pela ação pretoriana dos Tribunais que vem sendo desenvolvido o Direito Administrativo brasileiro, no interpretar as leis aclaradas pela melhor doutrina nacional e estrangeira, num esforço de adaptação à realidade do país, e **na criação de normas jurídicas, na falta de texto legal para reger, de modo expresso, a espécie**. À sua luz formam-se as teorias do ato administrativo, da função pública, do regime jurídico da prestação do serviço público, do exercício do poder de polícia, do domínio público, da responsabilidade do Estado etc. – e, em muitos casos, ao depois, aproveitadas pelos legisladores”¹⁴.

Esse, aliás, o sentido da evolução de nosso Direito Administrativo, como bem aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Doutrina, jurisprudência e direito positivo”¹⁵. Os Tribunais funcionaram como elo entre a doutrina que serviu de suporte às decisões jurisprudenciais e as legislações que as sucederam, evidenciando a relevância assumida pela tarefa integrativa das lacunas.

A questão que se coloca, para além da titularidade integrativa assumida pelo Judiciário – que se apresenta como indiscutível -, é saber se a mesma aptidão pode ser utilizada pela Administração.

Neste ponto, acredita-se que merece prevalecer a resposta afirmativa. A razão pode ser extraída do próprio esquema teórico que fundamenta a divisão das funções estatais.

¹⁴ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 2007, v. I, pp. 415-6 (negrito nosso).

¹⁵ *Direito Administrativo*, 2009, p. 24.

Dentre as lições mais arraigadas no âmbito do Direito Público, encontra-se a *teoria tripartite da separação dos poderes*, atribuída a Montesquieu em sua obra *De l'esprit des lois* (1748).

É bem verdade que autores outros que o antecederam já tratavam da distinção das funções estatais, figurando como “antecedente mais remoto”¹⁶ o grego Aristóteles, para quem o Estado assume o exercício de três atividades. Relevante notar que em Aristóteles a preocupação cingia-se às funções, não aos poderes orgânicos do Estado¹⁷.

Se é verdade que as múltiplas teorias acerca das funções estatais buscaram, de um modo geral, um critério diferenciador entre a função administrativa e judicial, não se pode descuidar que se impõe uma verdadeira similitude entre elas, notadamente sob o aspecto material: no exercício de ambas são expedidos atos cujo escopo primordial consiste na aplicação do ordenamento jurídico, ou na sua execução. Assim, materialmente, inexistente qualquer distinção entre um ato administrativo de interdição de estabelecimento e um ato judicial que, igualmente, imponha o encerramento de atividade não licenciada. Ambos representam uma concretização da norma legal que preconiza tal consequência jurídica (a interdição) ante a constatação do exercício de atividade para cujo funcionamento não fora expedida a respectiva licença. A propósito, Adolf Merkl destaca que a sentença judicial e o ato administrativo “son iguales en lo que se refiere a su relación respecto a la ley”.¹⁸

Com base nisto, cumpre ressaltar que, muito embora esteja assentada por grande parte dos estudiosos a existência de três funções do Estado – legislativa, administrativa e jurisdicional –, há autores que se afastam (alguns até a repudiam¹⁹) desta formulação, herdada de Montesquieu.

Merece consideração a construção de Hans Kelsen, para quem as funções do Estado são a de legislar e de executar, sendo que esta última abarca as atividades da Administração e do Judiciário. Segundo o jurista:

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, p. 182.

¹⁷ GRAU, Eros. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, p. 227.

¹⁸ *Teoría general del derecho administrativo*, p. 41.

¹⁹ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*, pp. 32 e ss.

“Na verdade, uma dicotomia é a base da costumeira tricotomia. A função legislativa opõe-se tanto à função executiva quanto à judiciária, sendo que estas duas últimas estão, obviamente, relacionadas de modo mais íntimo entre si do que com a primeira. (...) As normas jurídicas gerais são executadas tanto pelo poder executivo quanto pelo judiciário.”²⁰

Vale dizer, as atividades da Administração e do Judiciário nada mais são do que execução da lei.²¹

Com efeito, não se pode deixar de reconhecer que há real similitude entre as atividades executiva e jurisdicional, no sentido de que ambos se valem da ordem jurídica como parâmetro de atuação. Conforme assinalado por Afonso Rodrigues Queiró, a “atividade da Administração é uma atividade de subsumção dos fatos da vida real às categorias legais. O Administrador realiza uma função neste ponto de todo em todo idêntica à do juiz”.²²

Tal similitude no exercício das funções administrativa e judicial permite extrair a conclusão segundo a qual a integração das lacunas não consubstancia uma atividade exclusiva dos Tribunais, uma vez que a Administração, no âmbito da tarefa de aplicar o ordenamento jurídico, igualmente pode proceder à colmatação dos vazios normativos.

Exatamente nesse sentido professa Lúcia Valle Figueiredo, com base nas lições Jellinek e Henri Buch, *in verbis*:

“(...) o primeiro a constatar a lacuna seria o administrador, pois a função jurisdicional começa depois, quando deve haver o controle.”²³

Como adepto de igual entendimento encontra-se Paulo Otero, jurista português que realça um verdadeiro “protagonismo da Administração” no cenário do Direito Público hodierno²⁴. Conforme este autor:

²⁰ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 250.

²¹ A ideia é compartilhada por outros juristas, a exemplo de Scheuner (“A Jurisdição e a Administração são da mesma maneira execução da lei”) e Jellinek (“...pergunta-se se existe e qual é a diferença entre os poderes do Estado. É coisa assente que a relação entre a Legislação dum lado, e a Justiça e a Administração do outro, é sem dúvida a de uma supra para uma infra-ordenação”). Estes autores e trechos são mencionados por Afonso Rodrigues QUEIRÓ. *A Teoria de 'Desvio de Poder' em Direito Administrativo*, p. 48, nota de rodapé n. 27.

²² *Ibid.*, p. 53.

²³ *Curso de Direito Administrativo*, 2008, p. 44.

“Não sendo a integração de lacunas um exclusivo da actividade jurisdicional, uma vez mais se verifica que também a Administração Pública pode aqui ser chamada a aferir a capacidade de auto-suficiência do sistema da legalidade administrativa: as lacunas em Direito Administrativo não podem deixar de obedecer a um modelo sistemático de revelação integradora”²⁵.

A conclusão é unívoca, e inafastável, no sentido de que as lacunas em Direito Administrativo não apenas são possíveis, como o Poder Pública, na função de integrá-las, ostenta papel proeminente.

4. Integração de lacunas pela Administração Pública. Utilização dos princípios gerais de direito. Juridicidade

Após esmiuçar o problema da existência das lacunas, Bobbio esboça lições no sentido de colmatá-las. Para tanto, distingue os métodos de heterointegração e autointegração. Os primeiros se valem de ordenamentos diversos para preencher a lacuna, assim também de fontes diversas da dominante do ordenamento vigente (segundo os juspositivistas, a lei). Já os segundos recorrem à mesma fonte dominante deste ordenamento.

No tocante à heterointegração, citemos o recurso ao direito natural como ordenamento diverso daquele em que a lacuna foi identificada. Aliás, uma das funções perenes do jusnaturalismo foi justamente o preenchimento das lacunas. Quanto à utilização de fontes diversas que não a lei, pode-se observar em alguns ordenamentos o recurso ao costume (que assume, então, o carácter de fonte subsidiária), bem como ao poder criativo do juiz (a exemplo do que ocorre de forma explícita nos sistemas jurídicos anglo-saxões), e, finalmente, mesmo que em grau mínimo, à opinião dos juristas.

No entanto, o método mais relevante consiste, indubitavelmente, na autointegração, vez que toma como parâmetro de resolução a própria norma. E aqui nos deparamos com dois procedimentos.

²⁴ *Legalidade e Administração Pública-o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2011, p. 31.

²⁵ *Idem*, p. 215.

O primeiro é a analogia. Trata-se da integração que se baseia em um processo de expansão dos casos expressamente regulamentados, de modo que os comportamentos semelhantes não normatizados restam atingidos por aquele dispositivo. Por óbvio, devem ser levadas em consideração não quaisquer semelhanças, e sim as relevantes, ou seja, as que justifiquem o brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*.

O segundo procedimento consiste nos princípios gerais do direito (também denominada analogia *iuris*), que muitos sustentam estar incluídos na categoria da heterointegração. Posição esta, porém, refutada por Bobbio, sob o argumento de que sua aplicação se baseia na aplicação de normas fundamentais ou generalíssimas que compreendem o sistema, salientando que tais princípios são aqueles denominados não-expressos. Ou seja, para o autor italiano, com quem se concorda, os princípios constituem verdadeiras normas²⁶. Convém destacar as múltiplas funcionalidades dos princípios²⁷, entre as quais se destaca a função integradora das lacunas verificadas no ordenamento.

No tocante ao ordenamento jurídico pátrio, a Lei de Introdução traça, como a estabelecer uma ordem preferencial, os critérios para a colmatação das lacunas: analogia, costumes e princípios gerais de direito.

A despeito de alguns autores apregoarem a existência de uma verdadeira preferência²⁸, inclinamo-nos em sentido diverso, particularmente no que se refere ao Direito Administrativo, governado pelos critérios autointegrativos, merecendo ênfase os princípios gerais²⁹.

A propósito, não se pode deixar de enfatizar a repercussão que os princípios acarretaram na própria compostura da legalidade, erigida ao que se denomina mais

²⁶ No mesmo sentido encontra-se Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, 2005.

²⁷ Para Paulo Otero (*Legalidade...*, pp. 393-4), os princípios assumem cinco funções nucleares: (1) conferem unidade ao ordenamento; (2) limitam a discricionariedade; (3) servem de fundamento habilitador para a elaboração de normas pela Administração; (4) funcionam como critérios interpretativos das normas jurídicas; (5) função integradora das lacunas do ordenamento.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*, p. 259.

²⁹ No tocante aos costumes, dos quais somente se fará breve referência, reina polêmica no cenário doutrinário nacional e estrangeiro. Lúcia Valle Figueiredo não aceita o costume como critério de integração no Direito Administrativo (*Curso...*, p. 46). Já para Diógenes Gasparini, “no que respeita ao Direito Administrativo, o costume, como fonte, é de alguma importância, dada a deficiência da legislação nessa área do Direito Público” (*Direito Administrativo*, p. 31). O dissenso no cenário alienígena é objeto de estudo por Paulo Otero (*Legalidade...*, pp. 375 e seguintes).

modernamente como princípio da *juridicidade*.

Evocam-se as lições de Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem o princípio da legalidade deve ser entendido de maneira mais ampla, abarcando não apenas a lei em sentido formal, como também o seu aspecto material. Trata-se do *princípio da juridicidade*. De acordo com a autora:

“Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei forma, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado.”³⁰

A posição tem amparo em Lúcia Valle Figueiredo, que confere uma dimensão também ampla ao princípio da legalidade:

“Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante.”³¹

A própria Lei federal n. 9.784/1999 (processo administrativo no âmbito federal) incorporou a juridicidade, ao prescrever que a atuação deve ser “conforme a lei e o Direito” (art. 2º, parágrafo único, inciso I). Assim também disciplinaram outras normas, a exemplo da Lei n. 14.141/2006, do Município de São Paulo.³²

³⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 79.

³¹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 42.

³² A lei municipal reproduz o dispositivo da lei federal. Nos termos do seu art. 2º, parágrafo único, inciso I, “O agente público administrativo observará na sua atuação, dentre outros, os seguintes princípios: atuação conforme à lei e ao Direito”.

5. Conclusão

Não se concebe a aplicação do Direito Administrativo em um contexto desvinculado do instituto das lacunas. Muito embora reine com vigor neste ramo o princípio da legalidade, não mais satisfaz *in totum* a máxima segundo a qual a ausência de lei representa um limite negativo de atuação do Poder Público.

A possibilidade de integração pela Administração, que assume papel destacado nesse processo, é inolvidável, notadamente pelo manuseio dos princípios gerais que governam o Direito Público. Esta, aliás, a interface entre a integração dos vazios normativos e o princípio da juridicidade, tido como uma feição mais lata da legalidade.

Evidentemente, muito embora as lacunas mereçam consideração no Direito Administrativo, não se olvida a existência de limites em sua integração, como bem assinala Lúcia Valle Figueiredo, para quem, na hipótese de imposição ou sanções aos particulares, o raciocínio integrativo não merece prestígio³³. Nesta seara, a colmatação das lacunas deve ser afastada. Aqui a juridicidade não alcança.

Afora tais situações, destaca-se o papel integrativo dos princípios no cenário do Direito Administrativo atual, no âmbito do qual se reconhece a presença de lacunas.

³³ “Há matérias, entretanto, em que o princípio da legalidade teria força absoluta (estrita legalidade), como, por exemplo, nas prestações pessoais ou patrimoniais. *Tais atos de imposição devem ser respaldados em lei expressa*” (Curso..., p. 45).

FUNDOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Flavia Moraes Barros Michele Fabre

Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, Mestre e Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Introdução

O presente estudo tem por objeto os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, que constituem uma das diretrizes da política de atendimento através das quais recursos são obtidos das mais diversas fontes previstas em lei (mas prioritariamente, de dotações do Poder Público e de doações feitas por pessoas físicas e jurídicas) e destinados especificamente para a área da criança e do adolescente.

Sua análise é relevante na medida em que, por meio dos recursos deles oriundos, são implementadas as políticas públicas para o setor infanto-juvenil traçadas pelos Conselhos de Direitos. É via recursos dos Fundos que diversas entidades privadas recebem repasses para a realização de seus programas e é também por meio desse que se pode verificar se o que está sendo feito na prática reflete efetivamente as necessidades aferidas pelos Conselhos.

Com efeito, tratar de Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente implica adentrar na análise de uma série de questões bastas vezes conflituosas: o grau de desenvolvimento e autonomia dos Conselhos de Direitos em face tanto do Estado como das entidades privadas que lhes apresentam projetos; a efetividade do controle social hoje exercido durante o ciclo orçamentário e na fase de execução de programas; a efetividade das políticas públicas estabelecidas pelos Conselhos; a importância da participação democrática e da evolução da sociedade civil; os aspectos negativos e positivos do uso dos fundos como instrumentos de vinculação de recursos à área da criança e do adolescente.

Nesse passo, no Capítulo 1 veremos as principais características atinentes aos Fundos Especiais, modalidade de gestão de recursos públicos dos quais os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente são espécie.

Traçado seu regime jurídico geral, o Capítulo 2 destina-se especificamente à análise dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, com ênfase especial no estudo das fontes de receitas que os compõem; bem como nos parâmetros a serem obedecidos por ocasião da aplicação de seus recursos, com especial ênfase a alguns aspectos dos convênios com repasses de recursos oriundos dos Fundos a entidades privadas e as implicações decorrentes da natureza pública dos valores por essas manejados.

Por fim, temos na conclusão a síntese do que foi veiculado nessa monografia, principalmente no que concerne à importância da boa gestão do Fundo e do desenvolvimento da democracia participativa, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas tão somente de fomentar o debate sobre a questão.

1 Fundos Especiais

Os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente surgiram com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente a partir da constatação de que seria necessária a vinculação específica de receitas do orçamento a fim de garantir que a prioridade absoluta¹ a ser dada a essas pessoas em desenvolvimento seria realmente efetivada.

A criação dos fundos é, com efeito, um dos instrumentos de concretização do princípio da prioridade absoluta, o qual, segundo a alínea “d”² do parágrafo único do artigo 4º da lei nº 8.069/90, compreende a “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

Nesse passo, previu o artigo 88, inciso IV³ do Estatuto a obrigatoriedade de instituição de fundos nacionais, estaduais e municipais como uma das diretrizes de atendimento da criança e do adolescente, sendo tais fundos geridos politicamente por Conselhos de Direitos, isto é, por conselhos gestores de políticas públicas, formados paritariamente por membros da sociedade civil e do Poder Executivo, os quais decidirão acerca do destino a ser dado aos recursos lá existentes. O estudo dos principais aspectos atinentes a esses fundos é o objeto do presente trabalho.

Prodromicamente, todavia, antes de adentrarmos ao estudo propriamente dito dos fundos da infância e adolescência e suas peculiaridades e polêmicas, faz-se necessária a análise da natureza e do regime jurídico desses fundos.

A compreensão de alguns importantes aspectos financeiros de sua peculiar forma de gestão nos permitirá uma análise mais acurada dos acertos e desacertos encontrados hoje nos numerosos fundos da criança e do adolescente existentes no país; bem como nos municiará na aferição da pertinência ou não de algumas críticas que têm sido feitas a esse

¹ O princípio da prioridade absoluta tem guarida constitucional no artigo 227, que assim estabelece: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

² Art. 4º, § único, alínea “d” lei nº 8.069/90 – “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

³ Art. 88 da lei nº 8.069/90 – “São diretrizes da política de atendimento:

[...]

IV – manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente”.

instituto como instrumento garantidor de verbas para essa área, até mesmo com o questionamento de sua hodierna serventia.

Dando início à análise específica sobre o instituto dos fundos no âmbito do direito administrativo e financeiro, cabe indagar qual a natureza jurídica do fundo de direitos da criança e do adolescente.

Fundo financeiro é toda reserva de receita para aplicação em determinada seara prevista em lei. É derivada do latim *fundus* (fundo, base, bens de raiz) e, dentre os diversos significados que possui, consta no conhecido Vocabulário Jurídico, de De Plácido e Silva, que, quando utilizado no plural, a palavra fundos “é aplicada como *haveres, recursos financeiros*, de que se podem dispor de momento ou postos para determinado fim, feita abstração a outra espécie de bens”⁴. (grifo do autor)

Deveras, tendo em vista a importância em garantir recursos para o atendimento de um relevante fim, a lei prevê a vinculação específica de determinadas receitas ao atendimento do mesmo. Contudo, o que se nota ao estudar o tema, é que paira verdadeira balbúrdia no tratamento dos fundos, a começar pela própria nomenclatura que lhe é dada.

Como bem asseverou Oswaldo Maldonado Sanches, em artigo minucioso e esclarecedor sobre a evolução dos fundos na administração pública brasileira, suas principais modalidades atuais⁵ são pouco precisas e lhes é dedicado parco espaço de análise, seja na literatura técnica de finanças públicas, seja na literatura jurídica. Diz o citado autor que:

[...] o principal problema é que as normas de direito público – constitucionais, legais e regulamentares – se referem aos fundos, fundos especiais, fundos especiais de natureza contábil, fundos especiais de natureza financeira, fundos de natureza contábil, fundos rotativos, fundos fiscais, fundos contábeis de instituições financeiras, fundos orçamentários, fundos de reserva e fundos de garantia como se cada um desses

⁴ *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 644.

⁵ Suas modalidades mais conhecidas são os fundos de natureza contábil e os de natureza financeira, previstos de forma expressa no decreto nº 93.872/86. Basicamente, ambos são sacados contra o Tesouro Nacional. “A diferença que se percebe repousa no campo de aplicação dos recursos do fundo já que, no primeiro caso, o decreto não especifica o beneficiário dos recursos do fundo; no segundo, a receita do fundo tem endereço certo, isto é, estabelecimentos oficiais de crédito. Daí porque na administração federal, pode-se considerar que os fundos contábeis, apesar de causarem o mesmo efeito nas contas públicas, isto é, são sacados contra a mesma fonte, possuem abrangências distintas. Os fundos contábeis poderão se destinar a qualquer programa governamental de apoio políticas públicas sociais ou de interesse econômico. Os fundos financeiros, por sua vez, atrelam-se aos depósitos feitos em instituições financeiras oficiais” (NUNES, Clécio Santos. Os Fundos Especiais. In: CONTI, José Maurício (coord.). *Orçamentos públicos: A lei nº 4.320/1964 comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 214).

designativos tivesse caracterização legal (ou doutrinária) precisa e diferenciada das demais, o que na verdade não ocorre⁶.

No presente trabalho, tendo em conta que seu objeto é especificamente o estudo dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, não trataremos detalhadamente de cada tipo de fundos, até porque as classificações existentes são falhas e variam segundo cada autor. Isto não impedirá, entretanto, que sejam explicitadas em notas explicativas dados importantes a respeito dos fundos de modo geral, principalmente no que concerne aos fundamentos históricos que ensejaram seu surgimento e qual seu perfil atual.

Destarte, nos ateremos aos chamados Fundos Especiais, mais especificamente aos de natureza financeira, que nada mais são do que instrumentos de gestão financeira dos quais lançam mão os administradores públicos para realizarem determinados objetivos da Administração Pública, ligados à política econômica, social, administrativa ou à manutenção de serviços ou órgãos públicos que exigem um tratamento diverso do aplicável às demais atividades.

Por se tratar de uma gestão especializada, como se verá a seguir, a lei permitiu (não obrigou) a adoção de normas jurídicas que estabeleçam procedimentos de execução mais maleáveis do que aqueles destinados à aplicação para atos da gestão orçamentária, financeira, patrimonial e operacional em geral.

Os fundos relacionam-se a programas de trabalho ou a finalidades a tal ponto específicas e relevantes, que necessitam da garantia de um fluxo contínuo de recursos, destacados do caixa único. Sua previsão constitucional encontra-se inserta no inciso II⁷ do § 9º do artigo 165, que estabelece caber à lei complementar o estabelecimento de normas que regulem a instituição e o funcionamento de fundos.

Essa lei complementar de que trata a Constituição Federal, todavia, ainda não foi editada, a despeito de já decorridos mais de vinte anos de vigência de sua previsão. Tal lamentável lacuna, que leva até a que alguns doutrinadores considerem que todos os fundos criados após⁸ o advento da Constituição seriam inconstitucionais⁹, traz enormes dificuldades

⁶ SANCHES, Oswaldo Maldonado. Fundos Federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, n. 154, p. 269-270, abr./jun. 2002.

⁷ “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

§ 9º - Cabe à lei complementar:

[...]

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos”.

⁸ Valendo lembrar que o artigo 36 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias extinguiu todos os fundos que não fossem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos a contar da promulgação da Constituição, com exceção daqueles resultantes de isenções fiscais que passassem a integrar o patrimônio privado e os que interessassem à defesa nacional. Essa norma, porém, acabou não sendo implementada no prazo estabelecido, pois até o final de 1990, o Congresso Nacional tinha retificado apenas doze fundos. Tendo em vista a impossibilidade de ratificá-los a

para o estabelecimento de um regime jurídico mais claro a regê-los, posto que a ausência de lei tratando especificamente das condições para a instituição e o funcionamento dos mesmos leva à aplicação até os dias atuais dos sucintos artigos 71 a 74 da lei nº 4.320/64, certamente insuficientes para a escorreita regulamentação de instituto que acabou por se proliferar no Brasil¹⁰.

De todo modo, a falta da citada lei complementar não constitui óbice à legalidade dos fundos hoje existentes. Isso porque o Supremo Tribunal Federal na ADI-MC 1726/DF, decidiu que a lei nº 4.320/64 foi recepcionada pela Constituição Federal com *status* de lei complementar, o que supre a determinação constitucional inserta no inciso II, do § 9º do artigo 165 da Constituição Federal.

tempo e a necessidade premente de se evitar que as operações de diversos fundos então existentes caíssem na ilegalidade, incluiu-se na lei nº 8.173/91 – lei que instituiu o Plano Plurianual para o período de 1991-1995 – artigo de constitucionalidade duvidosa recriando os fundos extintos, e que assim estabelecia: “Art. 6º - São recriados temporariamente, no período abrangido por essa lei, todos os fundos constantes dos Orçamentos da União para 1990 e 1991, extintos nos termos do artigo 36 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mantidas suas denominações e respectiva legislação na data de sua extinção”. Desse modo, foram “legitimados” 39 fundos, sendo que nos anos seguintes vários desses fundos (que, somando os 12 ratificados pelo Congresso Nacional, 03 recriados por leis específicas, 08 de interesse da defesa nacional e de incentivos fiscais e os 05 criados pela Constituição Federal, totalizavam 67 no ano de 1991) foram extintos ou tornados inativos. Essa tendência de redução se verificou até 1999, quando novamente temos a criação de diversos fundos pelo governo, retomando e ampliando o uso desse instrumento nos anos seguintes. Embora a constitucionalidade desse artigo de lei tenha sido aventada, o fato é que nenhuma ADIN fora interposta e os fundos tiveram sua vigência estendida, até o advento da Lei nº 9.276/96, dentre outras.

⁹ É o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello que, ao tratar do famigerado Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas assevera que: “A saber: não podem ser instituídos novos fundos enquanto não sobrevier a lei complementar prevista no artigo 165, § 9º, II da Constituição, de acordo com o qual a ela compete “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da Administração direta e indireta bem como *condições para a instituição e funcionamento de fundos*”. Enquanto não forem definidas tais condições pelo aludido instrumento legislativo, é óbvio que não há como instituí-los. Isto é particularmente claro ao se cotejar o dispositivo com o estatuído no art. 36 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Este determinou – com ressalva de duas hipóteses perfeitamente estranhas a fundos garantidores de parcerias – a extinção de todos os até então existentes, admitindo apenas a sobrevivência dos que, dentro de dois anos, fossem ratificados pelo Congresso Nacional. Não consta que até agora isto haja ocorrido em relação a qualquer fundo extinguível. Eis, pois, que a Constituição encarou os fundos com certa prevenção, e entendeu necessária a adoção de cautelas especiais em relação a ele: a prévia estatuição, em lei complementar, de condições para que pudessem ser instituídos e para seu funcionamento, como consta do mencionado art. 165, §9º, II; de sorte que, antes disto, não há lugar para o surgimento de novos fundos” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 782).

¹⁰ Na verdade, como nos relata Oswaldo Maldonado Sanches, as vinculações de receitas e os fundos especiais são relativamente antigos no setor público brasileiro, mas se tornaram efetivamente populares em razão dos artigos 71 a 74 da lei nº 4.320/64 e do artigo 172 do Decreto nº 200/67, que legitimaram esse instituto como instrumento de dinamização da administração pública numa época em que existia demasiada centralização no processo de execução das despesas públicas, o que era agravado pelas limitações dos meios de comunicação e de informática (Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Informação Legislativa*, p. 272)

Vejamos o que diz a ementa da ADI-MC 1726/DF¹¹:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.061, DE 11.11.97 (LEI Nº 9.531, DE 10.12.97), QUE CRIA O FUNDO DE GARANTIA PARA PROMOÇÃO DA COMPETIVIDADE - FGPC. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 62 E PAR. ÚNICO, 165, II, III, §§ 5º, I E III, E 9º, E 167, II E IX, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A exigência de previa lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei nº 4.320, de 17.03.64, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar; embora a Constituição não se refira aos fundos especiais, estão eles disciplinados nos arts. 71 a 74 desta Lei, que se aplica à espécie: a) o FGPC, criado pelo art. 1º da Lei nº 9.531/97, é fundo especial, que se ajusta à definição do art. 71 da Lei nº 4.320/63; b) as condições para a instituição e o funcionamento dos fundos especiais estão previstas nos arts. 72 a 74 da mesma Lei. 2. A exigência de prévia autorização legislativa para a criação de fundos, prevista no art. 167, IX, da Constituição, é suprida pela edição de medida provisória, que tem força de lei, nos termos do seu art. 62. O argumento de que medida provisória não se presta à criação de fundos fica combatido com a sua conversão em lei, pois, bem ou mal, o Congresso Nacional entendeu supridos os critérios da relevância e da urgência. 3. Não procede a alegação de que a Lei Orçamentária da União para o exercício de 1997 não previu o FGPC, porque o art. 165, § 5º, I, da Constituição, ao determinar que o orçamento deve prever os fundos, só pode referir-se aos fundos existentes, seja porque a Mensagem presidencial é precedida de dados concretos da Administração Pública, seja porque a criação legal de um fundo deve ocorrer antes da sua consignação no orçamento. O fundo criado num exercício tem natureza meramente contábil; não haveria como prever o FGPC numa Lei Orçamentária editada nove meses antes da sua criação. 4. Medida liminar indeferida em face da ausência dos requisitos para a sua concessão, não divisados dentro dos limites perfunctórios do juízo cautelar. (grifos nossos)

Com efeito, apesar de toda a insuficiência no trato normativo da matéria, constituem os artigos 71 a 74 da lei citada o fundamento legal geral dos fundos especiais, ou seja, são esses os dispositivos legais em que os fundos encontram sua principal guarida, dele se podendo aferir uma série de aspectos que necessariamente devem ser observados no trato desse instituto, que a seguir são discriminados topologicamente para análise mais sistemática de suas principais características.

Os citados artigos assim dispõem:

Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Art. 72. A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a turnos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais.

Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.

Art. 74. A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

¹¹ Note-se que, por essa decisão, o STF passa a aceitar que a criação de fundo se dê inclusive por meio de medida provisória.

Com base nos artigos acima transcritos e no que estabelece a doutrina e jurisprudência, embora diversas questões restem em aberto, podemos elencar como características elementares dos fundos especiais os seguintes aspectos:

1.1. Dependência de previsão na Constituição ou na lei

Os fundos especiais devem ter sua previsão na própria Constituição ou em lei, até porque constituem forma absolutamente excepcional de vinculação de receitas. É o que diz o inciso IX do artigo 167 da Constituição, ao estatuir ser vedada “a instituição de fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa”.

Isto significa que não podem ser criados por decreto ou regulamentos, em razão de expressa vedação constitucional.

Como bem ponderado por Régis Fernandes de Oliveira:

Observa-se que alguns fundos foram instituídos por preceito constitucional, outros por lei ou mediante decreto ou resolução, criando balbúrdia legal em torno dos fundos. Como se cuida de vinculação de recursos, a rigor, apenas pode existir vinculação exceptiva de disposição constitucional. No entanto, a própria Constituição admite outros fundos por constituição legal. No mais, quando se fala em Fundo, em verdade, cuida-se de mera distribuição de receitas para atender a determinadas finalidades, sem que se possa falar, tecnicamente, em Fundo¹².

A lei deve prever quais as receitas estarão vinculadas ao Fundo, determinar qual a sua finalidade e estabelecer normas peculiares sobre a maneira como serão empregados os recursos, qual a destinação dos recursos e a qual órgão está vinculado, o que consequentemente implica na impossibilidade de que se deixe a um decreto a incumbência de estabelecer tais parâmetros.

Em outras palavras, caberá à lei – e somente a ela - designar quais os recursos serão destinados especificamente ao fundo criado, qual a finalidade a ser perseguida com sua criação e como ela se instrumentalizará, o que implica a necessidade de estabelecimento do órgão a que estará vinculado, o modo de gestão dos recursos e, primordialmente, a expressa previsão das áreas objeto de aplicação das verbas que compõem o fundo (por exemplo, no caso dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, a finalidade é a destinação prioritária de recursos para as áreas relacionadas com a infância e juventude, mas cabe à lei designar expressamente quais são essas áreas, devendo necessariamente observar a disposição contida no § 2º do artigo 260 da lei nº 8.069/90, que estatui a aplicação necessária de percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda de criança ou adolescente,

¹² OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 278.

órfão ou abandonado, designar prioritariamente recursos do fundo para o atendimento de políticas públicas voltadas para esse fim)¹³.

Ademais, a lei de criação do fundo é sempre de iniciativa do Poder Executivo, pois é ele que detém competência para planejar e coletar receitas sendo que a regulamentação do fundo acontecerá mediante Decreto Executivo.

1.2. Imprescindibilidade do elemento financeiro

Não se pode conceber um fundo sem a existência de certa soma de recursos posta à disponibilidade dos fins a que este se destina alcançar¹⁴.

Essa é uma das razões pelas quais, em havendo fundo cujos recursos são compostos tanto de verbas públicas como privadas, o Poder Executivo não pode deixar de prever destinação de receitas para o fundo sob o argumento de que as finalidades poderão ser atendidas tão somente através das doações efetuadas pelas entidades particulares¹⁵.

Uma vez que não há obrigação *ex lege* de doação do ente privado, sendo mera faculdade sua fazê-lo ou não, existe a possibilidade de que os recursos advindos dos particulares sejam inexistentes ou absolutamente insuficientes, o que deixaria o fundo sem recursos em caso de falta de destinação de receitas oriundas do próprio Poder Público para atendimento das finalidades para as quais o fundo foi instituído¹⁶.

Temos, destarte, que o Poder Público não pode abster-se de destinar recursos para o fundo sob qualquer argumento. A questão, entretanto, não é exatamente essa¹⁷. O maior tormento hoje existente refere-se não a previsão de recursos a serem aplicados nos

¹³ Apenas para tornar mais claro, não basta que a lei estabeleça que aos fundos devem ser destinados os recursos especificamente ali elencados para o atendimento prioritário à criança ou adolescente. Impõe-se, ainda, que a lei estabeleça quais as áreas serão objeto de designação de recursos. Não por outro motivo temos em minuta de Resolução do Conanda submetida à Consulta Pública, e que estabelece Parâmetros para a Criação e Funcionamento dos Fundos Nacional, Estadual, Distrital e Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, previsão no inciso I de seu artigo 16 de que a principal fonte de recursos dos fundos seja a dotação do próprio Poder Público.

¹⁴ AGUIAR, Afonso Gomes. *Lei nº 4.320 comentada ao alcance de todos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 372.

¹⁵ Embora o que tenhamos ainda hoje em muitos municípios é a previsão facultativa de recursos para os Fundos de Direito da Criança e do Adolescente, sem que exista qualquer obrigatoriedade prevista em lei a determinar que o ente público preveja em sua lei orçamentária recursos próprios dirigidos aos fundos.

¹⁶ Ao tratarmos especificamente dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, estas e outras questões serão analisadas de modo mais profundo, não sem antes passarmos pelas diversas etapas de efetivação do ciclo orçamentário, o que nos permitirá constatar o difícil jogo político existente em torno a votação e da execução da lei orçamentária.

¹⁷ Apesar de, como já dito, ainda hoje encontrarmos entes que não prevêm em suas leis orçamentárias a destinação de quaisquer recursos aos fundos, o que tem ensejado a propositura de ações pelo Ministério Público, em geral com ganho de causa.

fundos, mas qual o montante (a determinação do *quantum*) dos mesmos e, após, ainda que com toda a previsão orçamentária estatuída na lei, se essa autorização acabará se concretizando na prática na fase de execução orçamentária.

Como será visto ao tratarmos das receitas dos fundos advindas do Poder Público, os valores a serem repassados aos fundos são deliberados pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo por ocasião da aprovação da lei orçamentária (ou pela abertura ulterior que créditos adicionais). Esse ciclo orçamentário ocorre mediante processo árduo de negociação dos vários atores envolvidos, que travam relações de força a fim de terem contemplados na lei orçamentária recursos para os mais diversos segmentos que são por eles defendidos. Daí a necessidade incontestável de compreensão e controle social desse processo, a fim de que as demandas sociais sejam fielmente refletidas na escorreita alocação dos recursos orçamentários.

1.3. Integram o orçamento do ente a que estejam vinculados

A previsão de extinção dos fundos anteriores à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevista de modo geral no artigo 36 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (excetuadas as hipóteses previstas naquele dispositivo), dá bem a medida de quão perniciosos foram os efeitos da criação de fundos para a gestão racional da máquina pública¹⁸.

Sua proliferação desmedida – potencializada pela criação expressiva de entes da administração indireta – gerou dificuldades imensas de controle das contas públicas. Não por outra razão, observa-se na Constituição Federal de 1988 um claro endurecimento no tratamento a ser dispensado aos fundos.

De fato, a Constituição não chegou a proibir a criação de fundos, mas condicionou sua criação ao cumprimento de quatro condições: 1) a não utilização da receita de impostos, em razão da previsão contida no inciso IV do artigo 167 da CF/88; 2) a necessidade de autorização legislativa para sua criação (inciso IX do artigo 167); 3) que as condições para a instituição e funcionamento dos fundos fossem fixadas em lei complementar (inciso II, § 9º do artigo 165 da CF/88) e, por fim, **4) que a programação do fundo conste**

¹⁸ Os aspectos negativos para o controle e gestão dos recursos acabaram por gerar a reação dos órgãos de planejamento e controle já em meados da década de setenta, ao ponto da Secretaria de Orçamento Federal promover estudos para a análise da situação dos fundos federais com a propositura de normas que limitassem sua utilização a situações muito especiais. Os levantamentos realizados pela SOF ofereceram importantes subsídios aos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, consolidando a tese da inadequação dos fundos como instrumentos de programação e execução dos gastos públicos, ressalvados seu emprego em casos muito especiais. Daí a redação dada ao artigo 36 da ADCT, que acabou sendo depois tornado praticamente sem efeito por mera lei. Apesar de todo esse histórico negativo, excetuado o curto período de no máximo uma década após o advento da Constituição Federal, em que se constata a redução na criação ou manutenção de certos fundos, observa-se o ressurgimento e difusão gradual e crescente desse instituto, cuja utilização vem aumentando no decorrer dos anos e que, se apresentou melhora pelas balizas criadas pela Constituição de 1988 e pelas normas criadas pelos órgãos de controle, remanesce com pouca regulamentação e com diversas questões críticas ainda por serem abordadas.

da lei orçamentária anual do ente ao qual esteja vinculado, na forma indicada na lei de diretrizes orçamentárias (art. 165, § 2º).

Nesse momento, é o quarto preceito aludido que nos interessa, pois embora já existisse determinação semelhante contida no artigo 72 da lei nº 4.320/64, as dotações destinadas aos fundos não estavam discriminadas de forma clara no orçamento do ente com o qual mantém vínculo.

Mais uma vez socorremo-nos das ponderações de Oswaldo Maldonado Sanches¹⁹, que assim consignou a respeito do tema:

Quanto à “inclusão da programação do fundo na lei orçamentária anual (LOA), na forma indicada pela LDO”, constitui uma das principais mudanças em relação à ordem legal anterior a 1988. No período de 1965 a 1989, a inclusão da programação de fundos nos orçamentos foi regida por diversas orientações, porém sempre sob o entendimento de que a execução de despesas por meio de fundos especiais, só poderia ocorrer no contexto da lei orçamentária. De 1965 a 1972, embora já vigentes as normas da Lei nº 4.320/64 – cujo art. 72 estabelece que “a aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais” – as dotações destinadas aos fundos, ressalvadas algumas exceções, não constavam de forma perceptível nos Orçamentos, sendo tais identificáveis apenas por codificações técnicas. Essa situação se modifica, em parte, a partir da Lei Orçamentária de 1973, quando na nova estruturação da Lei de Meios – formalizada no ano seguinte para uso pela União, Estados e Municípios, pela Portaria nº 9/74 do Ministro de Estado do Planejamento – a programação de cada fundo passa a ser explicitada, sob a forma de projetos (dotações globais de contribuições a fundos) no “Programa de Trabalho” do órgão supervisor. *Porém, apenas com as normas da Carta de 1988 é que se avança no sentido de promover uma mais clara identificação das realizações a cargo dos fundos nos Orçamentos. Para tanto, estes passam a ser caracterizados, a partir da LOA de 1990, como unidades orçamentárias (nos termos do art. 14 da Lei nº 4.320) da administração direta do Ministério ou órgão supervisor a que se vinculam.*

Portanto, existem duas grandes diferenças no processo atual de programação dos fundos especiais, em relação à situação vigente até 1988: 1) a clara identificação dos fundos nas Leis Orçamentárias; 2) a exigência de apropriado detalhamento programático das despesas, uma vez que foi suprimida a norma da Constituição anterior (art. 62, §1º) que facultava a previsão dos gastos dos fundos sob a forma de dotações globais e seu detalhamento posterior por meio de orçamentos próprios.(grifo em negrito nosso)

Note-se que, ao determinar a consignação da programação dos fundos especiais na lei orçamentária da entidade ao qual esteja vinculado, viabilizou-se certo controle dos recursos orçamentários como um todo, na medida em que a caracterização do fundo como unidade orçamentária do órgão que o criou permite de certa forma contornar a segregação advinda aparente exceção ao princípio da unidade de tesouraria²⁰.

¹⁹ Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Informação Legislativa*, p. 284-285.

²⁰ Art. 56 da Lei nº 4.320/64 – “O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais”.

Deveras, ainda que o Brasil tenha adotado o sistema misto de gestão de recursos financeiros, ou seja, por caixa único e por fundos especiais regulamentados, sua previsão como unidade orçamentária do órgão a que esteja vinculado, com o devido detalhamento posterior por meio de orçamentos próprios, por certo aumentou consideravelmente o grau de transparência²¹, facilitando a atuação dos órgãos de controle²².

Ademais, a obrigatoriedade de previsão em lei orçamentária enseja a submissão aos princípios gerais que regem o orçamento. São eles:

1.3.1 Princípio da Universalidade

O princípio da universalidade preceitua que todas as receitas e despesas estejam previstas na lei orçamentária. Está consignado no artigo 165, § 5º da Constituição Federal, em que se determina a necessidade de que a lei orçamentária compreenda: “I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público”.

Os Fundos têm sua previsão no orçamento fiscal e não configuram exceção ao princípio em questão, justamente em razão da previsão do artigo 72 da lei nº 4.320/64. Por ele se exige que não haja compensação ou confusão entre gastos e recursos, de modo que tanto uns quanto os outros sejam elencados na peça orçamentária em seu estado bruto, sem qualquer tipo de dedução.

1.3.2 Princípio da anualidade

Esse princípio estabelece que o orçamento deva ser atualizado todos os anos, de sorte que para cada ano temos um orçamento, nos termos do artigo 165, inciso III²³ da Constituição.

Todavia, cabe aqui alertar para o fato de que há quem diga que a anualidade não pode mais ser considerada como princípio na Constituição Federal. Nos dizeres de Régis Fernandes de Oliveira:

Em verdade, não há princípio, antes periodicidade do orçamento, pois é importante que haja um termo inicial e final dos gastos e receitas públicas. Inclusive para controle por parte da população. Tal princípio está hoje ultrapassado, porque, ao

²¹ Ainda que não tenha resolvido por completo a questão, como veremos ao tratar das críticas feitas a esse instituto nos dias atuais.

²² Ademais, na escrituração de suas contas, a disponibilidade de caixa constará de registro próprio, de modo que os recursos vinculados aos fundos fiquem identificados e escriturados de forma individualizada, nos termos do inciso I do artigo 50 da Lei Complementar 101/00.

²³ “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

III - os orçamentos anuais”.

lado do orçamento anual, há o plurianual, denominado “plano”, na Constituição Federal (art. 165, I). Inclusive dentro do orçamento anual há diversos orçamentos (fiscal, de investimento, da seguridade social). Já não se pode tratar a anualidade como princípio²⁴.

1.3.3 Princípio da exclusividade

É o princípio que veda que a lei orçamentária anual contenha dispositivo estranho à previsão de receita e à fixação da despesa, fora as exceções constitucionalmente estabelecidas (abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita). É o que estatui o § 8º do artigo 165 da Constituição Federal, que tem por fim evitar as chamadas caudas orçamentárias ou rabilongos, isto é, a inserção na lei de temas alheios à matéria orçamentária.

1.3.4 Princípio da unidade

A unidade consiste na reunião de todos os gastos dos recursos públicos do Estado num documento único. Como já dito, os fundos não constituem exceção a esse princípio, posto que devem estar previstos na lei orçamentária.

1.3.5 Princípio da não afetação

É princípio que veda, com exceção das hipóteses constitucionalmente previstas, a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Está prevista no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, a seguir mais minudentemente estudado (item 2.6), e tem por base unicamente os impostos. Daí porque se pode afirmar que a vinculação de receita típica dos fundos não poderá ser formada por essa modalidade de tributo.

Trata-se de princípio cujos ditames vêm perdendo paulatinamente na força, visto que grassa na Constituição o número de casos excepcionadores.

Socorrendo-nos mais uma vez de Régis Fernandes de Oliveira, pondera esse autor que:

Vai-se, aos poucos, mutilando o orçamento, voltando-se ao antigo regime das caudas orçamentárias, é lamentável o que vem ocorrendo. A exceção torna-se a regra, e o que deveria ser desenvolvido através de políticas públicas passa fruto de oportunidades momentâneas, ao sabor de acontecimentos fúteis, volúveis e eleitoreiros²⁵.

Esses são, em linhas gerais, os princípios orçamentários mais importantes e aos quais estão também submetidos os fundos, visto que, como já dito, essa modalidade de gestão de recurso deve estar prevista na lei orçamentária, o que impõe a observância de todo arcabouço financeiro-legal que cerca essa peça.

1.4 Estão vinculados a uma finalidade específica e seus recursos não poderão ser utilizados para atender senão ao objeto de sua vinculação

²⁴ *Curso de direito financeiro*, p. 335.

²⁵ *Curso de direito financeiro*, p. 337.

Não se pode pensar em fundo especial que não se destine a uma determinada finalidade, que deve necessariamente estar estabelecida em lei, o que significa que também só por lei poderá ser alterada ou modificada essa finalidade, a qual compreende a realização de objetivos ligados à política econômica, social ou administrativa.

É o que diz o artigo 71 da lei nº 4.320/64 anteriormente transcrito, e o que reitera o § único do artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao dispor que “os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender o objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”.

1.5 Não possuem personalidade jurídica nem judiciária, e também não são órgãos

Os fundos não possuem personalidade jurídica, isto é, não titularizam interesses próprios, não tendo direito nem obrigações. Também não são órgãos, na medida em que não sintetizam atribuições do Estado, nem possuem agentes (pessoas físicas) através dos quais seu agir e seu querer sejam expressados. Tanto não são órgãos, que o inciso IV do art. 167 vedou qualquer vinculação de receita de impostos a “órgão, fundo ou despesa”, diferenciando-os de modo evidente. Não possuem nem mesmo personalidade judiciária²⁶, o que significa que não poderão constar no pólo ativo ou passivo de ação judicial.

Não são, portanto, expressão quer de descentralização (na medida em que não possuem personalidade jurídica nem concretização a transferência de execução de uma determinada atividade administrativa a pessoa diferente do Estado), quer de desconcentração (visto que não são órgãos), mas expressam tão somente uma forma de gestão financeira de recursos²⁷.

Nesse passo, vale a pena transcrever algumas palavras de Régis Fernandes de Oliveira sobre o tema:

Ser pessoa jurídica significa ser centro de imputação normativa, isto é, ter vontade, praticar atos, interferir no centro imputativo de outra pessoa jurídica, poder firmar contratos, ir a juízo, etc, mas nada disso faz o Fundo. De outro lado, não pratica atos jurídicos e, pois, não pode ser sujeito ativo ou passivo em relação processual.

[...]

²⁶ Há quem seja contrário à ausência de personalidade judiciária. Nesse sentido, Clécio Santos Nunes, que entende que o fundo especial, tal como ocorre com as chamadas universalidades jurídicas, pode ter capacidade processual ainda que se caracterize como órgão público despersonalizado (NUNES, Clécio Santos. Os Fundos Especiais. In: CONTI, José Maurício (coord.). *Orçamentos públicos: A lei nº 4.320/1964 comentada*, p. 209).

²⁷ Segundo as lições de Heraldo da Costa Reis, são três os tipos básicos de gestão dos recursos financeiros: 1) por caixa único ou fundo geral de valores; 2) por fundos especiais naturais e 3) mista. Esse terceiro modelo é o adotado no Brasil, em que temos a gestão por caixa único convivendo concomitantemente com a gestão por fundos especiais regulamentados, com fundamento no artigo 56 da lei nº 4.320/64 c.c. os artigos 71 a 74 daquela mesma lei. (REIS, Heraldo da Costa; MACHADO Jr., J. Teixeira. *A lei nº 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal*. 31. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2003)

O fundo é neutro, não tem direito, não cria deveres: nada.

[...]

O gerenciamento do Fundo será efetuado com base na legislação, ficando assegurada a participação da sociedade civil; nenhum administrador poderá sacar contra ele e não pode assumir obrigações em seu nome. Se o Fundo não pode assumir obrigações, nem ninguém por ele e, da mesma forma, não é titular de direito, não há como se lhes reconhecer personalidade judiciária tampouco é de ser feita comparação com outras coletividades que podem sofrer restrições na ordem jurídica e, pois, são dotadas de personalidade judiciária.²⁸

Por aí se vê que os compromissos e contratos arcados com recursos financeiros advindos de fundos especiais não são assumidos diretamente por este, mas pelo ente federado ao qual estejam vinculados. São esses entes dotados de personalidade jurídica que, por vezes representados por seus órgãos, assumirão obrigações que afetarão recursos do fundo. Em hipótese alguma a assunção é feita diretamente por este último.

Importante ressaltar, contudo, que a ausência de personalidade jurídica ou judiciária, e mesmo o fato de que fundo não é órgão, não implica sua desnaturação enquanto unidade orçamentária, atrelada a órgão da Administração Pública ao qual esteja vinculado (nos termos do artigo 14 da lei nº 4.320/64), nem lhe retira a autonomia na deliberação do destino de seus recursos (o que será feito por seu órgão gestor), já que dispõe de receitas vinculadas previstas em sua lei de criação.

A falta de personalidade também não impede que o fundo esteja inscrito no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ. Embora possa parecer um enorme contrassenso a inscrição no cadastro de “pessoas” jurídicas de instituto desprovido de personalidade, não é incomum que a Secretaria da Receita Federal do Brasil estabeleça tal obrigatoriedade a entes despersonalizados, tão somente com a finalidade de exercer um controle maior sobre os mesmos.

Exatamente para efeitos de controle, a Instrução Normativa nº 568, de 08 de setembro de 2005, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, determinou no inciso XI do artigo 11 a obrigação de inscrição no CNPJ de “fundos de natureza meramente contábil”²⁹. Tratando-se de fundo de natureza financeira, todavia, não há possibilidade de CNPJ próprio do fundo. É essa última hipótese a aplicável aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente.

Verifica-se, destarte, que os fundos especiais não passam de modalidade de gestão de recursos de natureza contábil ou financeira, tal como já estabelece há muito tempo o Decreto nº 93.872/86. Vejamos:

²⁸ *Curso de direito financeiro*, p. 289.

²⁹ Como veremos ao tratar dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, estes são fundos especiais de natureza financeira, sujeitando-se à obrigatoriedade de movimentação em conta bancária especial em banco oficial e essa conta deve ser aberta em nome do ente ao qual o fundo esteja vinculado.

Art . 71. Constitui Fundo Especial de natureza contábil ou financeira, para fins deste decreto, a modalidade de gestão de parcela de recursos do Tesouro Nacional, vinculados por lei à realização de determinados objetivos de política econômica, social ou administrativa do Governo.

§ 1º São Fundos Especiais de natureza contábil, os constituídos por disponibilidades financeiras evidenciadas em registros contábeis, destinados a atender a saques a serem efetuados diretamente contra a caixa do Tesouro Nacional.

§ 2º São Fundos Especiais de natureza financeira, os constituídos mediante movimentação de recursos de caixa do Tesouro Nacional para depósitos em estabelecimentos oficiais de crédito, segundo cronograma aprovado, destinados a atender aos saques previstos em programação específica. (grifos nossos)

Essa natureza de modalidade de gestão de recursos, entretanto, só enseja a impossibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações, dada a sua falta de personalidade jurídica ou mesmo judiciária, mas em nada afeta o controle a ser exercido sobre os recursos que o compõem, nem afeta a vinculação de receitas que o compõem às finalidades para a quais foi constituído.

1.6 São formados por receitas públicas não provenientes de impostos ou taxas e por outras fontes previstas em sua lei de criação

Conforme estabelecido pelo artigo 167, IV da Constituição Federal, é vedada a vinculação da receita de impostos à fundos, ressalvados os casos previstos na própria Carta Magna e que atinem à saúde e educação.

As taxas, por outro lado, referem-se diretamente ao custo para a prestação efetiva ou potencial do serviço público, ou ainda ao exercício do poder de polícia, de modo que, na prática, já estão vinculadas ao custeio dessas atividades, razão pela qual também não servem como receita para os fundos.

Daí a ponderação feita por Flávio C. de Toledo Jr.³⁰:

Nesse sentido, as receitas passíveis de se vincularem ao funcionamento de Fundos Sociais são as que detalhamos em seguida:

- Transferências de Instituições Privadas (doações oriundas de empresas);
- Transferências de pessoas (doações provenientes de pessoas físicas);
- Multa e Juros de Mora;
- Transferências Intergovernamentais (convênios celebrados com a União e os Estados, em decorrência de preceitos estabelecidos em leis especiais);
- Receitas Patrimoniais Imobiliárias (aluguéis, taxas de arrendamento, etc, pagos pelo uso do patrimônio do Município);
- Receitas Patrimoniais Mobiliárias (rendimentos resultantes de aplicação das disponibilidades do Fundo no mercado financeiro);
- Receitas Diversas (renda de eventos realizados com a finalidade de amparar programas de caráter social; feiras livres, etc;

³⁰ *Fundos especiais*: diversas considerações concernentes à administração pública. Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM.

- Indenizações (compensação financeira pela utilização de recursos hídricos, exploração de recursos minerais, extração de petróleo etc; tudo isso, por óbvio, em território municipal).

Como veremos mais tarde ao tratarmos especificamente dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, a sua lei de criação deverá prever as receitas a ela vinculadas, devendo necessariamente ser prevista a possibilidade de doações por pessoas físicas ou jurídicas de que trata o artigo 260 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a previsão de recursos provenientes do Poder Público, na medida em que a alínea “d” do parágrafo único do artigo 4º da lei nº 8.069/90 impõe a estes a destinação privilegiada de recursos públicos para as áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude.

1.7 Eventual saldo remanescente permanece no fundo no exercício seguinte

O artigo 35 da lei 4.320/64 determina pertencerem ao exercício financeiro (que coincidirá com o ano civil, de acordo com o artigo 34) as receitas nele arrecadadas e as despesas nele legalmente empenhadas. Em outras palavras, o dispositivo legal em comento prevê para as receitas o chamado REGIME DE CAIXA, pelo qual pertence ao exercício financeiro toda receita nele arrecadada, não interessando em que época se deu o nascimento da obrigação financeira. Já para as despesas, a legislação adotou o REGIME DE COMPETÊNCIA, estabelecendo pertencerem ao exercício financeiro todas as obrigações legalmente empenhadas. Temos, portanto, a adoção do regime contábil misto no Brasil.

A partir do momento em que a lei orçamentária prevê recursos a uma determinada unidade orçamentária, entende-se que há uma autorização (e não uma imposição) para que sejam efetuadas despesas onerando uma determinada dotação. Quando uma determinada receita pública não é utilizada dentro de um dado exercício financeiro, ela volta ao caixa único e terá a destinação que lhe for dada pela próxima lei orçamentária anual. A previsão contida no artigo 73 da lei nº 4.320/64, portanto, constitui exceção a essa regra geral, pois prevê a transferência no exercício seguinte para o mesmo fundo de eventual saldo remanescente, salvo se o mesmo tiver prazo de extinção ou dispondo a lei de outro modo.

Ou seja: o saldo financeiro positivo do fundo ou o superávit do fundo especial apurado em balanço³¹ se constitui em receita desse mesmo fundo para o exercício seguinte, salvo se houver disposição em lei em sentido diverso.

1.8 Lei poderá instituir normas peculiares de administração

Como já dito anteriormente, a lei poderá fixar normas peculiares de gestão dos recursos existentes nos fundos, determinando: a) especificidade na aplicação dos recursos, b) forma alternativa de controle, prestação e tomada de contas. É o que dispõe o art. 74 da Lei nº 4.320/64.

³¹ Como asseverado por Afonso Gomes Aguiar, “Nas entrelinhas também ficou determinado que a Prestação de Contas dos **Fundos Especiais** deve ser realizada através da elaboração de **Balanços**”. (*Lei nº 4.320 comentada ao alcance de todos*, p. 376)

Deveras, como assente por Afonso Gomes Aguiar, a lei refere-se a normas peculiares, aqui entendidas como regras

[...] a serem aplicadas na execução de seus objetivos, normas estas que deverão instituir procedimentos mais maleáveis e, porquanto, diversos daqueles estabelecidos para a aplicação aos atos administrativos da execução orçamentária em geral. Essas normas peculiares admitidas aos fundos podem ficar estabelecidas na própria lei que os criar, ou em lei específica. Esta admissibilidade de adoção de normas especiais para os fundos tem o objetivo de tornar sua gestão mais simples e desembaraçada, excepcionando-a da forma normal de gestão dos atos em geral. Contudo, é importante dizer que, quando não forem estabelecidas as normas peculiares para aplicação ao Fundo Especial criado, fica sua gestão subordinada aos procedimentos estabelecidos para a execução dos atos, em geral, da mesma natureza.³²

Logicamente, tal possibilidade jamais inibirá a competência específica dos Tribunais de Contas. Na ausência de previsão legal dessas normas peculiares de gestão, ficam os fundos subordinados às regras estabelecidas por lei para o procedimento normal do processamento das despesas em geral.

1.9 O pagamento de despesas deve ser feito mediante ordem bancária ou cheque nominal

O pagamento de despesas do fundo obedece ao pagamento de toda e qualquer despesa pública, ou seja, exige-se a passagem pelas 03 etapas do ciclo orçamentário: Empenho, Liquidação e Pagamento.

O empenho, nos termos do artigo 58 da lei nº 4.320/64, é “ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”. Vê-se, portanto, que o empenho não é o ato que paga a despesa efetuada, mas apenas a externalização da vontade da autoridade administrativa competente para ordenar gastos públicos, criando para a Administração Pública uma obrigação de natureza financeira.

A liquidação, por outro lado, consiste no exame a ser procedido quanto à apuração da legitimidade do direito adquirido pelo credor da obrigação, através da análise de documentos comprobatórios do respectivo crédito (artigo 64 da lei nº 4.320/64).

Feita a liquidação de despesa empenhada, é realizado o pagamento, que nada mais é do que “despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga” (art. 64).

Todavia, a fim de viabilizar um controle maior sobre os pagamentos realizados, estabeleceu o art. 74, § 2º do dec-lei nº 200/67 que “o pagamento de despesas, obedecidas as

³² *Lei nº 4.320 comentada ao alcance de todos*, p. 373.

normas que regem a execução orçamentária (Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964), far-se-á mediante ordem bancária ou cheque nominativo, contabilizado pelo órgão competente e obrigatoriamente assinado pelo ordenador da despesa e pelo encarregado do setor financeiro”.

Logo, despesas pagas com recursos oriundos de fundos também devem ser realizadas somente mediante ordem bancária ou cheque nominativo, admitindo-se apenas em hipóteses excepcionalíssimas pagamento de outro modo. Admite-se o uso da figura do adiantamento bancário também para fundos e dentro das hipóteses legais ordinárias.

1.10 Estão submetidos a controle interno e externo

Como já dito anteriormente e previsto pela própria lei, os fundos estão sujeitos a controle do Tribunal de Contas, o que não inibe de forma alguma que também sobre ele seja exercido controle interno ou mesmo o controle social.

Tratando-se de receitas de fundos proveniente de repasses feitos por outros entes público, enquanto os recursos públicos não são repassados de um ente a outro, a competência para a fiscalização caberá ao Tribunal de Contas do ente repassador. Depois de ingresso tais valores no orçamento do outro ente, o Tribunal de Contas competente é o do ente que recebeu os valores. Se no fundo há participação das três unidades federadas na formação do bolo arrecadatório, todos os tribunais de contas são competentes, cada qual em relação aos recursos repassados pelo ente que fiscaliza ordinariamente.

Ademais, há que se ressaltar aspecto fundamental relativo aos recursos que compõem os fundos. Seja de onde vierem, se de dotação pública ou de doação de pessoas físicas ou jurídicas privadas, os recursos ingressados nos fundos possuem natureza pública, ou seja, ao ingressarem nos fundos, passam a ter natureza pública.

Dessa natureza decorre a submissão à normas financeiras de modo geral e, logicamente, aos Tribunais de Contas.

Nesse passo, interessante também ressaltar outro aspecto, que diz com o manejo desses recursos. Seus gestores, uma vez que estarão a gerir recursos públicos, estão sujeitos à lei de improbidade administrativa, e deverão, com o auxílio do órgão da administração direta ao qual estejam vinculados, comprovar o estrito cumprimento, nos contratos e convênios em que foram utilizados recursos oriundos desses fundos, a correlação entre os planos de ação (que estabelece o que se pretende perseguir e como se pretende fazê-lo) e de aplicação (onde se estabelece quanto e com que frequência os recursos devem ser liberados conforme se dê o cumprimento das etapas de um programa) correlacionados.

Dáí se extrai a conclusão, ao menos a nosso ver, de que o mero controle de resultados não pode ser admitido, posto que a análise da congruência ou não entre o plano de ação e de aplicação implica necessariamente o exame dos meios.

Por fim, não há como deixar de consignar mais uma vez a importância do controle social a ser exercido sobre os fundos, para que, tanto na fase de formulação do plano de ação (que, afinal de contas, deve refletir as necessidades primordiais da sociedade), quanto na etapa de efetivação do plano de aplicação, a realização satisfatória dos projetos com recursos oriundos dos fundos seja conseguida.

1.11 Síntese e análise de algumas críticas feitas aos fundos

Como pudemos verificar, os fundos são parcelas de recursos financeiros reservados para determinados fins especificados em lei, os quais devem ser alcançados segundo o plano de aplicação definido pelo gestor, com submissão a controle externo e interno.

Trata-se de mera forma gestão financeira de recursos criada pela lei ou prevista na Constituição. Não possuem personalidade jurídica, de modo que não titularizam direitos ou obrigações. Não são nem mesmo órgãos e sequer possuem capacidade processual. Estão vinculados ao ente que lhes deu ensejo e integram-lhe o orçamento.

Como modo de gestão de recursos que são, lhes é ínsito o elemento financeiro, isto é, a existência de recursos cujas receitas estão definidas na lei para que possam atender a uma determinada finalidade e só a ela.

Essas receitas poderão ser públicas ou públicas e privadas, a depender do que está previsto em lei. De todo modo, suas fontes públicas de recursos não poderão ser provenientes de impostos e, pela própria natureza do tributo, também não serão formadas por taxas.

Por serem receitas com destinação vinculada, a lei geral que atualmente trata dos fundos (a lei nº 4.320/64) autoriza a previsão de normas peculiares de administração desses fundos, o que não implica em ausência de controle, seja ele interno ou externo.

Embora já existissem há tempos, proliferaram no Brasil após o advento da lei nº 4.320/67 e do dec-lei nº 200/67 (com as alterações sofridas pelo dec-lei nº 900/69), com instrumento de aprimoramento gerencial dos recursos, de modo a fugir das amarras bastante centralizadoras da administração existente à época. Seu fim era, portanto, assegurar que para setores considerados relevantes haveria maior facilidade no manejo de recursos, mediante a previsão de sua vinculação *a priori*.

Todavia, seu uso desmedido e pouco criterioso acabou por tumultuar o controle orçamentário. A falta de regras mais específicas (mal de que padece até hoje esse instituto, diga-se de passagem) e, por outro lado, a parca observância dos ditames do artigo 72 da lei nº 4.320/64 (com a obscura e bastas vezes ininteligível descrição dos recursos dos fundos nas leis orçamentárias) culminaram na previsão contida do artigo 36 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que acabou por extinguir os fundos até então existentes, retiradas

as exceções lá previstas, a menos que houvesse a ratificação desses fundos pelo Congresso Nacional.

Ainda, o temor em assegurar um controle mais pungente em relação aos fundos vindouros, gerou por parte do constituinte a previsão de que uma lei complementar viria dispor sobre a criação e funcionamento dos fundos (art. 165, § 9º). A tal lei complementar, todavia, remanesce inexistente, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido na ADI-MC nº 1726/DF, que a lei nº 4.320/64 fora recepcionada – tal como o foi, por exemplo, o Código Tributário Nacional – como lei complementar, de modo que essa lacuna estaria suprida.

Se no momento pós Constituição de 1988 temos um enfraquecimento da figura dos fundos, talvez pelo impacto que seu negativo histórico ainda estava a produzir, esse instituto volta com cada vez mais vigor e a falta de uma feição legislativa mais minudente demanda reflexão.

Já não se tem na Administração uma centralização tal que o justifique como antes. Aliás, experimenta-se justamente o contrário, com o alargamento contundente da noção de Estado Subsidiário.

Seus críticos alegam que a criação de um fundo especial para uma determinada política desobriga os cidadãos de realizarem o acompanhamento do orçamento público como um todo.

Segundo Ana Cláudia C. Teixeira e José César Magalhães Jr,

A avaliação se os gastos são insuficientes ou não só é possível na comparação com os outros gastos do orçamento. Portanto, segundo a opinião dos críticos, uma atenção exclusiva aos gastos do fundo impediria a criação de parâmetros de comparação entre o volume de recursos ali alocado e as previsões do orçamento geral, além de dificultar uma aferição dos recursos vinculados para outras áreas³³.

A gestão por fundos lançaria, portanto, à penumbra a questão da priorização dos gastos públicos com determinadas áreas, restringindo as disputas a um montante de recursos que, em geral, é baixo. Isso induziria à perda de espaço público para a disputa em investimento entre as diversas áreas sociais pelos recursos disponíveis, de modo a limitar a “batalha” pelos mesmos na seara interna de cada área social.

Ademais, os críticos dos fundos especiais alegam que sua criação pode obstar os processos de racionalização administrativa, posto que acabam por estimular a duplicação de rotinas e travar o planejamento de políticas intersetoriais integradas³⁴.

³³ *Fundos públicos e políticas sociais*. São Paulo: Instituto Pólis/PUC-SP, n. 45, 2002, p.7.

³⁴ *Idem, op.cit.*, p. 8.

Por outro lado, não há como se negar que, para áreas efetivamente relevantes, a existência de fundos especiais configura, de certa forma, fator de segurança de que recursos serão para lá aportados.

De fato, não se pode retirar a importância desse instrumento de gestão das finanças públicas tão somente com base em seu uso abusivo pois, em setores efetivamente importantes, a existência de recursos específicos vinculados facilita o planejamento e o controle do uso dos recursos que o compõem.

Ademais, as críticas primeiras e mais pungentes em relação aos fundos deixaram de existir, na medida em que foi dado concretude aos ditames do artigo 72 da lei nº 4.320/64 e tivemos uma efetiva e mais clara inserção dos fundos na lei orçamentária de seu ente criador.

Especialmente em se tratando de Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, não se pode negar sua importância, consistente em: 1) possibilitar o recebimento de recursos privados, através das doações dedutíveis do Imposto de Renda previstas no artigo 260 da lei nº 8.069/90; bem como de multas provenientes de violações de direitos da criança e do adolescente e, 2) a separação necessária que o fundo possibilita, ao se destacar do “bolo orçamentário” geral e possibilitar que não apenas para as políticas sociais básicas sejam destinados recursos, mas também a setores como programas de proteção e de aplicação de medidas sócio-educativas.

Os fundos da criança e do adolescente devem garantir, como veremos mais especificamente ao tratarmos da aplicação de seus recursos, a implementação de programas e projetos que visem ao atendimento dos direitos ameaçados ou violados de crianças e adolescentes.

Devem custear, ainda, estudos e diagnósticos, formação de conselheiros de direitos e reordenamento institucional. Abarcar, de modo ainda mais prioritário, os órfãos e crianças abandonadas, bem como as crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social.

Ora, por certo todas essas áreas não seriam objeto de previsão orçamentária minimamente razoável caso os fundos não existissem. Sendo cediço que as necessidades são infinitas e os recursos limitados, os recursos seriam destinados praticamente em sua totalidade às políticas sociais básicas e não seria possível o recebimento de recursos de algumas das fontes que hoje contribuem para os fundos da criança e do adolescente.

Nesse sentido, a despeito das relevantes críticas feitas a esse instituto, são inegáveis os aspectos positivos que carrega, de modo que consideramos mais útil a busca pela correção de suas atuais e possíveis falhas, do que defender sua eventual supressão.

2. Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente

Analisados os aspectos gerais dos fundos especiais, dos quais são espécies os Fundos de Direito da Criança e do Adolescente, passemos agora nesse capítulo a tratar especificamente sobre os mesmos: quem faz sua gestão, as receitas que os compõem, em que áreas devem ser aplicados os recursos lá existentes, etc.

Os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente são umas das diretrizes da política de atendimento voltadas à criança e ao adolescente, tal como dito pelo inciso IV³⁵ do artigo 88 da lei nº 8.069/90, estando vinculados aos Conselhos de Direitos, órgãos formuladores, deliberativos e controladores das políticas públicas referentes à infância e juventude.

Deveras, com o advento da Constituição Federal do Brasil de 1988, temos um salto contundente no controle pela sociedade dos atos da Administração Pública através da atuação de conselhos setoriais representativos não só do governo como também da sociedade civil, em atendimento material à noção de democracia participativa.

É justamente nessa perspectiva que surgiu o artigo 204³⁶ da Constituição Federal que, combinado com o § 7º³⁷ de seu artigo 227, estatui como diretriz de todas as ações governamentais nas áreas da assistência social e da infância e juventude, a participação popular, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Como concreção dessa previsão constitucional tem-se, na área da criança e adolescente, os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente³⁸, municipais, estaduais e nacionais.

³⁵ “Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

[...]

IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente”;

³⁶ “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

[...]

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

³⁷ “Art. 227 [...]

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204”.

³⁸ Art. 88, II da lei nº 8.069/90 – “criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais”;

São órgãos autônomos, intersetoriais, que têm basicamente duas funções primordiais: deliberar políticas públicas para o setor da infância e juventude e controlar a implementação dessas políticas, sejam elas levadas à cabo pelo Poder Público ou pelas entidades privadas envolvidas.

Os Conselhos de Direitos da Criança e Adolescente são órgãos colegiados de composição mista e paritária entre representantes da sociedade civil organizada e do governo. São esses membros os responsáveis pela definição das ações governamentais e não governamentais a serem tomadas com vistas à consecução dos deveres previstos no caput do artigo 227³⁹ da Constituição Federal. Determinado pelo Conselho de Direitos a quais áreas serão aplicados os recursos, caberá ao órgão contábil da Administração Pública efetuar apenas a operacionalização do fundo.

Note-se a importância do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente. Suas funções não conflitam com o papel do Poder Executivo, mas exige mudanças tanto na sociedade civil como no governo, posto que demanda o incremento da democracia participativa.

Tendo em vista que o parágrafo único do artigo 4º, alínea “c”⁴⁰ da lei nº 8.069/90, que prevê a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a alínea “d”⁴¹ do mesmo artigo fala em destinação privilegiada de recursos, e que caberá a eles exercer essa atividade de formulação, controlar e execução e gerir os fundos de direitos, seu papel é efetivamente central na seara da criança e adolescente.

Daí a crescente preocupação de que esse órgão colegiado seja efetivamente um fórum de coalização dos anseios sociais, sem que seja dominado pelo setor público e, ao mesmo tempo, sem a criação de verdadeiro oligopólio pelas entidades não governamentais que lá possuem assento.

Essa preocupação é ainda mais contundente quando o tema é a destinação a ser dada aos recursos captados pelos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, não sendo aceitável que tais valores sejam repassados diretamente a entidades sem o devido controle sobre sua utilização e sem a vinculação prévia a programas específicos.

O plano de políticas públicas elaborado pelos Conselhos de Direitos deve servir de parâmetro para a confecção do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes

³⁹ “Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁴⁰ Art. 4º, “c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas”;

⁴¹ Art. 4º, “d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), direcionando a aplicação das verbas públicas para a proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Do mesmo modo, o plano de aplicação para os fundos, elaborado também pelos conselhos, são igualmente delineados nesses termos. Mas, como veremos a seguir, a mera previsão na lei não garante sua execução nos moldes em que previstos, e a peça orçamentária anual nem sempre retrata a realidade, posto que possui uma série de aspectos que toldam a efetiva aferição da quantidade de recursos que está sendo aplicada num dado setor.

A fim de que possamos ter ao menos uma visão geral dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente em meio a esse universo orçamentário dificultoso e; por outro lado, para uma abordagem mais completa da questão e de seus mais polêmicos embates atinentes especificamente ao modo de constituição e aplicação de seus recursos, partimos a seguir para o estudo prévio das fontes de receitas dos fundos, para então nos debruçarmos sua aplicação.

Como veremos a seguir, são temas intimamente ligados, ainda mais sob o prisma das dotações orçamentárias estatais que devem compor os fundos e das famigeradas “doações casadas”, que nada mais são que doações de recursos feitas ao fundo, mas com destinação já definida pelo doador, que estabelece nessa doação o “encargo” de que seus valores sejam aplicados num determinado projeto.

2.1 Receitas dos Fundos

Os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente possuem considerável gama de receitas, que deverão estar previstas em lei.

Independentemente de sua origem, ao ingressarem nos fundos, passam as mesmas a terem caráter público e a seguirem o regime que é próprio dessa “publicização”: a incidência de leis financeiras, o controle não só do resultado da aplicação, mas também da congruência entre o plano de ação e de aplicação, bem como a necessidade de prestar contas.

Logicamente, a depender da fonte de receita de que se está a falar, teremos certas peculiaridades ou polêmicas específicas. É sobre isso que trataremos nesse item.

3.1.1 Dotações orçamentárias do ente público instituidor do fundo

O processo orçamentário no Brasil possui, inegavelmente, caráter político, posto que tem relação direta com as relações de poder que se estabelecem entre o Poder Legislativo e o Executivo.

É, na verdade, reflexo da imposição constitucional de necessária participação indireta da população, por meio de seus representantes e serve, em tese, para dar concreção à

democratização do processo de gestão dos programas de governo, embora hoje possamos nos questionar se isso é suficiente para efetivamente realizar os anseios da sociedade.

Deveras, resta cada vez mais clara a importância da participação popular na formulação do orçamento dos entes federados. Os recursos são – sem sombra de dúvida – requisitos essenciais para qualquer política pública, de modo que apenas com maior conhecimento e controle do processo orçamentário se pode assegurar montante suficiente para sua implementação.

No tocante aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, a situação não é diversa. Como já muito difundido por aí, “lugar de criança é no orçamento”, posto que a idéia de prioridade absoluta traz ínsita a noção de prioridade na aplicação de recursos.

Deliberado pelo Conselho de Direitos o Plano de Ação a ser implementado, deve o mesmo seguir ao Poder Executivo para a devida inclusão na lei orçamentária, a qual, por sua vez, será posteriormente enviada para aprovação do Poder Legislativo. Por sua vez, cabe também ao Executivo consignar recursos especificamente voltados ao Fundo, uma vez que esse tipo de recurso também está previsto em lei como uma de suas fontes de receita.

A seguir, dada a cristalina importância do tema, traçamos de modo geral, os principais passos do ciclo orçamentário e das dificuldades encontradas para se conseguir incluir uma determinada política pública nessa lei e, com ainda mais entaves, vê-la efetivamente executada.

O processo orçamentário é formado, basicamente, pelo Plano Plurianual (PPA), pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e pela Lei Orçamentária Anual (LOA), as quais devem ser elaboradas para cada um dos entes federativos. A iniciativa dessas três leis é do Poder Executivo⁴² e todas seguem as regras do processo legislativo ordinário, nos termos do artigo 166⁴³ da Constituição Federal.

Esse sistema orçamentário, dividido em três leis, permite a integração de planejamentos de curto e médio prazos, sendo que os programas lá previstos funcionam como instrumento de integração entre o planejamento e o orçamento.

Nesse passo, pondera José Afonso da Silva que:

⁴² “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição”;

⁴³ “Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum”.

O sistema de orçamento-programa exige que a estrutura dos planos plurianuais se integra, em cada ano, na estrutura do orçamento anual, que, por sua vez, condiciona a estrutura da programação financeira de desembolso durante a execução orçamentária. Essa integração, que também há de envolver todo planejamento de desenvolvimento econômico e social, é que dá ao orçamento anual a característica operativa de todo o sistema de planejamento. Tal integração é que, por outro lado, dá ao sistema de orçamentos públicos sua natureza de orçamento-programa, que se compõe de programa, projetos e atividades. Para Tanto, se conjugam os dispositivos do inciso I e §1º do art. 167. Este exige que todo investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro seja obrigatoriamente incluído no plano plurianual ou, pelo menos, que seja determinada sua inclusão por lei, sob pena de responsabilidade. De quem? Do presidente da República (art. 85, VI). Enquanto o inciso I afirma que os programas e projetos do plano só serão executados se se integrarem no conteúdo do orçamento anual. Vale dizer, esse inciso I revela, na sua simplicidade, a natureza do orçamento anual como instrumento de execução dos programas e projetos que se contêm no plano plurianual⁴⁴.

O Plano Plurianual⁴⁵ concretiza o planejamento de médio prazo do governo, norteando a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. Serve como forma de garantir investimentos a programas de duração continuada e tem a duração de quatro anos, sendo que o último deles coincide com o primeiro ano de exercício do mandato subsequente⁴⁶, o que assegura, de certa forma, a continuidade das políticas públicas já iniciadas, escapando de eventuais ingerências políticas que poderiam tentá-las banir de pronto com o advento de novo governo.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias⁴⁷ compreende a prioridades e as metas da Administração Pública, orientando a lei orçamentária anual. Tem a duração de um ano e serve como verdadeira cartilha do planejamento de curto prazo estatal, o que sinaliza sua enorme importância.

Lá devem ser consignados o planejamento das receitas e despesas, as metas fiscais a serem alcançadas, as medidas de contingenciamento de recursos, as alterações programadas para a legislação fiscal, bem como regras para a avaliação da execução do orçamento, dentre outros.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 696.

⁴⁵ “Art. 165 [...]”

§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”.

⁴⁶ Art. 35, § 2º, I ADCT – “o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa”;

⁴⁷ “Art. 165 [...]”

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”.

A Lei Orçamentária Anual⁴⁸, por fim, é a peça orçamentária propriamente dita. Nela estarão previstas os programas que serão efetivados pelo governo anualmente segundo a estimativa de sua capacidade arrecadatória.

É na fase de elaboração e execução da Lei Orçamentária Anual que o embate de forças políticas entre o Executivo e o Legislativo se faz notar claramente, pois é nessa peça que restarão consignadas quais as políticas públicas receberão recursos durante todo um exercício financeiro.

Ela compreende a orçamento fiscal, o orçamento de investimentos e o orçamento da seguridade social. Interessa-nos, para o presente estudo, tão somente o primeiro, pois é lá que estarão contemplados os programas de governos que receberão recursos. É nela, enfim, que deverão constar os programas que o Conselho de Direitos considerou relevantes o bastante para receberem os recursos dos fundos.

O projeto de Lei orçamentária Anual é apresentado ao Poder Legislativo até quatro meses antes do fim do exercício financeiro, a fim de que seja aprovado até o encerramento da sessão legislativa⁴⁹.

É durante esse período que medeia a apresentação do projeto e sua votação pelo Poder Legislativo que temos as emendas⁵⁰, que deverão ser compatíveis com o plano

⁴⁸ “Art. 165 [...]

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;
II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público”.

⁴⁹ Caso o projeto de lei orçamentária não seja apresentado até o prazo fatal, que para a União é na data de 30 de agosto e, para Estados e Municípios, em 30 de setembro, o artigo 32 da lei nº 4.320/64 estabelece que o Poder Legislativo poderá considerar como proposta a lei orçamentária vigente.

⁵⁰ “Art. 166 [...]

§ 2º - As emendas serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional.

§ 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) dotações para pessoal e seus encargos;

b) serviço da dívida;

c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III - sejam relacionadas:

a) com a correção de erros ou omissões; ou

b) com os dispositivos do texto do projeto de lei”.

plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, indicarem os recursos necessários, os quais deverão ser decorrentes de anulação de despesa, e se relacionarem a: correção de erros ou omissões ou com dispositivos do texto do projeto de lei.

Essas emendas, todavia, acabam como desviar recursos para projetos locais, desestruturando o planejamento como um todo.

Como assevera Denise Auad:

No entanto, muitas emendas parlamentares acabam desviando dotações orçamentárias para projetos locais, pertencentes à base eleitoral de influência de deputados e senadores. Tal prática direciona verbas para políticas pontuais, muitas vezes sem continuidade e sem conexão com o cronograma orçamentário e, como consequência, quebra a estrutura do planejamento. Além disso, o mecanismo de emendas parlamentares tem sido utilizado para superestimar custos, o que retira a credibilidade do orçamento enquanto um instrumento real para balizar a gestão governamental⁵¹.

Não fosse isso o bastante para impactar negativamente na idéia de orçamento como instrumento de gestão de recursos a espelhar as necessidades públicas através de dotações a programas de governos que implementem políticas públicas necessárias, lembra a autora ainda outro entrave à clareza do orçamento anual: é a chamada reserva de contingência, que garante ao executivo percentual do orçamento de uso mais flexível, para fazer frente às chamadas “contingências”.

Como ponderado pela autora citada:

O Projeto de Lei Orçamentária pode conter reserva de contingência, segundo diretrizes traçadas na Lei de diretrizes Orçamentárias. Pela reserva de contingência, o governo freia os gastos e garante um percentual do orçamento para ser aplicado, com mais flexibilidade, em despesas futuras e não previstas ao longo da execução orçamentária. A reserva de contingência atinge a execução de políticas públicas, especialmente as de natureza social relacionadas a despesas não vinculadas e, infelizmente, seu percentual tem sido fixado com abuso, o que torna o orçamento ainda mais fictício, além de garantir ao Executivo uma espécie de “carta branca” para direcionar a política⁵².

Aprovada, por fim, a lei orçamentária, isso não significa que os recursos lá previstos serão executados como nela estatuído. A lei orçamentária possui caráter meramente autorizativo, isto é, apenas autoriza a realização de despesas nela consignadas, mas não tem o condão de impor sua implementação. Não possui mecanismo que obrigue a realização de todos os gastos que prevê e tampouco nos valores em que lá consignados.

⁵¹ *Conselhos e fundos dos direitos da criança e do adolescente: uma opção pela democracia participativa*. 2007. 209 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 123.

⁵² *Ibidem*, p. 123.

Em outras palavras, afóra a já difícil tarefa de fazer constar das leis orçamentárias recursos para uma determinada política pública; testemunhar emendas e mais emendas parlamentares sendo feitas e deslocando recursos que poderiam reforçar a implementação dessa política e, ainda, sofrendo a partir da edição da lei orçamentária um forte contingenciamento⁵³ *ad cautelam* sob o percentual do total que compõe o orçamento do ente, ainda restará o risco de que o que restou previsto não seja, ao final, rigorosamente executado.

Essa execução do orçamento depende de uma série de circunstâncias, tais como a arrecadação efetiva do Estado. O orçamento é elaborado com base em estimativas de receita (que podem não se concretizar), para fazer frente a despesas (que podem igualmente variar), o que demanda planejamento e a premissa de que as bases do orçamento podem não se confirmar.

De acordo com a lei nº 4.320/64, as cotas orçamentárias deveriam ser distribuídas por trimestre, sendo que cada unidade orçamentária deve conhecer previamente a distribuição prevista das quatro cotas, para poder programar adequadamente seu funcionamento. Em razão da incerteza quanto à disponibilidade financeira (dinheiro em caixa), o Poder Executivo tem tido o costume de liberar cotas bastante limitadas, com horizonte máximo de três meses e de forma seletiva, isto é, não liberando recursos para todas as dotações orçamentárias existentes⁵⁴.

Essas limitações são geralmente contornadas pelos chamados créditos adicionais, mais conhecidos como suplementação. Ela decorre da anulação de outras despesas ou pelo aumento comprovado de receita e depende de aprovação em lei, o que significa que o embate político entre o Legislativo e o Executivo também pode ser sentido nessa seara.

Por aí se vê a importância de que a sociedade controle o processo orçamentário. Por vezes, as emendas parlamentares acabarão por afetar justamente recursos advindos de dotações do Poder Público que poderiam reforçar os cofres dos fundos e, mesmo que isso seja evitado, ainda assim só a pressão dos órgãos de controle será capaz de evitar o esvaziamento gradual de recursos na hora de sua efetiva execução.

2.1.2 Multas decorrentes de sanções penais ou administrativas

⁵³ O contingenciamento está previsto no artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelece que: “Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”. Ele influencia de modo direto na estabilidade dos convênios firmados entre o terceiro setor e o poder público, posto que isso impede inclusive o pagamento de restos a pagar e implica a possibilidade de que uma entidade que prestou serviços não receba o repasse devido.

⁵⁴ FUNDAÇÃO ABRINQ; INESC; UNICEF. *De olho no Orçamento Criança*: atuando para priorizar a criança e o adolescente no orçamento público. São Paulo, 2005, p. 29.

Segundo o que estabelecem os artigos 154⁵⁵ e 214⁵⁶ da lei nº 8.069/90, as multas resultantes de condenações em ações civis públicas e de aplicação das penalidades previstas nos artigos 228 a 258⁵⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente reverterão para o Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Qualquer do povo, tendo conhecimento de irregularidades em face de criança ou adolescente, pode dar notícia do fato ao Ministério Público (inclusive anonimamente). Diante das informações recebidas, é instaurado procedimento, que poderá ser transformado em inquérito civil ou penal.

A partir daí, em se tratando de infração de natureza administrativa, pode ser o feito arquivado motivadamente, dar ensejo à celebração de termo de ajustamento de conduta (que em geral prevê as conhecidas *astreintes*, multas diárias incidentes em caso de descumprimento do quanto acordado nos TAC's) ou mesmo à propositura de ação civil pública.

Tratando-se de sanções de natureza penal, teremos em juízo sua fixação, com todas as especificidades da seara penal.

Destarte, assim como sói ocorrer com os fundos de direitos difusos em geral, também para os fundos de direitos da criança e do adolescente podem ser convertidos valores decorrentes de aplicação de sanções, o que permite, ainda que por vezes obliquamente e não exatamente para a reparação do bem jurídico lesado, aprimorar programas e ações em prol dos direitos da infância e juventude.

2.1.3 Doações de pessoas físicas ou jurídicas

Os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente poderão receber doações de pessoas físicas ou jurídicas. De fato, o artigo 260⁵⁸ do Estatuto da Criança e do

⁵⁵ “Art. 154. Aplica-se às multas o disposto no art. 214”.

⁵⁶ “Art. 214. Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município.

§ 1º As multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

§ 2º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária”.

⁵⁷ Esses artigos tratam dos crimes e das infrações administrativas contra a criança e o adolescente.

⁵⁸ “Art. 260. Os contribuintes poderão deduzir do imposto devido, na declaração do Imposto sobre a Renda, o total das doações feitas aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente - nacional, estaduais ou municipais - devidamente comprovadas, obedecidos os limites estabelecidos em Decreto do Presidente da República.

I - limite de 10% (dez por cento) da renda bruta para pessoa física;

II - limite de 5% (cinco por cento) da renda bruta para pessoa jurídica.

[...]

Adolescente permite aos contribuintes do Imposto de Renda deduzirem de sua renda bruta o total das doações efetuadas aos Fundos, desde que observado o limite de 10% (dez por cento) da renda bruta para pessoa física e 5% (cinco por cento) para pessoa jurídica⁵⁹.

2.1.3.1 Doações feitas por pessoas físicas

No que diz respeito a pessoa física, a legislação a tratar do incentivo fiscal em tela é a lei nº 9.250/95, que em seu artigo 12 (alterado pela lei nº 9.532/97) acabou por limitar a dedução em 6% (seis por cento) do imposto devido, cumulativamente com os incentivos à cultura e audiovisual.

As pessoas físicas poderão deduzir na Declaração de Ajuste Anual as doações feitas aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente desde que:

- a) Estejam munidas de documentos comprobatórios das doações, emitidos pelas entidades beneficiárias;
- b) A dedução do valor, pleiteada na Declaração de Ajuste Anual, a título de doação aos referidos fundos, somada às contribuições efetivamente realizadas em favor de projetos culturais e os investimentos feitos a título de incentivo às atividades áudio-visuais, não poderão deduzir do imposto devido em mais de 6% (seis por cento)⁶⁰.

Os 6% (seis por cento) passíveis de dedução do imposto devido são calculados no ano seguinte ao do exercício financeiro em que ocorreu a doação e demanda a obrigatoriedade de preenchimento do formulário completo da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o que inibe a doação por parte dos milhões de brasileiros que efetuam a declaração simplificada.

2.1.3.2 Doações feitas por pessoas jurídicas

§ 2º Os Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente fixarão critérios de utilização, através de planos de aplicação das doações subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfãos ou abandonado, na forma do disposto no art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal.

§ 3º O Departamento da Receita Federal, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, regulamentará a comprovação das doações feitas aos fundos, nos termos deste artigo.

§ 4º O Ministério Público determinará em cada comarca a forma de fiscalização da aplicação, pelo Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, dos incentivos fiscais referidos neste artigo”.

⁵⁹ Ocorre que a lei nº 8.242/91 acabou por prever que os limites de dedução do Imposto de Renda poderão ser determinados por Decreto do Poder Executivo, o que culminou com a edição do Decreto nº 794/93, em que a União estabeleceu como limite máximo de dedução do imposto de renda devido na apuração mensal (estimativa), trimestral ou anual das pessoas jurídicas, correspondente ao total das doações efetuadas no mês, trimestre ou ano, o total de 1% (um por cento), sendo que para o cálculo do limite dessa dedução deve ser excluída a parcela do imposto de renda devido no Brasil correspondente aos lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no Exterior, tal como determina o artigo 14 da Instrução Normativa nº 38/96.

⁶⁰ PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Incentivos Fiscais: doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível no site <http://fumcad.prefeitura.sp.gov.br/forms/conheca.aspx>. Acesso em: 30 de agosto de 2009.

As receitas oriundas de doações feitas por particulares também podem ser feitas por pessoas jurídicas, nos termos do que diz o artigo 260 da lei nº 8.069/90 e do que disciplina a Instrução Normativa SRF nº 86/94, de sorte a permitir a dedução do imposto de renda mensal (estimado), trimestral ou anual.

Quando do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o limite de dedução previsto era de 10% (dez por cento) da renda bruta de pessoa física e 5% da renda bruta de pessoa jurídica. Mais tarde, a lei nº 8.242/91 deu nova redação ao artigo 260 do ECA e passou a permitir que o total das doações efetuadas a esses fundos fosse deduzida do Imposto de Renda nos limites estabelecidos pelo Poder Executivo.

Com base nessa nova redação, o Poder Executivo, através do Decreto nº 794/93 estabeleceu como sendo de 1%⁶¹ (um por cento) o limite máximo de dedução do Imposto de Renda devido na apuração mensal (estimativa), trimestral ou anual das pessoas jurídicas, correspondente ao total das doações efetuadas no mês, trimestre ou ano. Para o limite desta dedução deve ser excluída a parcela do Imposto de Renda devido no Brasil correspondente aos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no Exterior, conforme artigo 14 da IN SRF nº 38/96.

As pessoas jurídicas que fazem a Declaração de Imposto de Renda com base no lucro presumido ou arbitrado não poderão deduzir os valores que porventura doarem aos fundos, bem como não poderão fazê-lo as empresas optantes do Simples Nacional. Em outras palavras, somente empresas que declarem seu Imposto de Renda com base no lucro real, seja ele mensal, trimestral ou anual, poderão efetivamente fazer jus aos ditames do artigo 260 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e sempre nos termos dos regramentos editados pelo Poder Executivo.

2.1.3.3 Doação de bens

Caso as doações feitas por particulares sejam feitas via bens, o doador deverá: a) comprovar a propriedade dos bens mediante documento hábil⁶², b) considerar como valor dos bens doados o valor da aquisição⁶³, no caso de pessoa física; e o valor contábil dos bens (desde que não ultrapasse o valor de mercado), no caso de pessoa jurídica e, por fim, c) baixar os bens doados, seja na Declaração de Bens ou Direitos anexa à Declaração de Ajuste Anual, no caso de pessoa física; seja na escrituração contábil, no caso de doador pessoa jurídica.

⁶¹ Diferentemente do que ocorre para as deduções feitas por pessoas físicas, cujo limite global de dedução do Imposto de Renda inclui também projetos culturais e audiovisuais, o limite de 1% (um por cento) para pessoas jurídicas não está incluído no teto de 4% (quatro por cento) referentes aos incentivos à cultura e aos projetos audiovisuais (MP nº 1.636/97).

⁶² Exemplos mais típicos de documentos hábeis a comprovação de propriedade são a nota fiscal ou a certidão de matrícula de registro de um imóvel.

⁶³ Esse valor deve ser atualizado monetariamente até 31/12/95 com base na UFIR vigente em 01/01/96, desde que esse valor não exceda o valor de mercado. No caso de imóveis, o valor de aquisição do bem é aquele que serviu como base de cálculo do ITBI – Imposto de Transmissão de Bens Intervivos.

2.1.3.4 As doações casadas

Verificada a possibilidade de que doações feitas por particulares constituam receita dos fundos, resta saber se é possível ao doador condicionar ou direcionar os recursos doados para um determinado projeto de sua preferência.

O assunto é polêmico, principalmente pelo fato de que não é possível a dedução do Imposto de Renda quando a doação é feita diretamente a uma dada entidade filantrópica, o que implica no uso do Fundo como instrumento oblíquo para se atingir tal fim.

Segundo nos noticia Murillo José Digiácomo,

Como face a atuação legislação fiscal não mais é possível semelhante dedução no que diz respeito à doações efetuadas diretamente às entidades “filantrópicas” e/ou declaradas de utilidade pública, tornou-se corriqueira, em muitos municípios, a prática das chamadas “doações casadas”, através da qual as doações feitas às entidades por pessoas físicas e/ou jurídicas “passam” pelo FIA antes de chegarem a seu destino (seja com repasse integral da verba doada diretamente à entidade, seja com a retenção de percentual do valor ao fundo, o que permite ao doador o abatimento da quantia respectiva (respeitados os limites acima referidos), de seu imposto de renda devido⁶⁴.

Os críticos dessa forma de doação alegam que, com tal sistemática, os fundos passam a servir unicamente a interesses privados (daqueles que fazem as doações e daqueles que as recebem), pouco importando a orientação política municipal de atendimento à criança e ao adolescente definida pelo Conselho de Direitos.

Teríamos aí violação aos princípios da moralidade e mesmo da legalidade na medida em que, uma vez que os recursos passem a integrar o fundo, eles passam a ter natureza pública, o que o submete às regras de gestão financeira em geral, não cabendo falar na possibilidade de um particular determinar seu destino.

Por outro lado, não se pode negar que a possibilidade dada ao particular de dirigir suas doações a projetos nos quais confia e não ao Fundo de modo geral leva a uma maior adesão da sociedade, posto que os recursos ou bens são direcionados para entidades que o particular conhece e tem como fiscalizar pessoalmente.

Não por outro motivo a grande maioria dos Conselhos de Direitos⁶⁵ têm previsto a possibilidade de doações direcionadas, condicionadas ou casadas. Elas podem

⁶⁴ DIGIÁCOMO, Murillo José. *O fundo especial dos direitos da criança e do adolescente e as “doações casadas”*. Curitiba. s.d. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id522.htm>. Acesso em: 3 mar. 2009.

⁶⁵ A Resolução nº 77/CMDCA/2005 do Conselho de Direitos do Município de São Paulo, por exemplo, estabelece em seu artigo 5º que a pessoa física ou jurídica poderá indicar projeto ou eixo previamente aprovado por aquele Conselho.

recair sobre o total do montante doado ou sobre percentual dele e só podem se referir a projetos já pré-aprovados pelos Conselhos de Direitos.

Em outras palavras, as entidades registradas apresentam seus projetos ao Conselho de Direitos e as doações podem ser feitas a projetos daquelas entidades pré-aprovados ou especificamente a um determinado eixo da política de atendimento, o que implica sua necessária inserção dentro da política de atendimento traçada por esse colegiado para uma dada localidade.

Trata-se, no nosso entender, de doação com encargo⁶⁶: os recursos doados aos fundos passam a ter natureza pública, mas com o encargo imposto pelo doador de que sejam utilizados num dado projeto desenvolvido por uma determinada entidade.

Note-se que a grande questão levantada como óbice à doação “casada” consiste na inversão de valores que esta pode trazer: a supremacia do interesse privado em face do interesse público. Todavia, isso é perfeitamente contornável se tivermos Conselhos de Direitos independentes, cientes de seus deveres e poderes e, principalmente, comprometidos com a política de atendimento pelos mesmos traçada.

2.1.4 Contribuições de organismos internacionais

As receitas dos fundos também podem ser providas por contribuições feitas por organismos internacionais. Esses entes de direito internacional em geral elegem um determinado programa e efetuam a doação ao fundo para aplicação específica.

Embora corriqueiramente as doações feitas por esses entes seja “a fundo perdido”, e os mesmos peçam apenas notícias dos resultados alcançados, com ou sem prestação sucinta e genérica de contas, podem também demandar apresentação mais específica de como os valores doados foram aplicados.

Eventual discordância logicamente poderá ensejar o ingresso desse organismo com ações judiciais em face do ente público que criou o fundo e do beneficiário dos recursos, após o corte no repasse de valores.

De todo modo, entendemos que, como a doação é feita ao fundo, ainda que estabeleça o encargo de que seja dirigida a um determinado programa, seus valores se tornaram públicos – como já dito – o que significa que, ainda que o organismo internacional doador não exija a prestação de contas dos valores gastos, tal providência deva necessariamente ser tomada.

⁶⁶ Art. 553 CC – “O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro ou do interesse geral.

§ único – Se desta última espécie for o encargo, o Ministério Público poderá exigir sua execução, depois da morte do doador, se este não tiver feito”.

Ademais, as ações ou programas para os quais os recursos são dirigidos devem ser convincentes e consistentes, isto é, possuírem capacidade técnica e operacional para serem viabilizados e terem relevância efetiva para a área da infância e juventude. Como pisado e repisado, trata-se de receita que se tornará pública, de modo que deve atingir finalidade pública. Não é porque veio de doação de um organismo internacional que deva ser aceito sem restrições. Notadamente, esses entes em geral fizeram sua parte e efetuam doações dirigidas a entidades conhecidas e corretas. Mas se assim não for, cumpre ao Poder Público estabelecer a exigência de que apenas entidades registradas possam receber tais doações, isto é, entidades que já tiveram suas atividades fiscalizadas e aprovadas.

Ainda, entendemos que saldo remanescente dessa doação, quando não utilizada para o programa específico para o qual o organismo internacional determinara, deve voltar ao fundo e ser utilizada para a realização de outro programa, se possível de natureza similar, não havendo que se falar em devolução da quantia ao ente internacional. Vigem, no caso, ainda em se tratando de doação com encargo, de montante destinado ao fundo, o qual possui como uma de suas características a manutenção de saldos remanescentes para o exercício seguinte.

2.1.5 Rendas procedentes de aplicação no mercado financeiro

A lei de criação dos fundos poderá também prever a aplicação de parte ou da totalidade dos recursos do fundo no mercado financeiro, evitando sua desvalorização durante o período em que permanecerem nele sem destinação aos programas de atendimento à criança e ao adolescente. Os rendimentos daí auferidos devem ser informados para que constem como receitas.

Logicamente, a aplicação de recursos do fundo no mercado financeiro deve constar do plano de aplicação, o qual, por sua vez, será elaborado tendo em vista qual o grau de risco a ser assumido com os recursos do fundo de modo a garantir sua plena economicidade.

Veja que, embora se trate de receita usualmente aplicada, não é regra de ordem obrigatória, dependendo de previsão na lei.

2.1.6 Repasses de outros entes federados

Segundo o inciso I⁶⁷ do artigo 204 da Constituição Federal, não cabe à União executar programas, mas apenas efetuar a coordenação e prever normas gerais a respeito do tema. Com efeito, cabe às esferas estaduais e municipais a parte executiva e, para tanto, recebem recursos, bens ou produtos da União. Por outro lado, com a tendência de municipalização do atendimento em todas as áreas de cunho social, também pode ocorrer o repasse de recursos da esfera estadual para municipal.

⁶⁷ “Art. 204 [...]”

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social”;

No âmbito dos fundos isso não é diferente. Deve existir um fundo da criança e do adolescente para cada ente federado e, dentro da competência constitucional de cada ente no trato da matéria, verifica-se o repasse por meio de transferências voluntárias, em geral mediante convênio.

Sem dúvida, o mais efetivo modo de transferência voluntária de recursos é feito mediante repasse fundo a fundo, que garante mecanismos de repasse regular e automático entre os níveis de governo, em substituição aos mecanismos convencionais, atendendo ao princípio de municipalização e determinando a garantia da destinação de recursos públicos para os Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, em cada esfera específica de governo.

Os repasses fundo a fundo independem de convênio ou qualquer outro instrumento, retirando entraves burocráticos que em geral retardam o recebimento de recursos pelos entes que executam as políticas públicas.

Esse repasse gera o direito de fiscalização dos conselhos federais e estaduais sobre a aplicação dos recursos que seus respectivos fundos transferiram, o que demanda preparo dos conselhos em acompanhar eventuais omissões ou irregularidades cometidas pelo gestor público que maneja esses valores recebidos via transferência voluntária.

2.1.7 Valores arrecadados em eventos promovidos pelos Conselhos, dentre outros

Dentre as possíveis fontes de receitas estão, ainda, as decorrentes de eventos promovidos pelos Conselhos, como as advindas de festas e outros eventos com vistas a arrecadação de recursos. Desde que previstas na lei de criação dos Fundos, tais formas alternativas de receita são perfeitamente legais.

2.2 Aplicação das Verbas dos Fundos

A aplicação dos recursos que compõem os Fundos é, na verdade, ponto da maior importância social, na medida em que configura a concretização da política de atendimento à criança e ao adolescente.

De fato, sendo o fundo uma das diretrizes da política de atendimento estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, resta claro que seus recursos com destinação específica devem ser aplicados de tal sorte a viabilizar a melhoria da situação dessas pessoas em desenvolvimento.

Daí a enorme importância de que os Conselhos de Direitos consigam efetivamente captar as necessidades dessas pessoas e elaborem políticas públicas eficazes e prioritárias, que serão consolidadas em dois documentos: o Plano de Ação para Verbas do Fundo e o Plano de Aplicação de Verbas do Fundo.

O Plano de Ação refere-se ao planejamento de ações políticas para combater as necessidades mais prementes do segmento infanto-juvenil. Pauta-se no mapeamento da

situação da criança e do adolescente e suas metas deverão ser refletidas no Plano Plurianual e na Lei de diretrizes Orçamentárias.

O Plano de Aplicação, por sua vez, prevê como será a destinação das verbas do Fundo. É através dele que se estabelecem os respectivos programas e ações compatíveis com as deliberações do Conselho, o que mais tarde é apresentado ao Poder Executivo⁶⁸ para inserção na Proposta Orçamentária que segue para o Legislativo.

É inegável a relevância do suporte financeiro para a implementação das diretrizes traçadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas é igualmente importante que a materialização dessas diretrizes se dê através de programas que atendam às verdadeiras necessidades das crianças e adolescentes de uma dada localidade.

Para tanto, há que se ter em mente, primeiramente, que os limites à aplicação desses recursos é negativo, isto é, não são fixados positivamente de modo a deixar claro que deve ser objeto de aplicação (o que será deliberado pelos Conselhos de Direitos segundo a realidade local), mas se perfaz pela fixação do que não poderá ser objeto de destinação desses valores.

Em linhas gerais, temos três hipóteses que não comportam utilização de recursos oriundos do fundo: para a manutenção de Conselhos Tutelares ou de Conselhos de Direitos; para políticas públicas que já disponham de fundos específicos e, por fim, para programas que não tenham sido objeto de deliberação e aprovação pelos Conselhos de Direitos⁶⁹.

A vedação ao uso dos recursos oriundos dos Fundos para a manutenção dos Conselhos Tutelares e de Direitos decorre do fato de que sua existência, a partir do advento da lei nº 8.069/90, passou a ser de instituição obrigatória, a ser sustentada financeiramente pelo Estado com os recursos deste, não se podendo aceitar, segundo nos parece, que os valores de fundo cuja destinação está ligada especificamente à implementação de políticas públicas a serem deliberadas pelo órgão competente possam sem utilizadas para a manutenção desse mesmo órgão.

⁶⁸ A única possibilidade de alteração pelo Poder Executivo do Plano de Aplicação elaborado pelo Conselho de Direitos dar-se-ia na hipótese de erro formal ou diante da constatação de manifesta impossibilidade de cumprimento das dotações previstas.

⁶⁹ Manutenção, todavia, não se confunde com apoio financeiro para a formação e qualificação dos Conselheiros Tutelares. Nesse caso, é lícito o uso de recursos oriundos dos Fundos da Criança e do Adolescente, pois se trata de investimento que, obliquamente, gerará benefícios à toda infância e juventude, aprimorando os serviços prestados à comunidade pelos Conselhos Tutelares a partir da capacitação dos conselheiros eleitos. É nesse sentido o §6º do art. 4º da Resolução 139 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, de 17 de março de 2010.

Ainda, e nessa mesma porfia, os recursos destinados aos Fundos não podem ser utilizados para a implementação de políticas sociais básicas, senão em hipóteses absolutamente excepcionais.

Essas políticas de índole mais basal, que se encontram insertas na competência dos entes federados de proteção da criança e adolescente, devem ser cobertas por recursos oriundos do orçamento dos próprios entes competentes para sua efetivação.

Os Fundos abarcam necessidades de caráter complementar e não substituem, destarte, a responsabilidade estatal de, por meio do orçamento geral, prever recursos para as políticas públicas básicas. Seus recursos devem ser usados em setores estratégicos da política social, mas sem pretensão de substituir financeiramente o que deve ser assegurado pelo Estado.

Segundo Denise Auad:

As verbas do Fundo não podem ser repassadas para políticas sociais básicas, as quais são de responsabilidade do Estado por meio do planejamento da aplicação das verbas orçamentárias decorrentes de arrecadação tributária. Há, inclusive, vinculação constitucional de receitas orçamentárias em determinadas políticas básicas, como, por exemplo, a educação e a saúde. Isso significa que o Fundo não substitui o orçamento público, relacionado a um planejamento mais macro da ordem social. No entanto, pelo fato de o Fundo disponibilizar verbas em caixa por meio de um procedimento relativamente menos burocrático do que o mecanismo de dotação orçamentária, já que pode receber verbas do setor privado, por meio de doações de pessoas físicas ou jurídicas, torna-se, muitas vezes, um alvo fácil para cobrir lacunas deixadas pelo Poder Executivo, que, por contar com a existência do Fundo, aplica as verbas do orçamento em outras áreas, por entender, de forma equivocada, que a área infanto-juvenil já estaria coberta em sua gestão administrativa. Tal visão é responsável por perpetuar o vício de alguns gestores que ainda consideram a política infanto-juvenil residual, em completa subversão ao princípio da prioridade absoluta previsto de forma expressa no art. 227 da Constituição Federal⁷⁰.

Logicamente, estamos com a autora em questão quando esta se manifesta no sentido de possibilidade de uso dos recursos oriundos dos Fundos para a implementação de políticas sociais básicas, mas apenas em caráter absolutamente subsidiário e de modo bastante condicionado.

Nesse passo, assevera Denise Auad que:

Se for constatado que o governo está aplicando adequadamente o orçamento público, que o Fundo está realizando os programas de atendimento a situações emergenciais conforme previsto no Plano de Aplicação de Verbas e, mesmo assim, ficar comprovado que ainda existem demandas de base para a proteção integral da criança e do adolescente, como, por exemplo, a demanda de construção de creches ou unidades de atendimento de saúde, defendemos que, se houver verbas disponíveis no Fundo, estas poderão ser aplicadas para suprir necessidades estruturais. Este raciocínio, apesar de polêmico, respeita a natureza complementar das verbas do Fundo, pois só poderão ser aplicadas em políticas sociais básicas se ficar constatada a impossibilidade de o Estado suprir todas as demandas estruturais e, além disso, se

⁷⁰ *Conselhos e fundos dos direitos da criança e do adolescente: uma opção pela democracia participativa*, p.157.

houve disponibilidade financeira do Fundo, Como na área de atendimento à criança e ao adolescente busca-se a interpretação que os protege com maior grau de intensidade, até pela aplicação do princípio do melhor interesse, cremos que a lógica interpretativa apresentada é a que mais se adequa ao escopo do Direito Infanto-Juvenil⁷¹.

Por outro lado, não poderão receber recursos oriundos dos fundos projetos que não tenham sido submetidos e aprovados pelos Conselhos de Direitos, pois caberá a esses a elaboração das políticas públicas a serem implementadas de acordo com as necessidades locais.

A única hipótese de aplicação obrigatória de recursos do Fundo está prevista em nosso atual ordenamento no parágrafo 2º⁷² do artigo 260 da lei nº 8.069/90 e se refere à aplicação necessária de percentual dos recursos para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfão ou abandonado, na forma do disposto no art. 227, §3º, VI, da Constituição Federal.

Por aí se vê que a lei deve prever genericamente seu âmbito de aplicação, mas que sua realização variará na prática segundo as infinitas possibilidades de concreção desses parâmetros legais através de toda sorte de programas (ou seja, sua delimitação positiva é de amplo espectro), os quais obviamente serão voltados precipuamente ao atendimento da criança ou adolescente em situação de rua ou de abandono, com vistas ao reforço escolar, ao abrigo, à orientação das famílias, à prevenção da drogadição, à recuperação de jovens usuários e psicotrópicos, aos fortalecimento de programas que desenvolvem medidas sócio-educativas com adolescentes infratores, ao combate à violência doméstica, à exploração sexual, à negligência e aos maus-tratos, à divulgação do conteúdo do Eca, etc.

Esses programas devem, com efeito, ser selecionados a partir de Edital elaborado pelo Conselho de Direitos e onde devem restar claramente definidos critérios objetivos, transparentes e impessoais de classificação de projetos, de forma que a ordem de prioridade dos convênios se operem em consonância com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e tendo em conta, principalmente, o que dispõe o Estatuto e quais as efetivas necessidades locais.

A seguir, dada a importância prática elementar que apresentam na seara de aplicação de verbas oriundas dos Fundos, são traçados alguns parâmetros a serem observados quando da celebração de convênios que impliquem em repasse desses recursos a entidades

⁷¹ *Op. cit.*, p. 158.

⁷² “Art. 260 [...]”

§ 2º- Os Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente fixarão critérios de utilização, através de planos de aplicação das doações subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfão ou abandonado, na forma do disposto no art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal”.

privadas para a concreção de programas de prevenção, proteção e defesa de direito, bem como de cumprimento de medidas sócio-educativas.

2.2.1 Algumas palavras sobre os Convênios celebrados com recursos advindos dos Fundos

Merecem algumas considerações, dada sua importância prática, os convênios celebrados com entidades privadas nas quais se utilizam recursos advindos dos fundos, pois a natureza pública desses valores traz uma série de conseqüências para os convenientes e que devem ser destacadas.

Segundo a clássica definição de Hely Lopes Meirelles, “convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de objetivos comuns dos partícipes”⁷³.

É instrumento que tem como característica a consensualidade e não a comutatividade, não se confundindo com o contrato, na medida em que, no convênio, todos os participantes querem a mesma coisa; os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns; todos objetivam um resultado comum, de modo que não se cogita de preço ou remuneração, pois seu cerne é a mútua colaboração; as vontades se somam.

Como colocado com perfeição por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem o convênio é uma espécie de ato administrativo complexo, “no contrato, as vontades não se compõem, não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie de vontade (que é delas uma resultante e não uma adição), no ato complexo, as vontades se somam, atuando autônoma e paralelamente”⁷⁴. Os interesses em jogo são obrigatoriamente comuns e convergentes, daí a outra sugestiva designação dada por alguns doutrinadores, qual seja, a de ato união.

Por interesse comum obviamente não se deve entender atividade comum, pois cada conveniente contribui de uma determinada maneira para a consecução do bem comum, tanto que a contrapartida pode se dar através de bens, recursos ou serviços.

A grande celeuma vem à baila quando o que temos é um convênio entre entidades particulares e um ente público em que há repasse de recursos por parte desse último, e a contrapartida do partícipe privado é feita unicamente através de serviços, o que aproxima perigosamente o instituto do contrato, podendo inclusive levar a seu uso equivocado (celebração de convênio quando deveria haver contrato ou vice-versa). É o caso, justamente, dos convênios celebrados com particulares e que tem por base o repasse de recursos oriundos dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente.

⁷³ *Direito administrativo brasileiro*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 411.

⁷⁴ *Curso de direito administrativo*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.185

De fato, os convênios podem ser de quatro tipos, basicamente: entre entes públicos e sem repasse de recursos, entre entes públicos e com repasse de recursos, entre um ente público e uma entidade privada sem repasse de recursos e, por fim, a situação que se tem no caso em tela, que é a hipótese de convênio celebrado entre um ente público e uma entidade privada com repasse de recursos.

Em todas essas quatro modalidades, percebe-se que ao menos um dos partícipes é um ente público⁷⁵; que o objeto do convênio visa sempre à consecução de um objetivo comum; que o convênio não dá ensejo à formação de uma pessoa jurídica⁷⁶; que deve ser reduzido a termo (não cabendo falar em convênio verbal⁷⁷, visto que há assunção de obrigações e não existe permissivo legal admitindo sua realização senão por escrito), que não existe necessidade de autorização legislativa para sua celebração (bastando seja dado ao Poder Legislativo ciência do ajuste)⁷⁸ e que há a aplicação subsidiária da lei nº 8.666/93, “no que couber”, o que variará de forma significativa conforme se esteja diante de uma ou outra modalidade de convênio⁷⁹.

Em havendo repasses, impõe-se a previsão de prazo de duração do ajuste, pois deve ser elaborado cronograma de desembolso, plano de aplicação dos recursos e só são

⁷⁵ Note-se que o partícipe é o ente e não órgão que o compõe, que poderá, no máximo representá-lo. É nulo o convênio celebrado unicamente por órgão.

⁷⁶ Diferentemente do que ocorre, atualmente, com o consórcio público, que pode gerar uma associação pública ou privada.

⁷⁷ É exatamente por isso que a Instrução Normativa STN nº 01, de 15 de janeiro de 1997, no parágrafo 2º do artigo 9º ser nulo e de nenhum efeito o convênio verbal com a União ou com entidade da Administração Pública Federal.

⁷⁸ O que já foi decidido por diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal.

⁷⁹ Não há nenhuma especificação acerca de quais disposições seriam ou não seriam aplicáveis aos convênios, talvez porque o perfil de suas quatro modalidades seja extremamente variado. Todavia, em havendo repasse de recursos, reza a lógica que o cuidado deve ser sempre redobrado e toda e qualquer medida que assegure a clara e transparente gestão do dinheiro público deve ser instituída. De todo modo, os Tribunais de Contas têm entendido que sempre será aplicável o artigo 38 da lei 8.666/93. Quanto à possibilidade de acréscimos e supressões, nos termos do artigo 65 da lei nº 8.666/93, o Tribunal de Contas da União entendeu que seus limites (seja qualitativa ou quantitativamente) se aplicam a quaisquer ajustes da Administração, o que inclui os convênios (Decisão 215/199- - Plenário).

Por fim, quanto à problemática celeuma acerca da necessidade ou não de licitação prévia para a celebração dos convênios, os Tribunais não a têm considerado necessária, dada a natureza ínsita de mútua colaboração que rege o ajuste. A doutrina, por sua vez, também entende de modo geral por sua desnecessidade. Nada impede, todavia, que algum processo seletivo seja exigido (ou mesmo uma licitação) pela entidade pública que celebrará o convênio. Se ela entender que há um grande número de particulares que poderiam executar o objeto do convênio, nada impede a previsão de critérios competitivos para a escolha do futuro partícipe. É o que entende, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual aduz que “Para travar convênios com entidades privadas, salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas – o sujeito público terá que licitar ou, quando possível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 660). Daí porque não há qualquer cabimento, no caso em epígrafe, em afirmar-se que a existência de processo seletivo para a aprovação dos projetos a serem fomentados pela Secretaria Municipal de Cultura traria aos mesmos a natureza de concurso, desnaturando-os como convênio. O mero fato de selecionar não muda a natureza jurídica do ajuste firmado, sendo tão somente procedimento instaurado pela Administração a fim de garantir maior isonomia aos concorrentes.

admitidos pagamentos durante esse prazo de vigência, sob pena de responsabilidade de gestor do convênio. Isso ocorre porque a natureza da verba repassada permanece pública, o que enseja prestação de contas, a respeitar certo lapso temporal.

Nesse passo, cumpre pisar e repisar a natureza pública das verbas repassadas no convênio, pois dessa característica elementar decorrem diversas e importantíssimas conseqüências.

Com efeito, quando o particular recebe verbas públicas em razão de convênio, esses valores continuam públicos, o que significa que: a) sobre ele não incidem impostos⁸⁰ (seja ele o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza, o Imposto de Renda ou qualquer outro), b) o particular deve prestar contas do que fez desses recursos, comprovando minudentemente sua escoreita aplicação no objeto do convênio, tanto ao ente repassador como ao Tribunal de Contas; c) ao estar no manejo de recursos públicos, pode responder por improbidade administrativa.

Vejamos o que diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

[...] no contrato, o valor a ser pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo; no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do poder público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, como ao Tribunal de Contas⁸¹.

Ou seja, diante da ausência de comutatividade nos convênios, surge a necessidade de controle *a posteriori* via prestação de contas justamente em razão da ausência de reciprocidade de obrigações presente nos contratos, dado que as verbas repassadas não têm natureza de preço ou de remuneração que uma das partes paga à outra em troca do benefício recebido.

Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda a natureza por força do convênio; ele é utilizado pelo executor do convênio, mantida sua natureza de dinheiro público. Por essa razão, é visto como alguém que administra dinheiro público, estando sujeito ao controle financeiro e orçamentário previsto no artigo 70, parágrafo único, da Constituição.⁸²

Esse convênio estabelecido com particulares para a execução de programas voltados à criança e adolescente é modalidade de fomento que, segundo Sílvio Luís Ferreira

⁸⁰ Ressalte-se veementemente que essa não-incidência refere-se, tão somente, ao repasse efetuado no convênio do ente público para o ente privado. Obviamente não estão aí incluídos os pagamentos feitos a pessoas físicas ou jurídicas contratadas pelas entidades não-estatais.

⁸¹ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 315.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 318.

da Rocha, consiste na atividade administrativa de “proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar, sem empregar meios coativos, as atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral”⁸³.

Trata-se da forma mais moderada de atuação estatal na economia e serve não só para promover o desenvolvimento de alguns ramos da economia considerados de relevante interesse público, como serve de respaldo a um sistema de subsídio, isenções e outros meios de incentivo.

Quando estamos diante de um convênio realizado entre entidades públicas e particulares, não se tem a delegação de serviços públicos. O convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do ajuste. Como assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa a outra que não a possui; no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas têm competências comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos⁸⁴.

Deveras, ao invés de o Estado desempenhar, ele mesmo, determinada atividade, opta por incentivar ou auxiliar o particular que queira fazê-lo, por meio de auxílios financeiros e subvenções, financiamentos, favores fiscais etc. A forma usual de concretizar esse incentivo é o convênio.

Como explicado de modo claro pela ilustre administrativista, a quem mais uma vez citamos:

Quanto ao convênio entre entidades públicas e particulares, ele não é possível como forma de delegação de serviços públicos, mas como modalidade de fomento (v. item 2.5). É normalmente utilizado quando o Poder Público quer incentivar a iniciativa privada de interesse público. Ao invés de o Estado desempenhar, ele mesmo, determinada atividade, opta por incentivar ou auxiliar o particular que queira fazê-lo, por meio de auxílios financeiros e subvenções, financiamentos, favores fiscais etc. A forma usual de concretizar esse incentivo é o convênio.

Sublinhada a manutenção da natureza pública dos recursos repassados, é possível compreender a importância de que o edital para seleção de projetos via celebração de convênio contenha todo o tipo de regramento que permita o devido controle na aplicação dos recursos repassados pois, diferentemente do que ocorre no contrato, não importa na seara convencional tão somente que seu objeto tenha sido prestado a contento, mas que o tenha sido exatamente do modo como aprovado pelo Conselho de Direitos.

Um edital pode, por exemplo, dar à entidade privada um prazo fixo para a captação de recursos junto à iniciativa privada para a implementação do projeto pretendido,

⁸³ *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

⁸⁴ ⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 316.

mas seu projeto deverá: atender ao interesse público e ter viabilidade técnica e operacional comprovada antes que qualquer recurso oriundo do Fundo seja liberado.

Igualmente, se a entidade particular conseguir o levantamento apenas parcial dos valores inicialmente orçados, haverá a necessidade de se verificar a viabilidade prática dessa adequação, sob os aspectos da viabilidade e economicidade.

Em outras palavras, tratando-se dinheiro público (visto que, como já mencionado, uma vez integrante do Fundo, os lá integrados passam a ser de natureza pública), não se pode simplesmente investir num projeto sem que se saiba se ele possui efetiva probabilidade de produzir os resultados almejados: as necessidades são infinitas e os recursos são escassos, de modo que o repasse deve ser feito de forma cautelosa e realista.

3 Conclusão

Vistos os principais aspectos atinentes aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, pudemos verificar que esse modo peculiar de gestão de recursos apresenta aspectos negativos e positivos mas que, de toda feita, são hoje uns dos principais instrumentos da política de atendimento à criança e ao adolescente de que trata a lei nº 8.069/90.

Inicialmente, coube trazer à baila uma série de características aplicáveis aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente decorrentes de sua natureza jurídica de fundos especiais.

Em linhas gerais, verificamos que: sua criação depende de previsão na lei ou na Constituição; os fundos integram o orçamento do ente a que estejam vinculados e se submetem aos princípios orçamentários gerais; estão vinculados a uma finalidade específica e seus recursos não poderão ser utilizados senão para o atingimento desse fim; não possuem personalidade jurídica ou judiciária; podem ser formados pelas mais variadas receitas, desde que previstas em lei e não provenientes de impostos; eventual saldo remanescente vai para o exercício seguinte em razão de sua vinculação especial; sua lei de criação poderá prever normas peculiares de administração e, de todo modo, por se tratarem de recursos públicos, estão sujeitos a controle interno ou externo.

Como aspectos negativos dos fundos especiais podemos citar: a) eles dificultam a criação de parâmetros de comparação com os outros gastos do orçamento; b) geram incerteza quanto à priorização dos gastos públicos com a área da infância e juventude; c) podem obstruir processos de racionalização administrativa, estimulando a duplicação de rotinas; e d) dificultam o planejamento de políticas intersetoriais integradas.

Todavia, seus aspectos positivos justificam sua existência, posto que são: a) instrumentos garantidores de patamares mínimos de investimentos na área da Criança e do Adolescente; b) permitem a gestão democrática dos recursos públicos; c) viabilizam o

incremento da democracia participativa e d) servem, primordialmente, como instrumento de descentralização, municipalização e exercício de controle social.

Deveras, na área da criança e do adolescente – até por sua relevância e imposição constitucional de tratamento prioritário – a vinculação de recursos para destinação específica a essa área é bastante salutar. As críticas existentes, e que tem sua pertinência e valia, podem ser superadas se a participação democrática se fizer de modo mais contundente, ou seja, via evolução do controle social sobre os fundos.

Esse controle deve ser efetivado em várias etapas, que vão desde o árdua processo de votação das leis orçamentárias, até a atuação do Conselho de Direitos e a efetiva execução de programas voltados à infância e juventude que beneficiem essas pessoas em desenvolvimento. O controle deve ser feito, portanto, tanto por ocasião da fase de elaboração do plano de ação e sua inclusão no orçamento, como na fase de aplicação dos recursos do fundo, sem prejuízo de atuação em fase *a posteriori*, já na etapa de prestação de contas.

Consideramos, ademais, aceitável a idéia da doação direcionada ou casada, desde que o projeto para o qual se dirigem os recursos oriundos do particular apresente viabilidade técnica e operacional e se apresente como apto a atender plenamente às políticas públicas traçadas pelo Conselho de Direitos.

Em outros termos, as doações direcionadas devem ser consideradas lícitas se os projetos por elas viabilizados servirem à política pública de atendimento à criança e ao adolescente nos moldes previamente estabelecidos tendo em vista a realidade social local. São os projetos efetuados pelos particulares que devem servir como instrumento de concreção da política de atendimento e não a política de atendimento que deve moldar-se aos projetos apresentados.

Apesar de óbvio, o alerta acima é feito para que o Conselho de Direitos tenha sempre em vista seu importante papel: é ele quem, debruçando-se sobre dados e constatações sobre a situação da criança e do adolescente, deve estabelecer os parâmetros a serem seguidos pelos projetos que receberão recursos dos fundos, devendo acompanhar, ainda, a utilidade e eficácia do mesmo. É o Conselho de Direitos, enfim, que deve efetuar, uma vez elaborada a política pública de atendimento à criança e ao adolescente, como se dará o acompanhamento dos meios e dos fins utilizados para sua concretização.

Em conclusão, os Fundos são modalidades de gestão de recursos que, se geridos e administrados de modo correto, com o escorreito acompanhamento do Plano de Ação e Aplicação podem gerar resultados muito profícuos, sendo importantíssimo instrumento da política de atendimento à criança e ao adolescente, a merecer toda atenção e controle do Estado e Sociedade.

Bibliografia

- AGUIAR, Afonso Gomes. *Lei nº 4.320 comentada ao alcance de todos*. 3. ed. 2. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- AUAD, Denise. *Conselhos e fundos dos direitos da criança e do adolescente: uma opção pela democracia participativa*. 2007. 209 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CALDAS, Eduardo de Lima. Apresentação e acompanhamento do orçamento público do Município de São Paulo no período recente. In: *Observatório dos direitos do cidadão: acompanhamento e análise das políticas públicas na cidade de São Paulo*. São Paulo: Instituto Pólis/PUC-SP, n. 6, 2002.
- CAMPOS, Gabriel de Britto. Fundos Especiais. *Fórum Administrativo - Direito Público – FADM*. Belo Horizonte, n. 14, ano 2, abr. 2002. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=1609> Acesso em: 03 mar. 2009.
- CARVALHO, Maria do Carmo A. A.; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. (org.). *Conselhos gestores de políticas públicas*. São Paulo: Instituto Pólis/PUC-SP, n. 37, 2000.
- CASTRO, José Nilo de. Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente _ Repasse de recursos para entidades cadastradas _ Ano eleitoral _ Vedação _ Exceção nos casos de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior _ Acompanhamento pelo Ministério Público de sua execução financeira e administrativa. *Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM*, Belo Horizonte, n. 28, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=54027>. Acesso em: 03 maio 2009.
- CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García (coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DIGIÁCOMO, Murillo José. *O fundo especial dos direitos da criança e do adolescente e as "doações casadas"*. Curitiba. s.d. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id522.htm>. Acesso em: 3 mar. 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FUNDAÇÃO ABRINQ; INESC; UNICEF. *De olho no orçamento da criança: atuando para priorizar a criança e o adolescente no orçamento público*. Caderno 1. São Paulo, 2005.
- GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002.
- LIBERATI, Wilson Donizetti; CYRINO, Públio Caio Bessa. *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- MARANHÃO, Tatiana de Amorim. *Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de São Paulo*. São Paulo: Instituto Pólis/ PUC-SP, n. 15, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NUNES, Clécio Santos. Os fundos especiais. In: CONTI, José Maurício (coord.). *Orçamentos públicos – A lei nº 4.320/1964 comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 204-221.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Incentivos fiscais: doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível no site <http://fumcad.prefeitura.sp.gov.br/forms/conheca.aspx>. Acesso em: 30 ago. 2009.

REIS, Heraldo da Costa; MACHADO Jr., J. Teixeira. *A lei nº 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal*. 31. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.

ROCHA, Silvío Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANCHES, Oswaldo Maldonado. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, n. 154, p. 269-299, abr./jun. 2002.

SÊDA DE MORAES, Edson. O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente – aspectos jurídicos. *Cadernos CBIA 2 – Municipalização: possibilidade ou realidade*, Rio de Janeiro: Ministério da Ação Social/MAS, Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência/CBIA, n. 2, ano 1, jan./fev. 1992.

SILVA. De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEIXEIRA, Ana Cláudia C.; MAGALHÃES JR., José César (org.). *Fundos públicos e políticas sociais*. São Paulo: Instituto Pólis/PUC-SP, n. 45, 2002.

TOLEDO JR., Flávio C. de. *Fundos especiais: diversas considerações concernentes à administração financeira*. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, 2003 (mimeo).

_____. Os Tribunais de contas e os fundos dos direitos da criança e do adolescente. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, n. 63, ano 6, mar. 2007. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=39659>. Acesso em: 03 mai 2009.

VIAN, Maurício. *Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível no site http://www.mj.gov.br/sedh/ct/spdca/fundo_dos_direitos_da_crian%C3%A7a.htm, acesso realizado em 16 de maio de 2009.

Do processo administrativo nº 2008-0.344.249-8

INTERESSADO: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 14.660, de 26 de dezembro de 2007, artigos 6º, 77, 110 e 128 – Ação julgada parcialmente procedente.

Informação n.º 2493/2010-SNJ.G

SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS – SNJ
ASSESSORIA TÉCNICA E JURÍDICA
Senhora Procuradora Chefe

DO RELATÓRIO

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, a qual foi julgada parcialmente procedente pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a declaração da inconstitucionalidade dos artigos 110 e 128 da Lei Municipal nº 14.660/07 (fls. 197/213 e 229/245), que assim dispõem:

“Art. 110. Ficam criados no Quadro dos Profissionais da Administração, instituído pela Lei nº 11.511, de 19 de abril de 1994, 100 (cem) cargos de Assistente Técnico Administrativo, Referência DAI-6, de livre provimento em comissão pelo Prefeito, dentre integrantes da carreira de Auxiliar Técnico de Educação, lotados nos órgãos centrais e regionais da Secretaria Municipal da Educação.”

“Art. 128. Ficam criados no Quadro dos Profissionais da Administração, instituído pela Lei nº 11.511, de 19 de abril de 1994, 39 (trinta e nove) cargos de Assistente Técnico II, de referência DAS-11, de livre provimento em comissão pelo Prefeito, nas Diretorias Regionais de Educação, na seguinte conformidade:

- a) 13 (treze) cargos providos dentre portadores de diploma de Engenheiro;
- b) 13 (treze) cargos providos dentre portadores de diploma de Ciências Jurídicas e Sociais;

c) 13 (treze) cargos providos dentre portadores de diploma de Contador.”

Apresentados e julgados embargos de declaração (fls. 220/227 e 273/276), interpôs a Municipalidade recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo (fls. 279/290). Também interpôs recurso extraordinário a Câmara Municipal de São Paulo (fls. 291/304).

O Departamento Judicial – JUD esclarece que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo e que não foi ainda examinado pelo Tribunal o pedido de concessão de tal efeito, razão pela qual recomenda nova subida do processo administrativo para a ciência das Secretarias Municipais de Educação - SME, da Modernização Gestão e Desburocratização (SMG) e do Governo Municipal - SGM (fls. 305/306 e 309/310).

A Procuradoria Geral do Município – PGM destacou que, não tendo ainda atribuído o almejado efeito suspensivo ao recurso extraordinário, que se encontra em juízo de admissibilidade, o v. acórdão de fls. 197/213 surte seus regulares efeitos de direito, devendo ser observado e cumprido pela Administração, ainda que provisoriamente.

E conclui que “Isto significa que deverão ser provisoriamente tornados sem efeitos os atos administrativos que tenham sido praticados com fundamento nos artigos 110 e 128 da Lei Municipal nº 14.660/07, julgados inconstitucionais, razão pela qual propõe o envio à SMG e SME, considerando desnecessária nova remessa do processo à SGM/ATL (fls. 311/313).

DA INVIABILIDADE DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO

De conformidade com a informação prestada pela Assessora Especial do CONAE-2/SME (fl. 262), “os cargos em comissão de Assistente Técnico Administrativo – DAI 6, criados pelo artigo 110 da Lei nº 14660/07, estão todos vagos, uma vez que não há integrante da carreira de Auxiliar Técnico de Educação com lotação definitiva nos órgãos centrais e regionais da SME” e que quanto “aos 39 cargos de Assistente Técnico II, de referência DAS 11, de livre provimento em comissão, com lotação nas Diretorias Regionais de Educação, há pessoal nomeado e em exercício.”

Parece-nos, então, que não há como se cumprir provisoriamente a decisão, porque a anulação dos atos administrativos implicaria em exoneração dos cargos, com conseguinte solução de continuidade dos serviços prestados pelos servidores nomeados, em prejuízo do interesse público.

A nosso ver feriria o princípio da razoabilidade a imediata exoneração dos servidores nomeados, diante da possibilidade de acolhimento do pedido de efeito suspensivo e do eventual posterior provimento dos recursos extraordinários interpostos pela Municipalidade e Câmara Municipal de São Paulo.

Opinamos, portanto, no sentido de que não se cumpra, ainda, a decisão judicial proferida, ficando-se no aguardo das decisões antes mencionadas, até porque, em ação direta de inconstitucionalidade, o cumprimento da decisão judicial depende de

ato da Câmara Municipal, por expressa disposição do artigo 90, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo, nestes termos:

§ 3º - Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal interessada, para a suspensão da execução, no todo ou em parte, da lei ou do ato normativo.”¹

No mesmo sentido, estabelece a Lei Federal nº 9868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

Art. 25. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.

E no artigo 28 a referida Lei Federal indica que a decisão que declara a inconstitucionalidade de lei passa a produzir efeitos (ainda que “ex tunc”), somente a partir do trânsito em julgado:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. (g.n.)
Parágrafo único. 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.

Observe-se que “a eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” estão previstos no parágrafo único do artigo 28, condicionando-o, desta forma, ao trânsito em julgado da decisão, previsto no seu “caput”.

Aliás, a Constituição Federal também condiciona a eficácia contra todos e o efeito vinculante à decisão definitiva de mérito, o que pressupõe o trânsito em julgado da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei, conforme se constata do seu artigo 102, § 2º:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 – g.n.)

No caso em concreto, só existirá decisão definitiva de mérito após o trânsito em julgado da decisão que declarou a inconstitucionalidade dos dois artigos da referida lei municipal.

Angelina Mariz de Oliveira² esclarece que “...a decisão transitada em julgado em ações diretas tem tradicionalmente o efeito *ex nunc*.” (g.n.).

¹ Em consonância com o Artigo 52, X, da Constituição Federal.

² *Ação Direta de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária*, Dialética, São Paulo, 2005, p.130.

Assim, entendemos que o cumprimento da decisão proferida deva aguardar a suspensão da execução da lei por parte da Câmara Municipal, quando esta for comunicada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que, espera-se, só deverá ocorrer após o trânsito em julgado do v. acórdão.

Enquanto isto, aguarda-se a decisão quanto ao pedido de efeito suspensivo do recurso extraordinário interposto pela Municipalidade de São Paulo.

DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE EFEITO “EX NUNC À DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Por outro lado, é importante observar que, em que pese ter a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, em regra, efeitos “ex tunc”, como corretamente afirmado pelo Departamento Judicial – JUD, o nosso sistema jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, em casos excepcionais, a concessão de efeitos “ex-nunc”, com base no artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99, que assim dispõe:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” (g.n.).

Como se vê, o citado dispositivo legal permite mitigar a retroatividade das decisões declaratórias da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

As razões de segurança jurídica e excepcional interesse social devem ser resguardadas não apenas no controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, mas também no controle realizado pelos Tribunais locais.

Portanto, nosso Sistema Jurídico admite, excepcionalmente, que seja fixado um momento para que se inicie a produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não podendo prevalecer a simples regra de nulidade dos atos praticados durante a vigência da norma, sob pena de violação de vários princípios que norteiam a ordem jurídica, dentre eles o princípio da segurança das relações jurídicas que se estabeleceram sob o direito positivo considerado escoreito, bem como o princípio da boa-fé.

Ressalte-se, ainda, que na Lei nº 9.868/99 estão estipulados princípios que devam ser observados no controle de constitucionalidade abstrato do ordenamento pátrio, pois, em que pese a citada lei federal ter disciplinado o processo e o julgamento da ADIN perante o **Supremo Tribunal Federal**, ela também consigna ideias regulamentadoras (princípios) que não podem ser olvidados pelas demais Cortes do nosso país.

Desta forma, com base em referida Lei Federal, admite-se que os Tribunais adotem três critérios para a fixação dos efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis: a) efeitos “ex tunc” (retroativo); b) efeitos “ex nunc” (irretroativo); e c) efeitos “pro futuro” (para o futuro).

Do Posicionamento Doutrinário Acerca dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei

No que pertine especificamente à possibilidade de conferir efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* às leis declaradas inconstitucionais, muito embora se refira às ADINs de competência do STF, oportuno transcrever o seguinte excerto do artigo intitulado “A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade”³, de autoria de **Daniel Sarmento**:

Porém, na prática, a aplicação indiscriminada do dogma da nulidade das leis inconstitucionais suscita questões de difícil equacionamento. Com efeito, a eliminação retroativa de normas vigentes no ordenamento pode gerar situações de verdadeiro ‘caos’ jurídico ou de injustiça flagrante, ocasionando tremenda insegurança para aqueles que pautam seus atos pela lei inconstitucional.

Tal problema se agrava, tendo em vista a imprescritibilidade do vício de ilegitimidade constitucional. Nada obsta que a inconstitucionalidade de uma norma jurídica só seja reconhecida muitos anos depois de sua edição, após a consolidação de um sem-número de relações jurídicas constituídas sob a sua égide. Nestes casos, a supressão retroativa da lei contrária à Constituição pode acarretar tremendas injustiças, lesionando outros interesses e valores também tutelados pela ordem constitucional.

...

Em casos desta espécie, parece-nos imperioso que se conceda certa margem de manobra ao Judiciário, para que possa buscar, em vista das peculiaridades da situação concreta, uma solução que acomode, na medida do possível, os interesses em disputa, sem ter de sacrificar integralmente algum deles em detrimento do outro.

...

Pela clara dicção do art. 27, o STF pode agora: (a) emprestar efeitos plenamente retroativos à sua decisão, fulminando *ab ovo* a norma, sendo esta a regra geral; (b) atenuar estes efeitos, estabelecendo um momento, no passado, posterior à edição da lei, a partir do qual a decisão surtirá seus efeitos; (c) conferir eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, validando todos os efeitos já produzidos pela norma afastada até a data da decisão; (d) ou até mesmo conceder eficácia *pro futuro* ou seu julgado, fixando um marco, no futuro, até o qual a lei inconstitucional deverá ser por todos aplicada.”

...

Em conseqüência, no espectro de suas próprias autonomias, salvo pronunciamento diverso do E. STF, é lícito ao Estado, ao empreender aplicação analógica do art. 27, da Lei nº 9.868/99, dispor sobre os efeitos concretos da declaração de inconstitucionalidade da lei municipal, obtemperando os reflexos e orçamentários locais. (g.n.)

³ Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em face das Leis 9868 e 9882, in “O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99, org. Daniel Sarmento.

No mesmo sentido, ensinam inúmeros outros doutrinadores que a sentença que declara uma lei inconstitucional poderá ter efeito *ex nunc* ou somente para o futuro.

Com efeito, ao tratar do tema do controle jurisdicional de constitucionalidade, **Zeno Veloso**⁴ leciona que:

Se bem que mantido o entendimento clássico, em nosso direito, de que o juízo de inconstitucionalidade implica a nulidade da norma impugnada, desde a sua edição, a Lei 9.868/99, permitindo que o STF, em casos especiais, promova a manipulação dos efeitos da sentença, desvinculou a inconstitucionalidade da nulidade, não havendo mais, entre as duas figuras, uma relação de causa e efeito, uma conexão inexorável ou inafastável. Em conseqüência, diante de uma excepcionalidade, para atender as razões de segurança e interesse social, o Excelso Pretório, por maioria qualificada, poderá estabelecer uma pluralidade de efeitos jurídicos à declaração de inconstitucionalidade.

Oswaldo Luiz Palu⁵ explana que:

Se a declaração se dá no plano da norma, e se a lei inconstitucional é nula, como sanção ao vício da inconstitucionalidade (antes da declaração mera nulidade virtual), e se a norma nunca possuiu eficácia substancial (apenas formal, o que a fazia obrigatória), natural que os atos praticados com fundamento nela resem sem fundamento jurídico. Ou seja, a sentença declaratória normativa atinge as relações jurídicas subjacentes pela nulidade e perda de eficácia da norma em que se fundavam. Os limites da retroatividade, entretanto, podem ser fixados pelo Supremo Tribunal Federal, posto ser o *controle jurisdicional da constitucionalidade*, sucessivo. A norma (lei) ultrapassou o controle político da constitucionalidade antes de ser editada e, ao nascer, veio com a presunção de constitucionalidade.

O que parece claro, na via concentrada de sentença declaratória normativa e tutela abstrata, é que o Supremo Tribunal Federal pode determinar o grau de retroatividade da decisão (mínima, máxima, média) ou mesmo atribuir efeitos *ex nunc*, sempre fundamentadamente. A regra é a da retroatividade e para evitá-la deve haver explícita fundamentação. Ainda existem *fórmulas de preclusão*, fundadas no princípio da segurança jurídica, que o Supremo Tribunal Federal deve respeitar, e se, em circunstâncias especiais não o fizer, deve também explicitar os motivos da decisão e declarar expressamente a extensão da retroatividade. São regras de preclusão em sentido amplo, por exemplo, a coisa julgada, que somente poderá ser desconstituída na via rescisória (imaginem-se uma ação direta de inconstitucionalidade procedente, posterior à ação comum fundada na norma, agora, inconstitucional); se porventura exaurido o prazo da rescisória, não poderá a sentença ser desconstituída...

Mesmo para atribuir efeitos *ex nunc* à decisão, deve o STF fundamentar os motivos por que excepciona a regra geral.

⁴ Controle Jurisdicional de Constitucionalidade, Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

⁵ Controle de Constitucionalidade, Ed. os Tribunais, 1.999, págs. 158 e 159.

E, em consonância com o entendimento acima, posicionam-se outros renomados Doutrinadores:

Celso Ribeiro Bastos, analisando o assunto, considera que “a força do decisório ora examinado não vai contudo ao ponto de suspender a eficácia da lei, porque esta só se dá pela interveniência do Senado Federal”, e “a decisão do Pretório Excelso não tem o condão de privar a lei de sua executoriedade, vale dizer, da produção das conseqüências que a tornam eficaz”⁶ (Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “Controle da constitucionalidade das leis municipais”, Ed. RT, 2ª edição, p. 28)

“Nula a norma, haverá efeito retroativo da decisão, salvo decisão em contrário do STF, que poderá atribuir efeitos repristinatórios à decisão. O Tribunal pode evitar a sanção da nulidade na interpretação conforme a Constituição, na inconstitucionalidade parcial.

...

A Lei nº 9.868/99 trouxe mudanças relativamente à declaração de inconstitucionalidade.

O art. 27 previu que “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Com razão, apontaram constitucionalistas de escol que, muitas vezes, os Tribunais deixam de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, dadas as conseqüências práticas que de tal declaração advém.¹⁴⁵⁷

...

Recentemente saiu a lume um precioso estudo sobre a matéria, da autoria do magistrado e professor gaúcho Teori Zavaski. Comenta ele o art. 27 da Lei nº 9.868/99: “ Tal dispositivo, na verdade, reafirma a tese, pois deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e que somente podem ser mantidos em virtude de fatores extravagantes, ou seja, por ‘razões de segurança pública ou de excepcional interesse social’. Ao mantê-los, pelos fundamentos indicados, o Supremo não está declarando que foram atos válidos, nem está assumindo a função de ‘legislador positivo’, criando uma norma – que só poderia ser de hierarquia constitucional – para validar atos inconstitucionais. O que o Supremo faz, ao preservar determinado *status quo* formado irregularmente, é típica função de juiz.

Com efeito, não é nenhuma novidade, na rotina dos juízes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegitimidade cuja correção, todavia, acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do *status quo*. Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedor de outros valores constitucionais, só resta ao julgador, - e esse é o seu papel-ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente legítima.

⁶ Curso de Direito Constitucional, p. 80

⁷ Ives Gandra, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 21ª ed., Malheiros Editores, p. 318.

Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional.⁸ (**Vasco Della Giustina**, “Leis Municipais e seu controle constitucional pelo Tribunal de Justiça, livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2001, pp. 133/135).

Vale trazer à colação, ainda, a lição deixada por **Hugo de Britto Machado**⁹ quanto a necessidade de que sejam excepcionadas do decreto de inconstitucionalidade as situações jurídicas consolidadas:

O absurdo da atribuição de efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo, sempre e em todos os casos, sem respeito às situações jurídicas consolidadas em face da que é declarada inconstitucional é tão evidente que dispensa qualquer demonstração. É o mesmo que admitir leis retroativas em todos os casos, fazendo letra morta da garantia constitucional pela qual a lei não prejudicará ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada.

Ao comentar o indigitado preceito legal, **Carlos Roberto Siqueira Castro**¹⁰ expõe que:

Bem se vê que foi intenção inequívoca do legislador brasileiro romper com a vetusta tradição que desde a 1ª República se cristalizou em torno do assunto, atualizando o sistema pátrio de jurisdição constitucional em sintonia com as contemporâneas correntes de pensamento doutrinário e com o valioso acervo de jurisprudência das mais prestigiosas Cortes com jurisdição constitucional, que atribuem aos órgãos julgadores da constitucionalidade das leis a saudável discricionariedade para, em cada caso concreto, definir a eficácia temporal de suas decisões.

Consoante leciona **Regina Maria Macedo Nery Ferrari**¹¹ a Teoria da Nulidade não pode ser empregada indiscriminadamente no âmbito do direito público como é elaborada para o âmbito do direito civil, de sorte que a lei inconstitucional, enquanto não tenha sido como tal declarada, deve operar eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida, já que assim o é até a decretação de sua inconstitucionalidade.

José Afonso da Silva observa que a “doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transportada para o campo da inconstitucionalidade, pelo menos no sistema brasileiro, onde, como nota Themístocles Brandão Cavalcanti, a declaração de inconstitucionalidade em nenhum momento tem efeitos tão radicais”.¹²

Ives Gandra Martins, por sua vez, em seu “Curso de Direito Constitucional” leciona que “Nula a norma, haverá efeito retroativo da decisão, salvo decisão em contrário do STF, que poderá atribuir efeitos repristinatórios à decisão. O

⁸ “Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional”, p. 49-50.

⁹ Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal – Revista Dialética de Direito Tributário, nº 57, p. 73.

¹⁰ Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em face das Leis 9868 e 9882, in “O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99,org. Daniel Sarmiento.

¹¹ Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, São Paulo, RT 1987.

¹² “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 21ª edição, Malheiros Editores, p. 54.

Tribunal pode evitar a sanção da nulidade na interpretação conforme a Constituição, na inconstitucionalidade parcial” (p. 318).

Afirma, ainda, aquele nobre jurista que “Entende, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada de 2:3, estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada, ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional” (pp. 323 e 324 – g.n.)

É o que **Alexandre de Moraes** denomina de “manipulação” dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quer com relação à sua amplitude, quer relativamente aos seus efeitos temporais. Excepcionalmente poderá o Supremo Tribunal Federal, presentes os requisitos já analisados, “limitar esses efeitos, seja para afastar a nulidade de alguns atos praticados pelo Poder Público com base em norma declarada inconstitucional, seja para afastar a incidência dessa decisão em relação a algumas situações seja, ainda, para eliminar, total ou parcialmente, os efeitos repristinatórios da decisão.” (“Direito Constitucional, p. 600).

Já **Sérgio Ferraz** (“Declaração de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal”, artigo publicado na RTDP 3/93, p. 210) observava, antes mesmo da edição do diploma legal em questão, que “freqüentemente a Corte, ao dar pela procedência, ressaltava os efeitos até então já consumados (sobretudo se produzidos de boa-fé, ou se a desconstituição radical se revelar sumamente injusta ou socialmente indesejável).”

Vasco Della Giustina (“Leis Municipais e seu controle constitucional pelo Tribunal de Justiça”, livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2001, p. 135) sustenta que “Considerando o princípio da simetria, relativamente aos Estados, entendo que o citado artigo 27 pode ser aplicado supletivamente pelos Tribunais de Justiça dos Estados, no exame da constitucionalidade das leis municipais, mesmo porque, dada a natureza destas ações, os problemas enfrentados pelos membros dos Tribunais não deixam de ser similares aos que aportam ao Supremo Tribunal Federal.”

Izaias José de Santana¹³ afirma:

Todavia, o fato é que, no direito brasileiro, adota-se em sede de controle concentrado (ADIN, ADC e ADPF) por regra a retroatividade, podendo, “por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social”, ser restringido para que surtam efeitos após o trânsito em julgado ou *pro futuro* (Meirelles, 2005, p. 405).”

Portanto, admite a melhor doutrina que o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei, atribua a tal decisão efeitos *ex nunc* e *pro futuro*, com fundamento no artigo 27 da Lei Federal n. 9.868/99.

¹³ *Controle Concreto de Constitucionalidade – Efeitos das Decisões e Vinculação do Poder Judiciário*, Sérgio Antonio Fabris Editor – Porto Alegre – 2008, p. 194.

Da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O **Superior Tribunal de Justiça**, ao examinar o AgRg na Medida Cautelar 5.982/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, concedeu liminar e deu efeito suspensivo ao recurso especial, até seu julgamento final, “para que, suspensos novos contratos, acordos, parcerias ou compromissos, seja evitada solução de continuidade às relações jurídicas e realizações imobiliárias já firmadas.”

A relatora fundamentou o seu voto na circunstância de que “a abrupta paralisação das obras e o descumprimento das obrigações assumidas gerarão prejuízos de grande monta para a Municipalidade, além de ensejar o abandono do que já foi iniciado sem retorno possível ao *status quo ante*”.

Também em voto-*vista*, Franciulli Netto assentou que “no particular, após ultrapassados 6 (seis) anos desde o advento da lei, é de bom conselho ressaltar que os efeitos imediatos da inconstitucionalidade trarão um prejuízo de difícil reparação para a Administração, tendo em vista os contratos já firmados e que estão com sua execução em andamento.”

Eis a Ementa da decisão acima mencionada:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – MEDIDA CAUTELAR – LEI ESTADUAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL – PENDÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL – CONTRATOS FIRMADOS AO LONGO DA EXISTÊNCIA DA LEI.

1. Medida cautelar endereçada ao STJ, objetivando dar efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido, quando o Tribunal de Justiça omite-se em apreciar a necessidade da cautela.
2. Manutenção dos contratos firmados sob a égide da lei declarada inconstitucional, até o trânsito em julgado do acórdão, submetido a recurso especial.
3. Proibição de novos contratos ou acertos.
4. Agravo regimental provido.”

O Recurso Especial recebeu o nº 534053-SP – registro 2003/0035652-6, no qual a Ministra Relatora proferiu a seguinte decisão, publicada no DJ de 20.04.2005:

“Tratando-se de ação direta de inconstitucionalidade estadual e o acórdão recorrido decidiu o mérito sob fundamento exclusivamente constitucional, competindo à Suprema Corte reapreciar a questão na via do extraordinário, cabível o sobrestamento do recurso, na forma do art. 543, § 2º do CPC, no que tange à tese em torno do art. 27 da Lei 9.868/99, relativa aos efeitos da ação, devidamente prequestionada pelo Tribunal *a quo*,

Com essas considerações, sobresto o julgamento do recurso determinando a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, para julgamento do recurso extraordinário.”

Como se vê, ao conceder o efeito suspensivo ao Recurso Especial, optou o **Superior Tribunal de Justiça** por dar efeito restrito à declaração de inconstitucionalidade da lei, salvaguardando os atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos anteriormente à decisão proferida pelo **Tribunal de Justiça do Estado de**

São Paulo.

Da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Mais abrangente foi, porém, a decisão proferida pela Corte Constitucional, que optou por conceder o efeito “pro futuro” à declaração de inconstitucionalidade, transferindo-os para o momento posterior ao trânsito em julgado da decisão final.

Com efeito, em sessão plenária, os ministros do **Supremo Tribunal Federal** (STF) mantiveram, por maioria dos votos, a liminar concedida pelo ministro-relator Gilmar Mendes na Petição (PET 2859).

O ministro destacou trecho de seu despacho, no qual entende que "neste caso era pelo menos plausível que se atribuisse uma eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista a repercussão que a decisão teria no caso específico, uma vez que se houvesse o desfazimento de tudo o que foi feito em matéria de zoneamento haveria uma grave repercussão sobre todo o sistema".

A liminar concedida pelo ministro Gilmar Mendes foi referendada por maioria dos votos, vencido o ministro Marco Aurélio. Assim, o plenário deferiu o efeito suspensivo pretendido até o julgamento definitivo do Recurso Extraordinário.

Destaca-se, pois, a ementa do acórdão do STF (fl. 348), na qual ficou expressa a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para momento futuro, como permite o artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99:

“EMENTA: Ação cautelar inominada. Recurso extraordinário. Efeito suspensivo. 2. Decisão monocrática concessiva. *Referendum* do Plenário. 3. Operação Urbana Centro. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em ADI estadual, declarou a inconstitucionalidade de lei do Município de São Paulo. 4. Eficácia dos efeitos dessa declaração para momento futuro – “*pro futuro*”. Art. 27 da Lei nº 9.868, de 10.11.99. 5. Existência de plausibilidade jurídica do pedido de declaração de inconstitucionalidade com eficácia “*ex nunc*” e ocorrência do *periculum in mora*. 5. Cautelar, em questão de ordem, referendada.” (STF, Pleno, Seg. Méd. Caut. em Petição 2.859-7 – São Paulo, Relator Ministro Gilmar Mendes).

Foi referendada, desta forma, a liminar concedida pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, que foi acompanhado pelos votos dos Ministros Nelson Jobim (Presidente), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau, no sentido de atribuir eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para momento futuro – “*pro futuro*”, impedido o Ministro Cezar Peluso, por ter participado da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em tendo assim decidido, o **Supremo Tribunal Federal** eliminou qualquer dúvida que pudesse persistir em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, transferindo-os para um momento “a partir de seu trânsito em julgado”, nos termos do previsto pela parte final do artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99.

DA CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, caso estejam de acordo Vossa Senhoria e o Excelentíssimo Senhor Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos, o presente processo deverá seguir para as Secretarias do Governo Municipal, de Modernização, Gestão e Desburocratização e de Educação, para ciência, com posterior retorno à Procuradoria Geral do Município – PGM e ao Departamento Judicial – JUD.

São Paulo, 23 agosto de 2.010.

LUÍS ANTÔNIO GIAMPAULO SARRO
Procurador Assessor Jurídico - SNJ. G
OAB/SP 67.281

LAGS/RFM/lags



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO PATRIMONIAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL

AUTOS N.º 053.10.008996-0

AÇÃO POPULAR

AUTOR: SÉRGIO ORLANDO SANTORO

RÉUS: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO E SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por sua procuradora infra-assinada, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos arts 7º e seguintes, da Lei Federal nº 4.717/65, e 297, do Código de Processo Civil, apresentar a sua

CONTESTAÇÃO,

pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

I – BREVE RELATO

Sérgio Orlando Santoro, na qualidade de cidadão paulistano, ajuizou ação popular em face da Municipalidade de São Paulo e do São Paulo Futebol Clube, para que seja “*declarada a revogação*” da escritura de doação de imóvel em favor daquele clube, revertendo-se a área ao patrimônio municipal, em face do não cumprimento de encargos. Alternativamente, requereu seja determinado ao São Paulo Futebol Clube que, em prazo razoável, apresente plano de obras para cumprimento dos encargos previstos na escritura de doação da área, *i.e.*, a destinação de ¼ da área para a implantação de um parque infantil, bem ainda a construção de estacionamento de 25.000 m² em área contígua à do clube.

Para ambas, a Municipalidade deverá sugerir alterações e aprovar o projeto, certo que as obras deverão ser iniciadas e concluídas também em prazo a ser fixado por sentença.

O pedido liminar foi indeferido.

É o relato necessário.

A ação deve ser extinta, pelos motivos apresentados a seguir.

II – PRELIMINARMENTE: A INVIABILIDADE DA PRESENTE DEMANDA

A ação popular, verdadeiro mecanismo de controle dos cidadãos sobre a Administração Pública, é prevista pelo art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República: *“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”*.

A Lei Federal nº 4.717/65, que dá concreção ao dispositivo constitucional, estabelece normas processuais que devem ser obedecidas para o ajuizamento da ação e o trâmite do processo judicial. Como instrumento de controle, a ação popular certamente tem seus limites.

No caso dos autos, o autor popular simplesmente não atende às normas vigentes. Em razão disso, a presente demanda, tal qual proposta, é, desde logo, manifestamente inviável. É o que se demonstrará nos itens a seguir.

1) PEDIDO INCOMPATÍVEL COM A AÇÃO POPULAR – FALTA DE INTERESSE DE AGIR - INADEQUAÇÃO

Sob o *nomen juris* “ação popular”, o autor popular requer, primeiro, “a declaração de revogação da escritura de doação”, por descumprimento dos encargos.

Cediço que revogar não é o mesmo que anular; **revoga-se algo que era válido**. Tanto é assim que o fundamento para a revogação é a inexecução de encargos.

De modo alternativo, requereu o autor a condenação do São Paulo Futebol Clube em **obrigação de fazer**: construir parque infantil e estacionamento para veículos.

É fácil ver, destarte, que os pedidos são incompatíveis com aqueles que podem ser formulados em ação popular.

A finalidade da ação popular é **a invalidação de atos administrativos**. Logo, decorre da própria definição do instituto, tal qual previsto pelo texto constitucional e pela legislação de regência, que **os provimentos que podem ser concedidos em ação popular têm natureza constitutivo-negativa**.

É certo, também, que a procedência da ação pode levar à condenação por perdas e danos dos responsáveis pelo ato. É o entendimento de HELY LOPES MEIRELLES, ao afirmar que “*a ação popular predominantemente desconstitutiva e subsidiariamente condenatória (em perdas e danos)*”.¹

De tal sorte, não se pode requerer por meio de ação popular condenação em obrigação de fazer ou “declaração de revogação” de escritura, por descumprimento de encargos.

De acordo com JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “*não há possibilidade de obter-se, através de ação popular, uma condenação que não seja de natureza pecuniária, isto é, uma condenação a fazer, por exemplo, ou a não fazer*”.² Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado sobre a “*impossibilidade, ademais, de condenação, através de ação popular, que não seja de natureza pecuniária*”.³

Havendo ato ilegal, o caso é de declarar-se a sua invalidade e, eventualmente, condenar-se o responsável a indenizar perdas e danos.

Mas não se pode impor obrigação de fazer ou obter declaração de revogação de doação, como pretende o autor popular.

A ação deve, portanto, ser julgada extinta, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

2) DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL – DA ILEGITIMIDADE DE PARTE

¹ *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*, 19ª ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Malheiros, 1998, p 145.

² RPGE 16/19, *apud* Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 3.ª ed. São Paulo, RT, p. 1196.

³ RTJESP 96/35. *apud* Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 3.ª ed. São Paulo, RT, p. 1196.

Vê-se, dos pedidos formulados na petição inicial, que nenhum deles exige prestação a ser oferecida pelo Município de São Paulo.

Disponha o Código Civil de 1916 que o donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral. Se desta última espécie, o Ministério Público poderia exigir sua execução, depois da morte do doador, se este não o tiver feito.

Na hipótese dos autos, a revogação dar-se-ia por inexecução de encargo, desde que o donatário incorresse em mora (art. 1.181, parágrafo único, CC/16).

Figura como doador, no contrato, a Imobiliária Aricanduva. Via de consequência, parte legítima para buscar a revogação da doação seria a Imobiliária Aricanduva, ou o Ministério Público, depois da dissolução desta e desde que não tivesse ocorrido o prazo anual de prescrição.

Nessa esteira, a única razão para se admitir o Município de São Paulo como parte passiva legítima é estabelecer, como premissa, que o imóvel é público.

Ora, se esse o caso, não seria adequado pretender a revogação da doação, ou, o cumprimento dos encargos, mas apenas a nulidade do contrato, de vez que não se concebe “doação” de bem público municipal por terceiro, o que será objeto de tópico próprio.

Afastada a prescrição, se a doação fosse válida, a reversão do bem teria que se dar ao patrimônio da Imobiliária Aricanduva. Mas, se a doação não é válida, somente pode sê-lo em razão dos vícios adiante melhor examinados, o que implica reconhecer que o bem era e continuou sendo público.

E, se a doação é nula, não se há de exigir o cumprimento de encargos, tampouco há de se cogitar de revogação de doação por inexecução dos mesmos encargos.

Logo, verifica-se que da narrativa dos fatos não decorrem logicamente os pedidos, o que deve resultar no reconhecimento da inépcia da petição inicial.

Nas palavras de Nelson Nery Jr. (Código de Processo Civil, pág. 768, nota II.14, 5ª edição):

“Outra causa da inépcia é a falta de conclusão lógica, comparada com a narração. A petição inicial é um silogismo composto de premissa maior, premissa menor e da conclusão. Narrando o autor uma situação e concluindo de forma ilógica relativamente à narração, tem-se a inépcia da petição inicial, pois a conclusão deve decorrer logicamente da premissa menor subsumida à maior”.

Faz-se necessária, assim, a extinção do processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, e art. 267, I, c.c. art. 295, parágrafo único, II, todos do Código de Processo Civil.

III – MÉRITO

Uma vez que os atos aqui tratados datam da década de 1950, é imprescindível fazer um esboço histórico do Loteamento “Jardim Leonor”.

Em 1949, a Empresa Mercantil e Comissionária Merco S/A apresentou projeto de arruamento e loteamento de gleba de terreno, localizada na Av. Morumbi, com 2.338.916m² (dois milhões, trezentos e trinta e oito mil e novecentos e dezesseis metros quadrados). O projeto foi parcialmente alterado, o que ensejou a substituição das plantas e do memorial descritivo.

Nos termos do projeto modificativo, a empresa loteadora destinou 10% da área total a espaços livres, como estabelecia a regra do art. 733, do Ato nº 663/34.

Atendidas, também, as disposições do Decreto-lei nº 58/37, foi expedido o Alvará de Licença nº 253, datado de 23 de agosto de 1951, que autorizou a empresa loteadora a promover o retalhamento da gleba, no prazo de três anos.

Seguiu-se, então, que o loteamento foi inscrito no 11º Cartório de Registro de Imóveis.

Posteriormente, a Imobiliária e Construtora Aricanduva adquiriu o empreendimento, que passou a ser denominado de “Jardim Leonor”. Vários projetos modificativos foram apresentados, dentre os quais a alteração tratada no processo nº 0.030.822/52, atualmente processo administrativo nº 1984 – 0.017.902-1, relativa ao Espaço Livre “D” (docs. anexos).

Naquele processo, a empresa construtora requereu a autorização do Sr. Prefeito para doar o referido espaço livre, com área de 99.873,00m², ao São Paulo Futebol Clube, com o fim de que ali fosse edificado um estádio.

O Diretor do Departamento de Urbanismo ofereceu manifestação contrária à aspiração da Imobiliária Aricanduva.

Veio, então, o São Paulo Futebol Clube, que teceu considerações sobre os benefícios que a edificação do estádio e de outros equipamentos traria à sociedade.

Dessa volta, o Diretor do Departamento de Urbanismo não se opôs à doação, desde que estabelecidas condições. O Secretário de Obras também foi favorável à proposta.

A Secretaria de Negócios Jurídicos posicionou-se no sentido de que, embora feita a inscrição, não haveria prejuízo aos compradores, já que a proprietária providenciara a averbação do documento de fls. 59, além do que não fora aperfeiçoada a doação dos leitos de ruas e praças constantes da planta de loteamento. A Prefeitura não seria, assim, diretamente interessada no caso, sob o ponto de vista do domínio.

Lavrou-se, então, escritura, nos seguintes termos (com grifos):

*“... que a área retro-descrita, objeto da presente doação, consta da ‘Planta do Jardim Leonor’, folha nº 4 (4 de 5) e é marcada como espaço livre ‘D’, no processo de loteamento do mesmo ‘Jardim Leonor’, inscrito sob nº 64 (sessenta e quatro) no 11º Registro de Imóveis desta Capital – 11ª Circunscrição; que a área objeto da presente doação é destinada a construção de um estádio esportivo pelo outorgado donatário, conforme consta da averbação feita a margem da citada **inscrição nº 64 no Registro da 11ª Circunscrição de Imóveis desta Capital; que de acordo com o processo nº 30.822/52 da Prefeitura Municipal de São Paulo a área objeto da presente doação, continua para todos os efeitos a ser computada como espaço livre dentro do plano de loteamento do Jardim Leonor, fazendo parte do total da área que a outorgante doadora é obrigada a dispor para aprovação de seu plano de loteamento;** que ela outorgante doadora doa, como de fato tem, a área acima nesta, objeto da presente, de 99.873,00 mts 2., ao outorgado donatário São Paulo Futebol Clube, em virtude do que lhe cede e transfere toda a posse, domínio, direito e ação que até aqui exercia na área doada, prometendo por si e seus sucessores fazer desta doação sempre boa, firme e valiosa. Pelo outorgado donatário, São Paulo Futebol Clube, me foi dito, ante as testemunhas que aceitava a presente doação em seus expressos termos e que da área recebida em doação utilizará três quartas partes para a construção de um estádio, conforme o contratado, e que a parte restante será destinada à construção de um parque infantil, seguindo essa construção as normas aprovadas pela Prefeitura Municipal de São Paulo; que o referido parque infantil, será mantido exclusivamente pelo outorgado donatário; que o acesso a esse parque, será franqueado a todo público Infantil, sem qualquer distinção; que desta área ora recebida em doação, ou de outra qualquer que venha a adquirir ou receba, desde que imediatamente contígua, destinará um espaço de 25.000 mts 2. (vinte e cinco mil metros quadrados) que servirá como parque de estacionamento para automóveis; que iniciará as obras do Estádio, dentro de um prazo improrrogável de dois anos, dando-se o seu término no prazo também improrrogável de dez anos; que quanto ao mais, aceitava esta escritura de doação em todos os seus expressos termos, por estar a mesma de acordo com o ajustado e contratado entre si e a outorgante doadora e de acordo com as condições impostas pela Prefeitura Municipal de São Paulo, através do processo 30.822/52. Pela interveniente, Prefeitura Municipal de São Paulo, me foi dito que estava inteiramente de acordo com a presente doação que foi expressamente autorizada pelo processo 30822/52 já citado, nos termos dos pareceres e despacho nele exarados”.*

Portanto, em suma, a área doada ao São Paulo Futebol Clube, em que se construiu o Estádio “Cícero Pompeu de Toledo”, havia sido, antes disso, assinalada como “espaço livre”, em plano de arruamento e loteamento aprovado pelo Poder Público Municipal, loteamento este inscrito sob o nº 64, em 27 de junho de 1952, no 11º Registro de Imóveis da Capital.

É conhecido o art. 3º, do Decreto-lei 58/37, então vigente:

“A inscrição torna inalienáveis, por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta”.

Vale dizer, **por esta regra, o imóvel doado pela Imobiliária Aricanduva já havia ingressado na esfera do domínio municipal e não era mais daquela entidade para que ela o pudesse ceder** (*nemo plus iuris transferre ad alium potest quam ipse habet*).

Desde a aprovação do loteamento, a área institucional tornou-se afetada ao uso público pelo “curso voluntário”, independentemente tal transferência de propriedade de qualquer outro ato posterior.

Como sustentou acertadamente Hely Lopes Meirelles (*apud* Eduardo Vianna Motta – “Bens de uso comum do povo” – RT 338/43-56):

“Aprovado o loteamento, dispensável se torna a outorga do domínio público das áreas de uso comum do povo ao Município, por via contratual, porque nele se investe automaticamente a Prefeitura pelo só ato unilateral da aprovação do plano de urbanização, que importa em afetação do domínio público de todas as vias de comunicação e espaços livres.

‘Sobre esses bens, pode e deve a Prefeitura praticar desembaraçadamente todos os atos de domínio e posse, sem que o proprietário dos lotes possa opor-se à administração municipal na sua utilização e ordenação urbanística, visto que tais áreas já se desmembraram da propriedade particular e passaram a integrar o domínio público do município. Exigir-se outro título e transcrição desses bens em nome da Prefeitura é um civilismo superado e incompatível com o Direito público contemporâneo (...).

‘As vias de comunicação e as praças públicas, por definição legal, são bens de uso comum do povo (Código, Civil, art. 66, n. I), vale dizer, bens de domínio da coletividade, e, como tais, sujeitos ao direito público e não às normas da propriedade privada.

‘Daí porque entendemos, com a doutrina e a jurisprudência mais afeitas à realidade, que esses bens independem de título civil de aquisição e dispensam transcrição em nome da entidade estatal a que se acham vinculados por qualquer ato

administrativo de integração no patrimônio público. É o que nos deixou dito o saudoso Serpa Lopes, ao sustentar que estão dispensados de transcrição porque “os atos praticados em relação a tais bens, por força do “jus imperii” de qualquer daquelas entidades, ficam excetuados de registro imobiliário (“Tratado de Registro Público”, II/163 e 55).

‘Exatamente porque são bens de uso comum do povo, desgarram-se das regras de direito civil e se submetem a regime jurídico especial do direito público (Marienhoff, “Domínio Público”, pág. 45 e seguintes) (...).

‘Modernamente, considera-se que não é o título de aquisição civil, nem o registro imobiliário que conferem ao bem o caráter público. É a destinação administrativa, possibilitando o uso comum de todos, que afeta o bem de dominialidade pública”.

De fato, sempre foi pacífico o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito público interno não estão sujeitas às restrições do Código Civil para a aquisição e prova do domínio, diferentemente do que ocorre com os particulares, nas relações civis.

Se assim não fosse, ficaria o Poder Público Municipal na dependência da vontade do particular para obter o domínio público das vias de comunicação e espaços livres destinados ao uso da coletividade. E jamais se poderá conceber que o Poder Público fique dependente do particular para a prática de atos de administração sobre os bens de uso comum do povo, vale dizer sobre o patrimônio público.

Tal entendimento está em perfeita sintonia com o r. pronunciamento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 84.327, em que ficou assentado:

“Loteamento. Aprovado o arruamento para urbanização de terrenos particulares, as áreas destinadas às vias e logradouros públicos passam automaticamente para o domínio do Município, independentemente de título aquisitivo e transcrição, visto que o efeito jurídico do arruamento é, exatamente, o de transformar o domínio particular em público, para uso comum do povo” (RTJ 79/991).

No julgado, é mencionada a lição de Pontes de Miranda sobre o assunto:

“Tem-se pretendido que as vias de comunicação e os espaços livres somente se tornem públicos por ato dos interessados, entregando-os à Prefeitura Municipal. De modo nenhum. A aprovação do loteamento faz públicas as vias de comunicação e públicos os espaços livres, com a exigência de serem ultimadas pelos loteadores as obras de vias de comunicação e os espaços livres e da modificabilidade segundo o Dec-Lei nº 58” (Tratado de Direito Privado, Tomo XIII/89).

Essa diretriz tem precedentes em diversos outros julgados do próprio STF: RTJ 62/467; RT 168/334; 203/412; 364/94; 378/112.

Não poderia ser diferente. Como registrou o STF (recurso Extraordinário nº 84.327 – SP, in “RTS” nº 79, fls. 991) : “*Não tem o loteador infringente do Decreto – Lei 58/1937 (atual Lei 6766/79 – grifo nosso) mais direitos que o loteador a ele obediente.*”

“A vontade do particular pode manifestar-se pelo próprio fato de abrir ruas, praças, vender lotes, e, enfim, proceder a toda série de atos que normalmente poderá exercer estribado numa formal autorização administrativa.”

“Ainda que não firme declaração alguma de submissão a tal condição, o simples exercício de uma atividade, que tem como pressuposto de validade aquela submissão, é suficiente para compromissar a vontade do particular. E é por esse mesmo princípio que o loteador clandestino também se enleia irremediavelmente no processo do Concurso Voluntário, ao lotear clandestinamente está exercendo uma atividade que para dar-se regularmente pressupõe a submissão à exigência do Concurso Voluntário” (STF – recurso de 1976 – ob. Cit.).

A lei, a doutrina e a jurisprudência convergem para o mesmo ponto: as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a uso público passam para o domínio do município pela simples destinação.

“Nem mesmo se faz mister, a nosso ver, a inscrição do loteamento para que se considerem incorporados no domínio municipal esses bens de uso comum do povo, decorrentes da urbanização de áreas particulares. A inscrição só é exigível para fins de alienação dos lotes, sem qualquer implicação com as área de domínio público, não sujeitas às normas civis e às exigências de comercialidade dos bens particulares. (“Bens de uso comum do povo” Eduardo Viana Motta, RT 338/53).

De qualquer modo, as áreas destinadas inicialmente a espaços livres e bens de uso comum do povo, com a inscrição, tornaram-se propriedade da Municipalidade.

Outra mácula flagrante é a ficção constante da escritura, no sentido de que **a área doada continuava a ser computada como espaço livre.**

O art. 733, do Código de Obras, estabelecia que:

“Quando o terreno a arruar tiver superfície igual ou superior a quarenta mil metros quadrados, o espaço ocupado por vias de comunicação (ruas, avenidas etc.), não poderá ser inferior a vinte por cento da superfície total do terreno. Deverá, além disso, ser deixada para espaços livres (praças, jardins, ‘squares’ etc.), de domínio público, uma área correspondente, pelo menos, a:

cinco por cento da área total – na zona urbana;

sete por cento da área total – na zona suburbana;

dez por cento da área total – na zona rural”.

O “Jardim Leonor”, antes do loteamento, correspondia à “Fazenda Morumbi”, inserida na zona rural. Assim, quando os órgãos públicos avaliaram o plano do loteamento, levaram em conta, para a sua aprovação, que dez por cento do total da área havia sido reservado para espaço livre.

Só que 99.000m² do que fora destinado a espaço livre, conquanto doados ao São Paulo Futebol Clube, continuaram a ser computados para os fins previstos no Código de Obras.

Não merece sequer consideração o argumento de que a finalidade do espaço livre estaria alcançada com a construção de grupo de piscinas e conjunto destinado a quadras de tênis, quadras de boliche, *playground* para crianças e tanques nata-tórios, tudo para uso dos associados do clube.

Melhor sorte não tem a alegação de que a área remanesceria destinada ao uso público com a construção de um estádio, já que todos poderiam frequentá-lo, ainda que vez ou outra, quando equipes adversárias fossem lá disputar partidas.

Não é essa, ou nunca foi, a acepção de bem público de uso comum do povo (art. 66, CC/16).

E é evidente que todos sabiam que se tratava de área pública.

Primeiro, porque não haveria explicação para a intervenção do Município, manifestando anuência, em contrato de doação firmado entre particulares. Muito menos para a imposição, pelo Poder Público Municipal, de encargos para a doação, encargos estes de interesse geral.

Depois, confirmam-se trechos das manifestações do São Paulo Futebol Clube:

“Poder-se-ia alegar ser a área em foco, o que se convencionou denominar de ‘area publica’ e que pelo Código de Obras, tal área deveria ser de uso publico. O fato desta faixa de terra ser entregue ao São Paulo, para construção de um estádio, não impedirá que o publico a frequente”.

“Na verdade, existiriam duas doações distintas: a que ora estamos pleiteando junto à Prefeitura Municipal e que é constituída por uma área de cerca de 98.000m², e outra distinta como dissemos, de propriedade efetiva da Aricanduva, com cerca de 26.000m² e que nos seria doada mais tarde, se efetivada a presente doação. Esta ultima doação ainda está sendo objeto de consideração por ambas as partes e é possível que o São Paulo Futebol Clube tenha necessidade de promover um pagamento simbólico aquela Imobiliária. Dizemos simbólico, porque o preço por metro quadrado que estabelecemos, será dos mais reduzidos possíveis. Consideramos justo o pagamento deste preço à Aricanduva, eis que uma Sociedade comercial como é aquela, trabalha em função de lucro, não podendo, pois, prescindir de uma área grande sem uma retribuição, por menor que seja”.

A doação, como se vê, é nula, porque o imóvel doado não mais pertencia à doadora e porque a área continuou a ser contada como espaço livre.

Mesmo que se considerasse que o Município, como interveniente, por ter anuído à doação, torná-la-ia válida, não houve a desafetação do bem público, que pertencia à classe de bens de uso comum do povo, tampouco autorização legislativa.

É de se destacar que o Código Civil de 1916 dispunha que os bens públicos de uso comum do povo só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever (art. 68).

Por sua vez, a Lei Estadual nº 1, de 18 de setembro de 1947 (Lei Orgânica dos Municípios vigente ao tempo dos fatos), estabelecia que:

“Artigo 16 – Compete ao município prover aos seus interesses e ao bem-estar de sua população.

§1º - Cabe-lhe privativamente:

(...)

III – administração de seus bens; aquisição e alienação dos mesmos, aceitação de doações, legados, heranças e respectiva aplicação.

(...)

Artigo 32 – Cabe à Câmara Municipal legislar, com a sanção do Prefeito, sobre as matérias de competência do município”

De tal sorte, o fato de o Prefeito comparecer ao ato e manifestar assentimento não tem o condão de suprimir as nulidades verificadas.

Mas os pedidos veiculados na petição inicial dizem com a revogação da doação, por inexecução de encargos, ou, com a execução de encargos, o que não é correto, como se demonstrou, em virtude da nulidade da doação.

Ainda, de relevo destacar que era possível a modificação do plano de loteamento e de arruamento. O que não é admissível era se continuar a computar a área doada como bem público, paradoxo que dispensa mais explicações.

Se o loteador pretendia doar tal terreno ao São Paulo Futebol Clube, além de requerer a alteração do plano de loteamento e contar com a concordância do Município de São Paulo – o que inclui observância às normas legais -, era imperativo que ele efetuasse a compensação da exclusão dessa área daquelas que comporiam o necessário percentual que deveria ser destinado a espaços livres.

Em outras palavras, o loteador deveria ter destinado outra área, de iguais dimensões, como espaço livre, no lugar daquela que ele tencionava doar ao São Paulo Futebol Clube. Daí, sim, percorrido todo o caminho legalmente estabelecido, poder-se-ia dizer que estaria obedecida regra e preservado o percentual de áreas designadas como espaço livre.

Não foi, no entanto, o que aconteceu. Ao que se vê, houve a doação de bem público, pretendendo os contratantes que a área, apenas de forma fictícia e em verdadeira burla à lei, permanecesse considerada pública.

A par disso, há a prescrição.

A questão controversa é exposta em sede de ação popular, cujo prazo de prescrição é de cinco anos, a contar do ato. Cuidando-se de contrato de doação registrado em cartório, não se pode negar sua publicidade.

Demais disso, embora a ação popular tenha sido regulamentada em 1965, já era prevista nas Constituições anteriores.

A Carta Constitucional de 1934:

"Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios" (art. 113).

A Constituição de 1946:

"Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista." (art 141, § 38).

A Constituição 1967 também versou sobre a ação popular:

"Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas" (art. 150, § 31).

O art. 21 da Lei da Ação Popular estabelece expressamente o prazo prescricional de cinco anos para a propositura daquele remédio constitucional, fluindo este a partir da data em que o ato lesivo se tornou público.

Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"O início da contagem do prazo prescricional se dá com a publicidade do ato lesivo ao patrimônio; no caso, da data em que proferida a sentença homologatória da transação entre o Município e a Concessionária."

Preliminar em contra-razões acolhida. Ação extinta pela prescrição. Unânime". (Apelação nº 70025908542, 21ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges. Julgado em 24/09/2008).

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no REsp 755.059/SP:

“O primeiro ato concreto e lesivo à Administração e ao direito vindicado pelo autor popular, conforme se extrai do delineamento fático estabelecido na instância ordinária, foi o relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Companhia do Metropolitano de São Paulo, cujo aviso para cadastramento das empresas interessadas no certame foi publicado em 4.11.88. A partir daí, como mesmo reconhece o autor, surgiram os efeitos lesivos, como também nasceu a pretensão. Ajuizada que foi a ação popular em 22.11.1993, já se encontrava prescrita a pretensão de anulação do ato, em razão do lustro indicado no art. 21 da Lei nº 4.717/65”.

No caso concreto, a doação da área foi objeto de escritura pública, transcrita no 11º Registro de Imóveis em 19/08/52, data em que se tornou público o referido ato. A presente ação popular foi ajuizada em agosto de 2010. Portanto, é inquestionável a ocorrência da prescrição.

De toda forma, ainda que prescrita a pretensão relativa à ação popular, serão iniciados estudos a respeito da viabilidade de ajuizamento, pelo Município de São Paulo, de ação para declarar a nulidade da doação em tela.

IV – CONCLUSÃO

Ante o exposto, requer a Municipalidade seja o processo extinto, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, e art. 295, I, do Código de Processo Civil.

Não sendo este o entendimento adotado, pede a Municipalidade seja reconhecida a ocorrência da prescrição, o que implicará extinção do feito, na forma do art. 269, IV, do Código de Processo Civil. Por fim, caso nenhuma dessas posições seja acolhida, requer que a ação seja julgada improcedente.

Protesta comprovar o alegado por todas as formas admitidas em direito.

Pede deferimento.

São Paulo, 16 de Junho de 2010.

Marina Magro Beringhs Martinez

Procuradora do Município

OAB/SP n.º 169.314

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por sua procuradora, não se conformando com a r. decisão concessiva de tutela antecipada nos autos da **ação de procedimento Ordinário nº 2517/053.09.044778-9, da 9ª Vara da Fazenda Pública**, ajuizada por **ROMA EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS LTDA.**, decisão essa determinativa da sustação da imissão na posse de imóvel expropriado para assegurar o depósito de R\$ 18.841.413,34, inaudita altera pars fixado em favor da Agravada-locatária, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00, vem contra a decisão interpor o presente **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, na forma do art. 522, 2ª parte, e 527, III, do CPC, consoante as razões desenvolvidas na Minuta anexa, cuja juntada requer.

Em vista da indisponibilidade do interesse público relegado pela decisão agravada, exposto a lesão grave e de difícil reparação, dada a paralisação do cronograma de implantação do Parque Público Praia de São Paulo, que visa a cessação ações danosas ao meio ambiente e à recuperação e preservação dos mananciais da região da Represa de Guarapiranga, como adiante será demonstrado, requer seja o presente Agravo **RECEBIDO COM EFEITO SUSPENSIVO** da decisão atacada, na forma dos arts. 527, III e 558, do mesmo Código, assim permanecendo até a sua inteira e final reforma, com o trânsito em julgado deste Recurso.

Requer, ainda, **ANTECIPAÇÃO DA TUTELA** parcial deste Agravo, para que seja determinada a pronta remessa dos autos da ação Ordinária ao juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, para processamento conjunto com a Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas, com a qual mantém vínculo de continência, nos termos dos arts. 104, 108 e 800, do CPC, como se comprovará, para o fim serem prontamente estancados os efeitos e a geração de decisões judiciais conflitantes sobre um mesmo objeto, a par da aqui agravada, causadoras de prejuízos de grave e de difícil reparação ao interesse público representado nesta lide pela Agravante.

Informa serem os seguintes os patronos da Agravada: **Drs. Eduardo Diamantino Bonfim e Silva, OAB/SP 119.083-A e Lívia Bíscaro Carvalho, OAB/SP 212.286, com escritório na Rua Haddock Lobo nº 1.307, cjtos. 223/224, São Paulo, SP, CEP: 01414-003, Fone: (11) 3082-9711.**

Esclarece, ainda, que a Agravante se faz representar, nestes autos, pelos procuradores municipais **Angélica Marques dos Santos, OAB/SP 79.945**, e

Humberto Masayoshi Yamaki, OAB/SP 65.303, ambos lotados no Departamento de Desapropriações – Desap. 23, da PGM/SP, sito **Rua Conselheiro Furtado, 166, 4º andar, Fone: (11) 3241-0375.**

Requer, por fim, a juntada das peças acostadas por cópia à presente e indicadas no rol abaixo, **declarando-as autênticas.**

Pede deferimento.

São Paulo, 6 de janeiro de 2010.

Angélica Marques dos Santos
Procuradora do Município de São Paulo
OAB/SP 79.945 - Desap. 23

CÓPIAS ANEXAS DAS PEÇAS DOS AUTOS DE ORIGEM

1. **Decisão agravada** de fls. 109/110 (Doc. 1) e respectiva **certidão de intimação** de fls. 120 (Doc. 2);
2. **Petição Inicial da Ordinária** – fls. 02/14 – (Doc. 2-A) e documentos a ela anexados – fls. 15/21; 24/27; 28/30; 31/33; 34/43; 44/49; 50/53; 57/59; 60/68; e 69 (Docs. 2-B; 4; 4-A; 5; 6;7;8;9;10;11/19; e 20);
3. Procuração e substabelecimento outorgados pela Agravada (Docs. 3 e 3-A);
4. Despacho datado de 08/12/2009, em sede de plantão judiciário – fls. 74 e vº (Doc. 21);
5. **Despacho do juízo da 8ª VFP determinando a livre redistribuição da Ordinária, por ausência de conexão ou continência com a Expropriatória** – fls. 76 (Doc. 22);
6. Cota de fls. 77 da Ordinária (Doc. 23), da lavra da advogada da Agravada, requerendo a juntada de Laudo Técnico de Avaliação de fls. 78/107 (Doc. 23-A) e de carta de avaliação do fundo de comércio de fls. 108 (Doc. 24);
7. Cópia do Ofício 1.344/09 comunicando ao juízo expropriatório da 8ª VFP o teor da decisão agravada – fls. 112 (Doc. 25);
8. Extrato de andamento da ação de Desapropriação (Doc. 26);
9. Cópia da **Petição Inicial da Cautelar de Produção Antecipada de Provas** (Doc. 27);

10. Cópia da **decisão denegatória da Liminar na Cautelar** (Doc. 28);
11. Contestação e Quesitos e Indicação de Assistente Técnico pela Agravante, na Cautelar (dos. 29);
12. Extrato de andamento processual da Cautelar (Doc. 30);
13. Pedido de Suspensão de Execução de Antecipação de Tutela nº 186.563.0/7-00 dirigido ao Presidente do TJSP (Doc. 30-A);
14. **Decisão concessiva da suspensão da tutela antecipada, concedida pelo Exmo Presidente do TJSP** (Doc. 31).
15. Acórdãos e sentenças com precedentes favoráveis à tese aqui defendida.

Pede deferimento.

São Paulo, 6 de janeiro de 2010.

Angélica Marques dos Santos
Procuradora do Município de São Paulo
OAB/SP 79.945 - Desap. 23

MINUTA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravante: Municipalidade de São Paulo
Agravada : Roma Empreendimentos Turísticos Ltda.

Egrégio Tribunal
Exmo. Desembargador Relator

DAS ACÇÕES DE ORIGEM

A Agravada, na qualidade de locatária de imóvel expropriado pela Municipalidade-Agravante¹, no qual explora o ramo de Motel, ingressou com Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas, distribuída por dependência da expropriatória, para o fim de assegurar a apuração técnica de justa e prévia indenização que entende devida ao fundo de comércio, pela perda do imóvel que locava.

A Cautelar foi recebida por dependência da expropriatória e deferida pelo juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, autuada sob nº 053.09.039091-4. Regularmente citada, a Agravante contestou o feito, impugnou os quesitos da ali requerente, ofereceu os seus e indicou Assistente Técnico para acompanhar e contrastar os trabalhos do Perito Judicial, tudo nos termos dos arts. 420 a 439 e 850, do CPC, marcando a feição litigiosa do procedimento.

Já na inicial da Ação Cautelar a aqui Agravada requerera, liminarmente, *“a suspensão da ação de desapropriação, ou, no mínimo, a não concessão da imissão na posse antes da realização da prova requerida.”*

Tal pedido foi indeferido pelo juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública nos seguintes termos, por decisão já preclusa:

*“(....).
Indefiro o pedido de suspensão da ação de desapropriação, pois nada impede que ambos os feitos prossigam, já que em ambos será realizada a avaliação.
Quanto à imissão na posse, já constou do despacho de fls. 274 dos autos da desapropriação que esta somente poderá ocorrer após a avaliação prévia do bem e do depósito do valor deste. Logo, por ora, não há risco para a perícia a ser realizada nestes autos.”* (cópia anexa).

Coerente com o que declarara na inicial da Cautelar, a Agravada ajuizou a ação principal, de Indenização sob o rito Ordinário com pedido de Antecipação de Tutela, este último tão somente para *“o fim de determinar o depósito da indenização*

¹ **Motel Roma, sito na Av. Robert Kennedy nº 3.950.** Desapropriação nº 2124/ 053.09.036172-8, da 8ª VFP. Proprietária-expropriada: São José Participações S/C Ltda.

referente ao fundo de comércio à Requerente previamente à imissão na posse pela Requerida, apurada em avaliação contábil prévia baseada no lucro anual do Motel Roma ...”(p. 12 da inicial - original não grifado).

A exemplo da Cautelar, a ação Ordinária fora também dirigida 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, mas com pedido de distribuição por dependência da ação expropriatória e não da Cautelar, que a precedera. Por não reconhecer vínculo de conexão ou de continência entre a expropriatória e a indenizatória, o MM. Juiz da 8ª VFP determinou a livre redistribuição.

Redistribuída, a Ordinária, à 9ª VFP, a Antecipação da Tutela requerida nos termos supra foi concedida por meio da decisão ora agravada, pela qual foi condicionada a imissão provisória na posse do imóvel expropriando ao depósito prévio de indenização relativamente ao fundo de comércio, fixado em R\$ 18.841.413,34, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.

DA DECISÃO AGRAVADA

A decisão agrava, inserta a fls. 109/110 dos autos de origem tem o seguinte teor:

“Vistos.

Da análise da inicial e documentos, verifico a verossimilhança das alegações, uma vez que a autora é locatária do imóvel nº 3950, situado na Avenida Robert Kennedy, desde 1984 e renovou o contrato até 1º de março de 2018 (fls. 24 e 31), para exploração comercial. O imóvel é objeto de desapropriação efetuada pelo Município de São Paulo, cuja ação está em trâmite perante a 8ª Vara da Fazenda Pública da capital (processo nº 053.09.036.172-8), na qual já foi deferida a imissão provisória.

Ocorre que a autora é possuidora direta do bem, mantém no local atividade comercial e, nele realizou benfeitorias. Ademais, até para atender as exigências do Poder Público, na qualidade de locatária, a autora teve que adquirir imóvel (matrícula 87.723) para compensação de proteção ambiental (fls. 28/30). É inadmissível afastar a indenização com relação ao fundo de comércio, que também é objeto da desapropriação, sob pena de ofensa ao princípio da justa e prévia indenização previsto na Constituição Federal.

Nesse sentido:

“Agravo de instrumento – Ação de indenização em apenso à ação de desapropriação – Imissão na posse – Necessidade do depósito do valor apurado em avaliação prévia – Fundo de Comércio a ser afetado pela desapropriação – Depósito prévio necessário a assegurar a perda do locatário com o processo expropriatório. Recurso improvido. (Agravo de Instrumento nº 979.895-5/6-00 da 6ª Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).”

Sendo assim, defiro a antecipação dos efeitos da tutela para determinar à ré o depósito prévio da indenização referente ao fundo de comércio que, fixo, com base nos documentos anexados aos autos em R\$ 18.841.413,34 (fl. 87), que deverá ser depositado para a imissão provisória na posse. Tal valor ficará

depositado até que se apure o correto valor da indenização do fundo de comércio, visto que conforme noticiado já foi proposta ação cautelar de antecipação de prova.

Intime-se, com urgência a ré para cumprir a decisão, salientando que a imissão está condicionada ao depósito do valor apontado para assegurar a justa indenização, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.

Expeça-se ofício ao MM. Juiz da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

Cite-se e intime-se.” (original não grifado).

Com o devido acatamento, a decisão supra está a merecer pronta sustação e subsequente reforma, por destoar de princípios constitucionais basilares, ensejando grave subversão dos valores e direitos indisponíveis a serem prestigiados, além de conter impropriedades de natureza processual comprometedoras da sua validade.

DA NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DA DECISÃO AGRAVADA

- I -

A decisão agravada contrariou ordem proferida nos autos do Pedido de Suspensão nº 186.563.0/7-00, emanada do **Presidente desse Egrégio Tribunal de Justiça**, pela qual fora garantido o livre processamento legal da ação de desapropriação nº 2.124/053.09.036172-8, da 8ª VFP, então indevidamente paralisada por Tutela Antecipada concedida em ação Ordinária similar à presente, ajuizada por locatária do imóvel contíguo² ao da aqui Agravada, ambos de propriedade da São José Participações S/C Ltda. e desapropriados na mesma ação.

A excepcional medida visou assegurar o regular curso da ação expropriatória, e, com isso, a continuidade do programa de melhoramento urbano e de saneamento ambiental de entorno da Represa Guarapiranga, cujo óbice provocado pela primeira Antecipação de Tutela foi identificado pelo Presidente do Tribunal como potencialmente **lesivo à ordem pública**. É o que se depreende dos seguintes excertos:

“Trata-se de pedido de suspensão dos efeitos da tutela antecipada proferida pela MM. Juíza de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, nos autos da ação ordinária proposta por Motel Leão de Prata Ltda., pela qual foi concedida a antecipação de tutela, para o fim de determinar que a ré não seja imitada na posse do imóvel objeto da ação, paralisando-se o processo expropriatório. Alega a requerente, em síntese, lesão à ordem e à economia Públicas.”

Cumpra inicialmente deixar assentado que não se examina, nesta fase, o acerto ou desacerto da decisão recorrida. Interessa apenas e tão somente a potencialidade de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas (art. 4º, da Lei nº 8.437/92).

² **Motel Leão de Prata**, R. Robert Kennedy nº 3.456 (Ord. 2.124/053.09.044778-9, 8ª VFP).

Cuida-se, com efeito, de norma de exceção, na medida em que atribui a decisão a órgão diverso daquele competente para julgar a causa em segundo grau, a recomendar aplicação restrita.

Fixado este ponto, a hipótese comporta, efetivamente, a sustação, ainda que momentânea, da determinação judicial (fls. 8/9).

Importante salientar, na esteira de Hely Lopes Meirelles, calcada em explicitação do então Ministro do Supremo Tribunal Federal José Neri da Silveira, que no conceito de ordem pública 'se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a norma execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas. Realmente, assim há que ser entendido o conceito de ordem pública para que o Presidente do Tribunal competente possa resguardar os altos interesses administrativos, cassando liminar ou suspendendo os efeitos de sentença concessiva de segurança, quando tal providência se lhe afigurar conveniente e oportuna' (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, mandado de Injunção, 'Habeas Data', Malheiros Editores, 26ª Ed, p. 87.).

Sopesando-se os valores postos em juço, a luz do princípio da proporcionalidade, neste momento, devem prevalecer os apresentados pela Municipalidade de São Paulo.

Ante o exposto, defiro o pedido, suspendendo-se os efeitos da tutela antecipada até que esta Corte aprecie o mérito da causa." (fls. 55/57).

Ora, independentemente dos fundamentos de mérito adotados, a decisão aqui agravada constitui **usurpação de competência**, ao inovar e impor condição para o livre curso do processo de desapropriação já soberanamente assegurado pela Presidência do Tribunal de Justiça, no exercício de competência legal exclusiva para o reconhecimento de potencial lesão à ordem pública, na forma do art. 4º da lei nº 8.437/92, embasador do deferimento do pedido.

Reitera-se que a ação expropriatória cujo devido processo legal foi garantido pela Suspensão maior, tem por objeto dois imóveis situados na Avenida Robert Kennedy: o nºs 3.456, locado ao Motel Roma, e o de nº 3.950, locado ao Motel Leão de Prata, ambos às margens da Represa Guarapiranga, totalizando 16.288,40 m² de área, declarados de utilidade pública para a implantação de Parque Público denominado Praia de São Paulo, e para recuperação e preservação do manancial da Represa de Guarapiranga, posto a notório risco de contaminação.

É de se ver, portanto, que **embora a área exproprianda seja divisível não o é o interesse público sobre ela incidente**, ensejador da Declaração de Utilidade Pública, assim como indivisíveis são os bens jurídicos maiores, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas cuja incolumidade foi protegida por meio do excepcional provimento de Suspensão, repita-se, em juízo de competência exclusiva do Presidente do Tribunal.

Por isso, pelos mesmos motivos de fato e de direito embasadores da suspensão diferenciada concedida, deve ser prontamente banida, também, a decisão agravada, ameaçadora aos mesmos interesses de relevante índole pública e difusa.

- II -

A decisão agravada sobrepõe o interesse – ou expectativa – particular ao interesse público declarado urgente, na forma da lei e no devido processo legal de desapropriação. Trata-se, ainda, de deliberação liminar, *inaudita altera pars* destituída de fundamentação em lei e baseada em interpretação extensiva de norma constitucional de caráter restritivo, em flagrante subversão à ordem legal e aos princípios norteadores da administração pública.

Ademais, o vultoso valor do depósito, de mais de 18 milhões de reais de dinheiro público, foi fixado arbitrariamente, com base em documento particular, unilateral, acostado por cópia à inicial da Agravada e sem assinatura do técnico ali nominado (fls. 88 dos autos originais).

Foi fixado, ainda, tão exorbitante valor, sem prévia consulta à Cautelar que se processa na 8ª VFP exatamente para a fixação da indenização pretendida, a cargo de profissional e critérios especializados, sob o crivo do contraditório, o que, certamente, forneceria parâmetros ao menos objetivos para a – repita-se – indevida fixação.

E, mais, o desproporcional valor exigido foi fixado e determinado para depósito sob pena de multa diária sem nenhum requerimento da Agravante, ainda que implícito, pois somente pretendia o condicionamento da imissão na posse do imóvel ao depósito, pela expropriante, do valor apurado na avaliação ainda em curso na Cautelar.

Por outro lado, não há suporte fático ou legal a embasar a concessão e a permanência da sustação da imissão na posse para o aguardo da conclusão da prova em curso na Cautelar, pois de natureza eminentemente contábil e com vistoria *in loco* do estabelecimento já efetuada tanto na expropriatória como na própria Cautelar, consoante expressa declaração da Agravada na inicial da ação de origem.

É de se ver que o impedimento à imissão na posse na expropriatória é provimento que não guarda relação de pertinência com a indenizatória.

Constitui questionável sobreposição de competência jurisdicional, permitindo que a ordem proferida em ação cuja natureza jurídica nunca alcançaria provimento típico da ação especial de desapropriação, atinja e obrigue juízo do mesmo nível hierárquico a rever anterior ordem sua, posta à sua exclusiva e especializada³ jurisdição.

Não há sentido lógico-jurídico no impedimento ou suspensão de imissão na posse em imóvel expropriando fora da respectiva ação de desapropriação. Mais ainda a título de antecipação de tutela, pois uma ação de procedimento ordinário como a aqui tratada nunca geraria tal provimento.

³ Art. 12 do decreto-lei 3.365/41.

A esse respeito já se pronunciou esse E. Tribunal de Justiça, por meio da Quarta Câmara de Direito Público, no Agravo de Instrumento nº 661.644-5/8-00, que teve como Relator o **Des. Ricardo Feitosa**, asseverando que o constituinte garantiu o direito à indenização prévia somente ao desapropriado, e *a tutela cuja antecipação se pretende não guarda correspondência com a tutela definitiva que será prestada se a ação for julgada procedente, simplesmente de pagamento de indenização apurada em perícia contábil, sem interferência na imissão na posse deferida na ação de desapropriação:*

“Somente ao expropriado a Constituição Federal garante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, inciso XXIV), ao mesmo tempo que é apenas em favor dele que o art. 15 da Lei das Desapropriações condiciona a imissão provisória na posse dos bens ao depósito da quantia arbitrada em avaliação. Por outro lado, não existe entre o expropriado e terceiro reflexamente atingido pela desapropriação situação de exata similitude, de molde a autorizar a concessão a este da proteção ou o ordenamento jurídico reservado com exclusividade àquele, a pretexto de atendimento ao princípio da isonomia. Ademais, a tutela cuja antecipação se pretende não guarda correspondência com a tutela definitiva que será prestada se a ação for julgada procedente, simplesmente de pagamento de indenização na imissão na posse deferida na ação de desapropriação.”

No mesmo sentido há os recentes julgados da Ap. nº 694.092.5/4-00, da relatoria do **Des. Thales do Amaral**; do AI nº 868.936.5/0-00, rel. Des. **Danilo Panizza**; AI nº 927.490.5/2-00, rel. Des. **Torres de Carvalho**; AI nº 677.083.5/9-00, rel. Des. **Oscild de Lima Júnior**; esses Acórdãos seguem anexados por cópia.

Não guardando, portanto, pertinência com a efetividade da prova contábil, a sustação da imissão na posse, na realidade, constitui ilegal construção imposta à Administração Pública para assegurar o depósito igualmente prévio de numerário não expressamente previsto em lei, em grave confronto aos princípios do precatório e da legalidade estrita dos dispêndios públicos, precedidos de inclusão orçamentária, como se extrai da combinação dos arts. 37, *caput*, 70, *caput*, e 100 da Constituição Federal, nesse tópico regulamentados pela Lei Complementar nº 101/00.

Não é razoável admitir a imposição cautelar de construção ilegal para forçar o Poder Público a dispêndio prévio em benefício de, ainda, expectativa particular, em detrimento do interesse público indisponível, adiando-se a intervenção do Poder Público em local de notória degradação ambiental e, com isso, permitindo-se a exposição de reserva manancial da Represa de Guarapiranga a ação predatória, em prejuízo do meio ambiente e de todos os munícipes.

Ademais, considerando que o objeto da ação é a indenização pelo fundo de comércio locado no imóvel expropriado, tem-se que a determinação do pagamento prévio, em **tutela antecipada**, constitui indevido provimento de **caráter satisfativo**, o que contraria a letra do art. 1º da Lei nº 9.494/97 - cuja constitucionalidade foi reiterada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 4 - combinado com o art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92.

Portanto, urge o restabelecimento do equilíbrio das partes naquele processo originário, e o início das prementes obras de recuperação ambiental e de preservação de área de manancial vital para a cidade de São Paulo, possibilitando, ainda, aos paulistanos, a fruição de parque público consoante o cronograma original, o que somente se logrará por meio do recebimento do presente Agravo com efeito suspensivo da decisão agravada, possibilitando a pronta imissão na posse do imóvel expropriado pela Agravante, o que ora requer.

DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA: DA CONTINÊNCIA ENTRE AS AÇÕES CAUTELAR E ORDINÁRIA

O pedido de Antecipação de Tutela concedido por meio da decisão ora recorrida **repete** o antes deduzido em liminar pela mesma Agravada nos autos da Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas, em curso na 8ª VFP sob nº 053.09.039091-4, e **já indeferido por aquele juízo prevento**, e afastado pelo Presidente do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, em relação à paralisação do processo expropriatório.

Com efeito, na inicial da Cautelar de Produção Antecipada de Provas, ora anexa como Doc. 27, verifica-se que o pedido liminar ali formulado teve o seguinte teor:

“... requer:

a) o deferimento do pedido de processamento da presente Medida Cautelar de Produção Antecipada de Provas com pedido liminar com a suspensão da ação de desapropriação, ou, no mínimo, a não concessão da imissão na posse antes da realização da perícia requerida;”(original não grifado).

Tal pedido foi indeferido pelo juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública nos seguintes termos:

“(....).

Indefiro o pedido de suspensão da ação de desapropriação, pois nada impede que ambos os feitos prossigam, já que em ambos será realizada a avaliação. Quanto à imissão na posse, já constou do despacho de fls. 274 dos autos da desapropriação que esta somente poderá ocorrer após a avaliação prévia do bem e do depósito do valor deste. Logo, por ora, não há risco para a perícia a ser realizada nestes autos.” (cópia anexa).

Já na ação Ordinária, o mesmo pedido, agora de Antecipação de Tutela, foi assim deduzido:

“...REQUER seja deferida a antecipação liminar da tutela para o fim de determinar o depósito da indenização referente ao fundo de comércio à Requerente previamente à imissão na posse pela Requerida, apurada em avaliação contábil prévia baseada no lucro anual do Motel Roma, incluídos os

lucros cessantes pelo período que ainda restava do contrato de locação, qual seja, 9 (nove) anos.” (fls. 13 – original não grifado).

Ora, ambos os pedidos – de liminar e de antecipação de tutela - visaram a sustação da imissão na posse do imóvel expropriando, ou seja, a **paralisação do processo de desapropriação** enquanto não atendidas as pretensões da Agravada, quais sejam: no primeiro processo a realização cautelar da perícia contábil e, no segundo, o depósito do valor a ser apurado em tal perícia.

Em ambos a causa de pedir é a mesma: o fato da iminência da imissão na posse do imóvel pelo ente expropriante, e o fundamento jurídico do pretense direito à indenização prévia pela perda do fundo de comércio locado no mesmo imóvel, o que configura a presença dos elementos jurídicos caracterizadores da litispendência descritos no art. 301, §§ 1º a 3º do CPC.

Dessa forma, o pedido reproduzido na Ordinária como Antecipação de tutela, não poderia ser objeto de apreciação pelo MMº juízo da 9ª VFP porque já conhecido e indeferido por juiz anterior, por decisão preclusa, nos autos da ação Cautelar em curso na 8ª Vara da Fazenda Pública.

Igualmente o pedido principal não pode ser apreciado pelo juízo *a quo* porque prevento o da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, na forma do art. 106, do CPC, por força do conhecimento prévio da Cautelar referida, preparatória da Ordinária, cuja abrangência do pedido cria entre ambas o vínculo de continência, na letra do art. 104 do mesmo Código, a impor a reunião das ações para impedir decisões díspares como a aqui recorrida, de questionada validade.

Como visto, a continência entre as ações Cautelar e principal se revelava já no pedido de Antecipação de Tutela da Ordinária e cuja inobservância em juízo perfunctório conduz à nulidade do correspondente deferimento, por afronta aos limites cingidos no art. 460 do CPC, como se demonstrará adiante.

Consoante o pedido acima reproduzido e deduzido a fls. 13 dos autos da Ordinária, a Agravada requereu a paralisação do processo expropriatório por meio do impedimento à imissão na posse do imóvel pelo ente público enquanto não efetuado *“o depósito da indenização referente ao fundo de comércio (...), apurada em avaliação contábil prévia baseada no lucro anual do Motel Roma ...”* .

Ou seja, requereu o depósito da indenização a ser apurada na avaliação contábil prévia em curso na Cautelar, da qual a Ordinária é a principal, consoante expressa declinação no item 41 daquela inicial ⁴. A lógica não permite outra interpretação.

⁴ *“41. Tendo em vista tratar-se de cautelar de antecipação de prova, segundo orientam a doutrina e a jurisprudência, a mesma não perde sua eficácia e não haveria necessidade de informar a lide principal, não se lhe aplicando as regras do inciso III do art. 801 e do art. 806 do Código de Processo Civil [sic]. Entretanto, caso o ilustre julgador, ao apreciar o pedido entender que sua indicação seja condicionante para a concessão da medida, fica apontada a principal como sendo a Ação de Indenização, pelo rito próprio.”*

Em outras passagens da inicial é possível identificar o mesmo liame lógico, que já decorreria do declarado vínculo preparatório e principal de ambas as ações. Com efeito, a fls. 06, nos itens 13. e 14 da inicial a Agravante justifica o que entende seu direito à indenização e a abrangência dessa, dizendo: “Em consequência disso, visando apurar o valor da indenização a que tem direito em razão da desapropriação em questão, a Requerente propôs Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas, que foi deferida por esse juízo, estando os autos conclusos com o Perito Judicial, Sr. José Zarif Neto, desde o dia 03 de dezembro de 2009 ...” (fls. 6, item 13. – original não grifado).

Mais adiante, no item 14. da mesma página, “Não obstante a produção de prova na documentação contábil da requerente, a vistoria ‘in loco’ há de apurar também o valor do terreno de matrícula 87.723, bem como, o pagamento de luvas à Locadora e os lucros cessante decorrentes da desapropriação do bem...” (original não grifado).

Tais passagens da inicial da ação Ordinária têm correspondentes similares na petição inicial da Cautelar, lá assim redigidos: “**18.** Em consequência disso, visando apurar o valor da indenização a que tem direito em razão da desapropriação em questão, precisa a Requerente produzir prova pericial concreta. A única forma de fazê-lo é através desta Medida Cautelar de Produção Antecipada de Provas, onde há de se apurar inclusive os lucros cessantes decorrentes da desapropriação do bem, pois a exploração do mesmo, de ótima estrutura, a vista dos investimentos feitos por ela locatária, até 2018, fica interrompida.”. E, ainda: “**30.** Por meio desta Medida Cautelar, a Requerente pretende obter a fixação dos valores de tudo que há de ser apurado em relação ao fundo de comércio, aos lucros cessantes decorrentes do desfazimento do contrato de locação que teria vigência até 2018, de modo a assegurar que a indenização a ser paga pela administração pública seja justa.” (o original não é grifado).

Não bastasse o demonstrado vínculo preparatório da Cautelar em relação à Ordinária, que a supera e engloba por não só buscar a fixação de um *quantum* mas para sobre ele vindicar indenização, verifica-se que a Cautelar tem caráter nitidamente contencioso, estando cumprido à risca o procedimento dos arts. 420 a 439, do CPC: A Agravante foi regularmente citada, ofereceu contestação, impugnou os quesitos técnicos da Agravada, formulou os seus, indicou Assistente Técnico para o acompanhamento e crítica dos trabalhos do Perito Judicial e tem ao seu dispor todos os recursos e meios de defesa próprios da garantia do contraditório e da ampla defesa, tal qual assegurado no art. 5º, LV, da CF.

Vê-se que a prova pericial, *in casu*, vem se desenvolvendo em procedimento diverso do Ordinário, por meio de Cautelar, devido à urgência em assegurar registro oficial das condições físicas do estabelecimento, suas benfeitorias e instalações, assim como da situação contábil atual do fundo de comércio, dada a iminência da imissão na posse do imóvel pela Agravante, como declarado pela Agravante nas iniciais das ações.

“Quando o fato puder ser apurado no momento processual adequado, não se justifica o pedido de produção antecipada de prova (RT 491/62, 495/71,

601/81; RJTJESP 94/178, 107/295; JTA 100/375; RF 276/191), pois neste caso não há ‘periculum in mora’ a legitimizar a medida (RJTJESP 115/117).”⁵

As características expostas afastam a qualificação da Cautelar em exame como meramente conservativa de direitos, a exemplo da notificação ou da antiga vistoria *ad perpetuam rei memoriam*, dada a presença do contraditório, ínsito à Cautelar de Antecipação de Prova Pericial, para a qual o art. 850 expressamente determina a adoção da instrução probatória especializada, própria do procedimento Ordinário.

Portanto, não se aplica à presente a Súmula 263, do TFR, segundo a qual “A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal.” Aliás, a locução aqui grifada é a exceção em que se enquadra o caso em exame, de nítido perfil preparatório e contencioso, a fazer incidir a regra do art. 800, combinada com os arts. 104 e 106, todos do CPC.

“É de convir que a aplicação da regra do art. 800 do CPC merece temperamento quando se trata de ajuizamento de cautelar de produção antecipada de provas, pois a produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal. A depender da modalidade da prova requerida, mormente se verificada a intervenção do magistrado no feito, com a nomeação de ‘expert’ de sua confiança, inegável a prevenção do Juízo da ação preparatória para exame da principal” (STJ-2ªT., REsp 487.630-SP, rel. Min. Franciulli Netto, j. 21.8.03, não conheceram, um voto vencido, DJU 28.6.04, p. 245).”⁶

“Cautelar de produção antecipada de provas com observância do princípio do contraditório não é medida equiparável à antiga vistoria ‘ad perpetuam rei memoriam’ (STJ-3ªT., REsp 28.368-5-SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 1.12.92, não conheceram, v.u., DJU 1.2.93, p. 463-original não grifado).”⁷

“O pedido de produção antecipada de provas: admite intervenção de terceiros ‘na forma de assistência provocada, pois visa garantir a efetividade do princípio do contraditório, de modo a assegurar a eficácia da prova produzida perante aquele que será denunciado á lide, posteriormente, no processo principal (STJ-3ªT., REsp 213.556-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.8.01, negaram provimento, v.u., j. 17.9.01. DJU 17.9.01, p. 161).”⁸

Quanto à prevenção do juízo da 8ª VFP para o conhecimento da ação Ordinária, principal da Cautelar, tem-se que:

“Se proposta a ação cautelar em um dos juízos competentes para apreciá-la, firma-se, em seu favor, a competência para a ação principal (JTA 118/101).”

⁵ Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor*, Saraiva, 39ª ed., São Paulo, 2007, Nota 1 ao art. 848, p. 954.

⁶ Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor*, Saraiva, 39ª ed., São Paulo, 2007. Nota 8 ao art. 800, p. 931.

⁷ *Idem*, Nota 3a. ao art. 846, p. 954.

⁸ *Idem*, Nota 4 ao art. 846, p. 954.

“Quando preparatórias, as medidas cautelares devem ser requeridas ao juiz que se apresenta competente para conhecer da causa principal, que, por isso, fica preventivo” (STJ-4^ªT., REsp 6.386-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 28.5.91, deram provimento, maioria, DJU 7.10.91, p. 13.971).

“A prevenção ocorre em termos recíprocos, seja qual for a demanda ajuizada em primeiro lugar; a principal ou a cautelar” (RF 273/165 e RT 732/216).

*“Os processos cautelares quando anteriores ao processo principal, tornam preventivo o juízo (RT 485/76; RSTJ 150/283, RT 730/345 e RJTJESP 79/314)”*⁹

Humberto Theodoro Júnior ensina que *“Não mais deve perdurar a controvérsia sobre a prevenção do Juiz da antecipação da prova para a ação principal. Não se trata de simples feito de jurisdição voluntária ou de mero expediente probatório da livre disponibilidade do interessado. A antecipação de prova é cautelar que já coloca ‘sub judice’ a lide.”* E acrescenta:

(...).

A prova, assim obtida, já é da Justiça; dela não pode mais dispor o requerente; a ação de mérito, quando advier, não poderá ignorá-la; a vinculação é de ordem pública, pois a atividade jurisdicional já se acha em movimento, embora ainda no plano preventivo.

“A regra decorre do princípio geral da acessoriedade (CPC, art. 108), posto que toda ação cautelar está, necessariamente, vinculada a uma ação de mérito, mesmo que esta ainda não tenha sido proposta, ao tempo do requerimento da medida preventiva (CPC, art. 796)”.¹⁰

Ao distinguir entre medidas cautelares contenciosas e não contenciosas, **Humberto Theodoro Júnior** professa, ainda, que:

“Quando, porém, o pedido de providência cautelar encontra resistência do adversário, tem-se um conflito de interesses a solucionar, mesmo que tal se passe no âmbito que não se confunda com o mérito da ação principal, pois se limita apenas ao plano da prevenção ou segurança como, por exemplo, a disputa sobre o cabimento ou necessidade (ou não) ‘in concreto’ da medida cautelar requerida. Depara-se, então, o juiz com uma verdadeira lide (a lide cautelar), cuja solução há de ser dada em procedimento necessariamente contencioso, com total resguardo do contraditório, segundo o rito dos arts. 801 a 804.

*Há, como se vê, possibilidade de lide cautelar, ao lado da lide principal, muito embora a tutela e prevenção nem sempre pressuponha a litigiosidade em torno da segurança em si mesma.”*¹¹

Por isso é inegável a incompetência do juízo *a quo* para o pronunciamento da decisão agravada, proferida em ação para cujo conhecimento já era preventivo o juízo da 8^ª VFP.

⁹ *Idem*, Notas 3 e 6 ao art. 800, p 930.

¹⁰ Curso de Direito Processual Civil, vol. II, Forense, 42^ª Ed., 2008, p.566 e 673/674 - original não grifado.

¹¹ *Idem*, p. 548.

E, mais, não é juridicamente razoável nem proporcional a adoção de declaração unilateral, não assinada, acostada por mera cópia, como parâmetro para a fixação de vultoso depósito de dinheiro público, enquanto há em curso o devido processo judicial preparatório, instaurado para o fim único de, sob o crivo do contraditório, ser objetivamente fixado o *quantum* pretendido, por profissional especializado e qualificado, nomeado auxiliar técnico por juiz prevento.

Do exposto, dada a prova inequívoca da fluência de graves prejuízos, de difícil reparação causados pela decisão agravada, conflitante com ação judicial preparatória em curso, requer, seja **ANTECIPADA A TUTELA** para o fim de ser determinada a reunião de ambas as ações, Cautelar e Ordinária, sob o juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, com a remessa dos autos da Ordinária para aquela Vara.

DA NULIDADE E DA ILEGALIDADE DA DECISÃO AGRAVADA

- I -

Da análise expendida no item precedente, sobre a petição inicial da ação Ordinária, verifica-se que em nenhum momento há referência ao exorbitante valor de R\$ 18.841.413,34, arbitrariamente fixado para indenizar o fundo de comércio, com determinação de depósito do correspondente valor como condição para a imissão na posse do imóvel, sob pena de multa diária.

Os mais de dezoito milhões constam de um dentre os vários documentos acostados pela ali autora à inicial, resultante de avaliação técnica por ela encomendada a profissional de sua confiança. Trata-se da cópia reprográfica de documento particular, unilateral, que nem assinado está, como se vê a fls. 88.

Não obstante esse documento foi erigido à condição de prova inequívoca, elemento imprescindível para a concessão de tutela antecipada, na letra do art. 273, *caput*, do CPC.

No entanto, a autora não pediu tal montante e **nem mesmo que o magistrado fixasse, antecipadamente, montante algum.** Apenas requereu fosse assegurado o depósito da quantia a ser “apurada em avaliação contábil prévia“, ou seja, na Cautelar em curso, “previamente à imissão na posse”.

Não há na inicial menção a valor algum e nem pedido de fixação desse valor na ação principal porque já instaurado o procedimento da Cautelar com amplo contraditório, livremente eleito pela Agravante como o idôneo para a apuração objetiva da justa indenização que entende devida.

Ora, consoante os art. 286, do CPC, “*o pedido deve ser certo e determinado*” como foi o pedido da autora, acima minudentemente analisado. E, acresce o art. 293, do mesmo Código, “*os pedidos são interpretados restritivamente*”.

O excesso interpretativo do magistrado, a par de vedado por colidente com o princípio da adstrição ao pedido, enseja a nulidade da correspondente decisão, como se infere dos arts. 128 e 460 do CPC:

“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

“Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

Ora, a análise sistemática acima desenvolvida demonstrou que não há pedido explícito ou implícito de fixação de valor prévio de indenização na Ordinária, mas tão somente pedido de manutenção da posse do imóvel com a Agravante enquanto se aguarda a fixação de tal indenização na Cautelar em curso, para ser assim assegurado o seu depósito na Ordinária. A aleatória fixação da indenização e a determinação do correspondente depósito também não são decorrências lógicas, nem acessórias e nem pressupostos do pedido.

Também não há pedido explícito ou implícito de cominação de multa diária e nem elementos indicativos da sua necessidade ou adequação, visto que a Agravada pretendeu ordem de não fazer cuja execução sempre dependeria do cumprimento de mandado judicial de imissão na posse, a cargo de um Oficial de Justiça, afora as demais razões jurídicas que desaconselham o dispensável preceito em face da Fazenda Pública, como:

“Em princípio aplica-se às pessoas jurídicas de direito público a disciplina do art. 461 do CPC. Mas, há que se atentar para a razoabilidade no uso dos meios coercitivos, pois a administração, jungida à legalidade, nem sempre exhibe condições de atender, prontamente as chamadas ‘prestações positivas’ resultantes dos comandos constitucionais. E ainda há que considerar que, por lastimável deficiência do ordenamento jurídico pátrio, a multa grava o Erário, jamais o agente político ou o servidor com competência para praticar o ato, pessoalmente, o que, no fundo, a torna inócua” (RJ 314/104; a citação é do voto do rel. Des. Araken de Assis).¹²

Ademais, a efetividade da ‘ordem de não fazer’ concedida dependeria apenas do desfazimento da ‘ordem de fazer’, seja por meio da revogação do deferimento do pedido de imissão na posse pelo mesmo juiz que a concedera no devido processo legal, seja pelo recolhimento do correspondente mandado de imissão por aquele mesmo juízo, como acabou acontecendo. Sem adentrar, aqui, no mérito da incompetência do juízo *a quo* para impor o desfazimento de ordem de outro, do mesmo nível hierárquico, nada dependeria de hipotética e improvável recalitrância da Municipalidade expropriante, a ponto de ser coagida por multa diária.

¹² *Idem*, Nota 7b ao art. 461, p. 549.

Sob qualquer foco contata-se que a tutela antecipada recorrida é nula, por força dos arts. 128 e 460, do CPC, por desbordar dos limites do pedido, concedendo provimento diverso do requerido e impondo à ré condenação excessiva à demandada.

Sobre a inobservância de tais limites, pelo magistrado, o mesmo Theotonio Negrão anota, ao rodapé dos mencionados artigos do CPC:

“O pedido, expresso na inicial ou extraído dos seus termos por interpretação lógico-sistemática, limita o âmbito da sentença. Fundando-se a inicial na anulação de um documento, com base em dolo essencial, não se permite avançar além desses exatos contornos da demanda para declarar nulidade de outro documento, para o qual não concorreram nem a causa de pedir, nem o pedido” (RSTJ 146/404).

“Pleiteando a inicial a condenação em perdas e danos, conforme especifica, não é possível condenar o réu ao pagamento de multa, a que o autor não se referiu” (RSTJ 10/471).¹³

“Excede os limites da demanda a decisão que, sem pedido, defere indenização por acessões feitas em terra alheia, pelo esbulhador, ainda que reconhecendo que este agira de boa-fé” (STJ-3ºT., REsp 34.637-3-RJ, rel. Min. Dias Trindade, j. 31.5.93, deram provimento, v.u., DJU 28.6.93, p. 12.892).

“Se a inicial postular que a indenização seja fixada na execução, não pode o juiz condenar em quantia fixa, sob pena de julgar além do pedido” (RTJ 104/873). No mesmo sentido: RJTAMG 23/244.¹⁴

Na esteira dos excertos de julgados acima mencionados, que exemplificativamente demonstram a uniformidade do tratamento dado pelos Tribunais do país a decisões excedentes ao pedido, requer seja declarada **nula** a decisão agravada, em prestígio, dentre outros, ao princípio da disponibilidade, típico do sistema judicial brasileiro.

- II -

Chama à atenção a desproporcionalidade e a inadequação da medida frente aos interesses postos na lide: sustou-se a possibilidade de imissão na posse do bem e, com isso, a intervenção pública em área de manancial, de interesse difuso e geral, para assegurar a expectativa de indenização a locatário pela perda de ponto comercial, sem que haja incompatibilidade entre tais interesses, o geral e o particular.

Avulta, ainda, a ilegalidade da medida, pois, em juízo perfunctório e *inaudita altera pars*, foi sustada a prerrogativa dos efeitos próprios da **declaração de urgência** na posse, que a lei de desapropriações impõe ante o exclusivo atendimento dos requisitos que elenca, ou seja, ao depósito da avaliação prévia do imóvel expropriado, sem margem de juízo subjetivo do magistrado. Embora conste

¹³ *Idem*, Nota 4 e 6 ao art. 460, p. 546.

¹⁴ *Idem*, Notas 18 e 19 ao art. 460, p. 547.

expressamente nos arts. 9º e 15 do decreto-lei 3.365/41, tal vedação não se limita à ação de desapropriação, antes decorre do princípio da independência e da harmonia dos Poderes, impeditiva da apreciação, pelo Poder Judiciário, do mérito administrativo, sua conveniência, oportunidade ou urgência, consoante o art. 2º da Constituição Federal.

Sobre o tema, ensina Seabra Fagundes ¹⁵ :

“A urgência no ato administrativo é um elemento de mérito (e não de legalidade) dependente, por sua natureza, do critério livre da Administração Pública. Só esta, com seus meios de informação técnica de que dispõe, com o conhecimento de determinadas necessidades (muitas vezes prementes), que lhe incumbe satisfazer, com a visão de conjunto dos problemas administrativos, de todos se havendo de desincumbir oportunamente, e sentindo a prevalência de uns sobre os outros, pode aferir da pressa que haja em dispor de certo bem privado para a execução de alguma obra pública, para utilização com determinado objetivo etc. Nenhum elemento tem o juiz para contraditar a urgência, acaso alegada pelo administrador. Haveria de louvar-se nos próprios dados fornecidos por este nenhuma base tendo para rejeita-los.”

Na ação de origem, no entanto, foram equiparadas as assertivas unilaterais da Agravada ao interesse público declarado urgente, cuja prevalência, para a realização do bem comum é assegurada por mecanismos legais como o relegado pela decisão recorrida. Conferiu-se presunção de legitimidade à declaração particular, enquanto tal presunção é prerrogativa legal e constitucionalmente assegurada ao Poder Público.

Frise-se que às assertivas da Agravada foi conferida estatura de plausibilidade, em detrimento da prerrogativa de legitimidade das declarações do Poder Público, **sem sequer início de prova da regularidade do funcionamento do estabelecimento agravado**.

Não havendo a licença, a Agravada poderia, a qualquer momento, ter seu estabelecimento fechado e as atividades comerciais interditas no local, por ato legítimo de polícia municipal, culminado com multas, sem direito a qualquer indenização.

Ora a regularidade do estabelecimento é prova indispensável para a pretensão a qualquer tutela, como a aqui recorrida, que vise conferir excepcional proteção a estabelecimento comercial. Do contrário, a decisão estaria – como está – tutelando ato *contra legem*, além de destituído de qualquer plausibilidade ou aparência de bom direito.

¹⁵ Citado por José Carlos de Moraes Sales em *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, RT, 5ª ed., p. 350.

Portanto, antes de sustar, *inaudita altera pars*, a realização do interesse público geral para assegurar mera expectativa destituída da **prova inequívoca** a que alude o art. 273 do CPC, cumpriria ao magistrado exigir da Agravada a prova da regularidade da atividade comercial e do estabelecimento que visava proteger, pois “*só a existência da prova inequívoca, que convença da verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento (RJTJERGS 179/251)*”¹⁶.

Em recente Acórdão relatado pelo DD. Desembargador **ISRAEL GÓES DOS ANJOS**, em caso idêntico ao presente, a C. 6ª Câmara de Direito Público do TJSP, por votação unânime, considerou inexistente como fundo de comércio e, portanto, **não indenizável, estabelecimento comercial desprovido de alvará de funcionamento** expedido pela autoridade municipal.

È da letra do aresto que:

“Por outro lado, o fundo de comércio não existe por si só em razão da localização da empresa. Sem a legalidade do funcionamento não há fundo de comércio.

O patrimônio imaterial do estabelecimento comercial leva em conta o cumprimento de todos os requisitos legais de forma cumulativa . Não basta só o pagamento de tributos.

A ausência do alvará de funcionamento torna ilegal a atividade comercial e por isso deixa de existir o fundo de comércio.

(...).

Embora alegue recolher taxas ao município, isto por si só não vem a suprir a falta de licença de funcionamento. A falta do referido alvará é causa de interdição imediata do estabelecimento e de pagamento de multa decorrente da infração, em caso de autuação. Logo, mostra-se incabível a indenização pleiteada porque não havia legalidade da atividade mercantil no imóvel expropriado.

Perdurando a ausência de alvará capaz de legitimar o estabelecimento comercial no imóvel expropriado, incabível se torna a aplicação dos artigos 5º, inciso XXIV e 37, § 6º da Constituição Federal.

Há que se considerar que a exigência de alvará de funcionamento decorre de vários fatores de interesse público e não de mera questão administrativa ou burocrática.

Nada há a indenizar, uma vez que não há fundo de comércio sem a legalidade do funcionamento. (Acórdão nº 780.378-5/1-00. Original não grifado).

Assim, a prova da regularidade do estabelecimento constitui elemento indispensável para a definição da plausibilidade do direito reclamado, sem a qual não se configuram os requisitos expressos no art. 273 do CPC, autorizadores da existência legal e da permanência de medida antecipatória de tutela, razão pela qual a medida ora agravada constitui ato ilegal a requerer pronta reparação por esse E. Tribunal de Justiça.

¹⁶ Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e Legislação Processual civil e vigor*, Saraiva, 39ª ed., 2007, Artigo 273, nota 6, p. 408.

Ademais, decorre da Constituição Federal, art. 5º, incisos XXIV, que o pagamento prévio de indenização é assegurado ao expropriado, no devido processo legal de desapropriação:

“**Art. 5º**.....
XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Dessa forma, a prévia indenização, assim como a imissão provisória na posse, que lhe faz contraponto, são provimentos exclusivos da ação de desapropriação, com procedimento especial regrado por lei própria, por determinação constitucional.

Por isso, quaisquer fatos, interesses ou direitos não pertinentes à aquisição da propriedade pelo ente Público e à perda indenizável ao proprietário, resolvem-se como **direito pessoal**, fora do processo especial de desapropriação e das garantias que lhe são ínsitas, por direta raiz constitucional. É a própria lei de desapropriação que os reporta às vias ordinárias, como se depreende dos arts. 20 e 34, § único, não sendo, portanto, extensíveis as normas ali contidas para alcançarem hipóteses que ela própria de seu abrigo excluiu.

Dessa forma não pode o juiz, fora do devido processo legal de desapropriação, obstar provimento que naquele processo é vinculado, para manter expectativa de terceiros que a lei excluiu da tutela especial da desapropriação e de todos os peculiares provimentos ínsitos a essa – e somente a essa - ação, como o do prévio depósito e o da imissão provisória na posse, que a Constituição nela inseriu.

José Carlos de Moraes Salles¹⁷, em estudo definitivo sobre desapropriações, ensina que *O critério [da ininterruptividade do processo], adotado pelo Dec.-lei 3.365/1941, encontra fundamento no interesse público que preside as expropriações, o que determina, também, a necessidade de ser o processo expropriatório celeremente desenvolvido em suas várias fases, livre de peias que possam obstacularizar seu rápido andamento. Nesse sentido, confira-se a RT 541/243, não admitindo a suspensão do feito expropriatório.*”

Ademais, a situação jurídica da Agravada, isoladamente, não guarda pontos de identidade com a hipótese de incidência das tutelas especiais da lei de desapropriações. Não há, aqui, entrosamento entre o fato concreto e o abstrato, geral, tipificado na norma, o que igualmente afasta a possibilidade de aplicação analógica da lei de desapropriações.

É importante destacar que o fundo de comércio titularizado pela Agravada não foi e não está sendo desapropriado pela Municipalidade, hipótese essencial de subsunção do caso concreto à lei especial de desapropriações. Não foi

¹⁷ A Desapropriação à Luz da Doutrina e Jurisprudência. RT, 5ª ed, p. 445/446.

compulsoriamente retirado do patrimônio particular para integrar o patrimônio público e servir a uma dada utilidade pública, nem direta e nem indiretamente, como ocorre em desapropriação.

O fundo de comércio, ademais, não está deixando de existir, não está desaparecendo do patrimônio particular. Ao contrário, remanesce com o seu titular como “*o conjunto de coisas incorpóreas ou uma universalidade de coisas e direitos, ativos, passivos, que constituem o patrimônio do comerciante: as mercadorias, os móveis, e semoventes, os utensílios, o título, o ponto e a fama do estabelecimento que ele explora; a sua freguesia ou clientela, o contrato de locação, o nome comercial, as patentes de invenção, o registro de marca de indústria e de comércio etc.*”¹⁸ Rubens Requião acrescenta que: “*O estabelecimento comercial [ou fundo de comércio] constitui, em nosso sentir, um bem incorpóreo, constituído de um complexo de bens que não se fundem, mas mantêm, unitariamente, sua individualidade própria*”¹⁹

Ainda “*é importante observar que o bem imóvel ocupado pelo empresário ou pela sociedade empresária não pode, por si só, ser considerado sinônimo de estabelecimento empresarial, já que é apenas um dos bens integrantes deste.*”²⁰

O fundo de comércio, portanto, remanesce no patrimônio da Agravada para além do local, do ponto - precário - que perdera. Mantém expressão econômica por seus demais componentes passíveis de realocação em novo ponto ou negociáveis em mercado, como uma universalidade ou como bens autônomos, a critério do seu titular.

Esses fatos estão a demonstrar a inexistência de *fumus boni juris* a respaldar o excepcional provimento, cujo efeito próximo é a burla ao princípio do precatório, ao qual estão sujeitos todos os pretensos e efetivos credores do Poder Público, consistindo, por isso, o efeito mediato da medida, afronta ao princípio da isonomia.

O *periculum in mora* ou o risco de dano de grave e difícil reparação, se efetivada a imissão na posse, também não se afigura porque estão sendo extraídas e registradas, na expropriatória e na Cautelar, as provas possíveis sobre o imóvel-ponto locado pela Agravada, isso mesmo sem considerar que as provas para o deslinde do feito são exclusivamente contábeis, a serem feitas sobre a escrituração da Agravada.

Por fim, apenas a título de argumentação, dada a natureza pessoal do interesse reclamado na ação e a inaplicabilidade das disposições próprias da lei de desapropriações, incabível tanto por interpretação extensiva como por aplicação analógica, tem-se que o fundamento jurídico aplicável à solução do feito seria o da

¹⁸ Pedro Nunes, *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, citado por José Carlos de Moraes Salles em *Ação Renovatória de Locação Empresarial*. RT, São Paulo, 2ª ed., 2002, p. 365. (original não grifado).

¹⁹ Citado na obra supra, p. 364/365.

²⁰ Fábio Bellote Gomes. *Manual de Direito Comercial*, Ed. Manole, 2ª ed., São Paulo, 2007, p. 25.

responsabilidade civil, previsto no art. 37, § 6º da Constituição Federal e no art. 43 do Código Civil.

Tratando-se de responsabilidade objetiva, a apuração da ocorrência se faz pela demonstração do liame lógico entre uma dada ação ou omissão do Estado e um dano a direito de terceiro, nos estritos lindes da relação de causa e efeitos entre ambos os fatos, objetivamente aquilatáveis.

Por isso considerando, mais uma vez, que a Agravada não foi desapropriada, tem-se que o ato estatal causador de suposto dano indireto sobre o seu estabelecimento, pela desapropriação do imóvel locado, **seria o ato de imissão na posse**, obstativa, concretamente, das suas normais atividades no local, se hipoteticamente regulares ante as posturas municipais.

De fato, não havendo a imissão na posse, não há, ainda, o fato danoso e nem danos que possam ser a ele diretamente imputados. Não há, também, em consequência, termo inicial para a apuração dos danos ou prejuízos causados sobre o fundo pelo ato exclusivo da desapropriação do imóvel locado. Sem a imissão não há dano imputável à ação estatal sobre o estabelecimento da Agravada, daí ser insuperável paradoxo pretender fixá-lo *a priori*, como fez a medida recorrida.

DO PEDIDO

Diante do exposto, e provada a relevância e a plausibilidade do direito requerido, sujeito a lesão atual, de grave e de difícil reparação requer a **ATENCIPACÃO DA TUTELA** para que seja determinada a remessa dos autos da Ação Ordinária nº 053.09.044778-9, proposta pela Agravada, para o juízo da 8ª VFP, para tramitação conjunta com a Cautelar nº 053.09.039091-4, dada a prevenção daquele juízo.

Requer, ainda, com fundamento nos mesmos arts. 527, III e 528, do CPC, seja o presente recebido **COM EFEITO SUSPENSIVO DA DECISÃO AGRAVADA**, desobstaculizando-se a imissão na posse do imóvel expropriado de qualquer condição que não as legalmente exigíveis pelo decreto-lei nº 3.365/41 no devido processo de desapropriação, até o final **PROVIMENTO** do presente, com a total invalidação ou reforma da decisão agravada.

Pede deferimento.

São Paulo, 6 de janeiro de 2010.

Angélica Marques dos Santos
Procuradora do Município de São Paulo
OAB/SP 79.945 - Desap. 23



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

**PETIÇÃO DE DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE
JURÍDICA DE GRUPO ECONÔMICO – AUTOS 21.423/04**

Autor: Procurador do Município Bruno Otávio Costa Araújo

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA
DAS EXECUÇÕES FISCAIS MUNICIPAIS.**

Autos n. 21.423/04

Execução Fiscal n. 515.052-3/04-6

Executado: CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA

Exequente: Município de São Paulo

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por seu procurador infra-assinado, vem, respeitosamente, perante a V. Exa, nos autos da execução fiscal em epígrafe, esclarecer o que se segue para, ao final, requerer.

BREVE SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de Execução Fiscal que visa a cobrança de ISS dos exercícios de 1994, 1995, 1996, 1997 e 1999 pela prestação dos serviços de incorporação imobiliária pelo contribuinte CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA, identificado pelo CCM nº 1.010.019-9.

Devidamente citado o executado, apresentou exceção de pré-executividade, que restou rejeitada pelo julgador monocrático, bem como pelo Tribunal, que indeferiu o efeito ativo ao Agravo de Instrumento nº 664.082-5/4-00 e, posteriormente, negou-lhe provimento.

Diante da inércia do executado em garantir o juízo, requeremos a indisponibilidade de seus bens e direitos, com base no art. 185-A do CTN. Tal medida restou frutífera, posto que implicou na indisponibilização de inúmeros imóveis em nome de CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA.

Com o bloqueio dos imóveis, primeiramente a executada tentou a liberação dos bens, ao argumento de que os mesmos pertenceriam a terceiros adquirentes, que já teriam firmado compromisso de compra e venda, inclusive mediante a interposição de Agravo de Instrumento (nº 932.689-5), cujo pedido liminar fora negado pelo TJSP.

Por sua vez, o julgador monocrático concedeu ao devedor prazo para depósito de valor correspondente à dívida ou oferecimento de carta de fiança, a que respondeu o



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

executada não possuir recursos financeiros para tanto. Como se não bastasse, em que pese tenha desistido do Agravo de Instrumento interposto contra a indisponibilização de bens e direito, a CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA voltou a insistir na mera liberação do bloqueio de bens, sem qualquer oferta de bens livres e desembaraçados, em contra-prestação.

Diante disso, o julgador monocrático proferiu decisão para que a Fazenda informasse sobre quais bens pretende a manutenção da indisponibilidade, para convalidação em penhora.

Antes de indicar sobre quais os imóveis a penhora deve ser efetivada, requeremos a realização de penhora “on line” que, após deferimento, mostrou-se infrutífera, por não ter sido encontrado numerário em nome da executada nas instituições financeiras.

DO ÔNUS QUANTO À INDIVIDUALIZAÇÃO DOS IMÓVEIS SOBRE OS QUAIS DEVA RECAIR A PENHORA

Como se pode perceber da análise dos autos, a executada se nega a indicar bens livres e desembaraçados para garantia do juízo, bem como a apresentar carta de fiança para tal finalidade.

E até mesmo em relação aos imóveis sobre os quais recaiu o bloqueio, a devedora CIMOB CIA IMOBILIÁRIA adota uma postura de inércia, não identificando, dentre a infinidade de bens que foram objeto da indisponibilidade, aqueles que se encontram em condições de penhora, que poderiam ser selecionados pelos critérios i) da não quitação total ou ii) do inadimplemento contratual.

Como é cediço, o compromisso de compra e venda gera direito a adjudicação compulsória, independentemente de encontrar-se registrado junto à Serventia de Imóveis (Súmula 239 do STJ).

No entanto, por óbvio, somente os compradores que hajam quitado integralmente o imóvel encontrarão guarida no Judiciário, quanto à sua intenção de ver adjudicado em seu favor imóvel objeto de compromisso de compra e venda não registrado.

Isso porque aqueles que apenas hajam iniciado o pagamento de imóvel objeto de compromisso de compra e venda pendente de registro não possuem direito real, que decorre exclusivamente do aludido ato, tampouco têm em seu favor causa suficiente para adjudicação compulsória do imóvel – por falta de pagamento integral.

No contexto fático acima explicitado, é bastante clara a necessidade de individualização dos bens passíveis de penhora para, conseqüentemente, dar andamento ao feito e liberar-se os imóveis que sejam imprestáveis à garantia do juízo, porquanto, embora não tenham sido objeto de registro, já se encontram totalmente quitados.

Ora, a individualização dos imóveis passíveis de penhora deve ser realizada pela incorporadora CIMOB! Isso porque é a construtora/incorporadora quem tem condições de identificar, dentre os bens bloqueados, aqueles que ainda não se



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

encontram quitados pelos compromissários compradores ou cujo adquirente se encontra inadimplente. A verificação de tal fato, aferível tão somente pela incorporadora, preveniria o tumulto em que o processo se encontra atualmente, com inúmeros Embargos de Terceiros e incidentes processuais, que em nada contribuem para o desfecho da execução.

Não obstante a isso, a executada, visando justamente agravar o tumulto instaurado no processo executivo e dificultar que o mesmo atinja seu fim – consubstanciado na satisfação material do credor, adota a estratégia de inércia quanto ao seu dever de colaboração com o juízo.

E mais! Na medida em que se opõe à indicação dos bens que já se encontram quitados, a executada provoca dano e incerteza na coletividade, prejudicando os interesses do grupo de compradores de imóveis que já hajam quitado o bem e que têm de se utilizar de medidas judiciais para liberação dos mesmos.

Ao invés de individualizar os bens que se encontram em condições de penhora, a CIMOB se utiliza do argumento de que todos já são objeto de compromisso de compra e venda para se quedar inerte, desconsiderando o fato de que tão somente a quitação gera direito de propriedade, em razão de adjudicação compulsória do compromisso não registrado. E mais! Usa a executada do tumulto processual eventualmente gerado por sua omissão – decorrência dos Embargos de Terceiros e outros incidentes processuais, para pressionar o Judiciário, no intuito de desbloquear os bens e ver a execução no estado em que se encontrava, qual seja, sem qualquer garantia do juízo.

Tal postura encontra-se claramente observada na petição de fls. 1453 e ss., cujos trechos devem ser aqui transcritos:

“Ocorre que a empresa Executada não dispõe de subsídios para efetuar depósito judicial no valor atualizado ora em discussão, haja vista tratar-se do montante de R\$ 22.153.713,54, bem como não é possível efetuar a contratação de Carta de Fiança em função de sua situação econômica, razão pela qual a Requerente fez um levantamento de todos os bens pertencentes do seu ativo e verificou que não se prestam a garantir o executivo fiscal, remanescendo, como fruto das atividades cursadas no passado, apenas os bens de estoque que foram indisponibilizados e já estavam comprometidos, por se tratarem de imóveis comprometidos para venda em decorrência das prestações pretéritas de incorporação que realizava e que, justamente pela existência dos terceiros compromissários compradores, puderem ser levadas a cabo no passado, na forma da legislação aplicável às incorporações!

Dessa forma, todos os imóveis que a Requerentes possui atualmente em seu nome fazem parte do seu estoque, sendo que qualquer constrição sobre o mesmo acaba por influenciar terceiros/clientes, pois tais imóveis/empreendimentos possuem, em sua totalidade, promessas de



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

compra e venda, as quais se encontram apenas pendentes de escritura definitiva para seus compradores/proprietários. ”

Seguindo esta estratégia, a devedora pretende claramente transferir o ônus de se individualizar os imóveis para fins de penhora à Fazenda exequente, na tentativa de, mais uma vez, deslocar o foco do processo executivo para questões incidentais que em nada contribuem para o desfecho do feito.

Ora, não basta um raciocínio muito apurado para se concluir que seria impossível à Fazenda Municipal indicar, unilateralmente, dentre os imóveis que foram objeto do bloqueio decorrente da medida do art. 185-A do CTN, aqueles que se encontram em condições de penhora, segundos os critérios da i) não quitação pelo compromissário comprador e ii) do inadimplemento! Quem tem o controle destas situações é a incorporadora executada! É tão somente a CIMOB CIA IMOBILIÁRIA, na condição de incorporadora, quem saberia dizer quais são os adquirentes que já quitaram os respectivos imóveis, e quais ainda se encontram pagando os respectivos financiamentos ou mesmo já estão em estado de inadimplência.

Tentar transferir tal ônus à Fazenda é corroborar a tentativa da executada em tornar o feito ainda mais tumultuado, em prejuízo ao interesse coletivo e ao interesse dos próprios compromissários compradores. Qualquer individualização a ser realizada pela Municipalidade quanto aos bens passíveis de penhora corresponderia a um tiro no escuro, o que daria ensejo à multiplicação de Embargos de Terceiros e outros incidentes processuais, inviabilizando, em definitivo, o andamento da Execução Fiscal.

DA NECESSIDADE DE INCLUSÃO DA GAFISA S/A NO PÓLO PASSIVO – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM GRUPO ECONÔMICO – CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE E ABUSO DE DIREITO

Demonstrada a absoluta inviabilidade na transferência do ônus de indicação de imóveis à penhora ao Fisco Municipal, passaremos a discorrer sobre a necessidade de inclusão da Gafisa S/A no pólo passivo da lide, de modo a permitir a satisfação do crédito tributário e de se atingir o patrimônio daquele que se beneficia da utilização da pessoa jurídica para a prática de condutas qualificáveis como abuso de direito e fraude.

Inicialmente, cumpre ressaltar que está configurada nos autos a inexistência de outros bens da executada originária, CIMOB CIA IMOBILIÁRIA, para garantia do juízo. Tal conclusão decorre tanto da negatização das várias tentativas de penhora “on line” realizadas no feito, bem como da expressa admissão pela devedor, que chega a dizer que não possui recursos financeiros para contratação de fiança bancária e que os únicos bens de seu patrimônio são aqueles já compromissados a terceiros adquirentes, nos termos da petição de fls. 1453/1457.

Ora, é no mínimo estranho que uma empresa que exerça a atividade de incorporação imobiliária, do porte da CIMOB CIA IMOBILIÁRIA, não possua



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

patrimônio suficiente para contratação de fiança bancária e o que é pior, não tenha sequer um centavo depositado em qualquer das instituições financeiras do País, conforme restou demonstrado pela negatificação da penhora “on line”, de recentíssima data, conforme fls. 1675/1679.

Outra pergunta que permanece sem resposta é: como uma sociedade que se dedica à incorporação de empreendimentos imobiliários supostamente possui um patrimônio imobiliário que se restringe aos imóveis que já se encontram compromissados a terceiros adquirentes, conforme é defendido pela executada?

No entanto, a análise do Histórico dos atos praticados pelas sociedades GAFISA S/A e CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA , conjuntamente com alguns fatos a seguir relatados, nos leva à conclusão de que se deve atribuir a inexistência de patrimônio da executada à configuração de grupo econômico – caracterizado pela marca “GAFISA”, cuja criação e consolidação se deu em detrimento do patrimônio da devedora, o que demonstra a utilização do manto da pessoa jurídica para a prática de fraude e abuso de direito.

Ou seja, a GAFISA S/A utiliza-se de pessoa jurídica formalmente distinta - CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA para eximir-se de suas responsabilidades, dentre as quais a tributária, constituindo pessoa jurídica carente de patrimônio de modo a impedir que seu próprio patrimônio seja atingido, em nítida configuração de hipótese em que é necessária a desconsideração de personalidade jurídica.

Porém, antes de adentrarmos propriamente nos fatos relacionados ao caso, cumpre tecer alguns comentários sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Vejamos.

No ordenamento jurídico nacional, a introdução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ocorreu por meio de estudos doutrinários, sendo posteriormente absorvida pela jurisprudência e pelo direito positivo.

O precursor da difusão desta teoria no Brasil foi Rubens Requião, que, em 1969, proferiu brilhante conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná sobre o tema, depois publicada na Revista dos Tribunais com o título "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica". O autor desenvolveu seu estudo a partir da análise das obras de *Rolf Serick*, *Pierrô Verrucoli* e *Maurice Wormser*, responsáveis pela sistematização da teoria no Direito Estrangeiro.

Apesar de então não existirem manifestações doutrinárias e legislativas acerca desta teoria, Requião sustentava a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico nacional, para impedir a prática de fraude ou abuso através do uso da personalidade jurídica. Segundo o doutrinador, a *disregard doctrine* aparece como algo mais do que um simples dispositivo do direito americano de sociedade. "É algo, diz ele, que aparece como consequência de uma expressão estrutural da sociedade". E, por isso, "em qualquer país em que se apresente a separação incisiva entre a



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

pessoa jurídica e os membros que a compõem, se coloca o problema de verificar como se há de enfrentar aqueles casos em que essa radical separação conduz a resultados completamente injustos e contrários ao direito".^[32]

Acrescenta ainda:

“E assim, tanto nos Estados Unidos, na Alemanha ou no Brasil, é justo perguntar se o juiz, deparando-se com tais problemas, deve fechar os olhos ante o fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, ou se em semelhante hipótese deve prescindir da posição formal da personalidade jurídica e equiparar o sócio e a sociedade para evitar manobras fraudulentas.”^[33]

Dessa forma, Rubens Requião concluía que o juiz brasileiro estava autorizado a desprezar a separação patrimonial existente entre a sociedade e seus sócios, quando verificada a prática de abuso de direito ou fraude por meio da manipulação indevida da personalidade jurídica. Contudo, ressalta que a desconsideração não visa anular a pessoa jurídica de forma definitiva, mas tão-somente declarar a ineficácia temporária dos efeitos da personalidade jurídica no caso concreto, prosseguindo posteriormente esta para fins legítimos.

Paulatinamente, o ordenamento jurídico nacional passou a editar normas e diplomas que continham em si hipóteses de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos diversos ramos do direito, muitas vezes deturpadas de sua concepção original. É possível identificar na doutrina nacional autores que defendem que o primeiro diploma legal que contemplou a desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro foi o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, comumente conhecido como Consolidação das Leis do Trabalho^[37]. Posteriormente, a matéria foi tratada com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Em seguida, a teoria da superação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica também foi consagrada na Lei nº. 8.884/94, que dispõe sobre a preservação e a repressão às infrações contra a ordem econômica, assim como pela Lei nº. 9.605/98, que disciplina a responsabilidade por lesões ao meio ambiente.

No contexto de posituação da desconsideração da personalidade jurídica, a entrada em vigor do Novo Código Civil foi de extrema relevância para que se estabelecesse no ordenamento jurídico nacional uma regra geral acerca do instituto, que servisse para orientar a sua aplicação não só no âmbito das relações civis, mas de todas as relações jurídicas.

Este diploma legal foi importante para resgatar os fundamentos originais da desconsideração e para evitar a sua utilização desenfreada e abusiva, definindo expressamente as hipóteses em que esta deve ser aplicada. Vejamos:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Pode-se perceber que a desconconsideração é contemplada pelo código como instrumento hábil a coibir e reprimir os abusos cometidos através da manipulação indevida do direito à personalidade jurídica. Ressalte-se que o abuso de direito se configura sempre que o seu titular o exercer para alcançar fins diversos daqueles que lhe foram atribuídos pela ordem jurídica.

O próprio Código Civil, em seu art. 187, estabelece a definição de abuso de direito: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Maria Helena Diniz, ao interpretar o artigo 187 do código, assevera: "O ato abusivo é uma conduta lícita, mas desconforme, ora à finalidade socioeconômica pretendida pela norma ao prescrever uma situação ou um direito, ora ao princípio da boa fé objetiva, como diz Ripert"^[43].

Assim, pode-se afirmar que o abuso do direito à personificação ocorre quando um grupo de indivíduos utiliza-se da faculdade conferida pelo Estado de constituir uma pessoa jurídica, com personalidade distinta das dos seus membros, para, com base na autonomia patrimonial do sujeito de direito constituído, atingir fins diversos daqueles previstos pelo ordenamento jurídico para este. Com isso, configura-se uma violação manifesta da função social da pessoa jurídica, o que enseja a sua desconconsideração, para atingir os responsáveis pelo uso indevido ou lesivo da personalidade societária.

De acordo com a legislação civil, o abuso do direito à personificação pode ser caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Tem-se o desvio de finalidade legitimador da desconconsideração quando a pessoa jurídica é utilizada pelo sócio ou administrador da sociedade para alcançar fins diversos daqueles vislumbrados pelo direito, quando da sua instituição. Por exemplo, quando o ente coletivo tiver sido constituído para burlar cláusula contratual de não-restabelecimento assumida pelo alienante de estabelecimento comercial junto ao terceiro adquirente.

Embora o Código Civil não tenha inserido dentro das hipóteses legitimadoras da desconconsideração o termo "fraude" - o que tem sido alvo de severas críticas -, insta afirmar que tal situação encontra-se implicitamente no seu texto, mais especificamente na expressão "desvio de finalidade". A fraude, como ato atentatório de direito de terceiro ou burla à lei, configura um desvio da finalidade para qual a personalidade societária foi instituída, enquadrando-se perfeitamente no objetivo da norma em espeque, qual seja, coibir e reprimir qualquer forma de manipulação indevida da pessoa jurídica perpetrada em detrimento de direito de terceiros de boa-fé.

Nesse sentido, posiciona-se José Tadeu Neves Xavier: "Entendemos que a idéia de fraude está inserta de forma implícita na redação do art. 50 do novo codex, quando faz referência ao abuso da personalidade e ao desvio de finalidade"^[44].

Alguns autores, numa visão mais ampla quanto às hipóteses de cabimento da desconconsideração, defende que esta seria cabível em qualquer tipo de fraude perpetrada com



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

manipulação indevida da pessoa jurídica. A exemplo, pode-se destacar o posicionamento de Sílvio de Salvo Venosa: "A modalidade de fraude é múltipla, sendo impossível enumeração apriorística. Dependerá do exame do caso concreto. Poderá ocorrer fraude à lei, simplesmente, fraude a um contrato ou fraude contra credores,..." [45].

Outro critério caracterizador do abuso da personalidade jurídica é a confusão patrimonial, que se configura quando há uma mistura entre o patrimônio da sociedade e os dos seus sócios, de modo que não é possível identificar a titularidade real dos bens. Nesse caso, a separação patrimonial formalmente estabelecida pela lei não é observada na atuação concreta da sociedade, o que enseja a desconsideração da pessoa jurídica.

Fábio Ulhoa, ao se manifestar acerca da confusão patrimonial como critério legitimador da desconsideração, pontua: "Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes...".

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é possível inclusive em caso de grupos econômicos, conforme Jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual há que se possibilitar a retirada do véu da pessoa jurídica para se atingir outras sociedades, formalmente distintas daquela que é parte no feito, mas que compõem o mesmo grupo econômico e que na verdade se confundem faticamente.

Ainda conforme interpretação dada pelo STJ, "impedir a desconsideração da personalidade jurídica em casos de grupos econômicos implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legitima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico"

Há que se ressaltar que, segundo os julgados a seguir colacionados, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros" (RMS nº 12872/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 16/12/2002).

Cumprido transcrever os seguintes julgados, que corroboram a tese quanto à aplicação da teoria da personalidade jurídica a empresas que formalmente compõem o mesmo grupo econômico e que **demonstram ser prescindível a propositura de ação autônoma para tanto, podendo ser a desconsideração levada a cabo incidentalmente, inclusive em processo de execução singular.**

Processo

RMS 12872 / SP RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA 2001/0010079-1



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Relator(a)

Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

Órgão Julgador

T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento

24/06/2002

Data da Publicação/Fonte

DJ 16/12/2002 p. 306

Ementa

Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial a outra sociedade do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.

- Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.

- Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores.

- A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.

- Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário. Os Srs. Ministros Castro Filho, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Veja

STJ - RESP 63652-SP (RMP 15/522, RSTJ 140/396),
RESP 211619-SP (RDR 20/292),
RESP 170034-SP (RJADCOAS 25/38, JBCC 185/526),
RESP 158051-RJ (LEXSTJ VOL.:00121/207, RSTJ 120/370)

Processo

REsp 1071643 / DF RECURSO ESPECIAL 2008/0144364-9



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Relator(a)

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

Órgão Julgador

T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento

02/04/2009

Data da Publicação/Fonte

DJe 13/04/2009

Ementa

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA CLT. SÚMULA 07/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO DA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Não se conhece de recurso especial, por pretensa ofensa ao art. 535 do CPC, quando a alegação é genérica, incidindo, no particular, a Súmula 284/STF.

2. Quanto ao art. 2º da CLT, a insurgência esbarra no óbice contido na Súmula n. 07/STJ, porquanto, à luz dos documentos carreados aos autos, que apontaram as relações comerciais efetuadas pela executada e pela recorrente, o Tribunal a quo chegou à conclusão de que se tratava do mesmo grupo de empresas.

3. A indigitada ofensa ao art. 265 do Código Civil não pode ser conhecida, uma vez que tal dispositivo, a despeito de terem sido opostos embargos declaratórios, não foi objeto de prequestionamento nas instâncias de origem, circunstância que faz incidir a Súmula n. 211/STJ.

4. Quanto à tese de inexistência de abuso de personalidade e confusão patrimonial, a pretensão esbarra, uma vez mais, no enunciado sumular n. 07 desta Corte. À luz das provas produzidas e exaustivamente apreciadas na instância a quo, chegou o acórdão recorrido à conclusão de que houve confusão patrimonial.

5. Esta Corte se manifestou em diversas ocasiões no sentido de ser possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal.

6. Por outro lado, esta Corte também sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria, o que afasta a alegação de que o recorrente é terceiro e não pode ser atingido pela execução, inexistindo vulneração ao art. 472, do CPC.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Processo



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

REsp 767021 / RJ RECURSO ESPECIAL 2005/0117118-7

Relator(a)

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento

16/08/2005

Data da Publicação/Fonte

DJ 12/09/2005 p. 258

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o aresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão

conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo.

3. **“A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupo econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, onde se visualiza a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores. No caso sub judice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legítima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico”** (Acórdão a quo).

4. **“Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no**



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros” (RMS nº 12872/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 16/12/2002).

5. Recurso não-provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

(grifos não originais)

DOS FATOS E PROVAS QUE DEMONSTRAM QUE GAFISA S/A E CIMOB CIA IMOBILIÁRIA COMPÕEM O MESMO GRUPO ECONÔMICO, CUJAS EMPRESAS SE DISTINGUEM APENAS FORMALMENTE, DE MODO A ENSEJAR A DESCONSIDERAÇÃO INCIDENTAL DA PESSOA JURÍDICA PARA INCLUIR A GAFISA S/A NO PÓLO PASSIVO DA LIDE

Demonstrada a viabilidade de se incluir no pólo passivo de execução outra sociedade, distinta da executada originária, em razão de ambas se distinguirem apenas formalmente, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, passaremos a comprovar que no caso sob análise as sociedades GAFISA S/A E CIMOB CIA IMOBILIÁRIA compõem um mesmo grupo econômico, com características suficientes a ensejar a inclusão da primeira no pólo passivo da lide.

Retomando o raciocínio iniciado acima, concluímos ser bastante estranho que uma empresa que exerça a atividade de incorporação imobiliária, do porte da CIMOB CIA IMOBILIÁRIA, não possua patrimônio suficiente para contratação de fiança bancária e o que é pior, não tenha sequer um centavo depositado em qualquer das instituições financeiras do País.

No entanto, a análise do Histórico das operações da sociedade aberta GAFISA S/A, conjuntamente com outros fatos, nos leva à conclusão de que a inexistência de patrimônio da executada decorre do fato desta compor o grupo econômico “GAFISA”, que é formado também pela GAFISA S/A, que se utiliza de pessoa jurídica diversa - CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA para eximir-se de suas responsabilidades, dentre as quais a tributária, constituindo pessoa jurídica carente de patrimônio de modo a impedir que seu próprio patrimônio seja atingido, em nítida configuração de hipótese em que é necessária a desconsideração de personalidade jurídica.

Vários fatos apontam para esta conclusão, o que pode ser comprovado pela farta documentação anexa, especialmente pelos documentos fornecidos pela própria GAFISA S/A à Comissão de Valores Mobiliários.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Ou seja, analisando-se o histórico da sociedade GAFISA S/A, percebe-se que sua personalidade se mescla com a da CIMOB CIA IMOBILIÁRIA, indicando confusão patrimonial entre ambas. A partir do surgimento da GAFISA S/A, observou-se o esvaziamento daquela, porquanto à GAFISA S/A transferiu-se toda a atividade imobiliária, os executivos, os funcionários, as marcas, patentes e licenças, tudo a indicar distinção meramente formal das sociedades.

Ademais, os controladores da CIMOB, além de transferirem o seu objeto social à GAFISA S/A, assumiram o compromisso de não competição com esta, passando a compor o Conselho de Administração da GAFISA S/A.

Vejamos.

DA FORMAÇÃO DA SOCIEDADE GAFISA S/A E SEU ESTREITO RELACIONAMENTO COM A EXECUTADA CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA

Conforme documentação anexa, a sociedade GAFISA S/A, CNPJ nº 01.545.826/0001-07, iniciou suas operações, juntamente com as controladas, em 16 de dezembro de 1997, e tem atualmente por objeto social as atividades de i) promoção e administração de empreendimentos imobiliários de qualquer natureza, próprios ou de terceiros, ii) compra, venda e negociação com imóveis de forma geral, iii) construção civil e prestação de serviços de engenharia civil, iv) desenvolvimento e implementação de estratégias de marketing relativas a empreendimentos imobiliários próprios e de terceiros e v) participação em outras sociedades, no Brasil ou no exterior, com os mesmos objetivos sociais da Companhia.

Quando da sua constituição, o Capital da Cia. foi subscrito e integralizado em espécie e outros ativos da SPEL Empreendimentos e Participações S.A (sucessora da Saquarema Participações S/A) e da CIMOB Participações S/A (nova denominação da Gafisa Participações S/A), esta última por meio de sua subsidiária integral CIMOB Companhia Imobiliária (nova denominação da Gafisa Imobiliária S/A).

Mais especificamente, em 16 de dezembro de 1997, a CIMOB e a GP Investimentos (que operacionalmente foi representada por sua controladora Saquarema Participações S/A), associaram-se por meio de Protocolo de Associação, Compra e Venda de Ações e outros Pactos ('Protocolo'). **A associação objetivava transferir parte substancial das atividades de construção e incorporação imobiliária da CIMOB para uma nova companhia aberta, que teria 50% do seu capital detido pela CIMOB.** À época, a GP Investimentos era proprietária de uma companhia aberta denominada Inhaúma Participações S/A, que se encontrava em estado pré-operacional. Assim, as atividades da CIMOB acima descritas foram transferidas para Inhaúma Participações S/A, cuja denominação foi alterada para GAFISA S/A . A transferência das atividades disciplinada pelo Protocolo também envolveu transferência de empregados da CIMOB para a GAFISA.

A reestruturação societária ('operação') compreendeu basicamente as etapas descritas abaixo:



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Em 16 de dezembro de 1997, a Gafisa aumentou seu capital social mediante a emissão de 15.000.006 ações, sendo 10.000.0003 e 5.000.003 preferenciais, cujo agregado de subscrição correspondeu a R\$ 38.160.000,00, sendo R\$ 37.000.000,00 em ativos e R\$ 1.160.000,00 em dinheiro. A totalidade dessas ações foi subscrita pela CIMOB. Na ocasião, foi elaborado, nos termos do artigo 8º da Lei nº 6.404/76, laudo de avaliação que atribuiu aos ativos conferidos valor de mercado equivalente a R\$ 110.011.894,53. Esses ativos consistiam em direitos de permuta de terrenos por unidades do empreendimento. À época da operação, esses direitos estavam contabilizados na CIMOB por R\$ 15.846.000,00.

Na mesma data, a CIMOB vendeu à Saquarema 5.000.000 de ações ordinárias que detinha da GAFISA pelo valor de R\$ 11.139.000,00, pagos à vista.

Ainda na mesma data, a Brazil Development Equity Investments, controlada da GP Investimentos, subscreveu um segundo aumento do capital social da GAFISA, mediante a emissão de 5.000.000 de ações preferenciais, por um valor total de R\$ 44.556.000,00. **Com essas operações, a divisão do capital social da GAFISA entre a CIMOB e a SAQUAREMA, em conjunto com a Brazil Development Equity Investments ficou na base de 50% para cada.**

Nos termos do Protocolo, também ocorreu assunção condicional, pela GAFISA, das obrigações de liquidar, nos respectivos vencimentos, passivos da CIMOB decorrentes de contratos de financiamento até o limite de US\$ 25.000.000,00 convertidos na data do efetivo pagamento (R\$ 27.434.000,00, à época do Protocolo). Esta assunção ficou condicionada à prestação de determinados serviços, através de contratos específicos, relativos aos empreendimentos conferidos que ainda estavam em andamento. Os contratos de financiamento foram efetivamente liquidados nos seus vencimentos, com a liberação pela GAFISA das obrigações da CIMOB.

O Protocolo ainda previu que a CIMOB realizaria manutenção residual das atividades que desenvolvia em período anterior ao início da reestruturação, incluindo as atividades e empreendimentos não transferidos a GAFISA (os chamados 'Empreendimentos Remanescentes').

Por fim, ficou condicionada a adoção pela GAFISA Participações S/A e pela CIMOB, a partir da data do fechamento, das medidas necessárias para que, pelo prazo mínimo de 5 anos a contar do encerramento da construção do último dos Empreendimentos Remanescentes, a CIMOB concluísse os Empreendimentos remanescentes e mantivesse ativos totais em valor, no mínimo, 10% superior ao valor da soma do (a) passivo circulante, pelas partes no valor de R\$ 20.000.000,00.

Em decorrência dessas operações, a CIMOB ficou com patrimônio líquido de R\$ 99.621.000,00, conforme demonstrações financeiras auditadas em 31 de dezembro de 1997, superior em R\$ 24.351.000,00 em relação ao patrimônio anterior à operação. A Bendoraytes, Aizenman & Cia., auditores independentes da CIMOB, que a mesma se encontrava, após a operação, em situação de solvência, portanto, com bens e direitos suficientes para honrar seus compromissos assumidos. **Esclareça-se que considerado o**



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

valor dos ativos apurados no laudo, líquido de dívidas, o valor econômico auferido pela CIMOB após a operação também é superior do que aquele detido antes da associação. Além disso, tendo em vista que a CIMOB detinha 50% do capital social da GAFISA, parte do valor dos ativos reflete em seu valor econômico.

FORTALECIMENTO DA GAFISA S/A SE DEU EM DETRIMENTO DO PATRIMÔNIO DA CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA E IMPLICOU NO ESAZIAMENTO DO PATRIMÔNIO E DO PRÓPRIO OBJETO SOCIAL DA EXECUTADA

As informações acima, disponibilizadas pela GAFISA S/A à Comissão de Valores Mobiliários apontam o estreito relacionamento entre esta e a executada CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA, **podendo-se concluir que as sociedades confundem-se entre si, distinguindo-se tão-somente sob o aspecto formal, de modo a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica para inclusão da GAFISA S/A no pólo passivo da execução.**

Como se não bastasse a evidente confusão patrimonial, há que se ressaltar que parcela substancial das atividades de construção e incorporação imobiliária da CIMOB CIA IMOBILIÁRIA acabaram migrando para a nova Companhia.

Tal fato fica cabalmente demonstrado pela leitura do item 11.01 das Informações Anuais prestadas à CVM pela GAFISA S/A, identificado como “Processo de Produção”: “A atividade de construção realizada pela Companhia tem por objeto: I) os empreendimentos incorporados pela própria GAFISA, II) empreendimentos incorporados por terceiros, III) empreendimentos incorporados pela CIMOB; e IV) empreendimentos incorporados pelas Sociedades de Propósito Específico nas quais a Companhia detém participação.”

Ou seja, a GAFISA S/A de certo modo sucedeu a executada nos seus empreendimentos, respaldando ainda mais a tese ora defendida, de que a distinção entre as pessoas jurídicas vem sendo utilizada para obstar a responsabilização da CIMOB CIA IMOBILIÁRIA. Ora, se a GAFISA S/A ficou contratualmente responsável pelos empreendimentos da CIMOB, não é necessário um raciocínio muito apurado para se concluir que o patrimônio da primeira deve ser acionado em caso de responsabilização decorrente dessas atividades, caso a CIMOB CIA IMOBILIÁRIA careça de patrimônio, consoante verificado na hipótese.

Segundo referido raciocínio, merece ser destacado que o Protocolo de Associação previu que a CIMOB CIA IMOBILIÁRIA realizaria apenas a manutenção RESIDUAL das atividades que desenvolvia em período anterior à reestruturação aludida, incluindo as atividades e empreendimentos não transferidos para a GAFISA.

Ficou também convencionado pela GAFISA S/A e pela CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA que, a partir da data do fechamento, seriam adotadas medidas necessárias para que, pelo prazo de CINCO ANOS, a Imobiliária concluísse os empreendimentos remanescentes.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

A transferência das atividades disciplinadas pelo Protocolo também envolveu a total transferência de empregados da CIMOB para a GAFISA!

Todos os fatos acima relatados integram as INFORMAÇÕES ANUAIS entregues pela GAFISA S/A à CVM, para conhecimento público.

Ademais, cumpre registrar que a distinção meramente formal entre CIMOB CIA IMOBILIÁRIA e GAFISA S/A também decorre do Histórico da primeira sociedade, conforme Informações Anuais prestadas à CVM: segundo este, o objetivo da nova empresa (GAFISA S/A) é justamente absorver toda a atividade imobiliária das empresas Gafisa (lembre-se que a Cimob já fora denominada Gafisa Imobiliária), devendo ser transferidos à Holding todos os funcionários da então Gafisa Imobiliária S/A, bem como a própria marca GAFISA.

Outro documento, de extrema relevância, que aponta a confusão entre as empresas, de modo a justificar a desconsideração da personalidade jurídica, para inclusão da GAFISA S/A no pólo passivo da lide, é o COMPROMISSO DE NÃO COMPETIÇÃO (vide anexo), assumido pelos controladores da CIMOB PARTICIPAÇÕES, então controladora da CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA, de modo a que, em nome próprio e também em nome de suas controladoras, a sociedade se comprometeu a:

“- não realizar, direta ou indiretamente, atividade ligada a:

I – promoção e administração de empreendimentos imobiliários, com exceção de uma área localizada na região da Av. Cantareira, Zona Norte de São Paulo,

II – negociação com imóveis, em caráter habitual,

III – construção civil e prestação de serviços de engenharia civil,

IV – desenvolvimento e implementação de estratégias de marketing relativas a empreendimentos imobiliários próprios ou de terceiros.”

A assunção de referido “Compromisso de não competição” teve reflexo direto na CIMOB CIA IMOBILIÁRIA, provocando o esvaziamento do seu objeto social, qual seja, loteamento e incorporação de imóveis e, conseqüentemente, implicou na extinção fática da sociedade.

Tal fato é de extrema relevância, na medida em que o esvaziamento do objeto social da CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA implicou em falta de patrimônio da sociedade executada, inviabilizando a presente cobrança judicial dos créditos tributários, em benefício da GAFISA S/A que se manteve imune à responsabilização tributária, protegida pela distinção formal entre pessoas jurídicas.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Como se não fosse suficiente, nas Informações Anuais prestadas à CVM, a GAFISA S/A afirma que a CIMOB PARTICIPAÇÕES S/A e sua subsidiária integral CIMOB PARTICIPAÇÕES S/A são suas CONTROLADORAS, fato que por si só, já configura a existência de Grupo Econômico.

Nesse sentido, cumpre transcrever o seguinte trecho do documento anexado:

“Ao final do exercício social de 2000, a empresa tinha a seguinte posição de operações com controladoras/coligadas:

I) Empréstimo em conta-corrente, (...)

II) Serviços prestados à Controladora Cimob Participações S/A (...)

III) Serviços prestados à Controladora Cimob Cia. Imobiliária.”

A propósito, a GAFISA S/A aparece como subsidiária da CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA, em documento encaminhado à CVM (vide documento anexo):

“Em razão do acordo de investimento de dezembro de 1997, a companhia passou a utilizar os serviços de sua subsidiária GAFISA S/A, constituída em associação com terceiros, para realizar os serviços das obras em andamento.”

Além disso, grande parte do corpo de funcionários da GAFISA S/A veio da CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA, conforme informado pela primeira sociedade à CVM para fins de divulgação externa quanto aos “talentos pessoais” que compõem a Companhia. Nesse sentido, cumpre transcrever os seguintes trechos do documento anexo, identificado como IAN, data base de 31/12/2000:

“A Gafisa, apesar de ser constituída há apenas três anos, conta com um quadro de executivos altamente qualificados e atuantes no setor imobiliário há mais de vinte anos. Boa parte do sucesso da Companhia deve aos talentos pessoais de tais executivos. **Vários destes executivos e grande parte dos funcionários que ocupam atividades gerenciais na GAFISA trabalhavam juntos na CIMOB e foram transferidos para a GAFISA, quando da sua constituição.**

(...)

A Gafisa acredita possuir profundo conhecimento sobre seu mercado de atuação. Isto se deve ao fato de possuir um quadro funcional composto de profissionais altamente qualificados e com experiência antiga no ramo imobiliário. **A maior parte dos empregados e executivos da GAFISA trabalham na empresa há mais de vinte anos, tendo sido transferidos da CIMOB, por força do Protocolo firmado em 16 de dezembro de 1997, entre a CIMOB e a Saquarema.”**

Ou seja, se a própria GAFISA S/A admite publicamente haver absorvido os empregados da CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA que, repisa-se, teve esvaziado seu objeto social pela assunção do compromisso de não competição com a primeira, resta



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

bastante claro que na verdade ambas as sociedades são a mesma empresa, cuja distinção, meramente formal, foi utilizada como manobra para criação de uma nova sociedade, livre dos ônus e obrigações assumidos pela primeira, em prejuízo dos seus credores.

Analisando-se o quadro de Administradores das sociedades GAFISA S/A e CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA, percebe-se de forma ainda mais clara que, em realidade, a distinção entre referidas pessoas jurídicas é meramente formal!

Isso porque, analisando o quadro de administradores de ambas as sociedades em 1997, chega-se a conclusão que na verdade as decisões de cada uma das pessoas jurídicas era tomada pelas mesmas pessoas, já que nada menos do que oito dos administradores das sociedades eram coincidentes, a saber:

- Cláudio Abel Ribeiro – Diretor Financeiro da CIMOB Cia Imobiliária e Conselheiro Administrativo da GAFISA S/A,
- Raul Leita Luna – Diretor Presidente da CIMOB Cia. Imobiliária e Presidente do Conselho Administrativo da GAFISA S/A,
- Ivo Alves Cunha – Diretor Superintendente da CIMOB Cia. Imobiliária e Diretor Presidente do Conselho Administrativo,
- Odair Garcia Senra – Diretor de ambas as sociedades,
- Euzébio de Moura Bicalho – Diretor da CIMOB Cia. Imobiliária e Diretor de Relação com Mercado da GAFISA S/A,
- Levi Zylberman – Diretor de ambas as sociedades,
- Bernardo Xavier de Brito – Diretor das duas empresas,
- Álvaro José Filgueira Lamin – Diretor de ambas as pessoas jurídicas.

A confusão entre as empresas, evidenciado pelo fato de as decisões de ambas serem tomadas praticamente pelos mesmos Administradores é respaldado por fatos atestados pela análise da documentação acostada. Ora, vários atos foram praticados pela CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA em benefício da GAFISA S/A, evidenciando ainda mais a confusão entre as sociedades.

Vejamos.

Inicialmente, há que se ressaltar que a CIMOB CIA IMOBILIÁRIA transferiu à GAFISA S/A todas as marcas relacionadas no Instrumento de Cessão de Marcas anexo, de 16/12/97.

Dentre elas, foi cedida a marca GAFISA, notoriamente conhecida no mercado mobiliário, agravando ainda mais o esvaziamento patrimonial da executada.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Como se não bastasse, foram realizadas operações entre as empresas que culminaram na inviabilização do funcionamento da CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA, não obstante esta figurar como devedora tributária em montante na casa dos milhões!

A tal conclusão pode-se chegar analisando-se o “INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO, PARCELAMENTO DE DÍVIDA, OUTORGA DE FIANÇA E OUTRAS AVENÇAS”, celebrado entre as sociedades em 11/04/2005, por intermédio do qual a CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA assumiu dívida de R\$ 25.075.744,00, relativa à emissão de debêntures da Gafisa SPE-1 S/A, pagando à credora (Rubi, empresa integrante do Grupo Bradesco) 1.800.000 ações ordinárias, representativas do capital social da GAFISA S/A .

No mesmo instrumento, a RUBI vendeu essas ações à URUCARI (empresa pertencente à SPEL, acionista da GAFISA S/A) e manifestou sua intenção de adquirir R\$ 24.000.000,00 em debêntures emitidas pela GAFISA S/A, desde que a referida aquisição ficasse vinculada ao pagamento da primeira parcela da dívida assumida (conforme o “considerando 1, item IV” e os “considerandos 3, 6, 8 e 9 do documento em referência, anexo).

Desta forma, A CIMOB CIA IMOBILIÁRIA assumiu dívida de R\$ 25 milhões da GAFISA SPE-1 S/A, cujo pagamento gerou para esta recursos próprios de R\$ 24 milhões, oriundos do Bradesco S/A, relativo à compra de debêntures.

Ou seja, referida operação gerou benefício econômico à GAFISA S/A e tão somente prejuízos à CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA, o que demonstra que urge a necessidade de se desconsiderar a personalidade jurídica do grupo econômico GAFISA, para incluir a GAFISA S/A no pólo passivo da presente execução fiscal.

O Direito não pode ficar inerte perante situações extremas, como a aqui representada, em que a distinção entre pessoas jurídicas é utilizada para manobras que prejudicam os credores da CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA!

Finalmente, merece ser destacado que, da **análise histórica dos atos de gestão da GAFISA S/A, resta evidenciado que os ativos da CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA foram paulatinamente transferidos à primeira, que engordou o seu patrimônio às custas do esvaziamento patrimonial desta, sua acionista até dezembro de 2005.**

Se no momento da constituição da GAFISA S/A a CIMOB CIA IMOBILIÁRIA detinha o controle da Holding, em abril de 2005 sua participação foi reduzida para apenas 21,87% do total das ações ordinárias nominativas com direito a voto para, finalmente, culminar com a extirpação executada dos quadros de acionistas da GAFISA S/A, em dezembro de 2005 (vide informação endereçada à BOVESPA anexa).

Lembre-se que à época da constituição do crédito tributário em nome da executada originária CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA, 23/07/99 (DATA DO



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

**LANÇAMENTO, CONFORME CONSTANTE EM TODOS OS AIS), A CIMOB
CIA IMOBILIÁRIA ERA CONTROLADORA DA GAFISA S/A, O QUE
RESPALDA A TESE DE QUE ESTA ÚLTIMA DEVE RESPONDER PELA
DÍVIDA TRIBUTÁRA!**

**OU SEJA, O PERÍODO DE CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE A
EXECUTADA E A GAFISA S/A COINCIDE COM AQUELE RELACIONADO À
COBRANÇA, de modo a corroborar a almejada desconsideração da personalidade
jurídica do grupo econômico!**

Corroborando a tese defendida pela Fazenda Municipal, lembre-se que o TJSP já decidiu, em diversas oportunidades, pela possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, relativamente ao grupo empresarial formado em torno da marca “GAFISA”, que tem como empresa controladora a GAFISA S/A . Nesse sentido, o teor do Acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 627.242-4/0-00, cujos trechos do Voto do Relator cumpre aqui transcrever:

“Voto nº 16.887
Agravo de Instrumento nº 627.242-4/0
Comarca: Ribeirão Preto
Agravante: Gafisa S/A
Agravados: Dorival Alberto Rotiroti e outros.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.
POSSIBILIDADE. DESVIO DE BENS. INDÍCIOS DE FRAUDE OU DE
ABUSO DE DIREITO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão que determinou a desconsideração da personalidade jurídica da executada CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA, em dezembro de 1997, constituiu-se uma associação, entretanto, após a criação da personalidade jurídica GAFISA S/A, criou-se uma nova pessoa diversa de seus sócios com autonomia administrativa e financeira, mas, no ano de 2005, a sócia CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA deixou de ser sócia, alienando ações preferenciais de emissão da agravante, bem como utilizando as ações restantes para pagamentos de dívidas, daí porque não há motivo para inclusão da co-requerida como solidária a dívida contraída tão-só pela co-ré CIMOB. Pede provimento.

Concedido efeito suspensivo.

Integram a lide os agravados.

É o relatório.

A r. decisão não merece qualquer embargo por esta relatoria.

É cabível a desconsideração da personalidade jurídica.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

E isso simplesmente porque, sem tal desconsideração, a execução não terá condições de ter regular andamento.

Fala-se hoje, a propósito, em aplicação da teoria quando o processo judicial corre o risco de se esvaziar por obstáculo intransponível à composição do litígio, quando a “personalidade autônoma da sociedade empresária antepõe-se como obstáculo à justa composição dos interesses” (FÁBIO ULHO COELHO, Curso de Direito Comercial, Volume 02, 1999, Saraiva, p. 42).

(...)

A sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional, além dos casos expressamente previstos em lei (ex. art. 2º, § 2º da CLT; art. 135, II do CTN), também decorre do princípio geral da boa fé, base da doutrina alemã construída sobre o ponto, do princípio que veda o uso abusivo do direito, e da cláusula geral sobre a ordem pública (art. 17 da LICC), que servem de fundamento para que se afaste pontualmente, presentes os pressupostos, a regra do art. 20 do Código Civil.

Relativamente à desconsideração da personalidade jurídica em sentido inverso, quem primeiramente tratou do tema foi o Prof. FÁBIO KONDER COMPARATO, em sua clássica obra: “O Poder de Controle da Sociedade Anônima”, no capítulo III, sob o título “Confusão Patrimonial Entre Titular do Controle e Sociedade Controlada. A Responsabilidade Externa ‘Corporis’, leciona:

‘Aliás, essa desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador. A jurisprudência americana, por exemplo, já firmou o princípio de que os contratos celebrados pelo sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia, mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte no negócio, obrigam o patrimônio social, uma vez demonstrada a confusão patrimonial de facto.

(...)

A fraude que a desconsideração invertida coíbe é, basicamente, o desvio de bens. O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle.

Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada. Os seus credores, em princípio, não podem responsabilizá-lo, executando tais bens. É certo que, em se tratando de pessoa jurídica de uma sociedade, ao sócio é atribuída a participação societária, isto é, quotas ou ações representativas de parcelas do capital social. Essas são, em regra, penhoráveis para a garantia do



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

cumprimento das obrigações do seu titular (apenas são impenhoráveis as quotas sociais de sociedade limitada de pessoas).’ (obra citada, p. 45/46).

(...)

Não há, como se pode observar, nenhuma vedação expressa no sentido de que, em havendo abuso da personalidade jurídica pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, não possa a questionada mesma ser aplicada, também, em relação a desconsideração inversa, ao contrário do que procura convencer a agravante.

Pouca importa que caberia somente a CIMOB a obrigação de outorgar as escrituras definitivas, obrigação essa que não poderia ser cumprida pela GAFISA S/A . O que responde a GAFISA S/A não é pelo cumprimento da obrigação de outorgar a escritura, **mas sim pelo pagamento da multa diária pelo não cumprimento da obrigação da devedora original, a CIMOB.**

Importa ressaltar que quando da imposição da multa em 2003, a CIMOB ainda era sócia da GAFISA S/A, e mesmo que aceito o argumento de que CIMOB deixou os quadros sociais da GAFISA S/A, o fez somente quando a obrigação da multa já havia sido constituída e, na medida em que não se logrou obter bens da CIMOB passíveis de suportar o encargo, resulta lícito desconsiderar sua personalidade jurídica para buscar bens da empresa da qual a CIMOB era sócia, ou seja, GAFISA S/A e a saída da CIMOB da sociedade se fez em prejuízo dos credores, sendo, portanto, ineficaz perante tais credores. Não nula ou sequer anulável a saída da sociedade, cujo direito não se lhe discute, mas ineficaz perante os credores.

Irrelevante e desinfluyente a discussão sobre se os diretores da GAFISA S/A e da CIMOB eram ou não os mesmos. A responsabilização da GAFISA S/A se dá pela desconsideração inversa da personalidade de sua sócia CIMOB, devedora principal.

O que se depreende foi o esvaziamento do patrimônio da CIMOB, que restou por deixar de ser sócia da GAFISA S/A . Mas tal escape de patrimônio, em especial a retirada da sociedade da GAFISA S/A depois de consolidada esta empresa então criada, não pode servir de justificativa para frustrar credores cujos créditos foram constituídos antes mesmo da saída da CIMOB da sociedade GAFISA S/A .

(...)”

No mesmo sentido, o TJSP manteve a desconsideração da personalidade jurídica do grupo “GAFISA”, levada a cabo pelo juiz monocrático em execução singular de modo a incluir na lide originariamente proposta em face de CIMOB CIA IMOBILIÁRIA a sociedade GAFISA S/A, conforme demonstra o Acórdão prolatado no julgamento da Apelação com Revisão nº 516.507-4/6, em que figurava como Apelante GAFISA S/A e Apelada Marta de Carvalho de Leonardí, conforme documentação anexa.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Vale destacar, dentre os argumentos utilizados pelo Tribunal, os seguintes, abaixo destacados:

“Essas informações apontam o estreito relacionamento entre Gafisa S/A e a executada Cimob Companhia Imobiliária e a co-executada Cimob Participações S/A; é importante destacar que elas têm administradores em comum, tudo a evidenciar a existência do grupo Empresarial Gafisa, bem como a confusão patrimonial entre as pessoas jurídicas que o integram.

Além da confusão patrimonial, as manobras societárias realizadas ao longo do processo, notadamente o resgate das ações pertencentes à Cimob Imobiliária S/A., sócia da co-executada Cimob Serviços Técnicos Ltda., logo após a desconsideração da sua personalidade jurídica, efetuado pela apelante Gafisa S/A, inviabilizaram a satisfação do crédito da apelada.

Como bem apontou o juiz na sentença: É o que da análise histórica dos atos de gestão da executada, restou evidenciado que os ativos da Cimob Companhia Imobiliária foram paulatinamente transferidos à embargante (Gafisa S/A), que engordou o seu patrimônio às custas do esvaziamento patrimonial daquela, sua acionista até dezembro de 2005.

Na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da possibilidade de extensão dos efeitos da execução à sociedade integrante do mesmo grupo empresarial.”

A ligação entre GAFISA S/A e CIMOB CIA IMOBILIÁRIA pode também ser comprovado pela propaganda retirada da Revista Veja São Paulo anexa. Na referida publicidade, que tem por estrela nada mais nada menos do que Gisele Bündchen, supostamente atribuída à GAFISA contém os seguintes dizeres: “Para viver bem, você não precisa entender de geometria. Mas saber identificar o triângulo da Gafisa ajuda muito”. **No entanto, no canto esquerdo da propaganda, há uma mensagem em letras minúsculas, no seguinte sentido: “A marca Gafisa foi transferida à Gafisa S/A, quando da sua constituição em 1997, pela sociedade hoje denominada Cimob Companhia Imobiliária, antiga Gomes de Almeida Fernandes Imobiliária S/A.”**

Ou seja, a ligação entre ambas as empresas é cabalmente admitida por aqueles que veicularam a mensagem atribuída à marca GAFISA, devendo-se, portanto, permitir a desconsideração da personalidade jurídica do grupo econômico para viabilizar o prosseguimento do presente executivo, de modo também a coibir a utilização da distinção entre pessoas jurídicas para a prática de fraudes.

CONCLUSÃO

Isto posto, demonstrada a presença de requisitos suficientes para a desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam, confusão patrimonial e diferença meramente formal entre as sociedades CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA e GAFISA S/A, de



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

modo a impossibilitar a execução da segunda, em benefício do grupo econômico “GAFISA”, a Municipalidade paulistana requer:

a) a inclusão no pólo passivo da presente execução fiscal GAFISA S/A, CNPJ 01.545.826/0001-07, que deve ser citada à Avenida Nações Unidas, 8501/19º andar, Pinheiros, São Paulo/SP,

b) a manutenção da indisponibilização de bens e direitos, até que a executada originária, na condição de incorporadora, i) individualize os imóveis que ainda não se encontrem quitados ou cujo compromissário comprador já esteja adimplente, ii) ou ofereça garantia idônea iii) ou ainda, até que a GAFISA S/A, após sua inclusão na lide e citação, pague a dívida ou garanta o juízo.

Ressalte-se que a inclusão da GAFISA S/A no pólo passivo da execução não deve implicar em desbloqueio da medida do art. 185-A, cujos bens somente poderão ser liberados após a oferta de garantia idônea, previamente aceita pelo Fisco, seja pela executada originária, seja pela GAFISA S/A . Ademais, a CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA deve permanecer na lide.

Finalmente, apresenta em anexo demonstrativo atualizado da dívida, cujo valor é **R\$ 23.213.053,85** (vinte e três milhões, duzentos e treze mil, cinquenta e três reais e oitenta e cinco centavos).

Termos em que,
Pede deferimento

São Paulo, 04 de fevereiro de 2010.

Bruno Otávio Costa Araújo
Procurador do Município
OAB/SP 249.352

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE APRESENTADA NO PROCESSO N°
053.96.414228-9

Luiz Guilherme da Cunha Mello

Procurador do Município

Departamento Judicial – JUD

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAZENDA
PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO

Autos do processo n° 053.96.414228-9
Rito Ordinário

O **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, pelo Procurador que esta subscreve, na ação em epígrafe, ora em fase de execução, que lhe movem **MARIA LUIZA BRANCO RABELO E OUTROS**, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar **EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE**, nos termos que passa a expender.

A Municipalidade foi intimada de decisão proferida por este juízo monocrático, disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico em 13 de maio de 2010, com o seguinte teor:

“Não houve oposição de Embargos à Execução. Requeiram os exeqüentes em termos de prosseguimento. Frisa-se que, tendo em vista o novo procedimento adotado por esta Vara quanto a expedição de ofícios requisitório de precatório ou de pequeno valor, e desnecessário o fornecimento de peças ao Cartório para a confecção dos mesmos. Nada sendo requerido, arquivem-se os autos.”

A decisão, todavia, causou estranheza, haja vista que em 4 de março do corrente ano, a Urbe tempestivamente opôs embargos à execução, impugnando as contas ofertadas pelos exeqüentes.

Em seguida, de ofício, este mesmo juízo tornou sem efeito a decisão acima apontada. Confira-se:

“Torno sem efeito a decisão de fl. 1237 dos autos principais. Os embargos são tempestivos. Recebo os Embargos do devedor para discussão. Manifestem-se os embargados em 15 dias, nos termos do art. 740 do CPC.” (decisão disponibilizada em 18 de maio de 2010)

Impende, contudo levantar questão, cujo **conhecimento** deve ocorrer **de ofício** pelo juiz, e que deve ser apreciada neste momento processual, sob pena de gerar lesão ao Erário e enriquecimento sem causa por parte dos servidores.

Trata-se da necessidade de o juiz examinar o título a ser executado, verificando se os elementos fornecidos pelos exequentes correspondem fielmente às suas peculiaridades. Exige-se, nesse contexto, o debate dos limites da multa diária cominada em face da Fazenda e executada pelos servidores em cifra correspondente a cerca de **R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais)**, por meio desta petição.

DO CABIMENTO DA PRESENTE MEDIDA PARA QUESTIONAR O INSTITUTO DAS ASTREINTES

Antes de se adentrar propriamente nos meandros do tema, que devem ser enfrentados por este juízo, faz-se mister afastar quaisquer dúvidas a respeito da admissibilidade destas razões, mesmo após a oposição dos embargos à execução.

Conforme é cediço, a exceção de pré-executividade é instrumento processual forjado doutrinariamente, mas que ganhou rapidamente espaço na jurisprudência. Apesar de alguns autores fazerem distinção desde a nomenclatura, até o alcance deste incidente, é circunstância imaculada a possibilidade de se levantar questão sobre a qual recai o dever de manifestação de ofício do magistrado, como é o caso dos parâmetros de fixação das astreintes.

Nesse ponto, pode-se questionar o fato de já ter sido oposto embargos à execução, ou que, em verdade, ao juiz é facultado modificar as facetas da multa diária, na forma do artigo 461, § 6º do Código de Processo Civil.

Porém, o direito em debate na presente ação repercute sobre o Erário, ensejando enriquecimento sem causa aos servidores, além de se exigir controle jurisdicional sobre o confronto das contas dos exequentes com a decisão exequenda, especialmente em relação à multa diária.

Essa linha de raciocínio já foi trilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere do excerto abaixo transcrito, confira-se:

“Como se sabe, a exceção de pré-executividade, fruto de construção pretoriana, é meio idôneo de defesa disponível ao executado, não prevista expressamente em lei, com cabimento nas hipóteses excepcionalíssimas e restritas de flagrante inexistência ou nulidade do título executivo, bem assim nas hipóteses referentes à flagrante falta de pressupostos processuais e/ou condições da ação. Outrossim, é cabível exceção de pré-executividade com objetivo de discutir matéria atinente ao excesso da execução, quando não dependente de dilação probatória, mas de simples análise do montante devido a título de *astreintes*, o que ocorre na espécie.

A esse respeito, esta Corte Superior decidiu ser cabível a utilização da exceção de pré-executividade quando a matéria nela versada não necessitar dilação probatória.

(...)

É certo que, no cumprimento de sentença, a impugnação é o meio correto de reação do devedor à execução injusta, é o veículo, pois, adequado para a arguição de alegações desse jaez, consoante se verifica do art. 475-L, V, CPC.

Se, ao magistrado, é facultado, nos termos do art. 461, §6º, do Código de Processo Civil, a modificação do valor da multa, de ofício, quer dizer, independente de manifestação das partes, não é razoável a rejeição da exceção de pré-executividade que pretende discutir, justamente, o montante das *astreintes*.

Mostra-se, pois, perfeitamente possível o manejo da exceção de pré-executividade, independente do oferecimento de impugnação, quanto mais se a matéria poderia ser conhecida até mesmo de ofício.

Não convence, data venia, o argumento de que somente na impugnação ao cumprimento de sentença seria possível a discussão de eventual excesso no valor da multa diária.

Os dispositivos legais devem ser interpretados de forma sistemática. E, na espécie, se ao Juiz é possível a modificação inclusive de ofício, em razão de circunstâncias do processo - exorbitância ou caráter irrisório -, quanto o mais se provocado, seja por petição, ou mesmo, pela via da exceção de pré-executividade.” (O original não possui destaque) (REsp nº 1.081.772-SE, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, v.u., j. em 13/10/2009)

Logo, independentemente da oposição dos embargos à execução por parte da Municipalidade, perfeitamente viável a apresentação desta medida, ou até mesmo de petição inominada, no intuito de questionar os limites de fixação da multa diária, bem como sua desproporcionalidade em relação ao objetivo que pretendia atingir. **A matéria, inclusive, conforme aduzido, deve ser conhecida de ofício.**

De outra sorte, incumbe ao magistrado exercer controle sobre os parâmetros das contas dos exequentes, a fim de que seja resguardada a incolumidade do título executivo, respeitando-se as decisões judiciais prolatadas no processo.

Dessa feita, a apresentação dessas razões tornam-se indispensáveis, a fim de suscitar a manifestação deste juízo sobre as questões acenadas.

DA INCORREÇÃO E DOLO DOS AUTORES EM RELAÇÃO AO LAPSO TEMPORAL DE FLUÊNCIA DA MULTA DIÁRIA

Insta ressaltar que não se pretende discutir a possibilidade ou não de cominação de multa em face da Fazenda, posto que esse tópico já restou impugnado no presente processo, recaindo a discussão sobre a possibilidade de redução do valor da multa, bem como combater a arbitrariedade e dolo na estipulação do termo final de incidência da multa, por parte dos exequentes.

Trata-se de duas questões sobre as quais não pode este juízo monocrático se omitir, consoante esposado no item anterior deste arrazoado, em razão da flagrante lesão ao Erário e do dever de repúdio ao enriquecimento sem causa dos servidores.

De início, cumpre asseverar que ao juiz cabe zelar pelos parâmetros que norteiam a imposição de multa diária para resguardar a efetividade das decisões judiciais.

Basta observar que o juiz, segundo preconiza as normas do artigo 461, § 4º, e 5º, do Código de Processo Civil, pode, **de ofício, independentemente de requerimento do autor**, aplicar as medidas necessárias no sentido de que seja respeitada determinada decisão judicial.

Na mesma esteira, compete ao juiz analisar os parâmetros da fixação da multa, seja porque se tornaram inoperantes, seja porque se demonstraram insuficientes ou excessivos, na forma do artigo 461, § 6º do mesmo diploma.

Sucedede que, **por essas mesmas razões deve o magistrado fiscalizar, outrossim, os termos, inicial e final, de aplicação da multa, pois, após essa abordagem, será possível, com maior precisão, reputá-la excessiva ou insuficiente ao fim que se destinou atingir.**

E essa medida somente se torna viável, especialmente pelo rito exigido quando a Fazenda ocupa o pólo passivo, no processo de execução da obrigação de pagar, por ser o momento em que se torna exequível a multa.

A excessividade de multa, no entanto, pode e deve ser repelida pelo magistrado a qualquer tempo, em qualquer fase processual.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é consolidado no sentido de inexistir coisa julgada material quanto à discussão do valor da multa diária, sendo a execução o momento processual oportuno para a discussão da matéria. Confira-se os excertos abaixo transcritos:

“PROCESSO CIVIL. MULTA. ALTERAÇÃO DE VALOR. INSUFICIENTE OU EXCESSIVO. NÃO CONFIGURADA COISA JULGADA.

1. **A multa prevista no art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil não faz coisa julgada material, podendo ter seu valor alterado pelo juiz a qualquer tempo, desde que tenha se tornado insuficiente ou excessivo.**

2. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag 957621/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, v.u., j. em 16/03/2010) O original não possui destaque

“PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MULTA COM BASE NOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. PRAZO INICIAL PARA A CONTAGEM DOS JUROS MORATÓRIOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

- **É lícito ao Julgador, a qualquer tempo, modificar o valor e a periodicidade da multa (art. 461, § 4º c/c § 6º, do CPC), conforme se mostre insuficiente ou excessiva. Precedentes.**

- A ausência da confrontação analítica dos julgados impede o conhecimento do recurso especial pela letra "c" do permissivo constitucional.

Recurso especial da ré parcialmente conhecido e provido. Recurso especial adesivo não conhecido.” (REsp 1060293/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi Terceira Turma, v.u., j. em 04/03/2010) O original não possui destaque

“No sistema anterior à Lei nº 10.444/02, onde haveria a execução da sentença de obrigação de fazer, o juiz da execução poderia com fundamento no art. 644,

parágrafo único, reflexo atual do § 6º, do art. 461, aplicado pelo TJRN, alterar o valor da multa para mais ou para menos. Eis a redação do dispositivo:

‘O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificando que se tornou insuficiente ou excessivo.’

Percebe-se que a multa poderá, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, ser modificada, para mais ou para menos, conforme seja insuficiente ou excessiva.

O dispositivo indica que o valor da astreinte não faz coisa julgada material, pois pode ser revista mediante a verificação de insuficiência ou excessividade.

O excesso a que chegou a multa aplicada justifica a redução pelo TJRN.

Com a reforma do CPC, a multa fixada na sentença poderá ser alterada sempre que houver modificação das circunstâncias existentes ao tempo de sua fixação, mesmo porque não existe mais o processo de execução de sentença.

É essa a interpretação a ser dada ao § 6º, do Art. 461, do CPC.” (REsp 785053/BA, Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, v.u., j. em 18/10/2007)

O original não possui destaque

O Tribunal de Justiça não destoa desse entendimento, como se observa exemplificativamente da ementa abaixo citada *in verbis*:

“Agravos de Instrumento - Execução por Título Judicial - Cautelar de Exibição de Documentos - Cobrança da multa - Impugnação rejeitada - Pretendido descabimento da multa, havendo ainda enriquecimento sem causa do autor - Alegada inexistência de direito deste quanto ao período do Plano Bresser - Acolhimento parcial - Multa diária estabelecida de início, liminarmente, não objeto de impugnação adequada - Recursos de agravo e, posteriormente, de apelação não conhecidos - Valor exequendo, porém, excessivo, em razão das peculiaridades do caso - Possibilidade de redução - **Inexistência de coisa julgada material a respeito - Preliminar rejeitada e recurso parcialmente provido. Prescrevendo o art 461, § 6º, do diploma instrumental que o JUIZ poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, ainda que haja sentença com trânsito em julgado fixando seus parâmetros, estes não fazem coisa julgada material, podendo ser modificados, em razão das peculiaridades do caso, tanto para mais, quanto para menos, a fim de adequá-la à realidade e à finalidade a que se destina. Não pode, portanto, o montante cobrado a esse título propiciar enriquecimento sem causa do credor,** não devendo, contudo, ser tão diminuto que não cumpra seu objetivo de coerção do devedor a cumprir a determinação judicial ou condenação.” (AI nº 7295677-9, Décima Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Vieira de Moraes, v.u., j. em 04/06/2009) O original não possui destaque

A doutrina também não vacila ao propor a mesma conclusão, como se pode extrair do ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni. Confira-se:

“Também como conseqüência dos motivos que conduziram à quebra do princípio da tipicidade das formas executivas, da separação entre processo de conhecimento e processo de execução e da regra da congruência, conferiu-se ao juiz o poder de, na fase de execução, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa e alterar a própria modalidade executiva determinada na sentença.

O novo § 6º do art. 461 do CPC é expresso no sentido de que o juiz pode

modificar o valor ou a periodicidade da multa, verificando que se tornou insuficiente ou excessiva. Essa modificação deve ser associada à necessidade de se dar efetividade à tutela, a qual evidentemente depende da fase executiva. Daí não existir qualquer motivo para estranhar a possibilidade de alteração da multa na fase executiva, isto é, depois do trânsito em julgado da sentença que a fixou.” (As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva in Leituras Complementares de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm. 7ª Ed. 2009, p. 365) O original não possui destaque

Assim, com o devido respeito, **a intervenção judicial, ainda que de ofício, torna-se obrigatória no caso em tela**, já que o termo final da multa diária foi delimitado de forma absurda pelos ora exequentes, apenas após o segundo cumprimento realizado pelo Município, comprovado em 14 de abril de 2009.

Lembre-se que se trata de ação movida por servidores públicos municipais que pleiteiam a condenação da Municipalidade de São Paulo ao pagamento de reajuste salarial para o mês de fevereiro de 1995, com base nas Leis nº 10.688/88 e 10.722/89, afastando-se a incidência da Lei nº 11.722/95, julgada procedente.

Em sede de apelação (nº 428.294-5/0-00, julgada pela 5ª Câmara de Direito Público) dos embargos à execução restou afastada a pretensão fazendária de se aplicar a Lei nº 12.397/97 ao cumprimento da obrigação de fazer, tendo sido a Municipalidade intimada pessoalmente para comprovar o referido cumprimento, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária de R\$ 900,00 (novecentos reais), sem prejuízo de responsabilidade por improbidade (fls. 788).

A mencionada intimação foi recebida por esta Procuradoria em 31 de janeiro de 2007, quarta-feira.

Os exequentes, nesse ponto, desrespeitaram a norma do artigo 241, II, do Código de Processo Civil, a qual condiciona o início do prazo, na hipótese de a intimação se dar por oficial de justiça, tal como ocorreu no vertente caso, a partir da juntada do mandado de intimação.

Em afronta a esse dispositivo, claramente se denota ter sido considerado o dia 1º de fevereiro de 2007, quinta-feira, um dia após o recebimento da intimação, como o marco inicial do prazo de 15 (quinze) dias concedido pelo juízo monocrático para cumprir a determinação judicial, sem a incidência do encargo previsto.

Nessa linha, os exequentes indicaram o termo inicial da multa diária como o dia 16 de fevereiro de 2007, uma sexta-feira.

Porém, o prazo inicial jamais poderia ter sido considerado este, por ter sido a intimação feita por oficial de justiça, por meio de mandado. Logo, sob pena de se fulminar a regra do artigo 241, II, do Código de Processo Civil já citada, o prazo de 15 (quinze) dias somente poderia ter início após a juntada do mandado de intimação.

Nessa toada, o marco inicial da multa, considerado nos cálculos dos exequentes, está absolutamente equivocado, pois deveria corresponder ao décimo sexto dia, desde que útil, após a referida juntada. Ou seja, a juntada do mandado ocorreu no dia 2 de fevereiro de 2007, uma sexta-feira. Portanto, o prazo de 15 (quinze) dias concedidos na decisão se iniciou em 5 de fevereiro de 2007 e se encerrou em 19 de fevereiro.

Assim, o termo inicial de fluência da multa é o dia 20 de fevereiro de 2007, isto é, o 16º dia após o início do prazo concedido pela decisão, apurado na forma do artigo 241, II, do Código de Processo Civil.

Frise-se, apenas para se contextualizar a discussão de acordo com o trâmite desenvolvido pelo processo à época, que a Urbe interpôs recurso de agravo de instrumento (nº 631.625-5/7-00, julgado pela 5ª Câmara de Direito Público) da decisão em debate, ao qual foi negado provimento sem concessão de efeito suspensivo, não tendo sofrido qualquer interrupção a fluência da multa.

Contudo, em 13 de abril de 2007, o Município comprovou o cumprimento da obrigação de fazer, nos moldes definidos pelo v. acórdão da apelação, ou seja, afastando-se a Lei Municipal nº 12.397/97 e aplicando-se o índice de 82,51% para o mês de fevereiro de 1995, com respeito ao limite orçamentário para despesas com pessoal previsto na norma do artigo 4º, § 3º, da Lei Municipal nº 11.722/95 a repercutir de março em diante, haja vista que somente a retroatividade dessa Lei foi julgada inconstitucional.

Com efeito, este é o termo final do lapso temporal em que a multa diária teve fluência, ou seja, 13 de abril de 2007, e não 14 de abril de 2009, data em que se comprovou provisoriamente o recumprimento da obrigação de fazer, com afastamento do artigo 4º, § 3º da Lei Municipal nº 11.722/95.

Nessa data, 13 de abril de 2007, a determinação judicial foi atendida, interrompendo-se a aplicação da multa, **ainda que posteriormente tenha sido proferida nova decisão para determinar o cumprimento, sem a aplicação do limite orçamentário previsto no artigo 4º, § 3º da Lei Municipal nº 11.722/95, para os meses posteriores a fevereiro de 1995.**

Isso porque a multa foi cominada justamente para a Urbe cumprir a obrigação de fazer, o que foi feito.

Em momento algum, imprescindível apontar, a r. decisão de fls. 788 delimitou qualquer índice a ser aplicado.

Não se pode olvidar ainda que não há decisão definitiva sobre o afastamento do limite orçamentário previsto no dispositivo da Lei Municipal em destaque, tendo sido interposto recurso especial suscitando violação aos artigos 468, 474 e 475-G do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial em relação a entendimento já adotado nas instâncias superiores.

Ademais, o cumprimento da obrigação de fazer não se deu apenas no intuito de interromper a incidência das multa diária, mas sim porque a Administração reputava e reputa insofismável a necessidade de respeito aos limites orçamentários previstos no artigo 4º, § 3º da Lei Municipal nº 11.722/95.

Trata-se, inclusive, como acenado, de tese amplamente aceita nos Tribunais Superiores.

O próprio Supremo Tribunal Federal, que proclamou a inconstitucionalidade da retroatividade da Lei Municipal nº 11.722/95, explicitamente se manifesta por sua aplicabilidade no que diz respeito ao período posterior a sua entrada em vigor, ou seja, de

março de 1995 em diante. Confira-se excerto do julgamento da Agr. Reg. no AI nº 247.597-7/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, v.u., j. em 18/05/2004:

“Quanto aos efeitos da Lei nº 11.722/95, não há omissão por sanar, uma vez que nos precedentes invocados se proclamou a coexistência de todos os elementos constitutivos do direito subjetivo dos servidores ao reajuste pleiteado nos termos das Leis nº 10.688/95 e nº 10.722/95, à entrada em vigor daqueloutro diploma legal. **Não há, pois nenhuma dúvida de que os critérios fixados pela Lei nº 11.722/95 somente são aplicáveis a partir de março de 1995.**” (O original não possui destaque)

Trata-se de premissa já encampada igualmente pelo Superior Tribunal de Justiça em casos idênticos, ou seja, em ações que visam ao recálculo de vencimentos para o mês de fevereiro de 1995, com base nas Leis Municipais nº 10.688/88 e nº 10.722/89. Não se afasta a aplicação da Lei nº 11.722/95 para os meses posteriores a fevereiro de 1995. Observe-se, a decisão proferida no REsp nº 466.800-SP:

*“Ocorre, todavia, que, como se demonstrou, **a pretensão executória diz respeito tão-somente ao critério de reajuste a ser aplicado no mês de fevereiro de 1995, pouco importando, para esse fim, a definição da forma de reajustamento implantado a partir de 1º de março de 1995 pela Lei nº 11.722/95, cuja incidência foi afastada pelo ‘decisum’ exequendo.** É de se ressaltar, ainda, que a eventual compensação com reajustes posteriormente deferidos pelas Leis 11.722/95 e 12.397/97, a partir de março de 1995, deverá ser buscada na via processual adequada, pena de se submeter a execução do julgado, que já dura 4 anos, a tempos sociais prescritivos, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.”* (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., v.u., j. 04/08/2003) O original não possui destaque

Em outras palavras, ficou decidido no Recurso Especial nº 466.800 - SP que a Lei Municipal nº 11.722/95 deve ser afastada do cálculo do reajuste de fevereiro de 1995 (o qual deve ser calculado nos termos das Leis nº 10.688/88 e 10.722/89), mas deve incidir no cálculo dos meses subsequentes a fevereiro de 1995, porque para esses outros meses NÃO ocorre aplicação retroativa da Lei nº 11.722/95, uma vez que o título exequendo apenas decidiu que era inconstitucional sua aplicação retroativa.

Por sinal, em mais uma oportunidade, especificamente no julgamento do no EDcl no EDiv no REsp nº 696.548-SP (Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, v.u., j. 13/05/2009), o Superior Tribunal de Justiça se manifestou exatamente no mesmo sentido já mencionado, qual seja, o da aplicação da Lei nº 11.722/95, de forma não retroativa, posteriormente a fevereiro de 1995. No v. acórdão do Resp (Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., v.u., j. 22/02/2005), ao qual foi dado provimento, restou consignado:

“Na instância *a quo*, também consignou a municipalidade, ao se deparar contra a estipulação do índice de 93,46% (fl. 184):

‘Cumprir deixar claro que esta ação instaurou-se em virtude da alegação de que não poderia a Lei 11722/95 retroagir para atingir o percentual de reajuste aplicável ao mês de fevereiro de 1995, sob pena de violação do direito adquirido. E, nestes termos, foi julgada procedente a demanda, observando-se para o cálculo do percentual de fevereiro de 1995 a legislação anterior (Leis nºs 10688/88 e 10722/89).

Uma vez fixado e aplicado o percentual para fevereiro de 1995, está valendo para março do mesmo ano em diante as disposições da Lei 11722/95 que, no mais, não teve suas disposições impugnadas ou afastadas pelo r. julgado executando.

E não se pode perder de vista que a lei em vigor tem aplicação imediata e geral, sendo o seu comando genérico, aplicando-se a todos os que são alcançados por seus ditames, indistintamente.'

Lembro que, a respeito da questão de fundo, já tive oportunidade de relatar casos análogos, nos quais assim restou decidido:

'Dessa forma, constatada a alegada afronta ao direito adquirido, nos termos da LICC, art. 6º, é de se conhecer do presente recurso, dando-lhe parcial provimento no sentido de que se assegure, aos autores/recorrentes, o cálculo de reajuste ditado pelas Leis 10.688/88 e 10.722/89 até o mês de fevereiro/95, devendo a Lei 11.722/95 passar a vigorar somente a partir de março/95, nos termos do que restou decidido nos Embargos Declaratórios no RE nº 258.980-2/SP, que declarou a inconstitucionalidade da expressão "retroagindo os efeitos do disposto no art. 1º a 1º de fevereiro de 1995".' (RESP 262030/SP, DJ 23.08.04)

Realmente não há qualquer imposição da decisão singular quanto aos reais índices a serem utilizados, mas somente a determinação de se recalcular o padrão dos vencimentos dos autores, em observância à legislação em vigor anteriormente à Lei nº 11.722/95." (O original não possui destaque)

Por meio da leitura dessas linhas se depreende que o julgamento se deu em recurso que debatia questão idêntica a dos presentes autos, qual seja, a aplicação da Lei nº 11.722/95, para os meses posteriores a 1995. Adotou-se, com efeito, a tese da Municipalidade.

Percebe-se, dessa forma, que o cumprimento realizado pelo Município naquele momento respeitava por completo a decisão judicial prolatada até então, com embasamento no posicionamento dos Tribunais Superiores.

Ora, somente após o cumprimento realizado nesses moldes é que se iniciou a discussão a respeito da aplicação do dispositivo legal apontado (artigo 4º, § 3º da Lei Municipal nº 11.722/95).

Logo, não há meios de se cogitar não ser o cumprimento, comprovado em 13 de abril de 2007, como o termo final da fluência da multa. A Administração, a partir desse marco, não se encontrava mais em "mora" com o Poder Judiciário, pois cumpriu a decisão judicial.

A decisão que determinou o cumprimento, cominando a multa, foi atendida.

Vale dizer, a multa diária foi arbitrada, a fim de constranger a Administração a cumprir a obrigação de fazer, o que foi efetivamente realizado pela Urbe, na forma do v. acórdão da apelação nº 428.294-5/0-00.

Se, a partir desse momento, se passa a questionar os parâmetros do procedimento adotado pela Municipalidade, não há mais que se falar em multa, pois a finalidade desta era justamente constranger a realização do cumprimento.

Reitere-se ainda, corroborando essas alegações, que a decisão de fls. 788 não

determinou o índice pelo qual a obrigação deveria ser cumprida, sendo de todo razoável, de acordo com a explanação realizada, o cumprimento nos moldes empreendidos pelo Município.

Uma vez comprovado o cumprimento, respaldado juridicamente, como visto, a decisão judicial restou atendida, não havendo mais o que ser cumprido, exaurindo-se o objeto da cominação da multa diária, até que nova decisão judicial determine a complementação do procedimento que efetiva a obrigação de fazer.

Pelo exposto, salta aos olhos a necessidade de se fulminar o dolo dos exequêntes quanto à delimitação do lapso temporal de fluência da multa diária, de modo a reconhecer que seu marco inicial se deu, em consonância ao disposto no artigo 241, II, do Código de Processo Civil, no décimo sexto dia, desde que útil, após a juntada do mandado de intimação da determinação de comprovação do cumprimento da obrigação de fazer (fls. 788) e que seu marco final corresponde a 13 de abril de 2007, data na qual a Administração comprovou o cumprimento da obrigação de fazer, em atenção à r. decisão que cominou a multa.

DA FALTA DE PROPORCIONALIDADE E DO EXCESSIVO VALOR DA MULTA APLICADA À FAZENDA

Sem prejuízo da argumentação desenvolvida no tópico anterior, cumpre ressaltar a desproporcionalidade demonstrada pelo valor da multa diária arbitrada em R\$ 900,00 (novecentos reais), a qual, com a devida vênia, deve ser afastada, lançando-se mão da norma do artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil.

A cifra mencionada é por demais excessiva, o que pode ser constatado pelas próprias contas equivocadas dos exequêntes, as quais dão margem à noção do prejuízo que se pode causar no Erário, **cerca de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais)**.

Por certo que, de acordo com todas as assertivas já lançadas, os termos inicial e final do interregno de tempo de incidência da multa foram arbitrária e dolosamente manipulados pelos exequêntes, mas podem fornecer a dimensão do enriquecimento sem causa a beneficiar os servidores e seu patrono, em total aviltamento dos recursos públicos.

De outra sorte, fere-se de morte a proporcionalidade que deve inspirar todos os atos jurídicos, também discrepando muito de outras decisões judiciais que infligiram multa à Municipalidade.

Ora, o princípio ou postulado normativo da proporcionalidade, guarda, segundo a doutrina, tripla faceta: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sobre o tema, leciona Humberto Ávila:

“O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).” (Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros. 6ª ed., 2006, p. 150)

Segundo a lição, adequação significa que a medida a ser utilizada deve ser hábil a se atingir a finalidade pretendida.

Quanto a essa nuance nada há a questionar, apesar de a Fazenda defender a tese da impossibilidade da cominação de multa em face da Administração, essa medida é estabelecida para constranger o ente ao adimplemento da decisão judicial.

Necessidade, por sua vez, significa que deve ser manejado apenas o meio menos gravoso à finalidade que se pretende atingir, de forma a ferir o mínimo possível a esfera de direitos da pessoa atingida. Ora, nesse diapasão, a multa não pode ser considerada o meio menos gravoso de compelir o ente político a cumprir uma determinação, nem mesmo o valor de R\$ 900,00 (novecentos reais) pode ser considerado como o montante mínimo a forçar a pessoa jurídica de Direito Público a cumprir determinada decisão judicial, conforme se exemplificará a seguir, com a citação de decisões que fixam valores proporcionais.

Já a proporcionalidade em sentido estrito revela um sopesamento entre o gravame imposto e a finalidade pretendida, ou melhor, os ônus relacionados à limitação do direito não podem exceder as vantagens relacionadas ao atingimento do objetivo visado.

Com relação a esse último ponto, o peso do gravame estabelecido se revelou muito maior do que a vantagem que sua imposição de fato trouxe, **haja vista que a medida foi cumprida em menos de 2 (dois) meses e levando em consideração o alto valor do montante atingido pela multa, acrescido do consequente enriquecimento sem causa dos exeqüentes e lesão aos recursos públicos.**

Colocadas essas premissas, denota-se claramente que nem de longe esse roteiro foi respeitado, nesse momento, de execução da multa, revelando-se esta atentatória à proporcionalidade e sujeita a ter seu valor reduzido pelo magistrado, em atenção à proporcionalidade.

Vale dizer, a Urbe cumpriu a decisão judicial da forma mais célere possível, tendo em vista o trâmite interno adotado para os cumprimentos, não tendo em momento algum se furtado à responsabilidade de tornar concreto o *decisum*. De outra sorte, o cumprimento foi realizado, com respaldo jurídico, inclusive, na posição dos Tribunais Superiores, não tendo a decisão de fls. 788 determinado qualquer índice, razões pelas quais a partir da comprovação, em 13 de abril de 2007, a decisão foi cumprida.

Com relação ao lapso temporal para a decisão ser cumprida, deve-se ter em mente o procedimento adotado para o cumprimento da obrigação de fazer, enumerando-se abaixo alguns dos atos administrativos necessários:

- Após ciência da decisão determinando o cumprimento, o Departamento Judicial da Procuradoria Geral do Município estabelece os parâmetros de cumprimento estipulados no julgado;
- Os parâmetros são remetidos ao Departamento de Recursos Humanos (DRH), da Secretaria Municipal de Gestão, que profere decisão administrativa determinando o cumprimento da decisão judicial;
- Com a publicação dessa decisão no Diário Oficial do Município, os históricos de pagamento e inúmeros outros dados funcionais de cada um dos co-autores da ação são levantados, de modo que as diversas seções do DRH possam realizar as seguintes providências:
- apostilamento do título judicial junto ao prontuário do servidor;

- inclusão em folha de pagamento de eventuais diferenças dos percentuais apurados;
- elaboração de planilhas das diferenças e demonstrativos **mensais** para o período;
 - Na seqüência, os dados são compilados em CD-ROM;
- Finalmente, estas informações são remetidas ao Departamento Judicial, onde, previamente ao encaminhamento do CD-ROM para o juízo da execução, é elaborado ofício contendo todos os apontamentos relevantes para que os autores elaborem sua conta de liquidação (períodos de licenças e afastamentos, esclarecimentos do não cumprimento em relação a determinados cargos ocupados posteriormente ao período de reajuste, etc.).

Diante desse contexto, em caso similar, a MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública, Dra. LUCIANA PRADO BRESCIANI, acolheu embargos à execução opostos pela Municipalidade, autuados sob. o n.º 053.96.411555-9, albergando este entendimento:

VISTOS. A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO ofereceu EMBARGOS À EXECUÇÃO que lhe movem ELIAS PEREIRA MACHADO E OUTROS, alegando, em síntese, que houve indevida inclusão no demonstrativo de débito da multa diária fixada por atraso no cumprimento integral da obrigação de fazer, atingindo o elevado valor de R\$ 565.600,00, o que resulta em enriquecimento sem causa. DECIDO. Trata-se de embargos opostos à execução, contrariando a inclusão no demonstrativo de débito da multa diária imposta para o atraso no cumprimento da obrigação de fazer, com a apresentação das planilhas de forma correta e em consonância com a decisão exequenda. De fato, a questão relativa ao valor da multa e a pertinência da fixação está alcançada pela preclusão. Tal não equivale, no entanto, a não se admitir a limitação, considerando expressa previsão legal, a imposição em face do Estado, as discussões travadas nos autos, inclusive com desistência dos embargos anteriormente opostos e habilitação de sucessores nos autos principais.

De fato, o juiz pode, de ofício, modificar o valor e a periodicidade da multa, caso verifique que ficou insuficiente ou excessiva, atentando para a equidade que deve pautar todas as decisões judiciais Imperativo, pois, a limitação a dez dias, considerando o valor nominal de R\$ 1.000,00, o que hoje corresponde a R\$ 1.142,74, com atualização pela Tabela Prática vigente, resultando, portanto, em R\$ 11.427,40, o que mostra-se compatível com o espírito da norma, além de não resultar em renovação da apreciação da questão ou descon sideração da coisa julgada. Isto posto, e considerando o que mais dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os embargos para o fim de limitar a execução da multa a dez dias, ou seja, o valor hoje equivalente a R\$ 11.417,40, determinando que, apresentado o demonstrativo em retificação, com cópia para juntada aos autos principais, seja expedido o ofício requisitório. Tendo havido sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seu advogado e as custas que dispendeu. P.R.I. São Paulo, 27 de junho de 2007.” (O original não possui destaque)

No mesmo sentido, o juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, reduziu o valor da multa diária em caso análogo, observe-se:

“No entanto, a quantia apurada pelos embargados, no valor de R\$ 474.000,00, é superior ao próprio crédito principal dos vencedores e, no caso dos autos, revela-se elevada demais e fora do âmbito típico de sua função de concreta realização da ordem judicial não cumprida, ganhando colorido de desproporcionalidade e dando

ensejo, por força de sua elevada proporção, a um juízo alheamento com a relação jurídico-processual e pode representar fomento à falta de moralidade pública, o que pode e deve ser evitado.

(...)

Impõe-se, na peculiaridade dos autos, portanto, a bem da equidade e justiça processual, sua concreta redução, também para evitar o enriquecimento sem estrita adequação com a causa.

Por isso, também com o foco da teoria do processo de resultados (BEDAQUE, pág. 231), reduzo o total da multa diária para a quantia de R\$ 100.000,00, pormenor processual que também converge em favor do princípio da efetividade da jurisdição.” (Proc. nº 053.08.107374-8, Município de São Paulo x Jaisa Barbosa da Silva, j. em 08/09/2008) O original não possui destaque

Verifica-se, assim, por todos esses motivos, a disparidade do valor da multa determinada nestes autos em relação ao montante determinado pelos demais juízos e no que pertine às peculiaridades do caso concreto (**não ter havido em momento algum recalcitrância da Administração em cumprir a ordem judicial, bem como o atendimento da determinação em menos de dois meses**), de modo que, por isso, a Municipalidade requer, subsidiariamente, seja diminuído o valor da multa imposta.

Dessarte, **a Municipalidade roga a Vossa Excelência, sem prejuízo dos argumentos expostos no tópico anterior, que reduza o valor da multa, haja vista que essa importância, ainda mais nos moldes executados, compromete as finanças do Município de São Paulo e gera enriquecimento sem causa aos exequentes.** Além disso, ela onera de maneira excessiva a Fazenda Pública, e, por conseguinte, a sociedade paulistana que vai arcar com seu custo, isso em favor dos autores e seus advogados, ferindo, pois, o princípio do não enriquecimento sem causa e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Assim, aguarda-se, mesmo na remota hipótese de serem mantidos os absurdos termos inicial e final da multa, tal como indicados pelos exequentes, seja reduzido o valor da multa, inclusive sua periodicidade, de maneira a não ultrapassar 5% do valor final das astreintes executado.

DA CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, requer-se seja a presente petição recebida, a fim de que, a teor do artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil, seja considerado o **termo inicial de fluência da multa seja 20 de fevereiro de 2007**, correspondente ao 16º dia, da juntada do mandado de intimação, desde que útil, bem como o **termo final no dia 13 de abril de 2007**, quando a Municipalidade atendeu a decisão de fls. 788, comprovando o cumprimento da obrigação de fazer, eliminando-se o dolo dos exequentes e o conseqüente enriquecimento sem causa.

Sem prejuízo do requerimento acima, requer-se a redução do valor da multa diária a patamares mais proporcionais, em respeito às peculiaridades do caso.

De outra sorte, na mais remota hipótese de não serem acolhidas as premissas relacionadas aos termos inicial e final de incidência da multa, requer-se a redução do valor da multa ou até mesmo de sua periodicidade, a fim de não ultrapassar o percentual de 5% do montante executado a título de astreintes.

Por fim, requer-se que as publicações relativas ao presente feito sejam procedidas **em nome do subscritor das presentes razões**, bem como em nome da procuradora **ALINE ROCHA GORGA, OAB/SP n° 219.482**, com expressa menção à unidade lotação JUD-21, para fins de intimação dos atos processuais.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 7 de junho de 2010.

LUIZ GUILHERME DA CUNHA MELLO
Procurador do Município – JUD 21
OAB/SP n° 291.265



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008 – 0.224.372 - 6 em 05 / 03 / 2010 (a)_____

INDICIADO: HEDNILTON JOSÉ MARQUES BASTOS – RF n. 724.829.6-vínculo 1

ASSUNTO: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. Recebimento de vantagem indevida e advocacia administrativa: prestação, mediante remuneração, do serviço de plantio de mudas, referente ao cumprimento de Termo de Compensação Ambiental - TCA. Protocolização junto ao DEPAVE de declaração firmada pelo indiciado, como engenheiro agrônomo, relativa ao TCA. Procedimento irregular de natureza grave, recebimento de vantagem indevida e patrocínio de interesse privado perante a Administração Pública caracterizados. Voto no sentido da aplicação da pena de demissão a bem do serviço público ao indiciado.

**PROCED 111
Senhores comissários**

Em cumprimento ao despacho de fls. 277/278, reti-ratificado à fl. 290, instaurou-se **INQUÉRITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL** (fls. 294/297), contra o servidor público municipal **HEDNILTON JOSÉ MARQUES BASTOS – RF n. 724.829.6-vínculo 1**, com supedâneo nos artigos 207 e 209, §2º, ambos da Lei n. 8.989/79, c.c. o artigo 122, do Decreto n. 43.233/2003, imputando-lhe a autoria das seguintes condutas irregulares:

Entre junho de 2003 e agosto de 2004, o indiciado foi contratado pelos munícipes Marlene Braz Peres Kühnisch e Wilfried Alexander Kühnisch, para realização de serviço técnico de plantio de árvores, em cumprimento ao Termo de Compromisso Ambiental n. 009/2003 (fls. 02/06), lavrado em 27 de fevereiro de 2003 (DOC – 02 de abril de 2003) com as alterações estabelecidas pelo Termo Aditivo n. 01 (fls. 96/98), datado de 20 de maio de 2004 (DOC – 27 de maio de 2004).

Em contrapartida ao serviço supostamente prestado, nos dias 05 de agosto de 2004 e 06 de agosto de 2004, recebeu vantagem indevida dos referidos munícipes, no montante de R\$ 1.160,00 (hum mil e cento e sessenta reais), os quais foram creditados em sua conta corrente, por meio de transferências bancárias (fl. 135).

Ainda, em 06 de agosto de 2004, o indiciado, na condição de engenheiro agrônomo, patrocinou interesse particular perante a Administração Pública Municipal, ao encaminhar ao Coordenador do DEPAVE declaração falsa de plantio de 122 (cento e vinte e duas) mudas em área de competência da Subprefeitura de Campo Limpo, onde se encontrava lotado, instruída com fotografias do local (fls. 107/115), relativa ao TCA n. 009/2003 (fl. 106).

Conforme se depreende dos autos, após a lavratura do Termo de Compromisso Ambiental n. 009/2003, Marlene, com receio de plantar as 116 (cento e dezesseis) árvores em via pública, foi orientada pelo então Coordenador Geral de DEPAVE, Temístocles Cardoso Cristofaro, a procurar a Subprefeitura de Campo Limpo, visando solicitar a alteração do local do plantio.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008 – 0.224.372 - 6 em 05 / 03 / 2010 (a)_____

Na Subprefeitura de Campo Limpo, Marlene conversou com o indiciado, o qual revelou a existência de uma área de risco onde seria necessária cobertura vegetal.

Em 15 de maio de 2003 e 29 de setembro de 2003, a Supervisora de Serviços Públicos da Subprefeitura de Campo Limpo, Glória Maria Rodrigues Pereira, expediu ofícios, sugerindo a alteração dos locais de plantio de árvores, estabelecidos pelo TCA n. 006/2006 e pelo TCA n. 009/2003, para o Parque Arariba – Vila Caiz, com a finalidade de dar cumprimento ao Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado entre o Município e o MP/SP.

Acontece que consta dos autos do processo administrativo n. 2000-0.068.362-7 informação, fornecida pela servidora pública Glória Maria R. Pereira, sobre o plantio de mudas de árvores no Parque Arariba/Vila Caiz, já em fevereiro de 2003, referente ao termo de ajustamento de conduta supracitado.

Portanto, deve-se concluir que não ocorreu o plantio de árvores no Parque Arariba – Vila Caiz, em obediência ao estipulado no aditivo n. 01 ao TCA n. 009/2003.

Por fim, consoante se apurou, cumpre apenas ressaltar que nem sequer os 116 (cento e dezesseis) protetores metálicos foram entregues ao Viveiro Manequinho Lopes. Considerou-se inverídico o atestado de recebimento de lavra do ex-servidor público Temístocles Cardoso Cristofaro (fls. 117 e 146v).

Cópia do Termo de Compensação Ambiental n. 009/2003, datado de 27/02/2009, encontra-se encartada às fls. 02/06.

Comprovantes de pagamento dos protetores metálicos e das árvores estão juntados às fls. 54/55.

Ofícios expedidos pela servidora pública Glória Maria Rodrigues Pereira, solicitando a alteração de locais de obrigações estipuladas em termos de compensação ambiental podem ser consultados às fls. 84 e 89/90.

Cópia do Termo Aditivo n. 01 ao TCA n. 009/2003, com extrato publicado em 09/03/2004, foi devidamente encartada (fls. 96/99).

Declaração de plantio das árvores, subscrita pelo indiciado, datada de 06/08/2004 e endereçada ao DEPAVE, e fotografias para comprovação do adimplemento da prestação constam de fls. 106 e 107/115.

Manifestações de asserção do cumprimento de obrigações, relativas ao TCA n. 009/2003, estão consignadas nos documentos de fls. 117/119.

Certificado de recebimento provisório foi expedido em 23/11/2004, conforme fls. 120/121.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008 – 0.224.372 - 6 em 05 / 03 / 2010 (a)_____

Solicitação de emissão de certificado de recebimento definitivo, da lavra de Marlene Braz Peres Kuhnisch, foi juntado à fl. 122.

Informação a respeito da inexistência de entrega dos protetores metálicos segue à fl. 128.

Pedido de prorrogação de prazo de “comunique-se”, assinado por Mauro Mendes Rino, foi protocolizado em 31/08/2006.

Carta de Marlene Braz Peres Kuhnisch, de 14/12/2006, encontra-se às fls. 132/133.

Comprovante de depósito bancário para o indiciado está devidamente entranhado à fl. 135.

Laudo de vistoria segue encartado às fls. 163/164, instruído com fotografias (fls. 165/170).

Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado entre o MP/SP e a Municipalidade, referente à área de risco denominada Parque Arariba – Vila Caiz (fls. 184/187).

Informação da servidora pública Glória Maria Rodrigues Pereira no sentido do corte de mato e plantio de árvores no Parque Arariba relacionado ao TAC, em 12/02/2003 (fl. 193), com manifestação reiterando o exposto em 28/07/2003.

Recurso interposto por Marlene Braz Peres Kuhnisch contra multa imposta (fls. 224/225) pelo descumprimento do TCA n. 009/2003 (fls. 231/233).

Relatório apresentado pela Comissão de Apuração Preliminar pode ser consultado às fls. 240/249.

Informação do CREA-SP de que o indiciado encontra-se inscrito naquele órgão como engenheiro agrônomo (fl. 292).

O ofício expedido ao MP/SP, para análise de responsabilidade criminal, originou o Protocolado n. 114.680/2009.

Após lavratura do termo de indiciamento (fls. 294/297), o indiciado foi citado, em 06/11/2009 (fl. 301).

O indiciado foi interrogado e constituiu defensor (fls. 305/306 e 307).



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008 – 0.224.372 - 6 em 05 / 03 / 2010 (a)_____

Recibo apresentado pelo indiciado na audiência de interrogatório está juntado à fl. 308.

Prestaram depoimentos as seguintes testemunhas da comissão: Suzana Langona Cincoto Albertini (fls. 309/311); Antonio Gonçalves Figueira (fls. 312/316); Marlene Braz Perez Kuhnisch (fls. 317/320); Eveline Helena Palhoto dos Santos (fls. 324/326); Mauro Mendes Rino (fls. 327/328).

Ofício expedido pelo CREA-SP em que se informa a inexistência de ART expedida pelo indiciado de que conste como contratante Marlene Braz Peres Kuhnisch e/ou Wilfried Alexander Kuhnisch (fl. 335).

O pedido de prorrogação de prazo foi deferido por Sua Excelência o Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos (fls. 338/350).

Na fase do tríduo probatório, a defesa não requereu a produção de provas; apenas protestou, se necessário, pelo traslado de informações de processos paralelos em tramitação perante a Comissão Processante Permanente (fl. 351).

Em triagem final, solicitou-se a expedição de ofício a CIPP, para informação acerca do andamento do expediente (fl. 352v).

Juntaram-se aos autos cópias do Memorando n. 1000/Proced 1 e de fls. 343/405, relativas ao processo administrativo 2009-0.244.168-6, com esclarecimento à defesa de que os fatos neles noticiados não integravam o indiciamento (fls. 355/420).

Ofício do MP/SP no sentido de que o Protocolado n. 114.580/09 – PGJ, após análise do Promotor de Justiça, foi encaminhado ao DIPO para instauração de inquérito policial (fl. 423).

Realizou-se nova triagem final. (fl. 425).

Cumpriu-se a Ordem Interna n. 01/2005, de Proced – Gab (fls. 426/438).

A defesa apresentou razões finais, sustentando, em preliminar, a prescrição e cerceamento de defesa, e, no mérito, a inocência do indiciado.

É a síntese do necessário.

PRELIMINARES

I – Da inoccorrência da prescrição



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008 – 0.224.372 - 6 em 05 / 03 / 2010 (a)_____

A defesa alega que os fatos tornaram-se conhecidos pela Administração Pública em 2003, estando, por conseguinte, prescrita a pretensão punitiva, com fulcro no artigo 167, inciso II, do Decreto n. 43.233/2003.

Com efeito, em 2003, aconteceu tão-somente a subscrição do Termo de Compensação Ambiental n. 009/2003, o qual, ainda, foi aditado em 20/05/2004. Destarte, em 2003, não se tinha dado tampouco início ao cumprimento da obrigação.

E mais. O recebimento da vantagem indevida atribuída ao indiciado teria ocorrido em agosto de 2004, consoante demonstram os comprovantes bancários reproduzidos à fl. 135.

Outrossim, a declaração subscrita pelo indiciado, da mesma maneira, remete a agosto de 2004 (fl. 106).

Essas datas seriam o termo *a quo* do prazo prescricional, se a legislação municipal estabelecesse como seu início a data do fato; entretanto, o critério utilizado pela norma é outro: conhecimento do fato, nos termos do artigo 197 da Lei n. 8.989/79 e do artigo 168 do Decreto n. 43.233/2003.

Aliás, há Orientação Normativa (08-001.188-87*60 – PROCED), publicada em 03/11/87, no sentido de que: *O início do curso prescricional começa a contar do conhecimento de fato, ato ou conduta que já transparece como falta ou que possa, em razão das averiguações, ser caracterizada como falta.*

Desse modo, nos termos do artigo 196, inciso II, da Lei n. 8.989/79, e do artigo 167, inciso II, do Decreto n. 43.233/2003, como a pretensão punitiva, para o caso em exame, prescreve em 05 (cinco) anos, contados do conhecimento do fato, o qual seu deu durante o procedimento de apuração preliminar, iniciado em 30 de setembro de 2008, afasta-se a alegação da defesa.

II – Da inexistência de cerceamento de defesa

Sustenta a defesa que foram instaurados mais de um procedimento para apurar os mesmos fatos descritos no termo de indiciamento, o que resultou na impossibilidade do acusado de conhecer e se defender das acusações que em outros autos foram feitas contra a sua pessoa.

Além disso, argumenta que a junção de peças relativas ao “processo paralelo”, para instrução, sem que a respeito delas a defesa pudesse se pronunciar, constituiu em surpresa ao final do procedimento.

Ressaltou-se, ainda, nas razões finais, a diferença existente entre a denúncia e a instrução processual, conturbando o entendimento de alcance visado na imputação e



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008 – 0.224.372 - 6 em 05 / 03 / 2010 (a)_____

conseqüentemente o exercício da defesa.

Cumpra esclarecer que o desmembramento dos autos, com instauração de inquérito administrativo contra a servidora pública Glória Maria Rodrigues Pereira teve amparo tanto na diversidade da modalidade de procedimento a que estaria sujeito o indiciado quanto no disposto no artigo 123 do Decreto n. 43.233/2003. Note-se que a determinação do processamento do inquérito administrativo especial em autos apartados já consta do despacho de fls. 277/278.

Portanto, inexistiu “processo paralelo” para apuração de irregularidades praticadas pelo indiciado, mas sim inquérito administrativo instaurado nos autos do processo administrativo 2009-0.244.168-6 contra Glória Maria Rodrigues Pereiras, cujas imputações, inclusive, não são coincidentes com as formuladas em desfavor do indiciado.

Apenas durante a instrução do processo administrativo 2009-0.244.168-6, em que figura como indiciada a servidora pública Glória, foram realizadas a requisição de um processo administrativo (2003-0.122.906-2) e a oitiva de uma testemunha, ambas relacionadas ao TCA n. 06/2003, sendo que até aquele momento inexistiam indícios de participação do indiciado em irregularidades no cumprimento da obrigação naquele termo consignada.

Entretanto, consultado os autos do processo administrativo 2003-0.122.906-2 e ouvido o interessado no TCA n. 06/2003, despontaram indícios de infração disciplinar perpetrada pelo indiciado, não integrantes do indiciamento exarado no presente inquérito administrativo especial.

Diante disso, por dever de ofício, o Procurador Presidente expediu memorando a Proced-Gab, para análise e deliberação, nos autos do processo 2009-0.244.168-6.

Ciente informalmente do fato, na fase do tríduo probatório, a defesa protestou, se necessário, pelo traslado de peças de processos, que denominou como “paralelos” (fl. 351).

Posto isso, decidiu-se pela junção dos referidos documentos nos autos deste processo, com esteio no princípio da lealdade processual. Ademais, constou, de forma clara, no despacho que determinou o entranhamento, o esclarecimento de que os fatos neles noticiados não faziam parte, por ora, do indiciamento.

Causa estranheza que o encarte dos documentos, depois do protesto de traslado pela defesa, com a ressalva de que não constituía objeto do processo, tenha gerado o pedido de nulidade. Aliás, com a devida vênia, referida atitude viola o princípio da boa-fé objetiva (proibição de comportamento contraditório), aplicável ao direito processual.

Assim sendo, rechaçada a existência de “processo paralelo” e tendo sido a defesa cientificada de que os novos fatos revelados na instrução do processo 2009-0.244.168-6 não



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008 – 0.224.372 - 6 em 05 / 03 / 2010 (a)_____

integravam o indiciamento, impõe-se o não acolhimento do pedido de nulidade do feito, motivado por cerceamento de defesa.

MÉRITO

O indiciado é acusado de patrocinar interesse particular perante a Municipalidade e de ter recebido vantagem indevida.

Mais detalhadamente, consta da imputação que o indiciado foi contratado pelos interessados no TCA n. 009/2003 para realização de serviço técnico de plantio de árvores, recebendo em contrapartida o montante de R\$ 1.160,00 (um mil e cento e sessenta reais).

A alusão a serviço técnico justifica-se pelo fato do plantio de árvores ter sido seguida de manifestação, subscrita como engenheiro agrônomo, atestando o cumprimento da obrigação; ademais, o assunto nela indicado foi: Projeto de Compensação Ambiental (fl. 106).

Deve-se ressaltar que a Cláusula 7.3 do supracitado TCA estabelece que: *Os interessados indicarão um técnico responsável para acompanhamento dos compromissos junto a DEPAVE.*

Ainda, o indiciamento baseou-se na carta da interessada Marlene Braz Peres Kühnisch encaminhada a DEPAVE (fls. 132/133), bem como no recurso interposto junto a Secretaria do Verde e do Meio Ambiente (fls. 231/233), de que se depreendem menções ao serviço do indiciado relativo ao plantio de mudas, por R\$ 1.160,00 (um mil e cento e sessenta reais).

Interrogado, em síntese, o indiciado alegou:

Que tanto o indiciado quanto Wilfried são maçons da mesma potência; que, num “copo d’água”, isto é, numa refeição realizada após os trabalhos, foi-lhe apresentado, pelo venerável de sua ordem, o Sr. Wilfried; que referido munícipe relatou que estava com um problema; que precisava construir na região da Vila Andrada e tinha que realizar uma compensação ambiental; que ele buscava uma outra área para realizar o plantio das mudas; que não se lembra se, em princípio, conversou com a supervisora Glória sobre o Parque Arariba; que, entretanto, posteriormente conversou com ela, pois era necessária a autorização da Subprefeitura para que a compensação ambiental ocorresse no local; que a supervisora Glória concordou com a solicitação e expediu ofícios ao DEPAVE; que Marlene e Wilfried enviaram solicitação à Subprefeitura para que houvesse a colocação dessas mudas; que Wilfried já tinha conhecimento de que a Subprefeitura solicitaria alteração do plantio para o Parque Arariba; que à época dos fatos o indiciado era chefe da Unidade de Parques e Jardins da Subprefeitura de Campo Limpo (DAS 10); que era necessário o plantio de árvores no Parque Arariba; que a arborização realizada para cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Município e o MP/SP não foi suficiente para cobrir toda área com arvores; (...) que Marlene e Wilfried depositaram em sua conta corrente o valor de R\$ 1.160,00 para pagamento do plantio das árvores; que referida quantia era



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008 – 0.224.372 - 6 em 05 / 03 / 2010 (a)_____

destinada ao Sr. Antonio Figueira, o qual, além de ter fornecido as mudas, efetuou o plantio delas; que entregou o montante de R\$ 1.160,00 ao Sr. Antonio Figueira; que o dinheiro para pagamento do plantio das mudas foi depositado na sua conta, como garantia; (...) que, após ter constatado o plantio das árvores, entregou o dinheiro ao Sr. Antonio Figueira; que o indiciado é engenheiro agrônomo de formação, mas não atua fora da Prefeitura como tal; que em nenhum momento foi contratado ou elaborou projeto de compensação ambiental; que a declaração constante de fls. 106, que noticia o plantio das árvores, conforme TCA n. 009/2003, foi expedido pelo indiciado não como funcionário público, mas sim como engenheiro agrônomo (fls. 305/306).

Assim sendo, a versão do indiciado é de que prestou um simples favor aos interessados e o dinheiro, depositado em sua conta, destinava-se ao sr. Antonio Figueira.

Contudo, o indiciado omitiu como conheceu Marlene. Segundo a referida munícipe:

Que conversou com o coordenador do DEPAVE, Sr. Temístocles, o qual lhe informou que deveria procurar a Subprefeitura de Campo Limpo; que compareceu na Subprefeitura de Campo Limpo, onde foi atendida pelo indiciado Hednilton; que externou a Hednilton sua preocupação; que Hednilton, diante disso, disse a declarante que havia uma área de risco em que seria necessário o plantio de árvores; que foi também mencionado por Hednilton que a área era cercada; que a declarante tinha receio de plantar as mudas nas vias públicas devido ao lugar ser muito populoso e inexistirem árvores lá; que só conversou com Hednilton; que nem conhecia a indiciada Glória; que conheceu o indiciado Hednilton na Subprefeitura; que não procurou por Hednilton, quando esteve na Subprefeitura; que perguntou a respeito do servidor incumbido de assuntos pertinentes a árvores, sendo-lhe apresentado o indiciado Hednilton; (...) que, quando viu a assinatura de Hednilton, notou que ele era maçom; que revelou ao indiciado Hednilton que seu marido também é maçom e pediu a ajuda dele para solucionar a questão (fls. 317/318).

Desse modo, o indiciado teve o primeiro contato com Marlene, na Subprefeitura de Campo Limpo, em razão do cargo em que se encontrava investido, qual seja, Chefe da Unidade de Parques e Jardins da Subprefeitura de Campo Limpo.

Isto posto, convém verificar a “ajuda” prestada pelo indiciado no cumprimento do TCA.

A munícipe Marlene, em carta (fls. 132/133), asseverou que as mudas foram plantadas pelo indiciado a R\$ 10,00 (dez reais) cada, perfazendo R\$ 1.160,00 (um mil e cento e sessenta reais)

Além disso, Marlene, em recurso interposto contra aplicação de multa (fls. 232/233), reiterou que o dinheiro depositado na conta do indiciado objetivava o pagamento dos plantios das árvores.

Já em seu depoimento, perante a Comissão Processante Permanente, Marlene esclareceu que o dinheiro foi creditado na conta do indiciado, para pagamento dos prestadores do



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008 – 0.224.372 - 6 em 05 / 03 / 2010 (a)_____

serviço de plantio de mudas, os quais por ele teriam sido indicados:

Que Hednilton indicou o fornecedor das mudas e as pessoas para realização dos serviços; (...) que, no que se refere à compra das mudas, efetuou o pagamento diretamente ao Sr. Antonio Figueira; que o plantio das mudas foi realizado por um pessoal que o indiciado Hednilton indicou; que não sabe o nome das pessoas, porque não teve contato com elas; que o indiciado Hednilton estava ajudando e fez contato com essas pessoas; que, no entanto, perguntou a Hednilton se não seria possível que ele entregasse o dinheiro aos prestadores de serviço; que fez um depósito na conta de Hednilton para este fim (fls. 318/319).

O indiciado apontou Antonio Figueira como a pessoa que efetuou o plantio das mudas.

Diante disso, repare-se que não há coerência nenhuma na justificativa apresentada pelo indiciado de que o dinheiro se destinava ao sr. Antonio Figueira e foi depositado, em sua conta corrente, como garantia; pois, o pagamento das mudas, mediante crédito na conta desse, ocorreu em 11/08/2004 (fl. 55), enquanto que o depósito na conta do indiciado, para quitação do plantio, deu-se em 05/08/2004 e em 06/08/2004.

Ora, se a quitação das árvores ocorreu diretamente na conta bancária de Antonio Figueira, depois do plantio, pode-se afirmar que o pagamento do serviço também poderia acontecer dessa maneira.

Ademais, não se olvide que Antonio Figueira declarou que o plantio das mudas já estava incluído no preço das árvores:

Que além de vender as mudas também realiza o plantio; que já vendeu mudas para a Sra. Marlene; que vendeu, salvo engano, cada muda por dez reais; que vendeu 116 mudas e plantou 122 mudas; que deu seis mudas de brinde; que plantou as mudas no Parque Arariba; que não cobrou pelo plantio das mudas, o qual já estava incluído nos preços das mudas

No entanto, indagado sobre o preço recebido, Antonio Figueira disse:

que a Sra. Marlene fez o pagamento ao depoente à vista, em dinheiro; que a Sra. Marlene não fez nenhum depósito na conta do depoente; que o depoente não recebeu R\$ 1.755,00 por meio de depósito em conta bancária; (...) que recebeu R\$ 1.160,00 do indiciado Hednilton quando ele foi conferir o plantio das árvores (fls. 312/316).

Acontece que está encartado nos autos o comprovante de depósito na conta de Antonio Figueira no valor de R\$ 1.755,00 (um mil e setecentos e cinquenta e cinco reais), o qual fora fornecido por Marlene, cujos dados bancários foram reconhecidos por aquela testemunha (fl. 313).

Ora, se o plantio já estava incluso no preço das mudas, se não havia razão para o mero repasse de R\$ 1.160,00 (um mil e cento e sessenta reais) do indiciado para Antonio, como garantia,



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008 – 0.224.372 - 6 em 05 / 03 / 2010 (a)_____

conclui-se que esse valor não tinha por fim remunerar esta testemunha.

Nesse ponto, o depoimento da testemunha Antonio, repleto de incongruências, assim como o recibo de fl. 308, encontram-se em contradição com os demais elementos de prova, razão pela qual se afasta as alegações da defesa (fls. 445/446), em razões finais, amparadas nesses elementos de prova.

Logo, é evidente que Marlene desconhecia que o plantio das mudas já estava incluído no preço fornecido por Antonio Figueira e creditou a quantia na conta do indiciado, imaginado que seria repassada a prestadores de serviço.

Marlene foi vítima do esquema engendrado pelo indiciado. Pensou que ele apenas a ajudava, de forma desinteressada, quando, na verdade, o “favor”, até então considerado gratuito, tinha um custo: R\$ 1.160,00 (um mil e cento e sessenta reais).

Foi Antonio Figueira quem realizou o serviço de plantio, incluso no preço de R\$ 1.755,00 (um mil e setecentos e cinquenta e cinco) reais, nada mais recebendo por isso.

O indiciado conseguiu a alteração do local do cumprimento do TCA, por meio da supervisora Glória, indicou o fornecedor das mudas, acompanhou o seu plantio (fl. 314), tirou fotografias (fls. 108/115) e, na condição de engenheiro agrônomo, subscreveu declaração, endereçada ao DEPAVE, atestando a realização do plantio (fl. 106).

Não passou despercebido que, na declaração de fl. 106, o indiciado faz referência a Projeto de Compensação Ambiental, o que é explicável, diante da exigência do acompanhamento do TCA junto a DEPAVE por técnico responsável (Cláusula 7.3, fl. 05). A advocacia administrativa é incontestável.

No entanto, tudo isso teve um preço, como dito acima. Esse serviço, considerado técnico por envolver a sua atuação como engenheiro agrônomo, contou, sem o conhecimento dos interessados no TCA, com “honorários” no montante de R\$ 1.160,00 (um mil e cento e sessenta reais).

Assim sendo, apesar do indiciado não ter sido contratado para realização de serviço técnico de acompanhamento do plantio de mudas, patrocinou interesse particular perante a Administração Pública, conforme documento de fl. 106, recebendo vantagem indevida de R\$ 1.160,00 (um mil e cento e sessenta reais), ainda que os interessados no TCA desconhecêssem que o dinheiro não seria empregado para contratação de prestadores de serviço, mas sim incorporado ao patrimônio do indiciado.

Embora não tenha sido possível comprovar os plantios das árvores, não se pode



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008 – 0.224.372 - 6 em 05 / 03 / 2010 (a)_____

afirmar que não ocorreram, diante do reiterado depósito de entulho na área, segundo relato de Suzana Langona Cincoto Albertini, que realizou vistoria no Parque Arariba (fls. 309/311).

Destarte, a tese da defesa de que o indiciado não subscreveu declaração falsa não interfere na irregularidade perpetrada - advocacia administrativa - que está plenamente configurada, mesmo que se admita a veracidade da informação consignada à fl. 106 – plantios de 122 (cento e vinte e duas) árvores.

O indiciado recebeu vantagem indevida em razão da qualidade de funcionário público (artigo 189, inciso VI), já que o contato estabelecido com a interessada foi propiciado por essa condição (atendimento na Subprefeitura), e exerceu advocacia administrativa, ao firmar declaração endereçada ao DEPAVE, relativo a cumprimento de TCA (artigo 189, inciso IX).

Houve incursão em procedimento irregular de natureza grave, previsto no artigo 188, inciso III, ante a violação aos artigos 178, incisos III, XI e XII, e 179, *caput* e incisos III e VI, todos da Lei n. 8.989/79. É proibida toda ação ou omissão capaz de comprometer a dignidade e o decoro da função pública, especialmente, valer-se da qualidade de funcionário para obter proveito pessoal e constituir-se procurador de partes. O indiciado violou o dever de proceder, pública e particularmente, de forma que dignifique a função pública, estando sujeito à pena mais grave de demissão a bem do serviço público.

Por fim, visando debelar eventual dúvida, observa-se que a advocacia administrativa atribuída ao indiciado, neste feito, não se confunde com o delito de advocacia administrativa, crime contra a administração pública, previsto, como falta disciplinar vinculada, no artigo 189, inciso II, da Lei n. 8.989/79. Trata-se da advocacia administrativa entendida como ilícito administrativo disciplinar puro, que prescinde para subsistir da caracterização da infração penal.

Ante todo o exposto, sugiro a aplicação da pena de **DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO** ao indiciado **HEDNILTON JOSÉ MARQUES BASTOS – RF n. 724.829.6-vínculo 1**, com fulcro no artigo 93, inciso III, *a*, do Decreto n. 43.233/2003, por ter incorrido nos artigos 188, inciso III - por violação das normas proibitivas extraídas dos artigos 178, incisos III, XI e XII, e 179, *caput* e incisos III e VI - e 189, incisos VI e IX, todos da Lei n. 8.989/79.

É o que penso.

É como voto.

São Paulo, 05 de março de 2010.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008 – 0.224.372 - 6 em 05 / 03 / 2010 (a)_____

DANIEL GASPAR DE CARVALHO
Procurador Presidente - PROCED 111
RF 753.840.5.00 - OAB/SP 224.498