

ISSN 2594-3979



R E V I S T A D A
**ADVOCACIA
PÚBLICA
FEDERAL**

Vol. 2, 2018

Anafe
Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais

Revista da Advocacia Pública Federal

Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE)

CENTRO DE ESTUDOS

SHIS QL 24 Conjunto 3 Casa 1 – Lago Sul/DF

CEP: 71665-035

Telefone (61) 3326-1729

E-mail: atendimento@anafenacional.org.br

PRESIDENTE DA ANAFE

Marcelino Rodrigues Mendes Filho

VICE-PRESIDENTE

Rogério Filomeno Machado

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS

Flávio Mitsuyoshi Munakata

EDITOR-CHEFE

Grégore Moreira de Moura

VICE-EDITOR

Marcelo Kokke Gomes

ASSISTENTES EDITORIAIS

Gláucia Maria Alves Pereira

Maria Rejane Beserra Evaristo Lisboa

Roberta Mrad Maciel

DIAGRAMAÇÃO/CAPA

Renan Cerqueira Nunes

REVISÃO

Kelvia Teixeira

Rodrigo Barros Soares Walladares

341.05 Revista da Advocacia Pública Federal / Associação Nacional dos
R454 Advogados Públicos Federais. – Vol. 2, n. 2 (2018) – Brasília:
ANAFE, 2018-

Anual

ISSN 2594-3979

1. Advocacia Pública Federal - Periódicos. I. Associação Nacional
dos Advogados Públicos Federais (ANAFE).

COLEGIADO DA ANAFE - GESTÃO 2018 - 2020

DIRETORIA

Presidente

Marcelino Rodrigues Mendes Filho

Vice-Presidente

Rogério Filomeno Machado

Diretor de Assuntos do Aposentado e Pensionista

Eleno Coelho

Diretor de Assuntos e Relações Jurídicas

Rosemiro Salgado Canto Filho

Diretor de Assuntos Institucionais

José Júlio Cavalcanti de Albuquerque Avelino

Diretora de Assuntos Parlamentares

Christian Patricia da Silva Macola

Diretor de Centro de Estudos

Flávio Mitsuyoshi Munakata

Diretor de Comunicação Social

Wilson Marcelo Malchow Vedana

Diretor de Defesa das Prerrogativas

Wilson Marcelo Malchow Vedana

Diretora de Ética e Disciplina

Júlia Cardoso Rocha Saraiva Teixeira

Diretor Financeiro

Rogério Filomeno Machado

Diretora de Integração Social

Sebastiana de Araújo Rosa do Nascimento

CONSELHO FISCAL

Diogo Alvarez Tristão

Arlton Bonifácio Goes

José Machado Cardoso

Felipe Fossi Machado

COORDENAÇÃO DAS CARREIRAS

Advogado da União

Ricardo Wey Rodrigues

Procurador da Fazenda Nacional

Marcela Gonçalves Tavares

Procurador do Banco Central do Brasil

Calberto Coutinho da Costa

Procuradora Federal

Patrícia Rossato Nunes

COORDENAÇÃO DOS APOSENTADOS

Coordenadora da 1ª Região

Maria Auxiliadora Castro e Camargo

Coordenadora da 2ª Região

Marcia Ribeiro Paiva

Coordenadora da 3ª Região

Vera Lucia Franco de Lacerda Abreu

Coordenador da 4ª Região

Joel Carlos Lemos

Coordenador da 5ª Região

Mário Gomes de Lucena

Tiragem: 500 exemplares

Impressão: Coronário Editora Gráfica Ltda

CONSELHO EDITORIAL

– Grégoire Moreira de Moura

Editor-Chefe da Revista da Advocacia Pública Federal. Doutor em Direito Constitucional na UFMG. Mestre em Ciências Penais pela UFMG (2006). Ex-Diretor Nacional da Escola da Advocacia-Geral da União (2016/2017). Ex-Diretor Regional da Escola da AGU na 1ª Região (2006/2016). Atualmente, é Procurador Federal e Presidente da Comissão de Advocacia Pública Federal da OAB-MG. Professor em vários cursos de pós-graduação e cursos jurídicos. Autor do livro *Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal* (2014). Autor do Livro em co-autoria, *Criminologia da Não Cidade*, (2016). Autor de diversos artigos jurídicos e professor em vários cursos de pós-graduação e cursos jurídicos. autor do livro *Direito Constitucional Fraterno* da Editora D'Plácido (2018).

– Marcelo Kokke Gomes

Vice-Editor da Revista da Advocacia Pública Federal. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-Rio. Especialista em processo constitucional. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de Pós-graduação da PUC-MG. Professor colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União. Professor do IDDE – MG. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Membro da Comissão de Advocacia Pública Federal da OAB-MG

– Carlos Marden Coutinho

Pós-Doutorado em Direito na área de Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, (2015). Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG (2014). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2007). Especialização em Direito (Processo Civil) pela Universidade Federal do Ceará. Professor da graduação, especialização e do mestrado no Centro Universitário Christus – CE.

– Carlos Mário da Silva Velloso

Filósofo, escritor, Magistrado de carreira, jurista, foi ministro e presidente do Supremo Tribunal Federal. professor titular da Universidade de Brasília - UnB nos cursos de graduação e pós-graduação, regendo as cadeiras de Teoria Geral do Direito Público e Direito Constitucional. Doutor Honoris Causa pela Universidade de Craiova, Romênia (2001). Advogado.

– Cristina Silvia Alves Lourenço

Doutora em Direito Universidade Sevilha (2011). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (2004). Professora convidada do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professora de Direito Penal e Criminologia da Graduação e Pós Graduação em Direito do CESUPA e da Faculdade Estácio - FAP. Advogada.

– Denise Lucena Cavalcante

Pós-Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa - Portugal (2012). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Mestre em Direito pela UFC (1993). Especialização em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Salamanca-Espanha (2001) e pela Universidade Austral - Argentina (2004). Professora Associada IV da graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Ceará.



– **Gustavo Costa Nassif**

Pós-Doutorando em Direito na Universidade Nova de Lisboa. Doutor em Direito Público com a distinção Magna cum laude - PUC-MG. Mestrado em Direito Público - PUC-MG. Professor titular da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor convidado da Pós Graduação da Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo - TCE-MG.

– **Jefferson Carús Guedes**

Doutor em Direito das Relações Sociais (Processo Civil), com tese sobre a Igualdade e Desigualdade no Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/PUC-SP (2008), Mestre no mesmo Programa de Direito (2001) com dissertação sobre o Princípio da Oralidade. Possui Especialização em Processo Civil pela PUC-RS (1996). Professor na Graduação, na Pós-Graduação, no Mestrado e no Doutorado do UniCEUB - Brasília. Advogado da União desde 2000, exerceu funções de Procurador-Geral da União, de Procurador-Chefe Nacional do INSS, de Consultor Jurídico do Ministério da Previdência Social, de Diretor da Escola da AGU e Vice-Presidente Jurídico dos Correios.

– **José Henrique Mouta Araújo**

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (2006). Estágio de pós-doutoramento na faculdade de direito da Universidade de Lisboa (2009). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. É professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Procurador do Estado do Pará e advogado.

– **Juarez Freitas**

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Milano (2007). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC (1994). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS (1988). Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Mestrado e Doutorado) e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. É Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público.

– **Lênio Luiz Streck**

Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito - UNISINOS/UNESA. Foi Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado.

– **Lilian Rose Rocha**

Doutora em Direito e Relações Internacionais pelo UniCEUB. Doutora em Ciências e Tecnologias na Saúde pela UnB. Mestre em Desenvolvimento Sustentável pela UnB. Coordenadora Acadêmica do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC/UniCEUB, Coordenadora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do UniCEUB. Professora Associada do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Relações Internacionais no UniCEUB-DF.

– **Luis Cláudio Martins Araújo**

Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, com período sanduíche (Visiting Scholar) na University of Cambridge (Cambridge). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Especialista em International Environmental Law pelo United Nations Institute for Training and Research - UNITAR com extensão em Private International Law pela Hague Academy of International Law - HAIL e em International Law pela Organization of American States/Inter-American Juridical Committee - OAS/IAJC. Membro da Carreira de Advogado da União.

– Otávio Luiz Rodrigues Júnior

Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa (2011) e em Direito Privado Comparado (2012). Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2006). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (com louvor, 2001). É professor doutor do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo.

– Rodolfo Viana Pereira

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG.

– Rui Magalhães Piscitelli

Mestre em Direitos Fundamentais. Especialista em Finanças e em Processo Civil. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor de graduação e de pós-graduação em Direito Administrativo - IESB-DF. Professor conteudista em Direito Administrativo e Instrutor de Cursos fechados na área do Direito Público. Palestrante. Autor de diversas publicações na área do Direito Público.

– Thomas da Rosa de Bustamante

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2007), com período de investigação na University of Edinburgh, Reino Unido, como bolsista da CAPES. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2003). Atualmente, é Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, onde é membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito.

– Vincenzo Demetrio Florenzano

Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003). Especialização em regulação do sistema financeiro pela George Washington University. Graduação em Economia pela Universidade de São Paulo (1987), graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1995) e tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: análise econômica do direito, regulação, empresa, mercados, contratos, obrigações, sistema financeiro, responsabilidade civil, mercado de crédito, direito bancário, defesa do consumidor e defesa da concorrência.



PARECERISTAS

– Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires

Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2017). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2014). Especializanda em Direito Penal Econômico Aplicado pela Universidade de Caxias do Sul/Escola Superior da Magistratura Federal - ESMAFE (2016). Especialista em Direito Público pela Faculdade Meridional/Escola Superior da Magistratura Federal/RS (2009/2010). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1998). Exerce o cargo de Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região desde 2001. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Ciências Criminais, atuando nos seguintes temas: Direito Constitucional, Fundamentos do Direito Penal, Teoria Geral do Delito e Direito Penal Econômico.

– Amanda Eiras Testi

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) na área de concentração Constitucionalismo e Democracia. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho;

– André Luiz dos Santos Nakamura

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - aprovado com distinção e louvor - (2018), Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2012), Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo (2010) e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2002). Atualmente é Procurador do Estado de São Paulo, Professor na Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo, Professor titular na Universidade Paulista (UNIP) e Professor colaborador no Curso Ênfase. É membro do Conselho do Patrimônio Imobiliário da Secretaria de Governo do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: desapropriação, gestão de bens públicos, licitações, contratos administrativos, concessões de serviços públicos, parcerias público-privadas e Administração Pública Indireta.

– André Luiz Freitas Dias

Professor Doutor e pesquisador-extensionista do Departamento de Psicologia da Universidade Federal de Minas Gerais, desde 2004, realiza ainda trabalhos vinculados ao Programa de Extensão e Pesquisa Social Aplicada “Polos de Cidadania” da UFMG, no qual é membro da equipe de Coordenação Geral e Acadêmica; ao Programa de Pesquisa-Ação “Cidade e Alteridade”, como coordenador de pesquisas sobre processos de remoções, mobilidades forçadas e reassentamentos urbanos e rurais; e ao Núcleo de Ações e Pesquisa em Apoio Diagnóstico - NUPAD, Faculdade de Medicina, como pesquisador e avaliador de programas educativos relacionados à doença falciforme. Professor colaborador do Grupo Internacional de Investigación “Cultura, História y Estado” - GIRCHE, da Universidade de Barcelona tem como principais temas de interesse de pesquisa: A) Direitos Humanos, Cidadania e Saúde Urbana; B) Terrorismo de Estado e de Mercado; Remoções e Mobilidades Forçadas; Reassentamentos Urbanos e Rurais; C) Pesquisa-ação, Cartografia Social e Mediação de Conflitos Urbanos e Socioambientais; D) Planejamento e Avaliação de Projetos Sociais, de Educação e Extensão Universitária.

– André Luiz Silveira de Lima Júnior

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás - UFG. Advogado.

– Augusto Cezar Ferreira de Baraúna

Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Universidade Federal do Maranhão e Universidade Estadual do Maranhão. Advogado Militante.

– Brunna Laporte Cazabonnet

Doutoranda em ciências criminais pela PUC-RS; Mestra em ciências criminais pela PUC-RS; Especialista em ciências penais pela PUC-RS. Professora de processo penal e direito penal pela URCAMP - Campus São Gabriel e Alegrete e Faculdade de Direito UNIFIN.

– Bruno Costa Marinho

Doutorando em Propriedade Intelectual e Inovação pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2016). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2006) e em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras (1999). Especialista em Gestão da Inovação pela Universidade de Linköping - Suécia (2015), em Coordenação Pedagógica pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (2007), em Ciências Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (2007), em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco (2009) e em Direito Ambiental pela Universidade Estácio de Sá (2015). Atuou como Assessor Jurídico do Comando Militar da Amazônia de setembro de 2008 a dezembro de 2010 e entre fevereiro de 2013 e março de 2015. Atuou como Chefe da Seção Técnica de Ensino e da Seção de Pós-Graduação da Escola de Artilharia de Costa e Antiaérea do Exército Brasileiro no ano de 2011 e como Chefe da Seção de Ensino à Distância da Escola de Artilharia de Costa e Antiaérea do Exército Brasileiro no ano de 2012. Atualmente, é adjunto da Seção de Gestão da Propriedade Intelectual da Agência de Gestão e Inovação Tecnológica do Exército Brasileiro.

– Carla Izolda Fiuza Costa Marshall

Doutora em Direito Econômico pela UGF, Professora Titular de Direito Empresarial, Coordenadora de Grupos de Pesquisa em Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável e em Direito do Petróleo, autora de diversas obras nas áreas de Direito Empresarial, Societário, do Petróleo, Constitucional Econômico e Regulatório, Procuradora Federal aposentada.

– Carmen Lucia Sarmento Pimenta

Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS. Mestre em Direito Internacional pela UNISANTOS (2014). Pós-graduada (*Lato Sensu*) em Direito Marítimo e Portuário pela UNISANTOS (2014), em Direito Notarial e Registral pela ANOREG/UNIFAMMA (2010) e em Direito Processual Civil, pela Universidade Cândido Mendes - UCAM (2008). Possui graduação em DIREITO pela Universidade Gama Filho - UGF (2006) e em Música Sacra pelo Seminário Teológico Batista do Sul do Brasil - STBSB (1994). Professora Pesquisadora na Aix-Marseille Université - França e na Universidade Carlos III - Madri (Espanha, 2016). Pesquisadora CAPES em Direito Ambiental, Marítimo e do Mar. Co-Titular do escritório jurídico Matusalém Pimenta Advogados Associados no Rio de Janeiro e Vice-presidente da Comissão de Direito Marítimo e Portuário da 57ª Subseção da OAB/RJ. Professora de Direito Marítimo da Pós-graduação em Direito Marítimo e Portuário da *Maritime Law Academy*, UERJ, UNISANTOS, Faculdade Redentor/RJ, ESA-OAB/RJ e de Responsabilidade Civil na Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil da Estácio - Cabo Frio/RJ. Professora convidada da Universidad Carlos III de Madri (Espanha). Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional - ABDI, da Associação Brasileira de Direito do Mar - ABDMAR - e da Associação Brasileira de Direito Marítimo - ABDM.

– **Celso Jefferson Messias Paganelli**

Doutor em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim (2009). Atualmente é professor de Direito na pós-graduação da Projuris-FIO em Ourinhos/SP. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Digital e Direito Constitucional, atuando principalmente como advogado e docente. Tem vasta experiência com informática, possuindo mais de 30 certificações da Microsoft e diversos títulos, entre eles MCSE, MCSA, MCPD, MCTS, MCSA: Messaging, MCDBA e MCAD. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais, sendo diretor e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino e membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Direito do Projuris.

– **Ciro Di Benatti Galvão**

Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa - UL. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. Membro da Academia Barbacenense de Ciências Jurídicas - ABCJ. Conselheiro Editorial da RPGMJF.

– **Clóvis Marinho de Barros Falcão**

Graduação (2005), mestrado (2008) e doutorado (2013) em direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal de Sergipe (graduação e mestrado) desde 2015.

– **Cristiano Aparecido Quinaia**

Mestre em Direito - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pelo Centro Universitário de Bauru, São Paulo. Advogado.

– **Daniel Giotti de Paula**

Doutorando em Direito (Conceito CAPES 4) pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ. Mestrado em Direito (Conceito CAPES 4) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-Rio. Especialização em Direito Econômico e Empresarial. Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Filosofia do Direito, Direito Financeiro, Teoria do Direito e Direito Tributário. Procurador da Fazenda Nacional em Itaboraí.

– **Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis**

Instituição de ensino na qual é filiado: Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP e Universidade de São Paulo - USP. Advogado, Doutor, Mestre e Graduado pela Faculdade de Direito da USP. Professor da Universidade de São Paulo - FDRP/USP e do Instituto Brasiliense de Direito Público - EDB/IDP.

– **Daniela Bucci**

Doutora e Mestra pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professora Titular de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional. Coordenadora do Observatório de Violação dos Direitos Humanos do Grande ABC – ODHUSCS. Professora Pesquisadora Líder do Núcleo de Estudos de Direitos Humanos - NEDH-USCS. Professora Pesquisadora do Núcleo de Estudos de Tribunais Internacionais da USP - NETI/USP.

– **Eugênio Gonzalez Cação**

Mestrando em direito a saúde , pós graduação lato sensu em cirurgia plástica, membro titular da sociedade brasileira de cirurgia plástica, membro da Comissão Nacional para obtenção do título de especialista em cirurgia plástica, diretor científico do serviço de especialização em cirurgia plástica Dr. Osvaldo Saldanha, servidor público de Cubatão, servidor publico da cidade de Santos.

– Evinis da Silveira Talon

Fundador e Presidente do International Center for Criminal Studies (ICCS), Professor na Pós-graduação de Advocacia Criminal na Unisc/RS, em convênio com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Escola Nacional de Advocacia. Professor na Pós-graduação de Advocacia Penal Empresarial na Unisc/RS, em convênio com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Escola Nacional de Advocacia. Professor na Pós-graduação de Direito Processual Constitucional na Unisc/RS, em convênio com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Escola Nacional de Advocacia. Professor na Pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal na UniRitter/RS (campus Exclusivo). Professor na Pós-graduação em Direito Penal com ênfase em segurança pública na UniRitter/RS (campus Canoas). Professor de Direito Penal na Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal no Centro Universitário Fluminense - UNIFLU/RJ. Mestre em Direito pela UNISC/RS. Mestrando em Direito Desportivo pela Universidade de Valência (Espanha). Especialista em Filosofia, Sociologia, Direito Constitucional e Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho/RJ. Pós-graduado em Processo Penal pela Universidade de Coimbra (Portugal). Ex-professor de Direito Penal I da Faculdade Dom Alberto/RS. Ex-Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul (2012-2015). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais e da Comissão Especial de Segurança Pública e Política Criminal da OAB/RS. Secretário-Adjunto da ACRIERGS (Associação dos Advogados Criminalistas do Estado do Rio Grande do Sul). Tem experiência em Direito Público, especialmente direitos fundamentais, democracia, constitucionalismo contemporâneo e hermenêutica, assim como em Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Execução Penal. É advogado, consultor e parecerista em Porto Alegre/RS. Autor de inúmeros livros e artigos.

– Ewerton Ricardo Messias

Doutorando em Direito pela Universidade de Marília. É Mestre em Direito pela Universidade de Marília (2014). Possui graduação em Direito (2008) e especialização “*lato sensu*” em Direito e Gestão Ambiental (2010). Professor nos cursos de Direito e Administração de Empresas na Universidade de Marília; Membro da comissão de julgamento de processos administrativos em 1ª Instância e Agente de Conciliação Ambiental da Secretaria Estadual de Meio Ambiente do Estado de São Paulo; Membro titular da plenária do Comitê de Bacias Hidrográficas dos Rios Aguapeí e Peixe; Membro do Conselho Municipal do Meio Ambiente e desenvolvimento de Marília/SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental. É Oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo, graduação obtida através do Curso de Formação de Oficiais pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco (2003). Atualmente, é Comandante da 4ª Companhia de Polícia Militar Ambiental – Marília.

– Fábio Luiz Bragança Ferreira

Mestre e Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. Dedicar-se a pesquisar, principalmente, constitucionalismo, hermenêutica e teoria da decisão sob a perspectiva do direito constitucional e direito processual civil. É advogado militante no Distrito Federal, inscrito na OAB-DF.

– Gabriel Webber Ziero

Doutorando em Direito na Universidade Roma Tre - ITA na linha e pesquisa: Discipline giuridiche storico-filosofiche, internazionali, sovranazionali e comparate. Mestre em Direito pelo Programa em Estudos Avançados (Adv. LL.M.) em Direito Internacional Público, linha de pesquisa: Justiça, Paz e Desenvolvimento da Universidade de Leiden (reconhecido no Brasil pela Universidade Federal de Minas Gerais). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Metodista, IPA. Atualmente, é membro da Transatlantic Doctoral Academy on Business, Economics & Ethics (Universität St. Gallen), vinculado ao grupo de pesquisa *Justice globale: Développement, Droits humains et Droit de la Reconnaissance: approches critiques et renouvelées* (Institut d'Études Politiques de Paris). Membro do corpo de rapporteurs da Oxford Database sobre Organizações Internacionais (Oxford University Press e Universidade de Manchester).

– Gustavo da Silva Santanna

Doutorando e Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Direito Público. Procurador do Município de Alvorada/RS. Professor da IMED e FADERGS. Professor convidado do curso de pós-graduação em Direito do Estado da UFRGS. Coordenador do Curso de Direito da Empresa SAGAH.

– **Homero Chiaraba Gouveia**

Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Mestrado em Direito pelo mesmo programa; Especialização em Democracia, República e Movimentos Sociais pelo Programa Formação de Conselheiros Nacionais, vinculado ao Departamento de Ciência Política da Universidade Federal da Minas Gerais - UFMG; e em Direito Tributário, pela UFBA. Graduação em Direito, foi concluída também na UFBA. Atualmente, é professor substituto UFB, lecionando Trabalho de Conclusão de Curso I e componentes propedêuticos; e professor parcial na Faculdade 2 de Julho. Participante do “Grupo de leitura de Hans Kelsen” que conta com a participação de discentes e docentes da Faculdade 2 de Julho e da Universidade Federal da Bahia. Colaborador dos trabalhos do Observatório da Cidadania. Editor-chefe da Revista Independência, e participa do corpo editorial da Revista Jurídica. É coordenador técnico da Editora Faculdade 2 de Julho, ainda em fase de implementação. Atua como consultor de metodologia da pós do projeto de resgate do Memorial Josaphat Marinho na Faculdade 2 de Julho. Atualmente, está focado na teoria do direito e na metodologia científica, em decorrência da atuação docente. Porém, tem transitado entre os estudos da constituição, da democracia e da fiscalidade, nunca perdendo de vista a educação e a cidadania como temas transversais nos estudos.

– **Icaro Demarchi Araujo Leite**

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2015) e pela Faculdade de Direito da Alma Mater Studiorum Università di Bologna (2015). Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2011). Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2006), habilitação em Direito de Empresa (Administração Empresarial e Tributária) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2006). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, Direito Econômico, Recuperação Judicial e Falências, Direito Comercial, Direito Internacional Público e Privado, Mercado de Capitais, Contencioso Cível e Direito Securitário.

– **Juliana Diniz Fonseca Corvino**

Pós-doutoranda em Direito PUC/RJ; Doutora Ciência Política UCAM/Iuperj; Mestra em Direito pela UGF; Graduação Direito UGF; Especialista Direito Médico Uerj; Graduação Letras UFV; Graduação Fisioterapia UGF; Especialista Fisioterapia Hospitalar EMESCAM.

– **Júlio César de Lima Ribeiro**

Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Estadual Paulista - UNESP (2011). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP (2007). Professor de Direito Civil e Processual Civil, Fundamentos Jurídicos e Direito Empresarial. Advogado militante. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Empresarial.

– **Leonardo de Paula**

Doutorando em Direito do Estado na UFPR; Mestre em Direito Público Evolução Social na UNESA-RJ; Especialista em Penal e Processo Penal, Especialista em Docência do Ensino Superior. Advogado no escritório Gamil Foppel Advogados Associados.

– **Leonardo Gomes de Aquino**

Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito Empresarial. Pós-graduado em Ciências Jurídico Empresariais. Pós-graduado em Ciências Jurídico Processuais. Especialização em Docência do Ensino Superior. Autor na área jurídica, Articulista em diversas revistas nacionais e internacionais. Conferencista. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial, atuando principalmente no seguinte tema: Direito Societário; Contratos Mercantis; Propriedade Intelectual, Títulos de Crédito; Falimentar; e Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem. Professor de Direito no sistema presencial e no semi-presencial (Ensino à Distância). Membro da Rede Internacional de Juristas. Colaborador na Rádio Justiça. Membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/DF. Presidente da Comissão Nacional de Direito Empresarial da ABA. Advogado.

– Leonardo Vizeu Figueiredo

Professor Universitário de Graduação em Direito das Faculdades Integradas Hélio Alonso, de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas-RJ. Membro da Advocacia-Geral da União. Presidente da Comissão de Direito Constitucional da Seccional do Estado do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro das Comissões de Estágio, Relações Internacionais e Relações Institucionais da Seccional do Estado do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil. Notório Saber Jurídica em Direito Econômico, com ênfase em regulação de mercados e experiência profissional junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar e Comissão de Valores Mobiliários. Ex-professor de Graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense e Universidade Federal do Rio de Janeiro. Autor de diversas obras jurídicas, consagradas no meio acadêmico.

– Liliane Vieira Martins Leal

Doutora em Ciências Ambientais (UFG). mestre em Filosofia (UFG). Professora Adjunta, Curso de Direito, Universidade Federal de Goiás/Regional Jataí;

– Luiz Gustavo Levate

Pós-Doutor em Direito Público na Universidade de Santiago de Compostela (2018). Doutor em Direito Constitucional pela PUC-RIO (2016). Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela ESDHC (2012). Especialista em Direito Público (Unigranrio 2005) Especialista em Direito Público Municipal (IEC/PUC-Minas 2008). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2002). Atualmente é Procurador do Município de Belo Horizonte-MG, exercendo o cargo de Procurador-Chefe do Departamento de Execuções Fiscais da PGM/BH, Professor de Processo Civil da Escola Superior Dom Helder Câmara, ESDHC, BRASIL. Membro do conselho editorial e executivo da Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte. É coautor do livro Lei de Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência (Editora Fórum). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direito Tributário e Direito Administrativo.

– Magno Federici Gomes

Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável - REGA/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade - CEDIS/FCT-PT e Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas - NEGESP.

– Marcelly Fuzaro Gullo

Doutoranda em Ciências Jurídico-Econômicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC (Portugal), Mestre em Direito na Universidade Estadual Paulista - UNESP, Graduada em Direito na Faculdade de Direito de Franca - FDF, Graduada em Relações Internacionais na Universidade Estadual Paulista - UNESP. Professora Universitária. Advogada militante.

– Marcelo Veiga Franco

Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, com período sanduíche como visiting scholar na Universidade de Madison-Wisconsin - UW, localizada nos Estados Unidos da América (EUA). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Especialista em Direito Público pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático, em parceria com o Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Especialista em Direito Tributário pela PUC-MG. Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Procurador do Município de Belo Horizonte/MG. Advogado. Sócio-fundador da Sociedade de Advogados Franco, Faria, Pereira & Pérez. Diretor Científico do Instituto de Direito Processual - IDPro. Parecerista do periódico Revista dos Tribunais da Editora

Revista dos Tribunais/Thomson Reuters (estrato Qualis CAPES B1). Membro do Conselho de Procuradores da PGM-BH. Associado efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais - IAMG. Ex-Diretor Técnico-Jurídico da Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte - APROM-BH.

- Matheus Farinhas Oliveira

Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense desde 2015 (PPGDC/UFF). Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes. Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito Internacional (SLADI). Pesquisas nas áreas de Filosofia do Direito, Direito Constitucional, Direito Internacional Público, História do direito, Teoria do Estado e Teoria do Direito;

- Michael César Silva

Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC-MG. Especialista em Direito de Empresa pelo IEC - PUC-MG. Professor de Direito na Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (graduação) e na Escola Superior Dom Helder Câmara (graduação convencional e curso direito integral). Advogado; Autor de livros na área do Direito; Autor de artigos jurídicos em revistas especializadas nacionais e internacionais; Palestrante; Avaliador e Parecerista de Projetos de Pesquisa e Artigos Jurídicos; Editor de Revistas Jurídicas; Orientador de Projeto de Iniciação Científica; Líder de Pesquisa – Grupos de Pesquisa.

- Michelle Soares Garcia

Mestre em Direito Constitucional pela FDUC. Doutoranda em Direito Público pela FDUC. Pesquisadora da Universidade de Gênova. Professora do Centro Universitário São Lucas – UniSL.

- Moisés Saraiva de Luna

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri - URCA (2014). Graduado na Universidade Regional do Cariri - URCA (2012). Foi membro do Centro Acadêmico Professor Luiz de Borba Maranhão - CALUBOM na gestão “Para fazer acontecer (2010-2011)”, membro das Comissões Organizadoras da XIII a XVIII Semana de Direito da URCA, do I Seminário de Estudos Jurídicos da URCA e do I ao III Encontro de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais. É professor temporário da Unidade Descentralizada de Iguatu (UDI), onde leciona disciplinas nos cursos de Direito e Enfermagem. É pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais - GEDHUF e membro do Grupo de Estudo Retórica, Hermenêutica e Direitos Humanos (UFPB). Editor Assistente da Revista Direito e Dialogicidade, do Departamento de Direito da URCA.

- Monica Sapucaia Machado

Doutoranda e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, (conceito CAPES 5), possui Pós-Graduação em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (2008) e Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2005). Está vinculada ao Grupo de Estudos Mulher, Sociedade e Direitos Humanos da Universidade Presbiteriana Mackenzie e é membro da coordenação acadêmica do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas-SP (GVlaw).

- Paulo Fernando de Mello Franco

Doutorando em Direito na modalidade Sanduíche pela Universidade do Vigo - UVIGO. Doutorando em Direito e Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO (2015). Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - Centro (2011). Ex-Procurador da Caixa Econômica Federal - CEF. Professor de Direito Civil, Processual Civil e Econômico em Cursos de Graduação e de Pós-Graduação. Professor Substituto de Direito Civil na Universidade Federal Fluminense - UFF. Tem experiência e interesse na área de Direito Público e Privado, com ênfase em Direito Administrativo, Econômico, Processual Civil e Civil.

- Paulo Fernando Soares Pereira

Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA (2014), onde desenvolveu pesquisa sobre o direito ao desenvolvimento cultural, a necessidade de fortalecimento da sociedade civil local e a desburocratização das políticas patrimoniais, como forma de evitar a judicialização excessiva das questões que envolvem o patrimônio cultural imobiliário no Centro Histórico de São Luís/MA. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima - UFRR (2006). É membro da Advocacia Geral da União - AGU (Procurador Federal com exercício no Estado do Maranhão) e costuma atuar em questões envolvendo a implementação de Políticas Públicas Federais, especialmente aquelas que dizem respeito aos direitos à educação (acesso, permanência e sistema de cotas), saúde (acesso ao SUS, através de hospitais universitários), cultura (defesa do patrimônio cultural edificado do Centro Histórico de São Luís/MA e outras questões culturais), ambiental, mineral, reforma agrária, infraestrutura, regulação e responsabilidade civil da Administração Pública Federal Indireta, através da atuação em processos judiciais individuais e coletivos. Professor Universitário;

- Pedro Rafael Malveira Deocleciano

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá (Unicatólica) – Advogado.

- Raphael Greco Bandeira

Parecerista em todas as disciplinas na Revista da AGU. Doutor em Democracia, Constituição e Estado - UnB. Mestre em Filosofia Ética e Política - UnB. Especialista em Direito Administrativo aplicado à Prática - Cead-EAGU/UnB. Coach pela Sociedade Brasileira de Coaching. Professor nas disciplinas de Graduação: Modelos e Paradigmas, Hermenêutica, Filosofia do Direito, Filosofia Geral e Jurídica, Direito Administrativo (Pós em matéria não jurídica), História do Direito e Sociologia Geral e Jurídica. Coordenador na Disciplina “Teoria da Argumentação e Redação Oficial” em EAD moodle pela Escola da AGU. Coordenador na edição da Revista de Constituição e Biopolítica pelas Publicações Especiais da EAGU.

- Roberto da Freiria Estevão

Professor do curso de direito (desde 1997) no Centro universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, no qual é vice-líder do grupo de pesquisa difuso (direitos fundamentais sociais); mestre em direito pelo UNIVEM (2006) e Doutor em ciências sociais pela UNESP - Marília (2017); membro do Ministério Público do estado de São Paulo - Procurador de Justiça aposentado.

- Rodrigo Araújo Ribeiro

Procurador Federal - Responsável pela Direção da Escola da AGU no Estado de MG;

- Rubén Miranda Gonçalves

Profesor de Derecho Administrativo en el Máster de Abogacía. Universidad Europea de Madrid. Profesor en el Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales. Universidad de Santiago de Compostela. Doctorando en Derecho Administrativo. Universidad de Santiago de Compostela. Máster en Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela. Licenciado en Derecho, con grado, sobresaliente. Universidad de Santiago de Compostela. Diplomado en Estudios de la Defensa Nacional, Universidad de Santiago de Compostela - CESEDEN.

- Ruth Maria Pereira dos Santos

Doutoranda em Direito, com especialização em Ciências Jurídico-Internacional e Europeia, na Universidade de Lisboa (Portugal). Possui mestrado em Direito Internacional (2013), com ênfase em sistemas regionais de integração, no Centro Universitário de Brasília - UniCeub e graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCeub - 2009. É também Pesquisadora da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Nível Superior - CAPES e

Pesquisadora Voluntária do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade - CEDIS, no grupo de pesquisa sobre Direito, Política e Participação, como Coordenadora no subgrupo de pesquisa “Novos desafios do Direito Internacional Econômico”. É ainda consultora na RMCA Consultoria Acadêmica. Tem larga experiência como advogada nas áreas cível, societária e econômica, internacional e direito do consumo.

– Serguei Aily Franco de Camargo

Pós-doutorado em Ecologia pelo NEPAM/UNICAMP (2004), pós-doutorado em Ecologia pela UNESP-IB - Rio Claro (2012) e Pós-doutorado em Agroecologia pela UERR (2017). Doutorado em Aqüicultura em Águas Continentais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002), mestrado em Conservação e Manejo de Recursos, área de concentração Gestão Integrada de Recursos, pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1998). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1992). Atualmente, é professor Titular I, em regime de tempo parcial, do Centro Universitário Estácio Atual (antiga Faculdade Estácio Atual - Boa Vista, RR), junto ao Curso de Graduação em Direito e professor horista das Faculdades Cathedral de Boa Vista, junto aos cursos de Direito e Psicologia. É também Assessor Jurídico de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Roraima, atuando na área Cível. Foi Professor Visitante junto a Universidade Federal de Roraima, atuando junto ao Núcleo de Estudos Comparados da Amazônia e do Caribe - NECAR e ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Amazônia (entre 02/2013 e 05/2014), encontrando-se atualmente vinculado como Professor Colaborador (voluntário) no mesmo centro. Foi professor Adjunto I do Departamento de Direito da Universidade Nilton Lins (2009-2013) e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Aqüicultura da mesma Universidade, onde exerceu o cargo de Coordenador de Pesquisa da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação (entre 05/2012 e 10/2012). Foi professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (até dezembro de 2012, na qualidade de colaborador entre julho e dezembro do mesmo ano), onde exerceu a função de Coordenador (entre 07/2009 e 01/2012) acumulando, na mesma época, a função de editor da Revista Hiléia (1679-9321). Atualmente, é parecerista ad hoc dos Cadernos de Direito UNIMEP (1676-529X), Revista Acta Amazonica (0044-5967), da Revista Veredas do Direito (2179-8699), da revista Neotropical Ichthyology (1679-6225), do Journal of Scientific Research and Reports (2320/0227), (da Revista Universitas Scientiarum (0122-7483), da Revista de La Asociación Colombiana de Ictiólogos - DAHLIA (0122-9982), do Boletim do Instituto de Pesca (0046-9939/impresso e 1678-2305/virtual), da EDUSP e de diversas revistas internacionais. Tem experiência nas áreas de Direito e Ecologia, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: direito ambiental, direito indígena, ecologia humana e Amazônia.

- Silvio Marques Garcia

Procurador Federal. Professor de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito de Franca. Doutorando em Direito (PUC/SP). Mestre em Direito (Unesp). Especialista em Direito Público (UNB/EAGU);

– Sônia Aparecida de Carvalho

Doutoranda em Direito pela UNIVALI - SC e Doctoranda en Derecho pela Universidad de Alicante, na Espanha, com período sanduíche e dupla titulação pela Universidad de Alicante, na Espanha. Mestre em Direito pela UNISC - RS. Especialista em Direito Ambiental, Direito Previdenciário e Direito do Trabalho pela UNOPAR - PR. Graduada em Direito pela UPF - RS. Professora e Pesquisadora na UPF.

– Tanise Zago Thomasi

Doutoranda em direito pelo UNICEUB; Mestre em direito pela UCS; graduada em direito pela UCPEL; Professora universitária na UNIT.

- Tayane Rogéria Lino

Professora no Centro Universitário UNA e doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal de Minas Gerais (2015). Possui graduação em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (2011) e mestrado em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014). É integrante do Núcleo

de Ensino, Pesquisa e Extensão Conexões de Saberes/FAFICH/UFMG. Compõe o colegiado gestor da regional Minas Gerais da Associação Brasileira de Psicologia Social (2018). Foi vice-coordenadora do Instituto Mineiro de Saúde mental e Social - Instituto ALBAM. Tem experiência na área de Psicologia, com ênfase em Psicologia Social e Política. Tem experiência na área de Direitos Humanos, educação, metodologias inovadoras, questões de gênero, raça e sexualidade.

– Tédney Moreira da Silva

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Filosofia pela Universidade São Judas Tadeu. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: criminologia, dogmática penal e execução penal. Desenvolve, também, pesquisas na temática indígena, com especial relevo à consolidação de direitos étnicos. Membro do Grupo de Pesquisas de Direitos Étnicos Moitará e do Grupo de Pesquisas em Teoria do Delito e Cidadania Modernas Tendências da Teoria do Delito, cadastrados ambos no CNPq.

– Thiago Santos Aguiar de Pádua

Doutorando e mestre pelo UNICEUB; Foi assessor de Ministro do STF; Advogado. Professor de direito civil e Constitucional.

– Valdirene Ribeiro de Souza Falcão

Doutora pela Universidade de São Paulo (2014). Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Especialização em Direito Público (1999/2000), pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/Escola da Magistratura da 3ª Região. Membro do Conselho Consultivo da Revista do Conselho de Estudos Judiciários/Conselho da Justiça Federal; Membro do Instituto Pimenta Bueno; da Associação Brasileira dos Constitucionalistas; Membro revisor *ad hoc* da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro; Parecerista da Revista da AGU. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional. Professora assistente da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie em Campinas; Juíza Federal na 3ª Região - Tribunal Regional Federal, São Paulo – SP.

– Wagner Wilson Deiró Gundim

Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Prática Penal da Faculdade de Direito da Universidade Anhembi Morumbi. Foi Líder da Comissão de Eventos da Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Atualmente, é advogado com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público (Constitucional, administrativo e penal) e Direito Privado. Professor da Universidade Anhembi Morumbi nas disciplinas de Direito Penal, Processo Penal, Prática Penal e Prática Civil.

– Wassila Caleiro Abbud

Doutoranda e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP; Graduada em Direito pela UNESP, com habilitação em Direito, Estado e Sociedade. Membro efetiva da Comissão de Estudos de Combate à Corrupção e Improbidade Administrativa do Conselho Seccional da OAB/SP. Revisora de periódicos (parecerista *ad hoc*). Advogada na área de Direito Público.



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Marcelino Rodrigues Mendes Filho	23
--	----

EDITORIAL

Grégore Moreira de Moura	25
--------------------------------	----

ARTIGO DE AUTOR CONVIDADO

Certezza del Diritto e Diritto Costituzionale.

Comparazioni Diacroniche e Sincroniche sui Testi Normativi

Lucio Pegoraro	28
----------------------	----

ARTIGO TRADUZIDO

O Esplendor da Justiça: Sobre a Filosofia Jurídica “Menor” de Franz Kafka

The Radiance of Justice: on the Minor Jurisprudence of Franz Kafka

Panu Minkkinen	54
----------------------	----

ARTIGOS

Desastres Ambientais e o Papel do Direito

Environmental Disasters and the Role of Law

Marcelo Kokke	73
---------------------	----

O Nepotismo Revisitado: Interpretação e Reinterpretação da Súmula Vinculante 13 do STF

The Revisited Nepotism: Interpretation and Reinterpretation of Binding Legal Precedent 13 of the Brazilian Federal Supreme Court – STF

Flávio Matioli Veríssimo Silva e Maria Carolina Beltrão Sampaio Matioli	90
---	----



A Estabilização da Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública

The Stabilization of Early Judicial Protection Against the Public Treasury

Luiz Eduardo Batista105

Quadros Complementares Cíveis na Polícia Militar do Distrito Federal: uma Avaliação da Possibilidade Jurídica de Formação de Quadros de Apoio Integrados por Cíveis

Support Careers Joined by Civilian Personnel in PMDF Military Police of Distrito Federal: an Analysis of Legal Likelihood to Create a Support Career Joined by Civilian Personnel

Carlos Ronaldo Souza, Jacques Nogueira Araújo e Leandro Rodrigues Doroteu126

Alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro podem Contribuir para Melhoria do Controle Judicial de Políticas Públicas?

Legal Changes can Contribute to Improvement Judicial Control of Public Policies?

Bruno Félix de Almeida151

A Fazenda Pública nos Processos de Falência

The Public Treasury on Bankruptcy Procedure

Marcus de Freitas Gouveia e Fábio Guimarães Bensoussan165

Razões Pelas Quais a Inscrição em Dívida Ativa Tributária Deve Ser Feita pela Procuradoria e não pela Secretaria da Fazenda

Reasons For Which the Registration in Active Tax Debt Should be Made by the Attorney General and not by the Treasury Department

Rafael Schreiber188

A Aplicação da Teoria da Actio Nata no Redirecionamento da Execução Fiscal aos Administradores da Pessoa Jurídica nos Casos de Dissolução Irregular

The Application of the Theory of the Nation in the Redirection of the Fiscal Execution to the Administrators of the Legal Person in the Cases of Irregular Dissolution

Mila Grazielle Souza Vieira221

Terra Indígena Privada: Modos de Aquisição, Contornos Jurídicos e Garantias Constitucionais

Private Indigenous Land: Acquisition, Legal References and Constitutional Guarantees

Edson Damas da Silveira e Serguei Aily Franco de Camargo253

PARECER

Parecer - Plenário Nº 03/2016/CNU-DECOR/CGU/AGU

CONJUR/MPOG e Secretaria de Gestão Pública - SEGEP/MPOG267

NOTA TÉCNICA

Política Fundiária e da Reforma Agrária

Grégoire Moreira de Moura291

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Contribuição Social Sobre o Total das Remunerações

Vitor Junqueira Vaz298





APRESENTAÇÃO

Marcelino Rodrigues

Presidente da ANAFE

A Revista da Advocacia Pública Federal chega à sua segunda edição e consolida-se como uma das maiores publicações científicas voltadas aos Advogados Públicos do País. Honrosamente, na qualidade de Presidente da Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE), venho apresentá-la aos leitores.

A publicação solidifica o compromisso da nossa entidade com o desenvolvimento acadêmico dos membros da Advocacia-Geral da União (AGU). A iniciativa visa a qualificar ainda mais o estudo sobre a Advocacia Pública Federal, além de ser um meio de disseminação dessa importante Função Essencial à Justiça entre os associados e demais operadores do Direito.

Temos a certeza de que esta é mais uma contribuição da ANAFE ao aperfeiçoamento científico e à atualização profissional dos membros de todos os segmentos da Advocacia Pública, além de estar em vias de tornar-se instrumento válido ao exercício profissional de todas as carreiras.

Desejamos que a publicação deste periódico renove e fortaleça o vínculo desses competentes profissionais, reunindo aqui a produção cultural e científica da Advocacia Pública nacional, de reconhecida e incontestável qualidade.

Reiteramos nossos agradecimentos aos integrantes do Centro de Estudos da ANAFE e do Conselho Editorial da Publicação.

Boa leitura e vida longa à Revista da Advocacia Pública Federal.





EDITORIAL

Grégoire Moreira de Moura

Editor-chefe

Prezados leitores,

É com grande satisfação que a Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE) divulga a segunda edição da Revista da Advocacia Pública Federal, referente ao ano de 2018. Mais uma vez, temos a honra de apresentar importantes textos jurídicos, sobre os mais diversos temas, resultado da contribuição científica de pesquisadores e profissionais da área do Direito.

De início, é de bom tom deixar registrado nosso agradecimento pelo apoio de toda equipe editorial da revista e do corpo de pareceristas que, desde a primeira edição, aceitaram este desafio de apresentar à comunidade jurídica e acadêmica o conhecimento jurídico e gerencial por meio de trabalhos inéditos, de forma a estimular a reflexão crítica e debates a respeito dos temas abordados.

Devido à qualidade dos trabalhos divulgados na 1ª edição, recebemos, com júbilo, um número significativo de artigos para publicação nesta 2ª edição, o que nos enche de satisfação e, acima de tudo, esperança de que o sucesso se repetirá nas edições seguintes.

A Revista da Advocacia Pública Federal reúne neste número uma série de trabalhos que levará os interessados pela boa leitura a se deleitarem com as matérias aqui publicadas.

Primeiramente, o leitor encontrará o artigo do autor convidado Lucio Pegoraro, ilustre Professor de Direito Público Comparado no Departamento de Ciências Políticas e Sociais da Universidade de Bolonha, na Itália: *“Certezza del diritto e diritto costituzionale. Comparazioni dia- croniche e sincroniche sui testi normativi”*.

Encontrará também a tradução do texto do professor da Universidade de Helsinki, Finlândia, Doctor Panu Minkkinen: *The Radiance of Justice: On the Minor Jurisprudence of Franz Kafka*, feita pelo professor Thiago Santos Aguiar de Pádua como: *O Esplendor da Justiça: sobre a Filosofia Jurídica “Menor” De Franz Kafka*.

Em seguida, apresentamos nove brilhantes artigos selecionados pelo corpo de Pareceristas da Revista que enfocam questões gerais como: Desastres ambientais; O nepotismo, objeto da Súmula Vinculante número 13, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 2008; A Estabilização



da Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública; Quadros Complementares Cíveis na Polícia Militar do Distrito Federal; As inovações trazidas à Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro; A Fazenda Pública nos processos de falência; Razões pelas quais a inscrição em dívida ativa tributária deve ser feita pela Procuradoria e não pela Secretaria da Fazenda; A Aplicação da Teoria da *Actio Nata* no Redirecionamento da Execução Fiscal aos Administradores da Pessoa Jurídica nos Casos de Dissolução Irregular e, por fim, Terra Indígena Privada: Modos de Aquisição, Contornos Jurídicos e Garantias Constitucionais.

Também apresentamos, neste número, o PARECER-PLENÁRIO N. 03/2016/CNU-DECOR/CGU/AGU (17/08/2016), que trata de pedido formulado pela Secretaria de Gestão Pública – SEGEP/MP para que seja revisado o entendimento adotado pela Consultoria-Geral da União acerca da Suspensão do Estágio Probatório enquanto o Servidor Estiver em Gozo de Licença.

Prosseguindo nas apresentações, temos a Nota Técnica de minha autoria, que traz uma análise sobre os efeitos da condenação criminal em cotejo com o cumprimento do contrato de concessão de uso de beneficiário do Programa Nacional de Reforma Agrária.

Encerrando esta edição, o leitor será favorecido com a Jurisprudência Comentada: “*Contribuição Social Sobre o Total das Remunerações*”, do Procurador da Fazenda Nacional Vitor Junqueira Vaz.

Parabenizando e agradecendo a todos os articulistas que tiveram seus trabalhos científicos analisados e aqui disponibilizados, espero que a 2ª edição da Revista da Advocacia Pública Federal contribua, mais uma vez, para promover o conhecimento e estimular novas reflexões e discussões sobre os assuntos ora discutidos, além de promover o reconhecimento da Advocacia Pública Federal como ator fundamental no desenvolvimento jurídico do País.

Vale destacar, por fim, que a versão digital do Periódico encontra-se no sistema Eletrônico de Editoração de Revistas, o que possibilita o fluxo contínuo de recebimento de trabalhos para as futuras edições da revista. Portanto, os artigos podem ser submetidos a qualquer tempo. Aproveite para convidar o leitor a participar acessando o link <http://anafenacional.org.br/seer/revista/user/register>.

A todos, uma ótima leitura!





ARTIGO DE
AUTOR CONVIDADO



.....

CERTEZZA DEL DIRITTO E DIRITTO COSTITUZIONALE

.....

COMPARAZIONI DIACRONICHE E SINCRONICHE SUI TESTI NORMATIVI

Lucio Pegoraro¹

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La protezione costituzionale della certezza del diritto; 3. Linguaggio delle costituzioni, definizioni e disciplina dell'interpretazione; 4. Concause di crisi: la legislazione e la legge; 5. Terapie costituzionali per legiferare meglio: codici e testi unici; b) rapporti tra fonti; c) irretroattività della legge; d) conoscibilità delle norme; 6. Certezza del testo legislativo e costituzionalizzazione: a) organi tecnici e previsione di pareri; b) regole redazionali; 7. Considerazioni conclusive.

1 - Professor Catedrático de Direito Público Comparado no Departamento de Ciências Políticas e Sociais da Universidade de Bolonha e professor afiliado na Universidad Autónoma de Nuevo León. Doutor honoris causa da Universidad Nacional de Cajamarca, da Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo – UPAGU e da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Perù).

PAROLE-CHIAVE: Costituzioni. Legislazione. Legge. Certeza del Diritto. Dottrina

ABSTRACT: Lo scritto, muovendo da alcune precedenti pubblicazioni dell'a., illustra le modalità con cui le costituzioni contemporanee tentano di fronteggiare l'incertezza del diritto, anche alla luce dei fenomeni di globalizzazione. Dopo una categorizzazione delle costituzioni (la tematica è diversamente affrontata dalle costituzioni d'età liberale e da quelle odierne, dalle costituzioni anglosassoni e da quelle continentali), l'a. osserva come le costituzioni dello Stato sociale concorrono a complicare il sistema delle fonti e a legittimare l'ipertrofia della legge. Alcune di esse hanno apportato innovazioni in materia di conoscibilità delle norme e di tecnica redazionale della legge, esplicitando il ruolo della certeza giuridica quale valore meritevole di protezione costituzionale, ma ciò non appare sufficiente a mitigare la confusione normativa e le insufficienze testuali, aggravate dalla "delocalizzazione" e dalla attenuazione dell'imperatività delle fonti. L'articolo si sofferma infine sul ruolo della dottrina quale elemento unificatore.



1. PREMESSA

«Lo Stato di diritto?» – potrei chiedermi. E rispondere polemicamente, se non fosse politicamente scorretto: «È quello che riesce a giustificare la schiavitù, l'oppressione, la guerra, lo sfruttamento, la disuguaglianza, il controllo, se solo siano praticati secondo le regole». Purtroppo, «rigore c'è quando arbitro fischia», diceva Boskov, icasticamente riproponendo alle masse del calcio lo scetticismo schmittiano sulla funzione certificativa del diritto. È la resa di fronte all'arbitro (appunto). Lo Stato di diritto prova (ma non riesce) ad assicurare certezza delle e nelle forme. Ci prova pure (ma con molta fatica) una sua evoluzione, lo Stato costituzionale.

Questo studio non si propone di indagare sul rapporto tra diritto e certezza, e neppure di dare risposta all'interrogativo se la costituzione sia idonea, per il solo fatto della sua vigenza, ad assicurare maggiore certezza giuridica². Consegnata a filosofi e teorici generali la missione di possedere l'idea in sé del principio³, cercherà di analizzare come negli ordinamenti liberali e liberal-democratici le costituzioni contemporanee fronteggiano l'incertezza, cagionata a detta di tutti dall'avvento dello Stato sociale; nel quale – ha scritto Scarpelli – «la legislazione si frammenta in infinite leggi e leggi, disordinate, confuse, cambiate e ricambiate, una giungla di norme ove nemmeno lo specialista entra sicuro», ed è tale da sembrare «talora il delirio di una mente impazzita»⁴. Oggi, si può aggiungere, causata anche da altri fenomeni, come la delocalizzazione della sovranità, il ruolo delle corti internazionali o regionali, in genere la globalizzazione, che provvede a rompere ogni relazione tra società, modelli di comportamento e strutture giuridiche formali⁵, a rendere il diritto “duttile”, a trasformarlo da comando a consiglio, seguito dai più deboli, indifferente per i più forti⁶. Un “diritto più alto”, come è stato scritto, ma che è una variabile delle opinioni dei dottori e dei giudici, chiamati a trarlo nelle sue applicazioni concrete dall'iperuranio

2 - Il tema della certezza del diritto può essere affrontato da due principali angolature: in chiave speculativa, come ricerca del principio stesso, produttivo dell'intero mondo del diritto; e come problema della certezza singola e immediata, che appartiene alla sfera del diritto già formato. Tali sono i diversi approcci seguiti in due scritti fondamentali sull'argomento: F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, ristampa postuma a cura di G. Astuti, Roma, 1950; F. Carnelutti, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, XX, 1943, p. 81 ss. Un confronto fra tali (apparentemente) antitetiche prospettive trovasi in G. Capograssi, *Prefazione* a F. Lopez de Oñate, *op. cit.*, p. 11 ss. Nelle note che seguono, ho utilizzato prevalentemente la bibliografia posta a pie' di pagina di un mio articolo di qualche anno fa, aggiornandola solo dove indispensabile: *La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee*, in *Dir. soc.*, 1994, n. 1, p. 21 ss. e in *Scritti per U. Scarpelli*, Milano, 1997, p. 705 ss.

3 - Il diritto comparato è invero «improntato a concretezza, ad analisi di tipi e momenti diversi»: v. G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986, p. 25.

4 - U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 140.

5 - Il diritto più certo e suscettibile di osservanza si ha, secondo A. Gianola, *Regole e meccanismi di funzionamento del diritto muto*, in L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, Trento, 2012, p.130, quando una regola consuetudinaria si fonda «su una tendenza istintiva e su una pacifica norma etica, sponsorizzata dal soprannaturale»; aggiungo: magari ricevendo l'avallo di una regola politica.

6 - V. fra tanti: D.J. Gerber, *Globalization and Legal Knowledge. Implications for Comparative Law*, in *Tulane L.R.*, n. 75, 2001, p. 969 ss.; O. Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, in M. Reimann, M. Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, 2006, p. 604; P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, London, 1995; I. Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*, Ardsley, 2000; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; W. Twining, *Globalisation & Legal Theory*, Cambridge, 2000; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; Id., *Il diritto globale*, Torino, 2009; F. de Souza de Brito, *Motivações e tendências pós-modernas do Direito Comparado e as filosofias da globalização*, Lisboa, 2004; B. de Sousa Santos, C. A. Rodríguez-Garavito (eds), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, 2005; P. Hayden, *Cosmopolitan Global Law*, Aldershot, 2005; A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008; M. Dionigi, *Globalizzazione e fonti del diritto*, Bari, 2011; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012; G. Teubner, L. Zampino, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, 2014; il n. 6, 2016 di *Albolafia*, “La globalización: un análisis global”, coordinato da A. de Prada Garcia.

delle idee, e alquanto disattento alle diversità e alle culture diverse⁷; destinato per ciò a generare profonde fratture tra i formanti, e a renderlo inapplicabile e incerto⁸.

La ormai secolare crisi di cui si ragiona (se crisi è, e non ormai *status* fisiologico) è crisi di legislazione e crisi di normazione, come hanno rivelato le analisi filosofiche e le indagini svolte da cultori delle più svariate branche del diritto⁹, unitamente alle ricerche sul *drafting* legislativo alimentate dagli studiosi di vari Paesi¹⁰.

Queste ultime, però, quasi mai, o solo di sfuggita, hanno voluto o saputo approfondire il rapporto esistente tra queste tematiche e il diritto costituzionale, o, meglio, il “diritto della costituzione”; eppure, è proprio la costituzione la fonte chiamata a scolpire la disciplina delle fonti o, almeno, a dettare le regole fondamentali concernenti la loro produzione, determinando in tal modo il grado di certezza dell’ordinamento nel suo complesso¹¹; parimenti, nel rendere più certi

7 - Secondo G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 48, «A questi effetti distruttivi dell’ordine giuridico si cerca oggi di porre rimedio da parte delle Costituzioni contemporanee attraverso la previsione di un diritto più alto, dotato di valore cogente anche per l’attività del legislatore. L’obiettivo è quello di contenere, orientandoli, gli sviluppi contraddittori della produzione del diritto, generati dall’eterogeneità e dalla occasionalità delle pressioni sociali che su di esso si scaricano».

8 - Rinvio al mio *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014, trad. sp. *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el metodo*, Buenos Aires-Bogotá-México, 2016, *passim*.

9 - Tra le prime – oltre agli scritti citati nelle note 1 e 9 – v. tra tante altre opere gli Atti del VII Congresso naz. della Società italiana di filosofia giuridica e politica, sul tema *Legislazione. Profili giuridici e politici*, Milano, 1992. Tra le seconde, cfr. almeno i contributi dei privatisti, in particolare F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, II, trad. it., Milano, 1980, e N. Irti *L’età della decodificazione*, Milano, 1979.

10 - Indicazioni bibliografiche, per Gran Bretagna e Stati Uniti, in P. Carrozza, “Legislative process” e problemi di “tecnica legislativa”: cenni sull’esperienza dei paesi anglosassoni (U.S.A. e Inghilterra), in *Foro it.*, 1985, V, c. 287 ss.; G.C. Thornton, *Legislative drafting*, 2^a ed., London, 1979; per Germania ed Austria, A.A. Cervati, *Metodi e tecnica della legislazione in alcuni recenti orientamenti della dottrina di lingua tedesca*, in *Foro it.*, 1985, V, c. 280 ss.; per Francia e Svezia (oltre che Regno Unito e Germania), W.D. Dale, *Legislative Drafting: A New Approach*, London, 1977. Per riferimenti ulteriori rinvio a L. Pegoraro, A.J. Porras Nadales (eds), *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati, enti territoriali – Calidad normativa y técnica legislativa. Europa, Estados y entidades infraestatales*, Bologna, 2003. Tra le opere più recenti adde almeno: R. Perchinunno (ed.), *Il drafting legislativo: il linguaggio, le fonti, l’interpretazione: del modo di fare le leggi e dei suoi effetti (Atti del Convegno, Bari, Castello Svevo, 14-15 ottobre 2005)*, Napoli, 2007; C. Blanco de Morais, *Manual de Legislação. Critérios científicos e Técnicos para Legislar Melhor*, Lisboa, 2007; A. Zammit Borda, *Legislative Drafting*, London-New York, 2011; N. Chakrabati, *Principles of Legislation and Legislative Drafting*, 2^a ed., Kolkata/Calcutta, 2011; Secretariat-General, European Commission, *Joint Practical Guide: for the Drafting of Community Legislation*, Saarbrücken, 2011; C. Stefanou, H. Xanthaki (eds), *Drafting Legislation: A Modern Approach (Philosophy and Theory of Law: European Law)*, Aldershot, 2013.

Quanto all’Italia, agli scritti citati alla nt. 41 adde almeno, tra i primi studi elaborati: *Modelli di legislatore e scienza della legislazione* (Atti del V Seminario internazionale sull’educazione giuridica, Perugia, 29 maggio-2 giugno 1984), 3 voll., Napoli, 1988; *Reason in law. Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984*, 3 voll., Milano, 1987-1988; i nn. 38 del 1977 e 46 del 1979 di *St. parl. pol. cost.*, con contributi di Greco, Martino, Lazzaro, Capurso, Bettini, Grassi, Solustri, Valcavi, Vais, Brancaccio, Colonna, Di Ciolo, De Cesare, Benvenuto, Mariuzzo; i numeri monografici n. 2/3 1985 de *Le Regioni*, con scritti di Guastini, Abagnale, Cusmano, G.U. Rescigno, Palmeri, Pizzorusso, e n. 2/3 1989 di *Reg. e gov. loc.* (G.U. Rescigno, Dente); M. Patrono, *Il problema della “confezione” delle leggi*, in *Parlamento*, 1986, n. 11-12, p. 49 ss.; S. Bartole (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988; Camera dei deputati, *Normative europee sulla tecnica legislativa*, 2 voll., a cura di R. Pagano, Roma, 1988; gli atti del *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989* dell’Isle, a cura di M. D’Antonio, Padova, 1990; gli atti del Seminario di Palermo del 27-29 aprile 1989 su *Fonti, tecniche legislative e fattibilità delle leggi*, Palermo, 1992; v. pure, in *Pol. del dir.*, 1992, p. 351 ss., lo schema di regolamento per la redazione di atti normativi, curato da G.U. Rescigno, e la favorevole valutazione che ne dà U. Scarpelli, *Come scrivere bene leggi, norme, proposte*, in *Mondo economico*, 17 ottobre 1992, p. 17. Ulteriori, più ampi riferimenti, nel mio *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1988, *passim*, e in M. Aimis, R. Pagano, *Indicazioni bibliografiche sul drafting legislativo, in Corso di studi superiori legislativi – 1988-1989*, Padova, 1990, p. 803 ss. Oggi è indispensabile il portale di “tecniche normative” webmaster@tecniche normative.it.

Di un aspetto particolare della tecnica legislativa – l’analisi di fattibilità – si è occupata in passato la *Relazione* della Commissione di studio, presieduta da Barettoni Arleri, istituita dalla Camera dei deputati nell’VIII legislatura, pubblicata col titolo *Fattibilità ed applicabilità delle leggi*, Rimini, 1983. Al tema ha dedicato numerosi scritti R. Bettini, parte dei quali sono raccolti nel volume *Il circolo vizioso legislativo*, Milano, 1983. Adde G.U. Rescigno, *Le tecniche di progettazione legislativa. L’analisi di fattibilità di un progetto di legge*, in *St. parl. pol. cost.*, n. 66 del 1984, p. 5 ss. e in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, II, p. 641 ss.; G. Pastori, A. Rocella, *La fattibilità delle leggi*, in S. Bartole (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, cit., p. 187 ss.

11 - Sulla costituzione quale meta-fonte è scontato il rinvio a H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1966, spec. p. 251 ss.; e *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1966, spec. p. 125 ss.

i diritti, essa può contribuire ad assicurare anche una maggiore certezza *del diritto*; in particolare, allorché le sue clausole interessino la stessa confezione delle leggi, la costituzione concorre a ridurre (o ad ampliare) lo iato tra certezza del diritto legislativo e certezza del diritto costituzionale o, se si preferisce, tra supremazia della costituzione e supremazia della legge¹². Come dunque la costituzione stessa può produrre norme generatrici di crisi del diritto e incertezza dei rapporti, così la medesima fonte provvede talora a limitare o attenuare gli effetti in tal modo prodotti.

2. LA PROTEZIONE COSTITUZIONALE DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO

Rispetto all'esigenza di tutela della certezza giuridica, ciascun modello di costituzione denuncia caratteristiche diverse. Nell'ambito degli ordinamenti liberali e liberal-democratici, le variabili più significative sono rappresentate dalla presenza o dall'assenza di una carta dei diritti, e dalla formulazione di essa; dal carattere flessibile o rigido, breve o lungo del testo; e dal sistema giuridico in cui opera, di volta in volta di *civil law* o di *common law*.

Le costituzioni che disciplinano l'organizzazione dello Stato, e solo essa, certificano infatti i rapporti tra organi; la certezza che perseguono è quella delle competenze e delle reciproche relazioni tra i pubblici poteri. Quelle che contengono una carta dei diritti comunque configurata si propongono anche, nel riconoscerli, nell'istituirli, nel delimitarli, di renderne più certo l'esercizio.

Nelle costituzioni brevi, la certezza dei rapporti tra i privati viene affidata alle limpide formulazioni dei codici, nei quali «la ragione celebra i suoi fasti» (ordinamenti di *civil law*)¹³, o alla sapiente stratificazione della giurisprudenza (in quelli di *common law*); a loro volta, le relazioni tra gli organi di governo e i sudditi sono tratteggiate da poche disposizioni che fissano i limiti invalicabili delle rispettive azioni (competendo alla legge, protetta da numerose riserve, completare la disciplina di ciascuna singola materia). Le costituzioni lunghe manifestano invece il travaglio dello Stato sociale: strutturalmente configurate in termini programmatici – diversamente dalle costituzioni “documento” degli ordinamenti social-progressivi – nondimeno non mancano pur esse di documentare la frammentazione normativa, di sancirla, di conferirle legittimazione.

Se, ancora, nella flessibilità del testo si esprime l'illuministica aspettativa che la legge, espressione della volontà generale, non solo garantisca nella sua forma e in quanto formula legale la certezza, ma altresì incarni la giustizia¹⁴, le costituzioni rigide – perlomeno quelle attuali – scontano la corrosione della certezza giuridica; manifestano la consapevolezza che il punto

12 - Sul punto, A. Ruggeri, *La certezza del diritto allo specchio, il “gioco” dei valori e le “logiche” della giustizia costituzionale (a proposito dei conflitti di attribuzione originati da sentenze passate in giudicato)*, in *Dir e soc.*, 1993, p. 137 ss. È evidente, ad ogni modo, che la certezza del diritto «non è una caratteristica assoluta, che c'è o non c'è, ma è fondamentalmente la questione di un “più” o di un “meno”», la quale «non può che essere assicurata a tutti i gradi dell'ordinamento»: così C. Luzzati, *C'è speranza per il legislatore?*, *paper*, p. 3.

13 - U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, *loc. cit.*. V. anche G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 33 ss., che nel codice vede «riunite ed esaltate tutte le caratteristiche della legge».

14 - Il riconoscimento dei diritti naturali e della divisione dei poteri consacra e positivizza questo anelito, né uno Stato il quale rifiuti di consacrare tali principi – recita la Dichiarazione del 1789 – può dirsi dotato di costituzione; la medesima fonte – la legge – viene chiamata a ridisegnare dalle fondamenta il diritto civile e al contempo – sia pure col nome di “costituzione” – a delimitare il potere del monarca, a ristrutturare lo Stato, a stabilire i limiti dell'amministrazione pubblica.

di equilibrio fra gli interessi da esse composti non può essere pietrificato per sempre; si fanno strumento di certezza, non già perché certifichino qualcosa che presumono essere già certo (il diritto naturale), bensì nel senso che si rendono più durature, più stabili, più impermeabili al cambiamento¹⁵. L'equazione tra stabilità e certezza è ancor più palese è in quelle disposizioni volte a sottrarre alla revisione alcune parti del testo (ad es., la forma repubblicana, i diritti fondamentali o inviolabili, il sistema proporzionale di elezione degli organi, ecc.)¹⁶.

L'ulteriore distinzione tra le costituzioni degli ordinamenti di *common law* e quelle di *civil law* fa affiorare a sua volta un ulteriore profilo che merita essere ricordato, connesso al diverso rapporto intrattenuto con le altre fonti del diritto: il primato del diritto giurisprudenziale, sempre presupposto e non di rado riconosciuto esplicitamente¹⁷, giunge a influenzare nei primi la stessa tecnica redazionale della costituzione (come pure di ogni altro *statute*), compilata in guisa che i suoi enunciati possano imporsi senza incertezza al diritto casistico¹⁸; ciò si nota in misura ancor più evidente in alcune costituzioni federali, condizionate dall'esigenza di tratteggiare con precisione le rispettive competenze del centro e della periferia.

Va peraltro ricordato che i due prototipi del modello – Inghilterra e Stati Uniti – sfuggono del tutto o in parte a questa regola: di qua dell'Oceano, poiché l'esigenza certificativa sollecitò la consolidazione di taluni diritti in celeberrimi documenti, ma solo di rado venne avvertita con riferimento all'organizzazione di governo (anche perché gli organi costituzionali erano perfettamente convinti di obbedire a regole giuridiche)¹⁹; negli *States*, in quanto la costituzione – assai dettagliata nel delineare la struttura e i poteri degli organi: si pensi alla disciplina degli impedimenti presidenziali, di cui al XXV emendamento – non contraddice la *common law* nella parte dedicata ai diritti (della quale era inizialmente priva), ma anzi integra nel *Bill of Rights* diritti che già appartenevano al patrimonio giuridico del popolo americano²⁰.

Alla particolare configurazione del testo – in principal modo influenzata dalle esigenze

15 - In parte diversa è la *ratio* delle costituzioni irrigidite onde certificare i rapporti tra Stato federale e Stati membri: riferimenti bibliografici in A. Reposo, *Stato federale*, voce dell'*Enc. giur. "Treccani"*, XXX, Roma, 1993, spec. p. 4.

16 - Cfr. A. Reposo, *La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione*, Padova, 1972, e già G. Lucatello, *Sull'immutabilità della forma repubblicana*, in *Scritti Orlando*, II, Padova, 1957, p. 23 ss., e in *Scritti giuridici*, Padova, 1983, p. 59 ss.; P. Biscaretti di Ruffia, *Sui limiti della revisione costituzionale*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1948-49, n. 3, p. 122 ss. (e Napoli, 1949). Per gli Stati Uniti (fra tanti) W.L. Warbury, *The Limitation upon the Amending Power*, in *Harv. L.R.*, 1919, n. 33, p. 233 ss.; soprattutto ora S. Ragone, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012. Nella teoria generale il tema dei limiti alla revisione è affrontato da A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig-Wien, 1929, p. 359 ss., successivamente approfondito da Id., *On Law and Justice*, London, 1958, trad. it. *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, p. 72 ss. e spec. Id., *On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law*, in *Mind*, 1969, n. 73, p. 1 ss., trad. it. *Sull'autoriferimento e su un 'puzzle' nel diritto costituzionale*, in Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, 1982, p. 205 ss. Con argomenti diversi si avvicina alla teoria di Ross anche G. Liet Veaux, *La "fraud à la Constitution"*, in *Rev. dr. publ.*, 1943, spec. p. 143 ss. Vedi anche P. Suber, *The Paradox of Self-Amendment, a Study of Logic, Law, Omnipotence, and Change*, New York, 1990, spec. p. XI ss. La tesi del divieto di auto-referenzialità delle norme è mitigata da altra dottrina, come H.L.A. Hart, *Self-Referring Laws*, in *Festkrift Tillägnad Karl Olivecrona*, Stockholm, 1964, e Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford U.P., 1983, p. 170 ss.; E. Bulygin, *Das Paradoxon der Verfassungsrevision*, in O. Weinberger, W. Krawietz (eds), *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, Wien, 1988, p. 307 ss.

17 - Cfr. A. Reposo, *Il Bill of Rights statunitense in un sistema di common law*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, II, Milano, 1993, p. 1464 ss.

18 - V. sul punto M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, 2ª ed., Torino, 1988, p. 177 ss.; nonché C. Luzzati, *C'è speranza per il legislatore?*, cit., p. 7.

19 - G.G. Florida, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale, I, Dal medioevo inglese al 1791*, Torino, 1991, p. 21.

20 - Cfr. ancora A. Reposo, *Il Bill of Rights statunitense*, cit., p. 1458 ss.

del periodo storico in cui fu redatto, e dalla appartenenza all'una o all'altra famiglia giuridica – corrispondono stili, metodi e strumenti diversi nell'affrontare la crisi della legge e temperare così l'incertezza cagionata dalla proliferazione e dalla confusione delle fonti.

3. LINGUAGGIO DELLE COSTITUZIONI, DEFINIZIONI E DISCIPLINA DELL'INTERPRETAZIONE

C'è da evidenziare un altro aspetto relativo ai rapporti tra costituzione e principio di certezza giuridica: va notato cioè che l'idea stessa di costituzione (formalizzata, scritta) esige sovente gravosi pedaggi al principio di certezza, a cagione del linguaggio utilizzato.

Sia essa flessibile – nel qual caso la prevedibilità stessa del diritto costituzionale è messa a dura prova dalla perenne possibilità di aggiunte o cambiamenti repentini a opera della maggioranza parlamentare²¹ – oppure rigida (e allora saranno più frequenti le revisioni informali, attraverso la giurisprudenza, le consuetudini, le convenzioni, le prassi, le interpretazioni, la stessa legislazione)²², la costituzione – in quanto fondante un nuovo ordinamento – identifica oggetti che non esistono all'atto della sua approvazione; è sempre gravida di sostantivi, aggettivi, verbi polisemici, che possono essere caricati di nuovi ulteriori significati a seconda del testo linguistico e del contesto extra-linguistico in cui ricorrono; sovente, il lessico utilizzato non è proprio di alcuna branca del diritto, mentre in diverse circostanze un vocabolo è impiegato nel senso che ad esso si dà di volta in volta nel diritto civile, penale, amministrativo, ecc.; sono frequenti le presupposizioni, i rinvii al significato dato dal legislatore (o dalla giurisprudenza, o dalla dottrina)²³.

Persino nelle costituzioni rigide – di gran lunga oggi più frequenti – si assiste allora al fenomeno per cui un testo gerarchicamente superiore alla legge viene per così dire flesso ad opera dell'interprete: non solo il giudice costituzionale, ma lo stesso legislatore (o i giudici) attribuiscono il significato "ufficiale" alle parole della costituzione, e accade persino che nel giudizio di costituzionalità il parametro sia rappresentato da una disposizione costituzionale interpretata nel significato indicato dalla legge (oggetto del giudizio)²⁴.

21 - Valga l'esempio relativo alla trasformazione dell'ordinamento statutario da liberale a fascista, circa il quale la dottrina nega l'esistenza di alcuna rottura (formale): per tutti L. Paladin, voce *Fascismo*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 888 ss.; Id., *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, p. 86 s.

22 - Sulle modifiche tacite della costituzione, P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 5ª ed., Milano, 1984, p. 652 ss.; A. Pensavecchio Li Bassi, *Brevi note su l'interpretazione e l'adeguamento delle costituzioni*, in *Arch. dir. cost.*, 1990, n. 1, p. 26 ss.; nonché, del medesimo A., altri scritti raccolti in *Interpretazione costituzionale e legislazione costituzionale*, Torino, 1993.

23 - Cfr. sul punto G. Silvestri, *Linguaggio della costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 234 ss.; e G. Sacerdoti Mariani, *Il "verbo" della Costituzione*, in G. Sacerdoti Mariani, A. Reposo, M. Patrono, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua, diritto*, Firenze, 1991, p. 33 ss.

24 - ... come, in Italia, s'è verificato a proposito della delimitazione delle materie di competenza regionale *ex art. 117 cost.* Cfr. L. Paladin, *Diritto regionale*, 5ª ed., Padova, 1992, p. 83 s., e *ivi* – oltre che a p. 116 ss. – citazioni della giurisprudenza costituzionale. Evidenziano l'«elasticità propria dei disposti costituzionali e delle specificazioni concettuali che se ne danno nell'esperienza normativa e giudiziale» T. Martines, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto regionale*, 3ª ed., Milano, 1992, p. 191.

Tutte le costituzioni – salvo quelle transitorie²⁵ – nascono con l’idea di dover durare a lungo anche in avvenire e di dover adattarsi di conseguenza «alle varie crisi delle vicende umane». Come ricorda G. Sacerdoti Mariani, per questa ragione – enunciata da Marshall in riferimento alla costituzione nordamericana – le parole usate sono spesso «flessibili, quindi vaghe, quindi omnicomprensive»²⁶. E quanto più esse lo sono, tanto più si accresce il potere degli interpreti, siano essi il legislatore o i giudici. La scelta può essere consapevole: in tal caso il costituente sacrifica deliberatamente la certezza del diritto costituzionale sull’altare della certezza assicurata dalla legge e dalla giurisprudenza, qualora il *corpus* legislativo e/o giurisprudenziale dia sufficiente affidamento di stabilità e di unitarietà. La flessibilità linguistica del testo sconta allora l’incertezza (assai relativa) data dai lenti mutamenti di significato delle parole²⁷. Al contrario, accade talora che l’opzione a favore della vaghezza sia imputabile, o lo sia almeno in parte, a mancanza di cultura giuridico-linguistica, a improvvisazione, a superficialità, a malinconiche rinunce a decidere dei Padri fondatori o del potere di revisione, in presenza di gravi contrasti manifestatisi in seno all’organo costituente o di riforma. In questa circostanza, lo iato fra testo e costituzione vivente può trasformarsi in baratro; all’incertezza del diritto costituzionale può accompagnarsi l’incertezza del diritto *tout-court*, in difetto di solide tradizioni giuridiche, di principi sedimentati nella giurisprudenza, di convenzioni costituzionali rispettate, e davanti a parlamenti frammentati e rissosi.

La tecnica redazionale della costituzione, nel plasmare i rapporti tra potere costituente, legislatore, amministrazione e giudici, concorre dunque al disegno della forma di Stato di ciascun ordinamento²⁸. Anche l’assenza di regole costituzionali sul linguaggio della legge, la tecnica legislativa, l’interpretazione, riverbera conseguenze sulla forma di Stato e sulla forma di governo. Se il legislatore è libero di scrivere le leggi come meglio crede, sarà in suo potere trattenere per sé stesso il (o gran parte del) potere di decidere, oppure di delegarlo all’amministrazione e/o ai giudici. Pure in quest’ultimo caso, la scelta può essere consapevole o meno; le rinunce a decidere hanno comunque conseguenze sulla certezza giuridica, ogni qualvolta il sistema normativo è frastagliato, il corpo giudiziario non ideologicamente compatto²⁹, la giustizia amministrativa lenta, l’amministrazione impreparata.

25 - ... quali ad es. quelle mandate in vigore in Albania e in Polonia (detta quest’ultima, come alcune adottate in passato, “Piccola costituzione”: cfr. M. Wyrzykowski, *La legge costituzionale polacca del 17 ottobre 1992 (la “Piccola costituzione”)*, in *Quad. cost.*, 1993, n. 3, § 1.2, e J. Wawrzyniak, *La Polonia e le sue Costituzioni dal 1791 ad oggi. Le radici istituzionali della svolta polacca*, Rimini, 1992).

26 - G. Sacerdoti Mariani, *op. cit.*, p. 35, che *ivi* cita la frase della dec. *McCulloch v. Maryland* del 1819.

27 - Cfr. ancora G. Sacerdoti Mariani, *op. cit.*, dove – p. 36 – evoca le richieste dei *Framers* «di emendare a favore di una maggiore sintesi, di una ulteriore concisione espressiva, a vantaggio di una fraseologia compatta ma indeterminata». In generale, sulla consapevolezza della scelta a favore di formulazioni relativamente aperte, al fine di «non compiere scelte importanti “al buio”, vincolando in anticipo le decisioni delle autorità normative inferiori», C. Luzzati, *C’è speranza per il legislatore?*, cit., p. 11 e 17 ss. (spec. p. 20).

28 - Ben pochi testi costituzionali si occupano del *drafting* della costituzione, in relazione agli emendamenti apportati: la costituzione olandese del 1983, revisionata nel 2008 – art. 138 – provvede a che le modifiche siano coordinate con la restante parte del testo, e che le partizioni interne siano rese conseguentemente coerenti; similmente stabilisce l’art. 287 cost. portoghese del 1976 (il cui secondo comma prescrive altresì che si proceda contemporaneamente alla pubblicazione della legge di riforma e del testo riformato); l’art. 245, u.c., cost. Venezuela del 1961, come l’art. 341, u.c. di quella vigente (1999) trattava dell’inserzione degli emendamenti e delle annotazioni relative nel testo; la costituzione irlandese (1937) si occupa invece all’art. 25, sez. 5.1, della redazione di testi unici della costituzione e delle leggi costituzionali, attribuendo al *Taoiseach* la facoltà di «far predisporre – sotto la sua supervisione – un testo unico comprendente tutti gli emendamenti approvati (in entrambe le lingue ufficiali) della presente Costituzione».

29 - Sulla formazione dei giudici possono consultarsi le opere segnalate nel capitolo intitolato “Ricerche sugli operatori del diritto” del volume di R. Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*, 2ª ed., Torino, 1980, p. 253 ss.

Un sintomo dell'atteggiamento delle varie costituzioni nei confronti di tali problemi è dato dall'utilizzazione, più o meno parca, di definizioni stipulative nominali nel testo costituzionale (e cioè di regole concernenti l'uso di un concetto nell'atto normativo in questione, formulate non in guisa di norme costitutive, o attributive di competenze, ecc., pur esse inquadrabili nel vasto contesto delle definizioni, bensì con la formula: «nell'art. x, con y si intende z»)³⁰.

Nelle costituzioni di *civil law* non è frequente imbattersi in esse, e il loro utilizzo pare ispirato a finalità disparate: rendere comprensibile con il linguaggio comune il significato di una parola tecnica (come “agnatico” nell'art. 6 cost. norvegese del 1814); più di frequente, delimitare il significato di vocaboli vaghi o ambigui, che compaiono in altre parti del testo, quali “settore pubblico”, “settore privato”, “settore cooperativo” (art. 82, cc. 2-4, cost. Portogallo; v. similmente art. 46 cost. Ecuador del 1983), “vacanza” (art. 97, c. 1, cost. Romania del 1991), “libertà sindacale” (art. 28, c. 1 cpv., cost. Spagna), “maggioranza” (art. 121 GG tedesco, art. 3, c. 6., disp. appl. cost. Estonia del 1992), “matrimonio” (art. 46, c. 1, cost. Bulgaria del 1991), “assenza assoluta” (art. 127, c. 3, cost. Colombia del 1986; v. anche art. 122 ss. cost. del 1991), “cittadini” (art. 52 cost. Rep. Slovacca del 1992)...

Per le ragioni già spiegate – alludo al particolare rapporto tra diritto giurisprudenziale e *statute* – le definizioni sono impiegate con maggiore insistenza nelle costituzioni dei Paesi di *common law*: fa eccezione la Carta statunitense (dove pure all'art. III, sez. III, n. 1, viene configurata la fattispecie del reato di *treason*). Così, l'art. 6, c. 1, cost. australiana, definisce «L'espressione “Commonwealth” [come] il Commonwealth d'Australia, istituito in forza della presente legge» (e cioè la l. del 9 luglio 1900), e prosegue indicando cosa si intenda per “Stati” e per “Stati originari”; l'art. 128, u.c., definisce la parola “Territorio”, e l'art. 98 la materia “scambi commerciali”. A sua volta, l'art. 35, c. 2.1, della Carta dei diritti e delle libertà canadese del 1981 stabilisce che «nella presente legge, per “popoli autoctoni del Canada” si intende precisamente gli Indiani, gli *Inuit* e i meticci del Canada», mentre l'art. 92A, n. 5, conferisce all'espressione “produzione primaria” «il senso a essa dato nell'allegato sesto»... La costituzione irlandese definisce, ad es., le parole “progetto di legge con rilevanza finanziaria”, “imposte”, “denaro pubblico”, “prestito” (art. 22, c. 1 e 2), “tradimento” (art. 39).

Si segnala infine il caso peculiare della costituzione sudafricana del 1983, per la tensione che essa manifestava nel tentativo di pietrificare il precario equilibrio dei rapporti socio-politici disegnato nel testo: un testo in cui interi articoli erano destinati a precisare il significato di locuzioni più volte utilizzate³¹, e nel quale spiccava il singolare disposto dell'art. 18, c. 2. Esso vietava alle corti di sindacare l'interpretazione data dal Presidente, in caso di dubbio, su che cosa rappre-

30 - Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1980, p. 153 ss. «La definizione stipulativa – ricorda U. Scarpelli, *La definizione nel diritto*, in *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, p. 215 s. – è un mezzo per rendere il linguaggio più adatto agli scopi per cui lo si adopera; di questo mezzo può valersi il legislatore onde rendere il proprio linguaggio più adatto alla formulazione delle norme che intende stabilire». Essa può essere «di utilità considerevole... per la precisazione dei significati vaghi od equivoci, sia quanto ai termini del linguaggio comune, sia quanto ai termini tecnici, su cui gli scienziati non siano riusciti a mettersi d'accordo: una definizione bene apposta eviterà molte controversie, che l'imprecisione di un termine altrimenti cagionerebbe nella interpretazione». Sul tema cfr. altresì nella letteratura italiana, del medesimo A., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nuova ed. a cura di A. Pintore, Milano, 1985, p. 47 ss.; A. Belvedere, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 63 ss.; A. Belvedere, M. Jori, L. Lantella, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979. V. anche R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, pp. 30 s., 41, 51 s. Contesta la tesi che non competeva al legislatore inserire definizioni nei testi normativi, onde non invadere la sfera interpretativa riservata alla dottrina, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 85 ss.

31 - V. ad es. le definizioni di “membro elettivo” (art. 44), di “*joint committee*”, di “*joint rules and orders*”, di “*standing committee*”, ecc., nell'art. 64, c. 1, e di molti altri termini (da “legge generale” a “indiano”, da “*general affairs*” a “*House*”, ecc.) nell'art. 100.

sentasse “*own affair*” (di competenza di ciascuna delle tre Camere) e che cosa invece no (cosicché la competenza di legiferare sarebbe stata sottratta alle singole componenti etniche bianca, meticcia e indiana). Configurando tale distinzione la chiave di volta dell’intero edificio costituzionale, è evidente che la precisione linguistica del testo, da un lato, e l’attribuzione al solo presidente del potere di interpretarlo, dall’altro, assolvevano efficacemente al compito di allontanare il rischio di evoluzioni costituzionali sgradite alla maggioranza di potere.

Scontato il tasso di duttilità del testo, alcune costituzioni individuano espressamente nel tribunale costituzionale l’organo abilitato ad assicurare l’interpretazione della costituzione stessa³²; più di frequente, quasi per garantire al contempo la certezza costituzionale (staticamente intesa) e la flessibilità dell’interpretazione, fanno divieto ad altri che non sia il potere di revisione di dare interpretazioni autentiche³³. Non mancano tuttavia casi in cui il potere di interpretare la costituzione (rigida) viene conferito al Parlamento³⁴.

Quanto all’interpretazione della legge, il dogma della subordinazione dei giudici alla medesima si è tradotto nei sistemi di derivazione francese – e non solo nel passato – in apposite clausole costituzionali che sanciscono il divieto per i giudici di rendere interpretazioni con effetti vincolanti *erga omnes*³⁵; divieto cui non sfugge l’organo supremo della magistratura ordinaria, pure dove è chiamato a sbrigare per obbligo costituzionale funzioni di nomofilachia³⁶.

Per lo più, le costituzioni non disciplinano le modalità interpretative della costituzione stessa (suscitando il quesito se applicatori e interpreti debbano, o meno, attenersi alle regole stabilite da fonti inferiori)³⁷, nonché delle leggi (determinando così il potenziale conflitto tra norme e meta-norme sull’interpretazione dotate di pari grado gerarchico)³⁸.

Circa i risultati cui può pervenire l’interpretazione, svariate Carte fondamentali impongono però alcuni canoni. Così, come molte altre, la costituzione portoghese stabilisce all’art. 16, c. 2,

32 - Cfr. ad es. gli artt. 93, c. 1, e 100, u.c., GG tedesco; l’art. 149, c. 1, cost. Bulgaria, l’art. 128 cost. Rep. Slovacca; l’art. 76, c. 1(i), cost. Australia, attribuisce al Parlamento la facoltà di emanare leggi che conferiscano la giurisdizione di primo grado all’Alta Corte su questioni che «sorgano nei confronti della presente Costituzione o ne coinvolgano l’interpretazione»; v. altresì il par. 1, sez. 1, della legge organica sul Tribunale costituzionale spagnolo (LOT) del 3 ottobre 1979. Cfr. in punto J. Wróblewski, *An outline of a general theory of legal interpretation and constitutional interpretation*, in *Acta universitatis lodziensis. Folia iuridica* 32, 1987, p. 41.

33 - V. l’art. 234 cost. Bolivia del 1967. Approfondimenti nel mio *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, 2015, p. 227 ss.

34 - Cfr. gli artt. 57, c. 1, lett. c, e 139 della precedente cost. dell’Ecuador e l’art. 16, c. 1, n. 2, Legge sulle disp. cost. fondamentali dell’Albania (1991).

35 - V. ad es. l’art. 28 cost. belga del 1831, nonché l’art. 88 cost. svedese (1809) in vigore sino al 1975, che imponeva la forma di legge per l’interpretazione autentica, ma ammetteva un analogo potere del Re nell’intervallo delle sessioni del *Riksdag*, salva la ratifica del medesimo o del Sinodo generale della Chiesa per le leggi ecclesiastiche.

36 - Cfr. gli artt. 47 cost. Ungheria (1989-90) e 125, c. 1, cost. Bulgaria. Il compito di interpretare le leggi viene affidato alla corte o tribunale costituzionale ai sensi dell’art. 161, c. 1, lett. a, cost. spagnola.

37 - Su ciò v. almeno, oltre a innumerevoli opere comparatistiche e soprattutto di teoria generale (e a tanti altri scritti recenti), F. Pierandrei, *L’interpretazione della Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino, 1965, p. 141 ss. e *ivi*, II, p. 645 ss., *L’interpretazione delle norme costituzionali in Italia*; A. Pensavecchio Li Bassi, *L’interpretazione delle norme costituzionali*, Milano, 1972; M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982; A. Pizzorusso, *L’interpretazione della Costituzione e l’attuazione di essa attraverso la prassi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 3 ss.; G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, 2ª ed., Padova, 1990, spec. pp. 35 ss., 131 ss.; S. Bartole, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Dir. e soc.*, 1982, p. 605 ss.; L. Gianformaggio, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, p. 65 ss.; J. Wróblewski, *An outline*, cit., p. 33 ss.

38 - R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 40 ss. e *passim*.

che «Le disposizioni costituzionali e legislative relative ai diritti fondamentali debbono essere interpretate e applicate in armonia con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo»; a sua volta, l'art. 20, c. 1, cost. Romania, da un lato circoscrive tale obbligo alle sole disposizioni costituzionali; dall'altro, estende il parametro a tutti i patti e i trattati di cui è parte lo Stato. L'art. 57 cost. del Perù del 1979 disponeva che «Nell'interpretazione o nel dubbio circa il significato ed il contenuto di qualsiasi disposizione in materia di lavoro, si decide per quella più favorevole al lavoratore», e l'art. 19, c. 17, lett. c, che «In caso di dubbio, la legge penale sarà applicata nel senso più favorevole al reo». La costituzione irlandese vieta di interpretare il principio di eguaglianza di fronte alla legge nel «senso che lo Stato, nelle sue leggi, non tenga conto delle differenze di capacità, fisica e morale, degli individui, e della loro funzione svolta nella società» (art. 40, c. 1 cpv.). Quella bulgara prescrive negli artt. 124 e 125 che l'interpretazione imposta alle altre corti dalla Corte suprema e dalla Corte suprema amministrativa debba essere *stretta*, mentre la costituzione ceca bandisce ogni interpretazione volta a sopprimere o a minacciare le basi dello Stato democratico (art. 9, u.c.).

4. CONCAUSE DI CRISI: LA LEGISLAZIONE E LA LEGGE

Una segmentazione dei testi, volta a enucleare, dalle altre, disposizioni che si prefiggono di fronteggiare l'incertezza, mediante l'introduzione di specifici disposti idonei a mitigarla, non è evidentemente possibile che in via di larga approssimazione, giacché confligge con l'idea stessa di norma, di regola, lo scopo di creare incertezza, di alimentare anziché risolvere le controversie, di determinare antinomie. Nondimeno, appare immediatamente percettibile che disposizioni del tipo «La legge provvede alla tutela e allo sviluppo dell'artigianato»³⁹, oppure «Le Président de la République a le droit de faire grâce»⁴⁰ non assumono, al fine di assicurare strumentalmente la certezza dei rapporti, lo stesso ruolo delle disposizioni definitorie, volte a formulare, per mezzo di altri termini, le condizioni di applicazione di un termine, o fanno divieto di disporre retroattivamente, o prescrivono pareri giuridici obbligatori, ecc.

Come individuare, dunque, tali disposizioni, atteso che ben di rado la loro immediata strumentalità all'obiettivo della certezza viene enunciata espressamente?⁴¹ Pare opportuno, a tale fine, richiamarsi al dibattito svolto dalla dottrina giuridica sulla c.d. scienza (o "tecnica") della legislazione⁴²: un dibattito che si è proposto (e tuttora si propone) l'obiettivo di rinvenire

39 - Art. 45 cpv. cost. italiana.

40 - Art. 17 cost. francese.

41 - Tra le rare eccezioni, v. l'art. 91 cost. Canada: «... ai fini di una maggiore certezza, pur senza restringere il carattere di generalità che contraddistingue questa sezione, si dichiara in quest'Atto che la competenza legislativa del Parlamento del Canada si estende in via esclusiva a tutte le questioni che rientrano nelle categorie di materie di seguito elencate...».

42 - Se il fare le leggi sia scienza, oppure semplice tecnica, è stato discusso per la prima volta in Italia in un dibattito apparso sulla rivista *Diritto dell'economia*, 1960, p. 583 ss., 823 ss., 1095 ss. (Tra i tanti contributi si stagliano quelli di F. Carnelutti, di C. Mortati, di A.M. Sandulli.) Apertamente svalutativa è la definizione della materia nel titolo di un più tardo dibattito, apparso in *Foro it.*, 1985, V, p. 233 ss.: *La tecnica legislativa: un artigianato da valorizzare* (con scritti di A. Pizzorusso, A.A. Cervati, P. Carrozza e altri). V. altresì di C. Luzzati, *C'è speranza per il legislatore?*, cit., il § 2 intitolato «La 'scienza della legislazione' come insieme di tecniche». La risposta non può tuttavia essere univoca, come dimostra V. Frosini in *Il messaggio legislativo: tecnica ed interpretazione*, in Camera dei Deputati (a cura di), *Normative europee sulla tecnica legislativa*, Roma, 1988, I, p. 3 ss. Se infatti l'illuminismo sviluppò, della legislazione, una vera e propria scienza – non diversamente dalle correnti giuridiche tedesche, orientate ad affermare «il principio della razionalità della legge, intesa in senso non originario ma finalistico e funzionale» (*ivi*, p. 6) – nei Paesi anglosassoni è prevalso un modello di tecnica legislativa «intesa come metodo operativo di composizione e di comunicazione del messaggio legislativo» (p. 5).

il (un) modo tecnicamente migliore di legiferare: sia ragionando sulle ottimali modalità di coordinamento tra le fonti (nel tempo, nello spazio, nel grado), sia sviluppando una adeguata tecnica di formulazione degli enunciati normativi. Individuate in tal modo le principali ragioni di crisi della legge, potremo di seguito analizzare se e come le varie costituzioni tentino di porvi rimedio. Le concause di crisi del diritto che vengono denunciate riguardano, da una parte, *la legislazione*; dall'altra, *la legge* (meglio: i testi normativi in generale).

a) Un primo profilo concerne la progressiva erosione delle caratteristiche di generalità e di astrattezza della legge, nonché la sua “provvedimentalizzazione” (o “amministrativizzazione”). Alle leggi di bilancio e di conto, a quelle di autorizzazione alla ratifica dei più importanti trattati internazionali, a talune leggi relative all'istituto della corona (che un tempo esaurivano, o quasi, la categoria delle leggi prive di contenuto normativo) si aggiungono ora, sia pure in misura variabile nei diversi ordinamenti, sia leggi di approvazione (ad es., di statuti di enti territoriali autonomi)⁴³, sia leggi di trasferimento di funzioni⁴⁴, sia, soprattutto, le c.d. leggi provvedimento, e cioè leggi il cui contenuto è un concreto provvedimento amministrativo. Esse sono tipiche dello Stato sociale, del quale tendono a realizzare le pulsioni verso l'eguaglianza e una più compiuta giustizia sostanziale. La certezza e la prevedibilità del diritto vengono gravemente minate dal susseguirsi di atti privi di stabilità e di permanenza nel tempo, tali da esaurirsi *una tantum* e non suscettibili di comporsi in sistema⁴⁵, con immediate ricadute sull'amministrazione e la giurisdizione⁴⁶.

b) Accanto a tali categorie di leggi, è stata denunciata la crescita delle c.d. leggi manifesto: atti i quali si limitano a declamare finalità, ma non indicano i mezzi per perseguirle, siano essi finanziari o amministrativi⁴⁷.

c) Un tempo, poi, l'unitarietà della legge, cementata dai codici, non veniva minata dalla riserva costituzionale di leggi *speciali* per talune materie. Sporadicamente la costituzione distingueva tra leggi generali (le più importanti delle quali erano appunto i codici) e altre leggi, definite

43 - Art. 123, c. 2, cost. it. Non voglio però ignorare la penetrante e condivisibile critica mossa da L. Paladin, *Ciò che rimane del concetto di legge meramente formale*, in *Scritti in onore di M. Udina*, II, Milano, 1975, p. 1735, alla “artificiosa” concezione dualistica della legge patrocinata da Jellinek, Laband, von Gerber e, nella dottrina italiana, da Donati e altri, ma solo evidenziare la progressiva dissociazione – per lo più impalpabile in sede dommatica – tra forma dell'atto e suo contenuto “tipico” (e cioè normativo, caratterizzato da generalità e astrattezza).

44 - Art. 150 cost. Spagna.

45 - Là dove prevalga una concezione formale della legge e difetti una riserva di funzione amministrativa, le leggi provvedimento offrono inoltre un *minus* di tutela giurisdizionale ai singoli: sicuramente ciò accade in ordinamenti nei quali, oltre a non essere assicurato un accesso diretto alla corte o al tribunale costituzionale, neppure si realizza un penetrante utilizzo del criterio di ragionevolezza e dell'eccesso di potere legislativo nel sindacato di costituzionalità; ma anche dove si coniugano entrambe le condizioni (Repubblica federale di Germania, Spagna), o si registra almeno la seconda tra esse (Italia), le garanzie per i cittadini vengono affievolite – congiuntamente o disgiuntamente – dal filtro dei giudici in sede di controllo incidentale, dai più lunghi tempi processuali, dalla assenza di poteri sospensivi dell'atto. Sulle tesi relative all'ammissibilità, o meno, delle leggi provvedimento nell'ordinamento italiano v. A. Franco, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1989, II, p. 1046 ss.

46 - L. Paladin, *Diritto costituzionale*, 3^a ed., Padova, 1998, p. 40 ss., 170 ss. Sul fenomeno vedi altresì L. Pegoraro, A. Reposo, *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Bologna, 1993, p. 116 ss.

47 - Cfr. R. Bettini, *Il circolo vizioso legislativo*, Milano, 1983, spec. p. 16 ss.

speciali⁴⁸. La specialità di tali leggi consisteva solo nella materia trattata⁴⁹. Pur astenendosi da un attacco aperto all'unità esteriore della codificazione⁵⁰, a cavallo dei due secoli, e soprattutto dopo la prima guerra mondiale, la legislazione lavoristica, vincolistica, assicurativa, previdenziale, sugli alloggi, e via dicendo, venne ad affiancarsi e a sovrapporsi ai codici. Nel nuovo modello di legislazione, accanto alle leggi *eccezionali*, ovvero derogatorie ai principi dei codici (peraltro salvaguardati nella loro completezza dal divieto di applicazione analogica) si formò un corpo di leggi *speciali*, con le quali i parlamenti intendevano soddisfare i bisogni di nuove classi e di particolari gruppi⁵¹. In tale più recente versione, la legislazione speciale non si caratterizza solo per il contenuto dei singoli atti: la tecnica legislativa si corrompe, la formulazione degli enunciati non presenta più la limpidezza del passato; si fa più spesso il filtro degli operatori e degli apparati dell'esecuzione; i magistrati sono chiamati a colmare le lacune e a produrre interpretazioni ardite di disposti inseriti in contesti privi di sistematicità.

d) Viene poi sottolineata la vertiginosa crescita numerica delle leggi⁵², persino negli ordinamenti di *common law*, dove lo *statute* soppianta anziché integrare il diritto giurisprudenziale – al punto che negli Stati Uniti s'è parlato di «*orgy of statute making*»⁵³ – e addirittura in Francia, nonostante la ripartizione di competenze tra legge e regolamento colà operata dall'art. 34 della costituzione⁵⁴.

e) Altra ragione di crisi “esterna” della legge – ossia di crisi dei rapporti tra fonti⁵⁵ – è

48 - V. art. 87 della costituzione del regno di Svezia del 1890; art. 94 cost. Norvegia del 1814; art. 107 della costituzione olandese, il quale fa obbligo al legislatore di redigere in codici il diritto civile e penale e le relative procedure, ma lo autorizza a «regolare specifiche materie in separati atti del Parlamento». Più di frequente, leggi speciali venivano chiamate a regolare materie quali il diritto di riunione, il diritto di costituzione di società, l'espatrio o il culto, la sospensione di diritti accordati ai sudditi, il diritto di associazione, quello di associazione religiosa, l'insegnamento, i poteri del re, i reati ministeriali, l'istituzione di tribunali militari... V., rispettivamente: art. 32, c. 2, dello statuto albertino e art. 19, c. 2, cost. belga del 1831; art. 12 legge cost. del 21 dicembre 1867 dell'Impero austriaco sui diritti generali dei cittadini; artt. 7, 8, cost. Finlandia del 1919 (“Forma di governo”); art. 20 legge cost. Impero austriaco, cit.; art. 13 cost. del regno di Prussia del 1850; art. 12 cost. del regno di Spagna del 1876 e art. 26 cost. prussiana, cit.; art. 44 cost. del regno di Grecia del 1864 e art. 55 cost. spagnola, cit.; art. 104 cost. del regno di Portogallo del 1826 e art. 61 cost. prussiana, cit.; art. 94 cost. Lussemburgo del 1868 e art. 105 cost. belga, cit.

49 - E come le costituzioni demandavano talora a una legge *speciale* di disciplinare alcunché, non diversamente esse facevano talora riferimento alle leggi *elettorali*, di *polizia*, *fiscali*, e via dicendo. In ben poche materie, però, il procedimento di approvazione della legge si differenziava da quello consueto: il conferimento degli ordini cavallereschi; l'“economia generale del Regno”, e soprattutto l'approvazione del bilancio e il fisco; cfr.: art. 66 cost. del regno d'Olanda del 1815, con iniziativa riservata al solo Re; art. 89 cost. del regno di Svezia del 1866-1890; nonché artt. 48 cost. danese del 1849, come revisionata nel 1866; 24 cost. greca del 1864; 124 cost. olandese, cit.; 35 cost. portoghese cit., e 12-13 Atto addizionale del 5 luglio 1852; 57 ss. cost. svedese, cit.

50 - F. Wieacker, *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983, e *ivi* l'Introduzione di G. Liberati, spec. p. XLVII s.

51 - N. Irti, *op. cit.*, p. 11, p. 26 ss.; v. pure V. Italia, *Le leggi speciali*, Milano, 1993; Id., *La fabbrica delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, Milano, 1990; nonché P. Perlingieri, *op. cit.*, p. 100 ss.

52 - In Italia, già nel 1980 V. Di Ciolo, *Progettazione legislativa e qualità delle leggi*, in *Parlamento*, 1980, n. 11-12, p. 20, assicurava esserne in vigore tra le sedici e le diciassette mila approvate dopo il 1948 (mentre gli atti normativi sono stati contati, all'incirca nella stessa data, nello strabiliante numero di duecentoventimila); decorsi quasi tre lustri, a esse si sono aggiunte migliaia di leggi regionali; si consideri poi che, a seguito della legge n. 142/1990, l'ordinamento si è arricchito nell'arco di pochi mesi di quasi ottomila statuti locali, cui hanno seguito decine di migliaia di regolamenti attuativi!

53 - Così G. Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven-London, 1977, trad. it. *Le grandi epoche del diritto americano*, Milano, 1988, ricordato anche da V. Mattei, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, p. 253 ss.; cfr. altresì G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.)-London, 1982.

54 - R. Savatier, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, in *Foro it.*, 1977, V, c.

55 - La distinzione adottata tra difetti interni ed esterni non coincide con quella operata dalla già menzionata Commissione Barettoni Arleri (pp. 16 e 22 del testo ufficiale della *Relazione*), la quale identifica le cause di crisi “interna” con quelle in prevalenza attinenti alla fattibilità in senso stretto della legge (come la c.d. copertura amministrativa), e le cause di crisi “esterna” in quelle che riguardano la progettazione.

rapresentata dalla prepotente affermazione delle fonti atipiche: è infatti frequente che nell'*iter legis* si inseriscano uno o più *sub*procedimenti consistenti nell'acquisizione di pareri resi da organi costituzionali o di rilievo costituzionale⁵⁶, o dal popolo (referendum)⁵⁷. Altrettanto spesso accade che per la votazione di determinate categorie di leggi la costituzione richieda *quorum* qualificati⁵⁸, l'approvazione a camere riunite⁵⁹, o comunque aggravamenti dell'*iter* o di sue fasi prodromiche⁶⁰. Alcune costituzioni scompongono infine la legge in due categorie, istituendo accanto a quelle ordinarie le leggi organiche, caratterizzate da un contenuto materiale predeterminato e da peculiari modalità di formazione⁶¹.

56 - Essi possono essere facoltativi, come nell'ipotesi contemplata dagli artt. 98 reg. Senato e 146 reg. Camera italiani, circa il parere del Cnel, o dall'art. 83 cost. norvegese (parere della Corte suprema su questioni di diritto concernenti un progetto di legge); in tal caso non si registra alcuna conseguenza giuridicamente significativa, come pure quando il parere si inserisce nel *sub*procedimento dell'iniziativa governativa. Il rilievo del parere è diverso quando è reso dalla corte costituzionale prima della promulgazione della legge, su richiesta di soggetti i più svariati: il Presidente della Repubblica, il Primo ministro, i presidenti delle Camere, sessanta deputati o senatori *ex* art. 61, c. 2, della cost. francese; il solo Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 136, c. 1, lett. g, cost. portoghese, dell'art. 26 cost. irlandese; Presidente della Repubblica e presidenti delle Assemblee parlamentari, Governo, Corte suprema di giustizia, 50 deputati o 25 senatori per l'art. 146, c. 1, lett. a, cost. rumena.

57 - Vanno ricordati in proposito i referendum consultivi che la costituzione danese contempla siano svolti prima della sanzione regia – ai sensi dell'art. 42 – su richiesta di un terzo dei membri del *Folketing*, su tutte le leggi, tranne quelle finanziarie, fiscali, di approvazione dei trattati e alcune altre; quelli celebrati ai sensi dell'art. 140 ss. cost. svizzera, a seguito della domanda di 50.000 elettori o di otto Cantoni; i referendum *ex* art. 27 cost. irlandese, i quali possono essere sollecitati, prima della promulgazione, dalla maggioranza dei membri del Senato e da almeno un terzo dei membri della Camera bassa (*Dail Eireann*); nonché quelli indetti dal Presidente islandese conformemente all'art. 26 cost. del 1944, i quali consentono alla legge di assumere, se l'esito è positivo, la sua tipica forza legale.

58 - Così, la costituzione ungherese prescrive che debbono essere adottate con i due terzi dei voti leggi che vertono su un amplissimo spettro di materie; la medesima maggioranza, ma delle Camere riunite, è imposta dalla costituzione olandese per altre categorie di leggi; l'art. 150, c. 3, cost. spagnola esige la maggioranza assoluta per le leggi di armonizzazione delle disposizioni normative delle Comunità autonome; in tema di attribuzione del voto alle donne l'art. 47, c. 2, cost. del Belgio – emendata *in parte qua* solo nel 1988 – pretendeva la maggioranza di due terzi; addirittura una maggioranza di cinque sestimi dei membri del *Folketing* è contemplata dall'art. 20, c. 2, cost. danese del 1953 per l'approvazione della legge con cui si delegano ad autorità internazionali poteri che appartengono ad autorità del Regno. La costituzione belga stabilisce che talune leggi – in materia di suddivisioni territoriali, di individuazione delle materie proprie delle Comunità culturali (c.d. *personalisables*), anche di rilievo internazionale, di ricorsi alla Corte d'arbitrato, di Gruppi linguistici, di finanza regionale – siano approvate a maggioranza dei voti di ciascun Gruppo linguistico di entrambe le Camere, a condizione che la maggioranza dei membri di ciascun Gruppo si trovi riunita e che il totale dei voti favorevoli dei due Gruppi linguistici raggiunga i due terzi dei voti espressi (v. artt. 4, u.c., e 77). A sua volta, l'art. 64, u.c., cost. della Slovenia (1991) vieta che le leggi relative alla realizzazione dei diritti e alla "posizione" dei Gruppi nazionali siano approvate senza il consenso dei rappresentanti dei Gruppi medesimi.

59 - Qualche ordinamento bicamerale o pluricamerale stabilisce un regime differenziato per distinti gruppi di materie oggetto di legiferazione, prescrivendo che talune leggi sono adottate da una sola camera, altre necessitano invece del voto dell'intero parlamento. Così accade ad es. nell'ordinamento tedesco il quale, accanto a leggi bicamerali, prevede atti legislativi approvati dalla sola camera rappresentativa della popolazione (cfr. art. 77, c. 3); v. anche l'art. 33, c. 2, cost. Rep. Ceca del 1992. A sua volta, il *Republic of South Africa Constitution Act* del 1983 stabiliva due categorie di leggi: quelle approvate nei c.d. "own affairs" rispettivamente dalla *House of Assembly* (composta da bianchi), dalla *House of Representatives* (meticci), dalla *House of Delegates* (indiani), e quelle sugli affari comuni, che necessitavano dell'approvazione dei tre gruppi etnici: le leggi vertenti sulle c.d. *general matters* (e cioè le più importanti) erano deferite a un *President's Council*, formato in modo tale da assicurare la maggioranza assoluta alla componente bianca. (25 membri erano infatti nominati dal Presidente, e 20 eletti dalla *House of Assembly*, mentre alle altre due Camere spettava l'elezione di 15 componenti: v. spec. artt. 32, 70, 78 cost.).

60 - Procedimenti speciali sono richiesti, ad es., in materia di concordato con la Santa Sede e di intese con organizzazioni religiose, ai sensi degli artt. 7 e 8 cost. italiana. (Cfr. anche – in termini parzialmente dissimili – l'art. 43, c. 5, cost. Lituania del 1992.); e in tema di approvazione di trattati, oltre che per l'adozione del bilancio o di leggi sulla finanza pubblica, da quasi tutte le costituzioni.

61 - Introdotte per la prima volta, nella loro versione moderna, dalla costituzione francese della V Repubblica, esse sono state ben presto recepite anche dalla costituzione spagnola del 1978, nonché – sia pure in contesti istituzionali diversi – da quelle venezuelana, peruviana, rumena, portoghese e da altre ancora. La definizione di "legge organica" che ci consegna il diritto comparato è quella di un atto-fonte del parlamento (ma non solo di esso, esistendo in Francia anche ordinanze governative organiche), assunto con un procedimento aggravato rispetto all'*iter* ordinario della legge (maggioranze qualificate e/o pareri di organi di giustizia costituzionale), in materie che prevalentemente (ma non in modo esclusivo) riguardano i pubblici poteri, disciplinate nei limiti e secondo i principi stabiliti dalla costituzione e quanto meno resistenti all'abrogazione da parte della legge ordinaria che per avventura insista sulla medesima materia. V. L. Pegoraro, *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Padova, 1990. A sua volta, la costituzione portoghese costituzionalizza la categoria delle leggi rinforzate, della quale però dottrina e giurisprudenza non riescono a delimitare univocamente il contenuto (come mette in evidenza Blanco de Moraes, C., *As Leis Reforçadas*, Coimbra, 1998).

Quale che sia il sistema seguito per sottoporre particolari leggi a un regime diverso da quello ordinario, a monte (e cioè nella costituzione) sempre si rinviene una previa delimitazione delle materie, la cui disciplina è affidata a fonti che – pur quando sono qualificate “leggi” – da esse si differenziano in qualche loro elemento. La dissociazione tra forza dell’atto e sua forma tipica, oppure la scissione tra *vis abrogans* e resistenza all’abrogazione⁶², si ancora dunque all’utilizzazione del criterio di competenza, e la certezza della delimitazione dei rispettivi *domaines* è una variabile della precisione del linguaggio costituzionale⁶³. Problematiche non dissimili si presentano nell’individuazione delle competenze del centro e della periferia negli ordinamenti decentrati – siano essi federali o regionali – che solo in alcune costituzioni appaiono delineate con puntualità e precisione⁶⁴.

f) Si nota poi che la legge viene costretta a patire la concorrenza di innumerevoli altre fonti del diritto: dai regolamenti parlamentari alle leggi delegate, dai decreti e ordinanze di necessità alle sentenze ablative delle corti o dei tribunali costituzionali, ai referendum abrogativi, i quali tutti contribuiscono a scardinare la lineare costruzione tipica dello Stato liberale, basata sul trinomio legge-regolamenti-usi. In particolare, le fonti interne sono oggi soggette all’attacco di quelle internazionali o di organismi regionali (come gli atti normativi dell’Unione europea – specialmente regolamenti e direttive), e soprattutto della mutevole giurisprudenza extra-nazionale che le condiziona. Emblematico è il caso della Corte interamericana.

g) Una concausa di crisi è stata individuata anche nell’incertezza che presentano i rapporti temporali tra fonti: alle nuove discipline altre se ne aggiungono, senza che si provveda alla contestuale “eliminazione dei rifiuti” (cosicché le leggi e gli altri atti si accumulano, accentuando l’ipertrofia della legislazione)⁶⁵: le leggi sono spesso autorizzate a disporre retroattivamente; soprattutto, all’abrogazione esplicita (che insiste su enunciati normativi) si accompagna quella implicita, cosicché spetta all’interprete (amministrazione e giudici in particolar modo) decidere ciò che è in vigore e ciò che non lo è, con una conseguente caduta verticale della certezza⁶⁶.

h) Infine, gli strumenti conoscitivi a disposizione dei destinatari della legge e degli altri atti normativi si rivelano inadeguati: la pubblicazione su raccolte, gazzette e bollettini ufficiali assolve a funzioni di certezza, solo nel senso che determina una presunzione – neppur sempre assoluta⁶⁷ – di conoscenza del precetto normativo (mentre *di fatto* i cittadini sono costretti a far

62 - V. in proposito A. La Pergola, *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano, 1961, p. 275 ss.

63 - A complicare ancor più il quadro delle fonti, accade sovente che la stessa legge disponga limiti nei confronti del legislatore futuro: in tale ipotesi – ben frequente nell’ordinamento italiano, e in specie negli ordinamenti regionali – i limiti così stabiliti non sono certo vincolanti, per il principio dell’inesauribilità della legislazione. (Contra A. Pace, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, III, *Amministrazione e economia*, Milano, 1987, p. 401 ss.) Concorrono tuttavia a creare incertezza sulla doverosità della loro osservanza, e ad alimentare il contenzioso (non solo a livello politico).

64 - V. ad es. le costituzioni canadese, tedesca, australiana, da una parte; italiana e statunitense, dall’altra.

65 - L’espressione è di A.A. Martino, *La progettazione legislativa nell’ordinamento inquinato*, in *St. parl. pol. cost.*, 1977, n. 38, p. 4.

66 - Cfr. la *Relazione* della Commissione Barettoni Arleri, cit., p. 26 s.

67 - Com’è noto, con sent. n. 364 del 1988 la Corte costituzionale italiana ha dichiarato la parziale illegittimità dell’art. 5 c.p., nella parte in cui dispone l’inescusabilità dell’ignoranza inevitabile in campo penale (dovuta all’oscurità del messaggio legislativo). V. L. Pegoraro, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, n. 8 dei “Quaderni di filosofia analitica del diritto”, p. 19 ss. (oltre che V. Frosini, *op. cit.*, p. 45 ss., anche per un rapido *excursus* sul vastissimo problema della conoscibilità legale).

leva, per sapere qual è il diritto vigente, su altri strumenti: dai mezzi di comunicazione di massa e oggi in particolare all'informatica, all'ausilio degli esperti)⁶⁸.

Se quelli ora sommariamente illustrati sembrano rappresentare i principali difetti della legislazione⁶⁹, non meno gravi si palesano i vizi "interni" che sovente affiorano in ciascuna singola legge (o, in genere, in ciascun atto normativo).

Al *deficit* di normatività che caratterizza le leggi manifesto e le leggi provvedimento, vanno aggiunti infatti i seguenti: carente precisione del titolo e delle rubriche interne (fanno eccezione gli atti normativi negli ordinamenti di *common law*, che utilizzano di solito una doppia intitolazione)⁷⁰; frequente presenza di "norme intrusive", ovvero non coperte dal titolo⁷¹; incerta strutturazione del testo nelle sue partizioni interne⁷²; utilizzazione di disposizioni vuote, di mera formula⁷³; eccesso di disposizioni teleologiche⁷⁴; frequenti ridondanze⁷⁵; rinvii innominati e a catena⁷⁶; previsione di termini impossibili da rispettare, con conseguente necessità di leggi di proroga⁷⁷. In particolare, per ciò che riguarda il linguaggio utilizzato, è stata denunciata la commistione tra linguaggio comune e linguaggio giuridico, persino nell'ambito del medesimo testo normativo⁷⁸; nonché la presenza di errori sintattici, grammaticali, di punteggiatura, l'uso errato

68 - Sul problema degli errori e degli *errata corrigé* v. almeno A. Pizzorusso, *La pubblicazione degli atti normativi*, Milano, 1963, p. 171 ss. e, dopo l'entrata in vigore della l. 11 dicembre 1984, n. 839, E. Lupo, *La nuova disciplina della pubblicazione degli atti normativi statali*, in *Modelli di legislatore*, cit., III, p. 271 ss. In generale, denunciava l'inadeguatezza degli strumenti pubblicitari M. Ainis, *Dalla produzione alla diffusione della regola: la conoscenza delle fonti normative tra vecchi equivoci e nuovi modelli*, in *Foro it.*, 1987, spec. p. 7 ss. estr.

69 - ... ma non certo gli unici: oltre a quelli enunciati in testo sono stati ad es. segnalati la mancanza di coordinamento tra programmazione economica, programma di governo, programmazione parlamentare, e la dilatazione tra fase della "domanda" e fase della "risposta" legislativa. (Cfr. G.F. Ciaurro, *La crisi della legge*, in *Le istituzioni parlamentari*, Milano, 1982, p. 23 ss.)

70 - Su "long title" e "short title", G.C. Thornton, *op. cit.*, p. 143 ss.

71 - Sul divieto di approvare *leges saturae*, «nelle quali fossero messi insieme istituti e provvedimenti eterogenei», cfr. V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, 7^a ed., Napoli, 1979, p. 95 (nonché V. Frosini, *op. cit.*, p. 17, il quale ricorda la legge Caecilia Didia del 98 a.C.); per un esempio tratto dal nostro ordinamento, cfr. il mio *Il diritto d'informazione nella legge n. 816/1985, sulle aspettative, permessi e indennità degli amministratori locali*, in *Il dir. della Reg.*, 1985, p. 675.

72 - Il modo corretto di ripartire i testi normativi è ora indicato – oltre che nella Circolare Presid. del Consiglio 24 febbraio 1986, n. 1.1.26/10888.9.68., e successivi analoghi atti – nel citato schema di regolamentazione approntato da U. Rescigno (parte III, p. 363 ss. di *Pol. dir.*, 1992).

73 - Si v. G. Tarello, *Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1981, spec. p. 161; R. Guastini, *Questioni di tecnica legislativa*, in *Le Regioni*, 1985, p. 225 s.

74 - Su tali disposizioni "promozionali" v. N. Greco, *Preliminari a uno studio giuridico sulla progettazione legislativa nell'ordinamento contemporaneo*, in *Stato e Regione*, 1980, n. 6, p. 180 (il quale riprende alcune considerazioni di N. Bobbio); più puntualmente v. poi R. Guastini, *op. ult. cit.*, p. 227, il quale nota che in tal modo viene conferito agli organi dell'applicazione un elevato grado di discrezionalità.

75 - Sull'argomento si sofferma in particolare G. Lazzaro, *Entropia della legge*, Torino, 1985, il quale giustifica il fenomeno con l'esigenza di correggere interpretazioni distorte mediante la reiterazione del precetto.

76 - Sul tema, fra i primi, F. Mohrhoff, *Il problema del tecnicismo legislativo in rapporto alla certezza del diritto*, in *Montecitorio*, 1961, n. 1, p. 8.

77 - V. ad es. R. Bettini, *Ancora in tema di progettazione legislativa e copertura amministrativa delle leggi*, in *St. parl. pol. cost.*, 1979, n. 4, p. 12.

78 - La "soluzione di compromesso" patrocinata da U. Scarpelli, *Semantica giuridica*, in *Nss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 996, viene cioè intesa dal legislatore come disinvolta commistione di linguaggio giuridico e del linguaggio comune nell'ambito di leggi rivolte al medesimo uditorio (espressione che mutuo qui da Ch. Perelman, *Trattato dell'argomentazione*, trad. it., Torino, 1966, p. 21, e *Il dominio retorico*, trad. it., Torino, 1981, dilatandone il significato originario di «insieme di coloro che l'oratore vuole influenzare con la propria argomentazione»); si aggiunga che talune leggi, per essere comprese dall'uditorio cui sono (prevalentemente) dirette, abbisognano dell'utilizzazione di particolari linguaggi tecnici (e cioè, né del linguaggio comune, né del linguaggio giuridico, ma del linguaggio della geologia, della biologia, della scienza delle costruzioni, della fisica nucleare, e via dicendo).

di congiuntive e disgiuntive, la costruzione astrusa degli enunciati, e via dicendo⁷⁹.

L'interprete assume, per questa somma di ragioni, un ruolo inusitato, che l'ideologia liberale rifiutava di riconoscergli. (Lo attestano le clausole costituzionali, sopra illustrate, relative all'interpretazione.)⁸⁰. Ciò si riverbera sulla stessa distribuzione del potere, configurandosi la legge oscura come una delega all'amministrazione e ai giudici di creare diritto in vece del legislatore⁸¹.

5. TERAPIE COSTITUZIONALI PER LEGIFERARE MEGLIO: CODICI E TESTI UNICI; B) RAPPORTI TRA FONTI; C) IRRETROATTIVITÀ DELLA LEGGE; D) CONOSCIBILITÀ DELLE NORME

La sintetica rassegna ora conclusa dimostra che agli attentati alla certezza del diritto non rimane estraneo né indifferente il diritto costituzionale. In ordine al rapporto tra costituzione e certezza della legislazione, è la costituzione, attraverso le proprie disposizioni o i tanti suoi silenzi, a scardinare l'unitarietà della legge, a consentirne la degradazione a provvedimento, ad alimentare la concorrenza di altre fonti, affidando a un diritto vivente mutevole, incerto, casuale, la delimitazione delle rispettive competenze nelle zone grigie. Di converso, i rimedi all'incertezza legislativa così determinata attengono in prevalenza, ove la costituzione avverta la drammaticità del problema: a) alla sistematizzazione del *corpus* normativo; b) alla definizione dei rapporti tra costituzione e altre fonti; c) alla delimitazione dell'efficacia temporale della legge; d) alla conoscibilità dei testi legali.

a) Nel tratteggiare un impianto di fonti che si presenta semplice e lineare solo nei testi più antichi, il riferimento a codici distinti dalle altre leggi pare essere casuale; mai la codificazione viene oggi reputata *il* modo normale, ma solo *un* modo di legiferare. Diversamente dunque – già lo si è constatato – da quanto accadeva e accade con alcune costituzioni risalenti nella loro struttura principale al secolo scorso, nelle quali, peraltro, la distinzione non comporta alcuna conseguenza giuridicamente rilevante⁸².

Sporadicamente, in testi più recenti, la redazione di codici esige *itinera* particolari, tali da differenziarli dalle altre leggi: in Grecia, «L'adozione di codici giudiziari o amministrativi redatti

79 - V. ancora R. Guastini, *op. ult. cit., passim*.

80 - *Infra*, § 6.

81 - «Il nemico più temibile del legislatore – scrive R. Guastini, *op. ult. cit.*, p. 223 – è proprio la discrezionalità interpretativa degli operatori: giuristi, funzionari, giudici». De medesimo A. v. anche, sul punto, *Redazione e interpretazione dei documenti normativi*, in S. Bartole (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, cit., p. 73 ss. e *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., spec. p. 323 ss.; nonché G. Tarello, *Atteggiamenti dottrinali*, cit., p. 161, il quale osserva che la legislazione di “mera formula” comporta «un trasferimento di potere dal Parlamento ad organi di applicazione della legge, giacché la legge ambigua è poi resa determinata e precisa da organi della applicazione». Di “delega” alle autorità sublegislative in presenza di leggi oscure ragiona C. Luzzati, *C'è speranza per il legislatore?*, cit., p. 5 s. (il quale attinge da G. Escobedo e da G.H. von Wright anche le espressioni “legislatore suicida” e “legislatore perverso”).

82 - L'art. 107 cost. dei Paesi Bassi stabilisce ad es. che il diritto civile, quello penale e le relative procedure debbono essere disciplinati con atto del Parlamento in codici generali, senza che ciò pregiudichi il potere di regolare talune materie con distinti atti del Parlamento. A sua volta, la cost. argentina del 1853 attribuiva al Congresso di «emanare i codici civili, commerciale, penale, minerario e del lavoro e sicurezza sociale», demandandone l'applicazione ai tribunali federali o provinciali, secondo la rispettiva giurisdizione. Un obbligo di redigere nuovi codici civili e penali venne posto dall'art. 94 cost. Norvegia (1814).

da commissioni speciali costituite con leggi speciali può essere decisa in assemblea plenaria con una legge particolare, che statuisca la ratifica di questi codici nel loro insieme»⁸³. In Ecuador «La codificazione delle leggi è (era) facoltà esclusiva dell'assemblea plenaria delle commissioni legislative»⁸⁴. Per lo più, i riferimenti a codici non implicano né una diversa forza dell'atto, né alcuna *preferred position* sul piano dell'applicazione e dell'interpretazione⁸⁵.

Maggiore interesse assumono i rari disposti costituzionali che trattano dei testi unici. La stessa ragion d'essere di questi ultimi è di ordinare in un *corpus* unitario una materia dispersa in più atti normativi; è dunque l'esigenza di certezza che consiglia la loro redazione, mentre un ostacolo è rappresentato da ciò, che la complessa attività a tal fine richiesta deve essere svolta, quasi ovunque, dal parlamento, ogni qualvolta è necessario provvedere a sia pur limitate modifiche legislative o ad abrogazione di norme di legge. L'art. 82, c. 5, cost. spagnola, nel distinguere la redazione dei testi unici da altre forme di legislazione delegata, la assoggetta al limite di una autorizzazione delle *Cortes* volta a specificarne l'ambito normativo e, se del caso, a consentire «il riordinamento, la chiarificazione e l'armonizzazione dei testi giuridici che debbono essere riformulati». L'art. 76, c. 7, cost. greca disciplina una procedura apposita per la «codificazione di leggi esistenti mediante una semplice loro raccolta in modo organico» e per la «rimessa in vigore, nell'insieme, di leggi abrogate, eccezion fatta per le leggi fiscali»⁸⁶.

b) Articolato in innumerevoli tipi e sottotipi il sistema delle fonti (all'interno del quale codici e altre leggi condividono il medesimo regime giuridico), alcune costituzioni – poche, per verità – dettano esplicite regole onde definirne il rispettivo grado.

Supremacy clauses vengono in primo luogo stabilite da tutte o quasi tutte le costituzioni federali, quale che sia la famiglia giuridica di appartenenza, onde certificare il primato del diritto federale su quello degli Stati membri: dagli Stati Uniti al Canada, dall'Australia alla Germania all'Argentina e via dicendo⁸⁷; ma non diversamente la supremazia della costituzione viene dichiarata dalle leggi fondamentali di Stati regionali o accentrati, come il Portogallo, il Giappone, il Nicaragua, l'Ecuador e la Bolivia, la Romania, l'Estonia, le Repubbliche Ceca e Slovacca⁸⁸.

Non mancano, in qualche circostanza, espressi riferimenti al principio di gerarchia, che paiono tuttavia incongrui laddove esso concorre col principio di competenza delle fonti (che addi-

83 - Art. 76, c. 6, cost. del 1975 (rev. 2008).

84 - Art. 60, u.c. della precedente cost.

85 - Tra le costituzioni che fanno riferimento a codici diversi da quelli civile, commerciale, penale, v. la precedente cost. boliviana, agli artt. 197, c. 2 («Un codice speciale disciplina i rapporti familiari») e 199, c. 2 («Un codice speciale regola la protezione del minore in armonia con la legislazione generale»); la medesima costituzione operava ulteriori riferimenti a codici, il cui contenuto non veniva menzionato (artt. 29, 71, c. 2 – il quale ne conferiva l'iniziativa anche alla Corte Suprema –, 96, c. 1, n. 4, che assegnava al Presidente di «partecipare alla formazione dei codici»); quella filippina (1987) stabilisce all'art. X, sez. 3, che «Il Governo emanerà un codice sul governo locale». Va segnalato che l'art. 52 delle precedenti cost. colombiana stabiliva che le disposizioni del titolo III («Dei diritti civili e delle garanzie sociali») fossero incorporate al codice civile come titolo preliminare, e che non potessero essere modificate se non con atto di revisione della costituzione.

86 - Sui «testi unici» della costituzione v. *supra*, nt. 27.

87 - V. rispettivamente artt. VI, n. 2, cost. U.S.A., 52 cost. Canada, 109 cost. Australia, 31 e 20, c. 3, GG Germania, 5 e 31 cost. Argentina.

88 - Art. 3, c. 3, cost. Portogallo, art. 98 cost. Giappone (1946), art. 182 cost. Nicaragua del 1986, art. 137 cost. Ecuador (precedente), art. 228 cost. Bolivia (precedente), art. 51 cost. Romania, art. 3, c. 1, cost. Estonia, art. 2, c. 2, cost. Rep. Slovacca, artt. 9 e 10 cost. Rep. Ceca.

rittura spesso lo sovrasta): non si rivelano dunque idonee ad assicurare un valido apporto alla certezza del diritto, ch  anzi complicano l'opera dell'interprete, clausole quali sono contenute nella costituzione spagnola («La Costituzione garantisce... la gerarchia normativa») e in qualche altra. Uniche frequenti eccezioni sono rappresentate dalla dichiarata subordinazione dei regolamenti alla legge, e dalla esplicita supremazia conferita alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute e ai trattati, subordinati alla sola costituzione⁸⁹.

Inoltre, rappresentano uno strumento di razionalizzazione del sistema i disposti di alcune recenti costituzioni, volti a mettere ordine nei rapporti tra le varie fonti cui viene attribuito rango primario. Cos , l'art. 112 cost. portoghese, qualificati gli atti legislativi, attribuisce la medesima forza alle leggi e ai decreti-legge, disponendo la subordinazione di questi ultimi alla legge autorizzativa, e definisce la posizione dei decreti legislativi regionali rispetto alle leggi generali della Repubblica⁹⁰; l'art. 153 cost. slovena tratteggia a sua volta i rapporti tra costituzione, leggi, principi del diritto internazionale, altre disposizioni e atti generali.

Per lo pi , i testi costituzionali neppure tentano di delucidare quale sia il regime dei rapporti tra le singole fonti, che viene dunque desunto – dalla dottrina e dagli operatori giuridici – con riferimento al complessivo sistema.

c) Le vicende temporali delle fonti vengono generalmente ignorate dalle costituzioni di ogni epoca e famiglia giuridica, con una sola eccezione: la (ir)retroattivit  della legge⁹¹. Nel disporre retroattivamente, non solo la legge mina la certezza del diritto: essa anche pu  attentare alla certezza dei diritti dei singoli. Ci  spiega perch  quasi tutte le costituzioni rigide stabiliscono il divieto di mandare in vigore leggi retroattive in materia penale, e ci  nel settore in cui, pi  d'ogni altro, la lesione pu  rivelarsi particolarmente grave. Talune enunciano esplicitamente il divieto di retroattivit  della legge penale, senza ulteriori specificazioni: cos  ad es. le costituzioni italiana, svedese, belga, tedesca, spagnola, giapponese, argentina, boliviana, ecuadoregna⁹². Altre precisano che comunque non pu  essere inflitta una pena pi  severa di quella vigente al momento in cui il reato fu commesso⁹³, o chiariscono che la regola patisce un'eccezione, in applicazione del principio del *favor rei*⁹⁴. Raramente il divieto di retroattivit  della legge viene esteso alla materia fiscale, anche se – come ha notato la Corte costituzionale italiana⁹⁵ – le leggi fiscali retroattive insidiano l'eguaglianza

89 - In quest'ultimo senso, cfr. artt. 55 cost. Francia, 20, c. 2, cost. Romania, 25 GG Germania, 123, c. 2, cost. Estonia... Sulla circostanza che «le Carte costituzionali italiane, vale a dire le Costituzioni in senso formale del termine, non abbiano pienamente assolto – n  ieri n  oggi – il compito loro spettante in fatto di fonti» v. L. Paladini, *Saggio sulle fonti del diritto italiano: le problematiche della definizione e dell'individuazione*, in *Quad. cost.*, 1983, p. 229.

90 - Rinvio al mio *Osservazioni sul progetto del Governo portoghese per una migliore qualit  degli atti normativi*, in *Estudios en homenagem ao prof. Doutor Joaquim Moreira Da Silva Cunha*, Faculdade de Direito da Lisboa, 2005, p. 529 ss.

91 - In particolare, non vengono mai disciplinate a livello costituzionale le modalit  di abrogazione. L'art. 79, c. 1, GG tedesco precisa peraltro che la Legge Fondamentale pu  «essere modificata solo da una legge che modifichi o integri *espressamente* il testo della Legge Fondamentale stessa».

92 - Art. 25, c. 2, cost. Italia, art. 10, c. 1, cost. Svezia del 1975 (rev. 2012), art. 12 cost. Belgio, art. 103, c. 2, GG germanico, art. 25, c. 1, cost. Spagna, art. 39 cost. Giappone, art. 18 cost. Argentina, art. 14 cost. Bolivia (precedente), art. 19, n. 17, lett. c cost. Ecuador (precedente).

93 - Art. 7, c. 1, cost. Grecia, art. 29, c. 2, cost. Portogallo (il quale estende il principio di irretroattivit  alle misure di sicurezza), art. 23, c. 2, cost. Estonia.

94 - Art. 28, c. 2, cost. Slovenia, art. 26, c. 2, cost. Colombia (precedente), art. 23, c. 2, cost.

95 - Cfr. ad es. le sentenze nn. 9/1959, 45/1964, 44/1966, 75/1969, 143/1982.

dei cittadini, e attentano all'affidabilità dei rapporti: l'«emanazione di leggi con effetti retroattivi a danno dei contribuenti» viene per tali ragioni preclusa dalla costituzione dell'Ecuador, mentre quella greca prescrive che «Nessuna imposta, né qualunque onere economico può essere stabilito da una legge con effetto retroattivo che si estenda al di là dell'anno fiscale precedente»; in Nicaragua, «Lo Stato non può obbligare a pagare tributi che non siano già previsti per legge»⁹⁶.

Vero è che tutte le leggi retroattive, quale che sia la ragione che ne consiglia l'adozione, contribuiscono – per il solo fatto di essere consentite – a erodere la certezza giuridica. Mentre dunque nelle costituzioni flessibili ogni disciplina della materia si rivelerebbe superflua, talune costituzioni rigide provvedono a vietarle, sia pure con estensione diversa: nella Carta fondamentale degli Stati Uniti d'America il divieto è assoluto, come pure in quella norvegese del 1814 e nella più recente costituzione filippina⁹⁷; qualche volta il divieto è mitigato dalla specificazione che la legge può spiegare effetto retroattivo se favorevole al reo⁹⁸, e dalla disciplina delle norme processuali e dei loro effetti nel tempo⁹⁹.

Più spesso, il generalizzato divieto di irretroattività viene temperato da eccezioni per materie le più svariate: dai diritti di *status* dei giudici, ai sensi dell'art. 72, c. 5, cost. australiana, al vasto settore delle «leggi restrittive dei diritti, delle libertà e delle garanzie», delle quali ragiona l'art. 18, u.c., cost. portoghese; dalle leggi “in materia sociale” (art. 33 delle precedente cost. boliviana) a quelle in materia «penale, del lavoro, tributaria, quando la normativa risulta più favorevole al reo, al lavoratore, al contribuente», menzionate dall'art. 187, c. 2, cost. Perù; la costituzione della Slovenia, posto il principio generale, consente che la legge possa disporre retroattivamente «per fini di interesse pubblico, sempre che l'atto non pregiudichi i diritti acquisiti»¹⁰⁰.

d) Il tema della certezza interseca pure quello della riconoscibilità delle norme; qui basti osservare che alla trasformazione quantitativa e qualitativa dei sistemi di fonti non ha corrisposto alcun significativo mutamento nella disciplina della pubblicazione, alla quale resta legata la suscettibilità della legge (e di altri atti) di produrre effetti legali, decorso un periodo variamente commisurato¹⁰¹. In verità, il mero fatto della pubblicazione – e la conseguente presunzione di conoscenza che ad essa si accompagna – non sempre è d'aiuto per gli operatori e i semplici cittadini, costretti a defatiganti attività di ricerca nell'oceano delle norme; a essi prestano soccorso l'opera di compilatori privati (tuttavia priva di valore legale, e foriera dunque di dubbi e d'incertezze), e le pubblicazioni ufficiali di testi coordinati, utili sì, ma munite sovente di mero valore notiziale (come accade in Italia in relazione ai testi di decreti-legge convertiti con emendamenti, ai sensi dell'art. 11 d.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1902).

96 - V. rispettivamente l'art. 53, c. 1 (cost. precedente), l'art. 78, c. 2, e l'art. 115.

97 - V. art. I, sez. 9, cl. 4, cost. U.S.A., art. 97 cost. Norvegia, art. III, sez. 22, cost. Filippine.

98 - Art. 38 cost. Nicaragua, art. 15, c. 2, cost. Romania. L'art. 15, c. 5, cost. Irlanda stabilisce che l'*Oireachtas* non può dichiarare illegittimi atti che non erano tali al momento in cui sono stati commessi.

99 - Art. 44 cost. Venezuela.

100 - Art. 155, c. 2.

101 - Tale periodo è di 14 giorni in Germania, di 15 in Italia e Albania, di 16 in Perù, di tre in Bulgaria; la legge entra immediatamente in vigore ai sensi dell'art. 25, c. 4, n. 1, cost. Irlanda e 164, c. 2, cost. Bolivia. Sul tema v. M. Amis, *L'entrata in vigore delle leggi. Erosione e crisi d'una garanzia costituzionale: la vacatio legis*, Padova, 1986.

La sensibilità per i problemi della certezza giuridica della legge pubblicata è ovunque cresciuta, come attestano le normative emanate in numerosi paesi. Solo in sporadiche circostanze essa ha trovato però uno sbocco a livello costituzionale: ad es. in Austria, dove il Cancelliere e il ministro competente sono autorizzati a ripubblicare testi coordinati e rettificati aventi valore legale¹⁰², e in Venezuela, il cui art. 218 cost. dispone che «La legge oggetto di riforma parziale è pubblicata in un solo testo che comprende le modifiche approvate»¹⁰³.

Con riferimento alle denunce operate dalla dottrina, sopra sommariamente riassunte, affiora il basso profilo mantenuto dai testi costituzionali esaminati, in relazione alla crisi della legislazione: l'ipertrofia di quest'ultima viene parzialmente contenuta, a livello costituzionale, solo negli ordinamenti che limitano – enumerandone le competenze – le attribuzioni del Parlamento. L'eccesso di normazione non trova invece soluzione alcuna nelle costituzioni contemporanee; generalità e astrattezza rappresentano qualità della legge che mai vengono espressamente richieste¹⁰⁴, cosicché la stessa giustiziabilità delle lesioni a diritti e interessi dei singoli, inferta da atti materialmente provvedimentali, risulta sovente difficoltosa¹⁰⁵. Raramente le costituzioni si occupano dei rapporti tra fonti di grado diverso; quando ciò accade, i relativi disposti sono ellittici, cosicché l'individuazione della forza e della competenza di ciascuna fonte viene operata dall'interprete (in specie, il giudice costituzionale). Unica rilevante eccezione è rappresentata dal divieto, che compare in svariate costituzioni, di disporre retroattivamente per legge. Anche a questo proposito, si è però constatato che la regola patisce non poche eccezioni: sia perché molti testi costituzionali limitano la previsione alle leggi penali, sia perché, anche altrove, leggi retroattive sono ammesse in talune materie o in relazione a fattispecie particolari.

Mentre dunque le costituzioni più antiche sembrano ignorare l'esigenza di certezza del *tessuto normativo* perché il problema, allora, non si poneva (essendo la certezza presupposta in quanto comunque assicurata, per quanto essa può esserlo, dalla razionalità dei codici o dalla sedimentazione della *common law*), oggi il problema viene (quasi sempre) eluso per la ragione opposta. Ossia, perché le moderne costituzioni – espressione di una diversa forma di Stato – rinunciano a conciliare la disciplina delle forme di produzione giuridica con l'esigenza di certezza, che si presuppone essere irraggiungibile.

6. CERTEZZA DEL TESTO LEGISLATIVO E COSTITUZIONALIZZAZIONE: A) ORGANI TECNICI E PREVISIONE DI PARERI; B) REGOLE REDAZIONALI

Occorre a questo punto domandarci se, e in che misura, le costituzioni si pongano il problema della certezza della legge singola (il testo). Le regole sulla confezione delle leggi trovano

102 - Art. 49a, sul quale v. pure *infra*, § 6.

103 - Quasi tutti gli ordinamenti nei quali sono presenti più gruppi linguistici dispongono poi che la pubblicazione avvenga nelle lingue ufficialmente riconosciute.

104 - V. peraltro l'art. 18, c. 3, cost. Portogallo: «Le leggi restrittive di diritti, libertà e garanzie devono rivestire carattere generale e astratto». Sulla difficoltà di determinare cos'è astratto e cos'è concreto v. A. Ruggeri, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. I. L'ordinazione in sistema*, Torino, 1993, p. 17.

105 - Ciò accade in particolare là dove – come in Italia, dove persino l'adozione di strumenti urbanistici regionali può avvenire per legge – l'accesso alla corte costituzionale non sia attribuito direttamente ai cittadini.

per lo più accoglienza in circolari o in direttive interne di parlamenti e governi¹⁰⁶, o talora in disposizioni regolamentari o legislative; talune norme basilari possono tuttavia venire espresse dalla stessa costituzione.

Perché il principio di certezza sia reso effettivo, è necessario che esse siano almeno in parte sottratte alla discrezionalità del legislatore, che diversamente potrebbe derogarle *ad libitum*¹⁰⁷. Un migliore livello tecnico della legge viene perseguito attraverso strumenti costituzionali diversi, alcuni dei quali sono preordinati a garantire una corretta formulazione del testo legislativo.

a) In primo luogo, concorrono ad assicurare maggiore certezza giuridica le previsioni di pareri (di volta in volta obbligatori o facoltativi) dati da organi tecnici sui progetti legislativi; siano essi resi in via preventiva da corti o tribunali costituzionali – come in Francia, in Portogallo, in Irlanda, in Venezuela – oppure dal Consiglio di Stato o da organi della magistratura, tali pareri mirano a evitare conflitti tra norme e/o di formulare in modo più corretto gli atti normativi¹⁰⁸.

Trascurando, in questa sede, di soffermarci sulla giustizia costituzionale quale strumento di certezza – il tema ci condurrebbe troppo lontano¹⁰⁹ – notiamo intanto come svariati ordinamenti istituiscono un controllo preventivo generalizzato sugli atti normativi del governo, sovente limitandolo a quelli di rango secondario¹¹⁰; alcune costituzioni, peraltro, ammettono o impongono che pareri tecnici siano resi anche su disegni di legge. Tra i pareri facoltativi vanno ricordati quelli che potevano essere richiesti sui d.d.l. governativi alla Corte suprema o alla Corte suprema amministrativa (o a entrambe) ai sensi della cost. finlandese, sia prima che dopo l'adozione della legge; quelli che lo *Storting* norvegese richiede alla Corte suprema; nonché i pareri del Consiglio di Stato olandese sui progetti di legge e le proposte di trattato (art. 73, c. 1). Pareri obbligatori del Consiglio di Stato vengono imposti dall'art. 39, c. 2, cost. francese su tutti i d.d.l. governativi e – limitatamente a talune fattispecie – dagli artt. 22, c. 3, 24, c. 1, 26, c. 1, n. 1, cost. irlandese per l'esercizio di alcune competenze presidenziali inerenti alla funzione legislativa.

Tali normative muovono tutte da una prospettiva tradizionale della redazione delle leggi. Una vera e propria costituzionalizzazione di organi tecnici, preposti alla redazione delle leggi, si rinviene invece in alcuni testi approvati nell'ultimo scorcio del secolo passato o riformati ancor più recentemente (oltre che nella costituzione olandese, la quale prevede all'art. 79 l'istituzione

106 - V. i due volumi, a cura della Camera dei deputati, sulle *Normative europee*, cit.

107 - Come d'altronde insegna l'esperienza italiana, nel quale le circolari emanate in proposito vengono sistematicamente violate, come pure svariate disposizioni della legge n. 400/1988 sull'attività del Governo, ad es. per ciò che riguarda il *nomen* dei regolamenti: v. in particolare G.U. Rescigno, *Il "nome proprio" degli atti normativi e la legge n. 400 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, II, *passim*, e L. Carlassare, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 40 s. (ed *ivi* indicazione di altri studiosi che hanno denunciato le numerose violazioni della l. 400).

108 - Sui pareri v. *supra*, nt. 55; la previsione costituzionale di pareri per la perfezione di talune leggi, da un lato, concorre a complicare il sistema normativo, moltiplicando la tipologia di atti-fonte che lo compongono; dall'altro, può contribuire a conferire maggiore certezza alla legge singola, grazie all'apporto che soggetti qualificati offrono alla sua redazione.

109 - Sulla Corte costituzionale quale strumento di certezza giuridica, con riferimento al dibattito sviluppatosi nel dopoguerra in Italia, rinviamo alla bibliografia ricordata nel mio *Linguaggio e certezza della legge*, cit., p. 5 s. e nt. 4. Si segnala qui il disposto dell'art. 282, u.c., cost. Portogallo, il quale attribuisce alla Corte costituzionale taluni poteri relativi alla portata delle proprie decisioni quando ciò sia reso necessario da «ragioni di certezza giuridica».

110 - Oltre alla normativa italiana (cfr. gli artt. 14 ss. della l. 400/1988), v. in proposito gli artt. 37, c. 2, e 38, c. 2, cost. francese e l'art. 73, c. 1, cost. olandese.

di organi consultivi permanenti in relazione all'attività legislativa e amministrativa): ci riferiamo alla costituzione svedese, i cui artt. 20 e 21 della parte 8 istituiscono e disciplinano il Consiglio per la legislazione, che, composto da magistrati della Corte suprema e della Corte suprema amministrativa, fornisce al Governo pareri e formula osservazioni sui progetti di legge; alla coeva costituzione greca, nella parte in cui prevede «la creazione ... di un Servizio giuridico, avente come scopo l'assistenza all'attività legislativa»¹¹¹; e alla costituzione rumena (1991), che esplicitamente assegna al Consiglio legislativo di rendere pareri sui progetti di atti normativi «al fine di sistematizzare, di unificare e di coordinare l'intera legislazione»¹¹².

b) La stessa costituzione greca si occupa in altri luoghi della confezione delle leggi, conferendo rango costituzionale a talune regole redazionali. Stabilisce l'obbligo del loro univoco contenuto, onde evitare il fenomeno, ben conosciuto all'esperienza italiana, delle leggi “*omnibus*”, o “*carrozzone*”, e dispone in tema di emendamenti “*intrusi*”, ossia estranei alla materia in questione¹¹³: disciplina – questa – posta anche da altre costituzioni. Non diversamente infatti prevedono l'art. VI, sez. 26, n. 1, cost. Filippine, l'art. 158 cost. Colombia, l'art. 136 cost. Ecuador, il quale così recita: «Los proyectos de ley deberán referirse a una sola materia y serán presentados a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional con la suficiente exposición de motivos, el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían o se reformarían. Si el proyecto no reúne estos requisitos no se tramitará». Trattano il tema anche le costituzioni australiana (limitatamente alle leggi di bilancio e fiscali)¹¹⁴, irlandese (ma solo per le proposte di emendamento alla costituzione)¹¹⁵, e qualche altra.

La costituzione greca, che prevede l'invio dei progetti di legge «per una eventuale elaborazione dal punto di vista della tecnica giuridica», al Servizio giuridico, attesta anche con questa disposizione la sensibilità per il tema della certezza della legge; sensibilità che ispira pure la costituzione austriaca, laddove all'art. 49a – già preso sopra in esame – conferisce al Cancelliere federale, di concerto con il ministro federale competente, il potere di rimaneggiare il testo legislativo approvato, al fine di espungere e sostituire le parole obsolete, di coordinare i riferimenti normativi, di rubricare le partizioni, di individuare le disposizioni abrogate, e via dicendo.

7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In conclusione, pare che – sia pure a fatica – si vada facendo strada nella cultura costituzionalistica una duplice convinzione: da un lato, il riconoscimento delle esigenze espresse dallo Stato sociale comporta, per il modo di legiferare da esso postulato, un parziale abbandono

111 - Art. 65, c. 5.

112 - Art. 79, c. 1, nel quale S. Bartole, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale*, Bologna, 1993, p. 110, vede l'«attenzione (del Costituente rumeno) ai problemi del *drafting* legislativo».

113 - L'art. 75, c. 2, prescrive con toni drastici che «Un progetto o una proposta di legge contenente disposizioni che non hanno attinenza con il loro argomento principale non è messo in discussione».

114 - Artt. 54, 55.

115 - Art. 46, c. 4.

del principio della certezza giuridica; dall'altro, un limitato recupero del medesimo può trovare eco nella stessa costituzione, non tanto (o non solo) mediante una razionalizzazione del sistema delle fonti (ché anzi è la stessa costituzione a complicarlo), quanto – meno ambiziosamente – con la predisposizione di regole tecniche, *inderogabili* in quanto inserite in costituzioni rigide, atte a migliorare la qualità delle leggi.

Nessuna costituzione – né quella statunitense (e le sue imitazioni), né quelle ottocentesche configurate sulla base dei prototipi rivoluzionari, napoleonici o della Restaurazione, né infine quelle più tarde, attente alle problematiche dello Stato sociale – configurano la certezza del diritto come obiettivo da raggiungere; al contrario, tutte scontano a priori che essa preceda l'esperienza costituzionale (significativamente, infatti, molte costituzioni ottocentesche sono riuscite a sopravvivere all'avvento dello Stato sociale, senza venire neppure sfiorate da un fenomeno che così profondamente ha minato il principio stesso della certezza giuridica).

Mentre però i testi influenzati dall'ideologia della Rivoluzione presuppongono un diritto certo, quelli espressivi dello Stato sociale muovono dal convincimento che la costituzione non può sacrificare sull'altare della razionalità legislativa le esigenze di una società che chiama lo Stato a una penetrante ingerenza nei rapporti tra i privati (esse presuppongono, dunque, un diritto incerto). Nei primi, la certezza è la legge, rappresentata dai codici, fatta salva la possibilità che il parlamento adotti leggi speciali. Nell'obiettività della legge si traduce l'equazione tra certezza e giustizia, sia ad essa consentito, o meno, di avere effetti retroattivi; il perfetto equilibrio tra interessi di libertà, di autonomia, di dominio, di credito¹¹⁶, concorre ad assicurare, unitamente al loro esercizio individuale, la certezza del diritto oggettivamente inteso. Le costituzioni – flessibili o rigide – non avvertono alcuna esigenza di garantire, attraverso apposite clausole, un *quid* ulteriore di garanzia di certezza. Nei secondi, solo talune recenti costituzioni hanno inteso affrontare sistematicamente la tematica della certezza, affiancando a previsioni episodiche e sparse, frequenti anche in testi più datati, una disciplina organica volta a migliorare la qualità tecnica della legge, ad assicurare il raccordo tra norme, a garantire la certezza dei diritti (mentre risultati di razionalizzazione si sono ottenuti indirettamente anche là dove, come in Francia, la costituzione ha ridotto almeno in parte l'ipertrofia della legge)¹¹⁷.

Nel frattempo, il diritto globalizzato (o, meglio, il suo “non-diritto”) ha aggravato ulteriormente il quadro; le costituzioni però non solo non si sono adeguate, ma anzi hanno concorso a complicarlo¹¹⁸.

La frammentazione dei centri di produzione giuridica, solo in parte o in superficie mitigata da fenomeni di concentrazione, come l'Unione europea¹¹⁹; l'incapacità dei legislatori naziona-

116 - Così U. Scarpelli (il quale riprende una classificazione di Burlamaqui), *Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica*, in S. Caprioli, F. Treggiani (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, 1992, p. 31 ss. e spec. p. 43 s.

117 - Quanto agli ordinamenti di *common law*, l'abitudine al confronto sul piano della ragionevolezza pratica e della funzionalità, e il conseguente atteggiamento mentale favorevole a un largo impiego del *drafting* – cfr. S. Bartole, *Introduzione allo studio della tecnica di redazione dei testi legislativi*, in S. Bartole (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, cit., p. 1 ss. – non hanno reso impellente la costituzionalizzazione delle regole relative. (Ovviamente, il problema neppure si prospetta nel Regno Unito, dove le prime discipline risalgono alla seconda metà dell'800: cfr. V. Frosini, *op. cit.*, p. 5.)

118 - *Supra*, § 1.

119 - La cui istituzione, anzi, ha aggiunto un ulteriore livello e vari elementi di complicazione, imputabili tra l'altro alla vaghezza o all'eccessivo dettaglio e frammentarietà delle sue disposizioni, alle frequenti antinomie interne e in rapporto ai diritti nazionali, alle difficoltà del multilinguismo, alla scarsa staticità, ai problemi di giustiziabilità, ecc.

li e sovranazionali di ridurre a sistema la pluralità delle norme; l'accettazione almeno epidermica, da parte di sistemi giuridici non occidentali, di principi e regole eccentriche rispetto alle basi giuridiche e culturali, e le conseguenti fratture tra i diversi formanti; la debolezza delle norme internazionali, non corredate da sanzioni efficaci; l'insufficienza di rimedi estemporanei, come la *soft law*; l'eclissi della politica (e quindi del legislatore) di fronte all'economia: tutto ciò e altro ancora sembrano privilegiare, in tutto il mondo, il ruolo della giurisprudenza nella produzione del diritto.

C'è crisi della legittimazione di governi e parlamenti nazionali e sovranazionali, che in parte disloca fuori dal circuito le scelte politiche; le decisioni legislative sono del caso singolo, le eccezioni sovrastano la regola. Non giungo però a parlare di anomia, perché i conflitti vengono composti, e i vuoti riempiti, dalla giurisprudenza. Sia essa giurisprudenza dei dotti, come in alcuni sistemi dell'Est o del Sud del pianeta (ma ciò riguarda minimamente il diritto costituzionale), o giurisprudenza dei giudici, è essa soprattutto, nel comporre i conflitti e nell'assolvere alle istanze dei singoli e dei gruppi, a tracciare le linee dei comportamenti. Linee incerte, però, perché la giurisprudenza non ha alcun centro unificatore (a parte, dentro ciascun sistema, la funzione nomofilattica e il ruolo del precedente), anche se l'interazione tra corti internazionali e corti nazionali tenta – a fatica – di supplire a questa carenza.

Là dove non sia abilitata a farlo per via giurisprudenziale (ipotesi residuale anche tenendo conto dei sistemi orientali e dell'Islam), e dove il legislatore non ci riesca (ipotesi più concreta ovunque), tocca dunque alla dottrina dare unità alla frammentazione giurisprudenziale. Oltre che a livello interno, questa missione si svolge anche nella dimensione transnazionale. È la dottrina che alimenta basi comuni della giurisprudenza costituzionale nei vari luoghi del pianeta, a maggior ragione quando l'obiettivo è la ricerca di regole e principi comuni.

Sono d'accordo con Claudio Luzzati quando scrive che è la dottrina il vero Hercules dworkiniano¹²⁰: a essa compete leggere e rileggere il diritto giurisprudenziale (oltre che quello legislativo/costituzionale), trovarne le linee di sviluppo, le concordanze e le antinomie, e in un processo circolare costruire schemi di lettura e restituirli alla giurisprudenza. La dottrina è il custode del legislatore, è il giudice dei giudici. A maggior ragione ciò è vero nel diritto costituzionale comparato: qui la dottrina cerca di dare nuove letture globali dei fenomeni, ricercando gli elementi unificatori. Come dice P. Goodrich, «Comparison becomes the law»¹²¹. Che il suo sforzo sia sufficiente a restituire un po' di certezza al diritto, è però tutto da vedere¹²².

120- C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, p. 59. V. anche, nel senso che «The foundation of the modern social order is not the executioner, but the professor», E. Gellner, *Nations and Nationalism*, Ithaca, 1983, p. 34.

121 - P. Goodrich, *Interstitium and non-law*, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law: an intellectual overview*, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 229.

122 - ... Anche perché le nuove teorie partono a volte dall'alto, come il neo-costituzionalismo, e non dall'analisi empirica. Insomma, *prima* viene l'individuazione degli elementi irrinunciabili (dignità, persona, processualismo, diritti umani, ecc.), proposti in chiave prettamente occidentale, *poi* la loro applicazione ai casi. L'«irresistibile espansione del costituzionalismo», segnalata da quasi tutti gli studiosi, è tale anche perché la dottrina supporta l'idea della sua superiorità rispetto ad altre forme di organizzazione costituzionale (in senso sostanziale), generando scontri culturali che rendono le regole inapplicabili e inapplicate. In generale, sulla superiorità di tale modello di sviluppo, G. Crespi Reghizzi, *La comparazione giuridica estrema: L'Est europeo, l'Estremo Oriente, l'Africa e l'India*, in L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, cit., spec. p. 255 ss. V. anche H. Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, in M. Reimann, M. Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, 2006, p. 579 ss.



ARTIGO TRADUZIDO

O ESPLENDOR DA JUSTIÇA¹: SOBRE A FILOSOFIA JURÍDICA “MENOR” DE FRANZ KAFKA²

Panu Minkkinen³
(Tradução de Thiago Pádua⁴)

“Como todos nós absorvemos o olhar da transfiguração [Verklärung] na face do sofredor, como banhamos nossas bochechas no esplendor daquela justiça [Scheindteser...Gerechtigkeit], finalmente alcançada e desaparecendo tão rapidamente!” (Kafka, 1970, “In der Strafkolonie”, p. 112)

1 - Originalmente publicado em dois locais: MINKKINEN, Panu. The Radiance of Justice: On the Minor Jurisprudence of Franz Kafka. *Social & Legal Studies*, v. 3, p. 349-363, 1994; e, MINKKINEN, Panu. A Minor Jurisprudence. In: MINKKINEN, Panu. *Thinking Without Desire. A First Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

2 - NT: A expressão original do subtítulo “*Jurisprudence*” possui um sentido diferente do que a literalidade aplicada no Brasil poderia sugerir (Jurisprudência). O universo anglo-saxão costuma diferenciar: a) *jurisprudence* (jurisprudência), b) *philosophy of law* (filosofia do direito), e c) *legal theory* (teoria do direito). Como refletido por Hart, a expressão “filosofia do direito” (*philosophy of law*) jamais foi “domesticada” na Inglaterra, e que “evidentemente não existem linhas divisórias rígidas entre a não familiar expressão “filosofia do direito” e a recentemente recebida “teoria do direito” e a expressão familiar “jurisprudência”, pelo que se discute e ensina nas universidades inglesas”. Assim, a expressão “*jurisprudence*” “é, e sempre tem sido, uma grande quantidade de questionamentos sobre o direito”, além do nome da disciplina com caráter mais filosófico. Cf. HART, H. L. A. *Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952)*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 2, N. 3 (Summer, 1953), p. 355-364. Portanto, de maneira contextualizada, optou-se por traduzir a expressão “*jurisprudence*” pela expressão “filosofia jurídica”, embora seja importante esclarecer que há intensa polêmica sobre a distinção.

3 - Professor de “*Jurisprudence*”, (University of Helsinki, Finland).

4 - Doutorando pelo UniCEUB. Professor de Direito Constitucional e Direito Civil (UniCEUB e UDF).

I

A assinatura de um nome é, entre outras coisas, um esforço para se apropriar de um texto precedente, um contrato, uma mensagem escrita. A assinatura tenta reivindicar autoria e controle sobre o que foi escrito. Com o nome dele, um amante tenta selar uma carta para sua amada, mas encontra apenas escuridão:

“~~F~~ranz errado, F errado, ~~S~~ua errado; nada mais, silêncio, floresta profunda”⁵

O autor da carta acha difícil reivindicar a autoria do que ele tem escrito, então ele coloca seu nome em rasura. Ele acopla os traços de seu nome à palavra *falsch*, “errado”, mas com uma forte ênfase em enganar e trair. A assinatura e o nome correspondente são equivocados e enganosos, pois fazem promessas que jamais poderão ser cumpridas. E ainda, sob o bar, o nome está claramente visível como se estivesse assumindo a autoria: “Eu, Franz, quero dizer o que escrevo, mas, novamente, eu não posso”.

Franz Kafka gravou seu nome em carne humana e, assim, clamou pela autoria da história da modernidade. A inscrição composta pela máquina de escrever de Kafka é uma assinatura obscura que tem sido entendida como um símbolo da verdade e um oráculo do amanhã. A história da qual a assinatura reivindica autoria é a verdade sobre a experiência da modernidade, o conto sem censura sobre a angústia humana, o sofrimento e a crueldade, em um mundo de objetivos filantrópicos e resultados insuportáveis. E essa experiência é pronunciada em nome do autor; a modernidade é vivida em nome do kafkiano.

Apesar das inúmeras tentativas de delinear o kafkiano como uma alegoria da modernidade, o autor e sua arte permanecem um enigma.⁶ E com razão: especificamente, kafkiano é tudo aquilo que é inconcebível. O autor (sua arte e seu nome) estão reservados para aquilo que escapa à razão iluminada do homem moderno e sua ciência e, portanto, permanece por trás de um véu de mistério.⁷

O direito é um dos principais temas da arte literária de Kafka, mas também é tema de uma ciência iluminada: a moderna filosofia jurídica. Dentro da tradição continental da ciência jurídica, o direito é entendido como uma construção conceitual, a criação que é regulada pela razão da ciência moderna. O direito é uma estrutura relacional, formalizada a partir de fenômenos normativos e estratificado dentro de um quadro de racionalidade hierárquica: a moderna filosofia jurídica concebe (a) ordem jurídica como um sistema. Na crítica da moderna filosofia jurídica, a base sistemática da hierarquia pode ser invertida, por exemplo, ao se submeter o direito positivo ao *ethos* da justiça popular, mas a hierarquia em si mesma raramente é questionada - se é que já o foi.

5 - KAFKA, Franz. **Briefe an Milena**. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1952, p. 131.

6 - A quantidade de literatura sobre a arte de Kafka é desconcertante. Além da bolsa de pesquisa Kafka, inúmeros autores poderiam ser citados aqui, de Adorno a Benjamin, passando por Borges e Kundera. Eu só indico ao leitor, por exemplo, a compilação de Hartmut Binder (1979). Tais “manuais” são de ajuda inestimável para qualquer um que tente encontrar o caminho por meio da estupenda quantidade de exegese disponível sobre Kafka.

7 - WEINSTEIN, Arnold L. **Vision and Response in Modern Fiction**. Ithaca/London: Cornell University Press, 1974, p. 156-167.

Dentro do domínio do direito, o kafkiano sugere uma série de inversões estruturais. O nome do autor refere-se a um mundo no qual as instituições jurídicas labirínticas parecem funcionar de acordo com suas próprias regras. No mundo kafkiano, o direito escapa a tentativas bem-intencionadas do homem racional em sujeitá-lo aos ditames racionais do pensamento iluminista, mas o obscurantismo inerente ao direito o deixa com uma sensação de desamparo e medo. Fomos levados a crer que o funcionamento do direito estaria de acordo com a forma processual de caminhos lógicos. No entanto, no mundo kafkiano, nós somos incapazes de impor essa razão sobre ele, pois nele, a qualidade obscurantista do direito é expressa a partir do ditado parateológico do mimetismo, em que os símbolos da ciência jurídica representam a pureza do *Wesen*⁸ fenomenológico (essência fenomenológica), enquanto aquilo que até então tinha sido tomado pela essência do direito foi degradado em mera sombra da pureza eidética.⁹ Os símbolos do direito, a decoração do Tribunal, as cortinas, os registros públicos e assim por diante não são representações miméticas da essência do direito, mas sim o contrário: o “direito” de o direito existir no mundo Kafkiano, que está intimamente ligado à maneira como ele pode estar de acordo com seus próprios símbolos.

Em um tal mundo de lógica jurídica invertida, a alegoria dostoevskiana de crime e castigo está de cabeça para baixo. Os infalíveis poderes da punição não perseguem o homem, atormentado por uma consciência culpada por um crime que cometeu. A punição existe antes do crime, e o direito procura um culpado que se encaixe num veredicto preexistente para satisfazer seu desejo de punição. Nessa imagem invertida do mundo jurídico, o ditado kafkiano parateológico fornece a narrativa com um sabor cômico absurdo. Mas a comédia no mundo kafkiano não é antípoda ao trágico, uma lufada de ar fresco que aliviaria a agonia do sofrimento. Pelo contrário, no mundo kafkiano, a comédia incapacita a fundação trágica do sofrimento, libertando o homem do único conforto que resta, isto é, da nobre experiência do sublime.

Mas uma metamorfose do homem para o inseto não é mais difícil de racionalizar do que a metamorfose do inseto para o homem; uma inversão da lógica do direito é tão compreensível para a moderna filosofia jurídica quanto aquela para a qual foi invertida. No mundo kafkiano, o que é, então, o direito? Um direito que escaparia à razão e à lógica jurídica da moderna filosofia jurídica? Quais são as suas características estruturais ou, a propósito, elas podem ser abordadas em nome da estrutura, para começar? Se não, o direito pode ser concebido como (em) um sistema?¹⁰ No decorrer deste ensaio, tentaremos ler certas características estruturais do direito a partir do

8 - NT: A expressão aparece não traduzida no original, e é importante mencionar que, para Heidegger, a expressão “*Wesen*” possui um significado central (“*como possibilidade interna própria*”) e quatro outros significados: 1. O que está mais perto de alguma coisa (*das Eigenste einer Sache*); 2. Como o jeito de ser de alguma coisa (*Seinsweise einer Sache*) - a maneira de desdobrar a raiz de algo; 3. a maneira de oscilação (*das Walten einer Sache*) - a maneira pela qual algo surge ou acontece; e 4. Como a influência profunda, ou: *Wesung* - o domínio mais profundo ou o caráter mais próprio do ser (*Seyn*) que está no cerne do pensamento de Ser de Heidegger, em *Beiträge zur Philosophie (Vom Ereignis)*. HEIDEGGER, Martin. *Phenomenological Interpretation of Kant's Critique of Pure Reason*. Trans. Parvis Emad e Kenneth Maly. Indiana: IUP, 1997. p. xvi-xvii.

9 - NT: Conforme bem apontado por Sávio Peres, com fundamento no pensamento de Husserl, “conhecimento a priori é conhecimento de essências (*eidos*). Daí que as ciências a priori, inclusive a lógica pura, não são outra coisa senão ciências de essências (ou *eidéticas*) (1925/1962)”. PERES, Sávio Passafaro. Psicologia eidética e teoria do conhecimento nas Investigações lógicas de Husserl. *Psicologia USP*, v. 28, n. 1, 2017.

10 - Coincidindo com “estrutura” e “sistema”, alguém poderia falar também de uma “topologia” do direito. Em sua leitura de Kafka, Jacques Derrida (1985) aborda uma topologia do direito, mas o objetivo deste ensaio é muito mais modesto. Por topologia eu entenderia apenas a estrutura de componentes relacionais, topologia sob o prisma da epistemologia lacaniana, não um “acontecer” (*avoir-lieu*) do direito. Outra interpretação fascinante da parábola “*Vor dem Gesetz*” é dada por Hélène Cixous (1991, p. 14-19) em uma tradução inglesa de seus seminários de 1980-81. Para uma interpretação cabalística sobre parábola e o direito, ver o iluminado ensaio de Eberhard Schmidhäuser (1993, p. 812-17).

conto de Kafka “*In der Strafkolonie*” (“Na Colônia Penal”)¹¹ para definir no mundo kafkiano uma particular compreensão nietzscheana¹² do direito na modernidade.

II

Para além do direito da ciência jurídica, a arte de Kafka incorpora um outro direito, um direito da literatura que se encontra entrelaçado em tudo que o autor escreveu.¹³ Vamos chamar a isso de direito kafkiano. A estrutura narrativa dos textos de Kafka muitas vezes define o protagonista em um estado de inocência do qual é banido no mundo kafkiano durante o curso da história. Josef K., e suas expectativas, representam tal inocência vis-à-vis ao mundo; K. insolentemente afirma estar familiarizado com o mundo, mas deve, vez após vez, reconhecer seu próprio erro: K. erroneamente pensa que conhece o conteúdo do direito, mas a sala de interrogatório nunca está onde deveria, a posição e a configuração do púlpito mudam constantemente na catedral escura e assim por diante. *Der Prozeß*¹⁴ conta a história da perda de tal inocência, o colapso do mundo aparentemente firme e estruturado de K. para um estado de flutuação precária que o kafkiano representa.

A escrita de Kafka começa no limite da autoconfiança do protagonista, no limite que separa sonho e realidade, presente e representado, literal e figurativo. O autor encontra uma alegoria filosófica no sofrimento do mundo, incorporado na metáfora e na figuração:

Sempre tendo em mãos uma bússola confiável para guiar alguém na vida e para permitir que alguém a visualize constantemente na luz correta, sem nunca perder o caminho, nada é mais apropriado do que se acostumar a ver este mundo como um lugar de penitência [*als einen Ort der Buße*], isto é, como uma penitenciária, por assim dizer [*gletschsam als eine Strafanstalt*], uma colônia penal [em inglês no original] - uma *ergasterion*....¹⁵

Nos escritos de Kafka sobre o sofrimento, no entanto, não há espaço para metáforas ou figuração, mas apenas verdade literal. Não há *als* nem ‘como se’ para silenciar o acoplamento entre o mundo e a penitenciária: para Kafka, o mundo é uma Colônia Penal.¹⁶ A descrição detalhada e

11 - KAFKA, Franz. ‘*In der Strafkolonie*’. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970.

12 - Para este ensaio, consultei várias traduções de Kafka e Nietzsche. Os textos ingleses que citei são, portanto, um composto de numerosas fontes. Por conseguinte, considere adequado referir apenas as fontes originais que usei. Isso vale para toda a literatura utilizada. A disponibilidade de traduções em inglês pode ser verificada a partir dos índices de publicação relevantes.

13 - PIERRE, Rolland. *Odradek. Loi de Kafka*. Paris: Les Editeurs Français Réunis, 1976.

14 - KAFKA, Franz. *Der Prozeß*. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1935.

15 - SCHOPENHAUER, Arthur. *Parerga und Paralipomena II*. *Sämtliche Werke*. Sechster Band. Wiesbaden: Brockhaus (orig. 1851), 1947, p. 328 (§ 156).

16 - SOKEL, Walter H. *Franz Kafka - Tragik und Ironie*. Zur Struktur seiner Kunst. München/Wein: Albert Langen & Georg Müller, 1964, p. 9-30.

visual de Kafka da colônia penal, na precisão pedante do entomologista observando, catalogando e categorizando os fenômenos do mundo dos insetos.

Esse estilo enciclopédico possui certas implicações poéticas. A ilustração minuciosa e pictórica do mundo esboça um design cada vez mais preciso que, há apenas alguns instantes, só existia como alegoria. Em pouco tempo, o leitor enfrenta um ambiente literário ilustrado com tal intensidade que seus contra-argumentos racionais - se houver algum - finalmente cedem. Isso também acontece em “*In der Strafkolonie*”.¹⁷ Uma descrição literária da colônia penal e seu direito, primeiro figurativamente, irreal e até quimérico, baseia-se no poder dos detalhes para exigir o acesso do representado ao presente e, ao final, o leitor é mais ou menos obrigado a reconhecer seu próprio mundo no pesadelo do conto; a presença de seu mundo literal na representação do ambiente literário.

No entanto, a leitura de Kafka passou a ser regulada por uma lei literária bastante distinta. Nossa compreensão contemporânea sobre a modernidade fez com que o kafkiano e o estado degradado do próprio mundo fossem um ponto de partida. Com nenhuma inocência original, o texto é precedido apenas por nossa consciência de que a verdade dolorosa é velada pelo engano de que o mundo não é o que parece ser, e a leitura da literatura é uma exposição a essa verdade, uma verificação da suposição kafkiana. Kafka é frequentemente associado ao sonho ou, para ser mais exato, com a incapacidade de diferenciar realidade e fantasia, entre o despertar e o pesadelo. Mas, no direito kafkiano, seu nome já nos prometeu que esse pesadelo é real, e, em sua literatura, encontramos o sonho retratado com tamanhos detalhes e com tal rigor que, ao final, preferiríamos ter duvidado de nossa concepção racional do mundo desperto a duvidar das imagens fantásticas criadas pelo poder criador da literatura. O mundo kafkiano não é apenas um produto da imaginação de um autor, nem é algo que poderia vir a ser; ele *existe* na memória histórica da modernidade.

É nesse sentido que Kafka não é apenas um pensamento, como um autor visionário que penetra, através da superfície enganosa da realidade, na verdade dolorosa sobre a modernidade, mas seus textos também têm sinalizado um valor profético. Kafka, um autor judaico, não apenas retrata o horror do mundo como ele realmente é, mas em “*In der Strafkolonie*”, escrito em 1914 (e publicado cinco anos depois), também apresenta um presságio que começaria a se tornar realidade nos próximos 20 anos. Então Kafka, um nome com uma ressonância fatídica, um rosto frágil e um olhar triste, torna-se a fixa fundamentação de uma posição moral e ética em relação aos horrores do mundo.

Um paradoxo é incorporado em tal concepção sobre direito e literatura, escrita com o nome de Kafka. O texto é lido como um sortimento predefinido de sinais e estruturas do mundo kafkiano, enquanto o leitor simplesmente reconhece algo que já foi ditado pelas promessas da assinatura, pelo direito kafkiano. A literatura de Kafka não gera um mundo *ex nihilo*, mas apenas verifica os atributos do mundo que precedem o texto. Esses atributos foram dados em nome próprio, mas a assinatura está enganando; inexoravelmente, o poder criador da literatura cria algo que o leitor do kafkiano recusa-se a ver, confiando cegamente no nome próprio e nas promessas de assinatura, um suplemento que torna mais ou menos problemática a fixação razoável do mundo kafkiano.

17 - POLITZER, Heinz. **Franz Kafka, der Künstler**. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1965, p. 156-178.

A obsessão temática de Kafka com questões sobre direito e justiça não pode ser negligenciada, não se relacionando apenas com uma educação e profissão jurídicas. O agente de seguros enxerga algo absolutamente mais essencial no direito, algo que retrata o mundo em geral: o direito é o kafkiano. O direito no mundo kafkiano, como descrito em “*Der Prozeß*”, é frequentemente apresentado com três inversões: ausência de geometria espacial e organização (direito atópico), ausência de causalidade e diferenciação temporal (direito acrônico) e ausência de uma fonte de origem e legitimidade (direito anárquico).¹⁸

O aspecto atópico do direito é, acima de tudo, evidente na desintegração das estruturas hierárquicas da sistemática jurídica em segmentos lineares de poder coextensivo. A estrutura hierárquica do direito é justaposta a uma arquitetura flexível ou sem forma, permitindo que o direito amplie seu poder em qualquer lugar. A busca de K. por justiça é, como todas as buscas similares, a procura por um poder hierarquicamente soberano que possa autorizar ou proibir a persistente perseguição por parte dos representantes do direito (no final, ambas são conclusões igualmente aceitáveis para o caso de K.). Tais hierarquias não estão decisivamente ausentes, mas o acesso a um nível mais elevado se tornou impossível ou negado. No preâmbulo frequentemente citado em “Diante da Lei”, recontado pelo padre, o porteiro “poderoso [mächtig]” nega ao camponês o acesso à lei, mas observa que os corredores da lei são guardados por numerosos outros porteiros mais poderosos [mächtiger] do que os outros.¹⁹

Entretanto, tal inversão não é sem forma. Ao deixar K. fora do portão da lei, impõe-se uma lógica horizontal de subjugação burocrática, em oposição a uma lógica vertical presumida do direito. A inversão não se aplica apenas à dimensão espacial do direito, mas também é característica da dimensão temporal. O elemento tempo é invertido de várias maneiras: uma consequência traz uma causa, um veredicto de culpa exige um crime, um castigo exige um condenado. O título alemão de “O Processo”, “*Der Prozeß*” indica que o procedimento jurídico, isto é, o procedimento empírico de evidência da existência do direito, é entendido como uma sucessão de sequências de tempo, em vez da “tentativa” de uma acusação ou de uma alegação de inocência. A verdade do direito, como é entendida por K., é análoga à rigorosa observância das regras de um processo formal, e é também a ruptura dessa formalidade que provoca a ansiedade de K. Contudo, a ruptura do processo formal não significa uma total ausência de lógica temporal. K. não está em um vazio temporal sem estrutura nem forma, mas, ao invés disso, é obrigado a recuar em um tempo contracronológico; o retorno a um passado inconsciente ao qual ele está alheio. Daí as dúvidas sobre se K. realmente cometeu ou não um crime e o resultado nebuloso das sensações de culpa.

A terceira inversão, a anarquia do direito, significa a personagem de uma fonte ou legislador desaparecidos – que explicaria a validade empiricamente evidente – e a justificação do direito, que atormenta a vida de K. Este legislador não está, mais uma vez, de todo ausente, para alguém ou algo que governa o mundo kafkiano:

Non est deus, sed legislator, qui absconditus est, sed praesens, non contra, sed pro, deus, qui visibilis est (in sacris et in ritibus), sed qui non existit, sed sicut stella

18 - GARAPON, Antoine. 'Kafka ou le non-lieu de la loi'. *Revue interdisciplinaire des études juridiques* 28: 1-19, 1992.

19 - KAFKA, Franz. *Der Prozeß*. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1935, p. 256.

que ainda lança alguma luz, mas deixou de existir há milhares de anos. Estas imagens da justiça são vestígios sinistros de um direito que deve ter existido, mas são, atualmente, sem coerência, já que não estão mais interconectados por alguma razão jurídica, religiosa ou moral.²⁰

O direito aqui é concebido como uma locução, que exige um locutor (ou um “sujeito”) que pronuncia um direito válido, uma autoridade que o “positive” e, assim, forneça a ele a validade e a justificação necessárias. No kafkiano, tal locutor parece ser reduzido a meras funções e imagens. Seria, no entanto, inexato ver essas funções e imagens meramente como representações miméticas, como meros símbolos de algo que deixou de existir. O direito, como apresentado nos rituais e nas imagens do julgamento de K., é o direito do homem, de éditos humanos que não exigem a legitimação de uma fonte divina, de um legislador super-humano ou de uma razão transcendental.

III

Então, sem um lugar, como seria o direito no mundo kafkiano atópico? Literalmente falando, a colônia penal possui um *topos*, um lugar, semanticamente equivalente a um terreno geográfico. Dizem-nos, por exemplo, que fica numa ilha onde há indústria, com infraestrutura que inclui um porto comercial com docas e seus trabalhadores. A penitenciária é física e socialmente separada de uma pátria colonial, representando uma ordem legal e um poder soberano; a colônia é isolada e insular. Esse isolamento físico e social permitiu o desenvolvimento de um sistema penal e judiciário relativamente autônomo. Também somos informados de que a ilha está nos trópicos e que os trajes pesados do Norte não são adequados para o clima quente; eles são “um importante lembrete da pátria” (*Heimat*), um símbolo vago da autoridade colonial.²¹

O explorador que chegou à ilha é incorretamente distinguido pelo oficial, que explica a execução para ele como um ‘*grande pesquisador ocidental*’ (*großer Forscher des Abendlandes*).²² Ele não é nem um membro da colônia penal e nem um cidadão do estado ao qual ela pertence,²³ e como o explorador só viaja pelo lazer, insiste na versão de que está na colônia como mero observador e que inicialmente não deseja intervir na execução de uma punição que ele, no entanto, considera explicitamente injusta e cruel.

O cenário geográfico da colônia e a posição do explorador estabelecem uma estrutura binária (interior/exterior) que situa a colônia fora da jurisdição de sua terra natal, banida a uma existência solitária no mar tropical. Mas, nesse caso, ser banido dessa maneira dificilmente re-

20 - GARAPON, Antoine. ‘Kafka ou le non-lieu de la loi’. *Revue interdisciplinaire des études juridiques* 28: 1-19, 1992, p. 14-15.

21 - KAFKA, Franz. ‘*In der Strafkolonie*’. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 100.

22 - KAFKA, Franz. ‘*In der Strafkolonie*’. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 113.

23 - KAFKA, Franz. ‘*In der Strafkolonie*’. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 109.

presenta uma desvantagem, pois o próprio isolamento da colônia lhe proporcionou sua relativa autonomia. A criação de um sistema penal independente, com suas próprias leis e métodos próprios de punição, só foi possível porque a colônia foi afastada da influência da pátria colonial e de sua ordem jurídica. Mas banir representa pronunciar um julgamento que demanda a jurisdição eficaz de um juiz, ou seja, um juiz deve pronunciar o veredicto e, ao fazê-lo, concede-se à colônia sua relativa autonomia.

Kafka não oculta o caráter divino desse juiz. Podemos esboçar as linhas de um direito judaico que regula a vida na colônia. O oficial mostra ao explorador as folhas de papel nas quais a sentença do condenado está escrita, conforme os desenhos do antigo comandante. O oficial carrega esses desenhos com ele em uma pasta de couro, como se fossem as tábuas de pedra de um povo escolhido, dentro de uma arca banhada à ouro.²⁴ O oficial confirma que os desenhos do antigo comandante são seus “bens mais preciosos”, e o explorador não pode sequer tocá-los. Na sua arca sagrada, o oficial carrega os mandamentos transmitidos pelo antigo Comandante ao seu carrasco escolhido.

Esses criptogramas são incompreensíveis para o explorador, mas o oficial nos informa sobre o conteúdo de duas folhas. Duas frases são reveladas: “honra teus superiores” (*ehre deinen Vorgesetzten*) e “seja justo” (*sei gerecht*).²⁵ Não estamos, portanto, lidando com sentenças, como afirma o oficial, mas sim com as leis que regem a vida da colônia. No entanto, Kafka nem mesmo fala sobre “leis”, mas sobre comandos ou mandamentos (*Gebot*) contra os quais o condenado agiu em violação. Isso ressalta a relativa autonomia da colônia em relação à antiga pátria colonial e sua ordem jurídica.

Cria-se assim uma estranha contradição. Por um lado, o direito é justaposto a comandos, éditos e ordens individuais obviamente subordinados à ordem jurídica da pátria mãe, uma vez que tais comandos não cumprem os requisitos da universalidade e da sistematicidade, essenciais à ordem jurídica. Por outro lado, o direito é justaposto aos mandamentos sagrados, o pacto divino que o antigo Comandante ordenou para sua colônia. Portanto, o sistema penal da colônia é ao mesmo tempo inferior ao direito, em relação às exigências da universalidade e da sistemática, mas é capaz de anular a ordem jurídica da pátria mãe com sua autoridade divina. O antigo Comandante, a principal fonte de autonomia relativa da colônia, aparece como um Deus que banuiu a si mesmo e a sua colônia do domínio da pátria mãe e de sua ordem jurídica.

A noção sobre uma “lei das leis”²⁶ ou um *Recht* acima da positividade das leis individuais (*Gesetz*) está presente no texto de Kafka como uma exigência densa de “justiça” (*Gerechtigkeit*) e outros conceitos derivados da mesma raiz. Quando, durante o regime do antigo comandante, a multidão se reunia para acompanhar a execução cerimonial das punições, todos sabiam que “*agora a justiça está sendo feita*” [*jetzt geschieht Gerechtigkeit*].²⁷ Assim que o homem condenado se torna

24 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 107.

25 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 104 e 118.

26 - POLITZER, Heinz. *Franz Kafka, der Künstler*. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1965, p. 251-254.

27 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 111.

consciente da aproximação de sua morte, no meio de sua tortura, seu rosto exhibe uma expressão de transfiguração que o oficial chama de “o esplendor da justiça” [*Schein... dieser Gerechtigkeit*].²⁸ É dispensável dizer que o explorador considera a execução uma zombaria da justiça: são inegáveis a desumanidade e a injustiça (*Ungerechtigkeit*) do procedimento.²⁹ Em outras palavras, ele acha que o comando individual e a punição prevista para a violação não obedecem a uma exigência maior de justiça e, portanto, não podem ser expressões do direito.

Para designar Tribunais, Kafka usa o ambíguo termo *Gericht*, que também significa julgamento e jurisdição. No final de sua descrição da execução, o oficial observa que “o julgamento foi realizado” [*das Gericht ist zu Ende*].³⁰ O oficial explica os benefícios de sua concepção de direito, referindo-se às desvantagens da estrutura hierárquica da ordem jurídica: “Meu princípio orientador é o seguinte: nunca se deve duvidar da culpa.” Outros Tribunais [*andere Gerichte*] não podem seguir esse princípio, pois se constituem de várias opiniões, e eles possuem tribunais superiores [*höhere Gerichte*] para reexaminá-los.³¹

Quando o direito se limita a um único nível, a tomada de decisão judicial pressupõe o caráter de subjugação burocrática. Em tais estruturas não hierárquicas de jurisdição, a distinção entre autoridade legislativa e adjudicação torna-se obscura. Clayton Koelb³² indica a relação paradoxal entre leitura e escrita disposta no texto. Koelb argumenta que, na retórica de Kafka, a escrita da sentença no corpo do homem condenado é tanto a leitura entendida quanto a recepção passiva de um texto poderoso:

Escrever é a criação de um modelo que direciona um ato de inscrição, e a leitura é o sofrimento dessa inscrição na psique do leitor. Obviamente, o que é necessário é um mecanismo para mediar, para colocar em contato o texto do modelo do escritor com a matriz psíquica do leitor. A máquina de Kafka possui exatamente essa função.³³

Reescrito em termos de filosofia jurídica, Koelb enfatiza que, em seu sofrimento, o condenado é submetido à adjudicação, isto é, à leitura de um texto poderoso operando sob o pretexto do direito, com a máquina operando como um juiz mediador. Mas a moderna filosofia jurídica não pode reconhecer esse texto poderoso como direito, porque a única razão para o cumprimento de seus ditames é o injustificável poder do terror, que combina o comando tirânico com uma execu-

28 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie', p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 112; sobre o uso que Kafka faz da luz como metáfora jurídico-religiosa, cfr.: BEUTNER, Barbara. *Die Bildsprache Franz Kafkas*. München: Wilhelm Fink, 1973, p. 118-25.

29 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 109.

30 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 108.

31 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 104.

32 - KOELB, Clayton. *Kafka's Rhetoric: The Passion of Reading*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1989, p. 66-75.

33 - KOELB, Clayton. *Kafka's Rhetoric: The Passion of Reading*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1989, p. 74-75.

ção desumana. A criação do modelo, o direito original do antigo Comandante, é uma escrita em arco [arche-writing]³⁴ que produz criptogramas incompreensíveis, mas como esse direito divino é ilegível, torna-se necessário um mediador ou um juiz de interpretação. No entanto, a máquina obscurece todas as tentativas de se distinguir entre escrita e leitura, entre criação legislativa e adjudicação [interpretação] judicial, assim como a sentença é ao mesmo tempo uma leitura interpretativa de um direito prescrito e uma inscrição original - porque o modelo é ilegível, não podendo ser estritamente “interpretado”.³⁵

Aparentemente, os mandamentos do antigo Comandante não possuíam poder antes de sua gravação nos corpos dos condenados. Ao que parece, o direito apenas pode obrigar se tomar a força (*Gewalt*) para o poder (*Macht*). Na colônia penal, o modelo de direito não tem poder por si só, permanecendo sem sentido para os condenados até a sexta hora de sua execução. Apenas produzindo uma *contemplação*, uma compreensão, pode o modelo de direito reivindicar a posse de algum poder, mas a partir de então, a força já corrompeu o processo. Só então: “[a] compreensão [Verstand] atinge os mais débeis de espírito! Começa ao redor dos olhos. De lá, se espalha. Uma visão que poderia seduzir alguém a passar por baixo da grade com ele”.³⁶

A execução da punição é a encarnação de uma força violenta e ilegal, e é isso que frequentemente é identificado como sendo kafkiano no direito. O único direito verdadeiro no texto parece ser o senso de justiça do explorador e a contemplação que o homem condenado tem de seu próprio destino, no meio da execução, na compreensão que ele alcança no limiar de sua morte. Mas qual é a compreensão que o homem condenado contempla? Seria a natureza injusta de seu destino? Seria o significado do comando individual que ele violou? Ou talvez seja uma filosofia jurídica kafkiana, uma espécie de ‘sabedoria jurídica’ da modernidade?

Pelo menos, o leitor é levado a entender que a visão de uma força violenta, relativamente autônoma e pseudo-jurídica, criada pelo antigo Comandante, é kafkiana em sua crueldade mecânica. Embora seja concebida no domínio da literatura, a execução kafkiana corresponde, com precisão, à experiência da modernidade, com a verdade inexprimível que escapa às tentativas da razão iluminada de conceituar o mundo. Mas o que há de errado com o direito na “Colônia Penal”, além da suposta ‘natureza claramente injusta’ da máquina de tortura? Podemos, mais uma vez, nos voltar para a estrutura hierárquica do direito.

No texto de Kafka, o direito do antigo Comandante é um sistema não hierárquico de subjugação burocrática com base em comandos ilegítimos, enquanto o senso de justiça do explorador parece representar o modo tradicional de pensamento, em que todas as leis individuais estão

34 - NT: É importante notar a presença de Derrida na expressão. Conforme observado por Jack Reynolds: “Em ‘Of Grammatology’ e em outros lugares, Derrida argumenta que a significação, amplamente concebida, sempre se refere a outros signos, e que nunca se pode alcançar um signo que se refira apenas a si mesmo. Ele sugere que ‘a escrita não é um signo de um signo, exceto se alguém disser o mesmo sobre todos os signos, o que seria mais profundamente verdadeiro’ (OG 43), e este processo de referência infinita, de nunca chegar ao significado em si, é a noção de ‘escrita’ que ele quer enfatizar. Não se trata de escrever de maneira estritamente concebida, como a inscrição literal em uma página, mas no que ele chama de ‘escrita em arco’ [ing.: *arché-writing*; fr.: *archi-écriture*]. *Arche-writing* refere-se a uma noção mais generalizada de escrita que insiste que a violação que a escrita introduz entre o que se pretende transmitir e o que é realmente transmitido é típica de uma violação originária que aflige tudo o que se deseja manter sagrado, incluindo a noção de auto-presença”. Jack Reynolds, IEP, Verbete Jacques Derrida (1930-2004).

35 - Sobre ‘prescrição’ e Kafka, ver LYOTARD, Jean-François. ‘Prescriptions’. p. 35-56. In Lectures d'enfance. Paris: Galilée, 1991.

36 - KAFKA, Franz. ‘In der Strafkolonie’. p. 100-23. In Sämtliche Erzählungen. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 108.

sujeitas a uma ordem jurídica superior anterior, para uma compreensão substancial do Estado de Direito como justiça.³⁷ Ao final do texto, é-nos oferecida uma verificação objetiva, ao que parece, da existência de tal hierarquia, enquanto o oficial, tendo ouvido a desaprovação do explorador, acaba condenando-se com um comando final: “seja justo [*sei gerecht*]”. Esse comando final obriga o oficial a respeitar um requisito de justiça que é superior a todos os comandos individuais e é a fonte de sua validade e justificação.

IV

Tal afirmação obviamente se refere a um Kafka político, bem distante do homem de letras da tradicional crítica literária. Dentro das velhas tradições sobre as problemáticas relações com o pai e dos infelizes casos de amor, estabelecidos pelas pesquisas sobre Kafka, Gilles Deleuze e Felix Guattari³⁸ (1975) tentaram reavaliar o legado político-cultural do autor. Sua alegação é a de que Kafka não deveria ser lido como o autoevidente proponente de uma “teologia negativa” da modernidade, mas como a abertura para uma política do desejo. A verdade de Kafka não está na afirmação do destino doloroso do homem moderno, mas na possibilidade de uma nova política, e isso se aplica também ao direito. Deleuze e Guattari motivam sua compreensão de Kafka por meio do que eles chamam de “literatura menor”³⁹: estando fora dos reinos de todas as grandes tradições literárias, Kafka não pode ser lido apenas como um autor tentando descrever uma determinada vida e suas circunstâncias, mas sim como o iniciador de um programa político.

Como um artista no mundo do direito - ou talvez vice-versa -, Kafka também escreve o que se pode chamar de “literatura jurídica menor” ou “filosofia jurídica menor”.⁴⁰ Com o dom da visão que comumente é associado ao anseio pela verdade de um artista, Kafka representa o acesso garantido ao *Wesensschau* fenomenológico que lhe permitiria desvendar a essência do direito e

37 - Na língua inglesa, não se traduz bem na distinção alemã entre *Gesetz* e *Recht*. Para este último, usei a noção bastante enganosa de ‘*Rule of Law*’ [Estado de Direito] para distingui-lo do direito positivo. Em algumas traduções de Kafka, *Gesetz* foi utilizado como ‘Lei’, mas não deve ser usado como *Recht*. As línguas romanas se baseiam na distinção feita em latim entre *lex* e *directum* (*loi/droit, ley/derecho*). A tradução literal do último seria “direito” (*right*), embora, no direito romano, o equivalente substantivo de *Recht* provavelmente seja *ius*, “*jus*”. Um fabuloso levantamento etimológico sobre as origens de *ius* é feita por Georges Dumezil. Cfr.: DUMÉZIL, Georges. ‘Ius’, in: *Idées romaines*. Paris: Gallimard, 1969, p. 31-45.

38 - DELEUZE, Gilles and GUATTARI, Félix. **Kafka**: Pour une littérature mineure. Paris: Minuit, 1975.

39 - NT: Segundo Deleuze e Guattari, no importante capítulo 3 de sua obra, em torno da indagação sobre uma “literatura menor”, tudo se relacionando com as “linhas de fuga da linguagem”; relevante, portanto, os “conteúdos e suas formas: cabeça inclinada-cabeça erguida, triângulos-linhas de fuga. E é verdade que, no domínio da expressão, cabeça inclinada se conjuga com a foto, cabeça erguida, com o som. Contudo, tanto quanto a expressão, sua forma e sua deformação não são consideradas por elas mesmas, não se pode encontrar verdadeira saída, mesmo ao nível dos conteúdos. Somente a expressão nos dá o procedimento. O problema da expressão não é colocado por Kafka de uma maneira abstrata universal, mas em relação com as literaturas ditas menores - por exemplo, a literatura judaica em Varsóvia ou em Praga. Uma literatura menor não é a de uma língua menor, mas antes a que uma minoria faz em uma língua maior” e mais ainda, pois “a primeira característica é, de qualquer modo, que a língua aí é modificada por um forte coeficiente de desterritorialização. Kafka define, nesse sentido, o beco sem saída que barra aos judeus de Praga o acesso à escritura e que faz da literatura deles algo impossível: impossibilidade de não escrever; impossibilidade de escrever em alemão, impossibilidade de escrever de outra maneira. Impossibilidade de não escrever; porque a consciência nacional, incerta ou oprimida, passa necessariamente pela literatura (“A batalha literária adquire uma justificação real na maior escala possível”).” Cfr. DELEUZE, Gilles and GUATTARI, Félix. **Kafka**: por uma literatura menor. Trad. Júlio Guimarães. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1977.

40 - Segundo Goodrich, uma “filosofia jurídica menor” escapa ao fantasma de um direito soberano ao desafiar “o direito dos mestres” e a ciência que a abraça. Eu acho essa formulação, mais uma vez, demasiado pertencente a uma “obra crítica” do autor: GOODRICH, Peter. **Law in the Courts of Love**, Routledge, 2013, p. 1-3.

enxergar o fenômeno jurídico como ele verdadeiramente é. O *Wesen* do direito, que Kafka atinge, mas que presumivelmente é inatingível para o advogado profissional, apesar de sua caracterização singular na literatura de Kafka, necessariamente também é uma generalização do mundo do direito, uma declaração política sobre ele. Ao marginalizar sua política na “Colônia Penal” [*In der Strafkolonie*] e seu direito, Kafka faz dessa caracterização a base de um direito novo, que encontraria sua expressão por meio da negação à narrativa, em um outro direito.

O perigo reside na ingenuidade interpretativa que afeta a maioria das leituras políticas da filosofia jurídica menor de Kafka. A Colônia Penal [*In der Strafkolonie*] é lida como se seu texto representasse uma forma de justiça literária que, ao contrário, condena o funcionamento do direito à força na modernidade. Desvendando-se a natureza violenta do poder jurídico na sociedade moderna e a incapacidade da moderna filosofia jurídica de assumir a responsabilidade por isso, alega-se que, em sua literatura, Kafka estabelece um padrão normativo para a reforma moral e ética, dentro das noções tradicionais de justiça social.⁴¹ Kafka é lido como se fosse o porta-voz de uma “ética da justiça” antipositivista, independentemente do fato de que nada em seus textos conclusivamente justifique tal posição. Tal ingenuidade interpretativa é reforçada pela identificação do leitor do texto com o explorador, ambos compartilhando aprendizado cultural e valores esclarecidos. Durante o curso da narrativa, o explorador, ao contrário de um leitor não afetado pelo direito kafkiano, nunca está em uma situação na qual não pode crer em seus olhos e ouvidos. Algo assim já seria esperado: a apresentação que o oficial faz da máquina “ofende” o explorador, embora seja, é claro, uma colônia penal “onde medidas extraordinárias eram necessárias e ... a disciplina militar deve ser aplicada até o final”.⁴² O leitor pode apenas verificar significados e valores que precedem o texto.

No entanto, uma interpretação com tal simplicidade é cega para os mais impressionantes elementos do texto de Kafka. Ela ignora completamente, por exemplo, a conclusão da narrativa e a profecia inscrita na lápide do antigo Comandante. Se alguém deseja entregar ao leitor as expectativas de pré-estruturação criadas pelo nome próprio e pelo direito kafkiano, o leitor deve se identificar com o homem condenado em vez do explorador. No começo do texto, o homem condenado é retratado como um homem comum, incapaz de compreender a língua francesa falada pelo oficial e pelo explorador. O texto o descreve como uma criatura de boca larga e aparência estúpida, com cabelo desgrenhado e rosto “que, como um cão submisso”,⁴³ “imitou o explorador”-⁴⁴na tentativa de entender a apresentação do oficial, mas “não conseguia tirar nem a cabeça nem a cauda dali”.⁴⁵ Portanto, ele é incapaz de acompanhar a apresentação da máquina. De maneira semelhante, um leitor não afetado pelo direito kafkiano é muito parecido com o homem condenado que desesperadamente busca entender o relato do autor sobre a colônia e seu direito, mas, sendo

41 - EMRICH, Wilhelm. **Franz Kafka**. Bonn: Athenäum, 1958, p. 220-226.

42 - KAFKA, Franz. **'In der Strafkolonie'**. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 105.

43 - KAFKA, Franz. **'In der Strafkolonie'**. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 100.

44 - KAFKA, Franz. **'In der Strafkolonie'**. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 103.

45 - KAFKA, Franz. **'In der Strafkolonie'**. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 104.

incapaz de dominar os significados que a linguagem literária gera, pode, a princípio, apenas imitar a compreensão.

Mas, de repente, o objetivo da execução é cumprido: “a iluminação vem aos mais estúpidos”,⁴⁶ isto é, para o homem condenado. Há uma mudança considerável em sua compreensão do que está acontecendo, e uma mudança similar ocorre no texto e na sua concepção de validade e de justificativa do direito que regula a execução. Quando o oficial se coloca entre a cama e a grade, o homem condenado percebe que o explorador, sem dúvida, deu um comando que de alguma forma corrige um erro que ele sofreu.⁴⁷ Como o homem condenado, finalmente mostrando a transfiguração do ‘esplendor da justiça’, entende e avalia o direito da colônia? Por outro lado, como é que o leitor, que até agora só consegue imitar a compreensão do explorador sobre a execução, percebe a filosofia jurídica menor de Kafka? Uma resposta pode ser formulada com a ajuda de Friedrich Nietzsche.⁴⁸

Para Nietzsche, o laço social que constitui uma sociedade é baseado na promessa. Uma promessa é um compromisso em se agir de uma maneira prescrita, e, em troca disso, o indivíduo recebe as vantagens de viver em uma comunidade. Mas, mesmo que o homem faça com que suas ações sejam previsíveis, por meio da promessa de agir de uma certa maneira, ele frequentemente esquece o que prometeu. Portanto, um lembrete é necessário, e é assim que Nietzsche conceitua a punição. A punição física é um Mnemônico da dor, uma maneira dolorosa de lembrar ao homem esquecido de seus compromissos e promessas, dos seus deveres e responsabilidades sociais com a comunidade. A técnica mnemônica de Nietzsche é simples: a promessa que se quebrou é escrita na pele do criminoso, a ferro e fogo, porque só o que causa dor incessante será lembrado. A comunidade participa dessa tortura literária, mas não por meio da identificação com a vítima ou apenas a sensação de vingança, mas experimentando puro prazer em infligir dor ao outro; a punição é uma festa de crueldade.⁴⁹

O caráter festivo e mnemônico da execução na Colônia Penal é bastante claro. O oficial descreve entusiasticamente as execuções de “tempos antigos”, quando o vale estava cheio de pessoas que tinham descido para desfrutar do assassinato cerimonial.⁵⁰ A intenção fútil do oficial parece ser a de reviver uma velha tradição que está rapidamente se degenerando, e ele não consegue entender porque o explorador não percebe a glória dessa tradição. Como o texto de Nietzsche, o conto também envolve claramente três níveis diferentes de história: a cultura dionisíaca do antigo Comandante, tão vivamente descrita pelo oficial emocionado; a degradação desse passado trágico no ritual vazio, ameaçado pelos ideais apolíneos do novo Comandante; e, finalmente, o futuro

46 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In Sämtliche Erzählungen. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 108.

47 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In Sämtliche Erzählungen. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 119.

48 - As afinidades filosóficas de Kafka com Kierkegaard e Schopenhauer foram estudadas em maior medida. Patrick Bridgwater (1974, p. 13-14) é responsável pelo modesto interesse em Nietzsche pelas antipatias pessoais de Max Brod. A falha interpretativa de Brod em enxergar as afinidades entre Kafka e Nietzsche também é notada por Alan Udoff (1987). As características nietzscheanas de Kafka são ampliadas em seus textos sobre direito.

49 - NIETZSCHE, Friedrich. *Zur Genealogie der Moral*. p. 802-804 and 806-808 (Part II, §§ 3 and 6).

50 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In Sämtliche Erzählungen. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 111.

messiânico profetizado por Nietzsche e gravado na lápide do antigo Comandante.⁵¹

Tal concepção de punição como execução cerimonial opera em relação a um entendimento específico de direito e justiça. Para Nietzsche, o direito como *Gesetz* é sistema positivado e, portanto, um direito “positivo”. O direito existe apenas na medida em que se conforma à validade (*Geltung*), e o direito é válido se a vontade (*Wille*) que o positivou tem o poder (*Macht*) para fazer isso. Em outras palavras, para Nietzsche, o direito existe se for válido, isto é, se for poderoso e efetivo. De acordo com Philippe Nonet,⁵² a identificação de validade e existência em Nietzsche é uma referência à ontologia cristã medieval, de acordo com a qual algo existe apenas tanto quanto o ser possa ser entendido como a atualidade (*actualitas*) do poder que o criou (*actus purus*). Como o comando dado por uma vontade particular, o direito poderia estar de acordo com a realidade (*Wirklichkeit*) e a eficácia (*Wirksamkeit*) do poder de comando. Então, o direito seria o comando efetivo em que o comando dado e a obediência correspondente são indistinguíveis.

Mesmo as formas mais rígidas de positivismo jurídico não estariam dispostas a aceitar uma visão tão extremada do direito como poder incondicional de comando. Em todo pensamento jurídico, a autoridade, para positivizar o direito, está sujeita a uma regra de direito prévia e superior, ou *Recht*, que não comanda por si só, mas apenas funda a autoridade para comandar, ao mesmo tempo em que estabelece as condições para o uso legítimo dessa autoridade. Com Nietzsche, a relação entre um comando e a sua natureza legítima e justa, ou entre o direito e o Estado de Direito, foi colocada de cabeça para baixo. O Estado de Direito e a justiça são criações do legislador, criaturas do direito. A atividade de comando do poder mais alto está positivando o direito, na sua criação, na poderosa manifestação do que é certo (*Recht*) e do que é errado (*Unrecht*). Segundo Nietzsche, o certo e o errado só podem existir pela criação do direito, como direito posto, e falar deles como tal seria sem sentido.

Para Nietzsche, como expressão de uma vontade dominante, o direito é o Estado de Direito, ou a justiça que justifica ou condena, ou, em última análise, para ele, a natureza justa ou injusta de qualquer procedimento está baseada na posição do direito, e não no Estado de Direito. De acordo com isso, o poder para comandar e positivizar o direito é a base do Estado de Direito, de todas as concepções de certo e errado. Mas esse poder deve, ele mesmo, encontrar sua própria autoridade. Coincidindo com cada comando individual, cada avaliação legislativa do que é certo e errado, essa vontade deve estabelecer seu próprio poder de comando antes do objeto de comando. O Estado de Direito e a justiça são, ao final, expressões da vontade de poder (*Wille zur Macht*). O jurídico é sempre uma exceção instrumental à infinitude da vontade de poder; um Estado de Direito soberano e universal é um princípio hostil à própria vida.⁵³

V

No texto de Kafka, uma fonte evidente de poder absoluto na Colônia é, naturalmente, o reinado do antigo Comandante. Mas como já notamos antes, o velho Comandante age na narra-

51 - BRIDGWATER, Patrick. *Kafka and Nietzsche*. Bonn: Bouvier & Herbert Grundmann, 1974, p. 104-111.

52 - NONET, Philippe. 'What is Positive Law?', *The Yale Law Journal*, 100: 667-99, 1990.

53 - NIETZSCHE, Friedrich. *Zur Genealogie der Moral*. p. 814-817 (Part II, § 11).

tiva como uma divindade que, com sua autoridade suprema, valida e justifica o direito na colônia. Em outras palavras, o antigo comandante funciona como um poder hierarquicamente supremo que garante a validade e a justificação do direito da mesma forma que o Estado de Direito ou a justiça fariam na compreensão convencional do direito. Além disso, o caráter divino do antigo Comandante não se encaixa bem em na concepção nietzscheana de direito e justiça. Mas existem exemplos individuais de criação do direito no texto que constituem o direito no sentido nietzscheano: a ordem para guardar a porta do capitão, a condenação da sua violação e, mais notavelmente, a participação do explorador na execução do oficial.

Depois que o oficial pede ajuda ao explorador para convencer o novo comandante sobre os méritos da máquina, o explorador responde admitindo que ele se perguntara se ele tinha o “direito [ob ha berechtigt wäre]”⁵⁴ de intervir e pronunciar seu próprio julgamento em relação à execução. Isso é o que ele finalmente faz. Mas, ao mesmo tempo, ele concorda em participar na execução do oficial; para participar da administração de uma punição, ele acabou declarando algo errado. Se ele fosse consistente, o explorador seria obrigado a condenar a execução como injusta e desumana mesmo quando o oficial se coloca entre a cama e a grade. O explorador “sabia muito bem o que iria acontecer, mas ele não tinha o direito [er hatte kein Recht] de obstruir o oficial em qualquer coisa”.⁵⁵ O explorador escolhe permanecer em silêncio, em uma situação em que ele parece ser obrigado a protestar. Permanecendo em silêncio, ele dá o comando e, ao mesmo tempo, anula qualquer exigência suprema de justiça, sujeitando a justiça à sua própria posição sobre a correção do direito.

Mas não há contradição. Os dois julgamentos do explorador não são regulados por uma exigência transcendental de justiça; ambas as decisões, a condenação da execução e a participação na execução do oficial, são expressões da vontade de poder do explorador. Em termos nietzscheanos, a participação do explorador na execução do oficial só foi possível porque a exigência da justiça inscrita na segunda folha (*sei gerecht*) não pode, por si só, comandar para fazer qualquer coisa. Jean-François Lyotard tentou esclarecer a natureza da exigência de justiça como uma “lei das leis” sob um outro ângulo. No direito judaico, “seja justo” é um “metadireito” que prescreve justiça, mas nunca se pode saber o que é ser justo. Em outras palavras, é preciso ser justo caso a caso. A cada vez, alguém deve primeiro decidir, comprometer-se consigo mesmo, e só então alguém pode meditar sobre se o que se tem feito foi justo ou não.⁵⁶

O oficial, por outro lado, está “pelo menos parcialmente satisfeito” e declara que “a hora chegou”. Chegou a hora porque algo foi profetizado; a profecia escrita na lápide do antigo Comandante está finalmente se cumprindo. Ele então olha para o explorador com olhos brilhantes que traziam algum desafio, algum apelo à cooperação”.⁵⁷ Com o silencioso comando do protesto desaparecido e participação voluntária na execução do oficial, o explorador sujeitou a exigência

54 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In Sämtliche Erzählungen. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 116.

55 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In Sämtliche Erzählungen. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 119.

56 - LYOTARD, Jean-François; THÉBAUD, Jean-Loup. **Au juste. Conversations**. Paris: Christian Bourgois, 1979, p. 101-102.

57 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In Sämtliche Erzählungen. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 117-118.

da justiça à sua própria vontade de poder e, tendo feito isso, ele assumiu a posição de salvador, prevista na profecia; o Messias “ressuscitou novamente” como os adeptos anônimos do velho Comandante, isto é, o soldado e o condenado, que o seguem como discípulos fiéis.

Quem é esse Messias? Em seu “prelúdio de uma filosofia do futuro”, Nietzsche profetiza a vinda dos novos filósofos, os filósofos do perigoso “talvez”, que são:

... comandantes e legisladores [*Befehlende und Gesetzgeber*]: eles dizem: ‘Assim será! ‘Eles primeiro determinam o “Onde” e o “Porquê” da humanidade, e assim, deixam de lado o trabalho anterior de todos os trabalhadores e subjugadores filosóficos do passado ... Seu ‘saber’ é criar, a criação deles é uma lei, sua vontade de verdade é - vontade de poder.⁵⁸

O soldado e o condenado saem correndo da casa de chá depois do Messias, o criador do direito do porto, e “provavelmente queriam forçá-lo até o último minuto para levá-los consigo”.⁵⁹ Mas o explorador entra no barco e levanta uma corda pesada do chão, impedindo que seus discípulos subam a bordo. Ele denuncia a posição do Messias oferecido a ele, escapando assim do manto do mestre que a profecia ordenou que ele carregasse. Mas sua fuga só pode ser tão bem-sucedida quanto a daquele que foge de seu destino: filósofo, infelizmente, um ser que muitas vezes foge de si mesmo, muitas vezes tem medo dele mesmo, mas cuja curiosidade sempre o faz “vir para si mesmo” novamente.⁶⁰

REFERÊNCIAS

BEUTNER, Barbara. **Die Bildsprache Franz Kafkas**. Munchen: Wilhelm Fink, 1973.

BINDER, Hartmut (ed.) **Kafka. Handbuch in zwei Banden**. Stuttgart: Alfred Kröner, 1979.

BRIDGWATER, Patrick. **Kafka and Nietzsche**. Bonn: Bouvier & Herbert Grundmann, 1974.

CIXOUS, Hélène. **Readings. The Poetics of Blanchot, Joyce, Kafka, Kleist, Lispector, and Tsvetayeva**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1991.

DELEUZE, Gilles and GUATTARI, Félix. **Kafka: Pour une littérature mineure**. Paris: Minit, 1975.

58 - NIETZSCHE, Friedrich. **Jenseits von Gut und Böse**. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft. Werke in zwei Bänden. Band II. München/Wien: Carl Hanser (orig. 1886), 1967, p. 676–677 (§ 211).

59 - KAFKA, Franz. **‘In der Strafkolonie’**. p. 100–23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 123.

60 - NIETZSCHE, Friedrich. **Jenseits von Gut und Böse**. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft. Werke in zwei Bänden. Band II. München/Wien: Carl Hanser (orig. 1886), 1967, p. 752 (§ 292).

DERRIDA, Jacques. **Préjugés. Devant la loi**. p. 87-139 in Jacques Derrida et al., La faculté de juger. Paris: Minuit, 1985.

DUMÉZIL, Georges. 'Ius'. p. 31-45. In Idées romaines. Paris: Gallimard, 1969.

EMRICH, Wilhelm. **Franz Kafka**. Bonn: Athenäum, 1958.

GARAPON, Antoine 'Kafka ou le non-lieu de la loi'. **Revue interdisciplinaire des études juridiques** 28: 1-19, 1992.

GOODRICH, Peter. **Law in the Courts of Love**. Routledge, 2013.

KAFKA, Franz. **Der Prozeß**. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1935.

KAFKA, Franz. **Briefe an Milena**. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1952.

KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In Sämtliche Erzählungen. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970.

KOELB, Clayton. **Kafka's Rhetoric: The Passion of Reading**. Ithaca/London: Cornell University Press, 1989.

LYOTARD, Jean-François. 'Prescriptions'. p. 35-56. In Lectures d'enfance. Paris: Galilée, 1991.

LYOTARD, Jean-François; THÉBAUD, Jean-Loup. **Au juste. Conversations**. Paris: Christian Bourgois, 1979.

NIETZSCHE, Friedrich. **Jenseits von Gut und Böse**. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft. Werke in zwei Bänden. Band II. München/Wien: Carl Hanser (orig. 1886), 1967.

NIETZSCHE, Friedrich. **Zur Genealogie der Moral**. Werke in zwei Bänden. Band II. München/Wien: Carl Hanser (orig. 1887), 1967.

NONET, Philippe. 'What is Positive Law?'. **The Yale Law Journal** 100: 667-99, 1990.

PIERRE, Rolland. **Odradek. Loi de Kafka**. Paris: Les Editeurs Français Réunis, 1976.

POLITZER, Heinz. **Franz Kafka, der Künstler**. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1965.

SCHMIDHAUSER, Eberhard. 'Das "Gesetz" in Franz Kafkas Roman "Der Der Prozeß"'. p. 803-17. In Fritjof Haft et al. (eds), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C. F. Müller, 1993.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Parerga und Paralipomena II**. Sämtliche Werke. Sechster Band.

Wiesbaden: Brockhaus (orig. 1851), 1947.

SO KEL, Walter H. **Franz Kafka - Tragik und Ironie**. Zur Struktur seiner Kunst. München/Wein: Albert Langen & Georg Müller, 1964.

UDOFF, Alan. **'Before the Question of the Laws'**. p.178-213. In Alan Udoff (ed.), *Kafka and the Contemporary Critical Performance. Centenary Readings*. Bloomington/Indianapolis: Indiana University Press, 1987.

WEINSTEIN, Arnold L. **Vision and Response in Modern Fiction**. Ithaca/London: Cornell University Press, 1974.





ARTIGOS



.....

DESASTRES AMBIENTAIS E O PAPEL DO DIREITO

.....

ENVIRONMENTAL DISASTERS AND THE ROLE OF LAW

Marcelo Kokke¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Dinâmica do Direito dos Desastres e Reflexos Jurídicos; 2. O Papel do Direito nos Desastres; 3 Considerações Finais; Referências.

1 - Pós-Doutor em Direito Público Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela/ESP. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/RJ. Especialista em processo constitucional. Professor de direito da Escola superior Dom Helder Câmara. Professor de Pós-graduação da PUC/MG. Professor colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União. Professor do IDDE – MG. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Membro da Comissão de Advocacia Pública Federal da OAB/MG. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.



RESUMO: O artigo analisa o marco regulatório brasileiro do direito dos desastres, especialmente em relação aos desastres ambientais. A análise do direito dos desastres é construída sob o marco teórico da sociedade de risco e do *worst-case scenario doctrine*. O texto tem como hipótese a lacuna de regime jurídico quanto ao Direito dos Desastres, que compromete a elaboração, implementação, avaliação e aprimoramento de políticas públicas eficientes para a atuação do Estado, da iniciativa privada e da sociedade civil nas situações de desastres. Com embasamento na metodologia crítico-propositiva, o artigo examina do papel do direito em face dos desastres ambientais.

PALAVRAS-CHAVE: Desastre Ambiental. Doutrina do Pior Cenário Possível. Papel do Direito. Sociedade de Risco.

ABSTRACT: The paper analyzes Brazilian regulatory disaster law, especially regarding environmental disasters. Disaster law analyze is built under the theoretical framework of risk society and the worst-case scenario doctrine. The text has as hypothesis the lack of specific rules regarding the Law of Disasters that compromises the efficiency of policy-making process that could enable State, private sectors and civil society to act properly in situations of disasters. Based on the critical-propositional methodology, the article examines the role of law in face of environmental disasters.

KEYWORDS: Environmental Disaster. Worst-Case Scenario Doctrine. Risk Society. Role of Law.

INTRODUÇÃO

O ensino jurídico ainda caminha em bases abstratas. A problematização de temas e proposições desafia o confronto com o ambiente cultural em que serão aplicadas. O Direito Ambiental, a educação ambiental, caminha sob esse desafio. Aprender que a atuação jurídica em face do risco não é somente normativa, mas de afirmação concreta e consultiva quanto à prevenção e precaução do desastre, projetando na dinâmica dos empreendedores os marcos reguladores da sustentabilidade e tutela do meio ambiente não é só um viés desejável, é imperativo.

Um dos obstáculos à perspectiva própria do Direito Ambiental, particularmente quando se remete a desastres ambientais, é a perspectiva de dano ainda extremamente ligada à esfera do direito privado, absorvida socialmente ao longo dos séculos. A fonte do obstáculo reside no fato de que na esfera civil os princípios e regras jurídicas atuam após o dano, em linha retrospectiva, voltada para efeitos e apuração de responsabilidade. O ensino jurídico constrói profissionais que imaginam um direito a atuar em função do dano.

Entretanto, quando se coloca o Direito Ambiental como núcleo de emanção normativa e, mais especificamente, quando se tematiza os desastres ambientais, o desempenho jurídico não é exigido em função do dano, pelo inverso. O papel do Direito é exigido a fim de evitar o dano, refletir quanto a padrões normativos voltados para prevenção e precaução. Embora a questão pareça óbvia, a prática do diálogo jurídico não se mostra em proximidade com a ansiada função que se apresenta ao desempenho normativo.

Em caráter exemplificativo, tome-se um dos clássicos brasileiros a tratar da responsabilidade, a obra “Responsabilidade Civil”, de Caio Mário da Silva Pereira.² A abordagem transita em um ponto de partida: a responsabilidade. O ponto de partida não é juridicamente atraído a evitar ou impedir a ocorrência da responsabilidade ou do dano. Esta última questão é tida como algo pré-jurídico, um dever de conduta genérico de evitar o dano ou referência à seara técnica extra-jurídica. A referência histórica surge inclusive de uma compreensão a partir do dano, em que a “responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma”.³

A responsabilidade ambiental não tem seu ponto de partida na reparabilidade, não tem seu ponto de partida na atribuição de responsabilidade pós-dano, mas sim está enlaçada com fixação de regras e princípios afetos a impedir a própria ocorrência da lesão, o próprio dano. A cisão é profunda. O Direito Ambiental, especificamente o direito dos desastres em sua perspectiva ambiental, laborará com atribuições de responsabilidade para precaução, prevenção e dinâmica de concertação de ações em face do risco.

Outro fator que entra em voga é o cenário de conflito intergeracional. Enquanto o ensino jurídico trabalha geralmente sobre o arquétipo do patrimônio para fixação de efeitos de responsabilidade, a demanda sociológica cresce cada vez mais para propor-lhe novo desafio. Como pensar

2 - PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

3 - *Ibidem*, p. 11.

os danos e seus efeitos em termos de confrontação intergeracional? Discutir a reparação de um dano em um veículo decorrente de acidente automobilístico é drasticamente diferente de debater os efeitos e heranças entre gerações quando se tematiza um dano ou impacto ambiental. Qual o passivo ambiental e em que medida será ele confrontado quando se pensa em poluição hídrica? Como atribuir ou deixa-se de atribuir a uma geração responsabilidade e custo pelo uso do plástico, cujo tempo de decomposição ultrapassa um século?

O desafio jurídico que se tem é pensar a atuação do jurista, a partir do ordenamento jurídico, para um passo prévio, para antes do dano ou dos impactos negativos. Uma concatenação de deveres de conduta, construção e performance de instituição para uma fase prévia à própria geração da lesão, com conformação de princípios e regras voltados a evitar os efeitos negativos em escala individual, difusa e intergeracional.

Nesse trabalho, proponho justamente uma abordagem a partir do viés amplificador do Direito, principalmente em situações de risco ambiental, tencionando para a perspectiva da precaução e prevenção, guiadas por uma avaliação sociológica da identificação do cenário social do desastre. Compreender o papel jurídico como interrogador de práticas sociais e econômicas de afetação do outro para que não ocorra o próprio desastre. Ao intento de alcançar-se este objetivo, labora-se em uma linha metodológica crítico-propositiva, comprometida com a interdisciplinaridade.

1. A DINÂMICA DO DIREITO DOS DESASTRES E REFLEXOS JURÍDICOS

A compreensão das exigências sociais para com o Direito é ponto de destaque conforme a época e o estágio do desenvolvimento tecnológico e cultural. Avanços tecnológicos por si não irão significar nova dimensão cultural e menos ainda uma correspondência adequada do ordenamento jurídico. O avanço da tecnologia é mais rápido do que a assimilação cultural dos novos atributos de sentido ou da reatividade jurídica adequada aos fenômenos que se desenvolvem. Uma das vertentes de compreensão dessa assimetria é pela categoria de risco.

A tecnologia é fonte geradora de bem-estar e satisfação de necessidades, mesmo que criadas. Mas também é fonte de geração de risco. O problema é a percepção cultural da implicação do risco da sucessão tecnológica, a exigir novas posturas e condutas. Lado outro, a perspectiva de reatividade do Direito em face do risco perdura como uma apreensão por vezes em insistente referência ao direito romano, em verdadeiro anacronismo.

A referência aqui proposta quanto à tecnologia e ao risco não se restringe a produtos ou atividades, mas alcança a disposição organizacional humana projetada pela própria exigência da organização econômica. Refiro-me à extensão de significado exposta por Hans Jonas.⁴

Jonas salienta o triunfo do *homo faber* sobre o *homo sapiens*, no sentido de que “a tecnologia assume um significado ético por causa do lugar central que ela ocupa subjetivamente nos fins

4 - JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. Puc-Rio, 2006. p. 43.

da vida humana”.⁵ A dimensão organizacional voltada para a produção e engajamento econômico proporciona alterações sociais e político-jurídicas, pois “questões que nunca foram antes objeto de legislação ingressam no circuito das leis que a ‘cidade’ global tem de formular, para que possa existir um mundo para as próximas gerações de homens”.⁶

Desastres ambientais são acentuados pela conformação tecnológica e disposição social na organização humana no território. Isto significa que há um fator de contribuição antrópico em desastres naturais. Um dos maiores desastres ambientais da história, o terremoto seguido de tsunami em Lisboa, em 1755, é um dos marcos na análise da influência da organização urbana no nível drástico que o desastre veio a assumir. A proporção de destruição da capital portuguesa pelo terremoto e incêndio que se seguiu, aliado ao maremoto, resultou em um cenário apocalíptico. Ou seja, a organização voltada para atendimento às aspirações do *homo faber* foram sem dúvida fator de alavancamento do nível de destruição. Esses fatores foram postos em reflexão na reconstrução da cidade, decorrentes do chamado Inquérito do Marquês de Pombal:

Havia vários aspectos da velha cidade que contribuíram simultaneamente para a destruição pelo terremoto e geraram obstáculos à retirada das pessoas quando a tragédia ocorreu. O novo primeiro ministro estava determinado a corrigir essas debilidades de planejamento e, como resultado do trabalho que fez, ele se tornou conhecido na história como pai da sismologia. Uma das melhorias que introduziu parece muito simples para nós hoje em dia, mas foi revolucionário em 1755. Era a construção de ruas largas e a remoção de curvas. Essa mudança permitiria às pessoas escapar rapidamente dos desmoronamentos sem ter de confrontar-se com os entulhos que frequentemente obstruíam as antigas ruas. Além disso, os incêndios não transpunham facilmente um lado da rua para o outro, então não saíam de controle tão rapidamente quanto tinham saído anteriormente.⁷

A mudança estrutural das cidades em uma era tecnológica que avança geometricamente provoca reformulações espaciais e normativas, já sementeadas na inquirição pública que se seguiu ao terremoto de Lisboa. O antagonismo do *homo faber* é produzir soluções para problemas que foram gerados pela própria dimensão do progresso. O risco se expõe como componente do progresso. Mas quando em salas de aula ou na compreensão do papel do direito na organização urbana o terremoto de Lisboa foi posto em tema para análise da regulação de ocupação e construção no território para fins de prevenir desastres ou seus efeitos? Quando se tematiza a função jurídica em face de um desastre natural, com fatores de contribuição antrópicos, ou em face de desastres provocados pelo ser humano?

O ensino jurídico não dialoga ainda como a própria situação geradora de dano está interna ao cenário social e como é assimilada ou rebatida pela cultura em uma dada sociedade. A projeção que se tem é para com o dano, ao invés de ser para com a normatização de antecipação e prevenção, informação e geração de organização do território e atividades humanas. O vértice ambiental demanda mais, demanda uma reflexão do ordenamento jurídico não como estampa de

5 - JONAS, op. cit., p. 43.

6 - JONAS, op. cit., p. 44.

7 - GUNN, Angus M. *Encyclopedia of disasters: environmental catastrophes and human tragedies*. v. 1. Westport, Connecticut – London: Greenwood Press, 2008. p. 79, tradução nossa.

normas para lidar com o dano, mas sim como conjuntura de prevenção, precaução e aprendizagem para com o ciclo dos desastres. Exige-se a construção de um ensino jurídico que capacite a reflexão normativa como reconstrutiva para atender aos problemas gerados pelo *homo faber*.

Com respaldo em Bourdieu, é necessário pensar relacionalmente o desastre ambiental, ou seja, “verificar que o objeto em questão não está isolado de um conjunto de relações de que retira o essencial das suas propriedades”.⁸ Em outras palavras, a dinâmica dos desastres possui um intercâmbio comum de relações que se apresentam nos eventos catastróficos. Conforme destacam Carvalho e Damacena,⁹ há uma correlação de fatores a envolver o sentido do termo “desastre” que implica um complexo de causas e consequências aptas a comprometer a estabilidade socioambiental em grande magnitude.

Nesse sentido, “desastres ambientais consistem em eventos (de causa natural, humana ou mista) capazes de comprometimento de funções ambientais ou lesões a interesses humanos, mediados por alguma mudança ambiental”.¹⁰ O mapa de atuação da esfera jurídica não se dá por uma espécie de largada cujo tiro deflagrador da corrida é a ocorrência do dano. Ao inverso. O direito está imbrincado em toda a gestão do ciclo relativo aos eventos catastróficos. E se assim está, deve ser tematizado na percepção hermenêutica de forma ampla.

Situações simples podem ser expostas. Consideremos o desastre ambiental de Mariana. O evento que deu início ao desastre ocorreu em 5 de novembro de 2015, com o rompimento da barragem de Fundão, pertencente à mineradora Samarco, localizada em distrito do Município de Mariana. Desde então, é conhecido como o maior desastre ambiental do Brasil e também um dos maiores do mundo. O rompimento da barragem lançou cerca de trinta e quatro milhões de metros cúbicos de rejeitos em cursos hídricos e no meio ambiente como um todo. Os dados apurados indicam que os poluentes, compostos principalmente por óxido de ferro e sílica, percorreram diretamente 55 km no rio Gualaxo do Norte e mais 22 km no rio do Carmo até alcançar o rio Doce. A tragédia socioambiental avançou ao longo de 663,2 km de cursos d’água atingindo até o litoral do Espírito Santo. O impacto social direto mais aterrador foi a destruição do subdistrito de Bento Rodrigues.

Em decorrência do desastre ambiental de Mariana, como ocorre comumente em desastres, questões de implicação excepcional e indiretas surgiram no ambiente jurídico. Inúmeros veículos foram soterrados na lama, perdendo-se. Situação idêntica ocorre com casas soterradas. Como tratar juridicamente, e uniformemente, os bens que foram perdidos e que seriam causa de geração de tributação? Como conjugar uma resposta administrativa a atender a conjuntura concreta dos atingidos ou impactados dentro dos limites do direito administrativo ou tributário? Como laborar a questão dos deslocamentos de pessoas atingidas e realocação em termos de normas administrativas e impositivas ao empreendedor? Como trabalhar a gestão técnica de resposta e mitigação ao desastre em seus efeitos, por exemplo, o que fazer com a lama que descia o rio? E como amparar uma decisão que precisava ser célere, dinâmica? Para ilustrar o nível de instabilidade institucional, houve decisão judicial que determinava o estancamento da lama carregada no

8 - BOURDIEAU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011. p. 27.

9 - CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24.

10 - *Ibidem*, p. 29.



rio simultaneamente a decisão que determinava manter seu escoamento para o mar.

Se o terremoto de Lisboa trouxe determinantes modificações normativas e estruturais há cerca de 250 anos, não se pode fechar os olhos que reflexões e modificações também hão de produzir o desastre ambiental de Mariana. E a sistematização de modificações e planejamento não é fator alheio ao Direito, o dano é apenas um componente, a gestão do risco de desastre é matéria jurídica. E se assim o é, também se revela como matéria de educação ambiental, nos termos da Lei n. 6.938/81, que não pode ser ignorada na própria tematização do ensino jurídico como forma de lidar com a perspectiva de resposta do ordenamento jurídico em caso de catástrofe ambiental.

O tema assume nível de relevância na própria estruturação de planejamento jurisdicional. O Conselho Nacional de Justiça editou sobre o assunto a Recomendação CNJ n. 40, de 13 de junho de 2012, que está a completar quatro anos, mas ainda é desconhecida nos usuais estudos jurídicos. O ato recomenda aos Tribunais de Justiça dos Estados a elaboração de plano de ação para o enfrentamento e solução de situações decorrentes de calamidades e desastres ambientais. Há recomendação inclusive de formação de um gabinete de crise e planejamento de atuação jurisdicional. A gestão da excepcionalidade deve ser posta em atenção e reflexão, antes de ocorrer o desastre, e não remediação mal calculada ou afoita no próprio momento de crise.

2. O PAPEL DO DIREITO NOS DESASTRES

O Direito dos Desastres se assenta no paradigma da correlação entre potencialidade de ocorrência, ou probabilidade, e magnitude dos efeitos da ocorrência do desastre. Isso significa que a baixa probabilidade de sua ocorrência não é fator de desconsideração ou de não acompanhamento do risco. Pelo contrário, deve ser foco de maior atenção, situação em que a magnitude dos eventos possíveis pode gerar expectativa aterradora de consequências. Se o desastre, em algum momento, pode ocorrer, o que se tem é a potencialidade de impedir que aconteça em locais ou em situações determinadas, e que se adote, portanto, linha condutora de mitigações para conter seus efeitos.

Nesse raciocínio, pode-se chegar até mesmo a um “paradoxo da eficácia”, qual seja, admitir que o desastre vai ocorrer permite, inclusive, que ele seja evitado, ou bastante minimizado nos seus efeitos. Em outras palavras, trabalha-se com a concretude da magnitude do risco e dos danos possíveis. Isso não significa resignação ou desvio de atenção para se centrar somente nas consequências do evento desastroso, mas como meio para a elaboração e adoção de políticas públicas e privadas capazes de concretizar medidas preventivas e mitigadoras proporcionais aos níveis de probabilidades.¹¹

A arquitetura de gestão demanda não somente atenção às funções estruturais de gestão do risco, como obras públicas ou privadas, mas também não estruturais, voltadas para a informação da sociedade e especialmente de pessoas ligadas diretamente à situação de risco e suas

11 - CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica*: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 90.

consequências. O planejamento e principalmente a interiorização social de condutas positivas em situação de risco ou manifestação do desastre permite reduzir as chances ou os efeitos da própria tragédia.

Situação simplória pode ser exposta. É disseminado o aviso de que em caso de incêndio não se deve utilizar os elevadores dos edifícios, e sim as escadas. Mas a ausência de treinamento e interiorização já demonstrou que, em momentos de desespero, há um lapso, e o número de pessoas que tendem a utilizar os elevadores é significativo. A resposta humana em situação de calma e ausência de pressão de sobrevivência altera-se quando da manifestação do colapso próprio do desastre. Se não houver interiorização de medidas e condutas, a razão cede ao desespero e à angústia, comprometendo o próprio ser humano. A atuação humana é fator de agravamento não somente do risco, mas dos efeitos e dimensão dos danos decorrentes do desastre.¹² Tratar a questão é uma temática jurídica? Não imagino como não ser. O direito, e aqueles que o estudam, não podem abrir mão de uma perspectiva relacional.

O direito dos desastres fornece meios para a gestão do risco de situações de vulnerabilidade e de aferição da magnitude dos efeitos potencialmente devastadores e capazes de desestabilizar socioambientalmente uma comunidade. Um conceito relacional ao estilo de Bourdieu¹³ possibilita identificar traços comuns nos desastres, a permitir a configuração de um verdadeiro ciclo, uma sucessão de fases que perpassam a atuação do *homo faber* em sociedade. O cenário cíclico ocorre quando o “paradoxo da eficácia” é acionado, de modo a desencadear toda uma dinâmica preventiva e reativa em face do evento de catástrofe. Ao direito compete funcionalizar normativamente e anteparar instituições para que autem no ciclo de fases que sucedem quando se tem por objeto um desastre ambiental, seja de causa natural, seja de causa antrópica.

Pode-se assim falar de um “ciclo de desastre”, implicado no gerenciamento de risco, a envolver as seguintes etapas: a) mitigação do risco de desastre; b) desenvolvimento do planejamento e execução de respostas em face do desastre e de situações de emergência geradas; c) adoção de medidas e programas de compensação e estabilização; d) reconstrução das áreas e vidas afetadas, seguindo-se de novos painéis de execução e planejamento de mitigação, com reabertura do ciclo.¹⁴ Pode-se aqui acrescentar uma perspectiva institucional. O ciclo de desastre fomenta a ratificação ou reestruturação de instituições públicas e privadas para um marco de otimização em cada uma das fases.

A sequencialidade do ciclo exige adaptação das medidas jurídicas que possam proporcionar maior grau de eficácia em cada uma das fases de maneira que o sistema jurídico viabilize e dinamize a execução de tarefas por parte dos agentes das áreas científicas ou técnicas encarregadas de concretizar o planejamento abstrato. Em outras palavras, o sistema jurídico pode permitir que a engenharia, a vigilância sanitária, a medicina, a geologia, a ecologia, dentre outras ciências e técnicas atuem de modo mais eficaz nas situações de risco potencial ou concretizado de desastre.

Mas não podem as normas jurídicas tornarem-se fins em si mesmas. Não cabe aos

12 - PONTE JÚNIOR, Gerardo Portela. *Gerenciamento de riscos baseado em fatores humanos e cultura de segurança*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

13 - BOURDIEAU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011. p. 27.

14 - CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33.

profissionais jurídicos substituírem-se aos especialistas na realização da tutela técnica dos bens socioambientais afetados. Uma das tarefas a serem interiorizadas pelos profissionais da área jurídica é o compromisso com a dinamicidade exigida em situação de desastre, como pondera Délton Winter de Carvalho.¹⁵

Afinal, o “processo de estabilização exercido pelo Direito deve se dar sem que o devido respeito aos procedimentos acabe por emperrar os processos de tomada de decisão”.¹⁶ Essa premissa deve ser sempre considerada nos casos de desastre, quer no âmbito extrajudicial ou judicial. Aplica-se aqui o princípio da provisoriedade das decisões ou da adaptabilidade, compreendido por Carvalho e Damacena como “constatação epistemológica de que o futuro é incerto e exige dos processos de gerenciamento dos riscos ambientais a capacidade de adaptação contínua das decisões precaucionais”.¹⁷

A par do ciclo de gestão do risco de desastres e do paradoxo da certeza do acontecer para que se evite que aconteça, há fatores transversais intrínsecos aos desastres. São eles identificados como o grau de vulnerabilidade da área de impacto em caso de ocorrência do desastre e a resiliência, ou seja, “a capacidade de um sistema acomodar condições variáveis e inesperadas sem falha catastrófica, ou a capacidade de absorver choques sem maiores distúrbios”.¹⁸ O parâmetro de gestão do risco cíclico, da compreensão da vulnerabilidade e da resiliência deve se ater a um eixo condutor de planejamento técnico, mas revestido de suporte jurídico a garantir seu cumprimento.

Tem-se em relevo ainda componentes econômicos ligados à distribuição de renda. Fatores de estratificação e distributivos de renda e risco provocam desníveis na exposição aos efeitos de um desastre, como salientado por Daniel Faber.¹⁹ A tematização jurídica há que ter em conta a diferenciação dos destinatários dos sistemas de informação e proteção, impedindo o ignorar das particularidades locais de comunidades carentes na preparação e interiorização da gestão da segurança e mitigação de catástrofes.

Os fatores acima listados devem se conduzir por um eixo não abstrato e não desprezado do evento em sua magnitude. O parâmetro de avaliação deve considerar o denominado *worst-case scenario*, ou seja, a possibilidade de ocorrência do pior dos cenários possíveis em caso de materialização do desastre, ao lado de uma rigidez na apreciação da contundência dos mecanismos planejados e aptos para execução em cada uma das fases do ciclo (*hard look doctrine*).

O ponto é de especial relevo na reviravolta exigida no estudo jurídico. Longe de considerar a atuação jurídica a partir do dano, muito antes de sua ocorrência, a dinâmica e funcionalização jurídicas empreendem conduções e instituições para desenhar o rol de possibilidades lesivas na

15 - CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

16 - CARVALHO, op. cit., 2015, p. 43.

17 - CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 47.

18 - *Ibidem*, p. 59.

19 - FABER, Daniel A. Disaster law and inequality. *Berkeley Law Scholarship Repository*, 297, v. 25:2, 2007. Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/574>. Access in: dec. 2017, p. 302.

manifestação do risco e, conseqüentemente, de se planejar em face de sua potencial concretização. O direito labora na especulação de possibilidades e seus efeitos, mas maneja programação de estudos, termos de referência, projeção de impactos e planos de controle.

Em relação ao *worst-case scenario*, alguns apontamentos são de grande relevância. Há necessidade de o ordenamento jurídico lidar não somente com a projeção tecnológica do risco, não somente com o produto social do *homo faber*. Precisa ele de gestar e empreender esforços na própria cultura social do ser humano comum em sua visão de mundo em relação ao risco e ao desastre. Comumente, gestar a criação de um novo produto exige trabalho social menor do que gestar cultura de uso seguro. Emblemático nesse aspecto é o uso de antibióticos. Em relação aos desastres, cabe ao direito questionar e atuar em face do próprio descrédito social que existe em face do risco de materialização do desastre. Sim, há uma cultura social que se manifesta no ignorar do risco do desastre como se isso fosse por si impedir a ocorrência do evento catastrófico.

O *worst-case scenario* labora exatamente com a colocação em pauta do pior cenário possível, com a ocorrência da tragédia. Cass Sunstein²⁰ cita fatores que buscam explicar o descrédito coletivo em relação à potencialidade de ocorrência do desastre, bem como da afetação e destruição a atingir a vida humana que não correspondam aos níveis de preocupação e precaução que foram (ou deveriam ser) adotados para se evitar conseqüências trágicas.

Há que se considerar aqui a real incidência dos princípios da prevenção e da precaução sob a perspectiva do *worst-case scenario*, o que pouco ocorre na elaboração e na implementação de políticas públicas no Brasil quanto a desastres socioambientais. Trata-se, portanto, da adoção de medidas efetivas e bem planejadas de mitigação e mesmo de superação de ocorrência ou de efeitos em face da possibilidade do pior cenário possível de desastre. Nesse contexto, Sunstein afirma que:

Se nós focamos o risco de catástrofe, uma versão distintiva do princípio da precaução é possível: quando os riscos apresentam o pior cenário catastrófico, faz sentido tomar especiais medidas para eliminar esses riscos, mesmo quando não existam informações que permitam aos entes reguladores efetivar um julgamento confiável sobre a probabilidade de que o pior cenário possível irá se concretizar. Devo denominar isto de princípio da precaução do dano catastrófico.²¹

Os fatores argumentados por Sunstein que contribuem para um descrédito sociocultural em face da concretização do desastre estão ligados a um otimismo irreal, artificial, em face do risco, ao lado de uma crença na imunidade em relação às conseqüências ou à magnitude dos efeitos, ou mesmo em uma tentativa de superação não traumática do evento, o que pode ser sintetizado na popular frase “tudo ficará bem”. Alia-se a isso uma sensação social propagada de resignação, como que insuficiência ou impotência em face da lesão ou do dano, tornando mais do que desnecessário prevenir, convertendo em inutilidade a reflexão sobre o problema.

20 - SUNSTEIN, Cass R. *Worst-case scenarios*. Massachusetts, London: Harvard University Press, 2009.

21 - *Ibidem*, p. 119, tradução nossa.

Um segundo fator é do risco não concretizado. Em casos similares, em que tenha sido adotada uma série de medidas para evitar a realização do dano catastrófico, com custos econômicos e dispêndios de tempo e energia, sem que nada tenha ocorrido, pode ser gerada uma errônea percepção pública de dispêndio desnecessário de energia e recursos. Em tais circunstâncias, há uma potencial sensação de inutilidade das medidas então tomadas, intuindo que nada acontecerá em situações outras.

Há, ainda, uma componente relacionada à percepção de elementos emotivos que afastam da avaliação de riscos o cálculo racional que alinha vulnerabilidade e magnitude. Os elementos emotivos afetam o julgamento público. Por ser a catástrofe ligada a sentimentos que geram repúdio ou sofrimento, há uma tendência prévia de negação, socialmente compartilhada, de possibilidade de sua ocorrência.

O direito se vê contrastado, ao buscar imprimir medidas mitigadoras ou de contenção, por uma indisposição social de enfrentamento do próprio risco e da possibilidade de sua ocorrência. Há uma distância entre a previsão normativa e sua eficácia reativa na perspectiva cultural. Basta pensar, em perspectiva micro para se ter uma imagem. Há extintores de incêndio espalhados em vários locais, shoppings, condomínios de edifícios, órgãos públicos, escolas, universidades, teatros... mas quantas pessoas que frequentam esses lugares já manusearam um extintor? Não é palatável racionalmente que a primeira vez que venham a fazê-lo seja exatamente em uma situação concreta de perigo ou risco.

Segundo Sunstein, “a probabilidade do dano é frequentemente negligenciada quando as emoções pessoais são ativadas, especialmente se as pessoas estão pensando sobre o pior cenário possível”.²² Em razão destes fatores, Sunstein destaca que “as pessoas tentam evitar a dissonância cognitiva, algumas vezes imaginando que elas estão ‘salvas’ e considerando um baixo nível de risco como se fosse risco zero”.²³ Advém nesse ponto a *hard look doctrine*.

Pela *hard look doctrine* se exige que os órgãos estatais e todos aqueles envolvidos no licenciamento e execução de empreendimentos ou atividades com risco de danos de magnitude adotem um rigor de aplicação normativa que efetivamente resguarde o processo de gestão dos riscos ambientais e sociais envolvidos. Caso o processo administrativo destoe das prescrições normativas, a revisão judicial do ato administrativo apresenta-se como meio jurídico constitucionalmente possível, sem que isso se traduza em uma invasão de competências.²⁴ A *hard look doctrine* garante, por conseguinte, a não desconsideração do *worst-case scenario*.

O marco legal brasileiro do regime jurídico de gestão do ciclo reativo ligado ao desastre, presente na Lei Federal nº 12.608, de 10 de abril de 2012, representa não somente uma programação normativa de atuação, mas também um imperativo de percepção do papel do Direito na gestão e funcionalização das medidas de contenção, mitigação, resposta e compensação do desastre. O

22 - SUNSTEIN, Cass R. Probability neglect: emotions, worst cases, and law. Essay. *The Yale Law Journal*, v. 112:61, 2002, p. 105, tradução nossa.

23 - *Ibidem*, p. 106, tradução nossa.

24 - O instituto está ligado ao devido processo legal e a mecanismos de resguardo da eficácia normativa: “hard look can thus be seen as inherent in the very process of judicial review. In a way, hard look represents an internal duty owed by the courts to the constitutional function of judicial review, rather than an external duty of the type imposed by the APA on the relationship between the courts and administrative agencies.” (GARRY, Patrick M. Judicial review and the ‘hard look doctrine’. *Nevada Law Journal*, v. 7:151, Fall, 2006, p. 170).

diploma legal absorve o paradoxo de realização do desastre assim como determina a adoção de medidas de mitigação, procedendo igualmente à fundamentação da adoção do *worst-case scenario*, conforme consta no seu artigo 2º, caput e §2º.²⁵

Entretanto, embora o diploma seja guiado para um caráter interdisciplinar em sua execução, por meio da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC, sua previsão atinge graus de abstração, quando se trata dos reflexos da previsão normativa geral sobre as legislações específicas de cada campo normativo ou científico. Em outras palavras, embora o artigo 3º da norma disponha quanto às fases do ciclo de gestão de desastres, com ênfase no risco, prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação, a previsão concreta de atuação nos âmbitos próprios das políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais, o dispositivo legal ainda se mantém alicerçado em ações sem contornos definidos, em referência em face da realização do pior cenário possível.²⁶

O que se procura desenvolver neste trabalho é afirmar que embora a matriz de gestão do risco tenha um desenho institucional elaborado, o paradigma vigente de sua implementação ainda não alcança o patamar de admissão da ocorrência do pior cenário possível e não tematiza suficientemente o papel a ser concretizado pelo ordenamento jurídico. É possível lastrear a razão desse distanciamento na própria vacuidade que o tema recebe na dinâmica do ensino jurídico e no encadeamento curricular das disciplinas jurídicas.

Não obstante a Lei Federal nº 12.608, de 2012, acerte ao determinar a necessária atuação dos agentes públicos e privados, afinal, não se pode ignorar a responsabilidade e implicação ética da atividade privada, já que é a responsável pelos empreendimentos, em favor da promoção do desenvolvimento sustentável, a concretude referencial de atuação na gestão do ciclo de desastres ainda é deficitária.

Ademais, fatores culturais de descrédito, que devem ser combatidos, não são sequer postos em tematização jurídica, sendo relegados a outros ramos científicos como se deles pudesse o Direito se apartar, em uma antiquada visão centrada na sanção como ponto distintivo de seu objeto de estudo.

O desastre ambiental, com todos seus reflexos em termos de afetação de direitos humanos, produz efeitos em diversos ramos jurídicos, em negócios jurídicos e situações de índole pública e privada. A reflexão e referenciabilidade de ações prévias à própria concretização do dano são impositivas para a salvaguarda dos próprios bens jurídicos postos em risco por vezes ignorado. A potencialidade de atuação e resposta, de afirmação das fases componentes da gestão de risco, não deve ser avaliada em debilidades de orquestração apenas em caráter abstrato. A experimentação

25 - Art. 2º. É dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre.

§1º As medidas previstas no caput poderão ser adotadas com a colaboração de entidades públicas ou privadas e da sociedade em geral.

§2º A incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco.

26 - Art. 3º. A PNPDEC abrange as ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil.

Parágrafo único. A PNPDEC deve integrar-se às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais, tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável.

em testes, avaliações de eficácia e referências a situações concretas congêneres é guia avaliativo da aptidão normativa, tendo em conta a dimensão de realização potencial.

Ao assumir para si o *worst-case scenario*, por vezes passado em negação, o Direito posta-se ativamente no papel de auxiliar a não concretização, ou concretização mitigada, do desastre. A potencialidade da magnitude torna inadmissível uma perspectiva jurídica que situe o dano como marco de desencadeamento da atuação e reflexão jurídicas. As normas jurídicas laboram aqui não somente com uma geração, mas devem ter em consideração os impactos e revezes que podem ser produzidos para gerações futuras, ou seja, a geração de um passivo ambiental de desastre intergeracional.

O passivo de desastre implicará absorção de recursos financeiros para a recuperação do desastre, implicará a perda de valor biológico e o comprometimento de valores econômicos, além de projetar traumas sociais. A recuperação, se e quando possível, pode atravessar anos, décadas. Imagine-se o significado do terremoto de Lisboa na atualidade, imagine-se o significado do desastre ambiental de Mariana hoje e para as gerações futuras. Gerações de ainda não nascidos herdarão a recuperação do dano ambiental, herdarão uma dívida socioambiental construída por seus predecessores.

Dinamizar um sólido e efetivo direito dos desastres em questões ambientais implica o combate às vulnerabilidades. Mas a vulnerabilidade social e ambiental dos vitimados, do meio ambiente, das gerações presentes e futuras envolvidas, está acompanhada de outra vulnerabilidade constante e presente no cenário nacional. A vulnerabilidade jurídica.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ensino jurídico não pode ser isolado da tematização das necessidades sociais e do perfil de configuração cultural. A sociedade de risco, em sua centralização do *homo faber*, da produção e gestão de exploração dos recursos naturais em impacto aos bens ambientais não pode ser ignorada na construção do pano de fundo de aplicação das normas jurídicas. É nesse horizonte crítico que se demanda a problematização dos desastres ambientais e a necessária rejeição a perspectivas limitadoras do papel do Direito, a centrarem-se no dano como ponto de partida de implicação e resposta da norma, quão mais em um marco de potenciais conflitos intergeracionais.

O direito dos desastres, no Brasil, ainda conta com graves obstáculos. O marco normativo de gestão do risco de desastres ainda apresenta lacunas que destoam e comprometem a sua eficiência operacional. O próprio papel do Direito e dos profissionais jurídicos não está delimitado. Embora as dimensões do ciclo de desastres estejam presentes na legislação, parâmetros compreensivos da sua magnitude, resiliência e vulnerabilidade ainda são carentes de previsões regulatórias, o que inviabiliza a adoção de políticas públicas adequadas para a sociedade de risco ambiental permanente. Há uma cultura social, econômica, jurídica e até científico-acadêmica que antagoniza a assunção do paradoxo do desastre, ao mesmo tempo em que passa por um afastamento da necessária adoção do *worst-case scenario* como uma potencialidade que pode sempre materializar-se.

O desastre ambiental está inserido nesse quadro jurídico-social e cultural de demanda por uma reapreciação do papel normativo, o que exige um repensar da própria dimensão do ensino jurídico e liame de afetação de suas disciplinas. Para compreensão do desastre e de sua ocorrência, além das medidas técnicas e de gestão interligadas, é preciso respaldar uma teoria geral dos desastres, em específico, dos desastres ambientais, cujos reflexos são sociais, ecológicos e econômicos de grandes repercussões. Esse respaldo somente pode ser adquirido por pesquisa e reflexão, problematização e articulação do pano de fundo que envolve as normas.

O desastre ambiental de Mariana, em tal contexto, veio a revelar não somente um nível de vulnerabilidade diante do evento em si, mas também expôs níveis de vulnerabilidade jurídica e deficit de densidade normativa, provocando uma busca pela construção de vias de resposta, reconstrução, compensação e estabilização durante e logo após a própria catástrofe, imprimindo insegurança jurídica quanto ao caminho de gestão do risco e seus efeitos.

Diante o fato, percebeu-se a necessidade de um marco regulatório denso e que permita o dimensionamento e a adoção rápida e eficiente de medidas, mecanismos, meios de operacionalização dinâmicos, vias de atendimento e de reestabilização, para situações que até mesmo nunca sejam utilizadas, mas que sempre estejam potencialmente prontas para serem concretizadas diante do pior cenário possível.

O comprometimento dos direitos fundamentais e do meio ambiente é imensurável quando da ocorrência do desastre. O desastre é causa de geração de excluídos socioambientais, de dizição e comprometimento ecológico, geração de passivo ambiental intergeracional e, ao mesmo tempo, passa pelo risco da utilização meramente simbólica na elaboração e implementação de ações combativas e eficazes dentro das fases próprias do ciclo catastrófico.

Ao invés de um modelo abstrato e não operacional, o caráter concreto da reatividade diante do evento desastroso e de responsabilidade implicada conclama uma redefinição de atuação do empenho jurídico, voltado para a prevenção e precaução, centrado em normatizações postas em estudo e debate, a fim de evitar cenários de desastre, ou ao menos permitir mitigação em casos de ocorrência do desastre.

Demonstra-se a urgência da reconstrução normativa de desenhos institucionais de modo a refletir e robustecer o marco legal brasileiro em face do risco de desastres. Faz-se necessário, inclusive, efetiva atuação do Estado para a reversão cultural de negação do desastre em face do risco máximo de catástrofes ambientais. O estudo e a pesquisa na área jurídica não podem abster-se de enfrentar o desafio de determinação do papel do Direito na amplitude da sociedade de risco.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Érika. Áreas contaminadas: caracterização, remediação, utilização e informação. In: ROSSI, Fernando F. *et al. Aspectos controvertidos do direito ambiental: tutela material e tutela processual*. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BOURDIEAU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BRASIL. Justiça Federal. 12ª Vara da Seção Judiciária de Belo Horizonte – MG. Autos n. 69758-61.2015.4.01.3400. *Ação civil pública*. Autor: União Federal e outros. Réu: Samarco Mineração S.A. e outros. Distribuição em 17 de dezembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência n. 144922/MG (2015/0327858-8)*. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada – TRF 3ª Região). Órgão Julgador: Primeira Seção. Data do Julgamento: 22/06/2016. Data da Publicação/Fonte Diário da Justiça Eletrônico, 09/08/2016.

CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CUSTÓDIO, Maraluce Maria; OLIVEIRA, Márcio Luís de. Eco-efficiency in bidding processes to purchase everyday supplies for the brazilian federal administration. *Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p. 33-61, jul./dez. 2015.

FABER, Daniel A. Disaster law and inequality. *Berkeley Law Scholarship Repository*, 297, v. 25:2, 2007. Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/574>. Access in: dec. 2017.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GARRY, Patrick M. Judicial review and the 'hard look doctrine'. *Nevada Law Journal*, v. 7:151, Fall, 2006.

GUNN, Angus M. *Encyclopedia of disasters: environmental catastrophes and human tragedies*. v. 1. Westport, Connecticut – London: Greenwood Press, 2008.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. Puc-Rio, 2006.

NOGUEIRA, Jorge Madeira; MEDEIROS, Marcelino Antônio Asano de; ARRUDA, F. S. T. Valoração econômica do meio ambiente: ciência ou empiricismo?. *Cadernos de Ciência & Tecnologia*, v. 17, p. 81-115, 2000.

OOSTERBEEK, Luiz. Becoming human: new approaches for uncertain times. In: Oosterbeek, Luiz *et al. Sustainability dilemmas: transdisciplinary contributions to integrated cultural landscape management*. Tomar: Arkeos, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PONTE JÚNIOR, Gerardo Portela. *Gerenciamento de riscos baseado em fatores humanos e cultura de segurança*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

RAMOS, Erika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. 2011. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SUNSTEIN, Cass R. *Probability neglect: emotions, worst cases, and law*. Essay. *The Yale Law Journal*, v. 112:61, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. *Worst-case scenarios*. Massachusetts, London: Harvard University Press, 2009.







.....

O NEPOTISMO REVISITADO: INTERPRETAÇÃO E REINTERPRETAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF

.....

THE REVISITED NEPOTISM: INTERPRETATION AND
REINTERPRETATION OF BINDING LEGAL PRECEDENT 13
OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT –STF

Flávio Matioli Veríssimo Silva¹

Maria Carolina Beltrão Sampaio Matioli²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sobre Interpretação e Moldura Jurídica; 2 Nepotismo na Súmula Vinculante 13 do STF; 3 Nepotismo e Interpretações Posteriores Feitas pelo STF; 4 A Reconstrução da Moldura Jurídica Pelo STF; 5 Considerações Finais; Referências.

1 - Procurador Federal (AGU). Mestre em Direito pela FDSM-MG.

2 - Procuradora do Estado de Minas Gerais. Mestranda em Direito pela FDSM-MG.

RESUMO: O nepotismo, entendido como um fenômeno histórico e político, embora proibido por leis esparsas e setoriais, foi objeto da Súmula Vinculante 13, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, nela estabelecido como prática contrária a princípios constitucionais como moralidade, impessoalidade, isonomia e eficiência. Posteriormente à edição do referido verbete, este foi objeto de posteriores restrições e exceções criadas por meio de interpretações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal. A problemática apresentada refere-se à análise da moldura jurídica e eventuais alterações consubstanciadas por decisões da Suprema Corte brasileira que reinterpretam as hipóteses de nepotismo previstas na súmula vinculante. O presente trabalho se vale de uma pesquisa jurisprudencial e doutrinária, tomando-se por referência a teoria da interpretação preconizada por Hans Kelsen.

PALAVRAS-CHAVE: Nepotismo. Súmula Vinculante. Hans Kelsen. Interpretação Jurídica. Moldura Jurídica.

ABSTRACT: Nepotism, understood as a historical and political phenomenon, although prohibited by scattered and sectoral laws, was subject matter of binding precedent 13, edited by the Brazilian Federal Supreme Court in 2008, as a practice contrary to constitutional principles such as morality, impersonality, isonomy and efficiency. Subsequent to the editing of the binding, this was subject to further restrictions and exceptions created through interpretations of the Federal Supreme Court of Brazil. The problematic presented refers to the analysis of the legal framework and possible changes, by decisions of the Federal Supreme Court that reinterpret the hypotheses of nepotism provided in the binding precedent. The present work draws on a jurisprudential and doctrinal research, taking as a reference the theory of interpretation advocated by Hans Kelsen.

KEYWORDS: Nepotism. Binding Precedent. Hans Kelsen. Legal Interpretation. Framework of Law.

INTRODUÇÃO

O nepotismo é um fenômeno histórico que deita raízes nas estreitas relações entre poder e vínculos familiares. O termo teria surgido na primeira metade do último milênio, em decorrência da prática dos Papas de conceder cargos e favores a seus filhos ilegítimos (conhecidos como *sobrinhos*) e parentes,³ e reflete o significado da palavra *nepote*, que pode corresponder também a uma ideia de protetorado familiar. Em linhas gerais, pode-se descrever o nepotismo como um favorecimento baseado em vínculos de parentesco⁴.

No Brasil, o nepotismo vai ao encontro da concepção patrimonialista, que permeia, de forma indesejada, o Estado brasileiro. É nessa linha que se assenta o nepotismo em nível nacional: o favorecimento e nomeação de parentes para cargos no serviço público.

Na primeira década deste século, ganhou destaque no Supremo Tribunal Federal - STF o debate sobre as práticas do nepotismo no Estado brasileiro. Embora já existissem esparsos precedentes dos Tribunais Superiores,⁵ bem como algumas previsões legais com proibições ao tema,⁶ o nepotismo ainda não tinha sido objeto de uma regulamentação abrangente e definitiva.

A Súmula Vinculante 13 sobreveio, então, fruto de interpretação de norma constitucional pelo STF. O verbete sumular, entretanto, a despeito de se converter em importante marco na regulamentação sobre o tema, não foi suficiente para abarcar todas as situações possíveis, o que levou a Suprema Corte a propugnar diversas interpretações sobre a própria súmula vinculante.

O referencial teórico do presente trabalho está na ideia desenvolvida por Hans Kelsen sobre interpretação como verdadeiro ato de vontade, em sua edição de Teoria Pura do Direito de 1960. A interpretação envolveria diversas possibilidades de sentido dentro do quadro ou moldura jurídica existente, desde que guardem compatibilidade com a ordem jurídica vigente. Não há como se destacar uma das significações como a correta. Kelsen admite, igualmente, decisões judiciais fora da moldura, reconhecendo um inegável papel criador do Direito aos Tribunais.

Neste trabalho, analisa-se, por meio de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a possibilidade, preconizada por Hans Kelsen, da alteração e reconfiguração de uma moldura jurídica, diante das interpretações promovidas pelo STF em matéria de nepotismo nos últimos dez anos.

1. SOBRE INTERPRETAÇÃO EMOLDURA JURÍDICA

Hans Kelsen, ao formular a Teoria Pura do Direito, criou o pressuposto de que a norma inferior deve guardar correspondência com a norma de hierarquia superior. Por conseguinte,

3 - BELLOW, Adam. *In praise of nepotism: a natural history*. New York: Doubleday, 2003. p.11.

4 - Segundo Adam Bellow, "the modern definition of nepotism is favoritism based on kinship" (Ibidem, p.11).

5 - Por todos, cite-se a ADC 12 MC, Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 16.2.2006, DJ de 1.9.2006.

6 - Pode-se citar o Art.117, VIII; Lei 8.112/90; o Art.6º, Lei 11.416/06; e o Art.293, LC 75/93.

pode-se dizer que essa norma superior deveria encontrar fundamento em outra norma superior e assim por diante, observando-se o ápice da pirâmide, qual seja, a Constituição.

Em decorrência da adoção desse pensamento, a tarefa interpretativa - segundo Kelsen - deveria ser realizada por meio de uma operação mental, de forma que a aplicação do direito seja feita progressivamente, de um escalão superior para um inferior. Ou seja, ao criar uma norma individual, como a sentença, o aplicador do direito deve retirar seu fundamento de uma lei existente e aplicá-la a um caso concreto.⁷

Constata-se, portanto, que todas as normas - sejam elas sentenças, normas individuais, ordens administrativas, negócios jurídicos - devem ser igualmente interpretadas quando há necessidade de sua aplicação.⁸

A interpretação do direito pode ser realizada pelo órgão competente, pelas pessoas privadas e pela ciência jurídica. Nesse ponto, estaria a distinção entre interpretação autêntica e não autêntica.⁹

A interpretação autêntica é aquela realizada pelo órgão competente e aplicador do direito, que acaba por criar um direito, seja ele de caráter geral, quando assume a forma de lei, ou de caráter individual, ao criar norma individual para um caso concreto.¹⁰ Em outras palavras, a interpretação autêntica se distingue das demais por ser a única que cria efetivamente o direito, seja pela edição de um ato normativo de hierarquia inferior ou de uma norma individual aplicável caso concreto (decisão judicial).¹¹

Quanto à interpretação realizada pelo órgão competente para aplicar o direito, Kelsen entende que a relação entre a Constituição e a lei, ou da lei com a sentença judicial, tal qual entre lei superior e inferior, é de determinação ou vinculação.¹²

Há sempre uma margem de livre apreciação, de forma que a interpretação sobre uma norma pode encontrar diversos sentidos compreendidos em uma moldura ou quadro.¹³

Hans Kelsen entende que elementos determinados e indeterminados são inerentes aos atos jurídicos.¹⁴ Nos casos em que ocorre essa indeterminação, intencional ou não, a norma poderá

7 - KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 245.

8 - *Ibidem*, p. 245.

9 - Rafael Lazzarotto Simioni pontua que “a interpretação não autêntica, portanto é uma teoria da interpretação jurídica, enquanto que a interpretação autêntica é uma teoria da decisão jurídica. O que essa teoria da interpretação jurídica (não autêntica) de Kelsen nos diz (interpretação da ciência do direito) é que a metodologia da interpretação jurídica deve buscar analisar as diversas possibilidades de determinação do sentido, deixando-as em aberto para, depois, na decisão jurídica, escolher-se qual deve prevalecer. O que a metodologia da ciência do direito deve fazer em relação à interpretação jurídica, é, pois, indicar todos os diversos sentidos possíveis da norma jurídica. Só isso. A escolha do sentido que deverá prevalecer é outra questão: uma questão de decisão jurídica” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós- positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 199.).

10 - KELSEN, op. cit., p. 250.

11 - *Ibidem*, p. 250.

12 - *Ibidem*, p. 245-246.

13 - KELSEN, op. cit., p. 246.

14 - *Ibidem*, p. 246.

ser aplicada de diversas formas, desde que em conformidade com o Direito, integrando, destarte, a moldura ou quadro. Dentro dessa moldura, haverá as diversas interpretações possíveis de um dispositivo legal, em consonância com o direito vigente.¹⁵

É nesse sentido que Kelsen afasta a possibilidade de ser fixada uma única interpretação correta e justa:

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- tem igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito- no ato do tribunal, especialmente.¹⁶

Ressalte-se que a decisão de escolher entre os sentidos juridicamente válidos da norma (compreendidos dentro da moldura jurídica) envolve mais questões político-subjetivas do que propriamente da ciência do Direito.¹⁷

O julgador, quando da aplicação da lei ou ato normativo, além de se limitar à moldura jurídica, acabará por se utilizar das normas de moral e de justiça, juízos de valor social, interesse do Estado, progresso, entre outros. Tais aspectos não podem ser analisados do ponto de vista jurídico, pois não resultam do direito positivo.¹⁸

Segundo Hans Kelsen:

[...] a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas do Direito Positivo.¹⁹

Por outro lado, Kelsen admite que, em algumas hipóteses, a interpretação (autêntica) seja realizada fora da moldura jurídica, desde que a decisão tenha transitado em julgado e por isso não possa mais ser anulada.²⁰ Nesse momento, em que uma interpretação conduz a decisão judicial

15 - KELSEN, op. cit., p. 247.

16 - Ibidem, p. 247.

17 - KOEHLER. Frederico Augusto Leopoldino. Uma Análise Crítica da Interpretação na Teoria Pura do Direito. In: *Revista da AGU*, Brasília, Ano III, n.3, fev./maio 2004, p.25.

18 - KELSEN, op.cit., p. 249.

19 - Ibidem, p. 249.

20 - KELSEN, op.cit., p. 250.

para fora da moldura, o elemento volitivo sobrepuja o cognoscitivo, que leva, por consequência, a uma ampliação da moldura.²¹

2. NEPOTISMO NA SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF

Como já referido, a prática do nepotismo, embora comum, sofre rejeições na sociedade, tendo já sido objeto de previsões legais, que acabaram por ser aplicadas de forma restrita a algum órgão ou Poder. Pode-se citar:

Lei 8.112/90:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

[...]

VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil.

Lei 11.416/06:

Art. 6º No âmbito da jurisdição de cada tribunal ou juízo é vedada a nomeação ou designação, para os cargos em comissão e funções comissionadas, de cônjuge, companheiro, parente ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros e juízes vinculados, salvo a de ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir perante o magistrado determinante da incompatibilidade.

Lei Complementar 75/93:

Art. 293. Ao membro ou servidor do Ministério Público da União é vedado manter, sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro, ou parente até o segundo grau civil.

Vale registrar também a normatização do tema no âmbito do CNJ, nos termos da Resolução 07/2005:

Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.

A regulamentação no âmbito do legislativo sempre foi setorial – e, por consequência, insuficiente –, pois o nepotismo é prática comum a todos os níveis de poder. A reiteração das práticas e a pressão da sociedade impeliram o STF a alçar o tema a objeto de súmula vinculante, criando uma verdadeira regra de aplicação, de natureza geral e abstrata, que passou a nortear o tema no

21 - MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antônio Perini. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. In: *Sequência* (Florianópolis), n. 67, dez. 2013, p.127.

âmbito dos diversos poderes da União e respectivos órgãos. O verbete tem a seguinte redação:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

O preceito vinculante tem por objeto a nomeação de cônjuges, companheiros ou parentes a cargos de chefia, direção e assessoramento, denominados cargos em comissão e funções gratificadas, isto é, cargos baseados em uma relação de confiança entre o nomeante e o nomeado. Assim, em uma primeira leitura, todas as formas de nepotismo, em todos os poderes da União, estados, Distrito Federal e municípios, estariam proibidas pelo comando sumular.

Ao buscar estabelecer uma regra proibitória ampla, a súmula vinculante acaba por combinar diversos elementos e condições. Percebe-se, dessa forma, a existência de um aspecto objetivo, qual seja, a relação de parentesco entre o nomeante e o nomeado, e um aspecto subjetivo, que se consubstancia no propósito deliberado de atender a interesses pessoais.²² Ao incluir, igualmente, a vedação de ajuste mediante designação recíproca de parentes, percebe-se que o STF entendeu que o denominado “nepotismo cruzado” também ofende a Constituição Federal.²³

Como se verifica, em decisões do STF, no momento subsequente à edição do verbete sumular, o critério objetivo tornou-se elemento determinante para a caracterização do nepotismo, sendo desnecessária a comprovação do “vínculo de amizade e troca de favores” entre os parentes que irão ocupar o cargo em comissão ou função gratificada.²⁴

Deve-se ressaltar que as decisões judiciais - que inspiraram a súmula vinculante - não vieram desacompanhadas de controvérsias jurídicas,²⁵ pois a Constituição Federal, em seu art. 37, não traz esse tipo de restrição para a nomeação de ocupantes de cargos em comissão e funções de confiança, à exceção das condições trazidas por lei:

22 - RODRIGUES, Joao Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 49, n.196, out./dez. 2012, p. 210.

23 - Nesse sentido, pode-se citar: “MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEPOSTISMO CRUZADO. ORDEM DENEGADA. Reconhecida a competência do Tribunal de Contas da União para a verificação da legalidade do ato praticado pelo impetrante, nos termos dos artigos 71, VIII e IX da Constituição Federal. Procedimento instaurado no TCU a partir de encaminhamento de autos de procedimento administrativo concluído pelo Ministério Público Federal no Estado do Espírito Santo. No mérito, configurada a prática de nepotismo cruzado, tendo em vista que a assessora nomeada pelo impetrante para exercer cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, sediado em Vitória-ES, é nora do magistrado que nomeou a esposa do impetrante para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, sediado no Rio de Janeiro-RJ. A nomeação para o cargo de assessor do impetrante é ato formalmente lícito. Contudo, no momento em que é apurada a finalidade contrária ao interesse público, qual seja, uma troca de favores entre membros do Judiciário, o ato deve ser invalidado, por violação ao princípio da moralidade administrativa e por estar caracterizada a sua ilegalidade, por desvio de finalidade. Ordem denegada. Decisão unânime”. (MS 24.020, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 6-3-2012, 2ª T, *DJE* de 13-6-2012).

24 - Nesse sentido: MS 27.945, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26-8-2014, 2ª T, *DJE* de 4-9-2014.

25 - Cf. RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo. Uma reflexão sobre moralidade e moralismo. In: *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, Ano 7, n. 80, out. 2007.

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

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que **preencham os requisitos estabelecidos em lei**, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração**; (grifo nosso)

Percebe-se que a súmula foi mais rigorosa em relação às previsões contidas não só no texto constitucional, mas também quanto às restrições estabelecidas na legislação infraconstitucional. E a propósito, no caso dos servidores do Executivo e do Ministério Público da União, as restrições abrangiam apenas cônjuges ou companheiros e parentes até o segundo grau civil. O próprio Código Civil limita o parentesco por afinidade aos ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro.²⁶ O STF entende, entretanto, que, por envolver preceitos constitucionais, a limitação poderia ir além da previsão do código civil.²⁷

Noutro giro, questionou-se, inclusive,²⁸ a presença de requisitos para edição do verbete sumular vinculante, tendo em vista a ausência de uma norma determinada sobre a qual recaia uma controvérsia, conforme exigência do art. 103-A, §1, da Constituição Federal:

Art.103-A [...]

§1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

O fato é que o STF entendeu que o nepotismo viola diretamente princípios constitucionais da Administração Pública, como a moralidade, impessoalidade, eficiência e isonomia. A interpretação do STF sobre a matéria efetivamente criou um Direito novo, intervindo em uma seara em que as parcas legislações sobre a matéria eram insuficientes para coibir uma conduta controversa na Administração Pública.

26 - Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. § 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

27 - Nesse sentido: “A Súmula Vinculante 13 é expressa em incluir a nomeação de parentes por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, no conceito de nepotismo. Tal formulação, é verdade, pode se entender que conflitaria com o conceito de parentesco delimitado na lei civil, que conforme já ressaltado, limita-o aos ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro. Essa suposta incompatibilidade, contudo, foi afastada por este Tribunal por ocasião do julgamento da ADC 12-MC/DF, Rel. Min. Ayres Britto.” (Rcl 9013, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Decisão Monocrática, julgamento em 21.9.2011, DJe de 26.9.2011)

28 - Cf. ANTÔNIO, Alice Barroso de. O nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: críticas e proposições. In: *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte. Ano 10, n. 31, jan./mar. 2009.

3. NEPOTISMO E INTERPRETAÇÕES POSTERIORES FEITAS PELO STF

Após a edição do verbete sumular – dotado de alta carga de generalidade –, diversos casos concretos foram levados à apreciação da Suprema Corte, especialmente pela via da Reclamação. Isso provocou a reinterpretação da súmula vinculante pelos Ministros do STF, e a proibição ampla e objetiva do comando sumular deu espaço a diversas exceções jurisprudenciais.

Essa nova conformação do campo de aplicação acabou por se converter em um movimento contrário ao da edição da súmula: enquanto a súmula vinculante expandiu a proibição do nepotismo, as decisões posteriores do Supremo permitiram a prática do ato em alguns casos, criando-se hipóteses que escapam do comando vinculante.

A primeira grande exceção foi a nomeação de parentes para ocupação de cargos políticos. Partindo-se da concepção de que os cargos políticos são dotados de um *múnus* governamental, que decorre da própria Constituição Federal, não seriam aplicados a eles alguns regramentos disciplinadores dos cargos de natureza eminentemente administrativa.²⁹ Assim, não incorreria em nepotismo, à luz do comando sumular, a nomeação de parentes para ocupar cargos como o de Ministros e Secretários.

Ao caracterizar os agentes políticos, discorre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes do executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores.

O vínculo que tais agentes entretêm com o estado não é de *natureza profissional*, mas de *natureza política*. Exercem um *munus* público. Vale dizer. O que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualificação de cidadãos, membros da *civitas* e, por isso, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade³⁰

A grande consequência fática dessa interpretação, que restringe o âmbito de aplicação da súmula vinculante, foi o aumento da nomeação de parentes para ocupar cargos políticos, ou mesmo a transformação de cargos anteriormente ocupados por parentes em cargos políticos e, dessa forma, afastá-los da incidência da súmula vinculante.

Não obstante a possibilidade da nomeação de parentes para ocuparem cargos de natureza eminentemente política, o próprio STF vem indicando uma possibilidade de exceção da exceção, ou seja, uma hipótese em que o nepotismo seria reprovável mesmo em se tratando de ocupação de

29 - Rel 7.590, rel. Min. Dias Toffoli, j. 30-9-2014, 1ª T, DJE de 14-11-2014

30 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 247-248.

cargos políticos. Seria o caso de ser comprovada a troca de favores (como no nepotismo cruzado), fraude à lei,³¹ ou mesmo a falta de razoabilidade na nomeação, seja por ausência de manifesta qualificação técnica, seja por inidoneidade moral.³²

Essa exceção acaba por remeter à constatação feita por Adam Bellow, segundo a qual o nepotismo, embora desafie um senso de justiça da sociedade, tende a se tornar tolerável quando o parente nomeado apresenta competências ou qualidades técnicas para ocupar a referida função.³³

Percebe-se que o casuísmo adquire grande relevância nas reinterpretações da súmula. Não obstante, a corte parece já sedimentar que a súmula não se aplica, por si só, a servidores públicos que forem parentes e trabalharem no mesmo órgão. É necessária a ocupação de cargos de confiança por eles.³⁴

Todavia, a ideia central da Súmula Vinculante 13 persiste, de tal forma que o STF entende que uma lei ou emenda constitucional local não teriam o condão de criar hipóteses que autorizem o nepotismo. Reafirma-se, então, que a referida súmula decorre de preceitos constitucionais, e qualquer lei que disponha em sentido contrário pode ser declarada inconstitucional.³⁵

Com efeito, a jurisprudência do STF caminha para um “aprimoramento” interpretativo no verbete sumular. É nessa linha que vêm sendo definidos, agora, parâmetros para incidência da súmula, que acabam por se tornar verdadeiras condições³⁶ para configuração de nepotismo incompatível com a Constituição Federal.

31 - Rcl 6702 MC-Agr, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 4.3.2009, DJe de 30.4.2009.

32 - Rcl 17627, Relator Ministro Roberto Barroso, decisão monocrática, julgamento em 8.5.2014, DJe de 15.5.2014.

33 - “Such nepotism appears to be a problem only when the beneficiary is manifestly unqualified”. (BELLOW, op. cit., p.11).

34 - ADI 524, rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20-5-2015, P, DJE de 3-8-2015; Rcl 19.911 Agr, rel. Min. Roberto Barroso, j. 19-5-2015, 1ª T, DJE de 2-6-2015

35 - EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.145/1997 do Estado de Goiás. Criação de exceções ao óbice da prática de atos de nepotismo. Vício material. Ofensa aos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. Procedência da ação. 1. A matéria tratada nesta ação direta de inconstitucionalidade foi objeto de deliberação por este Supremo Tribunal em diversos casos, disso resultando a edição da Súmula Vinculante nº 13.2. A teor do assentado no julgamento da ADC nº 12/DF, em decorrência direta da aplicação dos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, a cláusula vedadora da prática de nepotismo no seio da Administração Pública, ou de qualquer dos Poderes da República, tem incidência verticalizada e imediata, independentemente de previsão expressa em diploma legislativo. Precedentes. 3. A previsão impugnada, ao permitir (excepcionar), relativamente a cargos em comissão ou funções gratificadas, a nomeação, a admissão ou a permanência de até dois parentes das autoridades mencionadas no caput do art. 1º da Lei estadual nº 13.145/1997 e do cônjuge do chefe do Poder Executivo, além de subverter o intuito moralizador inicial da norma, ofende irremediavelmente a Constituição Federal. 4. Ação julgada procedente (ADI 3.745, rel. Min. Dias Toffoli, j. 15-5-2013, P, DJE de 1º-8-2013).

36 - EMENTA Constitucional e Administrativo. Súmula Vinculante nº 13. Ausência de configuração objetiva de nepotismo. Reclamação julgada improcedente. Liminar anteriormente deferida cassada. 1. Com a edição da Súmula Vinculante nº 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, foram erigidos critérios objetivos de conformação, a saber: i) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada; ii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante; iii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada e iv) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante. 2. Em sede reclamatória, com fundamento na SV nº 13, é imprescindível a perquirição de projeção funcional ou hierárquica do agente político ou do servidor público de referência no processo de seleção para fins de configuração objetiva de nepotismo na contratação de pessoa com relação de parentesco com ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento no mesmo órgão, salvo ajuste mediante designações recíprocas. 3. Reclamação julgada improcedente. Cassada a liminar anteriormente deferida. (Rcl 18.564, rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, j. 23-2-2016, 2ª T, DJE de 3-8-2016).

Tais condições (alternativas) seriam: (1) Relação de parentesco entre o nomeado ou o nomeante; ou (2) Relação de parentesco entre o nomeado e o ocupante do cargo de direção, chefia ou assessoramento a que estiver subordinado; ou (3) Relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre o nomeante; e por fim (4) Na ausência de relação de parentesco entre nomeante e nomeado, a demonstração do ajuste mediante designações recíprocas.

Nesse último caso, como já referido, o objetivo é coibir o nepotismo cruzado, entretanto, ao exigir a demonstração do ajuste, o Supremo acaba por dificultar o uso da reclamação constitucional para tal finalidade.³⁷

Assim, fica claro que, apesar de a Súmula Vinculante 13 apresentar feições de generalidade e abstração, ela não se aplica a todas as hipóteses de nepotismo. Tal qual uma lei, acaba por se submeter à interpretação judicial no caso concreto, fomentando a atividade criativa dos Tribunais.

4. A RECONSTRUÇÃO DA MOLDURA JURÍDICA PELO STF

É nesse ponto que emerge a problemática da análise da súmula vinculante diante da moldura jurídica e, mais além, como estariam posicionadas as demais exceções à súmula criadas pela Suprema Corte em relação à moldura jurídica.

Nos itens anteriores, ao tratar da interpretação na Teoria Pura de Hans Kelsen, fizemos expressa referência à moldura jurídica entendida como as diversas possibilidades interpretativas que um dispositivo normativo pode ter frente ao sistema jurídico vigente. Selecionam-se todas as possibilidades interpretativas de uma norma que guardem compatibilidade com a ordem jurídica vigente, colocando-as em um quadro ou moldura de forma figurativa. O operador do direito poderá, dentro dessas diversas opções interpretativas, escolher o sentido que entende mais justo e correto.

Reitere-se que nenhuma das diversas interpretações é mais correta que a outra, ou mais justa. A escolha do intérprete, em muitos casos, não se baseia na teoria do direito, e sim na política, pois se serve de postulados morais, sociais e históricos para decidir.

A partir da conceituação do que se pode entender por moldura jurídica, observa-se que a edição da Súmula Vinculante nº 13 inovou na ordem jurídica vigente. Afinal, não se limitou a uma das hipóteses interpretativas que determinada lei - ou norma de caráter superior - poderia assumir. Na prática, criou um ato normativo de caráter geral e abstrato.

O preceito da súmula vinculante consubstancia verdadeiro ato normativo, que, embora decorrente de interpretação controversa, foi criado em consonância com as formalidades do

37 - O Código de Processo civil, alinhado a jurisprudência dos Tribunais Superiores, entende que a via da Reclamação se baseia em fatos comprovados de plano, especialmente por meio de prova documental, conforme art.988[...] § 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

texto constitucional vigente e em obediência aos critérios de vinculação e competência previstos por Kelsen.³⁸

Por meio da Súmula Vinculante nº 13, o STF reafirmou a adequação dos diversos dispositivos legais que tratavam do nepotismo ao texto constitucional, demonstrando o seu alinhamento à moldura jurídica vigente. E foi mais além ao ampliar as restrições (antes setoriais) para parentes de até 3º grau e, assim, coibir a figura do nepotismo cruzado. Saliente-se ainda que, embora seja conformadora da edição da súmula em estudo, ficou demonstrado que a norma constitucional não contém restrições sobre a matéria, conquanto permita a criação de restrições por meio de legislação infraconstitucional.

Dessa forma, as decisões do STF – devidamente irrecorríveis – que fundamentaram a súmula vinculante, ao considerarem elementos primordialmente sociais, morais e políticos para definição do direito no caso concreto, estavam fora da moldura jurídica. Mas é inegável que essa moldura foi definitivamente ampliada quando da edição da Súmula Vinculante 13.

A referida súmula vinculante, com arrimo em postulado constitucional, passou a se tornar um dos principais paradigmas da moldura jurídica e, em substituição a lei, vem se convertendo na norma superior de observância obrigatória.

Isso não impediu que a própria súmula fosse objeto de interpretações distintas dos Tribunais, criando outras normas individuais no caso concreto por meio de decisões judiciais de caráter vinculante e obrigatório.

Ao criar exceções para a aplicação da Súmula Vinculante 13, autorizando a prática do nepotismo em determinadas circunstâncias, o STF novamente altera os limites da moldura jurídica. Isso porque pode-se considerar que algumas dessas decisões proferidas pelo Tribunal competente, de observância obrigatória e devidamente transitadas em julgado, também se situam fora da moldura ou quadro.

É o caso dos novos balizamentos e interpretações levadas a cabo pelo STF para restringir o campo de incidência da súmula vinculante, como a já referida exigência da demonstração da relação hierárquica entre os parentes, bem como a exclusão dos cargos de natureza política do campo de incidência da súmula.

Ainda que fora da moldura, as interpretações feitas sobre a incidência da súmula remodelam o seu campo de incidência, passando a conformar a norma e incorporar novo direito ao ordenamento positivo.

Dessa forma, tanto o verbete sumular quanto as exceções criadas a partir de interpretação da súmula em decisões - transitadas em julgado - proferidas por Tribunais competentes indicam a contínua alteração e conformação da moldura jurídica referente ao nepotismo.³⁹

38 - Vale o registro de que Kelsen admite que “a decisão judicial também pode criar uma norma geral. A decisão pode ter força de obrigatoriedade não apenas para o caso em questão, mas também para outros casos similares que os tribunais tenham eventualmente de decidir. Uma decisão judicial pode ter o caráter de um precedente, i.e., de uma decisão obrigatória para a decisão futura de todos os casos similares” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 216). No ordenamento jurídico brasileiro, a súmula vinculante, como já referido, se consubstancia, em tese, na consolidação de vários precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

39 - E mesmo passados dez anos da edição da súmula, o tema permanece atual, e voltará ao pleno do STF, visto que já foi reconhecida a Repercussão Geral no RE1133118-SP (Rel. Min. Luiz Fux), que analisará se a proibição ao nepotismo alcançara ou não cargos políticos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nepotismo é um fenômeno político e social que passou a ser mais fortemente coibido com a edição da Súmula Vinculante 13. Todavia, verificou-se que o próprio STF permite essa prática em determinados casos, excepcionando o comando sumular.

Kelsen, ao discorrer sobre a interpretação autêntica, entende que o órgão aplicador do direito se vale também de um ato de vontade. Logo, um órgão competente interpreta e gera a decisão de caráter vinculante, que poderá estar dentro ou fora da moldura jurídica.

Assim, analisando-se as interpretações feitas a partir do verbete sumular, observa-se que a Suprema Corte vem criando exceções a determinados casos objeto de apreciação judicial. Tais exceções demonstram, no caso concreto, uma alteração do quadro jurídico, haja vista decisões que, por vezes, se situam fora da moldura jurídica.

Ademais, pode-se dizer que um verbete de súmula não necessariamente resolve o problema da indeterminação da linguagem do Direito. A Súmula Vinculante 13 do STF não foi suficiente para pacificar a questão, constituindo-se em mais um texto para futuras interpretações.

REFERÊNCIAS

ANTÔNIO, Alice Barroso de. O nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: críticas e proposições. In: *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte. Ano 10, n. 31, jan./mar. 2009.

BELLOW, Adam. *In praise of nepotism: a natural history*. New York: Doubleday, 2003.

BRASIL. *Portal da legislação*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas Vinculantes*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf>. Acesso em: fev. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Uma Análise Crítica da Interpretação na Teoria Pura do Direito. In: *Revista da AGU*, Brasília, Ano III, n.3, fev./maio 2004.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antônio Perini. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. In: *Sequência* (Florianópolis), n. 67, dez. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo. Uma reflexão sobre moralidade e moralismo. In: *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, Ano 7, n. 80, out. 2007.

RODRIGUES, Joao Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 49, n.196, out./dez. 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós- Positivismo Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.







.....

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

.....

THE STABILIZATION OF EARLY JUDICIAL PROTECTION
AGAINST THE PUBLIC TREASURY

Luiz Eduardo Batista¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Estabilização da Tutela Antecipada: aspectos gerais; 2. Estabilização da Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública; 2.1. Supremacia do interesse público: tutela do direito indisponível e sua estabilização; 2.2. Dispensa da Remessa Necessária na hipótese de decisão concessiva da estabilização da tutela em face da Fazenda Pública; 3. Conclusão; Referências.

1 - Estudante de Direito da Universidade Federal do Amazonas. Estagiário da Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas (PGE-AM). Vice-Diretor Executivo do Núcleo Especial de Arbitragem do Amazonas - NEA. Membro associado do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr)



RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar e, por consequência, tecer considerações acerca da estabilização da tutela antecipada, instituto incorporado ao nosso ordenamento jurídico com o advento do Código de Processo Civil de 2015. O propósito deste artigo é, portanto, analisar a aplicação desse instituto processual em face da Fazenda Pública e sua compatibilidade com as prerrogativas em juízo do ente público. Para tanto, será feito um relato acerca dos aspectos gerais do instituto, perpassando o ordenamento jurídico francês e o ordenamento jurídico italiano, bem como alguns instrumentos processuais clássicos que já possuíam aptidão de simplificar a cognição sumária, tal como a estabilização da tutela antecipada. A partir disso, passa-se à análise específica da estabilização da tutela em compatibilidade com a supremacia do interesse público e suas nuances, dando ênfase ao microsistema processual existente entre o instituto em estudo e o rito da ação monitória. Nessa discussão, ainda como objeto deste trabalho, figura a discussão acerca do instituto da remessa necessária na eventual hipótese de aplicação da estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Por meio de pesquisa em doutrina processual especializada, jurisprudência e legislação, foi possível constatar a relevância e atualidade do tema, principalmente no que se refere à atuação da Fazenda Pública em juízo, vide se tratar de uma proposta interessante, econômica e eficiente.

PALAVRAS-CHAVE: Estabilização. Tutela Antecipada. Fazenda Pública. Código de Processo Civil. Supremacia do Interesse Público. Prerrogativas Processuais.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze and, consequently, to make considerations about the stabilization of early guardianship, an institute incorporated into our legal system with the advent of the Civil Procedure Code of 2015. The purpose of this article is to analyze the application of this procedural institute against the Public Treasury, and its compatibility with the prerogatives of the public interest. In order to do so, an account will be made of the general aspects of this institute, passing through the French legal system and the Italian legal system, as well as some classic procedural instruments that already had the capacity to simplify summary cognition, such as the stabilization of early protection. From this, we proceed to the specific analysis of the stabilization of the guardianship in compatibility with the supremacy of the public interest and its nuances, emphasizing the procedural micro-system existing between this procedural institute and the rite of monitory action. In this discussion, still as object of this work, there is the discussion about the institute of the necessary remittance in the eventual hypothesis of application of the stabilization of the guardianship anticipated in the face of the Public Treasury. Through research in specialized legal doctrine, jurisprudence and legislation, it was possible to verify the relevance and timeliness of the topic, especially regarding the performance of the Public Treasury in court, see if it is an interesting, economic and efficient proposal.

KEYWORDS: Stabilization. Anticipated Guardianship. Public Treasury. Civil Procedure Code. Public Interest Supremacy. Court Prerogatives.

INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015,² o ordenamento jurídico brasileiro se deparou com os propulsores da reforma das tutelas provisórias. A despeito das enigmáticas mudanças do nosso modelo de tutelas provisórias, uma inovação que merece destaque e que vem chamando muita atenção da doutrina processualista no que se refere a sua aplicabilidade é o instituto da estabilização da tutela antecipada, consagrado há muito tempo no direito processual italiano e no direito processual francês (*référé*), muito estimado pela saudosa Professora Ada Pellegrini Grinover (principal responsável pela “importação” desse instituto processual).

Entre as principais dúvidas que surgem em relação à aplicação desse instituto, que visa simplificar a cognição sumária, cabe citar: a possibilidade de estabilização da tutela de antecipação parcial, o percentual a ser fixado a título de verbas sucumbenciais e a estabilização da tutela em processo coletivo. A esse respeito, entre todas as problemáticas suscitadas pela doutrina, a que será destacada neste trabalho é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

Logo, a discussão gira em torno da harmonia do instituto processual da estabilização da tutela antecipada com a tutela do direito indisponível atrelada à atuação em juízo do Poder Público, e também com uma das principais prerrogativas da Fazenda Pública em juízo, a remessa necessária.

1. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: ASPECTOS GERAIS

O instituto da estabilização da tutela antecipada é incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro mediante o advento do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, conforme interpretação harmônica dos seus arts. 303 e 304.

O modelo do CPC brasileiro é notadamente inspirado em sistemas processuais estrangeiros – mais precisamente o francês (*référé*)³ e o italiano⁴ -, e sua “importação” se deve, em especial, ao magistério da saudosa professora Ada Pellegrini Grinover.⁵

No ano de 1997, a professora Ada Pellegrini Grinover empenhou forças para a inclusão desse instituto processual no ordenamento jurídico brasileiro. À época, a professora elaborou uma proposta que previa conversão em decisão de mérito caso o réu não impugnasse decisão de

2 - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

3 - PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, v. 203, 2012.

4 - BONATO, Giovanni. *I référés nell'ordinamento francese, La tutela somaria in Europa* – Studi, Antonio Carratta (org.), p. 35- 76.

5 - GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo: RePro*, v. 30, n. 121, p. 11-37, mar. 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de alteração ao Código de Processo Civil: Justificativa. *Revista de Processo*, n. 86, p. 191-195, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoite de (ORgs). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Editora DPJ, 2005. p. 660-683.

deferimento integral da tutela antecipada, cenário em que o réu estaria dispensado do pagamento de custas e honorários advocatícios.⁶

Adiante, em 2005, houve outra tentativa de inserção desse instituto, desta feita com o Projeto de Lei do Senado - PLS nº 186/2005. Esse projeto indicava uma tendência de mitigação da instrumentalidade das medidas de urgência e chamava atenção para a possibilidade de formação de coisa julgada na decisão antecipatória a ser estabilizada, o que diferenciava essa proposta dos modelos contidos no direito processual francês e no direito processual italiano, pois tais modelos não admitiam a formação da coisa julgada na estabilização da tutela.⁷

Não obstante as tentativas de inclusão da possibilidade de estabilização da tutela antecipada no sistema processual brasileiro pré-advento do CPC/2015 não terem logrado êxito, é possível identificar três institutos que, historicamente, com ela convergiam em alguns pontos.

Primeiramente, a figura da ação cominatória, prevista no CPC/1939,⁸ a qual tinha por objeto a prestação de fato ou abstenção de ato e desenvolvia-se em 12 (doze) hipóteses, sendo que a última se firmava em favor daquele que tivesse “direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo”⁹.

Segundo, a ação monitoria¹⁰, inserida por meio da Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, no CPC/1973¹¹ e atualmente em vigor no CPC/2015, expressamente prevista nos arts. 700 a 702 (com a possibilidade de sua aplicação no cumprimento de sentença), pode ser proposta por quem pretender, com fundamento em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Por último, as medidas provisionais contidas nos arts. 888 e 889 do CPC/1973, que constituíam medidas tomadas sumariamente e aptas a regular de maneira definitiva a relação jurídica controvertida, concedidas independentemente de propositura de ação principal.¹²

Logo, nesse contexto, pode-se dizer que, na existência de institutos ao longo da história do sistema processual pátrio, mesmo de maneira tímida, alguns institutos já funcionavam como precursores da estabilização da tutela antecipada.¹³

6 - YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Tutela de urgência definitiva? Medidas autossatisfativas (Argentina), medidas provisionais (Brasil) e a proposta de estabilização da antecipação de tutela. *Revista de Processo*, v. 231, ano 39. São Paulo: RT, maio 2014, p. 136.

7 - FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência. *Revista de Processo*, v. 225, ano 38. São Paulo: RT, nov. 2013, p. 199.

8 - Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.

9 - AMARAL, Moacyr Santos. *Ações cominatórias no Direito Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958.

10 - Sobre o tema: ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento monitorio*. Curitiba: Juruá, 1995; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O procedimento monitorio e a conveniência de sua introdução no processo civil brasileiro*. RF, n. 271; MEIRELES, Edilton. *Ação de Execução Monitoria*. São Paulo: LTr, 1997; PARIZZATO, João Roberto. *Da ação monitoria*. 2. ed. São Paulo: Editora Direito, 1997.

11 - Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

12 - YOSHIKAWA, op. cit., p. 132.

13 - CARDOSO, Luiz Eduardo Galvão Machado. *Estabilização da tutela antecipada*. 2017. Disponível em: <[https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21694/1/Dissertação de mestrado \(FINAL\) 05.03.17-Luiz Eduardo.pdf](https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21694/1/Dissertação%20de%20mestrado%20(FINAL)%2005.03.17-Luiz%20Eduardo.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

A propósito, o professor Cândido Rangel Dinamarco sustentava a força da tutela antecipada com fundamento no Sistema Internacional de Direitos Humanos ainda na égide do CPC/1973, alegando que:

[...] negar sistematicamente a tutela antecipada em caráter antecedente, ou preparatório, é ignorar o art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica, portador da severa recomendação de uma tutela jurisdicional dentro do prazo razoável.¹⁴

Ou seja, sob essa ótica, pode-se dizer que nosso sistema processual sempre clamou por um instituto que simplificasse a cognição sumária.

Finalmente, o Código de Processo Civil de 2015, ao adotar esse instituto com clara inspiração na técnica monitória¹⁵, define seus desdobramentos enunciando que *a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso*,¹⁶ o que, em outros termos, pode ser caracterizado como a autonomia que permeia o instituto ora em análise.¹⁷

Nesse sentido, o CPC/2015 permite a resolução das demandas de maneira mais célere, sem a necessidade de instauração de um processo principal de cognição exauriente na hipótese de as partes não possuírem interesse em prosseguir com a lide e obterem uma sentença de mérito¹⁸. Assim se avalia na medida em que seria totalmente inadequado que o nosso sistema processual forçasse o prosseguimento da demanda quando as partes estão satisfeitas com a decisão que concedeu a tutela antecipada.¹⁹

Aliás, vale lembrar que o respeito ao direito fundamental da tutela jurisdicional efetiva exige a criação de procedimentos processuais diferenciados, com vistas a satisfazer a tutela a ser irradiada perante diversos sujeitos divididos em diferentes posições sociais, conforme aponta o professor Luiz Guilherme Marinoni.²⁰

Em relação à prática forense, depreende-se da leitura dos arts. 303 e 304 do CPC/15 que, para a aplicação da técnica da estabilização da tutela à luz do nosso ordenamento jurídico, devem-se observar quatro requisitos cumulativos: a) deferimento judicial do pedido de tutela antecipada; b) pedido expresso do autor, visando usufruir da estabilização da tutela; c) a decisão concessiva da estabilização deve ser proferida *inaudita altera parte*; e d) o réu, ciente da decisão judicial conces-

14 - DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73.

15 - PERROT, Roger. Il procedimento per ingiunzione – studio di diritto comparato. *Rivista di diritto processuale*, 1986, p. 716.

16 - BRASIL. Lei 13.105/2015, art. 304.

17 - MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 4, n. 39, p.15-19, abr. 2015. Edição Especial.

18 - THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I, 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 682.

19 - ARRUDA ALVIM, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 203.

20 - MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Genesis: Revista de direito processual civil*, n. 28. Curitiba: Genesis, abr./jun. 2003, p. 306-307.

siva, há de se manter inerte, isto é, não deve interpor o devido recurso (agravo de instrumento)²¹ ou, simplesmente, se opor à estabilização da tutela por algum meio de impugnação que não seja necessariamente o agravo de instrumento.²²

Sobre o último quesito, a hipótese de não oposição da parte via qualquer instrumento de impugnação, relembre-se o Enunciado n. 501 do Fórum Permanente de Processualistas - FPP, segundo o qual a interposição de recurso pela figura do assistente simples pode ser suficiente para obstar a estabilização da tutela²³.

Nesse hiato, estabilizada a tutela, haverá a extinção do processo por meio de sentença sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso X, do CPC/2015, uma vez que o *decisum* irá se restringir a homologar a estabilização dos efeitos da antecipação da tutela jurisdicional, de modo a não incidir no mérito da demanda instaurada.

Em síntese, esses são os aspectos gerais do instituto da estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil.

2. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Fato é que, somados ao entusiasmo em face desse novo instituto processual, muitos debates têm surgido a respeito de sua correta aplicação em algumas hipóteses específicas, o que, na visão do Professor Fredie Didier, é consequência direta da hiporregulação desse instituto no Novo Código de Processo Civil (constam apenas dois artigos disciplinando a estabilização da tutela antecipada). Sobre isso, o professor usa como exemplo a problemática da ausência de parâmetros legais a serem seguidos nos honorários advocatícios devidos pelo réu quando da estabilização da tutela.²⁴

Esse cenário de incertezas e intensos debates no campo da doutrina processual é muito bem traduzido na própria denominação do trabalho do Professor Heitor Vitor Mendonça Sica de Mendonça a respeito do tema: *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada*.²⁵

Entre os 12 problemas suscitados pelo Professor Heitor Vitor Mendonça Sica, dois impac-

21 - BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 226.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 16. ed. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 891.

22 - DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 622.

23 - Enunciado n.501 FPP: A tutela antecipada concedida em caráter antecedente não se estabilizará quando for interposto recurso pelo assistente simples, salvo se houver manifestação expressa do réu em sentido contrário.

24 - DIDIER JR., Fredie. *Palestra proferida no Seminário Estabilização da tutela antecipada no Novo CPC*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UwdaDM6q_II&t=3384s>. Acesso em: 09 mar. 2018.

25 - SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada*. v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2015.

tam diretamente a aplicação desse instituto processual em face da Fazenda Pública, tema que interessa a este trabalho. São eles: a) a estabilização pode ocorrer na tutela de direitos indisponíveis? Em outros termos, nesse caso, como deve ser interpretado o princípio da indisponibilidade do interesse público? E, ainda; b) a decisão estabilizada sujeita-se ao instituto da remessa necessária?

Isso porque, quando a Fazenda Pública figura como parte de uma relação jurídica processual, leia-se *Fazenda Pública em juízo*, o ente público está carregando a defesa do erário consigo, o que, com fundamento no princípio da isonomia e na igualdade material,²⁶ com vistas a atender à consecução do interesse público, justifica a existência de suas prerrogativas processuais.²⁷

As prerrogativas processuais da Fazenda Pública ensejam a presente discussão em seu sentido *lato sensu*, ou seja, no que se refere à aplicabilidade das tutelas provisórias (que comporta o instituto da estabilização da tutela antecipada) em face da Fazenda Pública.²⁸

Ressalte-se, no entanto, que o objetivo deste trabalho é averiguar tão somente a harmonia da estabilização da tutela antecipada com as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, passando-se a analisar se há algum óbice a sua aplicação nessa hipótese.

2.1. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: TUTELA DO DIREITO INDISPONÍVEL E SUA ESTABILIZAÇÃO

À margem do extenso debate a respeito da caracterização dos atributos processuais inerentes à Fazenda Pública,²⁹ é importante ter em mente que o nosso ordenamento jurídico reconhece, com base no princípio da isonomia, um tratamento processual diverso à Fazenda Pública, em sua atuação processual.

Fato é que, a outro patamar dessa questão, há de se reconhecer que a atuação da Advocacia Pública (que nada mais é do que a presença da Fazenda Pública em juízo, não havendo o que se falar em representação judicial, mas sim em apresentação³⁰) está intrinsecamente relacionada à no-

26 - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 564.

27 - CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 34.

28 - Sobre o tema: VELOSO, Vitor Lanza. Tutela de urgência antecipatória e a Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Processo e Administração Pública* (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016; CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no Projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 238, dez. 2014; TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 152, p. 36-59, out. 2007; BERMUDEZ, Sergio. A reforma do Código de Processo Civil. In: PAVAN, Dorival Renato. Tutela antecipada em face da Fazenda Pública para recebimento de verbas de cunho alimentar. *Revista de Processo - Repra*, 91/21, jul./set. p.160.

Enunciado n.35 FPP – As vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência; Supremo Tribunal Federal: Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4.

29 - A título de exemplo: COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da Justiça. In: *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*. Coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 83; MORAES, José Roberto. Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública. In: *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*. Coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67/68.

30 - CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016. p.10 -11.

ção da supremacia do interesse público e seu consequente caráter indisponível,³¹ características do Poder Público as quais o Professor Celso Bandeira de Mello denomina como “Pedras de Toque”.³²

Logo, sendo a estabilização da tutela antecipada, por óbvio, um instituto processual a demandar a observância de suas prerrogativas, é imprescindível refletir sobre a sua harmonia com a indisponibilidade do interesse público.

A propósito, é inevitável suscitar a prerrogativa processual da Fazenda Pública consistente na impossibilidade de imposição material do efeito da revelia em face do respectivo ente federativo (vide sua atuação estar ligada a questões de direitos indisponíveis), nos termos do art. 345, II, do CPC/2015:

Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:

[...]

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

Com fundamento nesse dispositivo legal, parte da doutrina entende não ser possível a estabilização da tutela por ausência de interposição/oposição de recurso cabível por parte da Fazenda Pública, nos termos do art. 304 do CPC/2015, da mesma forma que não é possível a imposição material da revelia em face desse sujeito processual.

Para essa corrente doutrinária, há uma equiparação dos efeitos dessas duas hipóteses, a fim de não malferir a tutela dos direitos indisponíveis, de modo a se concluir que a tutela dos direitos indisponíveis seria suficiente para obstar os efeitos da estabilização da tutela. A título de exemplo dos postulados dessa corrente doutrinária, cite-se o pensamento do Professor Marco Antônio Rodrigues:

[...] admitir que, uma vez deferida a tutela antecipada antecedente em face do Poder Público, a falta de impugnação – por recurso ou outro meio – possa levar à estabilização e consequente extinção do processo é admitir indiretamente a produção de efeitos de veracidade às afirmativas do autor da demanda, em ofensa ao artigo 345, II, do CPC, bem como representando uma indireta disposição de direitos indisponíveis.³³

Na mesma linha de pensamento, o professor Eduardo Talamini entende que a tutela de direitos indisponíveis deve obstar a estabilização da tutela antecipada:

[...] há ainda um segundo óbice, de caráter objetivo. Se a posição jurídico-material atingida pela tutela antecipada tem caráter indisponível, não parece possível que ela possa ser neutralizada, por

31 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico. *Revista de Direito Público*, v. 2, 1967. p.14; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 95-96;

32 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Pulo: Malheiros, 2009. p. 55.

33 - RODRIGUES, Marco Antônio. *A Fazenda Pública no Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.110.

*tempo indeterminado (e talvez definitivamente) pelo fenômeno da estabilização. Imagine-se o caso em que se obtém tutela antecipada antecedente para sustar os efeitos do ato de exoneração de um servidor, por falta grave. Não seria razoável estabilizar-se a suspensão da eficácia de tal ato sem a cognição exauriente dos seus fundamentos de legitimidade.*³⁴

Por derradeiro, pode-se novamente recorrer ao Professor Heitor Vitor Mendonça Sica. Esse teórico, no que se refere a equiparar a técnica do julgamento antecipado da lide e seu óbice quando houver a incidência da tutela do direito indisponível com a estabilização da tutela antecipada, afirma:

Ocorre que a técnica do julgamento antecipado é afastada quando, malgrado ausente a defesa do réu, o legislador ressalvou a aplicação dos efeitos da revelia (art.320 c.c. art.324 do CPC de 1973 e arts.345 e 348 do novo CPC). Penso que a mesma lógica deva pautar a aplicação da técnica de estabilização: se inaplicável o efeito da revelia – com todas as dificuldades inerentes à aplicação do art. 320 do CPC de 1973, e que persistirão à luz do art. 345 do novo CPC – a estabilização não pode ocorrer.³⁵

Por outro lado, um forte argumento para a possibilidade da estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública é o fato de que o CPC/2015 instituiu um microsistema de tutela de direitos pela técnica monitoria.³⁶ São inerentes a essa modalidade sistemática a estabilização da tutela antecipada e a ação monitoria (arts. 700 a 702), o que significa dizer que essas normas se complementam de maneira recíproca, tencionando evitar lacunas práticas e interpretativas.

A título exemplificativo: essa interpretação harmônica entre os institutos reflete o critério de fixação dos honorários advocatícios quando estabilizada a tutela nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015. Por ausência de disposição legal expressa (não custa lembrar o problema da *hiporregulação* suscitada no tópico *supra*) a respeito da fixação de honorários advocatícios na hipótese de estabilização da tutela, parece-nos correto aplicar o percentual de 5% sobre o valor da causa, tal qual ocorre no procedimento monitorio nos termos do art. 701 do CPC/2015.³⁷

Por sinal, essa hipótese foi aprovada no Enunciado n.18 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, cujo teor é: “Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, caput, c/c o art. 701, caput, do CPC/2015)”.

Diante disso, não é preciso muito esforço para visualizar a construção/consolidação desse

34 - TALAMINI, Eduardo. *Ainda a estabilização da tutela antecipada*. Site Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI273467,71043.A+estabilizacao+da+tutela+e+a+Fazenda+Publica>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

35 - SICA, op. cit., p.14.

36 - CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda Pública em juízo*. 13. ed. totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.311.

37 - Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

microsistema, pois a técnica monitoria (*procedimento d'ingiunzione*³⁸; *Mahnverfahren*³⁹), da qual, para nós, decorre a estabilização da tutela, é o procedimento especial empregado para obter a formação de título executivo judicial de maneira célere.⁴⁰ Assim como o instituto da estabilização da tutela antecipada, a monitoria visa simplificar o processo de cognição.⁴¹ Em outros termos, pode-se dizer que a estabilização da tutela disposta no art.304 do CPC/2015 é a generalização da técnica monitoria.⁴²

Logo, na medida em que a técnica monitoria e o instituto da estabilização se complementam, em razão da sua imersão conjunta em um microsistema processual, é razoável concluir que seus efeitos devem ser equiparados, conforme já exposto.

Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça já apontava a possibilidade do ingresso de ação monitoria em face da Fazenda Pública ainda sob a égide do CPC/1973. Na oportunidade, no ano de 2007, foi aprovada a Súmula 339 dessa Corte, cuja redação é: “É cabível ação monitoria contra a Fazenda Pública⁴³”. Acrescente-se que essa súmula foi consagrada no CPC/2015 em seu art. 700, § 6º, nos seguintes termos:

Art. 700. A ação monitoria pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:

[...]

§ 6º É admissível ação monitoria em face da Fazenda Pública.

Portanto, não obstante a tutela do direito indisponível implicar a impossibilidade de aplicação do efeito da revelia em face da Fazenda Pública, nos termos do art. 345, II, do CPC/2015, não se deve confundir os efeitos da revelia com o instituto a conferir estabilidade. Ademais, *é importante levar em consideração* a equiparação dos efeitos processuais decorrentes da técnica monitoria e da estabilização da tutela⁴⁴.

38 - GARBAGNATI Edoardo, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milão: Giuffrè, 1991; ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitorio (Lei 9.079, de 14/07/95)*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

39 - CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. p.30-31; MACEDO, Elaine Harzhim. *Do procedimento monitorio*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 45.

40 - DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. p. 230; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. ed. v. 3, São Paulo: Atlas, 2013. p. 537.

41 - CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997. v. 1. p. 83-84; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. v. 3, São Paulo: Atlas, 2015. p. 430.

42 - DIDIER JR.; BRAGA, op. cit., p. 617.

43 - Trecho interessante de precedente do STJ que reforçou tal possibilidade: “[...] 1. O procedimento monitorio não colide com o rito executivo específico da execução contra a Fazenda Pública previsto no art. 730 do CPC. O rito monitorio, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a parte ré ofereça embargos. No caso de inércia na impugnação via embargos, forma-se o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma do Livro II, Título II, Capítulo II e IV (execução *strictu sensu*), propiciando à Fazenda, mais uma vez, o direito de oferecer embargos à execução de forma ampla, sem malferir os princípios do duplo grau de jurisdição; da imperiosidade do precatório; da impenhorabilidade dos bens públicos; da inexistência de confissão ficta; da indisponibilidade do direito e não-incidência dos efeitos da revelia. (STJ-REsp: 434571 SP 2002/0008003-3, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 08/06/2005, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 20/03/2006, p.181).

44 - TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, n. 209, 2012.

Some-se isso à leitura do princípio da eficiência, previsto no caput do art. 37 da CF/88,⁴⁵ relacionada ao exercício da Fazenda Pública em juízo. Na visão de Marcello Terto e Silva, tal leitura significa apontar a superação do entendimento segundo o qual os princípios da indisponibilidade e da legalidade implicam, necessariamente, que a Fazenda Pública deve buscar seus créditos a todo custo, mesmo que sejam irrisórios ou totalmente improváveis, pois o princípio da eficiência determina que o agente público nunca deixe de levar em consideração se o resultado almejado é condizente com o esforço para alcançá-lo.⁴⁶

Ainda, interessante mencionar a hipótese de reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública, convergente com a possibilidade proposta.

Não obstante haja requisitos, inclusive formais, a serem observados,⁴⁷ a hipótese de reconhecimento da procedência do pedido a ser analisado pelo Poder Público nos demonstra que a indisponibilidade comporta gradações. Ou seja, embora a atuação dos entes federativos em juízo esteja atrelada à indisponibilidade do interesse público, outros valores constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Poder Público renuncie a algumas medidas.

Fato é que, nessa discussão, parte da doutrina considera ser possível a estabilização da tutela em face da Fazenda Pública,⁴⁸ excluindo-se os casos em que é vedada a tutela provisória contra esse agente, elencados no art. 1.059 do CPC/2015.⁴⁹

Extraí-se da leitura desse dispositivo do *Codex* que não é possível a concessão de antecipação da tutela e, por consequência, a estabilização desta, nas hipóteses: i) de concessão de créditos tributários; ii) de entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, iii) na reclassificação ou equiparação de servidores públicos e; iv) na concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamentos de qualquer natureza.

Nesses casos, além da vedação de concessão de tutela provisória, também não é possível a execução provisória do julgado, devendo o interessado aguardar o trânsito em julgado da sentença.⁵⁰

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

46 - SILVA, Marcello Terto e. A Fazenda Pública em Juízo, o Reconhecimento do Pedido e a Nova Advocacia Pública. *Revista de Direito da PGE-GO*, v. 24. Disponível em: <<http://www.pge-go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/161>>. Acesso em: 26 mar. 2018. p. 22.

47 - Leonardo Carneiro da Cunha elenca quatro requisitos: i) a realização de prévio processo administrativo, por meio do qual a Administração Pública conclua que não há razão na defesa a ser apresentada em juízo; ii) deve haver prévia autorização da autoridade administrativa competente para o cumprimento da obrigação almejada pelo particular; iii) o reconhecimento deve ser objeto de fiscalização pelos órgãos de controle, a exemplo do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas, entre outros; iv) a isonomia e a impessoalidade devem ser observadas, de sorte que, na hipótese de gerarem demandas repetitivas com situação idêntica de conflito com a Administração Pública, o reconhecimento deve ocorrer em todos os casos, não sendo possível haver escolha ou seleção arbitrária de apenas alguns dos casos (CUNHA, Leonardo Carneiro. *Opinião 42 – Reconhecimento da Procedência do pedido pela Fazenda Pública*. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinio/opinio-42-reconhecimento-da-procedencia-do-pedido-pela-fazenda-publica/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.)

48 - COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). FREIRE, Alexandre. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016; MACÊDO, Lucas Buril de.; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Tutela provisória contra a Fazenda Pública no CPC/2015. In: Leonardo Carneiro da Cunha; José Henrique Mouta Araújo. (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC - Advocacia Pública*. 1 ed. v. 3, Salvador: Juspodivm, 2015. p. 195-228.

49 - Art. 1.059 – À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, 418 e no art. 7º, § 2º, da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009.

50 - CUNHA, op. cit., p. 270.

A respeito dessa questão, o Tribunal de Justiça de São Paulo já se manifestou pela possibilidade da estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA. MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO. CABIMENTO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. Matéria devolvida em sede de agravo. Impugnação da Fazenda considera as limitações para concessão da tutela antecipada em caráter antecedente. Inteligência do art. 304 DO CPC. A estabilização não qualifica a formação da coisa julgada. A estabilização da decisão estende a chamada técnica monitoria para as tutelas de urgência porque condiciona o resultado do processo ao comportamento do réu (“secundum eventus defensionis”). Realidade compatível com o regime jurídico que rege os atos do Estado em juízo, a exemplo do que ocorre com a ação monitoria, na qual a formação do título executivo é decorrência da inércia do réu (Súmula 339 do STJ). Possibilidade de demandar o autor para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Inexistência de óbices para requerer tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública. PRAZO PARA CUMPRIMENTO E MULTA FIXADA. Ausência de elementos que justifiquem a fixação e prazo exíguo para fornecimento de medicamento não contido na lista de dispensação obrigatória por parte do Estado. Prazo majorado para 30 dias e multa diária reduzida para R\$ 200,00, limitada a R\$ 60.000,00. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (g.n.) (TJSP; Agravo de Instrumento 2129259-58.2016.8.26.0000; Relator (a): José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Sumaré - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/09/2016; Data de Registro: 28/09/2016)

Por derradeiro, de encontro à tese da possibilidade proposta, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou o Enunciado nº 582, cuja redação é: “Cabe estabilização da tutela antecipada antecedente contra a Fazenda Pública”.

É importante frisar que reconhecer a possibilidade da estabilização em face da Fazenda Pública deve ser algo prestigiado pela União, estados, municípios e suas respectivas autarquias e fundações, pois: i) essa hipótese emerge forças para romper o dogma de que a Fazenda Pública recorre, de maneira incansável, de todas as demandas judiciais em que está envolvida; ii) a estabilização reduz os custos processuais supervenientes, principalmente no que se refere à aplicação dos honorários advocatícios no percentual de 5%, de acordo com o art. 701 do CPC/2015, hipótese louvável sob a ótica do princípio da economia processual⁵¹ e; iii) alivia a sua homérica demanda, condição responsável por comprometer a saúde processual da Fazenda Pública em juízo.

Aliás, cite-se de exemplo que é muito comum na rotina da Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas a identificação de Promoções subscritas pelos Procuradores, nas quais solicitam autorização do Procurador-Geral para não recorrer de certas demandas, pois é corriqueiro não haver sucumbência a ser alegada em sede recursal em uma série de demandas. Esse quadro denota um cenário muito fértil para a consolidação do instituto da estabilização da tutela antecipada, na eventualidade de sua aplicação.

51 - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.50.

Portanto, não obstante a indisponibilidade do interesse público acarretar a inaplicabilidade material do efeito da Revelia em face da Fazenda Pública, nos termos do art. 345, II, do CPC/2015, o que, para parcela da doutrina, é motivo para vedação da estabilização da tutela antecipada em face do Poder Público, deve-se considerar, para efeitos de reconhecimento da possibilidade da estabilização em face da Fazenda Pública: i) o microsistema processual formado entre o procedimento monitorio e a estabilização da tutela; ii) a visão contemporânea da graduação da indisponibilidade do interesse público; iii) o princípio da eficiência à luz da atuação da Fazenda Pública em juízo; iv) o princípio da economia processual na aplicação do instituto da estabilização (custo-benefício), que isentará o Poder Público de arcar com custas processuais supervenientes e ainda garantirá a fixação de honorários de sucumbência no percentual de 5%, nos termos do art. 700, § 6º, do CPC/2015 e, v) o alívio na demanda homérica em que a Fazenda Pública está envolvida. Todas essas são razões pelas quais entendemos ser possível a aplicação da estabilização da tutela antecipada, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, em face da Fazenda Pública.

2.2. DISPENSA DA REMESSA NECESSÁRIA NA HIPÓTESE DE DECISÃO CONCESSIVA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Partindo-se do pressuposto da possibilidade da estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, é necessário analisar sua aplicabilidade sob o prisma de uma das principais prerrogativas processuais desse sujeito processual, qual seja, a remessa necessária.

O instituto da remessa necessária (vide atual denominação do CPC/2015⁵²) é uma das principais prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo e consiste na obrigatoriedade do envio dos autos para o respectivo tribunal de 2º grau, de modo que haja a reapreciação da sentença e novo julgamento da causa. Alfredo Buzaid, ao analisar uma das fases embrionárias do instituto, lecionou que a remessa voluntária:

[...] tem a virtude de suspender os efeitos da sentença até que sobre ela se pronuncie a instância superior. O que ela exprime, portanto, em sua configuração mais simples, é a devolução da causa ao Tribunal, a cujo conhecimento toca a obrigação de manter ou modificar a sentença apelada, independentemente de recurso interposto pelas partes interessada.⁵³

Esse instituto encontra sua principal disposição no art. 496 do CPC/2015, o que nos mostra sua aplicação às decisões de mérito proferidas contra o Poder Público: União, estados, municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas.⁵⁴

52 - Leonardo Carneiro da Cunha aponta que houve uma mudança terminológica no instituto. O duplo grau de jurisdição ou reexame necessário passou a ser chamado de remessa necessária no CPC/2015. CUNHA, op. cit., p.177.

53 - BUZAID, Alfredo. *Da apelação ex-offício*. São Paulo: Saraiva, 1951.

54 - Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público

No que tange à natureza jurídica desse instituto, pode-se dizer que, assim como a própria estabilização da tutela e seus efeitos, é uma discussão polêmica na doutrina.

Em apertada síntese, há uma corrente, com ênfase em Pontes de Miranda, que entende ser a remessa necessária um recurso de ofício, algo como uma apelação interposta pelo próprio juiz.⁵⁵

Por outro lado, há uma segunda corrente, liderada por Nelson Nery Júnior,⁵⁶ que entende ser a remessa necessária uma condição de eficácia da sentença, pois esse instituto, entre outros motivos, não é consoante às características típicas recursais.⁵⁷

Por sinal, a redação do art. 496 do CPC/2015, ao dispor sobre a sujeição das sentenças ao duplo grau de jurisdição e afirmar “[...] não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal [...]”, parece ter ido de encontro à segunda corrente.

A questão é que, das decisões proferidas contra o Poder Público, aplica-se o instituto da remessa necessária, excluídas as hipóteses do art. 496, §§ 3º e 4º.⁵⁸ À vista dessa máxima, indaga-se: sendo a estabilização da tutela reconhecida por meio de uma decisão judicial, na hipótese de ser essa decisão em face da Fazenda Pública, aplica-se a remessa necessária?

Em seu trabalho a respeito do tema, entre os 12 problemas postos, o Professor Heitor Mendonça Sica afirma que: *talvez seja este o de mais fácil solução. A resposta é evidentemente negativa.*⁵⁹

Primeiro porque o art. 496 do CPC/2015 delimita a necessidade da remessa necessária tão somente em face de sentenças e que deve ser em desfavor da Fazenda Pública. Além de a decisão que concede a estabilização da tutela não se amoldar ao conceito de sentença, temos o fato de que a decisão que extingue o processo, nos termos do art. 301, §1º, não pode ser considerada, necessariamente, em “desfavor” da Fazenda Pública (vide tópico *supra*).

55 - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t.5, p. 215-218; ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. n.107.3, p. 870-875; CUNHA, op. cit., p. 184.

56 - NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

57 - SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 606-607; THEODORO JR., op. cit., p. 590; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2011. p. 457. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Marinoni. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 453; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: Volume único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 567.

58 - [...]

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

59 - SICA, op. cit., p. 15.

Logo, é mais adequado pensar que as hipóteses de remessa necessária foram pensadas mais para situações em que há prolação de sentença *stricto sensu* contra a Fazenda Pública do que propriamente para situações como a da estabilização da tutela antecipada.⁶⁰

Segundo porque, conforme já apontou o STJ, o reexame necessário não deve se revestir de um caráter absoluto, portanto, nada impedindo que a lei o dispense, como já o fez em várias situações.⁶¹

Terceiro porque a decisão concessiva da estabilização da tutela não se confunde, para todos os efeitos, com a coisa julgada. Isso pois, conforme Teresa Arruda Alvim, a profundidade da cognição desenvolvida em uma decisão é o que lhe garante a imutabilidade contra eventual revisão.

Em se tratando da estabilização da tutela antecipada, o prazo de dois anos a que se refere o art. 304, § 5º, encerra a possibilidade de ajuizamento que reabra a discussão do processo extinto nos exatos limites e contornos da lide originária. No entanto, decorrido esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, não há óbice para que as partes, respeitados os prazos prescricionais atinentes, ingressem com uma nova demanda, inclusive com cognição exauriente, versando sobre o mesmo bem jurídico discutido na ação anteriormente extinta, o que denota, para todos os efeitos, a inexistência de coisa julgada inerente à decisão concessiva da estabilização da tutela antecipada.⁶²

Logo, considerando não haver equiparação de efeitos entre a coisa julgada material e a estabilização da tutela antecipada, nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha:

Não é, porém, passível de remessa necessária a decisão que concede a tutela de urgência contra a Fazenda Pública. A estabilização, para ocorrer, não depende de remessa necessária. Isso porque a estabilização, como se viu, não se confunde com a coisa julgada. A remessa necessária é imprescindível para que se produza a coisa julgada. Além do mais, não cabe tutela de urgência contra o Poder Público nos casos vedados em lei e nos casos de pagamento de valores atrasados, que exija expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor. Não sendo possível tutela de urgência com efeitos financeiros retroativos, a hipótese não alcança valor que exija a remessa necessária, aplicando sua hipótese de dispensa prevista no §3º do art. 496 do CPC.⁶³

Esse entendimento foi pactuado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao afastar a exigência da remessa necessária no que tange à estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. AUSÊN-

60 - CARDOSO, op. cit., p.120.

61 - EREsp 345.752/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 09/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 207

62 - ARRUDA ALVIM, Teresa; MELLO, Rogério Licastro Torres de; SILVA, Leonardo Ferres da. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 514.

63 - CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em júízo*. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016. p.10-11.

CIA DE RECURSO. INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ART. 304 DO NCPC. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPATÓRIA. APLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA.

- O art. 304 apresenta uma redação clara em relação ao requisito para se tornar estável a tutela de urgência na modalidade antecipada, isto é, a não interposição de recurso contra a decisão que a conceder.
- O legislador optou por utilizar o termo “recurso” contra a decisão que conceder a tutela de urgência, na modalidade antecipada, não cabendo ao intérprete sua ampliação, no sentido de admitir qualquer impugnação para obstaculizar a estabilização da tutela concedida, com a consequente extinção do processo.
- Lecionam os Professores Érico Andrade (UFMG) e Dierle Nunes (PUC Minas) que, se obtida a tutela de urgência, no procedimento preparatório da tutela antecipatória (satisfativa), e o réu não impugnar a tutela concedida, mediante recurso de agravo de instrumento (art. 1015, I, novo CPC), o juiz vai extinguir o processo e a medida liminar antecipatória da tutela vai continuar produzindo seus efeitos concretos mesmo na ausência de apresentação do pedido principal (art. 304, §§1º e 3º, novo CPC).
- A Fazenda Pública se submete ao regime de estabilização da tutela antecipada, por não se tratar de cognição exauriente sujeita a remessa necessária. (Enunciado 21 sobre o NCPC do TJMG).
- Recurso improvido”. (Apelação Cível nº 0004894-49.2016.8.13.0348, Rel. Des. Heloisa Combat, 4ª Câmara Cível, julgamento 08/11/2016)

Portanto, partindo-se da premissa de que é possível a estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, parece-nos seguro afirmar, com fundamento na doutrina e na jurisprudência, que não há exigência da remessa necessária nessa hipótese.

3. CONCLUSÃO

É fato que a aplicabilidade da estabilização da tutela antecipada, por ser este um instituto incorporado recentemente ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como ser hiporregulado no Código de Processo Civil (constam apenas dois artigos acerca da matéria), suscita muitas dúvidas. Aliás, com a força que os precedentes judiciais ganharam com o CPC/2015, tais dúvidas merecem ser sanadas por apreciação do Superior Tribunal de Justiça.

No que se refere à estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, embora esteja pendente de apreciação no STJ, já é possível perceber uma certa uniformidade na doutrina (vide Enunciado nº 582 do FPP) quanto a alguns aspectos.

Primeiro, conforme exposto ao longo deste trabalho, grande parcela da doutrina entende ser possível a estabilização da tutela em face da Fazenda Pública com fundamento no microsistema processual formado entre a ação monitória (que é possível em face da Fazenda Pública) e a estabilização da tutela antecipada, razão pela qual seus efeitos processuais devem ser equiparados. Para nós, essa possibilidade é benéfica para a Fazenda Pública, entre outros motivos, porque diminui o seu dispêndio com algumas demandas, bem como diminui custos processuais supervenientes.

Segundo, há uma unidade na doutrina (abrem-se aqui parênteses para mencionar uma

autoridade no assunto, Professor Leonardo Carneiro da Cunha) em considerar que, partindo-se da premissa da possibilidade da estabilização da tutela em face da Fazenda Pública, tal hipótese não deve, necessariamente, se sujeitar à remessa necessária, pois: i) a decisão concessiva da tutela antecipada não se amolda ao conceito positivado de sentença; ii) a decisão que extingue o processo não é, necessariamente, em desfavor da Fazenda Pública e; iii) a estabilização da tutela antecipada não se confunde com a coisa julgada.

Portanto, não obstante a presença de relevantes motivos que ensejam a conclusão deste trabalho pela possibilidade de estabilização da tutela em face da Fazenda Pública, fica a ansiedade perante uma decisão do STJ acerca do assunto.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento monitorio*. Curitiba: Juruá, 1995.

AMARAL, Moacyr Santos. *Ações cominatórias no Direito Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958.

ARRUDA ALVIM, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 203.

ARRUDA ALVIM, Teresa; MELLO, Rogério Licastro Torres de; SILVA, Leonardo Ferres da. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 514.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. n. 107.3, p. 870-875.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoite de (ORgs). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Editora DPJ, 2005. p. 660-683.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.50.

BONATO, Giovanni. *I référés nell'ordinamento francese, La tutela somaria in Europa – Studi*, Antonio Carratta (org.), p. 35-76.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p.226.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. v.5, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 457.

BUZAID, Alfredo. *Da apelação ex-officio*. São Paulo: Saraiva, 1951.

CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. p. 30-31.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. ed. v. 3, São Paulo: Atlas, 2013. p. 537.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 564.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997. v. 1. p. 83-84.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Comentários ao art. 304*. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.).

CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 34.

_____. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016. p.10-11.

_____. *Opinião 42 – Reconhecimento da Procedência do pedido pela Fazenda Pública*. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniaio/opiniaio-42-reconhecimento-da-procedencia-do-pedido-pela-fazenda-publica/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CARDOSO, Luiz Eduardo Galvão Machado. *Estabilização da tutela antecipada*. 2017. Disponível em: <[https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21694/1/Dissertação de mestrado \(FINAL\) 05.03.17 - Luiz Eduardo.pdf](https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21694/1/Dissertação%20de%20mestrado%20(FINAL)%2005.03.17%20-%20Luiz%20Eduardo.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 622.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. p. 230.

FREIRE, Alexandre. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREITASJUNIOR, Horival Marques de. Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência. *Revista de Processo*, v. 225, ano 38. São Paulo: RT, nov. 2013, p. 199.

GARBAGNATI, Edoardo. *Il procedimento d'ingiunzione*. Milão: Giuffrè, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.121, p. 11-37.



_____. Proposta de alteração ao Código de Processo Civil. Justificativa. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, p. 191-195.

MACEDO, Elaine Harzhim. *Do procedimento monitorio*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 45.

MACÊDO, Lucas Buril de.; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Tutela provisória contra a Fazenda Pública no CPC/2015. In: Leonardo Carneiro da Cunha; José Henrique Mouta Araújo. (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC - Advocacia Pública*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 195-228.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Genesis: Revista de direito processual civil*, n. 28. Curitiba: Genesis, abr./jun. 2003, p. 306-307.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Marinoni. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 453.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 216.

MEIRELES, Edilton. *Ação de Execução Monitoria*. São Paulo: LTr, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico. *Revista de Direito Público*, v.2, 1967, p.14; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 95-96.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Pulo: Malheiros, 2009. p. 55.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 4, n. 39, p. 15-19, abr. 2015. Edição Especial.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. v. 3, são Paulo: Atlas, 2015. p. 430.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: Volume único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 567.

PAIM, Gustavo Bohrer. O référé francês. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, v. 203, 2012.

PARIZZATO, João Roberto. *Da ação monitoria*. 2. ed. São Paulo: Editora Direito, 1997.

PERROT, Roger. Il procedimento per ingiunzione – studio di diritto comparato. *Rivista di diritto processuale*, 1986, p. 716.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 5, Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 215-218.

RODRIGUES, Marco Antônio. *A Fazenda Pública no Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.110.

SHIMURA, Sérgio. *Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 606-607.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada*. v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, Marcello Terto e. A Fazenda Pública em Juízo, o Reconhecimento do Pedido e a Nova Advocacia Pública. *Revista de Direito da PGE-GO*, v. 24. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/161>>. Acesso em: 26 mar. 2018. p. 22.

TALAMINI, Eduardo. *Ainda a estabilização da tutela antecipada*. Site Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI273467,71043.A+estabilizacao+da+tutela+e+a+Fazenda+Publica>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, n. 209, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O procedimento monitorio e a conveniência de sua introdução no processo civil brasileiro*. RF, n. 271.

_____. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 682.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 16. ed. 2.v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 891.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Tutela de urgência definitiva? Medidas autossatisfativas (Argentina), medidas provisionais (Brasil) e a proposta de estabilização da antecipação de tutela. *Revista de Processo*, v. 231, ano 39. São Paulo: RT, maio 2014. p. 136.



.....

QUADROS COMPLEMENTARES CIVIS NA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL: UMA AVALIAÇÃO DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE FORMAÇÃO DE QUADROS DE APOIO INTEGRADOS POR CIVIS

.....

SUPPORT CAREERS JOINED BY CIVILIAN PERSONNEL IN
PMDF MILITARY POLICE OF DISTRITO FEDERAL:
AN ANALYSIS OF LEGAL LIKELIHOOD TO CREATE A
SUPPORT CAREER JOINED BY CIVILIAN PERSONNEL

Carlos Ronaldo Souza¹
Jacques Nogueira Araújo²
Leandro Rodrigues Doroteu³

1 - Afiliação: Instituto Superior de Ciências Policiais (ISCP). Especialista em Ciências Policiais pelo ISCP. Capitão do Quadro de Oficiais Policiais Militares da Polícia Militar do Distrito Federal. Assessor técnico-jurídico no Departamento de Gestão de Pessoal da PMDF. Formado no Curso de Formação de Oficiais da Academia de Polícia Militar de Brasília, 2004–2006. Bacharel em Direito pela UDF, 2007–2011.

2 - Afiliação: Instituto Superior de Ciências Policiais (ISCP). Mestre em Ciência Política pelo Centro Universitário Euro Americano (UNIEURO). Graduado em Ciências Contábeis (UNIP0). Major do Quadro de Oficiais Policiais Militares da Polícia Militar do Distrito Federal. Exerce suas funções na Diretoria de Recrutamento e Seleção do Departamento de Gestão de Pessoal da PMDF.

3 - Afiliação: Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Centro Universitário Projeção (Uniprojecao) e Instituto Superior de Ciências Policiais (ISCP). Doutorando em Ciências Contábeis (UFU); Mestre em Linguística (Unifran); Mestre em Administração (UnB); Graduado em Direito, Letras, Pedagogia e Administração Pública. Major da Polícia Militar do Distrito Federal.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Noções Sobre Quadro Complementar Para a Polícia Militar; 2. Fundamentos Jurídicos da Criação de Quadros Complementares; 2.1. Primado Constitucional; 2.2. Princípio da Hierarquia e da Disciplina; 2.3. *Standards* Internacionais; 3. jurisprudência Sobre o Tema; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho analisa a possibilidade de criação de quadros complementares compostos por servidores civis para o desenvolvimento de atividades técnicas especializadas essenciais na Polícia Militar do Distrito Federal. Tal abordagem se faz necessária ante a irrenunciável premissa constitucional aplicável às polícias militares: o seu caráter militar. O objetivo deste estudo é discutir a possibilidade de criação de quadros complementares com servidores civis, sob o ponto de vista constitucional/legal. Este propósito foi obtido a partir da revisão bibliográfica que trata dos temas, bem como de análise documental de projetos de lei, súmulas e precedentes judiciais. O estudo demonstrou ser juridicamente possível a criação legal de um quadro de apoio (quadro complementar) integralmente formado por civis para prestação de serviços técnicos especializados, guardadas as devidas restrições constitucionais quanto ao exercício da atividade precípua de policiamento ostensivo e preservação da ordem pública.

PALAVRAS-CHAVE: Quadros Complementares. Civis. Militares. Constitucionalidade. Precedentes.

ABSTRACT: This paper intends to analyze the possibility of creation of support careers in Military Police of Distrito Federal/Brazil (PMDF) joined by civilian personnel. This civilian sector is designed for develop essential specialized techniques in general services and support for Institution. The focus is to assess whether it is possible to change militaries for civilians to execute these administrative matters, based on Constitution and legal precedents, from internal and external law. This purpose was obtained from the bibliographic review that deals with the matter, as well as documentary analysis of bills, legal proposals and judicial precedents. The study has shown it is legally possible to rely on general service joined by civilian personnel to provide specialized general and support services, not forgetting the constitutional restrictions related with policing ostensive patrols and order public safety and security.

KEYWORDS: Complementary Tables. Civilians. Military. Constitutionality. Precedents.

INTRODUÇÃO

É fato notório que a Reforma da Previdência, em tramitação no Congresso Nacional, tem como objetivo a alteração de dispositivos constitucionais para estabelecer novas regras de aposentação para o serviço público e para o serviço privado. Cogitou-se a possibilidade de inclusão dos militares em geral, das polícias militares em particular, nesse bojo reformista, em vista de seus “benefícios previdenciários”. Foi inclusive suscitada a dúvida: “todos os policiais militares de uma corporação precisam ser militares, ainda que desempenhem funções estritamente administrativas, especializadas ou de apoio?”. Um estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas acerca dos militares e sua relação com a Proposta de Emenda Constitucional da Previdência relatou (SIMONSEN *et al.*, 2017, p. 10):

A estruturação de sistemas de Defesa mediante modelos modernos permite a otimização do número de profissionais - militares de carreira - em regime especial de proteção social. Tarefas de natureza não militar não precisam ser executadas por pessoal militarizado, podendo os respectivos prestadores ser enquadrados no regime previdenciário dos servidores civis. Essas mudanças permitem contemplar deficiências como a rotatividade inerente à profissão militar, a economicidade pela aplicação de pessoal especializado, bem como a inserção de conhecimentos e competências algumas vezes indisponíveis nas organizações militares a um custo ótimo.

Tal afirmação pode ser trazida também às polícias militares, afinal o sistema de proteção social a que estão sujeitos é similar, porque decorrente dos mesmos mandamentos constitucionais e com legislações infraconstitucionais semelhantes. Verifica-se ainda que a questão posta é relacionada diretamente aos quadros criados nas Forças Armadas para auxiliar o cumprimento de atividades não militares, o que se encaixa perfeitamente aos quadros complementares.

Por outro lado, a criação de quadros complementares visa a repensar a possibilidade de implementar uma política de gestão técnica e eficiente na Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF), organizada a partir das necessidades administrativas da Corporação no desempenho de atividades especializadas.

Com isso, este trabalho, a partir da junção das questões expostas, se propõe a analisar a criação de quadros complementares para o desempenho de atividades especializadas, sob o enfoque técnico-jurídico, na PMDF. Nesse sentido, empenhou-se em responder à seguinte pergunta: é possível, do ponto de vista jurídico, a criação de um quadro complementar composto por servidores civis, com a função de desempenhar atividades técnicas especializadas na Corporação?

O estudo tem como hipótese: se um quadro complementar formado por civis encontra razoabilidade e compatibilidade com o sistema jurídico em que a Corporação está vinculada, então é possível sua criação legislativa. A hipótese não se confirmará no caso de haver interpretação constitucional dos princípios envolvidos, explícitos e implícitos, que impedem uma instituição militar de ter em seus quadros um fato permanente complementar composto por servidores civis.

Tal abordagem se justifica tendo em vista a natureza das instituições policiais militares em todo o Brasil: elas são instituições militares. E as instituições militares preservam valores e princípios específicos, que devem ser avaliados previamente a mudanças estruturais, como é a proposta neste trabalho.

Ademais, ressalte-se a relevância para a sociedade do estudo proposto, pois com a abertura corporativa para o ingresso de civis, mantém-se a natureza militar na exata medida de sua necessidade: os quadros combatentes. No que tange à relevância profissional, há a possibilidade de abertura da Corporação aos servidores civis, concursados e efetivos, com vistas a auxiliar a atividade meio da instituição, provendo conhecimento técnico e atividade especializada, o que pode desenvolver uma cultura nova organizacional, aproximada e duradoura também com os valores civis.

O principal objetivo deste estudo é discutir a possibilidade de criação de um quadro complementar com servidores civis, sob o enfoque jurídico, para a PMDF. Além disso, também irá tratar de noções sobre quadro complementar; estudar o processo de interpretação constitucional e analisar a proposta sob o primado do princípio da hierarquia e disciplina, sistema moldante das instituições militares, bem como demais paradigmas jurídicos que podem se adequar ao caso.

Este propósito será obtido a partir da revisão bibliográfica e análise documental. A revisão bibliográfica buscará a doutrina de Direito Constitucional que bem se aplica ao caso, demonstrando os conceitos inerentes de interpretação constitucional, hierarquia de normas e força normativa da Constituição. Trabalhos acadêmicos também foram revisados para fortalecer os conceitos trabalhados e enriquecer a discussão sobre o cabimento de um quadro civil permanente em uma instituição militar. Além disso, a legislação brasileira também foi envolvida, com enfoque para as legislações que tratam das instituições militares e dos quadros complementares.

No próximo capítulo, será dada uma breve noção de quadro complementar, a fim de delimitar o tema e compreender sua utilização em outras instituições militares.

1. NOÇÕES SOBRE QUADRO COMPLEMENTAR PARA A POLÍCIA MILITAR

Inicialmente, verifica-se a necessidade de definir o conceito de quadro complementar. Para tanto, é conveniente abordar a estrutura administrativa da PMDF.

A PMDF é dividida em carreiras. A estrutura legal da Corporação é definida pelas suas leis de regência. O Estatuto da PMDF (Lei nº 7.289, de 18 de dezembro de 1984) define os conceitos de carreira e cargo policial militar. A lei de Promoções (Lei nº 12.086, de 06 de novembro de 2009) trata dos quadros previstos e da distribuição do efetivo policial militar.

Segundo o Estatuto (BRASIL, 1984), o serviço policial militar consiste no exercício de atividade inerente à polícia militar e é caracterizado pela atividade continuada e inteiramente devotada às finalidades precípua da polícia militar, denominada atividade policial militar.

Por sua vez, a Lei de Promoções (BRASIL, 2009) estabelece que o efetivo da Polícia Militar do Distrito Federal é distribuído em 08 (oito) quadros, sendo 06 (seis) quadros para oficiais e 02 (dois) quadros para praças. Na mesma lei, verifica-se que em alguns quadros há uma subdivisão por especialidades. Os quadros dispostos na lei são (BRASIL, 2009):

- Quadro de Oficiais Policiais Militares – QOPM;
- Quadro de Oficiais Policiais Militares de Saúde – QOPMS;
- Quadro de Oficiais Policiais Militares Capelães – QOPMC;
- Quadro de Oficiais Policiais Militares Administrativos – QOPMA;
- Quadro de Oficiais Policiais Militares Especialistas – QOPME;
- Quadro de Oficiais Policiais Militares Músicos – QOPMM;
- Quadro de Praças Policiais Militares Combatentes – QPPMC; e
- Quadro de Praças Policiais Militares Especialistas – QPPME.

A partir dessas premissas, vê-se que a divisão de efetivo da PMDF é trabalhada com foco em duas grandes linhas de ação: combatente e não combatente. Os quadros tipicamente policiais militares são os combatentes, aqueles a quem cabe a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (atividade-fim): QOPM e QPPMC. Quanto aos demais, tratam-se de quadros de apoio da polícia militar, ou de atividade-meio.

Nessa linha, uma definição *lato sensu* de quadro complementar envolveria o conjunto de policiais militares que, alocados em carreiras específicas, teriam funções auxiliares ou complementares à atividade principal da instituição, prestando serviços técnicos especializados. Nesse conceito, estariam relacionados como quadros complementares os quadros de oficiais de saúde (médicos, dentistas e veterinários) e quadros de oficiais administrativos (acessível a praças policiais militares combatentes).

Para o fim proposto no presente artigo, um conceito mais restritivo de quadro complementar, formado por carreiras técnicas especializadas não coincidentes com os quadros não combatentes já previstos na estrutura das carreiras da PMDF.

Como suporte a essa restrição conceitual, tem-se a previsão do Decreto nº 8.734, de 02 de maio de 2016, que aprova o regulamento para o Quadro Complementar de Oficiais do Exército (BRASIL, 2016):

Art. 1º O Quadro Complementar de Oficiais - QCO destina-se a suprir as necessidades do Exército em pessoal de nível superior para a ocupação de cargos e funções de natureza complementar.

§ 1º São considerados de natureza complementar os cargos e as funções cujas atividades exijam, para o seu desempenho, pessoal com formação superior específica, não existente nos demais Quadros, Armas e Serviços.

Nesse ínterim, vê-se que um quadro complementar seria composto por policiais militares graduados em cursos específicos, cuja missão seria auxiliar as atividades administrativas da Corporação, dotando-as de pessoal técnico previamente especializado. Os quadros complementares poderiam ser compostos de oficiais, a quem caberia a gestão e organização do ambiente de trabalho; e praças, a quem caberia auxiliar e operacionalizar as atividades.

Por sua vez, um quadro complementar a ser formado por civis receberia denominação diversa. Seriam criadas duas carreiras civis de apoio: analistas e técnicos. Os analistas teriam funções compatíveis com as funções administrativas dos oficiais subalternos, enquanto os técnicos teriam funções similares às atividades administrativas desempenhadas pelos graduados.

O objetivo pragmático da criação de um quadro é poder dotar a Corporação de profissionais técnicos especializados, a fim de fomentar o desenvolvimento administrativo e permitir que o pessoal propriamente combatente possa trabalhar na atividade-fim. As tabelas abaixo (PMDF, 2017) demonstram a distribuição do efetivo QOPM e QPPMC, conforme informação da Diretoria de Pessoal Militar (DPM) da PMDF.

Tabela 1: Distribuição do Efetivo PMDF

Efetivo PMDF	
Resumo do efetivo	
Efetivo PMDF	11688
Oficiais	862
Praças	10357
Operacional	7712
Atividade-meio	3507
DPM/SCAf	469

Fonte: Diretoria de Pessoal Militar/PMDF. 2017

Tabela 2 - Efetivo distribuído em atividade meio/fim da PMDF

<i>Efetivo distribuído nas funções meio/fim na PMDF</i>		
<i>Oficiais</i>	Operacional	162
	Administrativa	700
<i>Praças</i>	Operacional	7550
	Administrativa	2807
<i>Subtotal</i>		11219

Fonte: Diretoria de Pessoal Militar/PMDF. 2017

Pela análise das tabelas, vê-se que a PMDF utiliza considerável número de pessoal militar para as atividades-meio (funções administrativas). São 3507 (três mil quinhentos e sete) policiais militares (a grande maioria de oficiais e uma quantidade substancial de praças) que laboram ordinariamente na atividade administrativa (PMDF, 2017). Tal situação, por si só, já conduz a uma necessidade de redimensionamento da força de trabalho na Corporação.

Outra base para estudo é a análise do ocorrido em outras instituições, o que pode render informações importantes para o presente trabalho. Assim, tem-se a regulamentação formal realizada no âmbito do Exército Brasileiro (EB) e no Corpo de Bombeiros Militares do Distrito Federal (CBMDF), em relação ao modelo adotado de quadros complementares. A observação é relevante em face das características militares das duas organizações.

O EB adotou o modelo de quadros complementares em 1989, a partir do projeto de Lei nº 772/88, que propôs a criação de quadro complementar de oficiais, com o fim de tornar o EB cada vez mais adequado ao porte de suas missões e ampliar os níveis de operacionalidade da Força. A exposição de motivos do Ministro do Exército argumentou ainda que, em face de variadas necessidades administrativas, ocorre a realocação dos oficiais de carreira, que deveriam estar laborando na atividade-fim da Instituição (BRASIL, 1988).

Por fim, foi aprovada a Lei nº 7.831/89 (BRASIL, 1989), que criou o quadro complementar de oficiais no Exército Brasileiro, cabendo ao Comandante do Exército a distribuição do efetivo por áreas de atividade, segundo a necessidade da Força. São exemplos de áreas: Administração, Direito, Informática, Letras, Comunicação Social, entre outras. Não há, na proposição adotada, motivação expressa para que o quadro complementar fosse formado por militares, e não por civis.

O CBMDF, por sua vez, também criou o quadro complementar de oficiais, por meio da Lei nº 11.134, de 15 de julho de 2005. Da mesma forma adotada pelo EB, a lei não especificou as áreas a serem preenchidas no quadro, cabendo ao Poder Executivo do Distrito Federal a distribuição conforme a conveniência da Administração. Na exposição de motivos, não consta também a motivação específica para a criação dos quadros complementares, apenas justificativa genérica sobre alteração no efetivo (BRASIL, 2005, p. 16): “4. A medida contempla, ainda, uma recomposição do efetivo das duas corporações militares, o que, segundo o expediente de encaminhamento da proposta, permitiria melhor adequação do efetivo às necessidades institucionais.” Como no EB, não há também referência à motivação para que o quadro complementar fosse constituído por militares, em vez de civis.

Com as definições trabalhadas, deve-se observar que o integrante da PMDF, caso nela ingresse por um quadro militar, então ele será militar para todos os efeitos; situação diametralmente oposta ocorre com o civil, pois a PMDF deveria prover um regime específico, com regras deontológicas próprias, progressão na carreira e regramento disciplinar adequadamente ajustado para um civil, ainda que em caráter geral. Observe-se que há muitas características que se diferem em razão de um quadro complementar ser formado somente por militares ou por civis. Como exemplo, tem-se a limitação de idade para acesso a uma carreira militar (BRASIL, 1984), decorrente do desgaste físico e psicológico que o novo integrante irá arcar em sua nova carreira. Outro exemplo é a aplicação dos códigos e regulamentos militares, que seriam adequadamente possíveis de imputação ao militar, não sendo aplicável a civil, em regra.

Outra questão relevante é a diferenciação da relação do militar com o Estado e a

relação do civil perante o Estado. O militar não teria direito previdenciário, sendo-lhe garantido apenas um sistema social de proteção, enquanto os civis estariam necessariamente vinculados ao regime oficial de previdência (BRASIL, 1988). Há também diferenciação na limitação de direitos individuais e sociais aos militares, a exemplo das limitações ao direito de greve, sindicalização e adicional por serviço noturno (BRASIL, 1988).

Assim, com base nesses aspectos preliminares que circundam a ideia conceitual do quadro complementar, passa-se, no próximo capítulo, a uma análise dos fundamentos jurídicos relacionados ao problema proposto, mormente os princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, a jurisprudência existente sobre o tema e os *standards* encontrados na esfera internacional.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA CRIAÇÃO DE QUADROS COMPLEMENTARES

A fundamentalidade jurídica é relacionada ao estudo do universo jurídico aplicado ao caso, a fim de buscar as razões axiológicas prontas a rechaçar de plano a hipótese suscitada ou a aferir eventual compatibilidade com o sistema jurídico que lhe dá sustentação.

2.1. PRIMADO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal é a norma fundamental da República Democrática do Brasil. A sua interpretação tem como objetivo verificar a adequação das normas de menor hierarquia ao texto da Lei Maior.

Para Kelsen (1998), uma norma encontra sua validade em outra norma, porque não existe um sistema esparso de normas no ordenamento. Dessa forma, aquela norma que dá validade a outra é considerada norma superior.

E acrescenta (KELSEN, 1998, p.136):

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. [...] Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (GRUNDNORM). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito.

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.

Nesse contexto, Kelsen (1998) expõe que a validade de uma norma é limitada ou fortalecida por uma norma superior. Mas acrescenta que essa pirâmide de normas não pode ser infinita, devendo cessar em uma norma central, ou fundamental. Assim, o renomado autor desenvolveu o sistema piramidal de hierarquia das normas, em que o topo dessa pirâmide é ocupado pela norma fundamental: a Constituição.

A concepção do caráter normativo e moldante da Constituição perpassa também pelo conceito de força normativa da constituição, de Hesse (1991). Segundo o autor, a Constituição não é apenas uma descrição da realidade política, social e econômica (Fatores Reais de Poder), mas também é composta pelo caráter normativo característico das demais normas jurídicas. Em sua obra, assinala (HESSE, 1991, p.11):

Subsiste para o Direito uma enorme tarefa, sobretudo porque a força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que, somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envia esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (Machtfragen).

Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais (sic) normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e (sic) preservar a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung) que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.

Dessa forma, Hesse (1991) ainda alerta os operadores do direito constitucional quanto à missão fundamental de preservar o que ele conceituou de vontade da Constituição. Tal vontade encontraria respaldo em três alicerces: a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa; a compreensão de que essa ordem é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos; e a consciência de que sua eficácia depende também da vontade humana. Com tais contribuições, Hesse (1991) logrou êxito em delinear o caráter normativo da Constituição.

Canotilho (2003) contribui, ainda, para o caráter normativo da constituição, quando sustenta que as regras e princípios constitucionais devem ter normatividade, porquanto o Direito Constitucional é direito positivo e a Constituição vale como se fosse uma lei. Mais uma vez, ressalta-se que a Constituição não é apenas uma folha de papel em que são escritas as forças reais de poder de uma sociedade. A Constituição é uma norma e, portanto, tem caráter imperativo para todos.

Por sua vez, afirma Barroso (2016, p. 48):

A Constituição disciplina o modo de produção das leis e demais espécies normativas primárias, definindo competências e procedimentos a serem observados em sua criação. De parte disso, em sua dimensão substantiva, determina condutas a serem seguidas, enuncia valores a serem preservados e fins a serem buscados. Ocorrerá inconstitucionalidade

formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico. A inconstitucionalidade será material quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio.

Assim, verifica-se que a Constituição de um Estado é a norma central e moldante de um sistema jurídico completo, cabendo às demais normas uma adequação formal e material a esses comandos superiores. Essa adequação chama-se constitucionalidade da norma. No aspecto formal, a norma é considerada constitucional quando segue o procedimento determinado pela previsão constitucional. O aspecto material refere-se ao conteúdo da norma, que deve guardar pertinência e conformidade com a prescrição constitucional sobre o tema.

Com tais premissas, é possível compreender a hierarquia das normas, o caráter normativo da Constituição e a constitucionalidade formal e material das normas de menor hierarquia. Assim, pode-se trazer à baila o princípio constitucional da hierarquia e disciplina.

2.2. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA E DISCIPLINA

A Constituição Federal prevê, em diferentes partes de sua carta, os princípios e regras aplicáveis às instituições militares: federais (militares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica) e estaduais (policiais militares e bombeiros militares). Nesse ínterim, um princípio merece especial atenção. É o princípio da hierarquia e disciplina. São as previsões constitucionais do referido princípio (BRASIL, 1988):

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

No mundo castrense, o conceito clássico de hierarquia e de disciplina é amplamente difundido e está centrado na ordenação da autoridade (hierarquia) e no estrito cumprimento das regras e manuais (disciplina). É o que se vê, por exemplo, no Estatuto da PMDF (BRASIL, 1984):

Art. 13 - A hierarquia e a disciplina são a base institucional da Polícia Militar, crescendo a autoridade e a responsabilidade com a elevação do grau hierárquico.

§ 1º - A hierarquia é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura da Polícia Militar, por postos e graduações. Dentro de um mesmo posto ou

graduação, a ordenação faz-se pela antigüidade (sic) nestes, sendo o respeito à hierarquia consubstanciado no espírito de acatamento da autoridade.

§ 2º - Disciplina é a rigorosa observância e acatamento integral da legislação que fundamenta o organismo policial-militar (sic) e coordena seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo, (sic) perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º - A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias pelos policiais-militares em atividade ou na inatividade.

Porém, há de se ressaltar que a caracterização de um princípio como sendo um princípio constitucional evoca qualidades materiais e formais que lhe dão outro sentido e imperatividade, distinguindo-os de princípios legais ou regulamentares. Exemplo de tal distinção é a prescrição do art. 2º-A da Lei nº 9.266, de 15 de março de 1996. Tal lei reorganiza as classes da carreira policial federal e define, no citado artigo, a hierarquia e disciplina como fundamento para toda a instituição (BRASIL, 1996):

Art. 2º -A. A Polícia Federal, órgão permanente de Estado, organizado e mantido pela União, para o exercício de suas competências previstas no § 1º do art. 144 da Constituição Federal, fundada na hierarquia e disciplina, é integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça.

Mas tal prescrição não é norma de repetição de nenhuma previsão constitucional nesse sentido, o que demonstra a criação de um princípio legal (porque decorrente de lei) no âmbito do Departamento de Polícia Federal (DPF), mas não com força normativa constitucional.

Para Silva (2013), a hierarquia e a disciplina são conceitos distintos, que não se confundem. Porém, estão sempre interligados, porque a disciplina somente existe adequadamente em razão da clara distinção de hierarquia, ou seja, só se obedece a quem está subordinado.

Assis (2006, p. 6) reafirma também a importância e o cabimento dos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina:

Um outro ponto que não se pode descuidar, sob pena de se fazer uma análise parcial da questão, é o de que as Forças Armadas e Auxiliares são instituídas constitucionalmente (art.142 e 42) e em decorrência disso, seus valores maiores – a disciplina e a hierarquia são, igualmente, constitucionalmente protegidos.

Esta circunstância elementar das Forças Armadas – constituição com base na hierarquia e disciplina, pressupõe um dever de obediência, calcado principalmente na obrigação que tem o subordinado de obedecer ao seu superior, salvo quando a ordem deste for manifestamente ilegal.

Como bem observado, a hierarquia e a disciplina são valores constitucionalmente tratados, portanto, constitucionalmente protegidos. Como princípio constitucional, a hierarquia e disciplina das instituições militares são normas cogentes, que angariam sentido maior do que

o expressamente contido nos estatutos militares. E por tal conotação e amplitude de conceito, reveste-se da característica de princípio, em oposição às regras jurídicas.

Canotilho (2003, p. 1124) assevera que os princípios são espécies de normas jurídicas, que impõem uma otimização, de acordo com o contexto fático e concreto. Ainda, eles podem ser balanceados e ponderados com outros princípios aparentemente conflitantes. Ou seja, os princípios têm caráter impositivo no ordenamento jurídico, mas seu real valor deve ser analisado no caso em concreto e mediante a adequada ponderação com outros princípios de igual envergadura, como são os demais princípios constitucionais.

Nessa linha de argumentação, Canotilho (2003, p. 1124) distingue princípio de regra jurídica, outra espécie do gênero norma, a qual prescreve uma ordem específica e pelo qual não existe juízo de valoração: a validade da regra está no campo do tudo ou nada, de sua aplicação ou não ao caso concreto.

Em outro ponto, é interessante anotar que a Constituição Federal preza pelo acesso aos cargos, empregos e funções públicas, na forma da lei (BRASIL, 1988):

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

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

Tal característica é a concepção do princípio da acessibilidade. Nas palavras de Carvalho Filho (2016, p. 814):

Em suma, o que se tem de certo na questão da acessibilidade é que ofende o princípio da legalidade, consignado no art. 37 da CF, a prática de ato que vise a alijar candidato a concurso público sem que o órgão responsável decline expressamente a justificativa que o impulsionou. É vedada a ausência de fundamento no ato. Nesse sentido – diga-se por oportuno – já decidiu o STF em verbete sumular: “É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.” Ato administrativo com tal natureza estará contaminado de vício nos requisitos do motivo e, muito provavelmente, da finalidade, o que o torna passível de invalidação pela própria Administração ou pelo Judiciário.

Em termos práticos, o que preza o princípio constitucional-administrativo da acessibilidade é que o concurso público deverá estar aberto ao maior número de candidatos possível, não sendo adequado que lei, em sentido estrito, estabeleça distinções infundadas para ingresso nas carreiras públicas.

Assim, verifica-se que o princípio da acessibilidade pode e deve ser ponderado concretamente com o princípio da hierarquia e disciplina, quando o assunto é a possibilidade de restrição de acesso de candidatos a concursos públicos militares. E ressalte-se que a

ponderação está no campo do direito constitucional, entre princípios de igual envergadura. Assim, é descartada eventual autorização de lei ou regulamento, porque inferior à questão constitucional posta. A discussão encontra-se, portanto, no campo da ponderação de princípios constitucionais.

Nessa situação, observa-se que o quadro complementar preenchido apenas por militares limitaria o acesso de todas as demais pessoas interessadas e que não cumprem os requisitos espartanos castrenses. Tal situação é dada pelos diferentes regulamentos autorizados constitucionalmente no artigo 142, § 3º, inciso X, e que integram a Administração Militar na seleção de candidatos a ingresso nas carreiras militares. Como exemplo, tem-se a restrição de sexo, de idade mínima e máxima, altura mínima, que limitam o universo de candidatos possíveis de aprovação. Tal limitação violaria, em tese, o princípio da acessibilidade.

Por outro lado, o acesso de qualquer pessoa, após aprovação em concurso público, para integrar o quadro civil complementar poderia comprometer a efetividade das ações policiais militares a serem desempenhadas, seja pelo não acatamento integral das ordens, seja pela não internalização das autoridades militares. Em virtude das demandas por vezes sensíveis na área da defesa nacional e segurança pública, é comum encontrar situações desfavoráveis aos militares no desempenho de suas atribuições. Isso, porém, não pode ser motivo para a não execução do trabalho, razão pela qual é imperiosa a característica militar. Dessa forma, o acesso irrestrito de civis às instituições militares (federais e estaduais) violaria, em tese, o princípio da hierarquia e disciplina.

Nesse ínterim, observa-se que Mendes e Gonet (2015) reafirmam a diferença entre os dois tipos de normas: regras e princípios, ressaltando que a resolução de conflitos entre regras se dará pelo método clássico de resolução de antinomia (critério da hierarquia, temporalidade e especialidade), o que não pode ocorrer com os princípios, que deverão ser valorados concretamente a fim de verificar qual preponderará naquela situação fática. Em suas palavras (MENDES; GONET, 2015, p. 74):

A colisão de princípios, da mesma forma que o conflito entre regras, refere-se a situação em que a aplicação de duas ou mais normas ao caso concreto engendra consequências contraditórias entre si. A solução para o conflito entre regras, porém, não é a mesma para o caso de colisão entre princípios. Um conflito entre regras é solucionado tomando-se uma das regras como cláusula de exceção da outra ou declarando-se que uma delas não é válida.

Já quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisso consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípio antes preterido venha a prevalecer.

Se o princípio é capaz de se adequar em um universo valorativo, mantendo harmonização prática com outros princípios (desde que não seja eliminado pela aplicação de outro princípio), então pode não haver violação direta ao princípio da hierarquia e disciplina uma proposta legislativa que visa criar, no âmbito da PMDF, quadro complementar permanente integrado por servidores

civis. A harmonização prática somente é possível se a carreira civil não puder praticar atos de policiamento, supervisão, comando, chefia ou direção, porque tais atributos decorrem exatamente da organização gerencial da Corporação, que tem como fundamento a hierarquia e disciplina e influem, inequivocamente, no cumprimento da missão precípua da polícia militar. Assim, os civis seriam alocados em funções rigidamente administrativas, de execução e assessoria, sendo regidos por meio de estatuto próprio para servidores civis, a ser definido pela lei.

Nessa situação, após ajuste na situação hipotética, de forma que a ponderação entre os princípios não deixe nenhum deles completamente esvaziado, tem-se uma possibilidade concreta, em que é possível a criação de quadros complementares a serem compostos por civis, preponderando, com as condições expostas, o princípio da acessibilidade do concurso público.

Outro ponto julgado relevante foi avaliar o direito internacional relativo aos militares, a fim de aferir eventual conclusão sobre o tema.

2.3. STANDARDS INTERNACIONAIS

Ainda tendo como norte a supremacia da Constituição, é conveniente lembrar que a Carta Magna reconheceu o direito internacional como gerador de normas no direito interno. São as previsões dos parágrafos segundo e terceiro do artigo 5º (BRASIL, 1988):

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, o reconhecimento dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil como fonte geradora de direitos demandam tarefa que deve percorrer o estudo acadêmico e também o técnico-profissional.

Nessa ótica, convém registrar que o Brasil ratificou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Tal Convenção criou, em seu art. 33, a Corte Interamericana de Direito Humanos, como se vê (BRASIL, 1992):

Artigo 33

São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção:

[...]

b. a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

A própria Convenção trata das questões a serem julgadas pela Corte. Com esses julgamentos, foram sendo obtidas jurisprudências e delineando o posicionamento jurídico e interpretativo do Tribunal Interamericano. Nessa linha, foram julgados na Corte casos em que civis foram condenados por tribunais militares nos Estados-membros. E a Corte se posicionou (MAC-GREGOR, 2014, p. 32):

O Tribunal Interamericano tem alertado que os sistemas de administração de justiça militar apresentam desafios principalmente na proteção ao direito ao devido processo legal (artigo 8º) e, em menor medida, em matérias de proteção judicial (artigo 25) e no dever de investigar e julgar os responsáveis pelas violações a direitos humanos (artigo 1.1). Por isso, o tribunal tem desenvolvido precedentes, ainda que não se encontrem expressamente previstos na Convenção como direito subjetivo às garantias do devido processo. Esses precedentes estabelecem, em suma, que o alcance da jurisdição militar, por dispor de um caráter especial ou excepcional, tem igualmente um caráter restritivo, pelo que “deve estar excluído do âmbito da jurisdição militar o julgamento de civis e somente deve julgar militares quando o crime ou falta disciplinar, por sua própria natureza, atentar contra bens jurídicos próprios da ordem militar”. (Tradução nossa)

Em tal julgamento, a Corte fixou sua jurisprudência no sentido de que os tribunais militares são excepcionais e que, portanto, sua atuação deve ser restritiva, não cabendo ainda a tribunais militares o julgamento de civis, além de que o crime deve guardar a devida pertinência com a administração castrense. E concluiu (MAC-GREGOR, 2014, p. 37):

Dessa forma, são dois critérios centrais que devem ser satisfeitos para que o exercício da jurisdição militar seja consistente com os princípios da Convenção Americana: 1 – o acusado e a vítima devem ser membros ativos da instituição militar; 2 – o delito deve ser de natureza castrense e cometido por militares no exercício de suas funções. Em todo os demais casos, o princípio do juiz natural deve prevalecer. O primeiro critério está limitado a quem são os militares ativos que prestam serviços as forças armadas ou exercem funções particulares de defesa e segurança externa nas forças armadas. O segundo critério prescreve que os Estados determinem clara e inequivocamente quais são as condutas delitivas típicas na jurisdição militar, determinem a antijuridicidade da conduta ilícita através da descrição da lesão ou ameaça a bens jurídicos militares gravemente afetados e a sanção correspondente. (Tradução nossa)

A conclusão do tema é relevante para o trabalho a fim de demonstrar a excepcionalidade da justiça castrense, o que reflete diretamente em toda a natureza militar. A justiça castrense é excepcional como o é a própria característica militar de determinado cargo. Tal excepcionalidade da própria característica militar demonstra, portanto, que, em princípio, os servidores (*lato sensu*) do Estado são civis, guardando direitos fundamentais e sociais inerentes a essa situação. Dito de outra forma, a regra para servir ao Estado não é ser militar, e sim civil, devendo a demonstração da necessidade de que um quadro complementar deve ser militar se adequar ao caso concreto.

E nesse diapasão, regista-se jurisprudências do direito brasileiro acerca do tema.

3. JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

Em vista da análise jurídica a ser realizada, é conveniente que se busque também o que a Corte Constitucional, aquela a quem cabe a defesa e guarda da Constituição Federal, tem enfrentado ou debatido sobre a questão posta. Nesse caso, sendo o Supremo Tribunal Federal (STF) o tribunal competente para guarda da Constituição (CF, art. 102), é oportuno trazer seus julgados.

Em primeira análise, deve-se atentar para a Súmula nº 683/STF, que prescreve (BRASIL, 2003):

Sum. 683/STF - O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

A referida súmula trata da proibição de tratamento anti-isonômico para candidatos a concursos públicos. Da leitura atenta, verifica-se que a Súmula faz menção aos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal, mais especificamente o inciso XXX, que trata de proibição de salários desiguais.

A referida súmula é relevante para o estudo em razão de posicionar a limitação de idade para ingresso em carreira pública não na previsão legal para o cargo, e sim quando tal diferenciação for justificada pelas suas atribuições, o que é substancialmente distinto. Aparentemente, em nada se relaciona com o tema do presente artigo, porém ressalte-se que a carreira militar é legalmente admitida com limitação de idade. O Estatuto da PMDF prevê, em seu artigo 11, os critérios para ingresso na corporação (BRASIL, 1984):

Art. 11. Para matrícula nos cursos de formação dos estabelecimentos de ensino da Polícia Militar, além das condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual e psicológica, altura, sexo, capacidade física, saúde, idoneidade moral, obrigações eleitorais, aprovação em testes toxicológicos e suas obrigações para com o serviço militar, exige-se ainda a apresentação, conforme o edital do concurso, de diploma de conclusão de ensino superior, reconhecido pelos sistemas de ensino federal, estadual ou do Distrito Federal. § 1º A idade mínima para a matrícula a que se refere o caput deste artigo é de 18 (dezoito) anos, sendo a máxima de 35 (trinta e cinco) anos, para o ingresso nos Quadros que exijam formação superior com titulação específica, e de 30 (trinta) anos nos demais Quadros, não se aplicando os limites máximos aos policiais militares da ativa da Corporação.

Registre-se que a lei estipula vários critérios a serem verificados nos concursos de admissão aos quadros policiais militares. E o critério da idade está presente nos dois extremos: o militar, ao ingressar, deve ter no mínimo 18 anos e no máximo 35 anos de idade, para os quadros em que se exigir graduação específica. Tal critério é baseado principalmente em duas premissas: o militar, independentemente do quadro a que pertença, deverá estar fisicamente e psicologicamente preparado para superar situações desgastantes e tolerar o estresse de longa carga contínua de serviço; o sistema de proteção social do militar visa ao mínimo equilíbrio isonômico e atuarial, de forma que um militar que ingresse na Corporação com idade avançada

encontrará uma solução particular de transferência para a reserva remunerada que o sistema não está preparado: primeiramente, porque o sistema de proteção social não prevê idade mínima para transferência para a reserva remunerada, apenas tempo de efetivo serviço (como militar) e anos de serviço (tempo de contribuição previdenciária como civil).

Assim, uma pessoa ingressa na carreira como militar, devidamente autorizado pela Súmula 683/STF, com 38 anos de idade (e 20 anos de contribuição para o INSS). Após 10 anos de serviço propriamente militar, ele terá direito a ser transferido para a reserva remunerada por ter completado 30 anos de serviço, e 48 anos de idade. Observe-se que o sistema de proteção social castrense beneficiou então uma pessoa que cumpriu apenas 10 anos de vida militar, o que não é isonômico em relação aos demais militares e nem razoável perante o sistema. O sistema legal de proteção social não foi criado para o ingresso tardio do militar, de forma que a súmula inova ao trazer à baila a avaliação concreta das atribuições do cargo.

Segundo a súmula, se um cargo dentro da estrutura militar não tem natureza estritamente militar, então não há razão relevante para a discriminação de idade no seu ingresso. Tal raciocínio tem guiado o STF no julgamento de causa similares. É o caso (BRASIL, 2008):

A lei pode limitar o acesso a cargos públicos, desde que as exigências sejam razoáveis e não violem o art. 7º, XXX, da Constituição. Entretanto, não se pode exigir, para o exercício do cargo de médico da Polícia Militar, que o candidato seja jovem e tenha vigor físico, uma vez que tais atributos não são indispensáveis ao exercício das atribuições do cargo.

Observe-se que o caso citado é relacionado ao quadro de saúde de corporação militar estadual, o que, como já citado, é um quadro complementar em sentido amplo. E para o caso, o STF entendeu que a limitação máxima de idade para o quadro de saúde, na especialidade médica, não está relacionada às atribuições do cargo, porquanto não adstrito diretamente ao serviço militar (ou policial militar) a que deve seguir a Corporação Militar.

Registre-se outra jurisprudência que debateu o tema (BRASIL, 2011):

Tenho que o inconformismo não merece colhida. No caso, a instância judicante de origem decidiu a controvérsia em acórdão assim ementado (fls. 10): 'Direito Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público para provimento do cargo de Médico do Quadro de Oficiais de Saúde da Polícia Militar do Estado Limite máximo de idade. Segundo a Súmula n. 683, do STF, o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Diferente do que ocorre com o candidato aspirante à Oficial, Sargento e Soldado PM, o candidato que presta concurso para provimento do cargo de Médico do Quadro de Oficiais de Saúde da PM, não pode estar adstrito ao limite máximo de idade estabelecido na legislação e no edital do certame, em virtude natureza eminentemente técnico-científica inerente às atribuições do cargo, de modo que não poderia a autoridade coatora, a pretexto de dar cumprimento às disposições do edital, indeferir a matrícula do impetrante no Estágio específico para Oficiais de Saúde da Polícia Militar do Estado do Maranhão sem transpor os limites da constitucionalidade. Ordem concedida.' 6. Nessa contextura,

entendo que não se poderia dar solução diferente à demanda. Isso porque, segundo consignado na decisão agravada, o aresto impugnado afina com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 7. Com efeito, o limite de idade como critério para ingresso no serviço público apenas se legitima quando estritamente relacionado à natureza e às atribuições inerentes ao cargo público a ser provido. Entendimento esse cristalizado na Súmula 683/STF: [...]. 8. No caso, as atribuições a serem desempenhadas não são propriamente aquelas típicas do serviço militar. Cuida-se de vaga relacionada à área de saúde (cargo de médico, em diversas especialidades), reclamando formação específica para o seu desempenho. Pelo que, a meu sentir, não se revela razoável ou proporcional a discriminação etária (28 anos).

O segundo julgamento é similar ao primeiro, demonstrando que a jurisprudência do STF está se firmando no sentido de reconhecer o quadro de saúde, em instituição militar, como um quadro não operativo, razão pela qual não haveria justificativa em concreto para impor limite máximo de idade para acesso ao cargo público, ainda que o cargo seja militar, que a restrição seja prevista em lei e que a Constituição Federal tenha autorizado tal tipo de discriminação. Na prática, o STF está demonstrando que a carreira de oficiais de saúde (repita-se tratar de quadro complementar em sentido amplo) nas polícias militares não é essencialmente um cargo militar.

Ecoando a jurisprudência do STF, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios já se manifestou sobre a celeuma (DISTRITO FEDERAL, 2016):

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. CARGO DE OFICIAL DE SAÚDE. ESPECIALIDADE ODONTOLOGIA. LIMITE DE IDADE. REPERCUSSÃO GERAL. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO DESTA TURMA E ORIENTAÇÃO DO STF. ART. 543-B, §3º, TEMA 646. DO CPC. REJULGAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU.

1. Com fundamento no artigo 543-B, §3º, do CPC, tendo sido reconhecida a repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 678.112/MGe, na hipótese de divergência entre o julgado e aquele emanado pela Suprema Corte, impõe-se o reexame da matéria pelo órgão julgador de origem, que poderá ou não modificar a decisão já proferida.
2. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, apenas se justifica o estabelecimento de limitação etária para ingresso no serviço público quando estritamente relacionado à natureza e às atribuições inerentes ao cargo público objeto do certame.
3. O Edital n. 13, de 10 de maio de 2012, que tornou pública a abertura de inscrições ao concurso público de admissão ao Curso de Habilitação de Oficiais de Saúde CHOS, estabeleceu no item 3.2 que, entre outros requisitos, que os candidatos deveriam ter, no máximo, 35 (trinta e cinco) anos até a data de encerramento das inscrições, o que contraria a orientação do Supremo Tribunal Federal.
4. As atribuições de oficial de saúde, especialidade odontologia, não são propriamente típicas do serviço militar, não sendo razoável a discriminação etária para o ingresso na carreira.
5. Recurso e reexame necessário conhecidos e desprovidos.

Outro acórdão similar (DISTRITO FEDERAL, 2012):

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO DO CORPO DE BOMBEIRO MILITAR. DEMORA NO APERFEIÇOAMENTO DO ATO DE NOMEAÇÃO. IDADE MÁXIMA EXIGIDA ULTRAPASSADA. INCOMPATIBILIDADE COM AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO. INEXISTÊNCIA. ANULAÇÃO DA POSSE. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

01. Nos termos da Súmula nº 683 do STF, “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

02. Tendo em vista que o impetrante apenas não preencheu o requisito da idade máxima prevista no edital, antes da efetiva nomeação, por culpa exclusiva da Administração, que somente aperfeiçoou o ato após o decurso de aproximadamente dois anos da convocação para a etapa inicial de nomeação, mostra-se impositiva a anulação do ato que tornou sem efeito a sua nomeação, ante a inobservância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

03. Recurso conhecido e provido. Segurança concedida.

Diante de tais jurisprudências, deduz-se certa mitigação do conceito de militar. Os tribunais não transmitiram diretamente, mas demonstraram relativa tendência a informar que é necessária estreita relação entre o cargo ser legalmente militar e suas atribuições serem de natureza militar, acrescentando ainda que, para os casos analisados, não se verificou tal relação.

Em sentido diverso, foi encontrado julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª região, de ação popular requerendo que o EB disponibilize vagas para portadores de necessidades especiais no concurso público para sargentos e oficiais técnicos temporários, sob argumentação, inclusive, de que o cargo não era de combatente e sim para serviços técnicos. O tribunal rechaçou as teses suscitadas sobre a justificativa de que a Constituição Federal não contemplou os militares com a obrigação de reservar acesso aos portadores de necessidades especiais. É o que se vê (BRASIL, 2015):

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONCURSO PÚBLICO. FORÇAS ARMADAS. RESERVA DE VAGAS PARA DEFICIENTES FÍSICOS. REGRAMENTO CONSTITUCIONAL ESPECIAL.

- A Constituição Federal conferiu tratamento específico e em capítulo próprio às Forças Armadas, tendo em conta as diferenças entre a natureza das ocupações civis e militares, optando por não alcançar às Forças Armadas a garantia de acesso dos deficientes a cargo público (art. 142, VIII) prevista em relação aos cargos civis.

- Não é possível interpretação extensiva do texto constitucional a fim de garantir a reserva de vagas a portador de deficiência física para ocupação de cargos nas Forças Armadas, quando a própria Constituição diferencia a referida instituição quanto aos demais servidores civis e quanto direitos sociais e trabalhistas.

A decisão supra tem caráter elucidativo e distinto das anteriores, porque demonstra ainda a natureza militar das Forças Armadas, mesmo em cargo não tipicamente militar. A ação popular impetrada visava demonstrar que aquele cargo, embora formalmente revestido de caráter militar, encontrava-se materialmente revestido de caráter civil, podendo haver harmonização com os preceitos da Carta Magna que prescrevem a obrigatoriedade de vagas para portadores de necessidades especiais. E isso foi negado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região com o argumento da higidez constitucional dos dispositivos aplicáveis às Forças Armadas.

4. CONCLUSÃO

A composição do quadro complementar no âmbito das Corporações militares tradicionalmente é realizada pela própria condição de militar. As propostas legislativas de criação dos quadros complementares no EB e no CBMDF não demonstraram explicitamente a necessidade de que o quadro criado fosse formado por militares, e não civis.

Há duas possibilidades para a resposta: a primeira é de que tal justificativa não seria necessária ante a questão lógica por vezes deduzida de que as instituições militares sempre contarão com todo o seu efetivo em caráter militar, de forma que seu silêncio sobre tal justificativa seria eloquente. E tal justificativa não seria irrazoável à luz do princípio da hierarquia e disciplina, porque a criação de um quadro civil poderia se tornar irreversível e a necessidade do órgão poderia demandar tal serviço em situação extraordinária, o que seria perfeitamente atendido com um quadro militar, em razão do princípio citado; a outra possibilidade é de que houve tal juízo de valor nos anteprojetos e estudos de estado-maior que viabilizaram as propostas ainda nas corporações de origem, mesmo que não escrito, e se julgou melhor manter o quadro complementar formado por militares. Razões para essa segunda possibilidade também não faltam, porque um quadro civil demandaria estudo e proposta estatutária, estudos e regulamentos deontológicos próprios, lei remuneratória própria e demais alterações que deveriam ser lançadas para adequação da nova rotina administrativa, e, portanto, nova cultura organizacional. Dessa forma, talvez fosse mais simples manter um quadro militar apenas, sem divagações desnecessárias sobre a possibilidade de uma carreira civil de apoio nas Corporações Militares.

Evidentemente, este trabalho não responde a essa questão, por trata-se enfaticamente de estudos de estado-maior que devem ser precedidos a uma eventual criação de um quadro complementar. E no final, tal estudo será confundido com o próprio mérito administrativo, ou conveniência da administração para aderir ao modelo que melhor atender ao interesse público. É essencialmente uma questão de oportunidade e conveniência administrativa, o que foge ao escopo deste artigo.

O presente trabalho teve como objeto a avaliação da juridicidade de um quadro (ou uma carreira) complementar formado por civis, que executariam as funções administrativas de analista e técnico na PMDF, como servidores públicos costumam fazer nos demais órgãos públicos.

Os pontos apontados no artigo são meros indícios para argumentação, porque relevantes do ponto de vista jurídico, mas não exaurientes. Assim, buscou-se a interpretação constitucional

acerca do tema e um eventual conflito entre princípios igualmente constitucionais, que demonstrou a compatibilidade entre a criação de um quadro complementar formado por civis, desde que bem avaliadas as funções a serem desempenhadas, principalmente a atividade-fim da Corporação, sob pena de esvaziamento dos outros princípios envolvidos. Nesse ponto, uma conclusão surgiu: o princípio da hierarquia e disciplina visa a efetivar as missões precípua da polícia militar, o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. E essas missões, adequadamente detalhadas, cabem a um militar, não podendo ser realizadas por civis.

Os *standards* internacionais apenas delinearão o tema com uma interessante conclusão, muitas vezes conhecida na prática, mas esquecida na Administração Militar: a justiça militar deve ser excepcional no ordenamento jurídico interno. E a despeito disso, evidencia-se outra característica salutar, a natureza militar é também excepcional para a designação de prestação de serviço estatutário.

Outro tópico abordou a temática jurídica no âmbito dos tribunais brasileiros e obteve-se uma relevante conclusão: militar que não presta serviços essencialmente militares não deve ter as mesmas limitações no acesso ao concurso público de um militar que presta serviços essencialmente militares. Não foi encontrada na doutrina a classificação desse evento, pelo que considera-se iniciar uma diferenciação entre servidor formalmente militar (aquele aludido pela lei como militar, mas presta serviço de apoio, saúde ou complementar, em instituição militar) e o servidor materialmente militar (aquele aludido pela lei como militar e que presta serviço tido como precípua de uma instituição militar). Tal diferenciação pode ser o embrião de uma avaliação de mérito sobre a oportunidade e conveniência de se manter quadros militares complementares (aqui em sentido amplo), porquanto a realidade a ser tratada também depende do ponto de vista dado pelo Poder Judiciário, em razão da definitividade⁴ de suas decisões.

Por fim, conclui-se que a opção da Administração Militar, após regular estudo de oportunidade e conveniência, pela criação de carreira de civis, analistas e técnicos, para prestação de serviços técnicos especializados administrativos, encontra viabilidade jurídica. Sugere-se estudo, inclusive, quanto às demais carreiras não combatentes, em vista de a jurisprudência do STF ter caminhado pela inconstitucionalidade de algum dos critérios básicos de admissão de militares para serviços não vinculados a atividade principal da Corporação.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Os Regulamentos Disciplinares Militares e sua Conformidade com a Constituição Federal*. 2006. Disponível em: <<http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/rdmconformcf.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2016.

4 - Nas palavras de Marinoni (2016, p. 100), "As decisões jurisdicionais que julgam os conflitos, e assim colocam fim aos processos, são revestidas do atributo da definitividade ou são dotadas das características da indiscutibilidade e da imutabilidade".

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. *Lei n. 7.289, de 18 de dezembro de 1984*. Estatuto dos Policiais Militares do Distrito Federal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7289.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. *Lei n. 7.831, de 02 de outubro de 1989*. Criação do Quadro Complementar de Oficiais no Exército Brasileiro. Brasília, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L7831.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. *Lei n. 9.266, de 15 de março de 1996*. Reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9266.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. *Lei n. 11.134, de 15 de julho de 2005*. Institui a Vantagem Pecuniária Especial – VPE, devida aos militares da Polícia Militar do Distrito Federal e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal; altera a distribuição de Quadros, Postos e Graduações dessas Corporações; dispõe sobre a remuneração das Carreiras de Delegado de Polícia do Distrito Federal e de Polícia Civil do Distrito Federal; altera as Leis nos 7.289, de 18 de dezembro de 1984, 7.479, de 2 de junho de 1986, 10.486, de 4 de julho de 2002, 8.255, de 20 de novembro de 1991, e 9.264, de 7 de fevereiro de 1996, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-006/2005/lei/111134.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. *Lei n. 12.086, de 06 de novembro de 2009*. Dispõe sobre os militares do Distrito Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7289.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. *Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. *Decreto n. 8.734, de 02 de maio de 2016*. Aprova o Regulamento para o Quadro Complementar de Oficiais do Exército (R-41). Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8734.htm#art2>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei n. 772/1988. *Diário do Congresso Nacional*. Seção I, 23 jun. 1988, p. 2438.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 5030/2005*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=294326&filename=Tramitacao-PL+5030/2005>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 683. 24 de set. 2003. *Diário de Justiça*. 09 out. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 486.439-3. Brasília, DF, 19 ago. 2008. Relator Ministro Joaquim Barbosa. *Diário de Justiça Eletrônico*. 28 nov. 2008. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 720.259. Brasília, DF, 22 fev. 2011. Relator Ministro Ayres Britto. *Diário de Justiça Eletrônico*. 28 abr. 2011. Brasília.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª região. Apelação e reexame necessário nº 5000806-50.2014.404.7100/RS. 26 mai. 2015. Relator Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/trf-mantem-sentenca-negou-cota.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão n.580879*. 18 de abr. 2012. Relator: Nidia Correa Lima. *Diário de Justiça Estadual*: 26 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão n.968000*. 21 de set. 2016. Relator: Sandoval Oliveira. *Diário de Justiça Estadual*: 03 out. 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *Que é Uma Constituição?*. Tradução de Walter Stönnner. Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal*. 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2015. - (Série IDP).


PMDF. Sistema de Gerenciamento de Pessoal – GEPES/Intranet/PMDF. Diretoria de Pessoal Militar/PMDF. Acesso em 06 jun. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2013.

SIMONSEN, Carlos Ivan Leal; MOREIRA, Armando Santos da Cunha; CAVALCANTI, Irapoan de Lyra; MOTTA, Paulo Roberto de Mendonça. *As Forças Armadas e a PEC da Previdência*. 2017. Disponível em: <<http://www.eb.mil.br/documents/10138/7880795/Estudo+da+FGV+-+For%C3%A7as+Armadas+e+a+PEC+da+Previd%C3%Aancia/69851.....e3a-2f8d-4cb3-bf2b-7cc6df9762a0>>. Acesso em: 22 maio 2017.







.....

ALTERAÇÕES DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO PODEM CONTRIBUIR PARA MELHORIA DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS?

.....

LEGAL CHANGES CAN CONTRIBUTE TO IMPROVEMENT
JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES?

Bruno Félix de Almeida¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Política Pública e Direito; 2. Controle Judicial de Políticas Públicas: principais problemas; 3. As Alterações da Lei de Introdução à Norma do Direito Brasileiro; 4. Conclusão; Referências.

1 - Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduado em Direito Público pela UNB. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador Federal.



RESUMO: O exercício do controle judicial das políticas públicas sofre críticas há vários anos. Tal ativismo judicial acaba por gerar problemas ao não compreender toda complexidade que envolve o fenômeno das políticas públicas. A abertura do direito para outras ciências, como a Ciência Política, a Administração e a da Economia, pode trazer metodologias que ajudem a compreender melhor e tratar adequadamente, no âmbito jurídico, o controle das políticas públicas. As inovações trazidas à Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro sofreram influência da análise econômica do direito e do pragmatismo norte-americano. Assim, objetiva-se analisar se as alterações legislativas têm a capacidade de aprimorar o controle judicial das políticas públicas. No que tange à metodologia, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental. Como resultado, constatou-se que as alterações têm um certo potencial de enfrentamento e aprimoramento da problemática. Contudo, apenas uma autocrítica profunda da parte da Administração, com a evolução de sua governança e também do Judiciário, associada a um exercício de autocontenção, tem a verdadeira capacidade de reverter o quadro.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Judicial das Políticas Públicas. Alterações Legais. Norma de Interpretação. Dever de Fundamentação Ampliado. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT: The exercise of judicial control of public policies has been criticized for several years. Such judicial activism ends up generating problems, by not understanding all the complexity that surrounds the phenomenon of public policies. The opening of the law to other sciences, such as Political Science, Administration Science and Economics can bring methodologies that help to better understand and adequately deal with the control of public policies. The innovations brought to the Law of Introduction of the Norms of Brazilian Law were influenced by the economic analysis of American law and pragmatism. Thus, the objective is to analyze whether this legislative changes have the capacity to improve judicial control of public policies. In relation to the methodology, bibliographical and documentary research was used. As a result, it was found that this changes have a certain potential of improvement for this problems. However, only a deep self-criticism on the part of the Administration, with the improvement of its governance and also of the Judiciary, with an exercise of self-restraint, has the true capacity to revert the picture.

KEYWORDS: Judicial Control of Public Policies. Legal changes. Duty to state Reasons. Economic Analysis of Law.

INTRODUÇÃO

Em abril de 2018, foi publicada a Lei nº 13.655/2018, que inseriu alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB (Decreto-Lei n.º 4.657/42), acrescentando dispositivos que pretendem tratar da criação e aplicação do Direito Público brasileiro com foco na segurança jurídica e eficiência. Tais inovações geraram significativa repercussão e debates calorosos no meio jurídico.

Ante esse quadro, o objetivo deste artigo é analisar se tais alterações trouxeram alguma contribuição para o aprimoramento do controle judicial das políticas públicas no Brasil, partindo de um referencial teórico específico sobre a tutela judicial dessas políticas, defendido por Maria Paula Dallari Bucci² em seu artigo: “O conceito de política pública em direito”:

Políticas públicas é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Entre os dispositivos acrescidos, deter-nos-emos à análise daqueles que entendemos estarem mais afetos à realidade das políticas públicas, ou seja, os artigos 20 a 22, 26 e 29 da LINDB.

Este artigo está organizado do seguinte modo: no primeiro tópico, explicou-se a relação da política pública e o direito; no segundo ponto, tratou-se da ideia de política pública, incluindo-se as características e as principais problemáticas do controle judicial dessas iniciativas. Por fim, analisou-se as alterações da LINDB.

1. POLÍTICA PÚBLICA E DIREITO

Tratar da temática das políticas públicas numa perspectiva jurídica já demonstra um grande esforço de superação do paradigma jurídico-positivista no Brasil. A hermeticidade positivista impossibilitou por décadas análises devidamente apuradas de fenômenos sociais relevantes e que demandam posturas interdisciplinares, como é o caso das políticas públicas, em que o ferreamental jurídico é insuficiente para o estudo, devendo o Direito se socorrer de outras ciências, como a Ciência Política e a Administração Pública.³

Fundamental para compreensão da relevância atual do estudo jurídico das políticas públicas é entender a evolução do Estado nos últimos 150 anos. Quando o modelo de Estado Liberal, não-intervencionista e minimalista passa a ser criticado e transformado, um novo padrão de atuação estatal surge como solução para as crises desse modelo. Assim, um Estado Social surge

2 - BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

3 - *Ibidem*, p. 1-2.

com uma série de funções prestacionais para com a sociedade; não mais um Estado ausente é o que se almeja e sim a presença estatal, fornecendo diversos serviços públicos e garantindo direitos sociais como elementos fundantes da justificativa da própria existência do Estado.

No entanto, também o Estado Social viria, mais recentemente, a sofrer suas crises, principalmente decorrentes de crises econômicas que minavam a capacidade financeira estatal de prover a prestação de serviços públicos para atender direitos sociais, que, em muitos países, foram alçados, no plano constitucional, à categoria de direitos fundamentais de seus ordenamentos jurídicos. Diante desse cenário, em que as condições macroeconômicas não eram mais favoráveis às finanças estatais, a rediscussão do modelo de estado era inevitável.

O simples retorno ao modelo de Estado Liberal não era uma alternativa, pois, no plano jurídico, as constituições já haviam adquirido relevância normativa e os direitos fundamentais sociais já representavam patrimônio jurídico da sociedade. Até mesmo o nível de democracia experimentado no mundo a partir do pós-segunda guerra mundial mostrava-se impeditivo de tal retrocesso. Ademais, o aprendizado histórico havido com as crises liberais do passado serviu para demonstrar que tal modelo era inadequado.

Assim, na tentativa de superação da crise econômica do Estado Social, influências neoliberais começaram a transformá-lo em um padrão menos intervencionista e de menor porte. A construção de um estado mínimo fatalmente entraria em conflito com sistemas constitucionais que previssem direitos fundamentais sociais. A reforma administrativa da década de 1990 no Brasil é um bom exemplo de conflito entre o texto constitucional e o texto reformador.⁴

Importante ressaltar que a linha de desenvolvimento estatal apresentada acima não se desenvolveu por completo entre todos os países capitalistas. De maneira geral, entre os países do chamado capitalismo central, pode-se perceber a passagem por todas essas etapas. Dessa maneira, o estágio de desenvolvimento social das populações desses países já alcançara um bom nível quando da chegada da crise do Estado Social. Tal conclusão é desenhada ao se observar os índices de desenvolvimento humano (IDH) calculados no âmbito do PNUD e alcançados por tais países capitalistas até a atualidade.

Por sua vez, ao mirarmos os países do chamado capitalismo periférico, não encontramos sequer o alcance substancial do padrão que se convencionou chamar de Estado Social. Assim, seus índices de desenvolvimento humano não refletem o alcance de um nível satisfatório de desenvolvimento social. Tal situação revela que a redução do nível de prestação de serviços públicos promotores de direitos sociais vai atingir uma sociedade muito mais vulnerável. Tal premissa exige então um desafio maior na avaliação de qual modelo de Estado deve ser aplicado em tais países.

Portanto, mesmo num cenário de crise do Estado Social, a garantia de direitos fundamentais sociais é uma função essencial, demandando uma grande articulação de soluções para o desafio de priorização dos problemas dentro do cenário de escassez financeira de recursos. Mesmo com esse quadro de dificuldade diferenciada dos países de periferia, as políticas públicas são grande e complexo instrumento de fomento de melhorias sociais e realização de direitos fundamentais sociais.

4 - NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 120.

As políticas públicas, principalmente nesses países, superam a natureza de instrumentos políticos ou meios da Administração Pública, tornando-se um conjunto de atuações direcionadas para a garantia de direitos, que podem ser exigidos em âmbito judicial.

Para o Brasil, o problema parece ainda maior. O duplo papel da Constituição de 1988, isto é, de norteadora do Estado no enfrentamento do cenário de desigualdade social vivenciado no momento da constituinte e de condutora da redemocratização do país, faz com que as políticas públicas esperadas desse novo Estado Democrático de Direito sejam muito mais amplas e, conseqüentemente, onerosas. O amplo rol de direitos sociais albergados como fundamentais (arts. 6º e 7º) vai acabar por abarcar a grande maioria das políticas públicas planejadas e postas em execução.⁵

2. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PRINCIPAIS PROBLEMAS

Para uma ideia mais completa de política pública e do seu controle ideal, vejamos a opinião de Maria Paula Dallari Bucci⁶ sobre o assunto:

Admissão das políticas públicas como programas de ação destinados a realizar, sejam direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo Direito, mas *arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa*, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a entregar a atividade política dos valores e métodos próprios do universo jurídico. [...] O Judiciário *tutela as políticas públicas na medida que elas expressam direitos*. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública. (grifo nosso)

A natureza complexa das políticas públicas tem significativa relevância para a execução do melhor controle judicial sobre elas, exigindo uma atuação diferenciada do Poder Judiciário.

Seja uma política pública de estado (longo prazo), seja de governo (curto prazo), ambas são permeadas por um caráter estratégico que demanda um espaço de discricionariedade do gestor para planejamento e implementação da política pública. Da mesma forma, o regime constitucional brasileiro traz em seu texto uma série de programas e objetivos que devem ser promovidos e que acabam por produzir uma série de direitos. Portanto, há um caráter vinculativo claro do gestor público com a Constituição Federal, no que tange às políticas públicas a serem executadas.⁷

Assim, o controle judicial de políticas públicas é, em grande parte, um controle sobre a esfera discricionária do administrador público legitimado pela investidura político-eleitoral,

5 - BUCCI, op. cit., p. 10.

6 - Ibidem, p. 31.

7 - BUCCI, op. cit., p. 22.

sendo realizado por agentes de um poder não eleitos democraticamente. Dentro da perspectiva de separação dos poderes, tal controle demanda uma sensibilidade aguçada para seu exercício harmonioso.

Outro aspecto característico das políticas públicas, com reflexo imediato no controle judicial a que são submetidas, é a natureza de atividade, ou seja, a realidade de que as políticas agregam atos e fatos demandando uma análise jurídica que considere essa complexidade e tenha um olhar macro e não meramente individual de cada ato ou fato jurídico.

Da mesma forma, também é característica, com reflexos na atividade de controle judicial, o caráter programático de plano que as políticas públicas têm. Assim, os objetivos podem se adaptar à realidade, que se transforma a cada momento.⁸

Um dos grandes problemas do controle judicial é o fato de o Poder Judiciário não estar vinculado aos limites de recursos – como ocorre com o Executivo – e de suas decisões individuais poderem impactar direito alheio, dado o remanejamento de recursos para atender decisões judiciais em detrimento de serviços públicos. Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci:⁹ “deslocamento (e desorganização) do processo de seleção de prioridades e reserva de meios”. Exatamente a falta de uma visão global, que é peculiar de decisões judiciais, pode impactar de maneira significativa na execução de políticas públicas.

3. AS ALTERAÇÕES DA LEI DE INTRODUÇÃO À NORMA DO DIREITO BRASILEIRO

Ao tratar da metodologia jurídica para as políticas públicas, Maria Paula Dallari Bucci¹⁰ destaca que a Análise Econômica do Direito – AED, por tratar da escassez de recursos na concretização de direitos, pode trazer importante contribuição na elaboração dos veículos jurídicos das políticas públicas e repercutir positivamente sobre a forma de execução de seu controle judicial.

Apesar de algumas opiniões contrárias,¹¹⁻¹² percebe-se uma influência da AED e do pragmatismo consequencialista no texto da Lei nº 13.655/2018, especialmente os artigos 20 a 22, acrescentados à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Assim, entende-se que novos horizontes são abertos na aplicação do Direito Público, trazendo a necessidade de uma postura mais aberta do operador do direito, dentro de uma perspectiva mais holística e de uma hermenêutica mais atenta às consequências práticas da decisão jurídica, sem suprimir a primazia dos princípios, valores e regras jurídicas nessa tarefa.

8 - BUCCI, op. cit., p. 25-27.

9 - Ibidem, p. 36.

10 - BUCCI, op. cit., p. 46.

11 - CORRÊA, Leonardo. Não é uma revolução, mas, sim, uma evolução. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 02 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/leonardo-correa-nao-revolucao-sim-evolucao#author>>. Acesso em: 20 maio 2018.

12 - SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na LINDB. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

A análise econômica do direito é uma metodologia nova para o direito brasileiro, e dispositivos que tragam alguma influência desse tipo de ferramenta são bem-vindos na formação do novo paradigma de um Direito aberto a contribuições de outras ciências. O cuidado necessário é a compreensão de que tal ferramenta, como única maneira de interpretação e aplicação do direito, é insuficiente. A escassez deve ser considerada como limitação, ensejadora do dever de planejamento e priorização, mas não como uma eterna e permanente reserva do possível a justificar a seguida negação de direitos.¹³

Uma visão mais ampla do fenômeno social pela decisão judicial pode provocar uma melhora no controle judicial de políticas públicas, ao permitir mensurar as consequências não imediatamente visíveis da decisão do caso concreto. Perquirir a necessidade e a adequação de medidas judiciais impostas, além de ajudar na previsão da eficácia da medida em particular, auxilia na previsão dos efeitos que atuam fora dos limites da lide específica.

Portanto, ao trazer um olhar sobre aspectos econômicos e sobre as consequências reais da decisão, percebe-se a superação do paradigma positivista, em prol de uma contribuição de outras ciências para o Direito, sem corrompê-lo ou colonizá-lo.

Inclusive, encontramos disposições similares às do texto acrescentado, como o do art. 20 da LINDB, em textos de outros diplomas legais, como é o caso do art. 489, §1º, do CPC. Entre as críticas aos dispositivos acrescentados, encontramos a defesa de que dispositivos como os indicados já melhor regulariam aspectos afins e poderiam ser aplicados na esfera da administrativa, por aplicação supletiva e subsidiária aos processos administrativos.¹⁴

Também não foram incomuns críticas à desnecessidade e redundância de disposições, como as previstas nos arts. 20 a 22 da LINDB, pelo menos em “tempos normais”. Mas, dado o conturbado período político brasileiro dos últimos anos, tais dispositivos estariam justificados.¹⁵

Na jurisprudência do STF, encontramos exemplo de julgados nos quais as consequências práticas foram parte da fundamentação da decisão. É o caso das ADIs 3.406 e 3.470, que suspenderam os efeitos *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade da lei que autorizava o uso de amianto crisotila. No caso, existiam 6.500 toneladas de amianto no Porto de Santos aguardando serem embarcadas para exportação, as quais acabaram sendo relevantes para a referida decisão.¹⁶

O texto do art. 20, ao trazer o dever de medir consequências nas decisões públicas, pode ter uma aplicabilidade relevante às políticas públicas relativas à saúde, em especial às demandas que envolvem o fornecimento de medicamentos e tratamentos individuais fora das coberturas estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde. Tal regramento traz a necessidade de um olhar mais

13 - NOHARA, Irene Patrícia. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015). *Direito Administrativo*, São Paulo, 24 jun. 2016. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

14 - NOHARA, Irene Patrícia. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015). *Direito Administrativo*, São Paulo, 24 jun. 2016. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

15 - SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na LINDB. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 abr. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

16 - JARDIM, Flávio. *Teoria Interacionista do Direito*: PL 7448/2017 merece ser sancionado. JOTA, Brasília, 23 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/teoria-interacionista-do-direito-23042018>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

amplo sobre o impacto das decisões na execução da política pública como um todo, principalmente em aspectos referentes à responsabilidade de cada ente federado.¹⁷ Não há dúvida de que tais casos são de difícil solução (hard cases), mas a abertura de análise para mais aspectos ligados ao problema tende a trazer mais elementos voltados ao alcance da melhor decisão possível. Assim, pode-se evitar a determinação de medidas que alcançam o campo do impossível e desconexas com a realidade do caso analisado, afastando a ofensa reflexa a direitos de terceiros, preteridos porque a priorização geral foi deslocada por decisões externas.

Já em relação à crítica contida na Nota Técnica Conjunta n° 1/2018,¹⁸ de que tal dispositivo busca “transferir indevidamente ao julgador os ônus e as responsabilidades inerentes à atividade do gestor”, precisamos discordar. A regra do art. 20 traz um dever de fundamentação e não uma obrigação de decidir de forma consequencialista, mas apenas delimitar os fatos concretos considerados na aplicação dos valores jurídicos abstratos e o peso de cada argumento, contextualizando. Não pode o julgador ignorar situações mais complexas, em que uma decisão específica pode gerar danos coletivos relevantes, especialmente quando está a se analisar políticas públicas. Apenas se pretende deixar claro que o julgador é responsável pelas decisões tomadas e deve avaliar seus resultados quando da motivação. Não há transposição de responsabilidade do gestor para o julgador.¹⁹

Da mesma forma, ao contrário da crítica esboçada na análise preliminar do PL 7448/2017, realizada pelo TCU,²⁰ em relação à distribuição dos ônus processuais, os artigos 20 e 21 não transferem aos órgãos julgadores o dever de apresentar no processo as informações relevantes. Tal ônus permanece com a parte e segue as regras processuais aplicáveis em cada esfera de julgamento. O que se exige é o dever de, em sua motivação, analisar as consequências práticas, jurídicas e administrativas da decisão, oriundas diretamente das informações trazidas. Ademais, pode o órgão julgador determinar que os interessados se manifestem especificamente sobre tais questões, para que sua decisão tenha a motivação exigida pelo ordenamento jurídico.

O grande espaço de atuação das novas disposições introduzidas é no que concerne à motivação das decisões das esferas administrativa, controladora e judicial. Tal atuação foi destacada no processo legislativo, especificamente sobre a problemática da ausência de motivação no parecer do relator na CCJC da Câmara dos Deputados.²¹

17 - VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Alterações na LINDB e a solidariedade dos entes federados na área da saúde*. Consultor Jurídico, São Paulo, 16 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-16/fernando-andreoni-impactos-lindb-area-saude>>. Acesso em: 20 maio 2018.

18 - BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Nota técnica Conjunta n.º 1/18*. Brasília, DF, 11 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notastecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

19 - FERRAZ, Sérgio; SAAD, Amauri Feres. *Controle externo não está ameaçado pelo PL 7.448/2017*. Consultor Jurídico, São Paulo, 13 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/opiniao-controle-externo-nao-ameacado-pl-74482017>>. Acesso em: 20 maio 2018.

20 - BRASIL. Tribunal de Contas da União. Gabinete da Presidência. *Análise Preliminar do Projeto de Lei n.º 7448/2017*. Brasília, DF, 4 de abril de 2018. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162BA34D80A1B3F&inline=1>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

21 - BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer Relator na CCJC. *Projeto de Lei n.º 7.448/17*. Relator: Deputado Paulo Abi-Ackel. Brasília, DF, 15 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1598338&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7448/2017>. Acesso em: 29 abr. 2018.

O momento do juízo de aplicação parece ser a preocupação das inovações. É o dever de contextualização e escolha da norma adequada ao caso, considerando as particularidades e os elementos fáticos relevantes que têm sua importância destacada, não como uma grande novidade, mas como uma verdadeira revisitação de aspectos que possam ter caído no esquecimento das práticas administrativas, controladoras ou judiciais. A inovação das “possíveis alternativas” adensa o dever de motivação, com a lógica de que a medida determinada deve buscar ser a menos danosa e a mais eficaz, ou seja, claramente inspirada no processo de ponderação do princípio da proporcionalidade.²²

O professor Carlos Ari Sunfeld, um dos idealizadores jurídicos do projeto de lei que culminou nas alterações, ao tratar da previsão do art. 20, deixa clara sua pretensão de provocar que, durante a fase de motivação da decisão, os administradores, controladores e juízes realizem um juízo político mínimo sobre as consequências práticas da decisão.²³

O art. 22 traz a realidade administrativa na interpretação e aplicação do direito, sendo emblemático ao citar expressamente que, na interpretação das normas sobre gestão pública, sejam consideradas as exigências das políticas públicas. Apesar de ressaltado o aspecto de responsabilização pessoal, que inclusive parece ter dominado todos os debates sobre a nova lei, tal dispositivo também tem um caráter objetivo sobre decisões que envolvem o controle judicial de políticas públicas.

Assim, partindo da realidade complexa de tais políticas, esse dispositivo vai exigir da autoridade julgadora que se debruce sobre elas, ou seja, um raciocínio também complexo que não ignore a realidade. Tal artigo é uma verdadeira sugestão de compreensão das complexidades da Administração Pública, reiterando o que já deveria ser pressuposto na atividade de julgar temas como as políticas públicas, até mesmo por imposição expressa do art. 93, IX, da Constituição de 1988.²⁴

O art. 26, ao trazer a previsão de compromissos na aplicação do direito público, reconhece o método consensual de resolução de litígios na esfera administrativa, totalmente convergente com a tendência já aplicada em outras esferas, como a judicial, e em setores específicos da administração. Essa previsão geral vai fomentar o uso de compromissos entre os interessados para solução de litígios, fortalecendo a prática da cultura do diálogo e ajudando na evolução da Administração Pública, tão exigida pela sociedade civil.

Tal instrumento se coaduna com outros já existentes, como o Termo de Ajustamento de Conduta, do Ministério Público, e o Termo de Ajustamento de Gestão, do Tribunal de Contas da União-TCU. Esse tipo de medida já era reconhecido pela doutrina como forma eficiente na

22 - PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: BUCCI, PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: Desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

23 - SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2016, n. 54, abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240497>>. Acesso em: 2 maio 2018.

24 - NOHARA, Irene Patrícia. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015). *Direito Administrativo*, São Paulo, 24 jun. 2016. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

regularização e controle de políticas públicas, dado instar a ação do administrador, sem tolher a margem discricionária e preservando o olhar global sobre o conjunto de ações governamentais.²⁵

Não podemos deixar de destacar a improcedência da crítica de alguns órgãos de controle, como a Procuradoria-Geral da República - PGR em sua Nota Técnica Conjunta n. 1/2018, apontando que o referido dispositivo – art. 26 – busca subtrair a ação do administrador do órgão de controle. A resolução negociada é método em larga evolução de aplicação. A esse respeito, podemos destacar o acordo de leniência previsto na Lei n.º 12.846/13 e, de certa forma, a própria delação premiada, largamente utilizada e que tanto contribuiu para apuração de crimes contra o erário. Não há como não transparecer um aspecto de disputa de poder na crítica, assim como aconteceu no acordo de leniência.²⁶ De qualquer maneira, independentemente de aspectos corporativistas, poderão os órgãos de controle buscar a tutela judicial ou mesmo exercer seu controle direto, como no caso do TCU,²⁷ visto que tais compromissos também são atos administrativos passíveis de controle de legalidade.

O art. 29 é outro dispositivo de fomento da participação democrática em veículos jurídicos de políticas públicas e consagra uma governança participativa. Permite-se, assim, a colheita de pontos de vistas diferenciados, desde o do administrado afetado até os de especialistas técnicos na área da questão. Esse tipo de previsão trabalha com uma perspectiva democrática que supera o momento eleitoral e permanece durante todo o mandato da gestão eleita, configurando importante ferramenta de controle social e até mesmo de pacificação social, quando abre para sociedade a formação das normas administrativas. Ao tratar da possibilidade de realização de consulta pública para edição de atos normativos, corrobora a transversal Política Nacional de Participação Social, prevista no Decreto nº 8.243/14.²⁸

Essa importância da consulta pública faz com que se possa considerar tal poder como um verdadeiro dever-poder da Administração, haja vista ser uma prerrogativa decorrente da supremacia do interesse público.²⁹ Logo, a consulta pública tem caráter instrumental, visando ao cumprimento do dever de permitir uma democracia participativa, reconhecendo na efetiva possibilidade de participação efetiva o interesse da coletividade, albergado de maneira geral na previsão do art. 29.

Em relação aos artigos vetados, acreditamos que a Presidência da República conseguiu aprimorar o texto legal, suprimindo excessos. Ao vetar integralmente a proposta de art. 25 do projeto, que previa a ação declaratória de validade, evitou-se uma judicialização desnecessária e injustificada, que ampliaria o cenário de incerteza e insegurança jurídica, como também manteve o reconhecimento constitucional do papel da Advocacia Pública na assessoria jurídica da Administração Pública, além do próprio poder de decisão da esfera administrativa.

25 - BUCCI, op. cit., p. 32.

26 - Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-22/ministerio-publico-nao-acordos-leniencia-decide-trf>.

27 - Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-28/bruno-dantas-acordos-leniencia-limites-atuacao-orgaos>.

28 - SCAFF, op. cit.

29 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 63.



Da mesma forma, o veto dos parágrafos do art. 28 evitou o aumento de gastos públicos e remeteu conceitos, como o de erro grosseiro e sua relação com a culpa grave, para a jurisprudência já consolidada, mantendo o entendimento já aplicado pelos tribunais superiores.

Não há dúvida de que os vetos presidenciais aperfeiçoaram o projeto, principalmente em seus excessos, que não podem ser negados. O desafio agora é saber se tais vetos não serão derubados no Congresso, devendo todos os agentes que se manifestaram contrários, notadamente órgãos de controle, associações de membros da magistratura e ministério público, se articularem para a manutenção de tais vetos, impedindo, dessa forma, que ocorra um débil debate sobre esses relevantes temas, como ocorrera durante a tramitação legislativa do projeto de lei.

As alterações da LINDB devem ser conjugadas com a efetiva normatização da Governança Pública. A efetiva concretização do Decreto federal nº 9.203/17 e a aprovação do projeto de lei nº 9.163/17, com repercussão nacional, vão permitir um aprimoramento da gestão pública, a repercutir positivamente sobre o conceito da Administração na avaliação dos órgãos de controle e judiciais. Isso permitirá que, desde a concepção e planejamento das políticas públicas, a lógica de escolhas democráticas e baseadas em evidência já norteiem e vinculem a gestão. O aprimoramento do controle interno vai provocar seu empoderamento e repercutirá positivamente sobre os parâmetros dos controles externo e judicial. Essa gama de ferramentas tem um potencial maior de alteração da realidade do que a própria Lei nº 13.655/2018, mas isso não quer dizer que a lei não possa ter papel ativo na revisão de posturas e contenção de excessos.

4. CONCLUSÃO

Apesar do conturbado cenário em que surge a referida lei, mesmo sabendo dos inúmeros interesses privados que podem tê-la motivado, além dos interesses protegidos pelas manifestações de seus críticos, o processo legislativo, em especial os vetos presidenciais, acabou por aprimorar o resultado final publicado.

Conhecer os referenciais teóricos utilizados no projeto de lei ajuda em demasia o melhor entendimento dos dispositivos e suas limitações. A análise econômica do direito é uma metodologia insuficiente, assim como acreditar que a análise consequencialista basta e que a realidade vence o direito. Tais máximas podem transformar mais um ponto de vista, ou seja, de um cenário de pluralidades em um único ponto de vista, igualmente míope como os anteriores já postos.

Assim, no que concerne ao controle judicial das políticas públicas, as disposições podem aprimorá-lo. Contudo, a efetiva aplicação da nova legislação depende muito mais de uma mudança de postura da Administração, dos controladores e do Judiciário do que o poder de coercibilidade da nova norma.

Acreditamos que uma governança pública, que fomente práticas de gestão baseadas em evidências, principalmente no aspecto do planejamento, vai ajudar significativamente numa maior consequencialidade das políticas públicas. Tal mudança de panorama pode incentivar a autocontenção judicial na análise da discricionariedade administrativa, até permitindo o abandono de disposições legais como a objeto deste artigo. No entanto, esse ainda não é o cenário atual da

Administração, e não parece haver disposição de qualquer autocrítica pelos administradores, controladores ou juízes.

Não há dúvida de que a lei trouxe, ou pelo menos lembrou, horizontes pragmáticos para os julgadores, na esfera do Direito Público, mas não alterou o dever de respeito aos valores do regime constitucional. Assim, o pragmatismo não pode derogar o Direito, mas deve ser seu instrumento de contextualização.

As novas regras são positivas, mas é o comprometimento das partes envolvidas que pode realmente mudar a realidade, principalmente quando se trata de limitações do exercício de poder, como é o caso do controle judicial das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer Relator na CCJC. *Projeto de Lei n.º 7.448/17*. Relator: Deputado Paulo Abi-Ackel. Brasília, DF, 15 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?cod

[teor=1598338&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7448/2017](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1598338&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7448/2017)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Nota técnica Conjunta n. 1/18*. Brasília, DF, 11 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notastecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Gabinete da Presidência. *Análise Preliminar do Projeto de Lei n.º 7448/2017*. Brasília, DF, 4 de abril de 2018. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162BA34D80A1B3F&inline=1>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Sanção. Lei. Brasília, DF.

_____. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657/42 disposições sobre segurança jurídica e eficiência da criação e na aplicação do direito público. Sanção. Lei. Brasília, DF.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORRÊA, Leonardo. Não é uma revolução, mas, sim, uma evolução. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 02 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/leonardo-correa-nao-revolucao-sim-evolucao#author>>. Acesso em: 20 maio 2018.

FERRAZ, Sérgio; SAAD, Amauri Feres. Controle externo não está ameaçado pelo PL 7.448/2017. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/opinioao-controle-externo-nao-ameacado-pl-74482017>>. Acesso em: 20 maio 2018.

JARDIM, Flávio. *Teoria Interacionista do Direito*: PL 7448/2017 merece ser sancionado. JOTA, Brasília, 23 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinioao-e-analise/artigos/teoria-interacionista-do-direito-23042018>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 63.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 120.

_____. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015). *Direito Administrativo*, São Paulo, 24 jun. 2016. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

ONU, Organização das Nações Unidas. *PNUD*. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: BUCCI; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas*: Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

SCAFFE, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na LINDB. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2016, n. 54, abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCn=240497>>. Acesso em: 2 maio 2018.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Alterações na LINDB e a solidariedade dos entes federados na área da saúde*. Consultor Jurídico, São Paulo, 16 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-16/fernando-andreoni-impactos-lindb-area-saude2>>. Acesso em: 20 maio 2018.





.....

A FAZENDA PÚBLICA NOS PROCESSOS DE FALÊNCIA

.....

THE PUBLIC TREASURY ON BANKRUPTCY PROCEDURE

Marcus de Freitas Gouvea¹
Fábio Guimarães Bensoussan²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Entre a Exclusão da Fazenda Pública do Processo Concursal e a Habilitação de Seus Créditos; 2. Relações Entre o Processo Falimentar e a Execução Fiscal: Arrecadação, Penhora e Prescrição; 3. Ação de Restituição; 4. A Extinção da Falência e o Crédito Fiscal; 5. Conclusão; Referências.

1 - Procurador da Fazenda Nacional. Mestre em Direito pela UFMG.

2 - Procurador da Fazenda Nacional. Mestre em Direito (Faculdade Milton Campos).



RESUMO: O presente artigo examina a relação, frequentemente mal compreendida, entre o processo de execução fiscal e o processo falimentar. Nesse sentido, aborda os procedimentos de inclusão dos créditos em geral no processo falimentar, a não submissão da Fazenda Pública aos procedimentos concursais e as peculiaridades da execução fiscal contra massa falida.

PALAVRAS-CHAVE: Falências. Fazenda Pública. Tributos. Processo Falimentar. Execução Fiscal.

ABSTRACT: This issue examines the often misunderstood relations between the bankruptcy and the tax procedures. In this way, it focus on the proceedings of the bankruptcy procedure, the non-submission of the Public Treasury to the bankruptcy creditor's joint claim and the special rules on tax foreclosure against the bankrupt estate.

KEYWORDS: Bankruptcy. Public Treasury. Tax. Bankruptcy Procedure. Tax Foreclosure.

INTRODUÇÃO

O crédito público não se sujeita ao concurso de credores. É o que diz o art. 187 do Código Tributário Nacional – CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, e a Lei de Execução Fiscal – LEF, Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Não obstante, é evidente que a decretação da falência de contribuintes surte efeitos na atuação Fazendária relativamente à cobrança do crédito público e ao regime da cobrança desses créditos, questões trabalhadas de forma superficial pela doutrina.

De fato, não pode a Fazenda Pública deixar o crédito público aos cuidados exclusivos do administrador judicial, contentando-se em atuar nos processos de execução fiscal. Esse comportamento passivo é absolutamente prejudicial aos interesses por ela defendidos.

Cabe-lhe, sim, atuar também no juízo falimentar, com vistas à correta classificação do crédito público e sua integral alocação na ordem de preferências da Lei de Recuperação de Empresas e Falências – LREF, Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Nesse sentido, pode possuir créditos restituíveis (art. 85) ou ainda créditos a serem incluídos no quadro geral de credores, no caso, dividindo-se seu crédito em três parcelas distintas: o principal corrigido até a data da quebra (art. 83, III), multas (art. 83, VII) e juros, se a massa comportar (art. 124).

O processo falimentar e a execução fiscal se inter-relacionam, afetando, inclusive, a prescrição do crédito público. Isso porque, se por um lado esse crédito público não se sujeita ao concurso de credores, em muitos casos, não há outro caminho para sua cobrança que não seja a penhora no rosto dos autos do processo falimentar. Nesse caso, a sorte da execução fiscal estará atrelada à falência, inclusive para fins de prescrição.

Por outro lado, o art. 191 do CTN condiciona a extinção das obrigações do falido à extinção do crédito tributário, norma que não vem sendo observada pela jurisprudência.

Não obstante o acima exposto, percebe-se que não há uma preocupação, por parte da bibliografia, em discutir quais os mecanismos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para a proteção dos créditos da Fazenda Pública no processo falimentar.

Assim, o presente artigo tem por objetivo abordar – e melhor compreender – o comando legal que afasta a Fazenda Pública do concurso de credores, com vistas a definir a forma pela qual o Fisco apresenta seu crédito no processo falimentar. Em outros termos, qual é a participação da Fazenda no processo de falência?

De modo específico, o tópico 1 do trabalho pretende discutir as vias de cobrança da Fazenda Pública face a devedor falido, notadamente a execução fiscal, a apresentação dos créditos no processo falimentar e o incidente de habilitação.

O tópico 2, por sua vez, se dedica ao equacionamento de eventuais conflitos entre a execução fiscal, de um lado, e a presença do crédito público nos processos falimentares, de outro, quanto aos temas da penhora e da arrecadação de bens e da prescrição do crédito público.

Já o tópico 3 aborda a ação de restituição no processo falimentar. Se vigora a interpretação

de que a Fazenda não se submete ao processo concursal, para a generalidade dos créditos públicos, é unânime o reconhecimento do direito fazendário de propor ações de restituição para reaver tributos retidos pelo devedor falido em nome de terceiros e não repassados aos cofres públicos, quando tais valores são arrecadados pela massa.

O tópico 4, a seu turno, trata da extinção da falência, diante da existência de crédito fiscal. É dizer, pode a falência ser extinta enquanto houver ativo na massa falida e crédito fiscal não pago?

Para alcançar os objetivos propostos, o presente artigo promoverá uma revisão da escassa bibliografia, bem como da legislação e da jurisprudência referentes ao tema.

Por fim, serão apresentadas as conclusões.

1. ENTRE A EXCLUSÃO DA FAZENDA PÚBLICA DO PROCESSO CONCURSAL E A HABILITAÇÃO DE SEUS CRÉDITOS

A não sujeição da Fazenda Pública ao concurso de credores está expressamente estabelecida no CTN:

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. (Redação dada pela LC n° 118, de 2005).

Da mesma forma, a Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/80), em seu art. 29, dispõe:

Art. 29. A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

Na literatura, diversos autores – entre eles Aliomar Baleeiro, Fábio Fannuchi e Valéria Gutjahr³ – afirmam que a Fazenda Pública não se submete ao concurso de credores.

Evidentemente, isso não significa que os créditos públicos não possam ser pagos no processo falimentar ou que dele não participem. Pelo contrário: havendo recursos bastantes, o crédito tributário está colocado em terceiro lugar na ordem de preferência do art. 83 da Lei 11.101/05, e as multas administrativas, em sétimo. Mesmo os juros devidos à Fazenda Pública após a quebra podem ser pagos na execução coletiva, se o ativo da massa comportar (art. 124 da Lei 11.101/05).

Portanto, há que se formar um entendimento que harmonize as normas que excluem

3 - BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 973.

FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984. p. 404. GUTJHAR, Valéria. Artigos 186 ao 193, p. 1336.

In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: MP Editora, 2005.

os créditos públicos do concurso de credores e aquelas que classificam esses mesmos créditos na ordem de preferência do processo falimentar.

Para isso, será necessário abordarmos: (1) os procedimentos de inclusão dos créditos em geral nas falências, (2) as normas que impedem a submissão da Fazenda Pública aos procedimentos concursais e o instituto da habilitação e, por fim, (3) o instituto da execução fiscal, notadamente em face da empresa falida, para que se possa chegar a uma conclusão acerca dos meios de cobrança do crédito público em face do devedor falido.

Em primeiro lugar, a habilitação de créditos tem lugar se o devedor não apresenta o crédito na autofalência (art. 97, I, da Lei 11.101/05), se o credor não informa o crédito (art. 7º) e, ainda, se o administrador judicial não verificar algum crédito exigível (art. 7º). Trata-se de uma fase obrigatória no processo falimentar, ainda que não o seja a participação do credor. É o que acontece, por exemplo, no caso de falência decorrente da rejeição do plano de recuperação judicial (art. 56, § 4º, da Lei 11.101/05) ou da convalidação da recuperação judicial (art. 73): os créditos remanescentes da recuperação consideram-se habilitados quando definitivamente incluídos no QGC, prosseguindo-se com as habilitações que estejam em curso, não sendo necessária nova habilitação.⁴

Em outras palavras, se o credor tem seu direito contemplado no quadro geral de credores – QGC –, não haverá necessidade de instauração de procedimento de habilitação. É o que se depreende do art. 18 da lei 11.101/05:

Art. 18. O administrador judicial será responsável pela consolidação do quadro-geral de credores, a ser homologado pelo juiz, com base na relação dos credores a que se refere o art. 7º, § 2º, desta Lei e nas decisões proferidas nas impugnações oferecidas.

Ora, cabendo ao Administrador Judicial verificar os créditos, com base, inclusive, nos livros fiscais do falido, e ainda publicar edital com a relação dos créditos encontrados, (art. 7º, §2º, da Lei 11.101/05), bem como incluí-los no QGC (art. 18), a habilitação é dispensável para o crédito verificado.

Portanto, basta à Fazenda Pública apresentar seus créditos, discriminando-os corretamente – como encargos da massa os tributos com fatos geradores posteriores à data da quebra (art. 188 do CTN),⁵ bem como os tributos com fatos geradores a ela anteriores (art. 83, III, da Lei 11.101/05), multas administrativas (art. 83, VII) e juros, se a massa comportar (art. 124) – mediante simples petição para que sejam incluídos no QGC, não se mostrando necessário o início de qualquer ação ou incidente processual, salvo o pedido de restituição (art. 85 da Lei 11.101/05).

Assim, entendemos que os artigos 187 do CTN e 29 da Lei 6.830/80 devem ser interpretados como autorizadores de dispensa do incidente de habilitação, bastando, no caso de não inclusão do crédito público no QGC, simples peticionamento ao juízo, sem os efeitos do art. 10

4 - MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresa*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 409-410.

5 - GUTJHAR, Valéria. Artigos 186 ao 193, p. 1343. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: MP Editora, 2005.

da Lei 11.101/05 (habilitações retardatárias). A habilitação não é aplicável aos créditos públicos, razão pela qual o hipotético dilema entre esta e a execução fiscal simplesmente não existe.

No entanto, o fato de não se falar em habilitação do crédito da Fazenda Pública não significa dizer que esse procedimento seja estranho ao processo falimentar, pois, como vimos, os créditos públicos são apresentados no processo falimentar e pagos de acordo com suas regras.

Também não há incompatibilidade jurídica entre a propositura (ou permanência) da execução e o procedimento falimentar, mas a dualidade entre os procedimentos das Leis 6.830/80 e 11.101/05 pode gerar conflitos, o que exige a análise da situação jurídica e fática das execuções fiscais contra o devedor falido. É o que abordaremos no próximo tópico.

2. RELAÇÕES ENTRE O PROCESSO FALIMENTAR E A EXECUÇÃO FISCAL: ARRECADAÇÃO, PENHORA E PRESCRIÇÃO

Não há impedimento jurídico entre a apresentação do crédito público na falência e a propositura da execução fiscal. No entanto, diante da decretação da falência, pode haver alguma incompatibilidade fática quanto à ineficácia do processo de execução.

Refere-se, especificamente, à arrecadação de bens na falência⁶ (art. 22, III, *f*, da Lei 11.101/05) e à penhora de bens na execução (arts. 7º e 14 da Lei 6.830/80).⁷ É de se observar a impossibilidade de penhora de bens do falido arrecadados pela massa; por outro lado, não se aplica à cobrança do crédito público a regra do *caput* do art. 6º da Lei 11.101/05, segundo a qual:

A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário”.

É o que se depreende da leitura dos artigos 187 do CTN; 29 da Lei 6.830/80 e 6º, §7º, da Lei 11.101/05.⁸

A prescrição do crédito tributário é regida pelo art. 174 do CTN, segundo o qual “a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”, interrompendo-se, nos termos do parágrafo único, pelos seguintes eventos:

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal” (redação dada pela Lei Complementar 118/05);

II - pelo protesto judicial;

6 - NEGRÃO, Ricardo. *Curso de Direito Comercial e de Empresa*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 487.

7 - PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 111.

8 - A nosso ver, eventual reconhecimento jurídico de participação da Fazenda Pública no concurso, considerando o privilégio de seus créditos e a suspensão do processo de execução, seria favorável à recuperação do crédito público.

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Há, claro, as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, elencadas no art. 151 do CTN (moratória, depósito do valor integral do débito, reclamações e recursos administrativos, concessão de liminar ou de tutela antecipada em processos judiciais e o parcelamento), por força da teoria da *actio nata*. Portanto, a mera apresentação do crédito tributário na falência não é causa suspensiva ou interruptiva da prescrição.

Pode-se defender, contudo, que a inclusão do crédito da Fazenda Pública no QGC seja considerada ato inequívoco de reconhecimento do débito pelo devedor, nos termos do parágrafo único, inciso III do art. 174 do CTN – um fato interruptivo como qualquer pagamento efetuado pela massa ao Fisco.

Em regra, nenhum outro ato no processo falimentar teria efeito na prescrição dos créditos tributários contra o devedor falido.

Haveria, porém, uma exceção: a penhora no rosto dos autos do processo falimentar, que afastaria a prescrição intercorrente. Nos termos do art. 40 da Lei 6.830/80:

Art. 40. O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

A penhora no rosto dos autos antes do arquivamento corresponde à localização de bens do devedor (art. 40, *caput*) e a penhora após o arquivamento, à localização de seus bens a qualquer tempo (art. 40, §3º). A jurisprudência entende que a penhora no rosto dos autos da falência, requerida na execução fiscal, impede o curso do prazo prescricional intercorrente:

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. MASSA FALIDA. INTERESSE DE AGIR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. INÉRCIA. TÉRMINO DO PROCESSO FALIMENTAR. DEMONSTRATIVO DISCRIMINADO DE CÁLCULO. DESNECESSIDADE. JUROS.

1. Não se encontra entre os requisitos para a interposição de embargos à execução a comprovação da capacidade da massa falida para solver débitos com o Fisco, bastando apenas que a execução esteja garantida pela penhora no rosto dos autos.
2. É indispensável para a caracterização da prescrição intercorrente, além do lapso temporal de cinco anos, que a paralisação do feito resulte da inércia da parte exequente, que deixa de promover a execução.
3. *Tratando-se, porém, de massa falida, não basta apenas que o feito executivo reste paralisado pelo prazo de cinco anos em decorrência da inércia da Fazenda Pública. Com a decretação da falência e penhora no rosto dos autos, não há outra providência a ser tomada pela exequente a não ser aguardar o encerramento do processo falimentar. Logo, incabível o reconhecimento da prescrição intercorrente.*
4. Não há necessidade de que a certidão de dívida ativa venha instruída por demonstrativo discriminado de cálculo (artigo 798, I, b, do Novo CPC), prevalecendo, nesse aspecto, a especialidade da LEF.
5. A teor do artigo 26 do Decreto-Lei nº 7.661/45, os juros vencidos após a data da falência somente serão devidos pela massa se o ativo apurado bastar para pagar o principal.

(TRF da 4ª Região, AC 5047479-32.2017.4.04.9999, Rel. Desembargadora Luciane Amaral Corrêa Münch, Segunda Turma, j. 27/02/2018)

No STJ, o entendimento é semelhante:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA NO ROSTO DE AÇÃO DE FALÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. DESFECHO DO PROCESSO FALIMENTAR. DEVER LEGAL IMPUTADO AO EXEQUENTE. INÉRCIA INEXISTENTE. PRECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE SUPERIOR. REQUISITOS DA PRESCRIÇÃO: LAPSO TEMPORAL E INÉRCIA DO CREDOR.

1. *A jurisprudência desta Corte reconhece a prejudicialidade do processo falimentar para a satisfação do crédito tributário, visto que a penhora dos valores no rosto nos autos da falência, ou a habilitação do crédito fazendário no mesmo processo, impõe à Fazenda Pública uma única atitude: aguardar o término da ação de falência.*
2. A paralisação da ação de execução fiscal por determinação legal ou judicial obsta a fluência do prazo prescricional, mormente quando a culpa pela paralisação não pode ser imputada ao credor. Precedentes.
3. Esta Corte superior já decidiu que “a questão relacionada à necessidade de tratamento da prescrição tributária em sede de Lei Complementar, tendo em vista o mandamento contido no art. 146, III, ‘b’ da Constituição da República, o que afastaria, assim, a aplicação do art. 219, § 1o. do CPC, por se tratar de matéria constitucional, não encontra neste Superior Tribunal de Justiça a competência necessária para sua solução, sendo esta, como se sabe, afeta ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, a da Carta Magna” (AgRg no REsp 12.65025-1/RS, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 17.11.2011, Dje de 10.2.2012).

4. A caracterização da prescrição requer a ocorrência do lapso temporal associado à efetiva inércia do exequente, de modo que a lei de falência ou a decisão judicial, longe de disciplinarem questão atinente ao prazo prescricional, estabelecem relação direta com o requisito de atuação do credor, inviabilizando sua atividade no processo.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1.393.813/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, v. u. 13/05/2014, DJe 19/05/2014).

O conflito entre execução fiscal e falência é resolvido. Uma vez instaurada demanda falimentar e realizada a penhora no rosto dos autos, é manifesta a necessidade de suspensão do andamento da execução fiscal aforada contra o devedor falido. Afinal, é inadmissível que duas demandas tramitem conjunta e simultaneamente para atingir idêntica finalidade, aplicando-se o art. 6º da Lei 11.101/05.⁹

Efetivamente, se todos os bens da falida estão arrecadados, não há outro meio de prosseguimento do processo executivo, restando ao credor, apenas, a penhora no rosto dos autos da falência. Por outro lado, realizada essa penhora, fica afastada a prescrição intercorrente.

Eventual bem penhorado no processo executivo já em curso será levado à alienação, ainda que aberta posterior falência ou inventário, transferindo-se o produto da arrematação ao juízo universal. Portanto, mesmo que o bem seja arrematado, é possível que o valor obtido pela Fazenda Pública seja direcionado a credores à sua frente na ordem legal de preferências, nos termos do art. 83 da Lei 11.101/05. A jurisprudência se posiciona neste sentido:

3. Mesmo já aparelhada a execução fiscal com penhora, uma vez decretada a falência da empresa executada, sem embargo do prosseguimento da execução singular, o produto da alienação deve ser remetido ao juízo falimentar, para que ali seja entregue aos credores, observada a ordem de preferência legal. Precedente da Corte Especial. (REsp n. 118.148/RS). 4. Embargos de divergência conhecidos e rejeitados.

(STJ, S1, EREsp 444.964/RS, Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 9/12/2003)

A Lei 11.101/05, por sua vez, é clara ao dispor que a sentença que decreta a falência determina a suspensão das ações pendentes em face do devedor, diante da indivisibilidade e da universalidade do juízo falimentar.

É certo que tal efeito não alcança as execuções fiscais (art. 6º, §7º, da Lei 11.101/05) nem desconstitui a penhora. Mas isso não traz, em princípio, qualquer benefício à Fazenda Pública, uma vez que o produto da arrematação do bem penhorado em execução fiscal deve ir para o juízo falimentar, para a apuração das preferências. Nesse sentido, o STJ assim se pronuncia:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL E FALÊNCIA DO EXECUTADO. LEILÃO. ARREMATÇÃO.

9 - Nesse sentido, STJ, AgRg nos ED no REsp 1.227.953/RS, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 03/05/2011.

1. O produto arrecadado com a alienação de bem penhorado em Execução Fiscal, antes da decretação da quebra, deve ser entregue ao juízo universal da falência. Precedentes: REsp 188.418/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, DJ de 27/05/2002; AgRg no Ag 1115891/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 28/09/2009; AgRg no REsp 783318/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 14/04/2009; AgRg nos EDcl no REsp 421994/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ 06.10.2003; AgRg na MC 11937/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 30/10/2006
2. A falência superveniente do devedor não tem o condão de paralisar o processo de execução fiscal, nem de desconstituir a penhora realizada anteriormente à quebra. Outrossim, o produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência para apuração das preferências.
3. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC.
4. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
5. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 1.013.252/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 19/11/2009).

Portanto, dada a falta de efetividade da ação de execução fiscal em face de devedor com a falência decretada, impõe-se o pedido de penhora no rosto dos autos do processo falimentar. Assim, a existência do direito de crédito da Fazenda Pública há de ser declarada pelo juízo constitucionalmente competente, restando ao juízo falimentar satisfazê-lo no âmbito da execução concursal.

Vale observar que a situação aqui é inversa àquela da penhora no rosto dos autos, mas com efeitos similares: o bem é penhorado na execução fiscal antes de ser arrecadado pela massa. Com a penhora, não há que se falar em prescrição intercorrente. No entanto, o crédito tributário não goza de preferência, por exemplo, em face dos trabalhistas, de modo que aquele não poderá ser pago antes destes. Dessa forma, alienado o objeto da penhora, seu produto deverá ser repassado para a massa, para que os pagamentos dos débitos da falida obedeçam às prioridades legais. Trata-se, portanto, de uma situação em que a atividade do advogado público poderá, eventualmente, beneficiar terceiro credor em detrimento do crédito público, o que não nos parece razoável, além de reforçar a ideia da necessidade de realização da penhora no rosto dos autos e o pedido de suspensão do processo de execução fiscal.

Percebe-se, assim, que tais procedimentos preservam a integridade do ordenamento jurídico diante de execuções fiscais contra o devedor falido, propostas antes ou depois da quebra e obstada a prescrição do crédito da Fazenda Pública, que passa a receber o mesmo tratamento de qualquer crédito habilitado na falência, como já observara parte da doutrina.¹⁰

10 - CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Empresa em crise e tributação. p. 295-442. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (Coord.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

Resta, no entanto, uma pergunta: o crédito público está materialmente excluído do concurso de credores na falência?

3. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO

O equacionamento formal dos processos de falência e de execução fiscal, contudo, não esgota os interesses da Fazenda Pública face ao devedor falido.

Segundo João Bosco Cascardo de Gouvêa:

A massa falida objetiva deve ser composta apenas pelos bens do devedor, e, assim mesmo, limitada aos integrantes do chamado patrimônio falimentar; ainda compreenderá os bens penhoráveis dos sócios, em razão do tipo societário, quando for solidária a sua responsabilidade.¹¹

Arrecadados que sejam bens ou mesmo valores pertencentes a terceiros e indevidamente na posse do falido, impõe-se sua restituição, uma vez que não deverão integrar a massa falida objetiva – “devem ser desintegrados da massa de bens a serem vendidos em juízo para pagamento dos credores participantes do concurso”.¹²

Diante disso, certos créditos públicos podem ser exigidos por meio da ação de restituição.¹³ Nos termos do art. 85 da Lei 11.101/05:

Art. 85. O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição.

Parágrafo único. Também pode ser pedida a restituição de coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada.

O artigo seguinte estabelece ainda três hipóteses de restituição em dinheiro: (a) os casos de inexistência da coisa ao tempo do pedido de restituição, (b) a importância entregue ao falido a título de adiantamento de contrato de câmbio e (c) os valores entregues ao falido pelo contratante de boa-fé, na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato:

Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:

I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o

11 - GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e Falência*: lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 217.

12 - COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 3: Direito de Empresa. São Paulo: RT, 2016. p. 311.

13 - COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 3: Direito de Empresa. São Paulo: RT, 2016. p. 310. SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 620.

requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado;

II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

III – dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136 desta Lei.

A jurisprudência, em um sentido mais amplo, firmou entendimento segundo o qual o próprio dinheiro, se não ingressou na esfera patrimonial do falido, pode ser objeto de restituição. Assim, a Súmula 417 do STF enuncia que: “pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade”.

O pedido de restituição tem, portanto, dois fundamentos jurídicos, calcados no direito de propriedade:¹⁴ o primeiro é o art. 22, III, *f*, da Lei 11.101/05, segundo o qual devem ser arrecadados bens do devedor - e não de terceiros. O segundo é a própria ideia de que os débitos devem ser pagos com bens e direitos do devedor, não com bens e direitos de terceiros, que nada têm a ver com os débitos do falido.

Diante desse quadro, resta indagar: no âmbito dos créditos públicos, o que pode/deve ser restituído? Encargos, correção e juros são restituíveis?

A regra geral é aquela do já transcrito art. 85, que trata de bens cujo proprietário não seja o falido.

Normalmente, as relações tributárias são obrigacionais e compõem o patrimônio do devedor (falido) e do credor (Fisco). Não obstante, a legislação tributária prevê obrigações acessórias, que imputam a certas pessoas o dever de descontar, reter ou receber tributo devido por terceiro e repassá-lo aos cofres públicos.

Nessas hipóteses, o valor descontado, retido ou recebido não ingressa na esfera patrimonial do obrigado. São os casos de responsabilidade tributária, previstos genericamente no art. 128 do CTN e, em termos específicos, no parágrafo único do art. 45, também do Código Tributário Nacional; no art. 155, §7º, da Constituição e em leis complementares e ordinárias (exemplificativamente, o art. 3º da Lei Complementar 70/91; art. 6º da Lei Complementar 87/96; art. 6º, §1º, da Lei Complementar 116/05, além de leis federais, estaduais, distritais e municipais).

As contribuições previdenciárias descontadas de empregados e prestadores de serviços e não repassadas devem ser pagas de imediato, sem concurso de credores. A jurisprudência é pacífica nesse sentido:

14 - LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Art. 83 a 86, p. 530-621, p. 597 e segs. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (orgs). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

1) Descontadas as contribuições previdenciárias dos salários dos empregados da empresa falida, estas não pertencem a seu patrimônio, gozando a Seguridade Social do direito de preferência a tais créditos. 2) A restituição requerida está embasada no art. 51, parágrafo único, da Lei nº 8.212/91, não estando sujeita a concurso de credores na Falência, sendo certo que as contribuições previdenciárias devem ser restituídas antes do pagamento de qualquer crédito. 3) Dou provimento ao recurso e reformo a r. sentença, reconhecendo a favor do INSS o direito de preferência na restituição de seus créditos (contribuições previdenciárias), devendo a apelada arcar com a totalidade dos ônus sucumbenciais.

(TJMG, Apelação nº 1.0024.06.200777-8/001, Relator Desembargador Brandão Teixeira, DJ de 30/4/2009)

A doutrina também reconhece sem dificuldades o direito de restituição da contribuição previdenciária descontada e não repassada aos cofres públicos.¹⁵

Há outras obrigações tributárias com o mesmo fundamento no art. 128 do CTN que podem atingir o falido sem ingressar em seu patrimônio. Dois exemplos bastante comuns são (a) a retenção na fonte, típica do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, prevista no art. 45, parágrafo único, do CTN, e (b) a responsabilidade por substituição tributária, frequente no ICMS (art. 155, §7º, da Constituição) e existente também na COFINS (art. 3º da Lei Complementar 70/91) e em outros tributos, como o PIS¹⁶ e o IPI.¹⁷

Em todos esses casos, o tributo não é pago diretamente pelo contribuinte, aquele que realiza o fato gerador, mas pelo adquirente (no caso da retenção) ou pelo vendedor do produto ou serviço (no caso da substituição), que assumem o dever de repassar o valor da exação ao credor tributário.

Vale notar que o Projeto de Lei nº 10.220/2008, que altera o art. 86 da Lei 11.101/05, estabelece de forma muito clara que:

§ 1º Fará jus ao pagamento a que se refere este artigo:

[...]

IV - as Fazendas Públicas, relativamente a tributos passíveis de retenção na fonte, descontos de terceiro ou sub-rogação, e a valores arrecadadores e não recolhidos aos cofres públicos.

Pelo que expomos, o projeto, se eventualmente transformado em lei, não será inovador, mas meramente interpretativo, explicitando que o bem de terceiro (tributo, retido ou recebido em substituição) deve ser restituído ao seu proprietário (Fazenda Pública), e não arrecadado pela massa.

15 - LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Art. 83 a 86, p. 530-621, p. 597 e segs. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, LIMA; Sérgio Mourão Corrêa (orgs). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

16 - GOUVEA, Marcus de Freitas. *Impostos e contribuições federais*. JusPodivm: Salvador, 2018. p. 617.

17 - MELO, José Eduardo Soares de. *IPI: teoria e prática*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25 e seg.

A propósito, Ricardo Lobo Torres faz a distinção do responsável tributário e do contribuinte, afirmando que este realiza o fato gerador, possuindo não só obrigação, mas também o débito do tributo (*Haftung*), enquanto o responsável tem responsabilidade (*Schuld*) sem ter o débito.¹⁸

Tendo em vista que a “responsabilidade” não compõe o patrimônio de ninguém, mas somente bens, direitos (créditos) e obrigações (débitos) se revestem dessa qualidade, o tributo que o responsável deve recolher não ingressa em seu patrimônio jurídico.

Isso é claro. Nos termos do art. 45 do CTN:

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

A retenção na fonte do imposto de renda é bastante conhecida. Cabe à pessoa jurídica, ao realizar certas contratações ou pagar salários, reter o imposto devido pelo contratado ou pelo empregado, em moldes idênticos ao desconto das contribuições previdenciárias, e recolher o tributo retido ao Fisco credor.

O agente da retenção não é o contribuinte, pois não se trata de imposto devido em virtude da renda que auferir, mas da renda auferida por terceiro. Assim, o valor pago ao contratado ou ao empregado não é senão o valor descontado do tributo (ou parte dele) devido, e não o valor total da mercadoria ou serviço. Essa diferença, assim que aperfeiçoada a obrigação empresarial ou trabalhista, não pertence mais ao contratante, mas ingressa no patrimônio jurídico do contratado (devedor) e do Fisco (credor).

São esclarecedoras as palavras de Paulo Roberto Coimbra Silva acerca da retenção na fonte:

Possui, pois, o retentor duas nítidas, distintas e sucessivas obrigações: a primeira – de fazer, consiste no dever de reter determinado montante da quantia a ser paga ao sujeito passivo da obrigação tributária, no mais das vezes, o contribuinte; a segunda – também de fazer, consiste no dever de entregar a soma de dinheiro retido ao credor da obrigação tributária, da qual, frise-se é sujeito passivo quem teve parte de seus recursos contidos.

Esclareça-se que, embora a segunda obrigação do retentor em muito se aproxima de *dare*, com ele não se confunde, dá somente o titular da propriedade de um determinado bem, ainda que fungível, como é o dinheiro, capaz de transferi-lo juridicamente. O retentor não dá, mas, como mero agente arrecadador, tão-somente entrega parcela dos valores de outrem que ocasionalmente detém.¹⁹

18 - TORRES, Ricardo Lobo. *Manual direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 261.

19 - SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *A substituição tributária progressiva nos impostos plurifásicos e não-cumulativos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 31.

A relação entre contribuinte e Fisco, por certo, está sujeita a ajustes, compensações e mesmo restituições, que se operam exclusivamente entre credor e devedor, e não envolvem mais o agente da retenção, cuja única obrigação é repassar o imposto retido à Fazenda.

Em termos de direito privado, a retenção implica o pagamento do preço do contrato ao fornecedor e ao trabalhador – descontado do tributo – e o repasse desse numerário ao Fisco, ou seja, o tributo retido não integra o patrimônio jurídico do agente da retenção, mas do contribuinte e do Fisco.

Dessa forma, por não ingressarem no patrimônio jurídico da empresa, eventualmente falida, são restituíveis ao Fisco (credor proprietário) os tributos descontados, retidos ou recebidos em substituição de terceiros e não recolhidos pelo responsável pela exação fiscal.

Cabe agora verificar quais parcelas do crédito público são restituíveis.

No caso de a obrigação desses responsáveis não ser cumprida, caberá à Fazenda promover a inscrição em dívida ativa. Ocorre que nem todo o valor constante do termo ou certidão deve ser restituído, no caso de falência.

A legislação tributária prevê uma série de encargos e direitos incidentes sobre os tributos não pagos ou pagos em atraso, como veremos, tomando como referência a Dívida Ativa da União (DAU).

A dívida pode conter o valor principal do tributo, encargo legal, decorrente da inscrição em DAU - Decreto-lei nº 1.025/69 -, multa de ofício, multa de mora e juros.

Todos esses créditos são exigíveis da falência decretada com fundamento na Lei 11.101/05, seja como encargo da massa, como crédito em terceiro (principal) ou sétimo (multas) lugar na ordem de preferência, como juros, se a massa comportar, ou como crédito restituível. Portanto, torna-se necessário perquirir, dentro de cada inscrição, qual o valor restituível.

O encargo legal, embora tenha natureza de principal, para fins falimentares, não decorre do desconto, da retenção na fonte ou da substituição tributária, mas sim do atraso do responsável no repasse do tributo. Não é, portanto, restituível, devendo ser classificado como principal e cobrado da massa juntamente com os tributos próprios do falido (art. 83, III, da Lei 11.101/05).

O mesmo raciocínio se aplica às multas, que não constituem tributo retido e, portanto, devem ser cobradas da massa juntamente com as multas contratuais e administrativas (art. 83, VII, da Lei 11.101/05).

Já os juros merecem tratamento distinto, compatível com o instituto da restituição, bem como da falência em geral. De acordo com o art. 124 da Lei 11.101/05, não incidem juros contra a massa a partir da quebra, salvo se ela possuir ativos que os suportem. Logo, a regra é a cobrança de juros até a data da quebra. Sendo assim, para os créditos em geral, não pode haver regra mais rigorosa contra o credor em sede de ação de restituição: se o credor comum recebe da massa os juros até a data da quebra, não faz sentido que o autor da ação de restituição receba seu crédito sem a sua incidência.

Ademais, a cobrança de juros é compatível com o processo de restituição. Nesses autos,

o titular da coisa requerer a devolução daquilo que estava na posse do falido, mas que não lhe pertence. Devem, pois, ser restituídos a coisa e os frutos que a ela aderem, assim como ocorre no depósito, nos termos do art. 629 do Código Civil:

Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante.

Assim, não apenas o principal pode ser considerado retido e não repassado, mas também os juros pela demora no repasse do bem da União. De fato, aquele que retém tributo e não repassa no mês devido deve, no mês seguinte, repassar mais do que efetivamente reteve, pois o dinheiro perde valor. Repassando ou restituindo, em atraso, o valor original, há, na verdade, enriquecimento ilícito.

A doutrina vem reconhecendo a pretensão da União. Tratando especificamente do cabimento de juros e correção monetária em ação de restituição, entende Ricardo Negrão que:

Os juros seguem a regra geral, prevista no art. 124, isto é, não são exigíveis 'se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores subordinados'. Em outras palavras: os juros devidos após a decretação da falência serão pagos se a massa comportar, respeitando a ordem de classificação dos credores e sujeitos a rateios em cada classe.

Em relação à correção monetária, a Súmula 36 do Superior Tribunal de Justiça determinava, na vigência do Decreto-lei 7.661/45, sua inclusão para as hipóteses de adiantamento de contrato de câmbio, raciocínio que se mantém a todos os casos de pedido originário de restituição em pecúnia²⁰.

A jurisprudência do STJ reconhece a incidência dos juros em restituição até a decretação da falência, afirmando ainda que, após a quebra, sua incidência fica condicionada à suficiência do ativo:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTÁRIO. RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MASSA FALIDA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA ANTES DA DECRETAÇÃO DA QUEBRA E APÓS CONDICIONADA À SUFICIÊNCIA DE ATIVOS. PRECEDENTES. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Em se tratando de empresa cuja falência foi decretada, impõe-se a diferenciação entre as seguintes situações: (a) antes da decretação da falência, são devidos os juros de mora, independentemente da existência de ativo suficiente para pagamento do principal, sendo viável, portanto, a aplicação da taxa SELIC, que se perfaz em índice de correção monetária e juros e (b) após a decretação da falência, a incidência da referida taxa fica condicionada à suficiência do ativo para pagamento do principal. (REsp 798.136/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.12.2005, DJ 19.12.2005 p. 292). 2. Embargos de divergência providos. (EREsp 631.658/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 09/09/2008)

20 - NEGRÃO, Ricardo. *Curso de Direito Comercial e de Empresa*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 519.

Portanto, podemos concluir que, em relação aos créditos tributários, são objeto de ação de restituição o principal e os juros.

4. A EXTINÇÃO DA FALÊNCIA E O CRÉDITO FISCAL

Após a realização do ativo e a distribuição do produto arrecadado (pagamento do passivo *possível*), as contas do Administrador Judicial devem ser apresentadas e aprovadas. Em seguida, deve ser apresentado o relatório final da falência.²¹ É o que dispõem os artigos 154 e 155 da Lei 11.101/05:

Art. 154. Concluída a realização de todo o ativo, e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias.

§ 1º As contas, acompanhadas dos documentos comprobatórios, serão prestadas em autos apartados que, ao final, serão apensados aos autos da falência.

§ 2º O juiz ordenará a publicação de aviso de que as contas foram entregues e se encontram à disposição dos interessados, que poderão impugná-las no prazo de 10 (dez) dias.

§ 3º Decorrido o prazo do aviso e realizadas as diligências necessárias à apuração dos fatos, o juiz intimará o Ministério Público para manifestar-se no prazo de 5 (cinco) dias, findo o qual o administrador judicial será ouvido se houver impugnação ou parecer contrário do Ministério Público.

§ 4º Cumpridas as providências previstas nos §§ 2º e 3º deste artigo, o juiz julgará as contas por sentença.

§ 5º A sentença que rejeitar as contas do administrador judicial fixará suas responsabilidades, poderá determinar a indisponibilidade ou o seqüestro de bens e servirá como título executivo para indenização da massa.

§ 6º Da sentença cabe apelação.

Art. 155. Julgadas as contas do administrador judicial, ele apresentará o relatório final da falência no prazo de 10 (dez) dias, indicando o valor do ativo e o do produto de sua realização, o valor do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores, e especificará justificadamente as responsabilidades com que continuará o falido.

Há que se enfatizar que o encerramento decorre da alienação de todos os bens da massa e do rateio de seu produto aos credores, e não do pagamento integral dos débitos. Se o falido não possuir bens, não há sobre o que se executar coletivamente, de modo que não se justifica o prosseguimento do processo de falência.

Assim, com o encerramento da falência (art. 156), estaremos diante de uma das três

²¹ - GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e Falência: lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 325-326.

seguintes situações: (a) o ativo apurado foi suficiente para o pagamento da integralidade do passivo; (b) o ativo foi inferior e, portanto, insuficiente, remanescendo dívidas ou (c) o ativo foi superior ao passivo.²²

Sabemos que o meio normal de extinção de uma obrigação é o seu pagamento - situação (a). A Lei 11.101/05, portanto, em seu art. 150, I, vislumbrou essa situação como a primeira hipótese de extinção das obrigações do falido: "Art. 158. Extingue as obrigações do falido: I – o pagamento de todos os créditos".

Interessa-nos, para os fins do presente artigo, a situação (b), mais especificamente do ponto de vista da Fazenda Pública, quando o ativo é insuficiente para o pagamento dos créditos fiscais e a extinção das obrigações do falido nessa mesma situação.

Estabelece o mesmo art. 158:

Art. 158. Extingue as obrigações do falido:

I – [...];

II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo.

Nesse caso, a extinção da falência tem como pressuposto o pagamento integral das classes prioritárias e privilegiadas (arts. 83, incisos I a V, e 84). No que toca aos créditos da Fazenda Pública, significa dizer que está pressuposto o pagamento do principal corrigido até a data da quebra (art. 83, III), mas não das multas (art. 83, VII).²³

Há ainda duas situações em que créditos da Fazenda Pública não serão satisfeitos:

Art. 158. Extingue as obrigações do falido:

I – [...];

II – [...];

III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei;

IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.

Nas duas últimas hipóteses, o prazo prescricional começa a correr a partir do dia em que transitar em julgado a sentença do encerramento da falência (art. 157). É de se destacar o fato de que o prazo poderá ser eventualmente maior que o do próprio título, uma vez que a lei não exige

²² - Ver CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação da empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 445.

²³ - GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e Falência: lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 327.

a demonstração pelo interessado da ocorrência do prazo originalmente admitido para os títulos habilitados na falência.²⁴

Configurada qualquer dessas quatro hipóteses, poderá o falido requerer ao juízo falimentar que suas obrigações sejam declaradas extintas por sentença (art. 159). O requerimento será autuado em apartado e publicado por edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação (§1º); nos 30 dias após a publicação do edital, qualquer credor poderá se opor ao pedido (§2º). Findo o prazo, o juiz proferirá sentença em cinco dias; se o requerimento for anterior ao encerramento da falência, declarará extintas as obrigações na sentença de encerramento (§3º). A sentença que declarar extintas as obrigações será comunicada a todas as pessoas e entidades informadas da decretação da quebra (§4º).²⁵

O art. 160 da Lei 11.101/05, por seu turno, assim estabelece:

Art. 160. Verificada a prescrição ou extintas as obrigações nos termos desta Lei, o sócio de responsabilidade ilimitada também poderá requerer que seja declarada por sentença a extinção de suas obrigações na falência.

Aqui, no entanto, surge uma questão que afeta diretamente os interesses da Fazenda Pública, uma vez que o mencionado dispositivo da lei falimentar parece colidir com a norma do art. 191 do CTN, na redação dada pela Lei Complementar 118/2005, sancionada concomitantemente com a Lei 11.101/05, em 9 de fevereiro de 2005: "Art. 191. A extinção das obrigações do falido requer prova de quitação de todos os tributos".

Evidentemente que, na hipótese de não pagamento integral dos débitos tributários, não será possível ao falido a obtenção da certidão de regularidade fiscal. Por outro lado, se o processo falimentar está para ser encerrado, com a liquidação dos bens do falido, é possível presumir a inexistência de outros bens da massa, de forma que a própria execução fiscal perde o seu sentido.

Será necessário que a Fazenda Pública apure e demonstre a viabilidade de prosseguimento da execução fiscal por meio de seu redirecionamento aos sócios, sob pena de não restar alternativa à extinção do processo. É cediço que esse redirecionamento pressupõe a presença de uma das hipóteses do art. 135 do CTN, o que, no caso de existência de crime falimentar, é amplamente admitido, mas também o é em outras situações. Nesse sentido, não se pode ignorar o fato de que nem todo ato ilícito será considerado um ilícito penal. Logo, o fato de não se configurar crime falimentar não exclui a possibilidade de se caracterizar ilícito de outra natureza, o que deverá ser devidamente demonstrado pela Fazenda Pública nos autos da execução fiscal.

Ainda se cuidando da aplicação do Decreto-lei 7.661/45, o STJ entendeu que o encerramento da falência e a extinção das obrigações do falido não têm, necessariamente, reflexos tributários, até porque o art. 187 do CTN é taxativo ao dispor que a cobrança judicial do crédito tributário não está sujeita ao concurso de credores. Nesse sentido:

24 - NEGRÃO, Ricardo. *Curso de Direito Comercial e de Empresa*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 595.

25 - BENSOUSSAN, Fabio Guimarães; BOITEUX, Fernando Netto. *Manual de direito empresarial*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 752.

RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. FALÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO (DL 7.661/45, ART. 135, III). DECURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA DE ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA. AUSÊNCIA DE PRÁTICA DE CRIME FALIMENTAR. PROVA DE QUITAÇÃO DOS TRIBUTOS FISCAIS (CTN, ARTS. 187 E 191). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A declaração de extinção das obrigações do falido poderá referir-se somente às obrigações que foram habilitadas ou consideradas no processo falimentar, não tendo, nessa hipótese, o falido a necessidade de apresentar a quitação dos créditos fiscais para conseguir o reconhecimento da extinção daquelas suas obrigações, em menor extensão, sem repercussão no campo tributário.

2. Sendo o art. 187 do Código Tributário Nacional - CTN taxativo ao dispor que a cobrança judicial do crédito tributário não está sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento, e não prevendo o CTN ser a falência uma das causas de suspensão da prescrição do crédito tributário (art. 151), não há como se deixar de inferir que o crédito fiscal não se sujeita aos efeitos da falência.

3. Desse modo, o pedido de extinção das obrigações do falido poderá ser deferido: I) em maior abrangência, quando satisfeitos os requisitos da Lei Falimentar e também os do art. 191 do CTN, mediante a “prova de quitação de todos os tributos”; ou II) em menor extensão, quando atendidos apenas os requisitos da Lei Falimentar, mas sem a prova de quitação de todos os tributos, caso em que as obrigações tributárias não serão alcançadas pelo deferimento do pedido de extinção.

4. Recurso especial parcialmente provido para julgar procedente o pedido de extinção das obrigações do falido, em menor extensão, sem repercussão no campo tributário.

(STJ, T4, REsp 834.932/MG, Ministro Raul Araújo, DJe de 29/10/2015).

E, ainda:

RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. DL 7.661/1945. EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO. DECURSO DO PRAZO DE CINCO ANOS. PROVA DA QUITAÇÃO DE TRIBUTOS. DESNECESSIDADE.

1- Extinção das obrigações do falido requerida em 16/8/2012. Recurso especial interposto em 19/8/2016 e atribuído à Relatora em 26/8/2016.

2- Controvérsia que se cinge em definir se a decretação da extinção das obrigações do falido prescinde da apresentação de prova da quitação de tributos.

3- No regime do DL 7.661/1945, os créditos tributários não se sujeitam ao concurso de credores instaurado por ocasião da decretação da quebra do devedor (art. 187), de modo que, por decorrência lógica, não apresentam qualquer relevância na fase final do encerramento da falência, na medida em que as obrigações do falido que serão extintas cingem-se unicamente àquelas submetidas ao juízo falimentar.

4- Recurso especial provido.

(STJ, T3, REsp 1.426.422/RJ, Ministra Nancy Andriighi, DJe de 30/3/2017)

Portanto, podemos concluir que a existência de débitos para com a Fazenda Pública não obsta a extinção da falência, na hipótese de ausência de ativos que bastem para o seu pagamento. Não obstante, impõe-se o prosseguimento da execução fiscal, com seu redirecionamento aos sócios, uma vez caracterizada alguma das hipóteses do art. 135 do CTN.

5. CONCLUSÃO

Em síntese, podemos afirmar que, apesar da não sujeição da Fazenda Pública ao concurso de credores, o crédito público pode ser pago por meio do processo falimentar. Nesse sentido, impõe-se a sua apresentação, devidamente discriminado, para sua inclusão no QGC, mediante simples petição.

Por outro lado, a execução fiscal contra o falido deverá ser suspensa, requerendo-se a penhora do valor executado nos autos do processo falimentar. Nesse diapasão, não se pode ignorar que eventual recurso advindo da praça ou leilão dos bens penhorados será encaminhado ao juízo universal, para satisfação dos credores na ordem de preferência. Isso poderá significar que recursos obtidos nas execuções fiscais serão destinados à satisfação de créditos de terceiros.

A necessidade de propositura de ação de restituição é outro exemplo da impossibilidade de a Fazenda Pública permanecer alheia ao processo falimentar. A omissão da Fazenda a esse respeito poderá implicar o inadmissível pagamento dos débitos do falido com bens que não lhe pertencem – no caso, com valores que pertencem, verdadeiramente, ao erário.

Evidentemente, com o encerramento da falência e subsistindo créditos em favor da Fazenda, no caso de insuficiência de ativos, não restará opção que não a do prosseguimento da execução fiscal, com a propositura de seu redirecionamento aos sócios, nos termos do art. 135 do CTN. Para viabilizar esse procedimento, porém, será fundamental a efetivação da penhora no rosto dos autos da falência, o que levará à suspensão do processo de execução fiscal e, conseqüentemente, afastará qualquer discussão a respeito de eventual prescrição.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BENSOUSSAN, Fabio Guimarães; BOITEUX, Fernando Netto. *Manual de direito empresarial*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Empresa em crise e tributação. p. 295-442. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (Coord.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.



CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação da empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 3: Direito de Empresa. São Paulo: RT, 2016.

FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e Falência: lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. *Impostos e contribuições federais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

GUTJHAR, Valéria. Artigos 186 ao 193. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: MP Editora, 2005.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Art. 83 a 86, p. 530-621. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (orgs). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresa*. São Paulo: Atlas, 2016.

MELO, José Eduardo Soares de. *IPI: teoria e prática*. São Paulo: Malheiros, 2009.

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de Direito Comercial e de Empresa*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2017.


PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *A substituição tributária progressiva nos impostos plurifásicos e não-cumulativos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Manual direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.





.....

RAZÕES PELAS QUAIS A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA TRIBUTÁRIA DEVE SER FEITA PELA PROCURADORIA E NÃO PELA SECRETARIA DA FAZENDA

.....

REASONS FOR WHICH THE REGISTRATION IN ACTIVE TAX
DEBT SHOULD BE MADE BY THE ATTORNEY GENERAL AND
NOT BY THE TREASURY DEPARTMENT

Rafael Schreiber¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Desenvolvimento; 1.1. Da existência de norma geral; 1.2 Do princípio da simetria; 1.3. Do exame ontológico e teleológico da inscrição em dívida ativa; 1.3.1. Do controle: juridicidade, imparcialidade e segurança jurídica; 1.3.2. Natureza da Advocacia Pública; 1.3.3. Competência privativa da Advocacia Pública para o exame de juridicidade dentro da esfera administrativa do respectivo ente político; 1.3.4. Do princípio da eficiência e da competência privativa de advocacia o controle preventivo de atos; 1.4. Da aplicabilidade do princípio da simetria ao presente caso em análise; 2. Conclusão; Referências.

1 - Procurador do Município de Joinville (SC), Especialista em Direito Público pela pós-graduação da LFG, Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV e graduado em Direito na Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Presidente da APROJOI. Advogado.

RESUMO: Existem inúmeros municípios em que a inscrição em dívida ativa tributária é atribuída à Secretaria da Fazenda e não à Procuradoria do Município. O presente artigo aborda a inconstitucionalidade e a ilegalidade dessa conduta, demonstrando os aspectos negativos dessa sistemática e os motivos pelos quais a competência para a inscrição em dívida ativa é privativa do órgão jurídico do ente federativo. Trata-se de atribuição ontológica e finalística do órgão, principalmente à luz do princípio da simetria, uma vez que o controle de legalidade (entendido como controle de juridicidade) requer: (i) capacidade técnica, (ii) profissionalização, (iii) imparcialidade; (iv) legitimidade; (v) boa-fé objetiva; e (vi) eficiência (qualitativa e de economia processual), atributos esses exclusivos da Advocacia Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Inscrição em Dívida Ativa. Simetria. Competência Privativa. Procuradoria do Município.

ABSTRACT: There are countless municipalities in which the registration in active tax debt is attributed to the Treasury Department and not to the Municipal Attorney's Office. This article discusses the unconstitutionality and illegality of this conduct, demonstrating the negative aspects of this system and the reasons why the competence to register in active debt is exclusive to the legal body of the federative body. This is an ontological and finalistic attribution of the body, mainly in light of the principle of symmetry, since the control of legality (understood as control of juridicity) requires (i) technical capacity, (ii) professionalization, (iii) impartiality; (iv) legitimacy; (v) objective good faith and (vi) efficiency (qualitative and procedural economy), which are exclusive attributes of Public Advocacy.

KEYWORDS: Registration in Active Debt. Symmetry. Private Jurisdiction. Attorney of the Municipality.



INTRODUÇÃO

É muito comum na esfera municipal e até mesmo na esfera estadual o respectivo ente federativo atribuir à Secretaria da Fazenda a competência para a inscrição em dívida ativa tributária.

Este estudo tem como objetivo verificar se essa opção política e jurídica é legítima, acertada, legal, correta, desejável ou não.

Tal fato tem causado inquietação pessoal do pesquisador, principalmente pelos impactos negativos que isso causa na prática, razão da presente pesquisa.

Para o desenvolvimento e o alcance dos fins propostos à presente pesquisa científica utilizou-se o método dedutivo e da técnica consistente na pesquisa bibliográfica constante de livros, de artigos, de jurisprudência e de *sites* da internet, enfim, produções jurídicas e literárias cujo conteúdo verse sobre a matéria investigada nesta pesquisa.

A estrutura do manuscrito está dividida em quatro capítulos, baseados no exame (i) da norma geral; (ii) do princípio da simetria; (iii) ontológico e teleológico da inscrição em dívida ativa; compreendendo o exame (a) do controle de juridicidade, imparcialidade e segurança jurídica; (b) da natureza da Advocacia Pública; (c) da competência privativa da Advocacia Pública para o exame de juridicidade dentro da esfera administrativa do respectivo ente político; (d) do princípio da eficiência e da competência privativa de advocacia o controle preventivo de atos; e (iv) da forma como o princípio da simetria é aplicado à hipótese analisada.

1. DESENVOLVIMENTO

O argumento para aqueles que defendem a legalidade dessa atribuição quanto à inscrição em dívida ativa tributária ser atribuída à Secretaria da Fazenda consiste na competência concorrente para legislar sobre direito tributário, nos termos do art. 24, inciso I, da Constituição Federal (CF), de modo que competiria à cada ente político determinar, à sua livre escolha, a autoridade responsável pela inscrição em dívida².

Contudo, existem inúmeros outros motivos e argumentos a conduzir a interpretação para o caminho oposto, no sentido de ser a Procuradoria, enquanto órgão jurídico, o único competente para a realização da inscrição em dívida ativa tributária.

² - Nesse sentido decidiu o TJSC, em 2009, acerca da legislação do estado atribuindo a competência da Secretaria da Fazenda para inscrição em dívida ativa: “Cabe à legislação dos Estados e Municípios determinar a autoridade a quem compete tal função, em observância à competência concorrente para legislar sobre direito tributário prevista no art. 24, I, da CF”. (Apelação Cível: 2009.060133-5). Ou ainda: “No Regimento Interno da Secretaria do Estado da Fazenda (Decreto 1.1668/96, art. 22, *caput* e parágrafo único) está expresso que a competência para fazer a inscrição do crédito tributário em dívida ativa é do Gerente de Arrecadação e Crédito Tributário, sendo válida a CDA por ele assinada” (Apelação Cível: 2000.011756-0).

1.1. DA EXISTÊNCIA DE NORMA GERAL

O primeiro deles está amparado e calcado no próprio art. 24 da CF citado pela corrente contrária, contudo, agora, com esboço em seus §§ 1º e 3º, que estabelecem que no âmbito da legislação concorrente a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais e, inexistindo esta, os Estados exercerão a competência legislativa plena.

No caso da cobrança da dívida ativa tributária (que se inicia com a inscrição da dívida ativa, ou seja, após a constituição definitiva do crédito) existe norma geral, que é a Lei nº. 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal - LEF), dispondo sobre a “cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública³ e dá outras providências”.

A Lei de Execução Fiscal trata da *Fazenda Pública*, sendo a norma geral que rege a cobrança da dívida ativa, tributária ou não, fato esse, inclusive, confirmado em seu art. 1º.

Bem verdade que para os assuntos tributários deve ser aplicado primeiro e com preferência o Código Tributário Nacional (CTN), que possui *status* de lei complementar, por força do que determina o art. 146, III, da CF. A dívida ativa vem tratada no Capítulo II, do Título IV (Administração Tributária), do CTN, cujo art. 201 estabelece, apenas, que a dívida ativa tributária deve ser regularmente inscrita na repartição administrativa competente, mas sem eleger qual seria essa repartição.

No entanto, a LEF também é norma geral e deve ser aplicada subsidiariamente nas omissões do CTN, assim como o Código de Processo Civil (CPC) também é aplicado subsidiariamente nas omissões dos dois primeiros (art. 1º).

A LEF, assim como fez o CTN, também é genérica ao estabelecer que a inscrição será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito, contudo, acrescentou que esse ato de inscrição *se constitui no ato de controle administrativo de legalidade* (art. 2º, § 3º), cuja análise jurídica dessa essência (ontologia) será detidamente realizada em capítulo próprio.

Quanto à Fazenda Nacional, em norma específica, a LEF estabeleceu que a dívida ativa da União *será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional* (art. 2º, § 4º).

Pela leitura desses dois dispositivos contidos no art. 2º é que exsurtem os argumentos a favor da competência do órgão jurídico para proceder à inscrição em dívida ativa tributária, hábeis a conduzir modificação e reanálise dos argumentos das decisões que defendem a possibilidade de eleição discricionária do órgão administrativo competente para tal fim.

Para melhor elucidação desses argumentos, o presente estudo cuidará do exame do princípio da simetria e do exame ontológico da inscrição em dívida ativa, a fim de demonstrar a sua essência, uma vez que esse é pressuposto complementar à análise do princípio da simetria.

3 - Nesse particular cabe consignar que o termo *Fazenda Pública* não tem o mesmo significado e abrangência de *Fazenda Nacional*. O primeiro é mais amplo e é sinônimo de Erário, Fisco ou Tesouro Público, ou seja, abrange todos os entes políticos (União, Estados, DF e Municípios, inclusive suas autarquias e fundações públicas). Já o segundo refere-se exclusivamente aos bens patrimoniais, públicos e privados, da administração pública federal centralizada (SILVA, 2001, p. 38 e 40).

1.2. DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA

O princípio da simetria pode ser extraído da conjuntura dos arts. 18; 25, caput, da CF e art. 11, caput, do ADCT, que dizem que a organização político-administrativa da União, dos Estados, dos Municípios e do DF deve se dar com a observância dos princípios constitucionais, limitando a autonomia plena desses entes em determinados casos.

Ao se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da autonomia dos estados-membros e dos poderes que em nome dessa autonomia tais entes estariam autorizados a exercer, é notável a quantidade de julgados em que se fez uso do postulado constitucional que a própria Corte convencionou denominar “princípio da simetria”.

Nessa linha, uma parcela da doutrina constitucional⁴ associa-o à ideia de que os estados-membros, quando no exercício de suas competências autônomas, devem adotar tanto quanto possível os modelos normativos constitucionalmente estabelecidos para a União, ainda que esses modelos em princípio não lhes digam respeito por não lhes terem sido direta e expressamente endereçados pelo poder constituinte federal.⁵

Isso quer dizer que não apenas os entes políticos deveriam assim se conduzir na sua prática institucional cotidiana, como também suas normas de organização deveriam assim se amoldar, sob pena de inconstitucionalidade.

Mas como saber tecnicamente quando deveria ser aplicado o princípio da simetria a determinada situação ou não? LEONCY (2012), atento à forma de decidir do STF em casos que aplicou o referido princípio, assina ser necessário estabelecer um modelo ou padrão decisório, baseado em uma forma de argumentação por analogia, que seja composto pela seguinte estrutura: (i) identificação de uma questão federativa sem solução constitucional evidente; (ii) identificação de um parâmetro constitucional aplicável a uma hipótese semelhante; (iii) reconhecimento da identidade de razão entre a situação não regulada e a hipótese regulada; (iv) identificação de um princípio constitucional comum às duas situações; (v) reconhecimento da inexistência de uma “vontade” constitucional contrária; (vi) construção da máxima de decisão para o caso⁶.

Cumpra examinar se esses requisitos estão ou não presentes na hipótese tratada neste trabalho, referente à inscrição em dívida ativa tributária ser da competência privativa da advocacia pública ou não, como se dá no âmbito federal.

4 - LEONCY, Léo Ferreira. Uma proposta de releitura do “princípio da simetria”. In: *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>>. Acesso em jul. 2017.

5 - Citam-se alguns exemplos: (a) em caso de ausência do governador do território do respectivo estado-membro por mais de 15 dias sem licença da Assembleia Legislativa, ou (b) na hipótese de emenda parlamentar contendo aumento de despesa em projeto de lei de iniciativa reservada do governador, ou ainda (c) na circunstância da instalação de comissão parlamentar de inquérito estadual para apuração de fato determinado, os estados-membros, por força do princípio da simetria e diante da ausência de regramento constitucional federal específico voltado a esses entes no que diz respeito a tais questões, deveriam conduzir-se nos mesmos moldes em que o constituinte federal dispusera para a União em situações consideradas semelhantes.

6 - As etapas de construção do argumento analógico e a sua respectiva sequência, tal como apresentadas no texto, são resultados da pesquisa de Leony (2012), que foi resultado da conjugação dos pontos de vista de diferentes autores, entre os quais Manuel Salguero (*Argumentación jurídica por analogía*, Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 84), María José Falcón y Tella (*El argumento analógico en nel derecho*, Madrid: Civitas, 1991) e Riccardo Guastini (*Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano: Giuffrè, 1993. p. 429-30). No entanto, o modo como esses elementos foram dispostos aqui não coincide necessariamente *in totum* com a forma como apareceram na obra desses autores.

Ao presente caso há uma solução constitucional (conforme se verificará nas conclusões deste estudo), embora não seja, em uma primeira análise, evidente⁷.

A CF expressamente no art. 131, § 3º, aponta à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) a representação da União na execução da dívida ativa de natureza tributária e no art. 132 confere aos Procuradores do Estado e do DF a representação judicial (genérica) das respectivas unidades federadas.

O que fica claro e identificável da leitura dos dispositivos constitucionais citados, contudo, é competir a um órgão jurídico a representação judicial dos entes federativos, aí se incluindo a execução da dívida ativa tributária.

Quanto ao ato específico da inscrição em dívida tributária, a LEF prescreve competir à PGFN (e não à Receita Federal do Brasil) essa inscrição.

Ocorre que esse parâmetro também deveria ocorrer e se repetir no âmbito estadual, distrital e municipal, por existir identidade de razão entre a situação não regulada pela norma geral e a hipótese regulada.

A razão contida na norma sinaliza que compete ao órgão jurídico proceder à execução de todas as etapas da cobrança da dívida ativa (arts. 131, § 3º; 132, da CF e art. 2º, §§ 3º e 4º, da LEF). E essa etapa compreende tanto a execução da dívida ativa propriamente dita (execução fiscal) quanto a verificação e o exame da legalidade do ato e sua consequente/possível inscrição (etapa posterior à constituição definitiva do crédito tributário e que inaugura o procedimento de cobrança).

Nota-se que não há nem na CF e nem na lei geral (CTN e LEF) qualquer menção a órgão fazendário ou qualquer outro para esse mister.

Mas qual o motivo desse ato inaugural ser de competência exclusiva do órgão jurídico do ente?

A resposta mais simplista que poderia ser dada nesse momento seria a de que se existe um órgão jurídico exclusivo para execução de dívida ativa na União, também deveria existir nos demais entes federativos.

Mas esse motivo (de que na União se dá dessa forma e por esse simples motivo deveria se repetir aos demais entes), por si só, revela-se insuficiente, merecendo necessário aprofundamento, principalmente para se demonstrar as razões técnicas e ontológicas pelas quais a União assim procedeu.

Para se dar a resposta técnico-jurídica merecida ao questionamento lançado, prudente a realização de um corte metodológico no presente estudo. Será fundamental, então, que primeiro se adentre ao exame ontológico da inscrição em dívida ativa, ou seja, que se investigue a sua

7 - *Evidente* aqui compreendido como sendo de pronta visualização, a exemplo da interpretação gramatical em que apenas se verifica o texto legal. Não há, assim, disposição expressa no sentido de que a inscrição em dívida seja de competência da Procuradoria do Estado, do DF ou do Município. Essa evidência gramatical existe apenas à União. Isso não quer dizer que lançando mão da interpretação sistemática e teleológica não se possa estender essa evidência a todos os entes federativos, conforme cuida o presente trabalho.

essência, a sua finalidade e seus objetivos, para depois continuar o exame dos requisitos quanto à aplicabilidade do princípio da simetria proposto por LEONCY (2012). Trata-se de um pressuposto para as conclusões do exame do princípio da simetria ao presente caso investigado.

1.3. DO EXAME ONTOLÓGICO E TELEOLÓGICO DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA

1.3.1. Do Controle: juridicidade, imparcialidade e segurança jurídica

Não foi por acaso que tanto a CF quanto a LEF conferiram ao órgão jurídico a competência para a inscrição em dívida ativa.

O motivo de assim ser não foi o argumento da discricionariedade ou da autonomia dos entes políticos para legislar sobre matéria tributária, mas sim motivos de razoabilidade (lógica e coerência prática), proporcionalidade e legal.

A norma geral, conforme visto, expressamente consignou que a inscrição *se constitui no ato de controle administrativo de legalidade* (art. 2º, § 3º, da LEF).

O controle administrativo pode ocorrer de diversas formas, como o controle hierárquico, finalístico, prévio, concomitante, a posterior etc. No presente estudo o que interessa é a diferença entre a forma *externa* (quando o órgão fiscalizador se situa em Administração diversa daquela em que a conduta se originou. Ex: controle pelo Judiciário, Tribunal de Contas ou Legislativo) e a *interna* (quando o controle é realizado dentro da própria Administração), sendo esta última objeto da análise.

Na lição de Hely Lopes Meirelles: “*controle*, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.⁸

Ora, se o controle administrativo deve necessariamente ser exercido por um outro órgão, autoridade ou poder, logicamente que não pode a Secretaria da Fazenda, que é competente para iniciar o procedimento fiscal tributário, autuando, julgando recursos preliminares e constituindo o crédito tributário, ser também o órgão que, depois, verifique a legalidade e legitimidade de todo o procedimento que ela própria conduziu, com a inscrição da dívida ativa.

Poder-se-ia contra-argumentar que as autoridades que fazem esses diferentes atos dentro da Secretaria da Fazenda são distintas, podendo haver o controle de uma sobre a outra. Entretanto, não é preciso dizer que o controle interno realizado por outro órgão da administração pública é mais eficaz, mais legítimo e gera mais confiança por parte do cidadão. Há uma dupla verificação do procedimento por parte de autoridades administrativas distintas, o que traz mais segurança, eficiência e legitimidade em todo o procedimento, beneficiando tanto o Poder Público quanto os próprios cidadãos.

8 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 639.



Além disso, a ideia de controle está umbilicalmente ligada à distanciamento, um segundo olhar, de fora, isonômico. O controle legítimo só é exercido quando inexistirem vínculos e conexões que possam comprometer a isenção e técnica da análise.

É natural que o mesmo órgão que autuou mantenha intacta sua decisão em caso de eventual recurso, ou até mesmo mantenha o ato inicial 'inidôneo' quando inexistir recurso se ele mesmo inscrever em dívida. É por isso que a lógica e o bom senso recomendam que esse controle e análise de atuação de um órgão seja feito por outro dentro da própria Administração Pública, a fim de conferir imparcialidade e acertos pelo próprio ente político.

Certamente o cidadão contribuinte se sentirá mais seguro quando a eventual revisão do ato ou o seu controle seja exercido por órgão diverso daquele que lhe autuou, conferindo plena legitimidade ao ato.

Não bastasse isso, a lei geral determina que não é qualquer controle que deve ser realizado no ato de inscrição em dívida, mas especificamente o **controle de legalidade** do ato, com atuação de órgãos especializados. E essa concepção de legalidade deve ser entendida como controle de juridicidade, mais ampla que a legalidade estrita.

Quanto à juridicidade, extrai-se da melhor doutrina: (i) Hely Lopes Meirelles afirma que *“a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99”*⁹; (ii) Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que o alargamento do princípio da legalidade é uma tendência atual do Direito Administrativo brasileiro, impondo a submissão do Estado *“não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito”*¹⁰ (iii) Moreira Neto, por sua vez, destaca que o valor *justiça* (aqui entendida como a legalidade *lato sensu*) deve ser interpretado nesse contexto como uma síntese da *legalidade*, da *legitimidade* e da *licitude*¹¹. Não basta somente cumprir a lei fria, mas verificar a compatibilidade de sua aplicação a critérios éticos.

O controle jurídico ou de juridicidade dos atos administrativos e das ações da Administração, portanto, é *a verificação técnica realizada por operador do Direito que afere se um determinado objeto de controle encontra compatibilidade com o sistema jurídico; para tanto, utiliza critérios hermenêuticos, argumentação jurídica, precedentes doutrinários e jurisprudenciais, entre outras técnicas*.

Quanto a esse controle no ato da inscrição em dívida ativa, destaca Paulo de Barros Carvalho:

É o único ato de controle de legalidade, efetuado sobre o crédito tributário já constituído, que se realiza pela apreciação crítica de profissionais obrigatoriamente especializados: os Procuradores da Fazenda. Além disso, é a derradeira oportunidade que a Administração tem de rever os

9 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 89.

10 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 29.

11 - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as Procuraturas constitucionais. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992, p. 41.

requisitos jurídico-legais dos atos praticados. Não pode modifica-los, é certo, porém tem meios de evitar que não prossigam créditos inconsistentes, penetrados de ilegitimidades substanciais ou formais que, fatalmente, serão fulminadas pela manifestação jurisdicional que se avizinha¹² (grifo do autor).

Trata-se, em verdade, de medida de economia processual e respeito ao contribuinte, que não será perturbado, por vezes, por inadequações administrativas levadas a cabo pelo órgão fazendário. Nessa linha é a lição de Éderson Garin Porto:

Trata-se da derradeira oportunidade da administração de adequar o ato ao ordenamento jurídico, configurando medida de economia processual e respeito ao contribuinte [...] o controle administrativo de legalidade feito pela autoridade responsável pela inscrição do débito em dívida ativa da Fazenda é uma oportunidade a mais para a Administração adequar seus atos ao ordenamento jurídico (não apenas à letra fria da lei) e uma nova esperança para a preservação do princípio da boa-fé objetiva nas relações Estado-Contribuinte¹³.

Destaca Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes que:

Diante do aumento da importância da função de controle na atividade pública, uma das atribuições *que ganha relevo na atuação da Advocacia Pública refere-se à atividade de controle da juridicidade dos atos e processos administrativos de toda a Administração* e, eventualmente, de políticas públicas¹⁴. (grifo do autor).

A finalidade desse controle é obstar ou corrigir comportamentos indevidos praticados nos diversos escalões administrativos do corpo orgânico de Administração¹⁵.

Esse controle de juridicidade é ato típico¹⁶ e privativo da advocacia pública (ao mesmo tempo em que é atividade típica de Estado), não sendo idôneo que esse controle seja exercido pelo órgão fazendário, sob pena de nulidade.

Além disso, a *especialização* do controle também é uma realidade, conforme destaca Caterina Castro e outros no sentido de que:

12 - CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 371.

13 - PORTO, Éderson Garin. *Manual da execução fiscal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 48-49.

14 - FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Advocacia pública e sua função de controle no modelo brasileiro contemporâneo. In: *Diritto & Diritti*, Ragusa (Itália), 28 out. 2010. Disponível em: <<https://www.diritto.it/advocacia-publica-e-sua-funcao-de-controle-no-modelo-brasileiro-contemporaneo/>>. Acesso em: jul. 2017.

15 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 899.

16 - ROCHA, Mário Túlio de Carvalho. A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 169-197, jan./mar. 2001, p. 185.

A crescente complexidade técnica e quantitativa do aparelho estatal, a multiplicação das categorias de interesses e o incremento das exigências éticas por parte da sociedade, tornaram insuficiente o controle baseado no princípio da hierarquia, exigindo a criação de órgãos especializados para realização do controle interno da Administração Pública¹⁷. (grifo do autor).

Um dos mais significativos exemplos do papel de *guardião da juridicidade*, ressalta Aldemário Araújo Castro:

Pode ser observado no controle administrativo de legalidade para fins de inscrição de débito em Dívida Ativa. [...]. Com efeito, o crédito do Poder Público poderá ter seu registro negado, por vícios jurídicos identificados, com claro e direto prejuízo pecuniário para o Erário¹⁸. (grifo do autor).

Mas não bastassem os argumentos relativos à ideia de controle isento, há outros que sustentam e complementam a defesa de ser o órgão jurídico como sendo o único responsável para a inscrição em dívida tributária¹⁹, conforme itens seguintes.

1.3.2 Natureza da Advocacia Pública

Não é possível se conferir a competência de qualquer ato a determinado órgão da Administração Pública sem antes se ter claro a natureza e finalidade desse órgão. Por isso, de suma importância explorar o papel e real função das Procuraturas, nos termos delineados pela Constituição Federal.

Muitos confundem (talvez pela conjectura e contexto da consolidação histórica do Estado brasileiro) a correta competência da Advocacia Pública, pensando que esta teria a função de defender os interesses do Governo, quando na verdade tem a importante função de defender o Ente Federado. Enquanto o governo e seus interesses são transitórios, o Estado tem caráter permanente²⁰, também assim sendo a defesa do interesse público.

Comumente os interesses da Administração e de seus governantes são conflitantes, pois estes nem sempre defendem os interesses daquela. Em eventual colisão entre o interesse público

17 - CASTRO, Caterina Vasconcelos de; ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça. In: *Revista da Procuradoria Geral do Acre*, Rio Branco, n. 3, p. 213-253, jan./dez. 2003, p. 248.

18 - CASTRO, Aldemário Araújo. A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1630, 18 dez. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10772/a-advocacia-publica-como-instrumento-do-estado-brasileiro-no-controle-da-juridicidade-dos-atos-da-administracao-publica>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

19 - Que serão hábeis a demonstrar ao final os motivos pelos quais deve ser aplicado o princípio da simetria ao presente caso e, principalmente, para apontar a inconstitucionalidade material das leis que tratam em sentido diverso.

20 - Razão da necessidade indiscutível de organização do órgão em carreira e mediante concurso público. Do contrário, ao se permitir que o Chefe do Executivo contrate advogado de sua confiança no lugar de um procurador concursado, parece que está mais a defender o próprio governo do que o Estado propriamente dito, desvirtuando por completo as legítimas funções de um Procurador.

primário e o secundário²¹, deve prevalecer aquele²², demonstrando a necessidade e importância do papel da advocacia pública nesse mister. Nas palavras de Bandeira de Melo²³, o Estado, “*concebido que é para a realização de interesses públicos [...] só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles*”. Embora desejável, não existe coincidência necessária entre o interesse público e o do Estado.

Noutro giro, os interesses patrocinados pela Advocacia Pública não são os dos governantes ou do governo, mas os do Estado. Não se defende esse ou aquele detentor do poder, mas a pessoa jurídica de direito público, seus órgãos e sua administração direta e/ou indireta.

A advocacia pública, portanto, exerce verdadeira função de Estado, patenteada por seu tratamento constitucional como “*função essencial à Justiça*” (legalidade, legitimidade e licitude²⁴). Por isso, deve-se destacar que além de servir à pessoa jurídica de direito público, também patrocina os interesses de toda a sociedade, o que faz de forma primária, antes mesmo de qualquer publicização ou atuação de órgãos de controle externos (Ministério Público, Tribunal de Contas etc).

Faz-se prudente, aqui, o destaque conferido pelo saudoso administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao lembrar que a Constituição de 1988 consagrou em seu Título Quarto a *organização dos poderes*²⁵. Nesse título há quatro capítulos dedicados aos três poderes tradicionais do Estado (Executivo, Legislativo e o Judiciário) e um quarto, cuidando, em apartado, das *funções essenciais à Justiça*, em que se encontra a Advocacia Pública, juntamente com o Ministério Público, a Advocacia Privada e a Defensoria Pública.

Não se trata, pois, de um quarto poder, mas de uma *quarta modalidade* ou *função* essencial ao Estado Democrático de Direito. Sua natureza jurídica é de função essencial que se *situa no mesmo patamar constitucional das tradicionais funções, em igualdade de status constitucional e sem subordinação direta ou hierarquia de essencialidade* (apenas administrativa) a nenhum dos três Poderes²⁶.

A autonomia e a grande parcela de poder estatal conferida às instituições essenciais à justiça decorreram, além das destacadas funções sociais e participativas, da necessidade de superar os resquícios do Estado ditatorial anterior, com a nítida “preocupação em pôr o cidadão e a sociedade civil a salvo de qualquer autoritarismo estatal”²⁷.

21 - A doutrina administrativista brasileira costuma classificar os interesses públicos em “primários” (originários) e “secundários” (instrumentais ou derivados). Os primeiros seriam o interesse social, a vontade da coletividade; já os segundos seria o interesse do Estado, comumente os de cunho patrimonial. O Estado, como pessoa jurídica pode ter interesses que lhe são particulares, individuais, similares aos interesses de qualquer outro sujeito.

22 - Conquanto a atuação dos advogados públicos esteja pautada nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, justifica-se a formulação de pareceres contrariamente aos interesses do governante; de não defender ato manifestamente ilegal em sede de mandado de segurança; de não contestar ação popular na qual esteja evidente a má versação de recursos públicos etc.

23 - MELLO, op. cit., p. 63.

24 - Conforme tricotomia defendida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992).

25 - MOREIRA NETO, op. cit., p. 41-57.

26 - FERNANDES, op. cit.

27 - CASTRO, 2003, op. cit., p. 218.

Aliás, a Constituição Cidadã de 1988 erigiu o administrado à condição de cidadão pondo em xeque a dogmática administrativa clássica. O Direito Administrativo deixa de ser, como o foi em sua origem, somente um meio de garantia do administrado, tornando-se um instrumento de melhor atendimento efetivo dos interesses coletivos, com reflexos significativos, inclusive, na teoria e dogmática do regime jurídico administrativo. E nesse contexto, importante papel ganha a Advocacia Pública, visto que desde 1988 defende o interesse público em sua dupla concepção (secundário e o primário, em caso de colisão com aquele), conforme já destacado.

Por todas essas razões, não se admite mais a defesa cega, incondicionada e irresponsável do Estado como acontecia outrora, mas agora com a preservação do princípio da boa-fé objetiva nas relações entre Estado e Contribuinte.

Foi somente a Constituição Federal de 1988 que, inovando em relação ao regime anterior, segregou a Advocacia Pública em sentido lato e entregou suas funções a *instituições distintas*. A *advocacia do Estado*²⁸ começou a ser atribuição da Advocacia Pública em sentido estrito (Advocacia Geral da União, Procuradorias do Estado e do Distrito Federal e Procuradorias do Município), o Ministério Público passou a exercer somente a *advocacia da sociedade*, enquanto que a *advocacia dos necessitados* passou a cargo da Defensoria Pública²⁹.

Toda a advocacia pública deu um grande salto qualitativo após a Constituição de 1988, empurrada pela especialização das funções prestadas, necessidade de estruturação em carreiras e de concurso público de provas e títulos.

Verifica-se, portanto, que é a advocacia pública que tem a função e competência para sopesar eventual conflito entre o interesse público primário e o secundário, significando que é ela, como órgão autônomo, *o competente para analisar, juridicamente, se deve prevalecer o interesse do cidadão ou do governo na arrecadação*. Ou, ainda, de verificar se estão ou não preenchidos os requisitos legais (interesse público primário) a fim de evitar uma futura execução fiscal desnecessária e temerosa não só em prejuízo ao contribuinte, mas principalmente ao próprio Estado, com o pagamento desnecessário de custas, ônus sucumbenciais e, por vezes, danos morais.

O órgão fazendário, por sua vez, como de sua própria natureza e competência, defende unicamente o interesse público secundário, na exclusiva ânsia arrecadatória do Estado.

Este órgão, como todos os demais órgãos administrativos, devem obediência à lei, contudo, tal obediência ocorre somente na forma literal/gramatical (técnica da subsunção), enquanto que o controle jurídico é muito mais amplo e complexo, vez que utiliza de todos os métodos hermenêuticos disponíveis para a aplicação da juridicidade.

Isso se dá principalmente pela diversidade da base de formação acadêmica dos profissionais que integram a Administração Pública que, no caso do órgão fazendário, é composta por contabilistas ou economistas em sua essência, que não tem formação jurídica ou, pelo menos,

28 - Esse sistema distinto entre advocacia de Estado e advocacia da sociedade também existe na Itália, Espanha, Argentina e Peru, conforme aprofundado estudo comparado de Cláudio Grande Júnior (2009, p. 105) e decorre da inevitável especialização do trabalho das funções estatais. Fica o registro que antes da CF/88 a função de defesa do Estado ficava a cargo da Procuradoria-Geral da República.

29 - MOREIRA NETO, op. cit., p. 41-57.

não tem o dever de acompanhar a evolução da aplicação do Direito pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros. E ainda que eventualmente existam servidores com formação jurídica, tal ato não é suficiente para deslocar uma competência que é privativa do órgão jurídico.

Não se retira a importante e necessária função da Secretaria da Fazenda em iniciar todo o procedimento fiscal, que tem como *expertise* a arrecadação e aplicação fria da letra da lei, com viés nitidamente econômico.

Contudo, tão importante quanto esse viés econômico (arrecadatório) é o viés jurídico (exame da juridicidade), cuja competência é exclusiva da advocacia pública.

São fases distintas dentro do procedimento administrativo fiscal, independentes, mas complementares. Cabe destacar que o processo de cobrança inicia-se com o esgotamento da competência da administração fazendária, que se dá com a constituição definitiva do crédito tributário. A partir desse marco – constituição definitiva do crédito tributário – é que se inicia a contagem do prazo prescricional³⁰. E sabidamente a prescrição nada mais é do que a perda do direito de cobrar o crédito tributário, cobrança esta que é da competência do órgão jurídico.

Nesse giro, a competência da Secretaria da Fazenda se esgota com a constituição definitiva do crédito tributário e a competência da Advocacia Pública nasce a partir daí (exame de juridicidade de todo o procedimento), cuja inscrição em dívida representa o primeiro ato do procedimento de cobrança da dívida.

Desse modo, não é possível exigir que a Secretaria da Fazenda exerça, além do controle econômico-fiscal arrecadatório, também o controle jurídico de seus próprios atos. Tratar-se-ia de usurpação de competência legal e até constitucional, hábil a macular todo o procedimento fiscal, em desacordo com o próprio Estado Democrático de Direito.

Destacou-se o Estado Democrático de Direito porque há um aparente conflito entre o interesse público primário e o secundário, em que este último é bem defendido pela Secretaria da Fazenda (arrecadar para o ente político), enquanto o primeiro é função típica da Advocacia Pública, na sua competência de função de Estado. Vislumbrando esse aparente conflito, deve-se prestigiar o interesse público primário em face do secundário, ou seja, não estando preenchidos todos os requisitos legais ou existindo alguma nuance que possa prejudicar o cidadão-contribuinte lá na frente, a Procuradoria tem o dever de resguardar o interesse público primário, conforme reiteradamente destacado no presente estudo.

Ora, é o Advogado Público quem possui a autoridade intelectual à promoção da escorreita aplicação do Direito pelos órgãos estatais, e que tem a potencialidade de prevenir a instauração de litígios potencialmente ruinosos para o poder público³¹.

30 - Nesse sentido é o entendimento do STJ: “A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional de cinco anos para o Fisco cobrar judicialmente o crédito tributário. (REsp 1107339 / SP Ministro LUIZ FUX DJe 23/06/2010).

31 - MADUREIRA, Claudio Penedo. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, p. 9-22, ago. 2011. Material da 5 aula da disciplina Fazenda Pública em Juízo, ministrada no Curso de Pós-Graduação de Direito Público-Anhanguera-Uniderp I Rede LFG, 2012, p. 6.

É a Advocacia Pública que tem a prerrogativa e a responsabilidade de proceder ao controle da juridicidade dos atos estatais quando da sua atuação nos âmbitos consultivo e contencioso. Essa flexibilidade valorativa da aplicação do Direito, quando conjugada à vinculação da aplicação do Direito aos posicionamentos consolidados na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, avulta a importância dos advogados públicos na correção de equívocos de interpretação cometidos pela Administração Pública.

O Estado Constitucional de Direito existe para proteger e garantir os direitos e garantias individuais e não sobrepor as vontades administrativas contra seus próprios cidadãos. Destaque-se os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

As instituições da participação política [Secretaria da Fazenda] são genéricas e leigas, visando precipuamente ao valor legitimidade, enquanto as instituições das funções essenciais à Justiça são específicas e técnicas [Procuraturas], visando principalmente à legalidade, e ambas, sob diversos matizes e por seus próprios caminhos, à moralidade³².

Não é possível, portanto, que se atribua à própria Secretaria da Fazenda a competência para inscrição em dívida ativa tributária, cuja essência se distancia, e muito, da análise de todo o procedimento à luz do ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido:

[...] no interesse não só da Fazenda Pública, mas sobretudo dos próprios administrados, *deve o Procurador*, muito embora sem apreciar o mérito da cobrança, nem, tampouco, rever as decisões finais dos órgãos ou autoridades competentes, examinar detidamente: se houve notificação ou intimação regular do devedor; se estão indicados os fundamentos legais do auto de infração; se foi formalizada a decisão; se esta foi prolatada pela autoridade competente e se indica os dispositivos legais em que está fundamentada; se os recursos acaso interpostos foram apreciados e julgados; se estão indicados os fundamentos legais das penalidades aplicadas, etc³³. (grifo do autor).

Nessa linha, prudente que se faça o seguinte questionamento: é preciso ajuizar a questão para somente lá na frente se verificar que tudo poderia ter sido feito diferente? É preciso aguardar inúmeras exceções de pré-executividade ou embargos à execução fiscal, inclusive com condenação em honorários advocatícios, de algo que poderia ter sido consertado já na via administrativa? Certamente que não. Inclusive isso vai contra a ideia de celeridade e desafogamento de litígios no Judiciário, a exemplo dos inúmeros dispositivos acrescentados no CPC/15 com essa finalidade³⁴.

Ainda que se entenda que o controle³⁵ não precise ser exercido por órgão diverso dentro

32 - MOREIRA NETO, op. cit., p. 82.

33 - QUEIROS, Cid Heráclito de. In Dívida Ativa – Inscrição. Luciano Benévolo de Andrade. *Revista de direito tributário*, São Paulo: RT, jul./set. 1991. p. 143-144.

34 - A exemplo da própria Lei nº. 13.256/2016, que alterou dispositivos referentes aos recursos extraordinário e especial antes mesmo da vigência do próprio CPC/15.

35 - Aqui compreendido como o mero exame da literalidade da lei.

da Administração Pública – embora altamente recomendado – não é possível vencer o segundo requisito consistente no controle de legalidade (*amplo sensu*³⁶), cuja competência é exclusiva e monopólio do órgão jurídico, mormente porque é ele quem vai executar a dívida posteriormente e defender, quando possível, o ente público perante as teses dos contribuintes em eventuais embargos à execução ou exceções de pré-executividade.

Não parece compreensível e racional que o órgão jurídico apenas verifique eventual ilegalidade do procedimento administrativo somente na esfera judicial, com a execução da dívida ativa, quando poderia resolver o problema já em seu nascedouro, dentro do próprio âmbito administrativo.

Não são raras as vezes que os argumentos de defesa dos contribuintes no processo judicial são acolhidos – ou até mesmo reconhecidos prontamente pelo órgão jurídico – por erros administrativos que poderiam ser evitados já no ato da inscrição em dívida. Essa dinâmica – equivocada – traz sérios prejuízos ao Estado, tais como a condenação em honorários, o alto tempo despendido pelos órgãos administrativos para cobrar algo irregular, custos processuais desnecessários, além de prejudicar o próprio contribuinte, que tem o direito de ser cobrado de forma idônea e regular, conforme os preceitos da legalidade estrita.

A realização da inscrição em dívida ativa tributária pelo órgão jurídico evita ou ao menos diminui o ajuizamento de ações viciadas, em legítimo exercício de controle de legalidade sobre os procedimentos administrativos tributários prévios, realizados pelo órgão fazendário.

Impedir que o controle de juridicidade seja exercido por quem é legítimo e competente para tal, como a Advocacia Pública, é andar na contramão da efetividade e da economicidade. E não apenas isso, é desrespeitar o cidadão contribuinte, a boa-fé objetiva, a moralidade, desvirtuando a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

É a atuação da Procuradoria-Geral, como órgão consultivo³⁷ da Administração, que tem condições de verificar a juridicidade do procedimento fiscal realizado até a fase da inscrição em dívida ativa, quando decidirá, em observância aos demais princípios do ordenamento jurídico, se o débito está apto ou não a ser inscrito, determinando as alterações necessárias ou prosseguindo com a futura execução.

Não apenas porque é o órgão administrativo apto a realizar esse controle de forma material (competência), mas também porque isso traduz em legítimo exercício de autotutela administrativa por órgão distinto da Administração que iniciou todo o procedimento fiscal.

Não é incomum, diga-se de passagem, os agentes fiscais serem remunerados com gratificações de produtividade, em nítido fim arrecadatário que, por vezes, pode macular uma decisão isenta e imparcial em supostas situações de irregularidades.

Nesse particular, a Procuradoria exerce função de controle de finalidade, prosseguindo

36 - No sentido de juridicidade, baseado nas diversas técnicas hermenêuticas e de aplicação do Direito, cuja competência é privativa do órgão jurídico.

37 - Que tem a função de dar a resposta final à Administração Pública em eventuais conflitos internos, conforme se verificará nos próximos capítulos.

com a inscrição em dívida daqueles créditos hígidos – sem qualquer irregularidade durante a tramitação do procedimento fiscal tributário e tomando as medidas administrativas cabíveis, antes da sua inscrição, em caso de eventuais irregularidades.

Caso seja possível a retificação, o prosseguimento da inscrição em dívida seguirá com mais segurança; ao contrário, caso não seja possível ou, até mesmo sendo possível mas se vislumbrando que a execução será dificultosa (por falta de endereço ou qualquer outro requisito) poderá desde já evitar uma execução frustrada ou até mesmo ilegal.

Portanto, não é possível se atribuir a função de inscrição da dívida ativa tributária ao órgão fazendário, mas sim apenas ao órgão jurídico do Poder Executivo, que tem a competência e *expertise* para o exame da legalidade (juridicidade) do procedimento administrativo tributário.

É a Procuradoria que exerce função de Estado³⁸ (e não função de Governo), – único dentro do Poder Executivo Municipal que exerce essa função essencial à Justiça – é um órgão autônomo em relação aos três Poderes tradicionais, demonstrando uma imparcialidade mais evidente e legítima do que um órgão de governo não autônomo, como é a Secretaria da Fazenda, que é um gestor político da arrecadação e não um órgão técnico competente a averiguar a certeza e liquidez do crédito tributário.

1.3.3. Competência Privativa da Advocacia Pública Para o Exame de Juridicidade Dentro da Esfera Administrativa do Respectivo Ente Político

Além de a Advocacia Pública exercer função autônoma e essencial à Justiça a Constituição lhe atribui a competência para interpretar a legislação dentro da esfera do ente político a que está administrativamente vinculada.

A CF estabelece nos arts. 131 e 132, conforme já visto, que é a advocacia pública que exerce as atividades de consultoria e assessoramento jurídico das respectivas unidades federadas.

E aqui vale enaltecer que essa competência é estatuída a todos os entes da federação brasileira: de modo expresso na CF quanto à União, Estados e DF e de modo implícito quanto aos Municípios.

Em que pese os argumentos daqueles que defendem não ter a Constituição Federal propositadamente incluído os Municípios no Capítulo que trata da Advocacia Pública e, diante disso, de que não seria possível lhe aplicar as normas condizentes às Procuraturas federais e estaduais por ausência de texto expresso nesse sentido, tal entendimento não merece prosperar.

Isso porque a Constituição merece ser interpretada sistematicamente e teleologicamente, com razoabilidade, de modo que não é admissível pensar inexistir no sistema constitucional vigente a figura das Procuradorias Municipais.

38 - Não se trata aqui, pois, de uma inovação científica, mas de conclusão baseada em diversos normativos infraconstitucionais, decisões dos próprios tribunais e na própria doutrina.

Ora, se a federação brasileira é composta por três esferas de atuação/competência (União, Estados e Municípios), ao contrário da federação norte-americana em que são duas, nos termos do art. 1º e 18, da CF, com funções privativas, comuns e concorrentes (arts. 22, 23, 24, 25 e parágrafos e 30, da CF), todos autônomos (inclusive princípio esse sensível, nos termos do art. 34, inciso VII, “c”, da CF) e cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso I, da CF), não é lógico tampouco crível que apenas um dos entes federativos, no caso os Municípios, não tivesse que exercer controle de juridicidade sobre seus atos, mormente em tempos atuais em que as políticas públicas são constantemente questionadas no Judiciário (saúde, educação, assistência social, meio ambiente, direito urbanístico, transporte, acessibilidade etc), cujo interesse local é manifestamente evidente.

E mais: antes mesmo de serem questionadas, essas políticas públicas são formuladas e discutidas no próprio Município (muitas vezes por expressa disposição legal), equiparando-o aos demais entes, com atribuições e competências de alta relevância, no mais das vezes chegando ao extremo de se responsabilizar em demasia, com incumbências superiores aos demais.

Soa um absurdo considerar que as Procuraturas Municipais não estariam abarcadas, ainda que implicitamente, no texto constitucional. Não fosse assim cabe a seguinte indagação: as inúmeras leis que extraem seu fundamento de validade da própria CF e que atribuíram competência à advocacia pública municipal para atuação em determinados atos seriam, então, inócuas/inconstitucionais? Cita-se como exemplo os seguintes dispositivos: art. 17 e § 2º, da Lei nº. 8.429/92 (improbidade); art. 5º, inciso III e § 2º, da Lei nº. 7.347/85 (ação civil pública, recepcionada pela CF/88); art. 6º e § 3º, da Lei nº. 4.717/65 (ação popular, recepcionada pela CF/88); arts. 6º, 7º, inciso II, 9º e 13, da Lei nº. 12.016/09 (mandado de segurança); art. 5º, inciso II, da Lei nº. 13.300/16 (mandado de injunção); art. 19 e § 4º, da Lei nº. 12.846/13 (responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública); art. 38, parágrafo único, da Lei nº. 8.666/93 (licitações); dentre outras. Diante desse arcabouço legal, poderia ser ignorada a existência ou a necessidade de órgão jurídico municipal? Conseguiria a “Fazenda Pública Municipal” atuar e cumprir a finalidade das citadas legislações sem um órgão especializado (Procuradoria)? Logicamente que não. Essa legislação infraconstitucional é o próprio reconhecimento legal da existência, importância e finalidade das Procuradorias Municipais.

Além disso, para provar a existência implícita das Procuradorias do Município na CF – embora diverso o seu objeto, os fundamentos são plenamente extensíveis ao presente estudo – vários tribunais têm aplicado o princípio da simetria quanto à necessidade de concurso público para a atuação de Procurador do Município, não podendo a Administração se valer de cargos em comissão – a exemplo do TJRS³⁹, TJSP⁴⁰, TJES (em incidente de inconstitucionalidade analisado

39 - AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. PROCURADOR DO MUNICÍPIO. CARGO QUE, EM PRINCÍPIO, DADAS SUA NATUREZA E CARACTERÍSTICAS, NÃO SE AMOLDA AO PROVIMENTO ATRAVÉS DOS CHAMADOS CARGOS EM COMISSÃO. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO PARA AMPLIAR A ABRANGÊNCIA DA LIMINAR DEFERIDA NA ADIN Nº 70011374410, PARA ABARCAR, TAMBÉM, O CARGO DE PROCURADOR DO MUNICÍPIO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. (TJRS – Agravo Regimental Nº 70011550241 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Relator: Alfredo Guilherme Englert – Julgamento: 09-05-2005).

40 - MANDADO DE SEGURANÇA – Reconhecimento da inconstitucionalidade da LC nº 87/01 que criou 08 cargos de Procurador do Município de provimento em comissão - Cargo de natureza técnica, que independe de vínculo de confiança com o chefe do Poder Executivo - Forma de provimento inquinada de vício de inconstitucionalidade - Afrenta o art. 37, II, da CF - Impossibilidade todavia de sua transformação em cargo de provimento efetivo - Dependente de Lei - Recurso não provido. (TJSP – Apelação Cível n. 812.714.5/2-00 – Relator: Magalhães Coelho – Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Público – Julgamento: 25-11-2008).

pelo Pleno)⁴¹ e até mesmo o próprio STF, por meio da STA nº. 320:

No caso, verifica-se que a decisão impugnada está em sintonia com o posicionamento desta Corte nos autos da ADI nº 881-1/ES, cuja ementa assim dispõe: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) - ASSESSOR JURÍDICO - CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO-FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO - USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. - O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e título’ (ADI 881 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ25-04-1997) *Mutatis mutandis, é o que, em princípio, deve ser aplicado no caso de criação de cargo de provimento em comissão para assessoramento jurídico de Chefia do Executivo Municipal* (grifo do autor).

Se é necessário e indispensável o concurso público para o cargo de Procurador do Município significa, logicamente, que deve existir uma Procuradoria do Município. Os fundamentos das decisões dos tribunais estão lastreados justamente nessa existência, na natureza e características semelhantes entre as Procuraturas e na compatibilidade vertical com os arts. 131 e 132, da CF. Reconhecem a existência e a legitimidade da Advocacia Pública em todas as esferas políticas, sem qualquer discriminação ou ressalvas.

Assim, quando se faz referência ao termo *Advocacia Pública*, está-se referindo a todas as

41 - INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NO MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 1.578/93 DO MUNICÍPIO DE BAIXO GUANDU. INSTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO DE ASSESSOR JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA. MANIFESTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE DIRETA COM OS ARTIGOS 131 E 132 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADVOCACIA PÚBLICA. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. 1) Incide em manifesta inconstitucionalidade, por incompatibilidade vertical com os artigos 131 e 132 da Constituição Federal, a Seção III do Capítulo I da Lei nº 1.578/93 do Município de Baixo Guandu, que atribuiu a servidores comissionados a responsabilidade pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da referida unidade federativa. 2) A Magna Carta de 1988, ao conferir o monopólio da defesa jurídica das pessoas políticas aos detentores de cargos, organizados em carreira, de Procurador ou de Advogado da União, na verdade, objetivou institucionalizar a Advocacia Pública, delineando o seu perfil e discriminando as atividades inerentes aos órgãos e agentes que a compõem. 3) E isso porque, ao exigir concurso público, a Constituição quis que seus membros tivessem a necessária independência funcional para realizarem o bom controle da legalidade dos atos da Administração, de forma a assegurar que esses – atos administrativos – não sejam praticados somente de acordo a vontade do administrador, mas também em conformidade com o sistema normativo. 4) De tal maneira, somente um servidor que tem asseguradas certas garantias funcionais, como ocorre com os concursados, pode afirmar, sem nenhum temor de ser exonerado, que um ato do Presidente da República, do Governador, do Prefeito, de Secretário não está condizente com a lei. 5) Por tais razões, a norma constitucional que institucionaliza a Advocacia Pública está revestida de eficácia vinculante para todas as unidades federadas, uma vez que, conforme salienta o Ministro Celso de Melo, no contexto normativo que emerge o art. 132 da Constituição, e numa análise preliminar do tema, parece não haver lugar para nomeações em comissão de servidores públicos que venham a ser designados, no âmbito do Poder Executivo, para o exercício de funções de assistência, de assessoramento ou de consultoria na área jurídica. A exclusividade dessa função de consultoria remanesce, agora, na esfera institucional da Advocacia Pública, exercida [...] por suas respectivas procuradorias-gerais e pelos membros que a compõem. (ADIN 881, DJ 25.04.1997). 6) Logo, a Advocacia Pública deve ser exercida exclusivamente por servidores efetivos, sendo incompatíveis com tal mister os cargos de natureza comissionada, por se enquadrar como de confiança da autoridade nomeante. ACORDA o Egrégio Tribunal Pleno, em conformidade data e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, declarar a inconstitucionalidade da norma inserta na Seção III do Capítulo I da Lei nº 1.578/93 do Município de Baixo Guandu (TJES. Incidente de Inconstitucionalidade em Apelação Cível nº 0801007-96.2008.8.08.0007, Relator: José Paulo Calmon Nogueira da Gama julgado em 28.06.2012, publicado em 10.07.2012) – destacou-se.

Procuraturas das unidades federativas (União, Estados, DF e Municípios).

Ora, se existe a Procuradoria do Município implicitamente no corpo constitucional, inclusive com exigência de concurso público para o ingresso de seus membros (art. 37, inciso II, da CF), também existirá para justificar a execução de atos jurídicos privativos de sua competência, como a inscrição de dívida ativa.

Não seria razoável estender determinada matéria - como a necessidade de concurso público - para toda a Advocacia Pública (federal, estadual, distrital e municipal) e deixar outras matérias sem essa extensão, como o caso da inscrição em dívida ativa. Existindo características semelhantes entre a atuação jurídica de todos os entes o tratamento isonômico entre eles é medida que se impõe.

Outra conclusão que pode ser extraída dos julgados é a de que não podem cargos comissionados exercerem funções privativas de procurador efetivo. Significa que se juridicamente está vedado o exercício de atribuições próprias de um Procurador a um agente comissionado interno (próximo), mais ainda estará o exercício dessas atribuições por um agente alheio ao órgão (remoto), como a Secretaria da Fazenda ou outra qualquer. A inscrição em dívida jamais pode ser realizada por órgão diverso da Procuradoria⁴².

Denota-se que os tribunais aplicam o princípio da simetria para o caso dos concursos de procurador do Município, sendo que não se justificaria não o aplicarem também para que a inscrição em dívida ativa seja realizada pela Advocacia Pública.

O argumento no sentido de que as Procuradorias do Município não poderiam realizar a inscrição em dívida ativa por ausência de previsão constitucional, portanto, mostra-se totalmente descabida e insubsistente.

Em arremate, já destacou Cláudio Smine Diniz, Promotor de Justiça em Curitiba, no mesmo sentido do que aqui se expõe:

Por expressa disposição da Constituição Federal de 1988, as funções de representação judicial e extrajudicial, assim como a consultoria jurídica da União, dos Estados e do Distrito Federal, foram atribuídas aos advogados públicos. Entretanto, não há previsão constitucional expressa quanto à Advocacia Pública no plano municipal.

Em que pese a omissão do texto constitucional, considera-se que as funções desempenhadas pela Advocacia Pública ostentam natureza eminentemente técnica e, portanto, o provimento dos respectivos cargos deve dar-se mediante concurso público (CF, art. 37,II). Por outro lado, as atividades desempenhadas são fundamentais para a adequação dos atos de governo e dos atos administrativos à ordem jurídica (CF, art. 37), além de serem vitais para a efetividade do sistema de controle interno (CF, art. 74). Diante disso, a interpretação constitucional conduz à conclusão de que os municípios devem contar com procuradoria jurídica, nos mesmos moldes concebidos para os demais entes federativos (CF, arts. 131 e 132).

[...].

42 - E estendendo o raciocínio, também o ato de inscrição em dívida ativa (leia-se: controle jurídico) não poderia ser exercido por agente comissionado interno do órgão jurídico.

As funções atinentes à Advocacia Pública nos municípios, assim como na União e nos Estados, devem ser exercidas por agentes públicos devidamente qualificados, ocupantes de cargos efetivos, investidos mediante prévia aprovação em concurso público de provas e títulos e organizados em carreira devidamente estruturada. Sendo assim, a norma que confere tratamento diverso à Advocacia Pública incide em inconstitucionalidade material, por ofensa aos arts. 37, incs. II e XXII, 74 e 132, todos da Constituição Federal, a qual deve ser arguida pelo Ministério Público, tanto incidentalmente, dando ensejo ao controle difuso, quanto de forma direta, provocando o controle concentrado⁴³. (grifo do autor).

Pode-se afirmar, então, que a Advocacia Pública tratada na CF engloba todos os entes de federação, sem qualquer discriminação.

Dentro da atividade de consultoria e assessoramento está abarcado o ato de interpretar a legislação e dizer o Direito ao caso concreto, à luz de todo o ordenamento jurídico, doutrina e jurisprudência.

A atuação do advogado público não está limitada à representação (ou apresentação⁴⁴) do ente político em juízo. O papel da Procuradoria é também e fundamentalmente preventivo, pois também é dela a missão constitucional de controle de legalidade mediante a atividade consultivo-preventiva, como órgão de balizamento e orientação jurídica para todos os órgãos da administração pública, constitucionalmente vinculada, dentre outros, aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Com efeito, quando o Constituinte previu dentre as atribuições da advocacia pública a consultoria, não o fez com outro objetivo se não o de assegurar que a atividade administrativa se realize em estrita legalidade e, por conseqüência, evitando litígios desnecessários.

Deste raciocínio decorre a inarredável conclusão de que as dívidas ativas tributárias irregulares que acabam sendo judicializadas configuram verdadeiros sinistros dentro do universo infindo das relações jurídicas, e, nesses termos, a judicialização não pode ser assimilada com indiferença pela Administração.

Significa que a verificação da legalidade (em sentido amplo) de determinado ato (como o caso do procedimento fiscal tributário) deve ser feita exclusivamente pelo órgão jurídico⁴⁵.

43 - DINIZ, Cláudio Smine. Advocacia pública nos municípios: participação no controle interno e estruturação da carreira. In: *Centro de estudos e aperfeiçoamento funcional do MPPR*, Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/advocacia_publica.pdf>. Acesso em: jul. 2017.

44 - Como já decidiu o STJ: “Veja-se, inicialmente, que a lei refere-se a “advogados”. Vale dizer: as pessoas que atuam em juízo, defendendo interesses de terceiros. Por defenderem interesses de terceiros, os advogados apresentam-se munidos de procuração. *Os denominados advogados (ou procuradores) de Estado não são, em rigor, advogados (nem procuradores). Com efeito, eles não atuam em lugar do Estado, mas como um de seus órgãos.* Assim como o juiz é o órgão pelo qual o Estado executa sua função jurisdicional, o procurador é o órgão de que o Estado se vale, para defender-se e atacar, em juízo. Nunca é demais lembrar a precisa e preciosa observação de Pontes de Miranda: *o procurador não representa; ele apresenta o Estado.* Se assim ocorre, não faz sentido exigir-se do advogado de Estado, procuração ou credencial. O Procurador, quando é investido em seu cargo público, está automaticamente habilitado para funcionar como órgão estatal de comunicação com o Poder Judiciário. [...]”. (REsp 401390/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2002, DJ 25/11/2002, p. 200) – destacou-se.

45 - Aqui entendido como sendo o órgão jurídico o competente para dar a “última palavra”/interpretação na esfera administrativa – o que não retira a competência de todos os demais órgãos para a aplicação da lei em sentido estrito (gramatical). No caso da inscrição em dívida ativa, o controle previsto na norma não se limita à interpretação gramatical, mas ao próprio controle de juridicidade dos atos, razão da exclusividade do órgão jurídico.

Não há como se admitir, por isso, como competente, o órgão fazendário para exercer o controle administrativo de legalidade, vez que a competência para tal fim é monopólio do órgão jurídico.

O art. 74, *caput* da CF informa que todos os Poderes manterão de *forma integrada* sistema de controle interno. Sendo certo que:

A Advocacia Pública é a única instituição que, no exercício de suas atribuições essenciais à Justiça, *detém a exclusividade* do aconselhamento jurídico de todos os poderes e órgãos da Administração Pública, em cada unidade federativa⁴⁶. (grifo do autor).

Essa exclusividade, jungida à necessidade de determinar o respeito da atuação administrativa à legalidade em sentido lato, é de fundamental relevância para o controle da juridicidade realizado pelas Procuradorias.

Derly Barreto e Silva Filho acrescenta, ainda, que a tarefa de controle do poder “dinamiza-se, necessariamente, mediante a *confrontação* dos órgãos técnicos de controle jurídico interno e as instâncias políticas com poder de decisão; mediante o *cotejamento* das visões jurídica e política sobre um mesmo assunto administrativo”⁴⁷. Inexiste essa dinamização quando a inscrição ocorre somente dentro de um mesmo órgão, geralmente o Fazendário.

A norma que confere a inscrição em dívida a órgão diverso da Advocacia Pública incide em inconstitucionalidade material, por ofensa aos arts. 37, 74, 131 e 132, todos da Constituição Federal.

1.3.4. Do princípio da eficiência e da competência privativa de advocacia o controle preventivo de atos

Além de a CF atribuir competência à Advocacia Pública para o exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, essa competência também vem delineada no Estatuto da OAB – Lei nº. 8.906/94 e, no campo da advocacia pública, decorre do próprio princípio da eficiência.

O art. 1º, inciso II, do Estatuto da OAB prescreve que são atividades privativas de advocacia, dentre outras, as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

No âmbito da *advocacia preventiva* está inserida a *consultoria*, consistente a evitar o surgimento ou a permanência de agressão à ordem jurídica – a injuridicidade – como quer que ela se apresente, decorra ela de ação ou de omissão. É justamente nesse contexto da advocacia preventiva que se insere a análise de juridicidade do ato de inscrição em dívida ativa, a ser exercida privativamente pelo Advogado Público. Isso porque, ao fazê-lo, emite uma vontade

46 - CASTRO, 2003, op. cit., p. 248.

47 - SILVA FILHO, Derly Barreto e. Advocacia Pública: competência constitucional dos Estados-membros. In: *Caderno de Teses do XXVIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado: ética e estado de justiça – novas dimensões*. v. 1, 2009. Porto Alegre: Metrópole, p. 100.

estatal (o ato de inscrever em dívida ou não) como órgão do Estado que é, vinculando toda a Administração, tratando-se de uma decisão técnico-jurídica a cargo do Procurador e sob sua responsabilidade.

Tratando-se de um ato privativo de advogado, não poderia o controle de legalidade ser realizado por quem não detenha essa qualidade. Dentro da administração pública esse ato privativo de advogado (controle de legalidade do procedimento tributário) deve necessariamente ser realizado pelos advogados concursados do órgão jurídico que representa o ente político, ou seja, pelos Procuradores.

Ademais, é a Procuradoria quem executará a dívida posteriormente, sendo função típica e privativa do advogado (i) fazer o controle preventivo do ato e, por óbvia consequência, (ii) fazer a verificação de toda a documentação lhe submetida (no caso, de todo o procedimento até então instaurado pela Secretaria da Fazenda) antes do ajuizamento da ação judicial, em prol da moralidade, legalidade e eficiência.

Caterina Castro elucida que o *princípio da eficiência*:

Determina que a atividade administrativa ocorra mediante uma ação instrumental eficiente (aproveitamento maximizado e racional dos recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros disponíveis) para obter um resultado final eficiente (atender o melhor possível, *qualitativa e quantitativamente*, as necessidades públicas⁴⁸. (grifo do autor).

Nas palavras de Aldemário Araújo Castro, trata-se de “uma verdadeira pluralização de centros de poder para tornar mais eficientes os controles recíprocos no exercício das funções públicas”⁴⁹.

Não é possível esperar um Estado eficiente quando o controle da juridicidade do ato de inscrição em dívida estiver alheio ao órgão constitucionalmente competente (Procuradoria). Isso porque a eventual correção do ato, como já dito, ocorrerá somente após a judicialização da causa, relegando a eficiência esperada da Administração Pública.

E eficiência quantitativa já existe, visto que diariamente são inscritos em dívida ativa diversos casos, contudo, a eficiência qualitativa não está sendo devidamente exercida, principalmente porque o controle de legalidade não está sendo exercitado pelo órgão competente.

No modelo estatal contemporâneo, nota-se a crescente preocupação com as atividades de controle. No novo cenário, destacam-se órgãos de controle cada vez mais *especializados* e, por isso, mais eficientes. Logicamente, sendo a Procuradoria o órgão técnico e especializado apto a realizar o exame da legalidade dos atos administrativos, os procedimentos ao final serão mais acertados e, assim, mais eficientes.

48 - CASTRO, 2003, op. cit., p. 244.

49 - CASTRO, 2007, op. cit., p. 2.

Nesse contexto, na lição de Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes⁵⁰ insere-se a atividade de controle exercida pela Advocacia Pública, a qual também se insere nos dois aspectos citados, é um *controle especializado*, pois é um órgão jurídico institucionalizado que contém também essa função, e é uma espécie de *controle técnico*, porque exige uma atividade profissional restrita (a advocacia).

Com muita propriedade, novamente, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca:

Em consequência, toda e qualquer controvérsia que envolva interesses, em que estejam em foco a moralidade, a legitimidade e a legalidade juridicamente protegidas e, assim, *relevantes à justiça (lato sensu)*, deve expressar-se tecnicamente, na forma legalmente prescrita, pois só assim a defesa desses interesses se fará em nível aceitável de eficiência, igualando os interessados perante a lei e o Estado.

O exercício de funções *preventivas* [...] e *postulatórias* [...], que não apresentem um mínimo da necessária consistência técnica, inviabiliza o controle de *juridicidade* (moralidade, legitimidade e legalidade) e atenta contra os fundamentos constitucionais do Estado (de Justiça) Democrático de Direito.

Dessa colocação, resulta que *as funções essenciais à Justiça se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais*⁵¹. (grifo do autor).

Todas essas funções (preventivas e postulatórias) competem privativamente à advocacia e, portanto, aos Advogados Públicos. É o órgão especializado que conferirá maior eficiência qualitativa a todo o procedimento de cobrança da dívida ativa, incluído aí a inscrição da dívida ativa.

Por esses argumentos que a União, de forma correta, inteligente e jurídica, conferiu a inscrição em dívida ativa a órgão técnico e distinto daquele que iniciou todo o procedimento fiscal.

1.4. DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA AO PRESENTE CASO EM ANÁLISE

Sopesados todos os motivos que abarcam a necessidade de ser do órgão jurídico a competência privativa para a inscrição em dívida ativa tributária, cumpre-nos, então, retomar o exame dos requisitos quanto à aplicabilidade do princípio da simetria proposto por LEONCY, conforme iniciado no capítulo 2.2. Para tanto, será necessário responder se se reconhece a existência da simetria ao presente caso e, em caso positivo, se há a possibilidade e obrigatoriedade de ser aplicado o referido princípio.

50 - FERNANDES, op. cit.

51 - MOREIRA NETO, op. cit., p. 87.



A resposta, antecipa-se, é positiva.

Verificou-se, no presente estudo, a existência de um modelo ou padrão decisório apto a ser aplicado a todos os entes federativos. Identificou-se uma questão federativa sem solução constitucional evidente, na medida em que a CF não é expressa em determinar que a inscrição deva ser realizada pelo órgão jurídico dos Estados, DF e dos Municípios. Tal conclusão é implícita, teleológica e razoável.

Identificou-se, ainda, um *parâmetro constitucional aplicável a uma hipótese semelhante, como acontece na União. Também se identificou uma identidade de razão* entre a situação não regulada e a hipótese regulada, visto que se é o órgão jurídico que faz o controle de juridicidade da União e nos Estados, também deve fazer no âmbito municipal. Se se exige estrutura de carreira e concurso público para a União e Estados, também deve ser exigido aos Municípios. Do mesmo modo, se não podem cargos comissionados (próximo da carreira) exercerem funções privativas de procurador efetivo, significa, por consequência, que mais ainda estará vedado o exercício dessas atribuições por um agente alheio ao órgão (remota à carreira), como a Secretaria da Fazenda ou outra qualquer.

Identificou-se, ainda, a ação de princípios constitucionais comuns às duas situações, qual seja o controle interno, o exame da legalidade, eficiência, economicidade e moralidade (e boa-fé objetiva), além da identidade de competência da Advocacia Pública como um todo (União, Estados, DF e Municípios).

Por fim, inexistente uma “vontade” constitucional contrária, sendo irrazoável tratamento diferenciado a apenas um ente federativo que exerce a mesma função tributária/arrecadatória (com competência tributária distinta) dos demais.

O exame ontológico da inscrição em dívida ativa não deixa dúvidas quanto à competência exclusiva da Advocacia Pública para realizá-la.

Esses requisitos foram demonstrados ao longo do presente estudo, com fortes *elementos de coerência* (em favor do raciocínio por analogia), a se permitir a aplicação tranquila do princípio da simetria aos Estados, Municípios e Distrito Federal, no que se refere à competência exclusiva do órgão jurídico para a inscrição em dívida ativa (exame prévio de juridicidade).

A construção de um modelo decisório para as questões federativas sem solução constitucional evidente que tenha por base o argumento analógico exige que se definam previamente as etapas do raciocínio subjacente a essa forma de argumentação, o que foi rigorosamente cumprido.

A proposta ora esboçada procurou tomar a sério o alerta feito por Larenz, no sentido de que:

[o] desenvolvimento judicial do Direito precisa de uma fundamentação levada a cabo *metodicamente* se se quiser que o seu resultado haja de justificar-se como ‘Direito’, no sentido da ordem jurídica vigente. Precisa de uma justificação porque sem ela os tribunais só usurariam de facto um poder que não lhes compete⁵². (grifo do autor).

52 - LARENZ, op. cit., p. 524.

Diante desses argumentos idôneos e legítimos é que deve ser aplicado o princípio da simetria também aos demais entes políticos, principalmente aos Municípios.

O STF, nos casos em que costuma invocar o “princípio da simetria”, está essencialmente aceitando enfrentar uma série de *questões federativas sem solução constitucional evidente*. Federativas, porque envolvem a restrição da autonomia estadual, o que por si só já empresta índole constitucional a essas questões, na medida em que o regime de imposição de limites àquela autonomia constitui matéria sob reserva de Constituição (art. 18, CF). Por outro lado, dada a sua natureza constitucional, tais questões devem ser resolvidas nos quadrantes da Constituição Federal.

No presente caso, pelos argumentos levantados, não parece correta a interpretação de que os entes políticos são livres e autônomos para atribuírem a qualquer órgão, da maneira que quiserem, a competência para proceder à inscrição em dívida ativa, mas devem obediência ao padrão estabelecido na CF.

Bem verdade que são autônomos, mas essa autonomia não pode fugir à normalidade, à coerência técnica, à razoabilidade, devendo observar os rigores técnicos atrelados à competência material de cada órgão. Não se poderia, por exemplo, atribuir competência de trânsito ao órgão da saúde, assim como também não se pode atribuir controle de juridicidade a órgão que não seja jurídico, por evidente aberração. Vale dizer, a natureza de cada órgão deve e merece ser observada e respeitada.

A ausência dessa observância material enseja a inconstitucionalidade material da norma, fato esse que não tem o condão de retirar a sabida autonomia dos entes políticos, que continuarão competentes para legislar sobre matéria tributária.

Deve-se voltar ao próprio sistema jurídico dentro do qual haverá de resolver as tais questões e, nele, identificar uma solução já atribuída pelo legislador constituinte democrático a outras situações semelhantes.

Aliás, parece que é justamente isso que a Corte realiza nos casos em que invoca a “simetria” com a finalidade de aplicar aos demais entes federativos uma regra expressamente direcionada à União, valendo-se, assim, de um paradigma oferecido pelo próprio constituinte federal para, então, aplicá-lo a uma situação lacunosa semelhante.

Em outras palavras, tendo a União determinado ao órgão jurídico a competência para apurar e inscrever a dívida ativa tributária, o mesmo raciocínio e competência deve ser aplicado aos Estados, Municípios e Distrito Federal, em respeito ao pacto federativo e diante dos argumentos suso demonstrados.

Assim, o seguinte entendimento do STJ para a União merece ser estendido para todos os demais entes, na seguinte razão:

Ao Procurador da Fazenda Nacional, membro integrante da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, compete, privativamente, apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União, tributária ou não tributária, mandar inscrevê-la para fins de cobrança, amigável ou judicial e, após a Constituição Federal de 1988, representar judicialmente a União na cobrança dos créditos de qualquer natureza inscritos em Dívida Ativa da União. [...]. Precedentes: REsp.

n. 1.022.746/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 19.08.2008; REsp. n. 658.779/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14.06.2005; Edcl no REsp. n. 1.022.746/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.11.2008. [...].(REsp 1307984/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012).

Logo, leia-se:

Ao Procurador, membro integrante da Procuradoria-Geral, seja da União, dos Estados, do DF ou dos Municípios compete, privativamente, apurar a liquidez e certeza da dívida ativa do respectivo ente político a que está vinculado, tributária ou não tributária, mandar inscrevê-la para fins de cobrança, amigável ou judicial e representar o respectivo ente na cobrança dos créditos de qualquer natureza inscritos em Dívida Ativa.

À respeito do tema, com o objetivo de orientar todas as procuradorias municipais do país, com o fim maior de padronização e uniformização nacional das práticas executivas, a Associação Nacional dos Procuradores do Município, após ampla discussão colegiada, firmou o Enunciado n.º. 102, nos seguintes termos:

Enunciado 102 (AI IV): É atribuição da Procuradoria do Município, enquanto órgão responsável pelo controle da legalidade, a inscrição do crédito em dívida ativa, após a sua constituição definitiva, para fins de cobrança administrativa ou judicial, devendo, para tanto, ser devidamente estruturada.

E a doutrina não destoia:

Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias deverão fazê-lo *por órgão jurídico próprio, através de seus procuradores, ou seja, de advogados especializados do Poder Público...* No DNER, a competência para inscrever sua dívida ativa (créditos de qualquer natureza inerentes às suas atividades) é da Procuradoria-Geral⁵³. (grifo do autor).

[...] um dos requisitos essenciais para a validade da inscrição do crédito em dívida ativa é que a inscrição seja efetivada por órgão competente para tanto. [...] De forma que a inscrição efetivada por órgão incompetente é nula de pleno direito. Nula também o será, por consequência, a certidão da dívida ativa e a execução fiscal. Todavia, a nulidade da inscrição não implica a extinção da obrigação tributária ou não tributária, salvo se atingida pela decadência ou prescrição⁵⁴. (grifo do autor).

Assim, é o órgão jurídico o competente para exercer o *controle administrativo de legalidade* dentro do respectivo ente político.

Por fim, mesmo que hipoteticamente não se entenda aplicável o princípio da simetria

53 - SZLAROWSKY, Leon Frejda. Execução fiscal. In: *Direito tributário atual*, n. 17, São Paulo: Dialética, 2003, p. 233TJES. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 233.

54 - SILVA, Américo Luís Martins da. *A execução da dívida ativa da fazenda pública*. São Paulo: RT, 2001. p. 89.

ao presente caso, não há como se desvencilhar do fato ontológico de ser o órgão jurídico o único técnico e especializado a realizar o controle interno final de legalidade e prevenção dentro da Administração Pública, incorrendo em manifesta inconstitucionalidade material a lei que impõe tal competência a órgão diverso.

2. CONCLUSÃO

Com base nos argumentos jurídicos apresentados ao longo do presente estudo conclui-se que somente o órgão jurídico de cada ente político (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) pode realizar a inscrição em dívida ativa tributária.

Essa conclusão se substancia no fato de que o controle de legalidade (entendido como controle de juridicidade) requer (i) capacidade técnica, (ii) profissionalização, (iii) imparcialidade; (iv) legitimidade; (v) boa-fé objetiva e (vi) eficiência (qualitativa e de economia processual).

Com essa atividade, o Estado fica mais bem preparado para enfrentar os desafios de uma sociedade plural e complexa, uma vez que a análise jurídica realizada pelas Procuradorias tem o condão de trazer para a legalidade condutas que caminhavam para a ilegalidade ou lá já se encontravam.

Esse controle é interno e finalístico que, quando realizado por órgão ou autoridade diferente daquele que iniciou todo o procedimento fiscalizatório, traz mais segurança jurídica (pela oportunidade de se conferir uma dupla análise/verificação dos atos e isso gerar maior confiança ao cidadão) e eficiência (possibilidade de efetiva de consertar eventuais deficiências e ajuizar ações de forma mais segura e correta).

Não é recomendado que o controle finalístico dos atos seja exercido pela própria autoridade autuante, justamente porque a Secretaria da Fazenda possui viés econômico, parcial, arrecadatório, interesse público secundário, enquanto que a Procuradoria, dentro da Administração Pública (caráter preventivo) possui viés jurídico, imparcial, com condições de argumentação jurídica e sopesamento entre eventuais conflitos existentes entre o interesse público primário e o secundário, além de ser órgão autônomo e exercer típica função de Estado.

Por exercer função de Estado a Advocacia Pública não defende os interesses particulares do Governante ou do Governo, mas sim unicamente os interesses públicos do próprio Estado, como pessoa jurídica de direito público que tem função servir à sociedade. Por vezes os interesses da Administração e da sociedade são conflitantes, devendo prevalecer este sobre aquele em eventuais conflitos, cuja análise e decisão compete exclusivamente à Advocacia Pública no âmbito administrativo.

Outrossim, a Lei já confere competência privativa ao advogado para a postulação em juízo e para as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, sendo certo que a atuação preventiva da administração pública se insere dentro do contexto da *consultoria jurídica*. E no âmbito da administração pública é a Procuradoria o órgão competente para interpretar a legislação em última instância, sendo o advogado público quem possui a autoridade intelectual à promoção

da escorreita aplicação do Direito pelos órgãos estatais, e que tem a potencialidade de prevenir a instauração de litígios potencialmente ruinosos para o Poder Público.

É no ato da inscrição, como derradeira oportunidade da Administração dentro da esfera administrativa, que se verifica se os atos administrativos praticados seguiram o ordenamento jurídico. Após a inscrição apenas resta o ajuizamento da execução fiscal, cuja competência também é privativa da Advocacia Pública.

Além disso, a competência da Secretaria da Fazenda se esgota com a constituição definitiva do crédito tributário (e é onde se inicia o lapso prescricional) e nasce a competência da Advocacia Pública. A inscrição da dívida ativa (exame de juridicidade de todo o procedimento) representa o primeiro ato do procedimento de cobrança da dívida.

Sendo o advogado o competente para analisar toda a documentação e procedimentos realizados antes do ajuizamento de qualquer ação, não é aceitável (por ferir tanto a legalidade quanto a eficiência/economicidade) que se permita que o controle de legalidade seja exercitado pelo órgão jurídico somente posteriormente, dentro de um processo já judicializado, quando da análise de uma eventual interposição de embargos, exceção de pré-executividade e outros recursos.

O controle de legalidade exercitado pelo órgão jurídico ainda na esfera administrativa, no momento da inscrição em dívida, traz maior eficiência e economicidade à Administração Pública e ao próprio cidadão, visto que as chances de se ajuizar uma ação viciada ou desnecessária são drasticamente reduzidas por um controle técnico prévio.

Não pode, assim, outro órgão assumir competência que cabe exclusivamente à advocacia, ou seja, a órgão jurídico, sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade material.

Impedir que o controle de juridicidade seja exercido por quem é legítimo e competente para tal, como a Advocacia Pública, é andar na contramão da efetividade e da economicidade. E não apenas isso, é desrespeitar o cidadão contribuinte, a boa-fé objetiva, a moralidade, desvirtuando a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

Essas são as razões ontológicas pelas quais a União expressamente conferiu ao órgão jurídico a competência para a inscrição em dívida ativa tributária, que devem ser repetidas e obedecidas pelos demais entes da federação.

A simetria pode ser verificada porquanto existe identidade de razão (elementos de coerência) entre as funções da advocacia pública estatal em todas as esferas – que permite o raciocínio por analogia e um parâmetro constitucional – sendo injustificada qualquer discriminação ou tratamento diferenciado à apenas um ente, qual seja, o Município.

Diversos Tribunais pátrios já decidiram quanto à necessidade de concurso público para a atuação de toda advocacia pública, inclusive a municipal, evidenciando a sua existência, a profissionalização e especialização do órgão, bem como sua necessidade e importância na atualidade. Isso porque cada ente tem suas competências delimitadas pela CF e são notórias as constantes demandas envolvendo políticas públicas (saúde, educação, assistência social, meio ambiente, direito urbanístico, transporte, acessibilidade etc), ficando impensável, no momento atual, se entender a Procuradoria do Município como sendo algo dispensável à federação.

Não é por menos que é considerada *função essencial à justiça* (ao lado do Ministério Público, da Advocacia Privada e da Defensoria Pública, sem subordinação direta e sem hierarquia de essencialidade a nenhum dos três poderes) e está implicitamente abarcada pela Constituição Federal e expressamente referida em diversos diplomas legislativos infraconstitucionais (como a lei de improbidade administrativa, a lei de licitações, a lei da ação civil pública, a lei da ação popular, a lei do mandado de segurança, a lei do mandado de injunção, a lei anticorrupção etc), que apenas atestam essa conclusão.

A norma constitucional que institucionaliza a Advocacia Pública está revestida de eficácia vinculante para todas as unidades federadas e inexistente qualquer mandamento expresso em sentido contrário.

Com todas essas considerações existe manifesta incompatibilidade vertical com os arts. 131 e 132, da CF quando determinada lei local confere a inscrição em dívida ativa a qualquer outro órgão administrativo que não o órgão jurídico (Procuradoria).

Existindo características semelhantes entre a atuação jurídica de todos os entes o tratamento isonômico entre eles é medida que se impõe.

Conferir tratamento diferenciado acerca da competência para a inscrição em dívida ativa tributária de modo diverso e livre para cada ente seria interpretar a Constituição apenas textualmente, ao arrepio de uma interpretação mais acurada e consistente - baseada na interpretação sistemática e teleológica, que leva em consideração principalmente a natureza jurídica dos órgãos administrativos.

Diante de todo o exposto, embora seja da competência concorrente dos entes legislar sobre direito tributário esse fato não autoriza que a determinação quanto à autoridade a quem competirá o ato de inscrição em dívida seja livre e discricionária do ente federativo. A única autoridade possível, legítima, apta e competente para a inscrição em dívida ativa tributária é o órgão jurídico (Procuradoria) do respectivo ente.

Significa que toda legislação que contrariar esse preceito é eivada de vício de inconstitucionalidade (arts. 18, 24, §§ 1º e 3º, 25, 37, 74, 131, 132, da CF e art. 11, do ADCT) e ilegalidade (art. 1º, II, do EOAB; art. 2º, §§ 3º e 4º, da LEF), merecendo ser imediatamente revista (i) pelo próprio Poder Executivo do respectivo ente ou (ii) pelo Poder Judiciário em caráter repressivo, inclusive tratando dos efeitos jurídicos dessa declaração.

Assim, a concretização do verdadeiro papel do Advogado Público exige conscientização e mudança de postura, que só advirão quando os seus integrantes se atinarem precisamente para o alcance das atribuições confiadas a eles pelo legislador constituinte.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. *Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CASTRO, Aldemário Araújo. A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1630, 18 dez. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10772/a-advocacia-publica-como-instrumento-do-estado-brasileiro-no-controle-da-juridicidade-dos-atos-da-administracao-publica>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

CASTRO, Caterina Vasconcelos de; ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira e TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça. In: *Revista da Procuradoria Geral do Acre*, Rio Branco, n. 3, p. 213-253, jan./dez. 2003.

CORRÊA, Rafael Gomes; MARTINS, Maria Carolina; PELOSINI, Ortiz. Advocacia pública municipal é fundamental. In: *Consultor Jurídico*, São Paulo, 1 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-01/advocacia-publica-municipal-fundamental-aplicacao-justica>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Cláudio Smine. Advocacia pública nos municípios: participação no controle interno e estruturação da carreira. In: *Centro de estudos e aperfeiçoamento funcional do MPPR*. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/advocacia_publica.pdf>. Acesso em: jul. 2017.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Advocacia pública e sua função de controle no modelo brasileiro contemporâneo. In: *Diritto & Diritti*, Ragusa (Itália), 28 out. 2010. Disponível em: <<https://www.diritto.it/advocacia-publica-e-sua-funcao-de-controle-no-modelo-brasileiro-contemporaneo/>>. Acesso em jul. 2017.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia Pública: estudo classificatório de direito comparado. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano XI, n. 54, p. 77-107, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 524.

LEONCY, Léo Ferreira. Uma proposta de releitura do “princípio da simetria”. In: *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 nov., 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>>. Acesso em: jul. 2017.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, p. 9-22, ago. 2011. Material da 5 aula da disciplina Fazenda Pública em Juízo, ministrada no Curso de Pós-Graduação de Direito Público-Anhanguera-Uniderp I Rede LFG, 2012.

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

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as Procuraturas constitucionais. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

PAULSEN, Leandro; et al. *Direito Processual Tributário: Processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 7. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PORTO, Éderson Garin. *Manual da execução fiscal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

QUEIROS, Cid Heráclito de. In: Dívida Ativa – Inscrição. Luciano Benévolo de Andrade. *Revista de direito tributário*, São Paulo: RT, jul./set. 1991, p. 143-144.

ROCHA, Mário Túlio de Carvalho. A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 169-197, jan./mar. 2001.

SCHREIBER, Rafael. Razões pelas quais a inscrição em dívida ativa tributária deve ser feita pela Procuradoria e não pela Secretaria da Fazenda. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5146, 3 ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59482>>. Acesso em: 10 ago. 2017.



SILVA, Américo Luís Martins da. *A execução da dívida ativa da fazenda pública*. São Paulo: RT, 2001.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Advocacia Pública: competência constitucional dos Estados-membros. In: *Caderno de Teses do XXVIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado: ética e estado de justiça – novas dimensões*. v. 1, 2009. Porto Alegre: Metrópole.

STF. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2017.

STJ. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2017.

SZLAROWSKY, Leon Frejda. Execução fiscal. In: *Direito tributário atual*, n. 17, São Paulo: Dialética, 2003, p. 233. TJES. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

TJMG. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

TJSC. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

TJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

TJRS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.





.....

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA *ACTIO NATA* NO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL AOS ADMINISTRADORES DA PESSOA JURÍDICA NOS CASOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR

.....

THE APPLICATION OF THE THEORY OF THE NATION IN
THE REDIRECTION OF THE FISCAL EXECUTION TO THE
ADMINISTRATORS OF THE LEGAL PERSON IN THE CASES
OF IRREGULAR DISSOLUTION

Mila Grazielle Souza Vieira¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Execução Fiscal; 1.1. Aspectos Gerais da Execução Fiscal; 1.2. Da Inscrição em Dívida Ativa; 1.3. Da Prescrição; 1.3.1. Conceito e Efeitos da Prescrição; 1.3.2. Da Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal; 1.4. Da Responsabilidade Tributária; 1.4.1. Da Responsabilidade Tributária por

1 - Iniciou o curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em 2014 e estagiou na Gerência de Atividades de Execução Fiscal da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte entre os anos de 2015 e 2017. No final do ano de 2017, iniciou as atividades de estágio no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na comarca de Belo Horizonte, onde atualmente atua no gabinete da 2ª Vara de Sucessões e Ausência. Foi aprovada no XXV exame da Ordem dos Advogados do Brasil no primeiro semestre de 2018 e cursa de forma regular o último período da faculdade de Direito.



Substituição; 1.4.2. Da Responsabilidade Tributária por Transferência; 2. Da Dissolução Irregular da Pessoa Jurídica e da Responsabilidade Tributária; 2.1. Definição e Hipóteses de Dissolução Irregular; 2.2. Responsabilidade Tributária do Administrador na Dissolução Irregular; 2.2.1. Da Responsabilidade do Ex Sócio; 2.3. Do Redirecionamento da Execução Fiscal nos Casos de Dissolução Irregular; 3. Da Teoria da *Actio Nata* e a Execução Fiscal; 3.1 Definição e Origem da Teoria da *Actio Nata*; 3.2. Aplicação do Princípio da *Actio Nata* no Redirecionamento da Execução Fiscal aos Administradores da Pessoa Jurídica nos Casos de Dissolução Irregular; 3.3. Dos Argumentos Contrários e Favoráveis à Aplicação da Teoria da *Actio Nata* na Execução Fiscal a Partir de Análise Jurisprudencial; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho trata da análise da necessidade da aplicação da Teoria da *Actio Nata* no redirecionamento da execução fiscal, nos casos de dissolução irregular da pessoa jurídica. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, por meio de análise da doutrina e da jurisprudência. A proposta visa demonstrar a carência da aplicação da Teoria da *Actio Nata* no redirecionamento da execução fiscal como forma de garantir o direito do Fisco de cobrar o tributo do administrador que encerra as atividades da pessoa jurídica de forma irregular. Para tanto, inicia-se pelo exame das principais características da execução fiscal, do título extrajudicial que a embasa, da análise da prescrição e da responsabilidade tributária. Após, passa-se ao exame da dissolução irregular e da responsabilidade tributária do administrador da pessoa jurídica nesses casos. Por fim, e atingindo o cerne do trabalho, é explorada a Teoria da *Actio Nata*, analisando a possibilidade de seu cabimento, bem como estabelecendo os principais argumentos contrários e favoráveis para sua utilização na execução fiscal.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Fiscal. Dissolução Irregular. Teoria da *Actio Nata*. Redirecionamento da Execução Fiscal. Prescrição. Responsabilização do Administrador.

ABSTRACT: This paper deals with the analysis of the need for the application of *actio nata* theory in the redirection of tax execution, in cases of irregular dissolution of the legal entity. The methodology used was the bibliographical research, through the analysis of the doctrine and jurisprudence. The proposal aims to demonstrate the lack of application of the *Actio Nata* Theory in redirecting the tax execution, as a way to guarantee the right of the tax authorities to collect the tribute of the administrator that encloses the activities of the legal entity in an irregular manner. To this end, it begins by examining the main characteristics of the tax execution, the extrajudicial title that is based on it, the prescriptive analysis and the tax liability. Afterwards, it is passed to the examination of the irregular dissolution and of the tax responsibility of the administrator of the legal person in those cases. Finally, and reaching the core of the work, the *Actio Nata* Theory is explored, analyzing the possibility of its head, as well as establishing the main opposing arguments and the favorable ones for its use in the tax execution.

KEYWORDS: Fiscal Execution. Irregular Dissolution. Theory of *Actio Nata*. Redirecting Tax Execution. Prescription. Responsibility of the Administrator.

INTRODUÇÃO

As Fazendas Públicas possuem mecanismo próprio para busca da satisfação dos créditos tributários não pagos pelos contribuintes e responsáveis tributários a tempo e modo, qual seja, a execução fiscal. Entretanto, tratando-se a parte componente do polo passivo da execução fiscal de pessoa jurídica que se dissolve de forma irregular, o Código Tributário Nacional - CTN não definiu o prazo para redirecionamento da execução na forma que autoriza seu art. 135, III, e tampouco qual seria seu termo *a quo*.

Assim, dada a ausência de previsão pelo CTN acerca do prazo prescricional e do termo inicial, a doutrina e a jurisprudência trataram de solucionar a questão, fixando entendimento que, muitas vezes, faz com que o mecanismo do redirecionamento da execução pelo Fisco seja ineficaz.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende analisar a aplicação da Teoria da *Actio Nata* no redirecionamento da execução fiscal contra os administradores da pessoa jurídica, nos casos de dissolução irregular, tendo como termo *a quo* da contagem do prazo prescricional a data em que o Fisco tomou conhecimento da dissolução irregular da pessoa jurídica devedora. O propósito é justificar a necessidade da aplicação da citada teoria, visto que o atual entendimento acerca do prazo prescricional no caso em questão, além de tornar referido mecanismo ineficaz, muitas vezes, penaliza o Fisco, que perde seu direito de ação contra os responsáveis tributários, ainda que não tenha agido com desídia.

Para tanto, o presente trabalho foi dividido em três capítulos, nos quais, para compreensão da aplicação da Teoria da *Actio Nata*, serão abordados temas como os aspectos gerais da execução fiscal, a inscrição em dívida ativa, a prescrição, a responsabilidade tributária, a origem da Teoria da *Actio Nata* com viés subjetivo e seus argumentos favoráveis e contrários, por meio de análise bibliográfica e jurisprudencial.

Assim, o primeiro capítulo se dedicará à abordagem da execução fiscal, analisando seus principais aspectos, o título executivo que a embasa e a forma pela qual se realiza a inscrição em dívida ativa que origina esse título. Também serão objeto de análise os institutos da prescrição – e seus efeitos na execução fiscal – e da responsabilidade tributária.

Já o segundo capítulo discorrerá acerca da definição de dissolução irregular da pessoa jurídica e quais suas hipóteses fáticas, além de tratar da responsabilidade tributária nesses casos e da possibilidade de o Fisco redirecionar a execução fiscal aos responsáveis tributários.

Por fim, no terceiro e último capítulo, será abordado o cerne do presente trabalho, expondo-se a definição e origem da Teoria da *Actio Nata*, analisando-se ainda a necessidade de sua aplicação nos casos de redirecionamento da execução fiscal em que a pessoa jurídica se dissolve de forma irregular.

1. EXECUÇÃO FISCAL

1.1 Aspectos Gerais da Execução Fiscal

Inicialmente, revela-se necessário o exame preliminar dos aspectos gerais da execução

fiscal, para melhor compreensão da aplicação da Teoria da *Actio Nata*.

Os entes estatais, entre inúmeras atribuições, possuem competência para arrecadação de tributos destinados ao atendimento das necessidades públicas. Quando o contribuinte, porém, não recolhe os valores devidos à Fazenda Pública, o ente estatal pode coagir o devedor ao pagamento forçado do crédito, sendo a execução fiscal, portanto, uma das formas de coação ao pagamento.

Não obstante, saliente-se que não pode o próprio ente estatal executar os valores não pagos, devendo valer-se da via judicial assim como qualquer outro credor, sendo-lhe garantindo, todavia, procedimento especial para tanto.

Sobre o tema, esclarece José da Silva Pacheco:

O fato de ser o próprio Estado que tem direito, a pretensão ou ação não autoriza que ele, por si, execute sem invocar o Judiciário, que de forma exaustiva tem a faculdade de jurisdição, que abrange atos executivos. [...]

Não prestada a obrigação, porém, baldas as tentativas amigáveis nesse sentido, não pode o Estado-administrador penhorar, por si, os bens do obrigado ou do contribuinte relapso, ou expropriá-los para satisfazer-se. Há que inscrever a dívida, quando exigida a inscrição, e, com base no fato que a lei tem como relevante para autorizar e causar a execução pelo Judiciário, atuar perante esse, como faz qualquer cidadão, em igualdade de condições, para obter deste a prestação executiva. (1976, p. 26, apud SALOMÃO, 2006)

Nesse sentido, para regulamentar o procedimento pelo qual a Fazenda pode exigir o pagamento dos créditos vencidos, foi instituída a Lei de Execução Fiscal (LEF)², sendo subsidiariamente regulamentada pelo Código de Processo Civil.

Entretanto, apesar de ser regulamentado por legislação específica, o procedimento de execução fiscal em muito se parece com a execução por quantia certa, conforme preleciona Pacheco:

A execução judicial, a que se alude o art. 1º, e que vai denominada de execução fiscal nos arts. 4º, 12, 25 e 26 da lei que comentamos, é a execução singular por quantia certa, com base em título executivo extrajudicial, constituído pela certidão de dívida ativa regularmente inscrita, de caráter expropriatório, que se realiza no interesse da Fazenda Pública, como tal compreendida a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias. (2000, p.10)

Assim, tendo em vista que a execução fiscal é o procedimento judicial pelo qual a Fazenda Pública, baseada na Certidão de Dívida Ativa (CDA), cobra o contribuinte ou responsável tributário pelo crédito inscrito, em seguida, será analisado como se dá a inscrição em dívida ativa.

1 - Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências.

1.2 Da Inscrição em Dívida Ativa

Nos termos do art. 39, § 1º, da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964³, os créditos de natureza tributária e não tributária são exigíveis somente após o transcurso do prazo para pagamento e inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa (DA), após apurada sua liquidez e certeza.

Desta feita, presentes os requisitos necessários, o crédito é lançado e posteriormente inscrito em Dívida Ativa pela Fazenda Pública, que pode ser tributária ou não tributária. Acerca da natureza do crédito inscrito em DA, preceitua o art. 39, § 2º, da Lei nº 4.320/1964, *in verbis*:

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979)

[...]

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979) (BRASIL, 1964)

A Certidão de Dívida Ativa (CDA), então, trata-se de título executivo extrajudicial que alicerça a execução fiscal, sendo constituída pela Fazenda Pública por via de procedimento administrativo próprio, observando-se as legislações pertinentes decorrentes do crédito e os requisitos necessários para validade da certidão de dívida ativa, que se encontram elencados no art. 2º, §5º, da LEF, *in verbis*:

Art. 2º, § 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

3 - Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

Insta salientar que a CDA encontra arrimo na idoneidade inerente aos atos administrativos, além da presunção de certeza e liquidez, cabendo ao devedor, se for o caso, a sua desconstituição.

Acerca do caráter extrajudicial da CDA, nos termos do art. 784, IX, do CPC, leciona Ronaldo Cunha Campos (1995) que, apesar de ser constituída de forma unilateral, tendo em vista que, em princípio, a noção de título extrajudicial é de que este nasceria do consenso havido entre as partes, presumindo-se, daí, a certeza do credor em relação ao título cobrado do devedor, a CDA consiste em título extrajudicial não baseado no consenso havido entre as partes, mas sim porque este é de certa forma substituído pela oportunidade do contraditório e impugnação do lançamento do crédito, antes de sua constituição definitiva.

Nesse ínterim, a presunção de certeza e liquidez presentes na CDA revela-se quando o contribuinte ou responsável fiscal não impugna a pretensão fiscal ou, ainda, quando a impugnação apresentada for rejeitada, presumindo-se, neste caso, que a CDA atendeu a todos os requisitos formais que lhe são exigidos e que inexistiam fundamentos suficientes para a alegada resistência do devedor à pretensão da Fazenda Pública.

Relativamente à presunção de liquidez e certeza da CDA, deve-se destacar, ainda, o fato de que nem sempre o crédito é lançado de ofício pelo Fisco, sendo esta a forma subsidiária de lançamento, já que, comumente, a lei incumbe ao contribuinte não só o dever de quitar os tributos, mas também de apurá-los. Assim, quando o contribuinte declara o crédito, ainda que não seja acompanhado de seu pagamento e com ele não concorde, reconhece o crédito da Fazenda, dispensando o lançamento por parte do Fisco. (PAULSEN, 2007)

Ultrapassadas as questões relativas à constituição e presunção de liquidez e certeza do crédito da Fazenda constante na CDA, urge ressaltar que, após constituída definitivamente e iniciada a execução fiscal, não pode a autoridade administrativa substituir ou modificar a CDA a seu bel-prazer, sob o risco de invalidade do título executivo, conforme elucida Ronaldo Cunha Campos:

A aceitação do posicionamento contrário implicaria retirar da Inscrição o caráter de título executivo extrajudicial. Teríamos, por consequência, execução sem título, o que equivale ao acatamento do arbítrio, a admissão da possibilidade de se agredir o patrimônio de um suposto devedor com arrimo em simples pretensão. (CAMPOS, 1995, p. 69)

Assim sendo, a substituição ou emenda do referido título executivo deverá limitar-se ao levantamento de erro material que não traduza de forma fiel o procedimento administrativo do qual se originou, autorizando a Fazenda a modificar ou emendar a CDA tão somente para que esta passe a exprimir da forma mais verdadeira possível o procedimento administrativo a partir do qual foi concebida, não sendo, entretanto, a recíproca verdadeira. O que se pretende dizer é que não pode a Fazenda utilizar-se da substituição ou emenda da CDA para modificação do próprio

processo administrativo, devendo utilizar-se de tais recursos de forma responsável e respeitando-se a ampla defesa do executado. (SANTOS JÚNIOR)

1.3. Da prescrição

1.3.1. Conceito e Efeitos da Prescrição

A prescrição é uma das causas da extinção do crédito tributário previstas no rol taxativo do art. 156 do CTN. Assim, nota-se que a prescrição possui aplicações distintas no Direito Tributário e no Direito Civil. Neste, a prescrição extingue tão somente a pretensão da ação, nos termos do art. 189 do Código Civil, enquanto no Direito Tributário, além de extinguir a pretensão da ação, a prescrição extingue o crédito tributário em si.

Vale dizer que a prescrição do crédito e do direito à execução ocorre após o decurso de um quinquênio, tendo como termo inicial a data da constituição definitiva do crédito tributário, sem que este, por inércia da Fazenda, não tenha sido executado.

Assim, valendo-se da premissa de que o crédito é constituído definitivamente após seu lançamento e notificação do contribuinte para pagamento ou impugnação, o marco inicial da prescrição é a inércia do sujeito passivo em pagar o crédito tributário ou, ainda, da decisão final administrativa quanto à impugnação apresentada.

Sem prejuízo, destaque-se que a prescrição, em regra, pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, conforme já pacificou o Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula 409. Vejamos: “Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício (art. 219, § 5º, do CPC)”.

No mais, para análise da ocorrência da prescrição, deve-se observar, ainda, as causas de sua suspensão e interrupção.

Constituem causas de suspensão da prescrição todas aquelas que suspendem a exigibilidade do crédito, conforme enumeração taxativa do art. 151 do CTN, *in verbis*:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Já a interrupção do prazo prescricional se dá com a ocorrência de qualquer das hipóteses do rol do art. 174 do CTN, *in verbis*:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela LCP nº 118, de 2005)

II – pelo protesto judicial;

III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Por fim, quando suspenso o prazo prescricional, finda a causa que deu origem à suspensão, recomeça a contagem do prazo prescricional do ponto em que foi suspensa, ou seja, se a contagem do prazo já estava no 2º ano, retorna-se deste ponto até que se atinja o 5º ano e ocorra a prescrição. Por outro lado, após a interrupção do prazo prescricional, deverá ser iniciada nova contagem.

1.3.2. Da Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal

A prescrição intercorrente, diversamente da acima mencionada, é aquela que surge no curso do processo de execução fiscal, ocasionada pela desídia da Fazenda em imprimir andamento à execução durante o prazo de cinco anos.

Nesse ínterim, predispõe o caput do art. 40 da LEF acerca de hipótese de suspensão da prescrição intercorrente: “O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição”.

No entanto, decorrido o prazo de um ano sem localização do devedor ou bens penhoráveis, ordenar-se-á o arquivamento dos autos, sendo este o termo inicial da prescrição intercorrente.

Significa dizer, portanto, que primeiro se suspende o processo pelo prazo de um ano e, após o decurso de cinco anos, inicia-se a contagem do lustro prescricional, tendo-se, na prática, havido inércia por seis anos para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

1.4. Da Responsabilidade Tributária

Antes de analisar o instituto da responsabilidade tributária, urge esclarecer, conforme pontifica Walter Schick, nas palavras de Leandro Paulsen, que, apesar de possível a remissão aos dispositivos da responsabilidade civil no Direito Tributário, este não sofre aplicação direta daqueles, acrescentando ainda:

Nada de particular há quanto à matéria de responsabilidade, a qual não apresenta nenhuma proximidade ao Direito Civil maior que o resto do Direito Tributário. Acrescenta, ainda, que a competência para disciplinar a responsabilidade tributária é a mesma que para disciplinar o Direito Tributário em geral, pois aquela é parte deste. (PAULSEN, 2014, p. 34-35)

Ademais, na abordagem da responsabilidade tributária na execução fiscal admite-se em função do caráter obrigacional que a lei confere ao sujeito não contribuinte com relação ao crédito devido à Fazenda, visando à simplificação e à efetividade da arrecadação fiscal pela via judicial ou administrativa.

A responsabilidade tributária, considerando-se o marco temporal do fato gerador do crédito, divide-se em duas espécies: responsabilidade por substituição e responsabilidade por transferência (SABBAG, 2017). Assim, passa-se a analisar as espécies de responsabilidade tributária.

1.4.1 Da Responsabilidade Tributária por Substituição

Segundo o dicionário Aurélio (2009, p. 1.888), o termo *substituição* quer dizer “1. ato ou efeito de substituir(-se). 2. Colocação de pessoa ou coisa no lugar de outra; troca, permutação. 3. *Quím.* Reação em que um átomo (ou grupo) é trocado por outro.”, significado este que se mantém quanto ao sentido jurídico do termo.

Dessa forma, percebe-se que o substituto tributário é o sujeito que a lei coloca no lugar do contribuinte, apesar de não o ser, desde a ocorrência do fato gerador, para que dê efetivo cumprimento à obrigação tributária em nome do contribuinte, sendo pressuposto de fato para a substituição a existência de relação econômica entre as partes.

A responsabilização tributária por substituição ocorre geralmente quando há a retenção pelo substituto e conseqüente repasse ao Fisco dos valores devidos, que estão à disposição do contribuinte em razão de pagamento que seria realizado pelo substituto a este; ou, ainda, quando o substituto exige do contribuinte o pagamento do tributo devido ao Fisco como condição de entrega de um bem, por exemplo.

Para Paulsen, o substituto atua, portanto, como mero auxiliar da Fazenda, uma vez que a carga tributária recai somente sobre o contribuinte e nunca sobre o substituto, que somente repassa os valores à Fazenda. Sobre o tema, aduz o autor:

O chamamento do terceiro para colaborar com a Administração Tributária como substituto do contribuinte deve necessariamente atentar para os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Este último requisito impõe que na ponderação entre as vantagens da substituição para o Fisco e os ônus para o substituto não haja desproporção, ou seja, que não se restrinja demasiadamente a esfera jurídica do substituto. Assim é que a obrigação deste não pode ser a tal ponto onerosa que se transforme em um encargo de natureza contributiva. Efetivamente, a substituição é colaboração; não é contribuição. (PAULSEN, 2014, p. 238-239)

Destaque-se, por fim, que a substituição tributária, via de regra, não exclui a obrigação do contribuinte ao cumprimento da obrigação.

1.4.2. Da Responsabilidade Tributária por Transferência

De forma diversa à responsabilidade tributária por substituição, a responsabilidade tributária por transferência advém da ocupação do lugar do contribuinte após a ocorrência do fato gerador e em razão de um evento a partir do qual a obrigação se transfere a terceiro escolhido por lei, conforme estabelecido nos arts. 124, 125 e 130 a 135 do Código Tributário Nacional (CTN).

Da leitura dos artigos supramencionados, denota-se que a responsabilidade por transferência cinge-se em responsabilidade de devedores solidários (arts. 124 e 125 do CTN), responsabilidade de devedores sucessores (arts. 129 ao 133 do CTN) e responsabilidade de terceiros devedores (arts. 134 e 135 do CTN).

No presente estudo, destaca-se especificamente a responsabilidade dos sócios-administradores de pessoas jurídicas de direito privado pelos créditos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, a que faz alusão o art. 135, III, do CTN, *in verbis*:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

- I - as pessoas referidas no artigo anterior;
- II - os mandatários, prepostos e empregados;
- III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Nessa perspectiva, já definidas as espécies de responsabilidade tributária, será analisada no próximo capítulo a responsabilidade tributária assinalada no art. 135, III, do CTN, de forma mais detalhada.

2. DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA E DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

É importante entender o que é a dissolução da pessoa jurídica para que, então, sejam analisadas as hipóteses de dissolução irregular e a responsabilidade tributária pelos débitos existentes.

A dissolução das pessoas jurídicas encontra fundamentação legal na Lei das Sociedades Anônimas e no Código Civil. É definida como o ato pelo qual a pessoa jurídica encerra suas atividades definitivamente, deixando de existir, sendo o ato voluntário, decorrente de manifestação própria; ou forçado, decorrente de decisão judicial.

Não obstante, para ocorrer a dissolução da pessoa jurídica de forma regular, deve haver previamente sua liquidação, preceito corroborado por Edilson Enedino das Chagas:

A dissolução total [da pessoa jurídica] pode ser judicial ou extrajudicial, segundo a natureza do ato dissolutório. Se a dissolução decorrer de decisão judicial, será judicial. Se decorrer de deliberação dos sócios, será extrajudicial.

[...]

A dissolução da sociedade não implica na extinção da sua personalidade jurídica, que somente se completa com a liquidação. (CHAGAS, 2017, p. 261-263)

Assim, aqueles que desejam encerrar a pessoa jurídica deverão liquidar todos os ativos e passivos existentes, ou seja, devem ser realizados todos os ativos e pagos todos os passivos, inclusive e, principalmente, os débitos existentes com as Fazendas Públicas. Tal medida visa assegurar que os credores da pessoa jurídica tenham seus créditos garantidos ou, pelo menos, parte deles, sendo que somente após a liquidação, portanto, é que a pessoa jurídica poderá ser dissolvida. Sobre a questão, ensina Marlon Tomazette:

Apurado o ativo, o liquidante deve proceder ao pagamento dos credores da sociedade com extremo cuidado, na medida em que pode ser responsabilizado pessoalmente por eventuais erros na condução de tal procedimento.

[...]

Há que se ressaltar, ainda, que, no caso de ativo inferior ao passivo, é dever do liquidante reconhecer o estado de insolvência da sociedade e requerer, conforme o caso, a falência, a recuperação judicial ou a homologação da recuperação extrajudicial para a sociedade, obedecidas as regras procedimentais inerentes a cada tipo societário. (TOMAZETTE, 2017, p. 504-505)

Ademais, quando da liquidação, as responsabilidades decorrentes nessa etapa são do liquidante, que, em sua maioria, é um dos administradores e/ou sócios, mas ainda que não o seja, “[...] assume condição análoga a de um administrador, e, como tal, a lei lhe impõe o respeito a

certos deveres” (CHAGAS, 2017, p. 263).

Assim, o liquidante passa a ter as mesmas responsabilidades que os administradores e/ou sócios da pessoa jurídica possuem, sem, contudo, retirar as responsabilidades destes, que persiste até a finalização da liquidação e a decretação da extinção.

2.1. Hipóteses de Dissolução Irregular

Conforme exposto no item anterior, para que ocorra a dissolução regular da pessoa jurídica, é preciso que seus responsáveis manifestem tal interesse ou, se for o caso, que o Judiciário a determine. Após, é necessária sua prévia liquidação para, posteriormente, ser decretada a extinção da pessoa jurídica.

Nesse sentido, definido como será o processamento da dissolução regular da pessoa jurídica, tem-se, por via de consequência, que todas as dissoluções que não obedeçam às formalidades estipuladas em lei são irregulares. Não basta, portanto, que os administradores da pessoa jurídica manifestem o desejo de dissolvê-la, há também de ser observadas todas as determinações e procedimentos contidos nas disposições legais, sob pena de ser considerada irregular a referida dissolução.

Nesse raciocínio, uma das formas de ser considerada irregular a dissolução da pessoa jurídica é a hipótese do simples encerramento de suas atividades sem ser iniciada a baixa da inscrição perante a junta comercial e observados os procedimentos legais.

Quanto à dissolução irregular pelo simples encerramento das atividades, esta poderá ser apurada a partir, por exemplo, da confirmação do esvaziamento patrimonial da empresa ou por ocasião da sua insolvência, sem que tenha sido requerida a falência. Entretanto, a forma mais recorrente de configurar a dissolução irregular ocorre quando o oficial de justiça, nos autos da execução fiscal, ao tentar citar e/ou intimar a sociedade executada para algum ato processual, constata que a ela não mais funciona no seu domicílio fiscal.

Sem prejuízo, cabe ressaltar que a comunicação da alteração do domicílio fiscal é obrigação do contribuinte e, por isso, quando este não é encontrado no endereço constante no domicílio fiscal cadastrado perante a junta comercial, presume-se a dissolução irregular. Reforça Eduardo Sabbag que é obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os registros empresariais e comerciais, com o fito de demonstrar que a dissolução da sociedade se realizou de forma regular (SABBAG, 2017).

Nesse sentido é, acertadamente, o voto da ex-ministra Eliana Calmon, relatora nos autos do Recurso Especial de nº 1.017.732/RS:

Isso porque o art. 127 do CTN impõe ao contribuinte, como obrigação acessória, o dever de informar ao fisco o seu domicílio tributário, que, no caso das pessoas jurídicas de direito privado, é, via de regra, o lugar da sua sede.

[...]

No direito comercial, há que se valorizar a aparência externa do estabelecimento comercial, não se podendo, por mera suposição de que a empresa poderia estar operando em outro endereço, sem que tivesse ainda comunicado à Junta Comercial, obstar o direito de crédito da Fazenda Pública.

Por fim, sendo certo que a dissolução irregular da pessoa jurídica é claramente caracterizada como ato infracional, uma vez que deixa de observar dispositivos legais que regulam o tema, será essa a premissa a ser utilizada no redirecionamento da execução fiscal contra os administradores da pessoa jurídica, conforme veremos a seguir.

2.2. Responsabilidade Tributária do Administrador na Dissolução Irregular

No presente estudo, conforme já assinalado no tópico anterior, é essencial a compreensão da responsabilidade tributária determinada pelo art. 135, III, do CTN, que aduz, *in verbis*:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Aduz o *caput* do artigo retromencionado que a responsabilidade tributária atribuída aos administradores da pessoa jurídica é pessoal e não subsidiária. Isso pois, considerando o dever de administração que este possui para com o administrado, deverá agir em conformidade com a lei e em observância ao contrato social ou estatuto. Assim, tendo havido excesso de poderes ou, ainda, infração de lei, os demais sócios e administradores não poderão ser responsabilizados. Nessa toada, leciona Eduardo Sabbag:

Em geral, o contribuinte aqui [pessoa jurídica] é vítima de atos abusivos, ilegais ou não autorizados, cometidos por aqueles que o representam, razão pela qual se procura responsabilizar pessoalmente tais representantes, ficando o contribuinte, em princípio, afastado da relação obrigacional. De fato, no art. 135 do CTN, a responsabilidade se personaliza, ou seja, torna-se plena, rechaçando o benefício de ordem e fazendo com que o ônus não recaia sobre o contribuinte, mas, pessoalmente, sobre o responsável citado quando houver *excesso de poderes* ou *infração da lei, contrato social ou estatutos*. (SABBAG, 2017, p. 1.048)

Importante salientar que o excesso de poderes se caracteriza quando o administrador age por conta própria sem observar o contrato social ou estatuto, ao passo que a infração de lei se

configura pelo inadimplemento ocorrido com dolo (SABBAG, 2017). Frise-se, aqui, que o mero inadimplemento não configura infração de lei, devendo obrigatoriamente ser demonstrado o dolo do administrador quando do não pagamento.

Assim, o dolo em face do inadimplemento é recorrentemente detectado quando há dissolução irregular da pessoa jurídica sem que tenham sido pagos os débitos ou mantido patrimônio para garantir seu pagamento. Nessa toada, leciona Humberto Theodoro Junior:

As hipóteses de responsabilidade tributária definidas pelo art. 135 do Código Tributário Nacional, pelas próprias palavras da lei, não se fundam no mero inadimplemento da sociedade contribuinte, mas na *conduta dolosa* especificamente apontada pelo próprio legislador, que vem a ser a ocorrência de um fato gerador de tributo praticado com *excesso de poder, infração da lei* ou *violação do contrato social*, por parte do gestor da pessoa jurídica.

Como o *dolo não se presume*, adverte Ives Gandra da Silva Martins que se torna obrigatória a apuração, não só da “hipótese dolosa” como também, e necessariamente, da “participação” efetiva nela do terceiro indigitado como responsável tributário, nos termos do art. 135, III, do Código Tributário Nacional (*Seleções Jurídicas*, ADV, jun. 1983, p. 33).

[...]

Entre os casos de gestão autorizadora da aplicação do art. 135, III, do CTN, para permitir execução contra sócio-gerente, a jurisprudência atual arrola a dissolução ou extinção irregular da sociedade devedora. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 101-103)

Superada a questão, quando da dissolução irregular da pessoa jurídica, havendo débitos perante os entes estatais, presume-se, portanto, que o administrador agiu com dolo ao encerrar as atividades sem antes quitar os débitos ou, se for o caso, garantir os valores devidos com a preservação do patrimônio da pessoa jurídica, como ressalta Aliomar Baleeiro, nas palavras de Misabel Abreu:

[...] No entanto, se ocorre a dissolução irregular da sociedade, aqueles que a provocaram por omissão ou ação serão responsabilizados. A presunção é de que todos os sócios são responsáveis, mas trata-se de presunção relativa que admite prova em contrário. (BALEIRO, apud ABREU, 2013, p. 1.151)

Assim, aqueles que, no contrato social ou estatuto, apresentem-se como administradores da pessoa jurídica, sejam eles sócios desta ou não, serão igualmente e pessoalmente responsabilizados pelo inadimplemento do débito tributário, podendo, inclusive, serem inscritos na Certidão de Dívida Ativa como coobrigados.

Nesse raciocínio, quando do procedimento administrativo que apura os créditos tributários não pagos, se verificada a ocorrência de uma das hipóteses descritas no art. 135, III, do CTN, os administradores poderão ser enquadrados como coobrigados do crédito tributário a ser lançado, com posterior inscrição em dívida ativa.

Entretanto, quando já inscrito em dívida ativa e iniciada a execução fiscal contra a pessoa jurídica, se constatada sua dissolução irregular, o administrador ainda sim poderá ser responsabilizado pelo inadimplemento, uma vez que a dissolução irregular foi superveniente ao lançamento do crédito tributário e decorrente do dolo do administrador. Relativamente ao tema, Humberto Theodoro Junior destaca:

Segundo firme entendimento pretoriano, se a execução for iniciada contra a sociedade, é possível, no curso do processo, redirecioná-la para os sócios administradores, quer constem, quer não, os respectivos nomes na certidão de dívida ativa [...]. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p.127)

Por fim, cumpre salientar que a responsabilidade tributária prevista no art. 135, III, do CTN visa assegurar que o administrador da pessoa jurídica não se beneficie de sua própria torpeza, pois, do contrário, seria uma maneira legalmente tolerada de dar o calote nos entes públicos, o que não se pode admitir.

2.2.1. Ex-Sócios

A responsabilização de ex-sócios da pessoa jurídica é, ainda hoje, ponto controverso no Direito Tributário, tendo em vista que não há disposição legal específica e tampouco há consenso na jurisprudência. A esse respeito, esclarece Eduardo Sabbag:

De um modo geral, vemos o atual panorama decisório com certas reservas, uma vez que a oscilação de entendimento nas Turmas do STJ – com ementas e veredictos que se sucedem, ora em um sentido, ora em outro, e em um mesmo período – desestabiliza as relações e fertiliza a insegurança jurídica. (SABBAG, 2017, p. 1.054)

Mister salientar que a controvérsia se apresenta quando há necessidade de delimitação do contexto em que se pode responsabilizar o sócio no caso de dissolução irregular. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior entende que deverá ser responsabilizado o sócio que compõe o quadro societário quando da ocorrência de dissolução irregular:

[...] o redirecionamento da execução fiscal deve recair sobre o sócio-gerente à época da dissolução irregular. Isto porque o “pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular ou em ato que presuma sua ocorrência – encerramento das atividades empresariais no domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes (Súmula 435/STJ) –, pressupõe a permanência do sócio na administração da sociedade no momento dessa dissolução ou do ato presumidor de sua ocorrência, uma vez que, nos termos do art. 135, *caput*, III, CTN, combinado com a orientação constante da Súmula 435/STJ, o que desencadeia a responsabilidade tributária é a infração de lei evidenciada na existência ou presunção de ocorrência de referido fato” (STJ, 2ª T., REsp. 1.520.275/SP, Rel. Min. Og Fernandes, ac. 16-6-2015, *DJe* 23-6-2015. No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. 1.539.851/BA, Rel. Min. Og Fernandes, ac. 18-8-2015, *DJe* 28-8-2015). (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 120-121)

Em contrapartida, a respeito do tema, a primeira Turma do STJ firmou entendimento admitindo que, para possível redirecionamento da execução fiscal, o sócio deveria figurar no quadro societário com poderes de gerência à época do fato gerador e, concomitantemente, à época da dissolução irregular. Nesse sentido é o voto do Ministro Relator Olindo Menezes, nos autos do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 648.070/SC (BRASIL, 2015):

No que se refere à dissolução irregular, o exercício de gerência, por si só, não é o bastante para ensejar a responsabilidade pessoal dos sócios.

[...] Nesse diapasão, “o pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da sociedade executada, pressupõe a permanência de determinado sócio na administração da empresa no momento da ocorrência dessa dissolução, que é, afinal, o fato que desencadeia a responsabilidade pessoal do administrador. Ainda, embora seja necessário demonstrar quem ocupava o posto de gerente no momento da dissolução, é necessário, antes, que aquele responsável pela dissolução tenha sido também, simultaneamente, o detentor da gerência na oportunidade do vencimento do tributo. É que só se dirá responsável o sócio que, tendo poderes para tanto, não pagou o tributo (daí exigir-se seja demonstrada a detenção de gerência no momento do vencimento do débito) e que, ademais, conscientemente, optou pela irregular dissolução da sociedade (por isso, também exigível a prova da permanência no momento da dissolução irregular)” (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1009997/SC, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe 4/5/2009 e AgRg no AG 1244276/SC, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 04/03/2015).

Nessa linha, o acórdão recorrido, ao decidir que a responsabilidade pelo pagamento do tributo não deve ser suportada por sócio que, embora tenha exercido a gerência da pessoa jurídica no momento dos fatos geradores, não permaneceu na sociedade ao tempo da dissolução irregular, está em consonância ao atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Já a segunda Turma do STJ firmou entendimento no mesmo sentido de Humberto Theodoro Júnior, afirmando que deve ser responsabilizado o sócio-administrador que figurava no quadro societário quando da dissolução irregular, sendo irrelevante sua presença quando do fato gerador. Conforme tal entendimento é o voto do Ministro Relator Herman Benjamin nos autos do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 53.560/SC (BRASIL, 2016):

Desse modo, não constituindo a mera falta de pagamento do tributo fato que acarreta, por si só, a responsabilidade do sócio e estando incontroverso no acórdão embargado que, à época da dissolução irregular da sociedade, o ora embargante não figurava como sócio-gerente, é incabível o redirecionamento do executivo fiscal contra ex-sócio tão somente porque era gerente ao tempo do fato gerador, se ele já não o era quando da dissolução irregular.

É que a responsabilidade pessoal do administrador em casos tais não decorre da ausência de pagamento do débito per se, mas da própria dissolução irregular, que não se lhe pode imputar.

Com efeito, o redirecionamento da execução fiscal, na hipótese de dissolução irregular da sociedade, pressupõe a permanência do sócio na administração da empresa ao tempo da ocorrência da dissolução. (grifos do autor)

Diante de tamanho impasse, em 2017, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial 1.645.333/SP, decidiu delimitar a referida controvérsia, para fins de afetação da matéria ao rito dos recursos repetitivos, cadastrado o Repetitivo sob o número 981, a aguardar julgamento quanto à questão, *in verbis*:

À luz do art. 135, III, do CTN, o pedido de redirecionamento da Execução Fiscal, quando fundado na hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), pode ser autorizado contra: (i) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), e que, concomitantemente, tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador da obrigação tributária não adimplida; ou (ii) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), ainda que não tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido.

Dessa forma, até decisão definitiva do Recurso Especial com repercussão geral supramencionado, o ex-sócio poderá ser responsabilizado nos casos em que figurar como corresponsável na CDA ou, ainda, quando estiver na administração da pessoa jurídica à época da dissolução irregular, ficando a cargo dos juízos o entendimento acerca da necessidade ou não da presença do sócio à época do fato gerador.

2.3. Do redirecionamento da execução fiscal nos casos de dissolução irregular

Quando da inscrição em Dívida Ativa, caso já constatada alguma das hipóteses do artigo 135 do CTN, as Fazendas podem incluir os administradores da pessoa jurídica como coobrigados ao pagamento do débito tributário, sendo a execução ajuizada em face de todos os obrigados e coobrigados.

Nesse caso, ao ser inscrito o administrador em dívida ativa, presume-se que a ele já foi possibilitada a comprovação de que não houve excesso de poder ou infração a lei decorrentes de sua administração que ensejaram o inadimplemento do crédito tributário, conforme ensina Leandro Paulsen:

[...] tendo em conta que se cuida de responsabilidade pessoal decorrente da prática de ilícito, impende que seja apurada não apenas a ocorrência do fato gerador, mas também a ocorrência do próprio ilícito que faz surgir para o terceiro a obrigação de responder pelo débito. Ou seja, o pressuposto de fato específico da responsabilidade tem de ser devidamente apurado administrativamente, oportunizando-se ao suposto responsável o direito de defesa já na esfera administrativa. (PAUSEN, 2012, p. 976)

Assim, tendo em vista que já foi oportunizada a impugnação administrativa do lançamento, no caso de redirecionamento da execução fiscal de sócio-administrador que se encontra inscrito em CDA, é desnecessária a comprovação de alguma das hipóteses do artigo 135, III, do

CTN pelas Fazendas, haja vista o fato de o título que embasa a execução fiscal ser revestido de presunção de certeza e liquidez. Entretanto, a “[...] liquidez da certidão de dívida ativa não inibe o executado de questionar a existência e validade do lançamento tributário, uma vez que se trata de presunção legal apenas *juris tantum*” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 74), cabendo ao administrador a desconstituição de tais presunções, nesse caso.

Por outro lado, quando o encerramento das atividades é fato superveniente à execução e, portanto, não havendo a inclusão dos administradores em dívida ativa, para que ocorra o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-administradores, é necessária a comprovação pela Fazenda de ocorrência de uma das hipóteses previstas no artigo 135, III, do CTN, no qual se enquadra a dissolução irregular da pessoa jurídica, em consonância com os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior:

Se para propor a execução fiscal contra o sócio que já figura na CDA, ou para redirecionar a execução contra ele, a Fazenda credora não precisa explicar, desde logo, como se estabeleceu a corresponsabilidade, muito diferente é a condição de redirecionamento contra quem não tem o nome na CDA. “Nesses casos – sublinha o STJ –, embora configurada a legitimidade passiva (CPC, art. 586, VI) [NCPC, art. 779, VI], caberá à Fazenda exequente, ao promover a ação ou ao requerer o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das situações, previstas no direito material, como configuradoras da responsabilidade subsidiária” (STJ, 1ª T., REsp 545.080/MG, cit.).

Como nosso direito processual civil adota o sistema da substanciação do pedido, não basta ao Fisco invocar genericamente a violação à lei, ou ao contrato social. É indispensável enunciar, explicitamente, o fato ou os fatos concretos através dos quais a violação se consumou (NCPC, art. 319, III). Sem esses dados claramente declarados, o sócio não tem como exercer, proficuamente, o contraditório e ampla defesa assegurados pelo art. 5º, LV, da Constituição. A petição de redirecionamento, portanto, apresenta-se inepta (NCPC, art. 330, § 1º, I). (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 130)

Nesse ínterim, o redirecionamento da execução fiscal contra os administradores pelo encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica encontra arrimo na Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2010a), que solidificou o entendimento de que “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

Aqui, cabe acentuar que o fato autorizador do redirecionamento não é o mero inadimplemento do tributo, e sim o encerramento irregular das atividades, uma vez que é este o fato configurado como infração a lei. Leandro Paulsen reforça, ainda, que o mero inadimplemento de obrigação tributária “[...] diz respeito à atuação normal da empresa, inerente ao risco do negócio, à existência ou não de disponibilidade financeira no vencimento, gerando exclusivamente multa moratória a cargo da própria pessoa jurídica” (PAULSEN, 2017, p. 226). E, nesse sentido, é o teor da Súmula 430 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2010b), na qual fixou-se o entendimento de que “[...] o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

Superada a questão, extrai-se que o redirecionamento da execução fiscal independe de inscrição prévia do administrador em dívida ativa, visto que, em ambos os casos, a Fazenda deverá comprovar o cometimento de ato com excesso de poder ou infração de lei. O que difere, entretanto, é que, no primeiro caso, a comprovação é realizada de forma administrativa e unilateral, podendo a Fazenda ajuizar a execução fiscal diretamente contra a pessoa jurídica e os coobrigados inscritos na CDA, cabendo ao responsável a prova em contrário. Já no segundo caso, a Fazenda deverá comprovar no bojo dos autos da execução, dependendo, portanto, de autorização judicial para inclusão dos administradores no polo passivo.

3. DA TEORIA DA *ACTIO NATA* E A EXECUÇÃO FISCAL

3.1. Definição da teoria da *actio nata* e a origem da aplicação na execução fiscal

Actio nata, do latim “nascimento da ação”, diz respeito ao marco inicial do direito subjetivo de ajuizar uma ação ante o conhecimento da violação de um direito material. Por derradeiro, a Teoria da *Actio Nata* refere-se ao termo *a quo* do nascimento da pretensão da ação, bem como ao marco inicial da prescrição dessa pretensão, uma vez que, somente com a origem daquela é que se inicia, também, o prazo prescricional para o indivíduo exercer esse direito perante o Judiciário.

Para surgir a pretensão da ação, é necessário que, em primeiro lugar, exista um direito e que este, posteriormente, seja violado. Segundo a Teoria da *Actio Nata*, configurada essa violação do direito material, surge o direito de ajuizar a ação e, com ele, inicia-se o prazo prescricional. Observe-se que não pode a contagem do prazo prescricional iniciar-se antes do conhecimento da parte de que ocorreu a violação do seu direito.

Nesse sentido, leciona Tartuce:

[...] constata-se que a lei, a jurisprudência e a própria doutrina têm levado em conta esse *conhecimento* para os fins de fixação do termo *a quo* da prescrição, construindo uma teoria da *actio nata* com *viés subjetivo*. Nessa esteira, José Fernando Simão expõe que, “contudo, parte da doutrina pondera que não basta surgir a ação (*actio nata*), mas é necessário o conhecimento do fato. Trata-se de situação excepcional, pela qual o início do prazo, de acordo com a exigência legal, só se dá quando a parte tenha conhecimento do ato ou fato do qual decorre o seu direito de exigir. Não basta, assim, que o ato ou fato violador do direito exista para que surja para ela o exercício da ação. Já aqui mais ‘liberal’, exige a lei o conhecimento pelo titular para que, só assim, se possa falar em ação e também em prescrição desta. (TARTUCE, 2017, p. 210)

Entretanto, no Direito Tributário, a Teoria da *Actio Nata* não foi adotada pela maioria dos tribunais, que seguem a tese de que a citação do devedor principal interrompe a prescrição para os demais, devendo o redirecionamento ser pleiteado pelo Fisco em até cinco anos da data da citação da pessoa jurídica (EDcl no AgRg no Ag 1272349/SP, 2010). O Código Tributário Nacional não indicou prazo específico para o redirecionamento da execução fiscal nos casos previstos em seu art. 135, II, sendo que, de forma predominante, a doutrina e a jurisprudência considera-

ram que, como forma de garantir a segurança jurídica para as partes interessadas, o prazo seria o mesmo que o Fisco possui para ajuizar a execução fiscal contra o devedor.

Nesse sentido, conforme bem observa Rodolfo Botelho Cursino, apesar de não ter sido sedimentado pelo CTN o termo inicial da referida prescrição, antes da edição da Súmula 430 do STJ, a falta de tal previsão e aplicação do entendimento ainda adotado nos dias de hoje não afetava tão intensamente o redirecionamento da execução. O mero inadimplemento do tributo por si só configurava infração a lei e, conseqüentemente, uma das hipóteses de responsabilização do sócio-administrador da pessoa jurídica, nos termos do art. 135, III, do CTN (CURSINO, 2017). Desse modo, quando a pessoa jurídica deixava de pagar o tributo, a Fazenda já tinha ciência da violação do seu direito e, assim, nascia não só o direito de executar a pessoa jurídica, mas de executar também os responsáveis tributários, uma vez que ambos haviam infringido o direito do Fisco ao não pagar o tributo em tempo próprio.

De tal maneira, o prazo prescricional para redirecionar a execução fiscal contra o sócio-administrador iniciava-se com a citação da pessoa jurídica para realização do pagamento do tributo nos autos da execução fiscal. Referente a tal entendimento é o voto do Ministro Castro Meira, nos autos do Recurso Especial 975.691/RS:

[...] A pretensão da Fazenda em ver satisfeito seu crédito, ainda que por um pagamento realizado por um dos responsáveis tributários elencados no art. 135 do CTN, e não pelo contribuinte, surge com o inadimplemento da dívida tributária após sua regular constituição.

Não há que se falar do transcurso de um prazo em relação ao contribuinte e outro referente ao responsável, pois ambos têm origem no inadimplemento e se interrompem, também conjuntamente, pelas causas previstas no art. 174 do CTN. O argumento de que é necessário constatar a existência de uma causa que possibilite a responsabilidade tributária para só, a partir de então, ser pedido o redirecionamento da execução para o sócio e com o deferimento desse se iniciar o prazo prescricional para citar o sócio não deve ser admitido, ao menos por duas razões.

Primeiro porque, para se responsabilizar, nos termos do art. 135, III, do CTN, o sócio da pessoa jurídica pelo pagamento de dívida tributária, não é necessário que a prova de ter ele agido com dolo, fraude, contrário à lei, contrato ou estatuto social seja produzida nos autos do processo de execução fiscal ajuizado contra a empresa. [...] O outro motivo para refutar a tese do recorrente é que, caso fosse essa admitida, se estaria permitindo que processos de execução permaneçam nos cartórios dezenas de anos, podendo ser reiniciados contra os responsáveis tributários, pois, só então, a Fazenda Pública afirmaria ter encontrado prova de que sócio incorrera em uma das situações previstas no art. 135 do CTN.

Entretanto, com a edição da Súmula 430 do STJ, uniformizou-se o entendimento de que o mero inadimplemento não mais constituía infração a lei e, portanto, o Fisco deveria comprovar nos autos a prática de ato com infração de lei ou excesso de poderes. Nesse raciocínio, para cada execução fiscal, agora é possível que uma das hipóteses elencadas no art. 135, III, do CTN ocorra em um tempo diferente, não sendo mais uniforme tal como era anteriormente à edição da Súmula 430 do STJ.

Não obstante, e em que pese a Súmula 430 do STJ, o termo inicial da prescrição para o redirecionamento continuou sendo o mesmo, qual seja, cinco anos, a contar da citação do devedor originário, como aponta Rodolfo Botelho Cursino:

Ocorre que, com o passar do tempo, após diversas decisões, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Súmula 430, consolidou o entendimento no sentido de que o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente. Não obstante referida mudança de entendimento, o Egrégio STJ e grande parte da doutrina continuou a aplicar a tese de que a citação do devedor originária interromperia a prescrição para o responsável tributário, devendo o Fisco pleitear o redirecionamento e o responsável ser devidamente citado em até cinco anos a partir do marco citatório inicial, inclusive em se tratando de dissolução irregular. (CURSINO, 2017, p.8)

Com isso, parte dos créditos perseguidos pelas Fazendas por meio das execuções fiscais não são mais satisfeitos, visto que muitas vezes o Fisco só toma conhecimento da ocorrência de alguma das hipóteses que lhe autorizam o redirecionamento após decorrido o prazo prescricional.

Nesse contexto, parte da jurisprudência passou a aplicar a Teoria da *Actio Nata* para redirecionar a execução fiscal contra os responsáveis tributários, a fim de resguardar o direito das Fazendas Públicas.

3.2 Aplicação da Teoria da *Actio Nata* no redirecionamento da execução fiscal aos administradores da pessoa jurídica nos casos de dissolução irregular

Apesar de as Fazendas Públicas possuírem mecanismo próprio para execução dos seus créditos tributários, a execução fiscal não garante a elas que tais créditos sejam satisfeitos, ainda mais na ocasião em que o contribuinte se trata de pessoa jurídica que, por qualquer que seja o motivo, se dissolve de forma irregular, dificultando ainda mais a cobrança dos valores devidos ao erário.

Uma vez caracterizada a hipótese que autoriza o redirecionamento da execução fiscal aos administradores da pessoa jurídica, a Teoria da *Actio Nata* visa resguardar ao ente estatal a utilização de tal mecanismo, na medida em que o entendimento hoje adotado escusa muitos responsáveis tributários de seu dever de quitar os tributos.

Conforme já mencionado, aplica-se o entendimento de que o prazo para o redirecionamento da execução fiscal é de cinco anos, a contar da data da citação da pessoa jurídica, sendo irrelevante a data em que ocorreu a hipótese autorizativa do redirecionamento da execução fiscal.

Entretanto, tal entendimento é falho na medida em que não considera que os casos elencados no art. 135, III, do CTN possam ocorrer após o decurso de cinco anos da citação da pessoa jurídica, aspecto sobre o qual ensina Tartuce:



Em se tratando de direito disponível no qual não houve negligência ou inércia do titular do direito que desconhecia a existência do próprio crédito e, portanto, a possibilidade de exercício da pretensão, o prazo prescricional só se inicia com o efetivo conhecimento. A afirmação do autor [José Fernando Simão] de que a prescrição da ação começa, então, imediatamente após a perpetração do delito, pois há negligência desde que a pessoa lesada demore em propor a ação, não reflete a realidade, mormente em tempos atuais de danos múltiplos que só são conhecidos com o passar do tempo”. (TARTUCE, 2017, p. 210)

Para melhor exemplificar, considere que uma empresa em funcionamento regular deixou de pagar um tributo e, após esgotadas as vias alternativas, está sendo executada pelo ente do qual é devedora. Iniciada a execução da empresa devedora, o oficial de justiça a cita e procede à penhora do imóvel-sede da empresa. Decorridos cinco anos da citação, o oficial de justiça vai até o seu domicílio fiscal para proceder à avaliação do imóvel penhorado, visando posterior arrematação. Nesse momento, o oficial de justiça certifica que a empresa não mais funciona naquele local ou, ainda, que encerrou suas atividades há cerca de um ano.

Na situação narrada, a empresa encerrou as atividades quatro anos após sua citação, tendo o Fisco tomado conhecimento somente após efetivada a prescrição, segundo o atual entendimento jurisprudencial e doutrinário. Observe que o mesmo aconteceria se, por exemplo, a empresa tivesse encerrado as atividades após cinco anos da sua citação.

Nesse ínterim, o que marca o início do prazo prescricional para a atual jurisprudência é a citação da pessoa jurídica, e não a ocorrência de um dos casos previstos no art. 135, III, do CTN ou o conhecimento da ocorrência desse casos pelo Fisco.

Assim, mesmo caracterizada a dissolução irregular, nos termos da Súmula 435 do STJ, o Fisco não mais poderia se valer do redirecionamento da execução fiscal contra os administradores da empresa devedora, uma vez que a prescrição já teria se operado em razão de ser contada a partir da citação da empresa devedora. Com isso, o Fisco não consegue satisfazer seu crédito, ainda que não tenha agido com desídia.

Não obstante, o encerramento irregular da pessoa jurídica é algo recorrente, que acarreta enormes prejuízos ao erário, uma vez que ao Fisco não é possível fiscalizar todas as empresas que estão sendo executadas para apurar tais encerramentos irregulares. Cabe aqui ressaltar que a comunicação da mudança de domicílio fiscal ou do encerramento das atividades é dever do contribuinte e não do Fisco, conforme Súmula 435 do STJ.

Acerca do tema, explica Simão:

[...] Não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular – *cum contra desides homines, etsui juris contentores, odiosa exceptiones oppositae sunt* –, não se compreende a prescrição sem a negligência, e esta certamente não se dá, quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação (2011, p. 279-280, apud TARTUCE, 2017).

Nessa toada, o Fisco acaba por ser duplamente penalizado, não recebendo seu crédito a tempo e modo, bem como não podendo cobrá-lo do responsável, ainda que não tenha agido com desídia. Com isso, além de se materializar prejuízo recorrente ao erário, de certa forma, incentiva-se o encerramento irregular das empresas e a perpetuação da má-fé nas obrigações tributárias.

Nesse raciocínio, a aplicação da Teoria da *Actio Nata* se afigura mais justa, diante do princípio da boa-fé, sendo que, no caso supracitado, “[...] apenas com a certificação da dissolução irregular é que se constatou a prática do ilícito, surgindo, neste momento, à Fazenda Pública, o interesse e o direito em redirecionar o feito” (CURSINO, 2017, p. 9). O prazo prescricional começaria a correr somente quando da certificação do oficial de justiça nos autos da execução de que a empresa foi encerrada de forma irregular, ou seja, a partir da juntada da certidão do oficial de justiça, o Fisco teria mais cinco anos para requerer o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-administrador.

A aplicação de tal teoria resolveria as situações mais conflitantes, tanto aquela em que o Fisco toma conhecimento somente após o decurso de cinco anos desde a citação da empresa, quanto no caso de a hipótese que autoriza o redirecionamento da execução fiscal ocorra após esse período.

Nos termos da Teoria da *Actio Nata*, é o momento da ciência da lesão do direito que enseja a pretensão do Fisco em redirecionar a execução, não sendo razoável limitar o direito do poder público, já penalizado por não ter recebido o tributo a tempo e modo. Ademais, segundo a citada teoria, é esse o momento em que se inicia a contagem do prazo prescricional. Considerar, portanto, que o termo *a quo* do prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal se inicia antes mesmo do conhecimento da ocorrência de uma das hipóteses elencadas no art. 135 do CTN, em especial a dissolução irregular, e, conseqüentemente, antes do nascimento da pretensão das Fazendas, é no mínimo contraditório.

Nessa acepção, ensina Cláudia Gama Gondim:

[...] ainda que se entendesse ser a prescrição um castigo à negligência, não seria racional admitir que a contagem do lapso prescricional se iniciasse sem a ciência inequívoca do titular do direito violado. Em outras palavras, não haveria prescrição sem negligência, nem negligência sem conhecimento da violação, pois, para que se pudesse considerar o comportamento desidioso, a inércia do titular teria que ser consciente. (GONDIM, 2016)

O entendimento hoje adotado acaba por beneficiar a torpeza do devedor, na medida em que por vezes é utilizado como forma de burlar a execução do Fisco e impedir que este tenha seu crédito satisfeito, dada a má-fé. Nessa lógica, salientam Cristiano Chave de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 622 apud TARTUCE, 2017):

[...] a tese da *actio nata*, reconhecida jurisprudencialmente, melhor orienta a questão. Efetivamente, o início da fluência do prazo prescricional deve decorrer não da violação, em si, de um direito subjetivo, mas, sim, do *conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo respectivo titular*. Com isso, a boa-fé é prestigiada de modo mais vigoroso, obstando que o titular seja prejudicado por não ter tido conhecimento da lesão que lhe

foi imposta. Até porque, e isso não se põe em dúvida, é absolutamente possível afrontar o direito subjetivo de alguém sem que o titular tenha imediato conhecimento. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 622)

Ademais, frise-se que o instituto da prescrição tem como fundamento a pacificação social, na certeza e na segurança da ordem jurídica, tendo como uma de suas finalidades não perpetuar a execução, visando punir aqueles que agirem com desídia na busca de seus interesses (GONDIM, 2016). Ademais, não é propósito da prescrição impedir o sujeito que já teve seu direito violado de buscar sua preservação e satisfação, tal qual o Fisco faz quando requer o redirecionamento da execução fiscal.

A aplicação da Teoria da *Actio Nata* no redirecionamento da execução fiscal contra os administradores da pessoa jurídica nos casos de dissolução irregular é medida que se impõe no atual cenário do Direito Tributário, visando garantir a efetiva execução do crédito devido ao Fisco.

3.3. Dos argumentos contrários e favoráveis à aplicação da Teoria da *Actio Nata* na execução fiscal a partir de análise jurisprudencial

Conforme já exposto, tendo em vista que o CTN não fixou prazo específico para as Fazendas Públicas exercerem o mecanismo do redirecionamento da execução fiscal nos casos de dissolução irregular, restou para a doutrina e a jurisprudência a fixação de tal prazo. Dessa maneira, surgiu a divergência de quando se daria o termo *a quo* da prescrição desse direito.

Da análise das decisões judiciais proferidas pelos Tribunais de Justiça e Superior Tribunal de Justiça, constata-se que não há entre eles e, sequer, dentro do mesmo órgão, a convergência de entendimento acerca da aplicação ou não da Teoria da *Actio Nata* no caso em estudo. Na praxe jurídica, portanto, o que se verifica são decisões contrárias advindas de um mesmo órgão colegiado, no qual cada turma se posiciona de acordo com suas próprias convicções, atribuindo tanto argumentos favoráveis quanto contrários à aplicação da aludida teoria.

Nesse diapasão, o Ministro Luiz Fux, em atuação pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.273.349/SP, ementou da seguinte forma seu entendimento:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. AUSÊNCIA. OMISSÃO. ACOLHIMENTO PARA ESCLARECIMENTO. EXECUÇÃO. FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA SÓCIOS. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. INÉRCIA. PEDIDO. REDIRECIONAMENTO POSTERIOR AO QUINQUÍDEO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONFIGURADA. INCIDÊNCIA. ART. 174 DO CTN. INAPLICABILIDADE. TEORIA DA “ACTIO NATA.” 1. Os embargos declaratórios são cabíveis em caso de omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 535, II do CPC. 2. O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 3. Todavia, a solução da lide deve ser realizada de modo a restar indubitoso os limites da prestação jurisdicional entregue aos postulantes. Desta feita, são cabíveis os embargos

declaratórios para fins de esclarecimento. 4. O redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei n.º 6.830/80 que, além de referir-se ao devedor, e não ao responsável tributário, deve harmonizar-se com as hipóteses previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal (Precedentes: REsp n.º 205.887, DJU de 01/08/2005; REsp n.º 736.030, DJU de 20/06/2005; AgRg no REsp n.º 445.658, DJU de 16.05.2005; AgRg no Ag n.º 541.255, DJU de 11/04/2005). 4. Desta sorte, não obstante a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, decorridos mais de 05 (cinco) anos após a citação da empresa, ocorre a prescrição intercorrente inclusive para os sócios. 5. In casu, verifica-se que a empresa executada foi citada em 07/07/1999. O pedido de redirecionamento do feito foi formulado em 12/03/2008. Evidencia-se, portanto, a ocorrência da prescrição. 6. A aplicação da Teoria da Actio Nata requer que o pedido de redirecionamento seja feito dentro do período de 5 anos que sucedem a citação da pessoa jurídica, ainda que não tenha sido caracterizada a inércia da autarquia fazendária. (REsp 975.691/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 26/10/2007 p. 355) 7. Embargos declaratórios acolhidos somente pra fins de esclarecimento mantendo o teor da decisão agravada. (EDcl no AgRg no Ag 1272349/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010) (grifo nosso)

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux defendeu a tese de que a prescrição começa a correr quando da citação da empresa executada, de modo a não tornar a dívida fiscal imprescritível. Para o Ministro, é irrelevante a análise de outros aspectos, como a inércia do exequente e a data em que se configurou a hipótese que autoriza o redirecionamento, valendo-se apenas da justificativa da segurança jurídica em prol do executado, segundo a qual a execução fiscal não pode ter caráter *ad eternum*, forçando seu fim a título de prescrição. Em consonância com o entendimento do Ministro Fux, são os acórdãos proferidos nos autos dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1272920/SP do STJ e do Agravo de Instrumento n.º 2252448-39.2017.8.26.0000 do TJSP.

Além disso, o Desembargador Judimar Biber, nos autos do Agravo de Instrumento n.º 1.0024.07.358531-7/001, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, complementou a tese contrária à Teoria da *Actio Nata* no redirecionamento da execução fiscal, sob o argumento de que sua aplicação se daria “[...] sob pena de se permitir que o redirecionamento fique a depender de situações casuísticas, sujeitas apreciação subjetiva do julgador, permanecendo o responsável tributário ao eterno e livre alvedrio do credor” (BRASIL, 2018), bem como que caberia ao credor ser mais diligente na busca pela satisfação de seu crédito.

Lado outro, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1.239.258/SP, em dissonância com o entendimento proferido pelo Ministro Luiz Fux, assim emitiu seu entendimento:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO.

1. O prazo de prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal é de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica.
2. A orientação deste Superior Tribunal de Justiça passou a ser aplicada de forma abs-

trata pelos órgãos jurisdicionais, sem observância das circunstâncias do caso concreto, à luz da ciência jurídica.

3. *A prescrição pressupõe, lógica e necessariamente, violação de direito e, cumulativamente, a existência de pretensão a ser exercida. Na ausência de um único destes elementos, não há fluência do prazo de prescrição.*

4. *Desta forma, não havendo direito violado e pretensão a ser exercida, não tem início a prescrição (art. 189 do Código Civil).*

5. *Decorrência natural é que a orientação do STJ somente é aplicável quando o ato de infração à lei ou aos estatutos sociais (in casu, dissolução irregular) é precedente à citação do devedor principal.*

6. Na hipótese dos autos, a Fazenda do Estado de São Paulo alegou que a Execução Fiscal jamais esteve paralisada, pois houve citação da pessoa jurídica em 1999, penhora de seus bens e realização de quatro leilões, todos negativos. Somente com a tentativa de substituição da constrição judicial é que foi constatada a dissolução irregular da empresa (2006), ocorrida inquestionavelmente em momento posterior à citação da empresa, razão pela qual o pedido de redirecionamento, formulado em 2007, não estaria fulminado pela prescrição.

7. *A genérica observação, pelo órgão colegiado do Tribunal a quo, de que o pedido foi formulado após prazo superior a cinco anos da citação do estabelecimento empresarial é insuficiente, como se vê, para caracterizar efetivamente a prescrição, de modo que é manifesta a aplicação indevida da legislação federal.*

8. Agravo Regimental provido. Determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem, para reexame da prescrição, à luz das considerações acima.

(AgRg no Ag 1239258/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 06/04/2015) (grifo nosso)

Brilantemente, o Ministro Herman, no voto condutor proferido nos mesmos autos, esclarece que deve haver a inércia do exequente depois de concebida sua pretensão de redirecionamento para que seja configurada a prescrição, sendo totalmente plausível a aplicação, portanto, da Teoria da *Actio Nata*. Nestes termos, ressalta o ministro:

[...] se houve prescrição, ou prescrição intercorrente, para a cobrança do crédito tributário do devedor principal, estará fulminada a pretensão de redirecionar a Execução Fiscal para os demais responsáveis tributários. Em contrapartida, enquanto o crédito tributário não estiver fulminado pela prescrição, não será legítimo entender que houve prescrição (original ou intercorrente) para o redirecionamento, afinal, o crédito tributário, que é o mesmo, não pode estar simultaneamente prescrito e não prescrito. Procede, dessa forma, o raciocínio de que, se não houve prescrição quanto ao devedor principal, é porque se reconhece indiretamente que inexistiu inércia da Fazenda Pública – em outras palavras, abandono permanente e duradouro há pelo menos cinco anos –, e, portanto, não seria correto aplicar aquele instituto em relação aos co-responsáveis. (BRASIL, 2015)

Reforça o entendimento do Ministro Herman os acórdãos proferidos nos autos do Agravo em Recurso Especial nº 1.062.571/RS e no Agravo de Instrumento nº 0029089-34.2018.8.21.7000/

RS. Além desses, em consonância com os acórdãos retromencionados, ressaltou o Desembargador Renato Dresch, nos autos do Agravo de Instrumento nº 1.0024.10.706593-0/001 do TJMG:

Se não era possível à Fazenda Pública requerer o redirecionamento da execução em face dos sócios durante o prazo em que a pessoa jurídica encontrava-se ativa, inclusive adimplindo o débito através de parcelamento, não há como cogitar a ocorrência do prazo prescricional quinquenal para o redirecionamento da execução fiscal em face da sócia Valeska Carvalho e Almeida em período anterior ao conhecimento da dissolução irregular da pessoa jurídica. (BRASIL, 2018)

Assim, verifica-se que a jurisprudência ainda não encontrou um consenso, sendo os argumentos contrários à aplicação da Teoria da *Actio Nata* firmados com base na não perpetuação da execução fiscal, na garantia da segurança jurídica e na não subjetividade da prescritibilidade do crédito tributário com relação ao administrador da pessoa jurídica. Por outro lado, os argumentos favoráveis foram firmados com base na imprescritibilidade do crédito tributário com relação ao administrador da pessoa jurídica que ainda não incorreu em algum dos casos previstos pelo art. 135, que origina a pretensão de redirecionar a execução fiscal; bem como na impossibilidade da prescrição do mesmo crédito tributário somente para o coobrigado, sem que esteja prescrito em relação ao devedor principal, uma vez que decorre do mesmo fato: a desídia do Fisco.

4. CONCLUSÃO

Conforme proposto no presente trabalho, a análise doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação da Teoria da *Actio Nata* no redirecionamento da execução fiscal nos casos de dissolução irregular não é finda, tendo em vista que o tema ainda pende de regulamentação. Entretanto, levando-se em conta o conjunto de ideias apresentado, no atual cenário das execuções fiscais, a utilização dessa teoria é medida que se impõe.

Apesar de as Fazendas Públicas possuírem mecanismo próprio para busca da satisfação dos créditos tributários não pagos, na praxe jurídica, a execução fiscal é muitas vezes frustrada em razão do entendimento predominante na atual jurisprudência de que a prescrição é objetiva e não poderia ser relativizado seu marco inicial.

Tal entendimento é, todavia, incentivador de um provável comportamento inidôneo por parte do responsável tributário que usa de tal mecanismo para evitar sua execução, sendo o Fisco impossibilitado de satisfazer seu crédito sem que sequer tenha sido negligente, sendo duplamente penalizando. Além disso, considerar que a prescrição da pretensão do redirecionamento da execução se inicia quando da citação do devedor principal é, em muitos casos, inverter a ordem natural dos fatos – primeiro se dá o nascimento da pretensão para posteriormente ocorrer sua “morte” (prescrição). Considerar a inversão de tal ordem fática seria, no mínimo, ilógico.

Assim, verifica-se que prescrição não pode ser declarada a partir de um ponto fixo e de forma sistemática sem que as execuções fiscais em que seja requerido o redirecionamento possam

ser analisadas caso a caso. Nesse contexto, deve-se observar quando se deu o início da pretensão e se ocorreu a desídia da parte exequente após o início da pretensão, requisitos necessariamente prévios à declaração de eventual prescrição, sob pena de se penalizar duplamente o Fisco.

Outrossim, o redirecionamento da execução fiscal não pode ser requerido antes de consumada uma das hipóteses elencadas no art. 135 do CTN. Dessa forma, não pode ser desconsiderado pelos juristas o limite imposto pela própria lei, que acaba forçando o ente público a requerer o redirecionamento decorridos cinco anos da citação do devedor principal.

Em vista de todos os argumentos apresentados, a Teoria da *Actio Nata* é provavelmente a melhor e mais justa forma de se analisar a prescrição do direito do Fisco de redirecionar a execução. Sem a pretensão, não há como se falar em prescrição, devendo o aspecto objetivo da prescrição – a desídia do Fisco por prazo igual ou superior a cinco anos – ser aplicado na execução fiscal a partir de aspecto subjetivo a ser analisado caso a caso – quando a Fazenda Pública tomou conhecimento do início de sua pretensão.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANDEIRA NETO, Milton. Suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário. In: ANDRADE, Flávia Cristina Moura de; FRANCESCHET, Júlio Cesar; PAVIONE, Lucas dos Santos. (Orgs.). *Exame da Ordem: todas as disciplinas*. 9. ed. Salvador: JusPODVIM, 2018. Direito Tributário. Cap. VIII, p. 1049-1066.

BRASIL. Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 mar. 1964.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Código Tributário. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 out. 1966.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 dez. 1976.

BRASIL. Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set. 1980.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 fev. 2002.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Subsecretaria de Fiscalização da Receita Federal. *Dissolução, Liquidação e Extinção da PJ*. Brasília, DF, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.272.349/SP. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.272.920/SP. Relator: Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 18 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.239.258/SP. Relatora: Eliana Calmon; Relator p/ acórdão: Herman Benjamin. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 06 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 648.070/SC. Relator: Olindo Menezes – Primeira Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 23 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 534.560/SC. Relator: Herman Benjamin – Segunda Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 07 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.062.571/RS. Relator: Herman Benjamin. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 975.691/RS. Relator: Castro Meira. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 out. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.107.732/RS. Relatora: Eliana Calmon. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 07 abr. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 392. *Diário de Justiça*, Brasília, 07 out. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 409. *Diário de Justiça*, Brasília, 25 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 430. *Diário de Justiça*, Brasília, 20 maio 2010b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 435. *Diário de Justiça*, Brasília, 13 maio 2010a.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento 1.0024.10.706593-0/001. Relator: Renato Dresch. *Diário de Justiça Eletrônico*, Belo Horizonte, 23 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento 1.0024.07.358531-7/001. Relator: Judimar Biber. *Diário de Justiça Eletrônico*, Belo Horizonte, 14 maio 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 2252448-

39.2017.8.26.0000. Relator: Silva Russo. *Diário de Justiça Eletrônico*, São Paulo, 15 maio 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70076638774. Relatora: Marilene Bonzanini. *Diário de Justiça Eletrônico*, Porto Alegre, 03 maio 2018.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://yadi.sk/d/IudCEW6k3LzjcU>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CURSINO, Rodolfo Botelho. A Teoria da *Actio Nata* e o redirecionamento da execução fiscal com base na dissolução irregular da sociedade limitada. *Revista da Advocacia Pública Federal - ANAFE*. Brasília, v. 1, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://anafenacional.org.br/seer/revista/article/view/10>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. et al. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodvm, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Substituição. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio de Língua Portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009. p. 1888.

GONDIM, Cláudia Gama. A teoria da *actio nata* e o termo a quo da contagem do prazo prescricional perante o STJ. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 155, dez 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18302>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à lei de execução fiscal: Lei Federal nº 6.830, de 22-09-1980*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PACHECO, José da Silva. Tratado das execuções: execução fiscal. São Paulo: Saraiva, 1976. In: SALOMÃO, Leonardo Rizo. Elementos do processo de execução fiscal. *Revista de Direito Público*, Belo Horizonte: v.1, n. 1, p. 79-106, jan./abr. 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/11583/10279>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

PAULSEN, Leandro. Da noção do lançamento à da formalização. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, nº 29, ano 5, set./out. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=47982>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2011.

PAULSEN, Leandro. *Responsabilidade e Substituição Tributárias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://yadi.sk/d/IudCEW6k3LzjcU>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. *Orientações para elaboração de trabalhos científicos*: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatório entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 2. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2016. Disponível em: <http://portal.pucminas.br/imagedb/documento/DOC_DSC_NOME_ARQUI20160217102425.pdf> Acesso em: 04 abr. 2018.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://yadi.sk/d/IudCEW6k3LzjcU>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

SALOMÃO, Leonardo Rizo. Elementos do processo de execução fiscal. *Revista de Direito Público*, Belo Horizonte: v.1, n° 1, p. 79-106, jan./abr. 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/11583/10279>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

SANTOS JÚNIOR, Brivaldo Pereira dos. *Limites ao poder de emenda à certidão da dívida ativa pela Fazenda Pública*. [S.l.: s.n.], Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521938>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*: comentários e jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://yadi.sk/d/IudCEW6k3LzjcU>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

TOMAZETTE, Marlos. *Curso de Direito Empresarial*: teoria geral e Direito Societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.







.....

TERRA INDÍGENA PRIVADA: MODOS DE AQUISIÇÃO, CONTORNOS JURÍDICOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

.....

PRIVATE INDIGENOUS LAND: ACQUISITION, LEGAL REFERENCES AND CONSTITUTIONAL GUARANTEES

Edson Damas da Silveira¹
Serguei Aily Franco de Camargo²

1 - É Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Roraima desde 1998. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, especialização em Desenvolvimento Regional Sustentável pela Universidade Federal de Roraima (UFRR) e mestrado em Antropologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestrado e Doutorado em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Realizou estágio pós-doutoral em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal, atualmente desenvolvendo nova pesquisa de pós doutoramento no Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA). É professor Titular I do Departamento de Direito da Faculdade Estácio Atual da Amazônia e professor de Direito Indígena do Curso de Direito da Faculdades Cathedral de Boa Vista/RR. É professor-pesquisador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e do Mestrado em Segurança Pública e Direitos Humanos da Universidade do Estado de Roraima (UERR). Tem experiência nas áreas ambiental e indígena, com ênfase na abordagem plural da jusdiversidade e interlegalidade amazônicas. Em razão do exercício profissional, atua também como mediador e conciliador de conflitos socioambientais na mesma região.

2 - Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1992), mestrado em Conservação e Manejo de Recursos, área de concentração Gestão Integrada de Recursos, pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1998), Doutorado em Aquicultura em Águas Continentais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002), pós-doutorado em Ecologia pelo NEPAM/UNICAMP (2004), pós-doutorado em Ecologia pela UNESP/IB - Rio Claro (2012) e pós-doutorado em Agroecologia pela UERR (2017). Atualmente é professor Doutor Nível I na Universidade Estadual de Roraima, professor Titular I, em regime de tempo parcial, do Centro Universitário Estácio Atual (antiga Faculdade Estácio Atual - Boa Vista, RR), no Curso de Graduação em Direito e professor horista



SUMÁRIO: Introdução; 1. Configurações Possíveis de Terra Indígena; 2. Formas de Aquisição da Propriedade Privada por Parte dos Índios; 3. Casuística Amazônica; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa os contornos jurídicos do instituto da terra indígena privada. Discute-se as diversas classificações das terras indígenas no Brasil, assim como as formas originárias e derivadas da aquisição da propriedade. A partir do estudo de caso da comunidade indígena Beija-Flor, situada em Rio Preto da Eva (AM), infere-se que a aquisição de área privada, por indígena ou não indígena, de forma individual ou coletiva, de modo originário ou derivado, desde que destinada ao uso de comunidade indígena, atrai a proteção constitucional conferida às terras indígenas de ocupação histórica e tradicional, conforme seu artigo 231.

PALAVRAS-CHAVE: Terra Indígena Privada. Comunidade Indígena Beija-Flor. Rio Preto da Eva. Amazonas.

ABSTRACT: This paper points out the legal contours of the Private Indigenous Land Institute. It discusses the different classifications of indigenous lands in Brazil, as well as the forms of acquisition of property. Based on the case study of the Beija Flor Indigenous Community, located in Rio Preto da Eva (AM), it is inferred that the acquisition of a private area, by indigenous or non-indigenous, individually or collectively, since destined to the use of indigenous community, attracts the constitutional protection conferred to the indigenous lands of historical and traditional occupation, according to its article 231.

KEYWORDS: Private Indigenous Land. Beija-Flor Indigenous Community. Rio Preto da Eva. Amazon.

das Faculdades Cathedral de Boa Vista, nos cursos de Direito e Psicologia. É também Assessor Jurídico de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Roraima, atuando na área Cível. Foi professor visitante na Universidade Federal de Roraima, atuando no Núcleo de Estudos Comparados da Amazônia e do Caribe (NECAR) e no Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Amazônia (entre 02/2013 e 05/2014), atualmente vinculado como professor colaborador (voluntário) no mesmo centro. Foi professor Adjunto I do Departamento de Direito da Universidade Nilton Lins (2009-2013) e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Aquicultura da mesma Universidade, onde exerceu o cargo de Coordenador de Pesquisa da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação (entre 05/2012 e 10/2012). Foi professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas até dezembro de 2012, na qualidade de colaborador entre julho e dezembro do mesmo ano, onde exerceu a função de Coordenador (entre 07/2009 e 01/2012) acumulando, na mesma época, a função de editor da Revista *Hiléia* (1679-9321). Atualmente é parecerista ad hoc dos Cadernos de Direito UNIMEP (1676-529X), Revista *Acta Amazonica* (0044-5967), da Revista *Veredas do Direito* (2179-8699), da revista *Neotropical Ichthyology* (1679-6225), do *Journal of Scientific Research and Reports* (2320?0227), da *Revista Universitas Scientiarum* (0122-7483), da *Revista de La Asociación Colombiana de Ictiólogos - DAHLIA* (0122-9982), do *Boletim do Instituto de Pesca* (0046-9939/impresso e 1678-2305/virtual), da EDUSP e de diversas revistas internacionais. Tem experiência nas áreas de Direito e Ecologia, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: direito ambiental, direito indígena, ecologia humana e Amazônia.

INTRODUÇÃO

Discutir terra indígena sob o manto da propriedade privada é o propósito deste manuscrito, em vista dos poucos trabalhos existentes no Brasil a esse respeito. Em nossa tradição jurídica, terra indígena significa patrimônio do Estado que, apesar de concedido para uso dos povos originários, ficava a cargo dessa última organização política sua identificação, delimitação, demarcação e homologação na forma de bem da União.

Na esfera internacional, entretanto, terra indígena também é tratada no âmbito de discussão da propriedade privada, sustentada por instrumentos normativos que permeiam o direito internacional, como é o caso da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).³ Além disso, na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), terra indígena também recebe proteção na forma do direito de propriedade em vários de seus julgados⁴, com base nos dispositivos da sua respectiva convenção e segundo a natureza privada da terra indígena reconhecida, por exemplo, nos Estados Unidos da América e no Canadá.⁵

Nesse contexto, infere-se que terra indígena, como aproximação de propriedade, é presente em alguns países, com exceção do encaminhamento dado no Brasil, normalmente como coisa pública, sob a competência exclusiva da União para demarcá-la, protegê-la e fazer respeitá-la.

Fixados tais parâmetros, talvez soe internamente que o indígena ou os povos indígenas não teriam acesso à propriedade privada da terra no Brasil, redundando em grave discriminação quando afastam esses grupos formadores da civilização brasileira do direito de acesso à terra por outras formas de aquisição. Trata-se de um direito fundamental reconhecido internacionalmente e realizável por diversas maneiras, a depender das peculiaridades do caso concreto e mediante aplicação dos diversos instrumentos de aquisição fartamente disponíveis em nosso sistema jurídico.

Esse é o propósito deste trabalho. Firmar terra indígena também como direito de propriedade desses povos e acessada por todos os caminhos permitidos pela legislação civil, destacando-se, ao final, a possibilidade da sua aquisição derivada e segundo regras do mercado, como enfrentado no item específico da casuística amazônica. É no sentido da desconstrução desse imaginário comum que inicia o estudo, apresentando rapidamente outras configurações de terra indígena possíveis em nosso país.

1. CONFIGURAÇÕES POSSÍVEIS DE TERRA INDÍGENA

Também por tradição jurídica no Brasil, convencionou-se imaginar que terra indígena seria matéria privativa da União, pois desde a Carta Magna de 1934 – primeira a mencionar os

3 - Na Convenção nº 169 da OIT, o termo “terras” abrange todo e qualquer ambiente das áreas que esses povos ocupam ou usam para outros fins (art. 13, § 2º), tendo eles o direito à propriedade e à posse sobre as terras tradicionalmente ocupadas (art. 14, § 1º), com a devida proteção à cultura e aos valores espirituais (art. 13, § 1º).

4 - Essa linha jurisprudencial foi inaugurada a partir do julgamento naquela Corte do Caso Mayagna (Sumo) Awás *versus* Nicarágua, disponível no sítio eletrônico da Corte IDH, sentença de mérito, reparação e custas. Série C nº 79, § 13.

5 - Nos julgamentos de que lembramos, é sempre citado o art. 21 do Pacto de San José da Costa Rica, a preceituar resumidamente que todos têm direito ao uso e gozo de seus bens, não podendo ser deles privado, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade ou de interesse social, nos casos e na forma estabelecida em lei.

indígenas – foi atribuído à União a competência para legislar sobre a posse de terras ocupadas permanentemente por indígenas. Repetindo a mesma mensagem, as Constituições de 1937 e 1946 permaneceram com o foco na União quanto ao reconhecimento de terras indígenas até que, com o advento da Carta Militar de 1967, expressamente se transferiu para o domínio da União “as terras ocupadas pelos silvícolas” (BARRETO, 2003).

Nessa linha, a Constituição Federal de 1988 definiu terra indígena como bem da União, competindo-lhe ainda demarcá-las, protegê-las e fazer respeitá-las (art. 20, inciso XI, c/c. o art. 231), não havendo dúvidas atualmente do seu grande protagonismo no que se refere a esses direitos coletivos no Brasil.

Assim, partindo da premissa de que terra indígena não é uma categoria ou descrição sociológica, mas um conceito jurídico definido no Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 10 de dezembro de 1973, atualmente recepcionada em parte pela Constituição Federal de 1988, e com validade no plano administrativo (OLIVEIRA, 1998), pode-se trabalhar com as seguintes definições legais e adaptadas, a saber:

Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

I – as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição;

II – as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título; e

III – as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

Referido dispositivo deve ser interpretado na sua totalidade à luz do que dispõe o art. 231, §§ 1º e 2º, da CF/88, uma vez que na origem da sua concepção legislativa se dirigia ao regime constitucional anterior, mas sem perder de vista a linha da compreensão de que “território indígena”, já naquela época, representava o suporte material das relações sociais, tradições e crenças desses povos originários, porquanto ao se garantir a posse das terras indígenas o valor defendido estaria na sobrevivência física e cultural de cada povo (VILLARES, 2009).

Nessa linha, é que se interpreta o inciso I do aludido art. 17 do Estatuto do Índio, reportando-se a partir dele às terras indígenas conferidas constitucionalmente a esses povos por reconhecimento de direito originário, desde que ocupadas tradicionalmente e habitadas em caráter permanente, sendo utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis ainda à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, destinando-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos nela existentes (art. 231, §§ 1º e 2º, da CF/88).

Significa dizer que na classificação desse primeiro inciso, a terra indígena em espécie se confunde com aquela reputada como propriedade da União e garantida para usufruto exclusivo dos índios no Brasil, conforme a Constituição Federal de 1988. Ou seja, trata de terras indígenas

com sede e natureza constitucional, no modo de bem da União e competindo a ela demarcá-las, protegê-las e fazer respeitá-las, contando para tal finalidade com o braço administrativo da Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

O inciso II do art. 17 traz outra categoria legal de terra indígena, cabendo algumas observações de ordem adaptativa com o vigente texto constitucional. Assim, merecem ser destacadas, quando se subdividiu “áreas reservadas” em “reserva indígena”, “parque indígena” e “colônia agrícola indígena”. Regulando esse peculiar gênero normativo, preceitua o art. 26 do Estatuto do Índio, que a União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e à ocupação pelos indígenas, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.

Conforme Souza Filho (1998, p. 130-131), o direito nesse caso possibilitou reservar terras no Brasil que não estavam ocupadas por esses povos originários, com a finalidade de recuperar, recompensar, aldear, ou sítiar indígenas, oscilando entre dar proteção, integrar como cidadão ou ainda aldear para reprimir. Para o mesmo autor, são terras não indígenas, mas destinadas pela União a eles e revestidas como propriedade desse Ente Federativo que, após processamento administrativo para fins de afetação ou destinação, restarão transformadas em terras indígenas, entregues com todas as suas características, reconhecimento e proteção jurídica.

Essas “áreas reservadas”, segundo parágrafo único do mesmo art. 26 e na dicção da Constituição Federal de 1988, não podem ser confundidas com as terras indígenas constitucionalmente disciplinadas pelo atual artigo 231, abrindo espaço para além delas e prevendo outras configurações possíveis de ocupação do território nacional por aqueles povos na forma de “reserva indígena”, “parque indígena” e “colônia agrícola indígena”, mas tudo sob administração da União na medida em que pode adquirir outros espaços territoriais específicos e, a depender do caso concreto, acomodar comunidades indígenas que não necessariamente eram originários da respectiva região. Em que pese fugir das hipóteses de reconhecimento previstas no art. 231 da Constituição e uma vez destinadas para cumprir tal finalidade, sobre elas passarão também a incidir aquelas mesmas garantias constitucionais, como se fossem de ocupação tradicional (LIMA, 2011).

Em relação aos “parques indígenas” e “colônias agrícolas indígenas”, espécies do gênero “áreas reservadas”, entende-se que não mais produzem repercussão jurídica; pois apesar de terem direcionado políticas indigenistas na época, com o fim prático de desconstituição da natureza definitiva e exclusiva de terra indígena, encontram-se em flagrante inconstitucionalidade com o sistema atual, motivo pelo qual não serão tecidos comentários a esse respeito. Por outro lado, deve-se construir melhor interpretação do que se entende por “reserva indígena”, sua utilidade e extensão prática, principalmente com o advento da nova ordem constitucional de 1988 (SOUZA FILHO, 1998).

Observa-se no art. 27 do Estatuto do Índio, que “reserva indígena é uma área destinada a servidor de *habitat* a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência”. Embora com uma terminologia preconceituosa, essa outra configuração de terra indígena encerra um novo mecanismo que pode ser usado pela União quando as terras tradicionalmente ocupadas e de na-

tureza constitucional se mostrarem insuficientes, bem como com o escopo de se resolver pontual situação de conflito ou mesmo dar ensejo à demanda dos próprios indígenas, evidentemente com a participação deles na discussão e em igualdade de condições com outros povos, na linha emancipatória do art. 19 da Convenção nº 169 da OIT (LIMA, 2011).

Assim, expostas tais possibilidades, pode, em tempos presentes, a União reconhecer validamente duas formas de terras indígenas no Brasil, ora fazendo cumprir os ditames constitucionais do art. 231, ora promovendo aquisição de outros espaços territoriais para assentar determinado povo não originário daquele lugar, a fim do complemento de excepcional política pública. Em ambos os casos, referida área se reveste de bem público, sob o domínio da União, a quem compete proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas, tanto de natureza material quanto imaterial.

Existe em nosso ordenamento jurídico, no entanto, mais uma hipótese normativa a permitir aquisição de terra indígena, prevista no inciso III do art. 17, melhor explicada no art. 32, ambos do mencionado Estatuto; em que se reconhece a propriedade plena do indígena ou da comunidade, sobre as terras havidas por qualquer forma de aquisição do domínio, conforme a legislação civil, inclusive usucapindo, nos termos do art. 33 do próprio Estatuto do Índio. Versam esses artigos sobre propriedade plena e privada dos indígenas, como estabelecido nas leis regedoras da matéria privada e não a terra bem da União (LIMA, 2011).

Assim, seria mera repetição do que vem sendo regulado pelo direito pátrio e uma reafirmação histórica de que os indígenas são pessoas comuns, capazes de adquirir propriedade privada como qualquer brasileiro que, uma vez incorporada ao seu patrimônio, se diferencia dos demais bens imóveis, porque cercados das mesmas garantias inerentes às outras configurações de terras indígenas no Brasil, quais sejam, imprescritíveis, inembargáveis, impenhoráveis, intransferíveis, indisponíveis e inoponíveis, ainda que adquirida por indígena individualmente e destinada para usufruto de toda comunidade (SOUZA FILHO, 1998).

Reitere-se então, que “terras indígenas” - como bem da União - seriam aquelas reconhecidas por direito originário e destinadas ao usufruto exclusivo desses povos, consubstanciando modelo padrão previsto na Constituição Federal; enquanto que “reserva indígena” - também a cargo da União e única recepcionada pela CF/88 como espécie de “área indígena” - se restringe a uma determinada porção de território destinado à posse e ocupação dos indígenas em qualquer parte do país, desde que não fosse aquela terra que tradicionalmente ocupavam e com vistas a atender um específico caso de política pública.

Por outro lado, na categoria de “propriedade privada indígena”, adquirida por qualquer pessoa (indígena ou não) e segundo normas da legislação civil, se compreende aquelas terras havidas para o domínio e uso dos próprios indígenas, não participando dessa transação a União como interveniente, mas em todas as hipóteses antes mencionadas esse mesmo Ente Federado ficará responsável pela garantia dos direitos indígenas que decorrem da sua relação com o respectivo território, devendo protegê-lo e fazer respeitá-lo como patrimônio cultural brasileiro, na forma estabelecida pelos artigos 215 e 216 da Constituição Federal.

A partir desse quadro normativo, sinteticamente relatado, é que se irá aprofundar nessa última hipótese de aquisição, com a especial presença dos indígenas no polo ativo da transação

e como adquirentes de propriedade privada da terra no Brasil, segundo autorizativos legais em vigência, forma e procedimentos a seguir destacados.

2. FORMAS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA POR PARTE DOS INDÍGENAS

Tradicionalmente no Brasil pode-se dizer que aquisição de terras se faz na forma de compra, dado o fundamento da “mercantilização” implantado pela Lei de Terras de 1850 (nº 601), com vistas a impedir homens recém libertos, imigrantes chegados da Europa, e também povos indígenas, de ter acesso a ela em condições sociais de igualdade. Se isso realmente tivesse acontecido, os grandes latifundiários teriam tido forte concorrência na apropriação do território brasileiro, possibilitando a carência de mão de obra barata que lhes serviram por décadas no processo de acumulação de riquezas (SILVA, 1996).

Também o Estatuto da Terra de 1964 (Lei Federal nº 4.504), apesar de definir parâmetros com o fim de regular aproveitamento e efetivação da função social das áreas rurais para, gradativamente, eliminar o latifúndio e o minifúndio; principalmente por meio da reforma agrária, acabou tendo por mérito estimular ainda mais o desenvolvimento da empresa rural capitaneada por empresários e/ou produtores individualistas, a organizarem suas atividades produtivas dentro de parâmetros econômicos e segundo a racionalidade capitalista (MARTINS, 1984).

Mas todo esse esforço ideológico e normativo não teve o condão de afastar os indígenas do mercado e da possibilidade, dentro das suas regras de aquisição mercantilista, de adquirir terras em condições de igualdade com os demais proprietários, como visto anteriormente, na forma dominial permitida pelo inciso III, art. 17, do Estatuto do Índio.

O domínio de que trata esse dispositivo – considerando o negócio com terra - começa a ser adquirido pelos indígenas e nos termos contratuais preconizados pelo art. 481 do nosso Código Civil, quando o vendedor, recebido certo preço em dinheiro, se obriga a transferir a propriedade para o comprador indígena, se for o caso e na forma da aquisição derivada, porquanto transmitido o domínio por ato *inter vivos*, em uma relação com o antecessor e nos moldes de um negócio jurídico (DINIZ, 2015). Essa mesma classificação se repete na hipótese do ato *causa mortis* no âmbito do direito sucessório, como será visto no item seguinte, contendo relato de casuística amazônica.

Concretizado o negócio da maneira derivada, a propriedade da terra somente se perfaz com o registro da escritura de compra e venda junto ao Cartório de Registro Imobiliário, pois, enquanto não efetivada essa formalidade, o alienante continua a ser havido como dono da terra (art. 1.245, § 1º, CC.). Mas segundo o Código Civil, a propriedade imóvel no Brasil pode ser adquirida de maneira originária, quando o indivíduo toma para si o bem sem que este lhe tenha sido transmitido por alguém, não havendo qualquer relação com o titular anterior, como sucede nas hipóteses de usucapião e na aquisição por acessão (DINIZ, 2015).

Dessa última forma, tudo quanto se une ou se incorpora ao bem imóvel fica pertencendo ao seu respectivo proprietário, como alternativa quantitativa ou qualitativa da coisa; melhor

dizendo, resultando no aumento do volume ou do valor do objeto da propriedade devido a forças externas (GOMES, 2012). Para o Código Civil, a aquisição por acessão dar-se-á por formação de ilhas, aluvião, avulsão, abandono de álveo, e por plantações ou construções (arts. 1.248 ao 1.259).

Sem adentrar no mérito ou conceito dessas últimas categorias jurídicas, importa deixar consignado que, uma vez que o proprietário particular de algum imóvel receba tais acréscimos, o indígena também se beneficia dessa apropriação por extensão, cuja reivindicação lhe será permitida na condição de cidadão brasileiro, independentemente de sua etnia e sem precisar se valer de algum novo direito de proteção minoritária.

No entanto, na usucapião como modo de aquisição originária da propriedade imóvel por indígena, a hipótese normativa é outra, extraída do art. 33 do Estatuto do Índio, nos seguintes termos:

O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal". (Grifo dos autores)

Inicialmente, cumpre destacar ser irrelevante a distinção entre “índio integrado” ou não, uma que vez referida classificação deixou de ser constitucional com o advento da CF/88, ao garantir ao indígena o direito de ser, bem como permanecer enquanto tal, independentemente do seu grau de relacionamento com a sociedade envolvente. Mas o artigo destacado acima trata de modalidade especial de usucapião, pouquíssima referida pela doutrina do direito civil (LIMA, 2011). E nessa qualidade, alguns requisitos devem ser preenchidos cumulativamente, a saber:

- 1) coisa suscetível de usucapião, não sendo vedada pela Constituição Federal e muito menos pelo parágrafo único do citado art. 33;
- 2) posse mínima de dez anos consecutivos, tendo a terra como sua, durante aquele prazo;
- 3) condição de indígena, nos termos emancipatórios da Constituição Federal; e
- 4) área inferior a cinquenta hectares.

Apesar dessa peculiar modalidade, os indígenas não deixam de usucapir a propriedade imóvel segundo as demais possibilidades previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro, tais como usucapião extraordinária (art. 1.238, CC.), usucapião ordinária (art. 1.242, CC.), usucapião constitucional rural (arts. 190 e 191 da CF/88, c/c. o art. 1.239, CC.), usucapião constitucional urbano (arts. 183 da CF/88, c/c. o art. 9º da Lei Federal nº 10.257/2001, e art. 1.240, CC.) e usucapião especial urbano coletivo (arts. 10 a 14 da Lei Federal nº 10.257/2001).

Ainda que podendo optar por qualquer daquelas outras hipóteses de usucapião, a modalidade indígena se destaca como de mais fácil configuração aos povos nativos, em que pese ter um período aquisitivo maior do que aquele exigido em relação ao urbano e rural. Acontece que

na permissão do art. 33 do Estatuto do Índio se dispensam certos requisitos exigidos naqueles dois últimos, como, por exemplo, a prova de se tornar produtiva a terra mediante o emprego do trabalho que, na cultura de certos povos indígenas, pode haver dificuldade de se demonstrar tal exigência como categoria econômica relacionada à “produtividade” (LIMA, 2011).

Mas havendo a possibilidade cumulativa de outra espécie de usucapião, obviamente que os indígenas podem escolher aquela que provenha com mais vantagem ou facilidade, a seu arbítrio e nos termos permitidos pela legislação vigente. E, retomando a hipótese da aquisição derivada, no item seguinte será exposto caso concreto em território Amazônico, suas nuances e problematização jurídica.

3. CASUÍSTICA AMAZÔNICA

A casuística amazônica é rica em exemplos de “regionalismos jurídicos”, agregando também grande porção de terras indígenas regularmente demarcadas e homologadas (SILVEIRA & CAMARGO, 2014). Não se pretende adentrar na tipologia dessas terras, tanto aquelas antigas previstas no Estatuto do Índio como as alterações ocorridas após a edição da Constituição Federal de 1988. Por ora, interessa registrar que a origem dessa terra provenha do mercado; adquirida por negócio privado e transferida para os indígenas na forma permitida pela legislação civil vigente; fora do espectro protetivo e fundante do indigenato⁶. Como são raras essas hipóteses, elegeu-se um caso particular de análise, percorrendo-se todas essas etapas e que no final teve por mérito acomodar morada de indígenas na Região Amazônica.

Exemplo desse peculiar encaminhamento é o caso da Aldeia Beija-Flor, terra indígena privada situada no município de Rio Preto da Eva, no Estado do Amazonas. A origem dessa terra foi relatada por Farias Júnior (2009) em obra resultante de longo período de convivência local, que se estendeu entre 2003 e 2008, quando a Lei Municipal nº 302, de 29 de outubro de 2008, sancionou deliberação da Câmara Municipal desapropriando dois imóveis urbanos (o primeiro com 370 ha. e o segundo com 41,63 ha.), destinando respectivas áreas aos moradores, agricultores e demais posseiros existentes nas glebas. O segundo imóvel ficou destinado aos indígenas da Comunidade Beija Flor, que lhe conferiu o nome.

De acordo com o mesmo autor, a história da ocupação indígena no local é muito singular e talvez única no histórico agrário do Brasil. A terra pertencia a um comerciante americano erradicado em Manaus (Richard Melnik), falecido em 2002 e sem deixar herdeiros conhecidos. Esse mesmo estrangeiro teria chegado à Capital Amazonense entre os anos de 1970 e 1980, estabelecendo um comércio conhecido no centro da cidade por “Casa do Beija-Flor”, com foco na venda de artesanato produzido por indígenas de diversas etnias. Por meio de levantamento realizado na correspondência e notas fiscais daquele estabelecimento, apurou, Farias Júnior (2009), que boa

6 - Instituto previsto em nosso ordenamento jurídico desde edição do Ato Institucional nº 01, de 1º de abril de 1968, e recepcionado expressamente pela nossa CF/88 no caput do artigo 231, segundo interpretação do STF no julgamento da Terra Indígena Serra do Sol, para quem o direito dos índios às suas terras é de feição originária, congênita, primária e natural, subsistindo antes mesmo da existência e instituição do próprio Estado, razão pela qual a elas não se aplicam as regras de aquisição prevista em nossa legislação civil (SILVEIRA, 2010).

parte do artesanato estaria sendo destinado ao exterior, atendendo-se pedidos de clientes e com valor agregado por ser originário de povos Amazônicos.

A história da formação dessa comunidade começa no ano de 1994, quando Melnik comprou uma área de terra no Município de Rio Preto da Eva, região metropolitana de Manaus, contando inicialmente com 81,20 ha. Nesse local, decidiu “montar artificialmente” uma comunidade indígena, composta por indivíduos de diversas etnias convidados pelo referido proprietário, para ali não apenas residirem, mas, sobretudo, produzirem artesanato destinado ao abastecimento de seu comércio em Manaus, com produtos também encaminhados para o exterior, como antes constatado.

Não dito isso nos resultados da pesquisa exploratória, infere-se que a empreitada se prestava muito mais para ativar negócios e promover renda para a empresa criada do que propriamente se compadecer pela situação indígena na região ou mesmo atender uma demanda por território daqueles povos originários. Parece que a ideia inicial sempre foi voltada ao empreendimento econômico e privado, assentado em um projeto de instituir uma espécie de produção em série localizada e alimentada pelo ofício próprio dos indígenas, na qual todos ganhariam dinheiro com o produto final das vendas.

Com o passar do tempo, esse tipo de “fábrica de artesanato” inventivamente adaptada evoluiu e o grupo de indígenas produzindo, morando e se relacionando no mesmo local também cresceu, formando entre eles – apesar das diferentes etnias, línguas e valores culturais diversos – um senso comunitário ímpar. Essa convivência estabelecida entre eles por conveniência econômica acabou por instituir íntima relação desses diversos indígenas com aquele meio local bem definido, ressignificando a propriedade privada sob o domínio de Melnik como um novo território indígena, compreendido etnicamente, pois na cultura desses povos a propriedade privada da terra não se perdura na mão de uma única pessoa, ainda mais quando sobre ela se estabelecem vínculos emocionais, familiares e de produção tradicional.

Relata Farias Júnior (2009) que diante do convívio permanente e se estreitando os laços de afetividade com aquela terra, os indígenas – ainda que de diferentes etnias e inicialmente desconhecidos entre si – passaram a desenvolver nova identidade, revelada agora pela necessidade de oposição a turbacões sofridas na área após a morte de Melnik, quando muitas demandas e reivindicações pela posse surgiram, principalmente tendo não indígenas fomentando o conflito. Ao sentirem-se os legítimos herdeiros do patrimônio de Melnik, comprado especificamente para acomodá-los e produzir artesanato para sustentar o negócio do estrangeiro, os indígenas da Comunidade Beija-Flor uniram-se na luta pela terra, se identificando como pertencentes àquele grupo e ligados entre si por uma causa coletiva.

Foi justamente o senso comunitário e a etnovisão desse território que levou o Poder Público Municipal a desapropriar referida área para destiná-la a acomodação definitiva da Comunidade Indígena Beija-Flor, criando mecanismo inédito de identificação e destinação de área privada para fins de terra indígena institucionalizada. Como não puderam herdar individualmente a propriedade privada deixada por Melnik, segundo normas gerais da legislação civil, houve por bem esse Ente Federativo investir na causa e assim lhes repassar a propriedade por título coletivo de domínio privado.

Interessante observar que, diferente do normalmente acontecido para as hipóteses des-

critas como de direito sucessório, no caso em tela houve uma delimitação e destinação prévia de terra indígena sem qualquer vício de consentimento, circunscrita em razão de sua própria história e revelada sobre uma propriedade privada adquirida por terceiro com o fito de abrigá-los, na proposta de que seria sua nova morada. Posteriormente, e pelo fato da morte de Melnik, coube a necessária intervenção da municipalidade em desapropriar a área (de natureza jacente e disputada judicialmente por atores externos), para entregá-la a determinado grupo étnico multicultural integrado e coeso, refletindo uma alteridade desenvolvida principalmente em oposição aos outros não indígenas também demandantes pela mesma terra.

Essa criativa forma de resolução de conflito e discernimento do Poder Público proporcionou um atalho à ocupação tradicional da terra indígena, como preconizado pela sua natureza constitucional. No entanto, essa substituição no modo de aquisição pela via civil de uma propriedade imobiliária privada não lhe retira o caráter de terra indígena, como se conclui.

4. CONCLUSÃO

A casuística Amazônica aponta, portanto, para uma hipótese não costumeira de terra indígena provinda das regras do mercado, adquirida por modo derivado: herança jacente destinada pelo Estado ao grupo residente. Observa-se que inicialmente, tratou-se de negócio privado, mas ao final a terra foi transferida aos indígenas para morada coletiva e permanente; permitindo que desenvolvam atividades produtivas e possam se reproduzir física e culturalmente, segundo seus usos, costumes e tradições.

Em vista dessa especial finalidade social, e depois de incorporada definitivamente à esfera de patrimonialidade dos indígenas, essa propriedade imóvel passa a receber tratamento de ordem pública, não mais se regendo pelas regras do direito privado, como visto e interpretado na sua anterior fase de aquisição.

É que se estabelecendo nela determinada comunidade ou povo indígena, como relatado, esse local ocupado por um grupo formador da sociedade brasileira se transmuda – conjuntamente com os respectivos bens materiais e também imateriais lá interagidos – em patrimônio cultural brasileiro, à luz do que se dispõe no art. 216 da Constituição Federal.

Por essa natureza, suas formas de expressão, assim como os seus modos de criar, fazer e viver dentro daquela área (art. 216, incisos I e II, da CF/88), restarão doravante protegidos pelo Estado Brasileiro na linha garantista estabelecida pelo art. 231 da Constituição Federal, competindo à União fazer respeitar todos esses bens, neles incluídos a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Essas garantias constitucionais, reforçadas pelo compromisso estatal imposto pelo art. 215 da CF/88, vieram para proporcionar o pleno exercício dos direitos culturais dentro daquele território de uso coletivo, razão pela qual a manutenção da terra haverá de ser mantida fora do comércio, gravada pelas cláusulas da inalienabilidade e indisponibilidade, por homenagem a esse patrimônio cultural brasileiro que, apesar de adquirido pelo modo privado das coisas, permanece terra indígena indispensável à sobrevivência daquele povo originário.

O estudo de caso brevemente relatado ilustra a necessidade de se pensar a instituição de terra indígena sob outra perspectiva teórica e legal, guardadas as devidas particularidades, para atender a demandas que exorbitaram o imaginário do constituinte originário, uma vez que não se previu expressamente na CF/88, outras possibilidades de se assegurar o território tradicional daqueles povos senão na forma de patrimônio da União.

Contudo, e por se tratar de direito fundamental cuja efetividade a toda estrutura de estado comporta realizar, não ficou difícil defender novas configurações de terra indígena quando o próprio Estatuto do Índio, nessa parte recepcionado pela CF/88, classificou no seu art. 17 outras hipóteses exemplificadoras de território indígena que vão desde bem público da União coordenados de outros modos, até propriedade privada adquirida por todas as formas de direito permitida, como visto anteriormente.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas – vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito das coisas*. 30. ed. v. 4, São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIAS JÚNIOR, Emmanuel de Almeida. *Terras Indígenas nas Cidades: Lei Municipal de Desapropriação nº 302 - Aldeia Beija-flor, Rio Preto da Eva, Amazonas*. Manaus: UEA Edições, 2009. 126p.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LIMA, Edilson V. Diniz. *Estatuto do índio*. Lei n. 6001/1973 – dicas para a realização de provas de concursos artigo por artigo. Salvador: Jus Podium, 2011.

MARTINS, José de Souza. *A militarização da questão agrária no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1984.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Redimensionando a questão indígena no Brasil: uma etnografia das terras indígenas. OLIVEIRA, J.P. (org). *Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

SILVA, Lia Osório. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da Lei de Terras de 1850*. Campinas, Unicamp, 1996.

SILVEIRA, Edson Damas da. *Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei A. Franco de. *Demarcação de terras indígenas no Brasil: análise sobre a base legal dos últimos quarenta anos (1973-2013)*. SILVEIRA, Ed-

son Damas da; CAMARGO, Serguei A. Franco de (org.). *Socioambientalismo de fronteiras: relações homem-ambiente na Amazônia - v. III*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 11-42.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direitos e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.





PARECER

PARECER-PLENÁRIO Nº 03/2016/ CNU-DECOR/CGU/AGU

NUP: 05100.200059/2015-86

**IINTERESSADOS: CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO
MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO
- CONJUR/MPOG E SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA -
SEGEP/MPOG. ASSUNTOS: REVISÃO DE ENTENDIMENTO.
SUSPENSÃO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO ENQUANTO O
SERVIDOR ESTIVER EM GOZO DE LICENÇA.**

ORIENTAÇÃO NORMATIVA CNU/CGU/AGU nº 03, de 17 de agosto de 2016

O gozo da licença gestante, da licença adotante e da licença paternidade não implica a suspensão da contagem do prazo do estágio probatório previsto no art. 41, § 4º, da Constituição.

Referências: Art. 6º, art. 7º, incisos XVIII e XIX, art. 41, § 4º, art. 203, inciso I, arts. 226 a 230, da Constituição; art. 10, ADCT; art. 20, §§ 4º e 5º, art. 102, arts. 207 a 210, da Lei nº 8.112/90.

EMENTA:

CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO (ART. 41, *CAPUT*, E § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – HIPÓTESES DE SUSPENSÃO (ART. 20, § 4º E 5º, DA LEI nº 8.112/90). LICENÇA-GESTANTE, ADOTANTE E LICENÇA PATERNIDADE (ART. 207 A 210, LEI nº 8.112/90). EFETIVO EXERCÍCIO (ART. 102, VII, “A”, LEI

n° 8.112/90). LEGALIDADE ADMINISTRATIVA. FUNDAMENTOS PARA A REFORMA DO ATUAL ENTENDIMENTO ADOTADO PELA CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO NOS PARECERES n° 79/2011/DECOR/CGU/AGU, n° 18/2011/CGU/AGU, e n° 10/2011/MCA/CGU/AGU.

I. O legislador especificou, no art. 20, § 5º, da Lei n.º 8.112/90, as hipóteses que suspendem a contagem do prazo dos 3 (três) anos do estágio probatório, onde não constam as licenças à gestante, ao (à) adotante e à paternidade. A mera existência desse rol, no art. 20, § 5º, da Lei n.º 8.112/90, demonstra de forma suficiente que a premissa defendida pelos Pareceres que se pretende revisar (a de que apenas os servidores em atividade de fato podem ser alvo de avaliação durante o estágio probatório, sob pena de suspensão do prazo) está equivocada.

II. Não estando expressamente previstas no art. 20, § 5º, da Lei n.º 8.112/90, as licenças à gestante, ao (à) adotante e à paternidade não devem ser consideradas causas suspensivas do prazo examinado, razão porque, sendo o afastamento o exercício regular de um direito, há que se considerar período justificado de forma suficiente nas avaliações feitas pela Comissão constituída para essa finalidade. Além disso, as licenças à gestante, ao (à) adotante e à paternidade foram prescritas como efetivo exercício para todos os efeitos (art. 102, VII, “a”, Lei n.º 8.112/90).

III. A Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade e, portanto, a suspensão do estágio probatório, por se tratar de medida restritiva de direito, não pode ser interpretada ampliativamente pelo administrador, a fim de se estender a hipóteses não previstas em lei que sejam capazes de gerar a suspensão do período de avaliação e, conseqüentemente, postergar a aquisição de direitos pelo servidor.

IV. As licenças à gestante, à(ao) adotante e a licença paternidade são direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Dessa forma, a interpretação da legislação infraconstitucional (da Lei n. 8.112/90) deve ser sempre no sentido de dar a máxima efetividade às licenças em questão, afastando qualquer entendimento que signifique que o seu pleno usufruto possa trazer prejuízos (pessoais, funcionais, etc.) ao seu titular (mãe, pai ou adotante). Na qualidade de direitos fundamentais, também obrigam os Poderes Públicos a criar, executar e manter uma série de normas, órgãos e procedimentos para a sua efetiva realização, de modo que é dever da Administração Pública criar todas as condições para que os atos e procedimentos de avaliação de estágio probatório sejam efetivados sem que isso implique restrições ao pleno desfrute das licenças à gestante, ao (à) adotante e à licença paternidade.

V. O Estado brasileiro está inserido em um sistema supranacional de proteção dos direitos das mulheres, especialmente contra todo tipo de discriminação, e que dão específica importância às questões relacionadas ao ambiente de trabalho. É justamente dentro desse contexto, nacional e supranacional, que o Estado brasileiro deve atuar com vistas à proteção, garantia e efetivação do direito fundamental à licença maternidade, em sua leitura constitucional mais ampla, como expressão da dignidade da mulher, da proteção da família e da criança e da efetiva igualdade de gênero. Compete, assim, à Administração Pública envidar todos os esforços para interpretar e aplicar as normas pertinentes (especialmente a Lei 8.112/90) de modo a apreender o correto entendimento do significado normativo do direito fundamental à licença à gestante, e, sendo necessário, modificar e aperfeiçoar normas e procedimentos para tornar possível o seu mais amplo usufruto e impedir que esse exercício represente algum obstáculo ao gozo da licença e, portanto, ao livre desenvolvimento da personalidade feminina e à efetiva proteção da criança e de sua família.

VI. O Supremo Tribunal Federal, no RE n.º 658.312/SC, afirmou que a igualdade entre os gêneros é um direito fundamental, cláusula pétrea de nosso ordenamento. A licença à gestante é uma licença gozada apenas pelas mulheres e, de fato, são inúmeras as carreiras do serviço público cuja legislação prevê progressão ou benefícios apenas após a confirmação no estágio probatório. Suspender o prazo do estágio probatório e adiar a aquisição da estabilidade para as mulheres significa a imposição de tratamento discriminatório às mulheres (artigo 5º, CF/88) e intromissão indevida no planejamento familiar (§ 7º, art. 226, CF/88).

VII. Revogação dos Pareceres n.º 79/2011/DECOR/CGU/AGU, n.º 18/2011/CGU/AGU e n.º 10/2011/MCA/CGU/AGU, no que referem à licença à gestante, à licença ao (à) adotante e à licença paternidade, passando a vigorar o entendimento de que a licença gestante, a licença adotante e a licença paternidade (art. 207 a 210 da Lei n.º 8.112/90) não suspendem a contagem do prazo do estágio probatório previsto no art. 41 da Constituição de 1988.

I. – RELATÓRIO:

1. Tratam os autos de pedido formulado pela Secretaria de Gestão Pública – SEGEP/MP (‘Nota Técnica n.º 07/2015/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP’) e pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento (Parecer n.º 00249/2015/TLC/CGJRH/CONJUR-MP/CGU/AGU), para **que seja revisado o entendimento adotado pela Consultoria-Geral da União** nos Pareceres n.º 79/2011/DECOR/CGU/AGU, n.º 18/2011/CGU/AGU e n.º 10/2011/MCA/CGU/AGU **acerca da suspensão do estágio probatório a que está submetido o servidor público, por força do art. 20 da Lei n.º 8.112, de 1990, quando estiver usufruindo das licenças à gestante, à adotante e à paternidade** (art. 207 a 210, Lei n.º 8.112/90).

2. Nesses Pareceres (‘PARECERES n.º 79/2011/DECOR/CGU/AGU’, ‘n.º 18/2011/CGU/AGU’ e ‘n.º 10/2011/MCA/CGU/AGU’), fixou-se o entendimento no sentido de que as licenças e o afastamentos do(a) servidor(a) previstos na Lei n.º 8.112/90 implicam a suspensão da contagem do prazo do estágio probatório, independentemente dessas licenças ou afastamentos serem considerados como de efetivo exercício nos termos da legislação, pois eles impediriam a real avaliação de desempenho do servidor.

3. A matéria foi submetida à análise da Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos (CNU/CGU) pelo Despacho n.º 00095/2016/DECOR/CGU/AGU do Diretor do DECOR.

4. Sobre o objeto dos autos, mediante a Nota Técnica n.º 07/2015/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, datada de 11 de fevereiro de 2015, a Secretaria de Gestão Pública – SEGEP/MP, “a fim de **garantir a plenitude da proteção à infância e à maternidade**”, manifestou-se como sendo “*necessário e justificável, a reanálise do comando interpretativo contido no Parecer n.º 79/2011/DECOR/CGU/AGU*”, pelas seguintes razões:

1. A **Secretaria de Gestão Pública – SEGEP/MP**, no desempenho de seu papel de órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – SIPEC tem como uma de suas premissas para as políticas de gestão de pessoas que **propõe a máxima**

eficácia dos direitos cujo integral exercício projete efeitos na proteção à maternidade e à infância.

2. Com esse foco a SEGEP, sem fragilizar os institutos legais e gerenciais em matéria de pessoal, que garantem a eficiência do serviço público, vem implementando (por meio da atividade interpretativa da legislação de pessoal aplicável aos servidores públicos federais e no uso de sua competência normativa) medidas protetivas que coadunam com a Política Nacional de Atenção à Mulher e a Política de Atenção Integral à Saúde da Criança.

3. Assim, **para garantir a plenitude da proteção à infância e à maternidade, entende esta Secretaria de Gestão Pública como necessário e justificável a reanálise do comando interpretativo contido no Parecer n.º 79/2011/DECOR/CGU/AGU**, segundo o qual o estágio probatório deve ficar suspenso no período em que a(o) servidora(o) estiver no usufruto de licença à gestante e sua prorrogação, licença paternidade ou ao adotante, previstos nos art. 207 a 210 da Lei n.º 8.112, de 1990.

13. Como se vê, a SEGEP tem se esforçado para interpretar os institutos de gestão de pessoas que dizem respeito aos direitos da criança e da mulher, relativamente à maternidade, de forma a garantir seus desideratos constitucionais, o que tem levado a efeito, já que não lhe compete fixar interpretação à Constituição Federal, também se calcando nos entendimentos da Advocacia-Geral da União, a exemplo da linha interpretativa adotada no Parecer n.º 07/2009/DECOR/CGU/AGU, cuja ementa se transcreve:

Direito Constitucional. Direito Administrativo. Direito social de proteção à maternidade e à infância. Licença à gestante prevista no inciso XVIII do art. 7º da Constituição da República. Licença maternidade. Prorrogação da licença-maternidade autorizada pela Lei nº 11.770/2008. Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante instituído pelo Decreto nº 6.690/2008. Extensão do benefício a servidoras públicas federais temporárias contratadas na forma da Lei nº 8.745/93. Sugestão de revisão do item “d” das conclusões firmadas na Nota Técnica n.º 035-2009/DENOR/CGU/AGU, aprovada nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União n.º 717/2009, pelo Exmo. Sr. Advogado-Geral da União em 22/07/2009.

14. Firme nisso, ainda que gerencialmente justificável, já que é premente a necessidade de a Administração fortalecer o estágio probatório, a sua suspensão durante as licenças e afastamentos que tenham como sustentáculo a proteção à criança e à maternidade, quais sejam, a licença à gestante, paternidade e ao adotante, nos parece merecer discriminação positiva, já que numa visão ampliada acaba por ensejar discriminação à condição da mulher que se torna mãe, do pai que se afasta para a convivência com o filho recém-nascido e à pessoa que se propõe ao louvável ato de adoção. ()

16. Ademais, como salientado, as licenças de que se trata visam resguardar os direitos relativos à maternidade, especialmente porque a preservação desses direitos implicam a plena efetividade dos direitos da criança, bens que isolada ou conjuntamente considerados se sobrelevam aos da Administração, na questão específica da avaliação do estágio probatório da servidora afastada em razão de licença à gestante e, igualmente, ao pai na licença paternidade e ao adotante, homem ou mulher, na licença ao adotante.

1. A **Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento**, em Parecer n.º 00249/2015/TLC/CGJRH/CONJUR-MP/CGU/AGU, datado de 05/03/2015, **também se**

manifestou pela necessidade da reanálise do comando interpretativo contido no Parecer n.º 79/2011/DECOR/CGU/AGU e encaminhou o processo à análise da Consultoria-Geral da União. Para tanto, apresentou os seguintes fundamentos:

2. Essa Consultoria Jurídica já se manifestou em algumas ocasiões sobre a matéria, **posicionando-se no sentido de que a suspensão do estágio probatório não pode ser vista como regra, mas sim como exceção, tendo em vista que o legislador especificou, no art. 20, parágrafo 5º, da Lei n° 8.112/90 quais seriam as hipóteses que teriam o condão de suspender o período avaliativo.**

3. Tal interpretação tem fundamento no fato de que a suspensão do estágio probatório é uma medida prejudicial ao servidor; uma vez que, somente após o fim do período avaliativo, poderá ser adquirida a estabilidade no serviço público com o consequente gozo das prerrogativas constitucionais e legais dela decorrentes.

4. O art. 20, parágrafo 5º, da Lei n°8.112/90 foi incluído pela Lei n° 9.527/97, ou seja, quando já estava em vigor as normas instituidoras da licença gestante, paternidade e adotante (Capítulo II, Seção V, da Lei n. 8.112/90), as quais não foram relacionadas no referido dispositivo legal, tendo sido consideradas, na verdade, como efetivo exercício (art. 102, inciso VIII, alínea “a”, da Lei n° 8.112/90), depreendendo-se, portanto, que **o legislador não pretendia que tais afastamentos suspendessem o estágio probatório.**

5. As licenças maternidade, paternidade e adotante, além de serem **garantias constitucionais do servidor público**, destinadas à proteção dos direitos sociais à maternidade e à infância (art. 6º da Constituição Federal), consagram, efetivam e concretizam a doutrina da proteção integral, que reconhece o valor intrínseco da criança e do adolescente na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, **exigindo-se, portanto, uma atenção e proteção especial e diferenciadas por parte do Estado, da família e da sociedade** (art. 227 da Constituição Federal).

6. Justamente por constituírem garantias constitucionais do servidor, e por servirem como verdadeiros instrumentos de efetivação da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, **o gozo das licenças maternidade, paternidade e adotante não poderão causar qualquer prejuízo ao beneficiário, razão pela qual não podem implicar a suspensão do estágio probatório.**

6. Por meio do Aviso Ministerial n.º 060/2015/SPM/PR, a Ministra de Estado Chefe da **Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República também se manifestou pela revisão do Parecer n.º 79/2011/DECOR/CGU/AGU**, destacando, especialmente, que *“a licença maternidade é desdobramento da dignidade da pessoa humana; fruto do direito de proteção à família, à gestante e à criança”*. E continua:

(...) em que pese na legislação não estar prevista a licença maternidade dentre as hipóteses de suspensão do estágio probatório, na Administração Pública Federal passou-se a adotar o entendimento no sentido de que o estágio probatório deverá ser prorrogado pelo mesmo período em que o servidor encontra-se licenciado ou afastado das atribuições do seu cargo efetivo, independentemente destas licenças ou afastamentos serem considerados como de efetivo exercício, inclusive para a licença maternidade.

8. Ocorre que, adotar tal entendimento prejudica sobremaneira os direitos das mulheres já conquistados. A medida penaliza as mulheres que gozam da licença gestação durante o prazo do estágio probatório, usurpando o seu direito de licença. Além disso **desestimula as mulheres a engravidar quando bem entenderem, segundo o planejamento familiar, o que significa interferência injustificada do Estado sobre as suas escolhas.**

9. O posicionamento ora combatido é discriminatório e desrespeita a igualdade de gênero prevista na Constituição Federal e em Tratados Internacionais, e que tanto defendo. A CRFB/88, art. 7º, inc. XVIII, XX e XXX, Art. 20, §5º, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, mulher, apenas após extinta a licença maternidade, cumprirá o prazo do estágio probatório, enquanto os demais, que ingressaram pelo mesmo concurso público, já poderão ter adquirido estabilidade e os direitos e benefícios dela decorrentes; além disso, é claro, tal “sanção” recai apenas sobre a mulher, já que homens não gozam desta licença.

10. Alerta-se que diversas são as carreiras de servidores públicos federais que possuem regulamentação no sentido de que, somente após a confirmação no estágio probatório, garantias, promoções e benefícios são concedidos.

.....

12. Organismos internacionais estão atentos aos problemas da discriminação de gênero, e consagram em vários tratados e convenções internacionais o princípio da não discriminação, como, por exemplo, na Declaração sobre a eliminação da discriminação contra a mulher (1967) da ONU e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979) da OIT.

13. Nossa Constituição da República não deixa dúvidas sobre a igualdade de gênero ao prescrever que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

.....

15. Contudo, o entendimento que ora se rechaça, suprime direitos fundamentais sociais da mulher e a discrimina de forma manifestamente contrária à legislação e à política que o Estado brasileiro desenvolve.

16. **Em suma, não se protege as mulheres com a suspensão do período do estágio probatório durante à licença maternidade, na verdade, impõe-lhes uma sanção/ônus, em prejuízo de direitos constitucionalmente garantidos, quando do retomo à atividade laboral.** Pois, suspender o estágio probatório significa contrariar direitos sociais previstos no art. 6º, caput, e inc. XVIII, XX e XXX, todos da CRFB/88, e impor inaceitável tratamento discriminatório às mulheres, art. 5º, inc. I, também da CRFB/88.

17. Posiciono-me contrária ao diferimento do prazo do estágio probatório em razão da licença maternidade pois não coaduna-se à Política Nacional de Atenção à Mulher.

7. Também foi juntado aos autos, pela Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, o Parecer nº 00005/2016/ASJUR-SPM/CGU/AGU, datado de 12/02/2016, em que **igualmente se manifestou pela necessidade de revisão do entendimento da AGU sobre o tema, em razão de que:**

10. A legislação pátria é expressa e clara ao elencar as hipóteses de suspensão do estágio probatório no art. 20, parágrafo 5º, da Lei nº 8.112/90: (a) licença para tratamento de

saúde do cônjuge do companheiro e outros familiares - art. 83, lei 8112; (b) licença para acompanhamento do cônjuge - art. 84, §1º; (c) licença para atividade política - art. 86; (d) afastamento para servir em organismo internacional da qual a República Federativa do Brasil seja parte - art. 96; e (e) na hipótese de afastamento para participação em curso de formação. Observe:

Art. 20

§5º O estágio probatório ficará suspenso durante as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 83, 84, § 1º, 86 e 96, bem assim na hipótese de participação em curso de formação, e será retomado a partir do término do impedimento.”

11. A contrario sensu, afastamentos não previstos no rol do art. 20, parágrafo 5º, da Lei nº 8.112/90 não podem suspender a contagem do prazo do estágio probatório. Caso se pretendesse que outros afastamentos também suspendessem o estágio probatório, o legislador os teria inserido no rol do art. 20, parágrafo 5º, da Lei nº 8.112/90, o que exprime a incontestável intenção de que apenas aqueles ali mencionados terem o condão de suspender o período probatório e postergar aquisição da estabilidade e dos direitos e vantagens dela decorrentes.

12. Ademais, a suspensão do estágio probatório, por se tratar de medida restritiva de direito, não pode ser interpretada ampliativamente pelo administrador, a fim de estender a hipóteses não previstas em lei que sejam capazes de gerar a suspensão do período de avaliação e, conseqüentemente, postergar a aquisição de direitos pelo servidor.

13. Assim sendo, sobre o tema, data máxima venia, não há outra interpretação juridicamente possível a não ser no sentido de que o estágio probatório ficará suspenso durante APENAS as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 83, 84, § 1º, 86 e 96, bem assim na hipótese de participação em curso de formação, e será retomado a partir do término do impedimento, conforme expressa e clara a disposição do §5º do art. 20 da Lei n.º 8.112/90.

14. No que se refere à licença maternidade, além de não estar inserida dentre as hipóteses de suspensão do prazo do estágio probatório no rol do §5º do art. 20 da Lei n.º 8.112/90, o prazo de seu gozo é considerado tempo de efetivo exercício para todos os efeitos, conforme art. 102, inc. VIII, da Lei nº 8.112/905.

15. Convém destacar, ainda, que a Constituição Federal, em diversas passagens, consagra especial proteção ao direito à maternidade (CF/1988, arts. 6º, 7º, XVIII, 201, II, e 203, I), elevando-a, expressamente, à condição de direito social fundamental (CF/1988, art. 6º).

16. Lembra-se que a licença maternidade é uma licença gozada apenas pelas mulheres. A Constituição da República não deixa dúvidas sobre a igualdade de gênero ao prescrever que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

17. Ocorre que, posicionamento adotado pela AGU pode ser considerado discriminatório e contrário a igualdade de gênero prescrito na Lei superior, na medida em que a mulher, apenas após extinta a licença maternidade, cumprirá o prazo do estágio probatório, enquanto os demais, que ingressaram pelo mesmo concurso público, já poderão ter adquirido estabilidade e os direitos e benefícios dela decorrentes.

19. Inúmeras são as carreiras do serviço público cuja legislação prevê progressão ou benefícios após a confirmação no estágio probatório. Desse modo, entender de forma contrária ao aqui defendido, inegavelmente pode impor à mulher redução de seus direitos de forma a contrariar a igualdade de gênero prescrita pela Constituição da República.

24. Desse modo, inegável que a licença maternidade deve ser considerada como de efetivo exercício para todos os efeitos e o seu gozo não pode gerar quaisquer prejuízos à servidora, como no caso da suspensão da contagem do prazo do estágio probatório.

8. É o relatório. Passa-se a opinar.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

II.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO

9. Preliminarmente, cumpre esclarecer que **este Parecer tem por objeto apenas a análise da juridicidade da suspensão do estágio probatório em razão do gozo das licenças à gestante, à adotante e à paternidade (art. 207 a 210, Lei n.º 8.112/90).**

10. Quanto aos Pareceres que se pretende revisar, deve-se destacar que no **Parecer n° 79/2011/DECOR/CGU/AGU** foi apreciada consulta formulada pelo Conselho Superior da Advocacia-Geral da União – CSAGU a respeito da avaliação para fins de estágio probatório de Advogado da União que se encontrava cedido para outro órgão. Nele firmou-se o entendimento de que estando “*o servidor afastado das funções próprias do seu cargo, o estágio probatório deve ser suspenso pelo tempo em que perdurar tal afastamento*”. Assentando ainda “*que o mesmo raciocínio que se busca aplicar aos servidores cedidos vale para aqueles que fazem jus à licença médica. Deveras, enquanto convalesce, o servidor não poderá, obviamente, exercer as suas funções, o que torna prejudicada a sua avaliação para confirmação no cargo e acarreta a suspensão do período de estágio*”.

11. No mesmo sentido, foi o **Parecer n° 18/2011/CGU/AGU**, elaborado pelo Consultor-Geral da União, e aprovado pelo Advogado-Geral da União, ao analisar dúvida jurídica formulada pela Corregedoria-Geral da União sobre a necessidade (ou não) da suspensão da contagem do estágio probatório, quando o avaliado se encontra em **licença saúde**:

22. Afirma-se que corre o risco de que o estágio probatório se transforme em instância imaginária, abstrata, na hipótese de não suspender o andamento do prazo, ou no caso de licença do servidor, para tratamento de saúde. A assertiva é também válida para licença-gestante, por razões de convergência conceitual, bem como para outras eventuais circunstâncias que se possam apresentar.

25. Assim, Senhor Advogado-Geral da União, opina-se pela possibilidade do reconhecimento de suspensão de prazo de estágio probatório, na hipótese de servidor em licença para tratamento de saúde, respeitando-se eventuais entendimentos anteriores da Administração, em tema semelhante, com situações já consolidadas. Isto é, o período no qual o servidor se afasta das suas funções, em decorrência de licença para tratamento da própria saúde, não pode ser considerado como de efetivo exercício para o fim de aprovação em estágio confirmatório.

12. Também, com a mesma orientação, foi o **Parecer nº 10/2011/MCA/CGU/AGU**, ao analisar consulta formulada pelo Corregedor-Geral da União sobre a suspensão do prazo do estágio probatório em caso de **ausência ao serviço decorrente de casamento e de falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela e irmãos**, bem como outros eventuais afastamentos permitidos:

40. Diante do exposto, opina-se pela possibilidade do reconhecimento de efetivo exercício do cargo pelo servidor que se ausenta ao serviço em decorrência de casamento e de falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela e irmãos.

41. Ademais, considerando-se que o estágio probatório destina-se a avaliar, de forma concreta, a adaptação ao serviço e as qualidades do agente aprovado em concurso público, conclui-se que as licenças e os afastamentos que impedem a real e concreta avaliação de desempenho do servidor devem ser considerados como períodos em que o servidor não está, para fins de estágio probatório, em efetivo exercício.

13. Como se observa, **nenhum dos 3 (três) Pareceres supra referidos se deteve na análise das especificidades da licença à gestante, ao (à) adotante e licença-paternidade**. Todos eles, ao analisar determinadas licenças ou afastamentos, mencionaram as licenças à gestante, ao (à) adotante e à paternidade como se estas se enquadrassem numa regra geral aplicável a todas as licenças e afastamentos previstos na Lei n.º 8.112/90. Contudo, esse raciocínio jurídico não parece ser o melhor, pelas razões que se passará a expor.

II.2 O EQUÍVOCO DA PREMISSA-BASE DOS PARECERES AGU

14. Em primeiro lugar, é importante começar colocando em discussão a premissa da qual partiram os três Pareceres que estão agora submetidos à revisão: **a de que a avaliação do servidor público apenas é legítima se realizada de fato**, isto é, com a presença do servidor. Tal premissa fundamentaria logicamente a conclusão de que as licenças à gestante, ao adotante e à paternidade suspendem o estágio probatório.

15. Cumpre verificar o que dispõe o art. 20, § 4º, da Lei n.º 8.112/90, que prevê as situações em que o servidor em estágio probatório pode se afastar do serviço:

- a) por motivo de doença em pessoa da família;
- b) por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro;
- c) para o serviço militar;
- d) para atividade política;
- e) para exercício de mandato eletivo;
- f) para estudo ou missão no exterior;
- g) para participação em Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu no País;
- h) para participar de curso de formação decorrente de aprovação em concurso para outro cargo na Administração Pública Federal.

16. Levada à literalidade, a interpretação do artigo impediria a própria concessão das licenças à gestante, à adotante e à paternidade, uma vez que estas não se encontram no rol de afastamentos admissíveis ao agente público em estágio probatório. Segundo esse raciocínio, apenas servidores(as) estáveis poderiam gozar dos referidos licenciamentos e a discussão em torno da suspensão do prazo de avaliação em face da licença passaria a não fazer nenhum sentido, porque prejudicada.

17. Entretanto, à toda evidência, não se trata da melhor compreensão desse texto, uma vez que não há dúvida quanto à possibilidade de servidores(as) em estágio probatório poderem ser beneficiados(as) por estas licenças. Com efeito, a Constituição prevê a proteção em tela à ocupante de cargo público – e aqui não distingue se o servidor está ou não em estágio probatório – ao dispor o seguinte:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

.....
XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Art. 39.

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

18. Assim, inegável que se revela legítima a concessão das licenças à gestante, ao adotante e à paternidade ao(à) servidor(a) em estágio probatório, ainda que a literalidade da disposição da Lei nº 8.112/90 possa, supostamente, conduzir à interpretação contrária.

19. Avançando no que interessa ao tema, observa-se que o problema discutido não se soluciona, todavia, apenas com a leitura da norma acima, uma vez que a possibilidade de concessão de licença não significa, de forma automática, que o estágio probatório teve seu fluxo temporal suspenso. Para resolver o tema, é necessária a verificação do que dispõe o art. 20, § 5º, da Lei nº 8.112/90:



§ 5º O estágio probatório ficará suspenso durante as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 83, 84, § 1º, 86 e 96, bem assim na hipótese de participação em curso de formação, e será retomado a partir do término do impedimento.

20. De acordo com este dispositivo, o estágio probatório ficará suspenso nos seguintes casos de afastamento:

- a) por motivo de doença em pessoa da família;
- b) por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro;
- c) para atividade política;
- d) para estudo ou missão no exterior;
- e) para participação em curso de formação.

21. Estariam excluídos, portanto, da regra de suspensão (§ 5º) os seguintes afastamentos (§ 4º):

- a) para exercício de mandato eletivo;
- b) para o serviço militar;
- c) para participação em Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* no País.

22. As razões que levaram o legislador a excepcionar cada um desses 3 (três) afastamentos podem ser as mais diversas, mas, independentemente dos motivos, o fato é que a simples existência desse rol demonstra de forma suficiente que a premissa defendida, a de que apenas servidores em atividade de fato podem ser alvo de avaliação durante o estágio probatório, sob pena de suspensão do prazo, está visivelmente equivocada.

23. Note-se que nas três situações, o afastamento pode ser igual ou maior que a licença de 120 (cento e vinte) dias concedida à gestante e a licença-paternidade, de apenas 5 (cinco) dias - a licença-gestante pode ser estendida por 180 (cento e oitenta dias) e a licença-paternidade por 20 (vinte dias), observados os respectivos requisitos legais. Os mandatos eletivos duram 4 (quatro) anos, o serviço militar obrigatório demanda 1 (um) ano e a participação em cursos de pós-graduação dificilmente consome menos de 1 (um) ano.

24. São afastamentos longos - e até maiores que a licença à gestante - e que, nem por isso, suspenderam o curso do estágio probatório, o que faz cair por terra a premissa da necessidade imprescindível de efetiva atividade do servidor para a realização da avaliação trienal.

25. Outro problema da tese em análise refere-se ao fato de que, se por um lado inclui nesse rol a licença à gestante, ao (à) adotante e a licença paternidade como causas suspensivas do estágio probatório, por outro, acaba tornando inconstitucional os três afastamentos acima. Isso porque os defensores daquele entendimento interpretam a expressão “*efetivo exercício*” do art. 41 da CF/88 como sendo uma situação de fato, *in concreto*, o que não permitiria exceções de direito. Confira-se:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

26. Vê-se, portanto, que tal entendimento não pode estar correto, sob pena de não somente incluir hipótese de suspensão não prevista legalmente, mas também tornar inconstitucionais os três casos especificados no art. 20, § 5º, da Lei nº 8.112/90.

27. Constatado o equívoco na premissa sobre a qual se fundamentou o pensamento até então em vigor, surge a pergunta: mas, então, o que fazer com a licença à gestante, ao (à) adotante e a licença paternidade, isto é, em qual dos grupos ela se encaixa: ao lado da regra ou das exceções à suspensão?

28. Neste momento, é oportuno registrar o que reza o art. 102, VIII, *a*, da Lei nº 8.112/90:

Art. 102. Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de:

.....
VIII - licença:

a) à gestante, à adotante e à paternidade;

29. Não estando expressamente prevista no art. 20, § 5º, da Lei nº 8.112/90, a licença à gestante, ao (à) adotante e a licença-paternidade não devem ser consideradas causa suspensiva do prazo examinado, razão porque, sendo o afastamento o exercício regular de um direito pelo servidor, há que se considerar período justificado de forma suficiente nas avaliações feitas pela Comissão constituída para essa finalidade.

II.3 SUBMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

30. Desse modo, com fulcro no princípio constitucional da legalidade, ressalte-se que ao Administrador Público é imposto atuar conforme a legislação. Lembre-se que, se, porventura, considerar uma lei inadequada, omissa ou inconveniente, o ordenamento jurídico constitucional confere-lhe a possibilidade da elaboração de projetos de lei a serem encaminhados à análise e votação do Congresso Nacional (CR/88, art. 84, III). E, acaso considere a lei inconstitucional, a Lei Maior abre-lhe a via da ação direta de inconstitucionalidade (CRFB, artigo 103, I).

31. A legislação pátria é expressa e clara ao especificar as hipóteses de suspensão do estágio probatório no art. 20, parágrafo 5º, da Lei nº 8.112/90: (a) licença para tratamento de saúde do cônjuge do companheiro e outros familiares - art. 83, lei 8112; (b) licença para acompanhamento do cônjuge - art. 84, §1º; (c) licença para atividade política - art. 86; (d) afastamento para servir em organismo internacional da qual a República Federativa do Brasil seja parte - art. 96; e (e) na hipótese de afastamento para participação em curso de formação. Observe-se:

Art.20
.....

§ 5º O estágio probatório ficará suspenso durante as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 831, 84, § 1º, 863 e 964, bem assim na hipótese de participação em curso de formação, e será retomado a partir do término do impedimento.

32. *A contrario sensu*, com base no princípio da legalidade da Administração Pública, **afastamentos não previstos no rol do art. 20, § 5º, da Lei nº 8.112/90, não podem suspender a contagem do prazo do estágio probatório. Caso se pretendesse que outros afastamentos também suspendessem o estágio probatório, o legislador os teria inserido no rol do art. 20, § 5º, da Lei nº 8.112/90, o que exprime a incontestável intenção de que apenas aqueles ali mencionados tenham o condão de suspender o período probatório e postergar a aquisição da estabilidade e dos direitos e vantagens dela decorrentes.**

33. A suspensão do estágio probatório, por se tratar de medida restritiva de direito, não pode ser interpretada ampliativamente pelo administrador, a fim de estender a hipóteses não previstas em lei que sejam capazes de gerar a suspensão do período de avaliação e, conseqüentemente, postergar a aquisição de direitos pelo servidor.

34. Assim sendo, sobre o tema, não há outra interpretação juridicamente possível a não ser no sentido de que o estágio probatório ficará suspenso **apenas** durante as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 83, 84, § 1º, 86 e 96, bem assim na hipótese de participação em curso de formação, e será retomado a partir do término do impedimento, conforme expressa e clara disposição do § 5º do art. 20 da Lei n.º 8.112/90.

II.4 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE, À INFÂNCIA E À FAMÍLIA

35. A análise do objeto deste Parecer passa necessariamente pelo exame de diversos dispositivos Constitucionais, pois a Carta Maior consagra especial proteção à maternidade e à infância (CF/1988, arts. 6º, 7º, XVIII, 201, II, e 203, I) -, elevando-as, expressamente, à condição de direito social fundamental (CF/1988, art. 6º); e protege a família, ao estabelecê-la como a base da sociedade (à família é dedicado um capítulo específico na CR/88 - Capítulo VII, arts. 226 a 230) - e garantir-lhe, por exemplo, o salário mínimo (capaz de atender as suas necessidades com a moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social) e a assistência social (CF/1988, arts. 7º, inc. IV; 203, inc. I).

36. A licença-paternidade, da mesma forma, está abraçada por proteções Constitucionais, na medida em que também está prevista no rol dos direitos fundamentais sociais, além de prevista no Capítulo dedicado à família e no ADCT (arts. 7º, inc. XIX e 226, e art. 10, §1º, ADCT) -. E, ao (à) adotante e aos filhos adotados, como não poderia ser diferente, a Constituição assegura os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, §6º).

37. Desse modo, tendo em vista esse conjunto normativo constitucional, inegável revela-se que a garantia e proteção da licença à gestante, ao (à) adotante e a licença-paternidade são **direitos fundamentais** dos cidadãos decorrentes do desdobramento da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado de Direito Brasileiro.

38. Por isso, a resposta à questão levantada nestes autos deve também partir da interpretação da Constituição, especificamente dos direitos fundamentais à licença à gestante, ao (à) adotante e licença-paternidade, e de seu significado no âmbito dos princípios e diretrizes constitucionais que funcionam como mandamentos de proteção à mulher, à família e aos filhos e seus respectivos papéis desempenhados na sociedade, para então se chegar à interpretação constitucionalmente adequada do art. 41, § 4º, da CF/88 c/c art. 20 e art. 102, VIII, “a”, ambos da Lei n.º 8.112/90.

39. Sendo a licença à gestante, ao (à) adotante e a licença-paternidade asseguradas e protegidas pela Constituição como genuínos direitos fundamentais, algumas consequências importantes devem ser retiradas para a interpretação dos dispositivos constitucionais que os garantem (art. 7º, inc. XVIII e XIX), assim como das leis que visam regulamentá-los, como é o caso da Lei 8.112/90 (com base no art. 41, §§ 4º, da Constituição).

40. Em primeiro lugar, na qualidade de direito fundamental, **deve ser a licença à gestante, ao (à) adotante e a licença-paternidade objeto de interpretação que amplie o seu âmbito de proteção e confira ao seu conteúdo normativo a máxima eficácia.** Direitos fundamentais devem ser encarados como tendo, *prima facie*, um âmbito de proteção alargado ou ampliado, como vem defendendo a doutrina majoritária sobre o tema, especialmente alguns teóricos importantes, como Robert Alexy. Apesar da existência de alguma controvérsia entre as denominadas teorias ampla e estrita do âmbito de proteção ou do suporte fático dos direitos, é preciso reconhecer que há uma prevalência daquele entendimento, que atualmente é também albergado pela jurisprudência da maioria das Cortes e Tribunais Constitucionais.

41. A compreensão ampliativa e que empreste a máxima eficácia à licença à gestante, ao (à) adotante e paternidade deve partir do pressuposto – o qual também decorre do regime específico dos direitos fundamentais, especialmente da sistemática de suas restrições e das colisões com outros direitos, bens e valores – de que o seu efetivo exercício deve ser sempre encarado, *prima facie*, como não restritivo ou limitativo do próprio direito ao usufruto da licença, mas, ao contrário, como parte integrante do âmbito de autonomia e de livre desenvolvimento da personalidade do titular do direito. Nesse sentido, a leitura ampliativa está conectada à proteção do núcleo familiar e, especialmente, à esfera de liberdade da mulher, gestante ou adotante, para decidir sobre o exercício de seus próprios direitos no seio familiar.

42. Isso decorre, inclusive, do art. 226, §7º, CF/88, o qual prescreve que “*fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas*”.

43. Em segundo lugar, como todo direito fundamental, a licença à gestante, ao (à) adotante e a licença-paternidade possuem, além de sua intrínseca dimensão subjetiva – que traduz a perspectiva individual ou de direito subjetivo –, uma *dimensão objetiva*, que ressalta a sua qualidade de princípio que orienta toda a ordem jurídica e que vincula o Estado e seus Poderes. Dessa dimensão objetiva do direito fundamental podem ser extraídos alguns efeitos jurídicos importantes. O primeiro deles é o **efeito de irradiação da norma de direito fundamental para todos os âmbitos do ordenamento jurídico**, que faz transparecer a exigência de que toda e qualquer norma dos diversos sistemas ou subsistemas (Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito

Civil etc.), ao ser interpretada e aplicada, seja submetida a um processo de filtragem constitucional a partir do conteúdo deontológico e axiológico da norma jusfundamental. O segundo pode ser identificado como um **dever de proteção imposto ao Estado** e seus diferentes ramos (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), que **devem envidar todos os esforços para criar, implementar e manter sistemas normativos, órgãos e procedimentos que visem precipuamente garantir e dar efetividade ao direito fundamental em questão.**

44. Nesse sentido, quanto ao primeiro aspecto dessa dimensão objetiva (eficácia irradiante), o conteúdo do direito às licenças ora tratadas – umbilicalmente conectado, como acima exposto, à autonomia e à dignidade do titular do direito, entendidos em toda sua amplitude – **deve lastrear toda a atividade de interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais que tratam do tema e/ou que visem a regulamentá-lo (conformá-lo ou limitá-lo).** É nessa perspectiva, portanto, que deve ser realizada a interpretação e a aplicação do art. art. 41, § 4º, da CF/88 c/c art. 20 e art. 102, VIII, “a”, ambos da Lei n.º 8.112/90, o que leva ao sentido normativo segundo o qual **o exercício efetivo das licenças à gestante, ao (à) adotante e a licença paternidade não devem implicar a suspensão do prazo do estágio probatório.**

45. **Em suma, a interpretação da legislação infraconstitucional deve ser sempre no sentido de dar a máxima efetividade às licenças em questão, afastando qualquer entendimento que signifique que o seu pleno usufruto possa trazer prejuízos (pessoais, funcionais, etc.) ao seu titular (mãe, pai ou adotante).**

46. Nesse cenário, cumpre transcrever trecho da Nota Técnica n° 07/2015/CGNOR/DENOP/SEGE/MP que, ao pugnar pela revisão dos ‘Pareceres n° 79/2011/DECOR/CGU/AGU’, ‘n° 18/2011/CGU/AGU’ e ‘n.º10/2011/MCA/CGU/AGU’, esclarece que *“as licenças de que se trata visam resguardar os direitos relativos à maternidade, especialmente porque a preservação desses direitos implicam a plena efetividade dos direitos da criança, bens que isolada ou conjuntamente considerados se sobrelevam aos da Administração, na questão específica da avaliação do estágio probatório”*:

Firme nisso, ainda que gerencialmente justificável, já que é premente a necessidade de a Administração fortalecer o estágio probatório, a sua suspensão durante as licenças e afastamentos que tenham como sustentáculo a proteção à criança e à maternidade, quais sejam, a licença à gestante, paternidade e ao adotante, nos parece merecer discriminação positiva, já que numa visão ampliativa acaba por ensejar discriminação à condição da mulher que se torna mãe, do pai que se afasta para a convivência com o filho recém-nascido e à pessoa que se propõe ao louvável ato de adoção. ()

Ademais, como salientado, as licenças de que se trata visam resguardar os direitos relativos à maternidade, especialmente porque a preservação desses direitos implicam a plena efetividade dos direitos da criança, bens que isolada ou conjuntamente considerados se sobrelevam aos da Administração, na questão específica da avaliação do estágio probatório da servidora afastada em razão de licença à gestante e, igualmente, ao pai na licença paternidade e ao adotante, homem ou mulher, na licença ao adotante.

47. Nesta mesma perspectiva, a Conjur/MP:

As licenças maternidade, paternidade e adotante, além de serem garantias constitucio-

nais do servidor público, destinadas à proteção dos direitos sociais à maternidade e à infância (art. 6º da Constituição Federal), consagram, efetivam e concretizam a doutrina da proteção integral, que reconhece o valor intrínseco da criança e do adolescente na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, exigindo-se, portanto, uma atenção e proteção especial e diferenciadas por parte do Estado, da família e da sociedade (art. 227 da Constituição Federal).

Justamente por constituírem garantias constitucionais do servidor, e por servirem como verdadeiros instrumentos de efetivação da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, o gozo das licenças maternidade, paternidade e adotante não poderão causar qualquer prejuízo ao beneficiário, razão pela qual não podem implicar a suspensão do estágio probatório. (grifo nosso) - (Parecer nº 00249/2015/TLC/CGJRH/Conjur-MP/CGU/AGU)

48. Em relação à outra perspectiva da dimensão objetiva, a qual encara os *deveres de proteção impostos ao Estado*, é importante ressaltar que os direitos à licença gestante, adotante e à licença paternidade, **obrigam os Poderes Públicos a criar, executar e manter uma série de normas, órgãos e procedimentos para a sua efetiva realização.**

49. Portanto, é dever da Administração Pública criar todas as condições para que os atos e procedimentos de avaliação de estágio probatório sejam efetivados sem que isso implique restrições ao pleno desfrute das licenças à gestante, ao (à) adotante e à licença paternidade.

50. A própria Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, ao solicitar a revisão dos Pareceres AGU, deixa claro que é plenamente possível aos órgãos da Administração envidarem esforços para que todos os procedimentos atinentes ao estágio probatório sejam cumpridos sem que isso traga qualquer prejuízo aos servidores que estejam no pleno exercício dos direitos fundamentais à gestante, ao (à) adotante e a licença paternidade.

II.5 O COMPROMETIMENTO DO ESTADO BRASILEIRO NO PLANO INTERNACIONAL

51. Ainda no âmbito dos deveres de proteção impostos ao Estado, não se pode deixar de considerar, igualmente, que **o Estado brasileiro está inserido em um sistema supranacional de proteção dos direitos das mulheres, especialmente contra todo tipo de discriminação, e que dão específica importância às questões relacionadas ao ambiente de trabalho.**

52. Nesse aspecto, é preciso levar em conta que o Estado brasileiro, como Estado constitucional, constitui-se também como *Estado cooperativo* (Peter Häberle), que se insere na ordem internacional de convenção e cooperação para a garantia e proteção dos direitos humanos e que, em razão dos deveres primordiais que lhe são impostos por esse sistema, deve atuar internamente para efetivar todas as políticas e demais atos e procedimentos necessários à efetivação dos direitos.

53. No plano do Direito Internacional, a Convenção nº 111 da Organização Interna-

cional do Trabalho sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, Promulgada pelo Decreto n.º 62.150/1968, prevê que **os Estados-membros devem “revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política”** de promoção da igualdade de oportunidades em matéria de emprego e profissão (art. 3º, “c”).

54. Da mesma forma, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW, Promulgada pelo Decreto n.º 89.460/1984, determina que os Estados Partes devem “*abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com essa obrigação*” (art. 2º, “d”), *bem como “adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher”* (art. 2º, “f”). Para isso, precisam assegurar entre outros aspectos, “*o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função da reprodução*” (art. 11, §1º, “f”), e “*implantar a licença maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais*” (art. 11, §2º, “b”).

55. Importante mencionar, ainda, que em setembro de 2015 foram aprovados, por ocasião da **Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável**, os **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)**, os quais deverão orientar as políticas nacionais e as atividades de cooperação internacional nos próximos quinze anos, sucedendo e atualizando os **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)**. Entre os dezessete objetivos gerais, consta expressamente, como importante meta vinculante para todos os países, o **Objetivo nº 5, de “alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”**.

56. O **empoderamento das mulheres** (*women empowerment*) constitui hoje, portanto, um objetivo a ser alcançado pelos Estados constitucionais, os quais devem criar e implementar todas as estruturas, organismos, normas e procedimentos necessários para dar efetividade aos direitos das mulheres, especialmente sua proteção contra a discriminação de qualquer tipo.

57. É justamente dentro desse contexto, nacional e supranacional, que o Estado brasileiro deve atuar com vistas à proteção, garantia e efetivação do direito fundamental à licença maternidade, em sua leitura constitucional mais ampla, como expressão da dignidade da mulher, da proteção da família e da criança e da efetiva igualdade de gênero.

58. Compete, assim, à Administração Pública envidar todos os esforços para interpretar e aplicar as normas pertinentes (especialmente a Lei 8.112/90) de modo a apreender o correto entendimento do significado normativo do direito fundamental à licença à gestante, e, sendo necessário, modificar e aperfeiçoar normas e procedimentos para tornar possível o seu mais amplo usufruto e impedir que esse exercício represente algum obstáculo ao gozo da licença e, portanto, ao livre desenvolvimento da personalidade feminina e à efetiva proteção da criança e de sua família.

59. A **revisão do entendimento jurídico fixado nos ‘Pareceres nº 79/2011/DECOR/CGU/AGU’, ‘nº 18/2011/CGU/AGU’ e ‘nº 10/2011/MCA/CGU/AGU’ no que referem à licença à gestante, e também à licença ao (à) adotante e à licença paternidade, pode representar uma dessas ações estatais que vão ao encontro do que se preconiza no plano supranacional.**

II.6 A (DES)IGUALDADE DE GÊNERO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

60. Seguindo nessa linha de raciocínio, vale ser ressaltado, ainda, que a Constituição da República garante às trabalhadoras urbanas e rurais, onde se incluem as servidoras públicas, que a licença à gestante será concedida sem prejuízo do emprego e do salário, que haverá a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos previstos em lei, bem como a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo. (CF/88, art. 7º, incs. XVIII, XX, XXX).

61. Lembre-se que a licença à gestante é uma licença gozada apenas pelas mulheres. A Constituição da República não deixa dúvidas sobre a igualdade de gênero ao prescrever que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*” (art. 5º, inc. I).

62. Neste ponto, o entendimento adotado pela AGU pode ser considerado discriminatório e contrário à igualdade de gênero prescrita na Lei superior, na medida em que a mulher, apenas após extinta a licença-gestante, cumprirá o prazo do estágio probatório, enquanto os demais, que ingressaram pelo mesmo concurso público, já poderão ter adquirido estabilidade e os direitos e benefícios dela decorrentes.

63. O Supremo Tribunal Federal, no RE n.º 658.312/SC, afirmou que **a igualdade entre os gêneros é um direito fundamental, cláusula pétrea de nosso ordenamento**. Ressaltou, ainda, que a lei pode desigualar os gêneros, para ampliar (e não para reduzir) os direitos fundamentais sociais da mulher, quando a realidade fática se mostrar desigual, pelas seguintes razões:

2. O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual.

3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a história de exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativa e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude do menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma

4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observa a proporcionalidade na compensação das diferenças.

64. Desse modo, parece evidente que os Pareceres AGU não consideraram que o sistema constitucional no qual está inserida a norma do estágio probatório também protege especialmen-

te a maternidade, a família e criança. E não se protege a maternidade, a criança e a família sujeitando as mulheres gestantes, quando do retorno à atividade, a alguma sanção, ônus ou prejuízo funcional. Suspender o prazo do estágio probatório e adiar a aquisição da estabilidade para as mulheres significa contrariar o art. 6º da Constituição. Significa, portanto, a imposição de tratamento discriminatório às mulheres (artigo 5º, CF/88) e intromissão indevida no planejamento familiar (§ 7º, art. 226, CF/88).

65. Inúmeras são as carreiras do serviço público cuja legislação prevê progressão ou benefícios apenas após a confirmação no estágio probatório. Citem-se, como exemplo, as seguintes carreiras da Administração Pública Federal: 1. Advogado da União e Procurador da Fazenda Nacional (Art. 5º, da Resolução n.º 11 do CSAGU, Publicado pela Portaria n.º 96, de 04 de abril de 2013); 2. Procurador Federal (art. 2º da Portaria PGF n.º 1.432/2008); 3. Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental (Decreto n.º 5.176/2004 e Portarias) e 4. Analista Técnico de Política Social (art. 17, §1º, inc. I, “a”, e inc. II, “a”, da Lei n.º 12.094/2009 c/c art. 23 do Decreto n.º 8.435/2015). **Desse modo, entender de forma contrária ao defendido neste Parecer, inegavelmente, pode impor à mulher redução de seus direitos de forma a contrariar tutelas conferidas a direitos fundamentais.**

66. Vale lembrar que o Governo Federal vem implementando diversas políticas para a concretização da autonomia econômica da mulher, bem como a sua igualdade de gênero no mercado de trabalho. Na 3ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres, foi *“reafirmada a importância da continuidade das políticas de autonomia das mulheres como princípio gerador de políticas e ações do poder público que são propostas para a sociedade”*. Nesse cenário, a garantia da licença maternidade e da ausência de prejuízos à mulher, decorrentes do gozo desta, devem ser observadas pela Administração Pública, pois esta licença busca viabilizar a proteção à maternidade e à infância, direitos de segunda geração, que exigem por parte do Estado prestações positivas, a fim de garantir o bem-estar social dos cidadãos.

67. Diante de todo o exposto neste Parecer, cotejados dispositivos constitucionais e legais que permeiam a matéria, inegável revela-se que a interpretação constitucionalmente adequada do art. 41, § 4º, da CF/88 c/c art. 20 e art. 102, VIII, “a”, ambos da Lei n.º 8.112/90, é no sentido de que a Constituição Federal traz especial proteção à maternidade, à família e à criança, resguardando todos os seus direitos de forma a impedir qualquer interpretação que reduza o seu espectro de conformação, seja por parte de particulares, seja pelo Estado, de modo que, com fundamento também no princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88), a licença à gestante, ao (à) adotante e a licença paternidade, uma vez não dispostas no rol do art. 20, § 5º, da Lei n.º 8.112/90, e estando previstas como efetivo tempo de serviço para todos os efeitos (art. 102, VII, “a”, Lei n.º 8.112/90), não suspendem a contagem do prazo do estágio probatório de 3 (três) anos previsto no art. 41, CF/88.

III – CONCLUSÃO:

68. Em conclusão, recomenda-se seja adotado este Parecer, para que se fixe como orientação da Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos o entendimento aqui sustentado, e, em consequência, estabeleçam-se como seus efeitos:

a) a **revogação dos Pareceres** n° 79/2011/DECOR/CGU/AGU, n° 18/2011/CGU/AGU e n.º 10/2011/MCA/CGU/AGU, **no que se referem à licença à gestante, à licença ao (à) adotante e à licença paternidade**, passando a vigorar o entendimento de que a **licença gestante, a licença adotante e a licença paternidade (art. 207 a 210 da Lei n.º 8.112/90) não suspendem a contagem do prazo do estágio probatório previsto no art. 41 da Constituição de 1988;**

b) a sua vigência a partir da data do Despacho de Aprovação do Advogado-Geral da União, nos termos do art. 2º, XIII, da Lei n° 9.784/1999;

c) a sua aplicação às hipóteses de servidores cujas avaliações de estágio probatório ainda estejam em aberto na data do referido Despacho.

Brasília, 17 de agosto de 2016.

Leonardo Raupp Bocorny
Advogado da União Membro CNU/CGU
Revisor

André Rufino do Vale
Procurador Federal Diretor DECOR/CGU Presidente CNU/CGU

Bruno Andrade Costa
Procurador Federal Membro CNU/CGU

Daniel Rocha de Farias
Advogado da União Membro CNU/CGU

Joaquim Modesto Pinto Júnior
Advogado da União Membro CNU/CGU

Luiz Palumbo Neto
Advogado da União Membro CNU/CGU

Manoel Paz e Silva Filho
Advogado da União Membro CNU/CGU

Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos
Advogado da União Membro CNU/CGU

Marcelo Azevedo de Andrade
Advogado da União Membro CNU/CGU

Rafael Figueiredo Fulgêncio
Advogado da União Membro CNU/CGU

Rafael Magalhães Furtado

Advogado da União Membro CNU/CGU

Ronny Charles Lopes de Torres

Advogado da União Membro CNU/CGU

Teresa Villac Pinheiro Barki

Advogada da União Membro CNU/CGU

Vanessa Canedo Pinto Boaventura

Advogada da União Membro CNU/CGU

Victor Ximenes Nogueira

Advogado da União Membro CNU/CGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 05100200059201586 e da chave de acesso e111b135

Documento assinado eletronicamente por ANDRE RUFINO DO VALE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 10354028 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANDRE RUFINO DO VALE. Data e Hora: 26-08-2016 16:58. Número de Série: 13357071. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.





**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 597/2016

PROCESSO: 05100.200059/2015-86

INTERESSADOS: CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO - CONJUR/MPOG E SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA - SEGEP/MPOG.

ASSUNTO: REVISÃO DE ENTENDIMENTO. SUSPENSÃO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO ENQUANTO O SERVIDOR ESTIVER EM GOZO DE LICENÇA.

Aprovo o Parecer-Plenário nº 03/2016/CNU-Decor/CGU/AGU (17/08/2016) e a Orientação Normativa CNU/CGU/AGU Nº 03/2016, oriundos da Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos, instituída nos termos do Ato Regimental nº 1/AGU, de 4 de fevereiro de 2016.

À elevada consideração de Sua Excelência o Senhor Advogado-Geral da União.

Brasília, 25 de agosto de 2016.


PAULO GUSTAVO MEDEIROS CARVALHO
Consultor-Geral da União



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REFERÊNCIA: Processo nº 05100.200059/2015-86

Aprovo, nos termos do DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO N° 597/2016, o Parecer-Plenário nº 03/2016/CNU-Decor/CGU/AGU (17/08/2016) e a Orientação Normativa CNU/CGU/AGU N° 03/2016, oriundos da Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos.

Restituam-se os autos à Consultoria-Geral da União para as providências subsequentes.

Em 26 de agosto de 2016

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke, positioned over the printed name.

FÁBIO MEDINA OSÓRIO



NOTA TÉCNICA

.....

NOTA N. 00068/2018/ PROC/PFE-INCRA-MG/PGF/AGU

.....

NUP: 54000.142615/2018-79

ASSUNTOS: POLÍTICA FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA

Trata-se de processo que vem a esta PFE-INCRA, com o fito de esclarecer dúvida jurídica consubstanciada no PARECER N° 8400/2018/UA-06.2/SR(06)MG/INCRA (SEI 1639079), tendo sido confirmada pelo Despacho do Superintendente, o qual menciona: *“Encaminho os autos para análise e manifestação quanto à possibilidade de desbloqueio da Unidade Familiar em questão, tendo em vista o exposto pelo Parecer n°. 8400(1639079)”*.

Segundo relata o Parecer supracitado em seu item 2: *“Após realização análise no Relatório Radis SEI n° 1638722 e tentativa de atualização dos dados da unidade familiar, assentado(s) no Lote n° 50, constatamos que há registro bloqueio em virtude do Acórdão do TCU n° 775/2016, com apontamento de indício da seguinte irregularidade: “ Titular 2 maus antecedentes depois da homologação”*. Em seguida, sugere que tal bloqueio é ilegal, tendo em vista a não previsão de tal critério de elegibilidade na Lei 8.629/93.

Vale ressaltar que foi feita vistoria no lote do interessado em 08/01/2018 com comprovação de que a unidade familiar explora efetivamente a parcela -Relatório SIGRA/RADIS (1638722), tendo sido assinado pelo Sr. XXX à sua página 18, o que demonstra que ele não se encontra preso pelos crimes que fora acusado.



Não há maiores questões documentais, o que restringirá essa análise ao motivo delineado como bloqueio, qual seja maus antecedentes depois da homologação em cotejo com a legislação agrária.

Além dos aspectos legais a serem considerados no caso concreto, a análise é de início baseada no contrato existente entre as partes.

Quando da homologação do interessado em 13/09/2006 houve assinatura de um Contrato de Concessão de Uso com o INCRA, cujas cláusulas são padronizadas.

Pode-se notar que não há qualquer menção expressa no CCU a condenações criminais posteriores à homologação como cláusula resolutiva do contrato, todavia, podem haver certas incompatibilidades advindas de efeitos da condenação penal depois da homologação, como por exemplo a cláusula I do CCU, que obriga o beneficiário a residir na parcela e explorá-la direta e pessoalmente.

Além disso, poderia haver descumprimento do contrato por parte do interessado, no caso da cláusula XI, letra d, a qual traz como motivo para resolução do contrato “tornar-se elemento de perturbação para a continuidade do desenvolvimento dos trabalhos, por má conduta ou inadaptação a vida comunitária».

Malgrado a condenação criminal seja efetivamente uma má conduta e o seu trânsito em julgado gere maus antecedentes, é preciso que se tenha um nexo de causalidade entre a má conduta e a perturbação para a continuidade do desenvolvimento dos trabalhos, o que não ficou demonstrado nos autos. Não há nenhuma reclamação ou notícia de má conduta pelos demais moradores do assentamento ou por associação de moradores, que comprovem qualquer tipo de inadaptação para a vida comunitária.

Portanto, salvo melhor juízo e **pela análise da documentação juntada ao processo, não há qualquer descumprimento contratual das 13 cláusulas e condições do CCU por parte do interessado, já que ele se encontra solto e exercendo a exploração da terra pessoal e diretamente, conforme demonstrado no relatório de vistoria anexado aos autos.**

Sob o aspecto da legislação agrária, o artigo 20 da Lei 8.629/93 elenca os critérios para elegibilidade como beneficiário dos projetos de assentamento. Logo, *a contrario sensu* o seu não preenchimento gera a exclusão do programa. Diz o artigo 20:

“Art. 20. Não poderá ser selecionado como beneficiário dos projetos de assentamento a que se refere esta Lei quem: (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

I - for ocupante de cargo, emprego ou função pública remunerada; (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

II - tiver sido excluído ou se afastado do programa de reforma agrária, de regularização fundiária ou de crédito fundiário sem consentimento de seu órgão executor; (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

III - for proprietário rural, exceto o desapropriado do imóvel e o agricultor cuja propriedade seja insuficiente para o sustento próprio e o de sua família; (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

IV - for proprietário, cotista ou acionista de sociedade empresária em atividade; (Incluído pela Lei n° 13.465, de 2017)

V - for menor de dezoito anos não emancipado na forma da lei civil; ou (Incluído pela Lei n° 13.465, de 2017)

VI - auferir renda familiar proveniente de atividade não agrária superior a três salários mínimos mensais ou superior a um salário mínimo per capita. (Incluído pela Lei n° 13.465, de 2017)

§ 1º As disposições constantes dos incisos I, II, III, IV e VI do caput deste artigo aplicam-se aos cônjuges e conviventes, inclusive em regime de união estável, exceto em relação ao cônjuge que, em caso de separação judicial ou de fato, não tenha sido beneficiado pelos programas de que trata o inciso II do caput deste artigo.

§ 2º A vedação de que trata o inciso I do caput deste artigo não se aplica ao candidato que preste serviços de interesse comunitário à comunidade rural ou à vizinhança da área objeto do projeto de assentamento, desde que o exercício do cargo, do emprego ou da função pública seja compatível com a exploração da parcela pelo indivíduo ou pelo núcleo familiar beneficiado.

§ 3º São considerados serviços de interesse comunitário, para os fins desta Lei, as atividades prestadas nas áreas de saúde, educação, transporte, assistência social e agrária.

§ 4º Não perderá a condição de beneficiário aquele que passe a se enquadrar nos incisos I, III, IV e VI do caput deste artigo, desde que a atividade assumida seja compatível com a exploração da parcela pelo indivíduo ou pelo núcleo familiar beneficiado”.

Logo, pela simples leitura do dispositivo supra, verifica-se ausência de qualquer ato ilegal na época da homologação e seleção do interessado. Ressalte-se que a homologação se deu em 13/09/2006 e os crimes teriam sido cometidos em 22/11/2013 e 25/02/2015.

De outro lado, o Acórdão TCU 775 de 2016, nos itens 45 a 50 tratam do indício 8 cujo título é beneficiários contemplados na RB que que não possuem bons antecedentes, fundamenta a suposta irregularidade no artigo 25, caput da Lei 4.504 de 1964 e na NE 45 de 2005 no artigo 6º, IX, os quais valem a transcrição:

*«Art. 25. As terras adquiridas pelo Poder Público, nos termos desta Lei, deverão ser vendidas, atendidas as condições de maioria, sanidade e de **bons antecedentes**, ou de reabilitação, de acordo com a seguinte ordem de preferência:*

I - ao proprietário do imóvel desapropriado, desde que venha a explorar a parcela, diretamente ou por intermédio de sua família;

II - aos que trabalhem no imóvel desapropriado como posseiros, assalariados, parceiros ou arrendatários;

III - aos agricultores cujas propriedades não alcancem a dimensão da propriedade familiar da região;

IV - aos agricultores cujas propriedades sejam comprovadamente insuficientes para o sustento próprio e o de sua família;

V - aos tecnicamente habilitados na forma da legislação em vigor, ou que tenham comprovada competência para a prática das atividades agrícolas.

Art. 6º. Não poderá ser beneficiário(a) do Programa de Reforma Agrária, a que se refere esta norma, seguindo os seguintes Critérios Eliminatórios:

IX - Condenado (a) por sentença final definitiva transitado em julgado com pena pendente de cumprimento ou não prescrita, salvo quando o candidato faça parte de programa governamental de recuperação e reeducação social, cujo objeto seja o aproveitamento de presidiários ou ex-presidiários, mediante critérios definidos em acordos, convênios e parcerias firmados com órgãos ou entidades federais ou estaduais”.

Ora, salvo melhor juízo, ambos **os critérios devem ser aferidos no momento da seleção e da homologação** e conforme já dito, no momento da homologação, o interessado não possuía maus antecedentes, nem mesmo sentença criminal transitada em julgado. Logo, não pode haver retroatividade desses critérios para lhe prejudicar, se o beneficiário está solto e cumprindo todas as cláusulas do seu CCU, bem como os critérios do artigo 20 da Lei 8.629 de 1993.

No que tange ao aspecto criminal, propriamente dito, é preciso que se analise os efeitos da condenação penal. Estes serão analisados em tese, pois a sentença condenatória não foi juntada aos autos. Apenas pela certidão positiva juntada verifica-se a prática do crime de associação criminosa e furto qualificado.

Os efeitos da condenação penal podem ser genéricos e específicos e estão previstos, respectivamente, nos artigos 91 e 92 do Código Penal, *in verbis*:

“Art. 91 - São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

Art. 92 - São também efeitos da condenação:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

Com efeito, a perda de benefício governamental ou exclusão do PNRA não se enquadra em nenhum dos artigos supramencionados.

Lembre-se que a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) canaliza os efeitos da condenação penal aduzindo em seu artigo 3º que: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”. Como se não bastasse, traz em seu artigo 1º que o objetivo da execução penal é “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Qual a “harmônica integração social do condenado e do internado” seria feita com o bloqueio do interessado e, possível exclusão do mesmo do PNRA? A resposta só pode ser negativa, a uma porque a sentença não atingiu o direito dele de estar vinculado ao PNRA (ao menos em tese, já que não foi juntada aos autos), a duas porque a retirada do benefício seria promover uma dupla exclusão social, já propiciada pela condenação penal.

Logo, não há efeito da condenação criminal que possa legitimar o bloqueio feito, ainda mais no caso concreto, em que a restrição da liberdade não foi efetivada e o beneficiário estava explorando diretamente o lote, conforme vistoria.

Por outro lado, a unidade familiar é composta por 2 membros e mesmo que um beneficiário estivesse preso (que não é o caso dos autos pelas informações prestadas), seu cônjuge poderia continuar a exploração do lote normalmente, desde que preenchidos os requisitos legais.

Neste contexto, **tanto sob o aspecto administrativo e legal (agrário e criminal), salvo melhor juízo, não há nenhuma restrição no caso dos autos ao beneficiário**, pois está cumprindo todos os requisitos legais e contratuais até o momento, pela documentação ora juntada.

Tendo em vista o caráter geral desta manifestação, visto que pode ocorrer em outros processos em que o TCU tenha efetivado em seu relatório o bloqueio pelo mesmo motivo (pelo Acórdão 775 foram listados 218 casos) , é de bom alvitre que seja encaminhado o caso à PFE-IN-CRA-SEDE, para análise e manifestação quanto ao contido nesta Nota.

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2018.

Grégore Moreira De Moura
Procurador Regional em Exercício
PFE-IN-CRA-MG





JURISPRUDÊNCIA
COMENTADA



.....

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O TOTAL DAS REMUNERAÇÕES

.....

Vitor Junqueira Vaz¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Tese do Contribuinte e o Recurso Especial no 1.230.957/RS. 2. A Tese da União (Fazenda Nacional) e o Recurso Extraordinário nº 565.160 (Tema 20); 3. Considerações Finais; Referências.

1 - Procurador da Fazenda Nacional. Coordenador-Geral de Contratação Pública da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – CCP/PGFN. Mestrando em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Especialista em Direito Internacional e graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás – UFG.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em sua redação original, dispôs em seu artigo 195, que:

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

Com a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, a redação do artigo 195, inciso I, do texto constitucional, foi alterada, estabelecendo que a seguridade social seja financiada por contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento; e
- c) o lucro.

Verifica-se, pela redação do caput do artigo 195 transcrita acima, que a seguridade social será financiada pela sociedade “*nos termos da lei*”. Assim, a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, instituiu o Plano de Custeio da Seguridade Social, regulamentando o mencionado dispositivo constitucional. O artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação original, dispôs que:

A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no artigo 23, é de: I – 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, empresários, trabalhadores avulsos e autônomos que lhe prestem serviços.

Essa redação sofreu alterações ao longo do tempo, tendo após a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, sofrido modificação pela Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, apresentando, hoje, a seguinte redação:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Grifou-se)

Na supracitada Lei de Custeio da Seguridade Social, também ficou estabelecido, no artigo 22, § 2º, que não integram a remuneração as parcelas de que trata o § 9º do art. 28, o qual previu que diversas verbas não integrariam o salário de contribuição, tais como os benefícios da previdência social, salvo o salário-maternidade, as ajudas de custo e as importâncias recebidas a título de férias indenizadas.

Vê-se, pois, pelos dispositivos transcritos acima, que a Lei nº 8.212, de 1991, ao regulamentar o inciso I do artigo 195 da Constituição Federal de 1988, tanto antes quanto após a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, não reproduziu a redação do artigo 195 do texto constitucional, estabelecendo que a incidência da contribuição social incidiria “sobre o total das remunerações”. Isso causou diversos conflitos entre o contribuinte e a União (Fazenda Nacional), gerando dúvidas sobre quais verbas incidiriam a mencionada contribuição social, tendo o tema sido enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) até, finalmente, ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário nº 565.160 (RE nº 565.160), que reconheceu a repercussão geral da questão (Tema 20) e firmou a sua tese.

1. A TESE DO CONTRIBUINTE E O RECURSO ESPECIAL Nº 1.230.957/RS

Em razão da diferença de redação entre o texto constitucional e a Lei de Custeio da Seguridade Social, os contribuintes alegaram que haveria distinção semântica entre as expressões “total das remunerações” (art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212, de 1991) e “folha de salários” (artigo 195 do texto constitucional) e, conseqüentemente, não incidiria a contribuição previdenciária sobre verbas habituais pagas como adicionais, gorjetas, prêmios, etc., eis que não estariam dentro do conceito de salário.

Ademais, em relação a várias verbas, os contribuintes alegaram que a contribuição previdenciária patronal, prevista no artigo 195 da Constituição Federal de 1988, não poderia incidir, uma vez que possuiriam natureza indenizatória.

No âmbito do STJ, o Recurso Especial nº 1.230.957/RS (REsp nº 1.230.957/RS), o qual foi apreciado sob a sistemática de recursos repetitivos do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (atual artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015), foi parcialmente favorável à tese dos contribuintes. O supracitado Recurso Especial tratava da incidência da contribuição previdenciária patronal, no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), sobre: o terço constitucional de férias; o salário-maternidade; o salário-paternidade; o aviso prévio indenizado, bem como a importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

O STJ firmou a tese que a contribuição previdenciária do empregador incidiria sobre o salário-maternidade e salário-paternidade. Todavia, em relação às demais verbas, prevaleceu a tese do contribuinte, no sentido de que não incidia referido tributo.

Quanto aos quinze dias que antecedem o auxílio-doença, fixou-se a tese de que “a importância paga não é destinada a retribuir o trabalho, sobretudo porque no intervalo dos quinze dias consecutivos ocorre a interrupção do contrato de trabalho, ou seja, nenhum serviço é prestado pelo empregado”. Logo, a importância não seria uma verba de natureza remuneratória,

não cabendo à incidência da contribuição previdenciária.

Em relação ao aviso prévio indenizado, o STJ decidiu que as verbas indenizatórias, que não correspondam serviços prestados nem tempo à disposição do empregador, não ensejam a incidência de contribuição previdenciária, sendo “irrelevante a circunstância de não haver previsão legal de isenção em relação a tal verba”.

Já quanto ao terço de férias, seja gozado ou indenizado, o STJ decidiu pela sua não incidência nos seguintes termos, conforme publicado no Informativo de Jurisprudência do STJ nº 536, de 26 de março de 2014:

DIREITO TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS GOZADAS. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

Não incide contribuição previdenciária a cargo da empresa sobre o valor pago a título de terço constitucional de férias gozadas. Nos termos do art. 7º, XVII, da CF, os trabalhadores urbanos e rurais têm direito ao gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal. Com base nesse dispositivo, o STF firmou orientação no sentido de que o terço constitucional de férias tem por finalidade ampliar a capacidade financeira do trabalhador durante seu período de férias, possuindo, portanto, natureza “compensatória/indenizatória”. Além disso, levando em consideração o disposto no art. 201, § 11 (incluído pela EC 20/1998), da CF (“os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”), o STF pacificou que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Cumpre observar que esse entendimento refere-se a casos em que os servidores são sujeitos a regime próprio de previdência, o que não justifica a adoção de conclusão diversa em relação aos trabalhadores sujeitos ao Regime Geral da Previdência Social - RGPS. Isso porque a orientação do STF se ampara, sobretudo, nos arts. 7º, XVII, e 201, § 11, da CF, sendo que este último preceito constitucional estabelece regra específica do RGPS. Cabe ressaltar que a adoção desse entendimento não implica afastamento das regras contidas nos arts. 22 e 28 da Lei 8.212/1991, tendo em vista que a importância paga a título de terço constitucional de férias não se destina a retribuir serviços prestados nem configura tempo à disposição do empregador. **Desse modo, é imperioso concluir que a importância paga a título de terço constitucional de férias possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária.** Precedentes citados do STJ: AgRg nos EREsp 957.719-SC, Primeira Seção, DJe de 16/11/2010; e EDcl no AgRg no AREsp 16.759-RS, DJe 19/12/2011. Precedentes citados do STF: AgR no AI 710.361-MG, Primeira Turma, DJe 8/5/2009; e AgR no RE 587.941-SC, Segunda Turma, DJe 21/11/2008. **REsp 1.230.957-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014.** (Destacou-se).

DIREITO TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS INDENIZADAS. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

Não incide contribuição previdenciária a cargo da empresa sobre o valor pago a título de terço constitucional de férias indenizadas. O art. 28, § 9º, “d”, da Lei 8.212/1991 (com redação dada pela Lei 9.528/1997) estabelece que não integram o salário de contribuição *“as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT”*. Destarte, no que se refere ao *adicional de férias relativo às férias indenizadas, a não incidência de contribuição previdenciária decorre de previsão legal*. REsp 1.230.957-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014.

Verifica-se que no REsp nº 1.230.957-RS o STJ entendeu que mesmo no caso de importância paga a título de terço de férias gozada a sua natureza é indenizatória, uma vez que, segundo a mencionada Corte, “não constitui ganho habitual do empregado”. Assim, na prática, o STJ deu o mesmo tratamento tributário para a importância paga a título de férias indenizada ou gozada, não incidindo em ambas a contribuição previdenciária da empresa.

Em que pese o julgamento desfavorável do STJ, no rito de recursos repetitivos, pudesse implicar na dispensa de contesta e recorrer da União (Fazenda Nacional), a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por intermédio de Nota da Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional (CRJ) (NOTA/PGFN/CJR/Nº 640/2014), estabeleceu que o entendimento firmado no âmbito do STJ poderia ser revertido no STF, principalmente em razão do RE nº 565.160/SC (Tema 20). Logo, recomendou que as decisões que aplicassem o entendimento do STJ em desfavor da União (Fazenda Nacional) continuassem a ser impugnadas pela União (PGFN).

2. A TESE DA UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 565.160 (TEMA 20)

Apesar de a redação da Lei nº 8.212, de 1991, ser diferente da prevista no artigo 195 da Constituição Federal de 1988, a União (Fazenda Nacional) entendeu que a contribuição previdenciária do empregador incidiria sobre o total das remunerações. Conforme exposto acima, a questão chegou à apreciação do STF, por meio do RE nº 565.160 (TEMA 20), cuja repercussão geral foi reconhecida nos seguintes termos:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PATRONAL SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. BASE DE CÁLCULO. TOTAL DAS REMUNERAÇÕES PAGAS OU CREDITADAS A QUALQUER TÍTULO AOS EMPREGADOS. ALCANCE DA EXPRESSÃO ‘FOLHA DE SALÁRIOS’. LEI Nº 8.212/1991, ART. 22, INCISO I. CTN, ART. 110. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98. CF/88, ARTIGOS 146; 149; 154, INCISO I; 195, INCISO I, E §4º. Saber o alcance da expressão ‘folha de salários’, para fins de instituição de contribuição social sobre o total das remunerações”.

Primeiramente, é importante esclarecer que o objeto apreciado no RE nº 565.160 (Tema 20) é apenas da contribuição social patronal sobre a folha de salários. Assim, não trata

da contribuição previdenciária do empregado ou do servidor público. Nesse sentido, o relator do citado RE, Ministro Marco Aurélio, esclareceu essa questão em seu voto:

Ab initio, é preciso delimitar a matéria constitucional posta à apreciação da Corte no presente caso: **definir o alcance da expressão “folha de salários” (artigo 195, inciso I, da Constituição Federal), para fins de apuração da base de cálculo da contribuição previdenciária a cargo do empregador, dentro do Regime Geral da Previdência Social.**

Esse esclarecimento é importante, pois **difere o caso dos demais em julgamento no STF**. No RE nº 593.068 (Tema 163), **por exemplo, a Corte está apreciando o alcance do termo “remuneração”, para fins de aferição da base de cálculo das contribuições previdenciárias pagas pelo servidor público** - submetido, assim, a regime previdenciário próprio. Esse caso está sendo analisado sob a ótica do caráter solidário do regime previdenciário do servidor público, trazido pela EC nº 41/2003, ao lado do caráter contributivo.

Também não se confunde com o caso do RE nº 892.238, por mim submetido ao Plenário Virtual, em 17 de junho de 2016, para fixação da seguinte tese:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DO EMPREGADO. ADICIONAL DE FÉRIAS. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. DÉCIMO TERCEIRO PROPORCIONAL. AUXÍLIO DOENÇA. HORAS EXTRAS. NATUREZA JURÍDICA DAS VERBAS. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. ENQUADRAMENTO. INTERPRETAÇÃO DA LEI 8.212/1991, DA LEI 8.213/1991 E DO DECRETO 3.038/1999. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

Isso porque o caso analisado pelo Plenário Virtual **tratava da delimitação da base de cálculo da contribuição previdenciária a cargo do empregado, que não possui suas balizas fixadas pela Constituição Federal, como ocorre com a contribuição previdenciária patronal, mas sim, pelo artigo 28 da Lei nº 8.212/91, razão pela qual a análise de sua composição demanda o exame da legislação infraconstitucional.** (Destacou-se).

Em apertada síntese, a tese da União (Fazenda Nacional) defendida no RE nº 565.160 é de que o Poder Constituinte Originário, ou seja, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 20, 1998, ampliou o conceito de salário para fins de contribuição previdenciária empresarial, uma vez que se deve entender salário como expressão equivalente a total das remunerações.

O fundamento constitucional da tese se encontra na redação original do art. 201, § 4º, do texto constitucional, que dispunha no seguinte sentido:

Art. 201. Os planos de previdência social, **mediante contribuição**, atenderão, **nos termos da lei**, a:

[...]

§ 4º **Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária** e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e **na forma da lei.** (Destacou-se).

Pela redação acima transcrita, nota-se que o constituinte originário foi claro que “nos termos da lei” e “na forma da lei” os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão considerados para efeito de contribuição previdenciária. Logo, a expressão “folha de salários”, prevista no artigo 195 da Lei Fundamental deve ser interpretada em consonância com a regra prevista no artigo 201, § 4º, da mesma norma, que ampliou o conceito de salário, para fins previdenciários, para englobar o total das remunerações.

Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, o § 4º do artigo 201 passou a ser o § 11 do mesmo dispositivo constitucional, mantendo em sua redação a equivalente ampliação do conceito de salário para fins de contribuições previdenciárias. Nesse sentido, é a ementa do acórdão da apelação que serviu de base para o RE em comento:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE SALÁRIO EM SEDE CONSTITUCIONAL.

NATUREZA JURÍDICA DAS VERBAS. ART. 22, I, LEI 8.212/91. CONSTITUCIONALIDADE. VERBAS SALARIAIS.

1. O constituinte originário valeu-se de conceito abrangente de salário, análogo ao de remuneração, para fins de incidência de contribuição previdenciária patronal, tendo em vista o disposto no art. 201, § 4º, da CF, atualmente § 11, no sentido de determinar a incorporação dos ganhos habituais do empregado, percebidos a qualquer título, à base econômica tributável.

2. Tanto os valores pagos diretamente pelo empregador ao empregado, os quais constituem o “salário”, como aqueles alcançados por terceiros, ambos consubstanciando a “remuneração”, servem como contraprestação ao trabalho e à disponibilidade do empregado. Evidencia-se, assim, o caráter salarial das verbas, o qual constitui elemento necessário e suficiente para legitimar a incidência da exação.

3. Constitucional o art. 22, I, da Lei na 8.212/91, na parte em que instituiu contribuição social patronal incidente sobre “o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título aos empregados” com fulcro na previsão constitucional originária do art. 195, I, de incidência da exação sobre a “folha de salários”.

4. As verbas assinaladas pela parte autora não se revestem de natureza indenizatória, mas, sim, salarial, porquanto não se prestam à reparação de danos ou à compensação pela perda ou abdicção de um direito, tampouco se desvinculam da prestação de serviços pelo empregado e das obrigações ordinárias inerentes ao contrato de trabalho. (Destacou-se).

No acórdão do RE nº 565.160, o STF acolheu a tese da União e fixou o seguinte entendimento:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 20 a repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e negou-lhe provimento, fixando a seguinte tese: “A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998”.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dessa decisão do STF favorável à União (Fazenda Nacional), nota-se que a base de cálculo da contribuição previdenciária da empresa passou a ser a totalidade das remunerações, ou seja, o total dos ganhos habituais do empregado, quer seja antes ou depois à Emenda Constitucional nº 20, de 1998, diferentemente do estabelecido no STJ no REsp nº 1.230.957/RS.

Verifica-se que o critério utilizado pelo STF foi bastante genérico, habitualidade das verbas. Apesar de o STF no RE nº 565.160/SC, por exemplo, qualificar o terço de férias como ganho habitual, para que fique mais claro se o terço constitucional de férias integra a base de cálculo da contribuição patronal, deve-se aguardar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.072.485, que teve sua repercussão geral reconhecida (Tema 985) recentemente e irá discutir a natureza jurídica do terço constitucional de férias, indenizadas ou gozadas, para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal.

De qualquer forma, a tese fixada no Tema 20 é bastante favorável à União (Fazenda Nacional) e, conseqüentemente, a Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CRJ/PGFN) emitiu a Nota PGFN/CRJ/Nº 9812017, que revogou a dispensa de contestar e recorrer por parte da União (Fazenda Nacional) em diversos casos e concluiu da seguinte forma:

80. Ante o exposto, conclui-se, em síntese, que:

a) em relação ao entendimento do STF, no RE nº 565.160/SC, acerca da possibilidade de incidência de contribuição previdenciária sobre ganhos habituais, notadamente considerando o fato de a Corte Suprema ter qualificado o terço constitucional de férias como ganho habitual, entende-se que deve ser revogada a dispensa de recurso especial para o tema incidência de contribuição previdenciária a cargo do empregador quanto ao terço constitucional de férias;

b) revoga-se a dispensa de contestar e recorrer em relação à contribuição a cargo do empregado quanto ao terço constitucional de férias, mantendo-se, contudo, a dispensa de recurso extraordinário, tendo em vista, a inviabilidade, pelo menos no momento, de sua interposição, em razão da decisão do STF quanto ao tema 908 (RE nº 892.238/RS), não obstante o disposto no art. 7º, XVII, da Constituição Federal;

c) considera-se recomendável manter a dispensa contida na Nota PGFN/CRJ nº 485/2016, relativa à contribuição previdenciária a cargo do empregador e do empregado quanto ao aviso prévio indenizado;

d) mantém-se a ausência de dispensa (ressalvada a hipótese de recurso especial) em relação à contribuição do empregador quanto ao afastamento dos quinze primeiros dias que antecedem o auxílio-doença; remanesce, contudo, a dispensa em relação à contribuição a cargo do empregado quanto à referida verba, em face da inviabilidade, pelo menos no momento, de recurso especial e a de recurso extraordinário, em razão da decisão do STJ, no REsp nº 1.230.957/RS, que é aplicada também para o empregado em outros julgados do STJ, e a decisão do STF quanto ao tema 908 (RE nº 892.238/RS).

e) 81. São essas as considerações pertinentes à matéria submetida à apreciação. Sugere-se o encaminhamento da presente Nota às Procuradorias-Regionais da Fazenda Nacional e à CASTJ, a fim de que possam verificar a correção de sobrestamento dos recursos extraordinários interpostos por cada unidade.

f) 82. **Cumpre, ainda, mencionar que, em caso de descumprimento do que restou decidido no tema 20 de repercussão geral (RE nº 565.160/SC), cabe reclamação, cumpridos os requisitos previstos na Portaria PGFN nº 986/2016 e no §5º do art. 988, do nCPC.** Há, por fim, que se ressaltar também a possibilidade de ser cabível ação rescisória ou alegação de coisa julgada inconstitucional (arts. 535 e 966, do nCPC). (Destacou-se).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 set. 2018.

BRASIL. *Informativo do Superior Tribunal de Justiça – STJ nº 536, de 26 de março de 2014*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270536%27>. Acesso em: 01 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm. Acesso em: 01 set. 2018.

BRASIL. *Memorial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no Tema 20*.

BRASIL. *NOTA /PGFN/CRJ/Nº 640/2014*.

BRASIL. *NOTA PGFN/CRJ/ Nº 981/2017*.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1230.957/RS*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1072.485*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 565.160*.

Anafe


Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais







Anafe


Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais


 anafenacional.org.br

 (61) 3326-1729

 anafenacional.org.br

 @ANAFENACIONAL

 @anafenacional

 SHIS QL 24, Conjunto 3,
Casa 1, Lago Sul - Brasília/DF