

---

# DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

---

REVISTA JURÍDICA  
DA PROCURADORIA-GERAL  
DO ESTADO DO PARANÁ

2015



---

DIREITO  
DO ESTADO  
EM DEBATE

---

### **Conselho Editorial**

Adriane Reis de Araújo  
Aldacy Rachid Coutinho  
Carlos Frederico Marés de Souza Filho  
Celso Luiz Ludwig  
Érica de Oliveira Hartmann  
Eros Belin de Moura Cordeiro  
Eroulths Cortiano Junior  
Fernando Borges Mânica  
Fernando Campos Scaff  
Guilherme Roman Borges  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Jair Lima Gevaerd Filho  
Joe Tennyson Velo  
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho  
José Anacleto Abduch Santos  
José Antonio Peres Gediél  
Jozélia Nogueira  
Luiz Henrique Sormani Barbugiani  
Luiz Osório Moraes Panza  
Manoel Caetano Ferreira Filho  
Marcia Carla Pereira Ribeiro  
Miguel Gualano de Godoy  
Paulo Ricardo Schier  
Ricardo Saavedra Hurtado  
Rodrigo Luís Kanayama  
Rodrigo Xavier Leonardo  
Roland Hasson  
Safira Orçatto Meirelles do Prado  
Sandro Marcelo Kozikoski  
Sérgio Cruz Arenhart

### **Comissão Editorial**

Ana Cláudia Bento Graf  
Audrey Silva Kyt  
Leila Cuéllar  
Luyza Marks de Almeida  
Vinícius Klein

**Coordenadoria de Estudos Jurídicos da PGE-PR**

Leila Cuéllar

---

# DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

---

REVISTA JURÍDICA  

---

DA PROCURADORIA-GERAL  

---

DO ESTADO DO PARANÁ

2015

Dados internacionais de catalogação na publicação  
Bibliotecária responsável: Neuza Lúcia Staub CRB 9/763

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO  
PARANÁ. Curitiba : PGE, 2015

v. 6 - 2015

ISSN : 2316-3070

I. DIREITO – PERIÓDICOS. I. PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO  
DO PARANÁ.

CDD - 340.05

CDU - 35(05)

---

*As opiniões e os entendimentos externados nos artigos, na jurisprudência comentada e na produção jurídica/peça judicial são de responsabilidade exclusiva dos autores, não se confundindo com os adotados pelo Conselho Editorial, Comissão Editorial ou pela instituição Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.*

*Todos os textos aqui publicados foram aprovados pelo sistema ‘double blind peer review’ por dois professores membros do Conselho Editorial, sem interferência da Comissão Editorial.*

comissaoeditorial@pge.pr.gov.br

---



Antônia Schwinden (Coordenação)  
Glauce Midori Nakamura (Capa e Editoração Eletrônica)

## **Apresentação**

*Ao longo de sua história, a Procuradoria-Geral do Estado do Paraná tem contribuído de maneira saliente com a produção acadêmica paranaense. Vários doutrinadores importantes compõem os quadros da Instituição, construindo um cabedal de vultosa produção de pensamento jurídico.*

*O sexto volume da Revista “Direito do Estado em Debate” representa a continuidade desta tradição e nasce dos esforços e da competência dos procuradores e colaboradores externos, componentes do Conselho Editorial e da Comissão Editorial, que possibilitaram uma publicação de qualidade indiscutível. Posso testemunhar o profissionalismo, o zelo e a sempre indispensável paixão com que a revista vem sendo conduzida, sendo marcante o rigoroso sistema de seleção dos artigos encaminhados para análise e a obstinação de todos por um constante aprimoramento da publicação.*

*Constata-se a atualidade dos temas discutidos e sua proximidade com os problemas vivenciados nas lides envolvendo interesses estatais, de maneira que os estudos, a um só tempo, importam às advocacias pública e privada.*

*Estamos certos que a publicação contribuirá para o enriquecimento da nossa produção doutrinária.*

*Curitiba, 20 de outubro de 2015.*

*Paulo Sérgio Rosso*  
Procurador-Geral do Estado do Paraná



## Sumário

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	5
<i>Paulo Sérgio Rosso</i>	

### I – DOCTRINA

<b>Sanções administrativas e sucessão empresarial: o caso da Lei Anticorrupção</b>	
<i>The liability of companies' successors for administrative sanctions under the rules of the Brazilian Anti-Corruption Law</i> .....	11
<i>Ubirajara Costódio Filho</i>	

<b>Arbitragem e Administração Pública</b>	
<i>Arbitration and Public Administration</i> .....	47
<i>Rafael Munhoz de Mello</i>	

<b>A efetivação dos direitos sociais versus democracia</b>	
<i>The Effective Social Rights Versus Democracy</i> .....	83
<i>Mércia Miranda Vasconcellos Cunha e Amanda Querino dos Santos Barbosa</i>	

<b>A importância do sistema de justiça para o desenvolvimento econômico</b>	
<i>The Importance of the System of Justice for Economic Development</i> .....	103
<i>Lara Bonemer Azevedo da Rocha e Marcia Carla Pereira Ribeiro</i>	

<b>ICMS ecológico: desafio da tributação ambiental</b> <i>Ecological ICMS: Challenge of Environmental Taxation</i> .....	135
<i>Ana Lucia Mortari</i>	

<b>Os conselhos profissionais e a lei de improbidade administrativa – limites da liberdade profissional e da autorregulação</b> <i>The professional associations and the brazilian improbity act – limits of the professional freedom and the self-governance</i> .....	175
<i>Clóvis Alberto Bertolini de Pinho</i>	

## II – JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

<b>1. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Agravo Regimental n.º 830.155-5/04: execução dos efeitos patrimoniais da decisão concessiva de segurança</b> .....	209
<i>Eron Freire dos Santos</i>	

## III – PRODUÇÃO JURÍDICA DA PGE

<b>1. Ação Rescisória</b> .....	225
---------------------------------	-----

---

# DOCTRINA

---

2015



## **Sanções administrativas e sucessão empresarial: o caso da Lei Anticorrupção**

### ***The liability of companies' successors for administrative sanctions under the rules of the Brazilian Anti-Corruption Law***

*Ubirajara Costódio Filho<sup>1</sup>*

RESUMO: A Lei n.º 12.846/2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção, introduziu no direito brasileiro as regras de responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados contra a Administração Pública. Entre as suas várias disposições estão as do art. 4.º, *caput* e §1.º, disciplinando o assunto nas hipóteses de sucessão entre pessoas jurídicas que se envolvam em operações de transformação, incorporação, fusão ou cisão. No presente artigo, examinar-se-á a validade daqueles dispositivos da Lei Anticorrupção, enfocando-se a questão da “transmissibilidade das sanções administrativas” nas relações envolvendo aquelas situações de sucessão entre pessoas jurídicas, à luz do princípio constitucional da “intranscendência das penas”.

PALAVRAS-CHAVE: Sanções administrativas; Sucessão entre pessoas jurídicas; Princípio da intranscendência das penas; Lei Anticorrupção.

---

1 Bacharel em Direito pela UFPR, Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP

**ABSTRACT:** The Brazilian Federal Law number 12.846/2013, popularly known as Anti-Corruption Law, set up in the Brazilian Law new rules about the liabilities of private legal entities for corrupt practises against public entities. Among its clauses there are the ones of the Article 4, *caput* and First Paragraph, applicable in the case of succession between legal entities involved in mergers, acquisitions, conversions and split-up transactions. Then main purpose of this article is to examine the validity of those articles of law, focusing on the aspect of the “transferability of administrative sanctions” in those cases of legal entities ‘ succession, taking into consideration the constitutional principle of “nontransferability of punishment”.

**KEYWORDS:** Administrative sanctions; Succession between legal entities; The constitutional principle of “nontransferability of punishment”; Brazilian Anti-corruption Law.

## I. Notas introdutórias

1. A Lei n.º 12.846/2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção, introduziu no direito brasileiro as regras de responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados contra a Administração Pública. Entre as suas várias disposições estão as do **art. 4.º, *caput* e §1.º**, disciplinando o assunto nas **hipóteses de sucessão entre pessoas jurídicas** que se envolvam em operações de transformação, incorporação, fusão ou cisão, nestes termos:

Art. 4.º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados. (...)

2. Questão interessante a ser debatida acerca de tais regras diz respeito à “transmissibilidade das sanções administrativas” nas relações envolvendo aquelas situações de sucessão entre pessoas jurídicas. **Explica-se.**

3. No direito penal é conhecida a noção de intranscendência da pena<sup>2</sup>, assim explicada por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete terceiros. Esse é um princípio que, no estado atual de nossa ciência, não requer maiores considerações, mas o mesmo não aconteceu em outros tempos, em que a infâmia do réu passava a seus parentes, o que era comum nos delitos contra o soberano. Por essa razão nossa Constituição Federal, no art. 5.º, XLV, dispõe que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido’.<sup>3</sup>

4. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 consagra esse princípio geral entre os direitos fundamentais do seu art. 5.º, nestes termos:

Art. 5.º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei,

---

2 São também empregadas como sinônimas de “intranscendência das penas” as expressões “personalidade das penas”, “pessoalidade das penas”, “intransmissibilidade das penas” e “incontagiabilidade das penas”.

3 *Manual de direito penal brasileiro*, vol. I, parte geral, 10. ed., rev., atual, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 164-165, destacou-se.

estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (...).

### 5. Celso Ribeiro Bastos explica tal dispositivo constitucional:

Os avanços ocorridos nos últimos séculos no campo do direito penal vieram a repelir aquilo que outrora se conheceu como imposição de penas que, recaindo sobre o delinquente, passavam à sua descendência.

Ora, é fácil compreender que o movimento de afirmação dos direitos individuais teria que reagir contra esta verdadeira herança criminal que fazia com que alguém já nascesse marcado pela perda e pelos ônus das consequências de um crime praticado por parentes colaterais ou antepassados.

Tal sorte de procedimento encontra nítida repulsa das diversas Constituições e Declarações de Direitos do Homem.

O conteúdo, pois, da personalização da pena ou, se também quisermos, princípio da pessoalidade, tem o seguinte teor: em primeiro lugar, a proibição da transmissão da pena para familiares, parentes ou terceiros.

Em segundo lugar, como corolário, de resto, da vedação anterior, a extinção da pena e do procedimento criminal com a morte do agente. (...).

A segunda parte do dispositivo sob comento disciplina os aspectos patrimoniais envolvidos na questão.

O tratamento dado ao tema parece ser dos mais justos.

Com efeito, transfere-se aos sucessores a obrigação de reparar o dano, assim como pode ocorrer a decretação do perdimento dos bens. Mas tudo limitado pelo valor do patrimônio transferido.

É portanto um aprofundamento do próprio espírito que informa ao princípio da individualização das penas, isto é, se estas não são transmissíveis, com igual dose de razão não o deve ser o patrimônio auferido do ato delituoso.

Outrossim, faz igualmente sentido que o sucessor seja chamado a – dentro dos limites do patrimônio herdado e gerado por força do ato delituoso – responder por prejuízos que o próprio ato causou.<sup>4</sup>

---

4 Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, 2.º vol., p. 231.

6. E as “penas”, no direito penal, têm caráter repressivo e preventivo, isto é, visam punir o infrator pelo seu ilícito e prevenir que ele não reincida na prática do crime, reeducando-se. O Código Penal deixa isso claro em seu art. 59 ao dispor que “*o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*”, as condições ali referidas<sup>5</sup>.

Logo, no âmbito do direito penal, o qual envolve sempre sanções aplicadas judicialmente, é indiscutível a vigência desse princípio da intranscendência das penas, uma vez que ele serve à proteção do valor fundamental da dignidade da pessoa humana e decorre logicamente da própria noção de crime como uma conduta praticada consciente e voluntariamente, excluindo-se a possibilidade de responsabilização penal objetiva. É o que se pode ler nas lições de Fernando Capez, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a seguir reproduzidas:

A exteriorização da conduta por meio de uma ação ou omissão não é suficiente, porém. O Direito Penal só empresta relevo aos comportamentos humanos que tenham, na vontade, a sua força motriz. As pessoas humanas, como seres racionais, conhecedoras que são da lei natural da causa e efeito, sabem perfeitamente que de cada comportamento pode resultar um efeito distinto (sabe-se que o fogo queima, o impacto contundente lesiona ou mata, a falta de oxigênio asfixia, a tortura causa dor etc.). Assim, conhecedoras que são dos processos causais, e sendo dotadas de razão e livre-arbítrio, podem escolher entre um ou outro comportamento. É com

---

5 “Fixação da pena. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

isso que se preocupa o Direito Penal. (...) No caso da conduta dolosa, a vontade e a finalidade já são as de produzir um resultado típico, enquanto na conduta culposa, a vontade e a finalidade não buscam um resultado típico, mas este ocorre devido à violação de um dever de cuidado que qualquer pessoa mediana estaria obrigada a observar. Ocorrendo, portanto, conduta voluntária e finalística, que produza um resultado doloso ou culposo, previsto na lei penal como crime, surgirá um fato relevante sob a ótica do Direito Penal. Por essa razão, refazendo, agora, o conceito de conduta, chega-se à seguinte conclusão: *conduta penalmente relevante é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime.*<sup>6</sup>

Todo direito penal primitivo caracteriza-se por responsabilizar fundamentalmente em razão da produção de um resultado e raramente dar importância ao aspecto subjetivo da conduta. A imputação da produção de um resultado, fundada na causação dele, é o que se chama responsabilidade objetiva. A ‘responsabilidade objetiva’ é a forma de violar o princípio de que não há delito sem culpa, isto é, diz respeito a uma terceira forma de tipicidade, que se configuraria com a proibição de uma conduta pela mera causação de um resultado, sem exigir-se que esta causação tenha ocorrido dolosa ou culposamente. (...) Estas forma de responsabilidade objetiva estão quase erradicadas no direito penal contemporâneo, sobrevivendo no direito anglo-saxão com o nome de *strict liability*, e que é criticada por quase toda a doutrina desses países. Em nossa legislação penal, cremos que não há caso de responsabilidade objetiva, especialmente em face das regras estabelecidas pelo parágrafo único do art. 18 do CP e pelo art. 19: ‘Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente’.<sup>7</sup>

Assim, por conta dessas noções de responsabilização subjetiva que marcam o direito penal, a morte do sujeito condenado não transfere aos sucessores deste a responsabilidade pelo cumprimento de pena imposta ao falecido, ressalvadas as hipóteses de perdimento de bens reparação civil dos danos, no que couber.

---

6 Fernando Capez, ob. cit., p. 137-138, sublinhou-se, destaques em itálico no original.

7 Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, ob. cit., pp. 470-471.

7. Aliás, sobre o “perdimento de bens”, é correto o comentário de Fernando Capez:

(...) a CF, em seu art. 5.º, XLV, é expressa ao determinar, sem exceção, que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Nem poderia ser diferente: pena é castigo, retribuição, ainda que sua finalidade seja também reeducativa, de maneira que o sucessor não pode ser castigado, nem reeducado por algo que outra pessoa cometeu. A pena é personalíssima e em hipótese alguma pode comunicar-se a terceiros, na medida em que a responsabilidade objetiva foi repudiada pela nova ordem constitucional. Não existe nexo causal nem normativo entre a condição de herdeiro e a infração cometida pelo de cujus, sendo inviável qualquer extensão, ainda que limitada até as forças da herança. Quando a Constituição fala em possibilidade de reparação do dano e o perdimento dos bens serem estendidos aos sucessores, está-se referindo aos efeitos secundários da condenação, consistentes em tornar certa a obrigação de reparar o dano *ex delicto* e no confisco dos instrumentos, bem como do produto e proveito do crime em favor da União. O que se comunica, portanto, não é a pena, mas os efeitos extrapenais automáticos da condenação, de que trata o art. 91, I e II, do CP. Quanto à perda de bens e valores, não há sequer que se falar em função reparatória, já que o beneficiário não é a vítima e seus dependentes, mas o Fundo Penitenciário Nacional, não havendo a relação com a obrigação de indenização *ex delicto*.<sup>8</sup>

Em outras palavras, segundo o referido autor, para manter coerência com a regra da intrascendência das penas, consagrada na parte inicial do inciso XVI do art. 5.º da CF/88, deve-se interpretar a menção a “*obrigação de reparar o dano*” e a “*decretação do perdimento de bens*”<sup>9</sup> não como espécies de penas excepcionalmente transmissíveis, mas como os efeitos genéricos de toda condenação penal, de que cuida o art. 91 do CP, a saber:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

---

8 *Curso de direito penal*, vol. 1, parte geral, 17.ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 453, grifou-se.

9 A pena específica de “perda de bens e valores” é conhecida no direito penal, estando expressamente referida no CP, art. 43, II, e na CF/88, art. 5.º, XLVI, “b”.

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

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.

§ 1.º 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.

§ 2.º 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.

Esses efeitos secundários da condenação penal é que podem alcançar os sucessores do falecido e, frise-se, apenas “até o limite do valor do patrimônio transferido”, conforme consignado na parte final do inciso XLV do art. 5.º da CF/88.

**8.** A jurisprudência adota essa direção, aplicando dito princípio sem ressalvas, como se lê nestes dois precedentes do STJ:

*HABEAS CORPUS. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE RECURSO PRÓPRIO. INVIABILIDADE. EXECUÇÃO PENAL. ENVIO, VIA SEDEX, DE ACESSÓRIO PARA APARELHO CELULAR. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. REVISTA PRÉVIA. DESCOBERTA. FALTA DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA.*

1. Esta Corte, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não tem admitido que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio, tampouco à revisão criminal, o que não impede em situações de flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade individual, seja concedida, de ofício, da ordem de habeas corpus.

2. Não se descarta que o art. 49, parágrafo único, da LEP, prevê que a tentativa da prática de ato que corresponda a falta disciplinar deverá ter idêntico tratamento ao da prática de falta disciplinar consumada. Entretanto, não se dispensa a existência de um suporte probatório do qual permita concluir, indubitavelmente, que o fato considerado faltoso teria se dado por provocação ou com a participação do condenado.

3. A execução penal, tal como ocorre com outros ramos, rege-se não só por regras,

mas, também por princípios, que se imbricam, direta ou reflexamente, com princípios constitucionais ou inerentes ao processo penal de conhecimento.

4. Corolário do princípio da culpabilidade, o princípio da personalidade, de matiz constitucional (art. 5º, XLV, da CF) e que também é conhecido, entre outros nomes, como princípio da intranscendência penal, assume relevo tanto para o processo de conhecimento, quanto para o processo de execução penal.

5. Por esse princípio, fruto de conquista histórica que remonta ao iluminismo, compreende-se que a pena não pode passar da pessoa do autor ou partícipe do crime.

6. O raciocínio que se desenvolveu com o princípio da pessoalidade, no que tange ao cometimento de um delito, deve ser estendido, também, para os casos em que se apura a prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, a despeito da conduta do condenado não se constituir, necessariamente, em um injusto penal.

Isso em decorrência das implicações - que podem ser graves - que sofrerá o condenado com a constatação de que determinado fato, que lhe é eventualmente imputado, constitui falta disciplinar.

7. Ainda que sejam fortes as suspeitas de que algum condenado tenha solicitado a terceiros que se lhe enviasse, via correios, aparelho celular ou algum de seus acessórios, tal ilação, por si, desamparada de qualquer outro elemento concreto que indique essa solicitação, não se mostra suficiente para que seja imputada falta disciplinar ao paciente, em razão, sobretudo, da intranscendência penal, cuja aplicação é perfeitamente aceitável em sede de execução penal.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão do Juiz das Execuções Criminais e Corregedoria da Comarca de Marília/SP. (HC 291.774/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 18/11/2014, grifou-se)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE DA TENTATIVA DE PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. ATIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO

1. A tentativa de apossamento de objetos que permitam ao apenado a comunicação intra e extramuros deve ser punida com a sanção correspondente à falta disciplinar grave consumada, nos termos do artigo 49, parágrafo único, da Lei n.º 7.210/84.

2. Porém, se a tentativa de introduzir aparelho celular dentro do presídio não foi praticada pelo condenado, não pode ele sofrer sanção pela falta grave prevista no art. 50, VII, da LEP.

4. O princípio constitucional da intranscendência impede que a responsabilidade penal ultrapasse a esfera pessoal do agente.

5. Ordem concedida a ordem, parcialmente, de ofício, para desconstituir a homologação da falta disciplinar de natureza grave em razão de sua atipicidade.

(HC 241.228/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 28/03/2014, grifou-se)

9. Pois bem. Se no âmbito do direito penal é fora de dúvida a plena incidência do princípio da intranscendência das penas, de modo absoluto, sem exceções, a situação é ainda controversa relativamente às sanções administrativas em geral. Por isso, no presente artigo, propõem-se ao leitor duas reflexões: **a primeira**, sobre a aplicabilidade, ou não, do princípio constitucional da intranscendência das penas às sanções administrativas; **a segunda**, sobre a validade, à luz desse princípio constitucional, da regra do *caput* do art. 4.º da Lei n.º 12.846/2013, prevendo a transmissão de responsabilidade entre pessoas jurídicas envolvidas em operações de transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

O texto será dividido em três grandes seções, a tratar **a)** do conteúdo semântico do princípio constitucional da intranscendência das penas; **b)** da atual orientação, em nível legislativo, jurisprudencial e doutrinário, acerca da aplicação desse princípio no direito administrativo sancionador; e **c)** da nossa posição sobre o assunto.

Veja-se, então.

## **II. Primeira Seção: o conteúdo semântico do princípio constitucional da intranscendência das penas**

10. O exame da possibilidade de aplicação do princípio constitucional da intranscendência das penas no âmbito do direito administrativo sancionador, naturalmente, deve iniciar pela delimitação da carga semântica própria do enunciado no inciso XLV do art. 5.º da CF/88, especialmente quanto ao significado do termo “pena” ali referido.

Sob o aspecto estritamente literal, parece certo que tal dispositivo, assim como os demais contidos nos incisos XXXIX a XLVIII do art. 5.º da CF/88, empregam o vocábulo “pena” com clara referência ao direito penal, mas por uma razão histórica bastante compreensível: tradicionalmente, o Estado sancionava as condutas ilícitas dos cidadãos na esfera penal (ressalva feita aos funcionários públicos e seu processo disciplinar) e impunha a eventual reparação de danos, no âmbito civil.

**11.** Com efeito, o direito administrativo sancionador, com a amplitude e expressividade que se conhece hoje em dia no Brasil, passou a ser estudado com mais atenção e profundidade somente no período pós-Constituição Federal de 1988, marcado pela chamada constitucionalização do direito administrativo<sup>10</sup>.

Antes, o direito administrativo era assunto usualmente reservado ao legislador ordinário, no âmbito infraconstitucional, donde sua desvinculação em relação às garantias constitucionais.

Por essa razão nossas Cartas Constitucionais sempre se preocuparam em consagrar a “intranscendência das penas” no âmbito do direito penal<sup>11</sup>, sem enunciar princípio semelhante contendo a ideia de “intranscendência das sanções administrativas”.

**12.** Como exemplo desse dado histórico, lê-se no inciso XX do art. 179 da nossa primeira Carta Constitucional, a Constituição Imperial de 1824:

---

10 Nesse sentido, a lição de Marçal Justen Filho: “O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás. É necessário constitucionalizar o direito administrativo, o que significa, então, atualizar o direito administrativo e elevá-lo ao nível das instituições constitucionais. Trata-se de impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos direitos fundamentais e valores ali consagrados.” *Curso de direito administrativo*, ob. cit. p. 104-105.

11 À exceção da Constituição Federal de 1937, todas as outras Constituições brasileiras reproduziram aquele preceito da Carta Imperial acerca da pessoalidade das penas.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...)

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau, que seja. (...).

**13.** Comentando tais dispositivos, eis as palavras de José Antonio Pimenta Bueno, considerado o grande constitucionalista daquele período de nossa História<sup>12</sup>:

573. Um outro abuso de nossas antigas leis, e por ventura ainda mais revoltante, era de não contentar-se em punir o delinquente, de estender a pena sobre seus filhos, ou família inocente! Eram punidos sem que tivessem cometido crime algum! O patrimônio da família era confiscado, e uma geração nascente entregue à desmoralização e à miséria! Era combater o crime por um meio feroz, outro crime! Não há coração algum bem formado, que recordando essas leis dracônicas, filhas da ignorância e da tirania, não bendiga os nobres esforços da razão filosófica e o triunfo do sistema constitucional, que veio reivindicar os foros humanos baramente ignorados, ou vilipendiados! Estes atos de barbaridade não se reproduzirão jamais contra o brasileiro, essa é a norma sagrada da nossa lei fundamental, que para sempre os prescreveu.<sup>13</sup>

**14.** Todavia, diante da mencionada ampliação que o direito administrativo sancionador experimentou entre nós nas últimas décadas, especialmente depois do advento da CF/88, parece indispensável avaliar o

---

12 José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, nasceu em 4/12/1803 e faleceu em 19/2/1878. Fez parte da primeira turma de bacharéis em Direito da Faculdade de Direito da USP e exerceu inúmeros cargos políticos, entre os quais os de Ministro de Estado e Senador na época do Império, além de escrever vários livros sobre direito constitucional.

13 *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, edição do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, impresso pelo Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1958, p. 408.

alcance do princípio da intranscendência das penas, do inciso XLV do seu art. 5.º, relativamente às sanções administrativas.

Para tanto, relevar observar duas principais diretrizes hermenêuticas:

a) a interpretação do texto constitucional deve conferir às palavras seu sentido comum, coloquial, preferencialmente ao sentido técnico;

b) a interpretação do texto constitucional deve “evoluir” com o passar do tempo, ajustando seus comandos à nova realidade, sem lhe modificar a redação.

Explica-se.

### **II.1. A preferência pelo sentido comum das palavras**

**15.** Nos regimes democráticos, como o brasileiro, as Constituições são elaboradas por representantes do povo e não por técnicos. Daí parecer lógico supor que a terminologia utilizada pelo legislador constituinte tome em conta mais o sentido comum das palavras que o eventual sentido técnico, muitas vezes desconhecido, se não por todos, por grande parte dos Constituintes. Dar ao discurso constitucional tal marca popular equivale a pressupor que, quando o legislador constituinte recorre a eventual sentido técnico de uma ou mais palavras, cuidará de fazê-lo de modo explícito, inequívoco. No silêncio do texto, deve-se adotar o sentido coloquial das palavras<sup>14</sup>.

**16.** Por isso, não soa incorreto admitir-se que ali onde o legislador constituinte utiliza a palavra “pena”, nos incisos XXXIX a XLVIII do art. 5.º, poderia ter mencionado “penalidade”, “castigo” ou “sanção”,

---

14 Celso Ribeiro Bastos tratou do tema assim: “A não ser excepcionalmente, e de forma devidamente fundamentada, não se deve atribuir aos termos interpretados significado distinto daquele que estes termos têm na linguagem comum. Em certo sentido, pode-se afirmar que a Constituição não tolera o vocabulário técnico.” *Hermenêutica e interpretação constitucional*, São Paulo, Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 112.

termos sinônimos, em sentido comum. Até porque, se a legislação penal, por hipótese, cessasse o uso do termo “pena” e passasse a substituí-lo por “sanção penal” em todos os respectivos diplomas legais, parece evidente que continuaria incidindo no direito penal aquele princípio da “intranscendência das penas”, não sendo necessário emendar-se a Constituição Federal naqueles dispositivos, trocando “pena” por “sanção penal”, para manter incólume o referido princípio e seu conteúdo.

17. Outro dado digno de nota, e que reforça o argumento favorável ao uso dos termos “pena” e “sanção” como sinônimos, extrai-se de uma rápida leitura de algumas importantes leis brasileiras que contêm previsões sancionatórias, penais e administrativas.

18. De um lado, a Lei n.º 12.529/2011 (lei antitruste), que dispõe sobre as infrações da ordem econômica (infrações administrativas), trata as respectivas penalidades como “penas”, em seus arts. 37, 38 e 45.

19. De outro lado, a Lei n.º 8.666/93 (lei geral de licitações) utiliza o vocábulo “sanções”, em seus arts. 86-88, para as infrações administrativas, e o termo “pena”, em seus arts. 89-99, para os crimes ali descritos.

20. Igualmente é o que se observa na Lei n.º 9.608/98 (lei de infrações e crimes ambientais), usando “pena” para os crimes ambientais e “sanção” para as infrações administrativas, a exemplo dos arts. 2.º, 6.º, 7.º, 8.º e 72.

21. Numa outra situação se acha o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n.º 9.503/97), que adota os termos “penalidades” para as infrações administrativas (arts. 161-268), e “penalidades” ou “penas” ou “sanções penais” para os crimes de trânsito (arts. 291-312).

22. Diferente, ainda, é a terminologia usada no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), no qual tanto “sanção administrativa” quanto “pena” cabem para infrações administrativas (arts. 55-60), e “pena” também é empregada em relação aos “crimes contra as relações de consumo” (arts. 61-80).

23. E há casos como o da Lei n.º 8.429/92 (lei de improbidade administrativa), que usa ambos os termos indistintamente, como

verdadeiros sinônimos, além de também adotar as palavras “penalidades” e “cominações”, conforme se lê nos arts. 1.º, parágrafo único, 12, 19, 21 e 23.

24. Quer-se demonstrar com tais exemplos que nem mesmo o legislador ordinário é rigoroso em sua terminologia para indicar o *nomen juris* dos “castigos legais” imponíveis a infratores, variando entre “pena”, “penalidade” e “sanção”.

Daí porque não ser razoável impor esse rigor na interpretação do texto do inciso XLV do art. 5.º da CF/88, sob comento, restringindo o significado do vocábulo “pena” ao âmbito do direito penal, sem cobrir também as sanções administrativas.

25. Assim sendo, do ponto de vista semântico, não há óbice para se considerar incluída no vocábulo “pena” toda e qualquer “sanção” imponível pelo Estado aos cidadãos e, por conseguinte, estender-se às sanções administrativas em geral o “princípio da intranscendência das penas”.

## II.2. A interpretação evolutiva

26. Em complemento do argumento anterior, é pertinente recordar que o significado dos vocábulos empregados no texto constitucional comporta atualização e alargamento, com o passar do tempo, ainda que sem a correspondente alteração literal. Mais importante que sua expressão escrita é a ideia básica que o termo contém e que reclama atualização de tempos em tempos. É o que se denomina “interpretação constitucional evolutiva”, como explica Luís Roberto Barroso:

Sem que se opere algum tipo de ruptura na ordem constituída – como um movimento revolucionário ou a convocação do poder constituinte originário –, duas são as possibilidades legítimas de mutação ou transição constitucional: (a) através de uma reforma do texto, pelo exercício do poder constituinte derivado, ou (b) através do recurso aos meios interpretativos. A interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal,

em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes.<sup>15</sup>

27. Essa técnica de interpretação constitucional, diga-se de passagem, não é nova, podendo ser citado como exemplo remoto de seu uso no âmbito do STF, no início do século passado, a denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, sobre a qual vale transcrever o seguinte relato histórico:

A Constituição de 1891 disciplinava o *habeas corpus* no § 22 do artigo 72, segundo o qual se daria a ordem “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

(...)

O marco inicial do desenvolvimento dessa peculiar doutrina é uma série de pedidos de *habeas corpus* impetrados por Rui Barbosa no Supremo Tribunal Federal, em especial os relativos ao estado de sítio decretado por Floriano Peixoto em 1892 (*Habeas Corpus* n.º 300, Relator Ministro Costa Barradas) e ao caso do navio Júpiter, em 1893 (*Habeas Corpus* n.º 406, Relator Ministro Barros Pimentel). A primeira ordem foi denegada pela Corte, por dez votos contra um, vencido o Ministro Piza e Almeida; sendo a segunda, porém, concedida, assentando a possibilidade de análise da legalidade dos atos do Executivo por meio de *habeas corpus*.

(...)

Posteriormente, o STF consolidou, de forma gradual, a interpretação segundo a qual, nas palavras do Ministro Piza e Almeida, “o *habeas corpus* aplica-se à proteção da liberdade individual em sentido amplo e não ao caso restrito de não se poder ser preso e conservado em prisão por ato ilegal”. Nessa perspectiva, então, o Supremo, nos primeiros dez anos do século XX, concede ordens de *habeas corpus* para evitar os expurgos sanitários — protegendo a inviolabilidade do lar — e para garantir a liberdade profissional ou o exercício de cargos públicos eletivos, a liberdade de culto, a liberdade de reunião, etc., como será adiante demonstrado.

(...)

Entretanto, é com a atividade judicante do Ministro Pedro Lessa, de 1907 a 1921, que os contornos da utilização “à brasileira” do writ foram mais bem delineados.

---

15 *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 137.

Segundo o Ministro Aliomar Baleeiro, Pedro Lessa veio ao encontro de Rui Barbosa na formação da doutrina brasileira do *habeas corpus*; enquanto o discurso do então Presidente do Supremo, Ministro Thompson Flores, nas comemorações do sesquicentenário da Corte, registrou que tal doutrina consolidou-se, “por fim, com a contribuição e o talento de Pedro Lessa”. Lessa reconhecia que o fundamento do instituto do *habeas corpus* era a proteção do direito de locomoção, tendo em vista, até mesmo, sua origem histórica no Direito inglês. Todavia, a liberdade de locomoção era, para ele, a base do exercício de outros direitos:

‘Algumas vezes, entretanto, a ilegalidade de que se queixa o paciente, não importa a completa privação da liberdade individual. Limita-se a coação ilegal a ser vedada unicamente a liberdade individual, quando esta tem por fim próximo o exercício de um determinado direito. Não está o paciente preso, nem detido, nem exilado, nem ameaçado de imediatamente o ser. Apenas o impedem de ir, por exemplo, a uma praça pública, onde se deve realizar uma reunião com intuítos políticos; a uma casa comercial, ou a uma fábrica, na qual é empregado; a uma repartição pública, onde tem de desempenhar uma função, ou promover um interesse; à casa em que reside, ao seu domicílio.’

Em síntese, a doutrina brasileira do *habeas corpus*, tal qual consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por influência de Pedro Lessa, estendia sim a aplicação de tal meio de proteção a outros direitos, desde que estivessem relacionados com a liberdade de locomoção. Em outras palavras, direitos havia na ordem jurídica brasileira que não dispunham, para sua defesa, de meio processual idôneo, a não ser que relacionados com a liberdade de ir e vir, protegida pelo *habeas corpus* e pela interpretação ampliativa que lhe dava então a Suprema Corte.<sup>16</sup>

**28.** Portanto, com amparo nessa técnica de interpretação evolutiva, também é sustentável estender o “princípio da intranscendência das penas” às “sanções administrativas”.

---

16 *Memória Jurisprudencial Ministro Pedro Lessa*, Secretaria de Documentação do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2007, pp. 76-78, disponível no sítio [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 20/05/2015.

### III. Segunda Seção: a orientação corrente sobre o tema na legislação ordinária, na doutrina e na jurisprudência

29. A legislação administrativa não confere tratamento claro e sistematizado ao assunto em tela, inexistindo diretrizes gerais acerca da transmissibilidade, ou não, de sanções administrativas a sucessores do infrator que praticou ilícitos administrativos. Então, à falta de comando legal expresso, a doutrina formula suas teorias a respeito e a jurisprudência caminha de modo desuniforme, como se passa a expor.

30. No âmbito doutrinário, uma orientação defendida por vários administrativistas parte da classificação das sanções administrativas em *sanções reais* e *sanções pessoais*, para sustentar que estas são intransmissíveis, e aquelas são transmissíveis. É o caso de Daniel Ferreira:

Entretanto, esse mesmo parâmetro admite nova classificação, em razão da natureza da ‘restrição’ imposta:

a) sanções reais – são as pecuniárias (multas) e as que, por sua natureza, gravam coisas, possuindo natureza real (por exemplo, as de perda de bens, interdição de estabelecimento e outras);

b) sanções pessoais – todas as demais, ou seja, as que atingem a ‘pessoa’ do sujeito passivo da sanção (infrator ou responsável), nelas se incluindo, por exemplo, as de prisão, de suspensão de atividades etc.

Anote-se, para adiantar, que a específica utilidade desta classificação é separar as sanções transmissíveis das intransmissíveis, vale dizer, as que, na hipótese de não-cumprimento pelo sujeito passivo até seu desaparecimento (por morte ou extinção da pessoa jurídica), se transferem aos sucessores, bem como daquelas recaídas sobre bens que, *inter vivos* ou *causa mortis*, são transferidos a terceiros. (...)

Diante disso, conclui-se, na mesma esteira do que ocorre no direito penal, que é constitucionalmente válido transmitir-se, na forma da lei, as sanções reais (pecuniárias ou que recaem sobre bens) e, de modo similar, vedado diretamente impor a terceiros sanções subjetivas (que gravam a figura do infrator e não consideram apenas a conduta proibida).<sup>17</sup>

---

17 FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*, São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 46 e 75.

Celso Antônio Bandeira de Mello tece críticas a essa classificação doutrinária, nestes termos:

A aludida distinção, conquanto generalizada, a nosso ver é de escassa rentabilidade, pois, se é certo que as sanções pessoais não são transmissíveis, nem sempre as reais poderão sê-lo.

Pense-se no caso em que a Polícia recupere um automóvel que haja sido furtado ou roubado e, ao depois, abandonado em local de estacionamento proibido. Deverá o proprietário responder por tais multas decorrentes deste comportamento do ladrão ou por outras acaso resultantes de ultrapassagens de sinal vermelho durante a fuga, enquanto era perseguido pelos policiais? Embora a multa seja uma sanção real, nada obstante, qualquer pessoa intuirá imediatamente que seria um literal absurdo fazê-la incidir sobre a vítima do despojamento do veículo. (...)

Outro haverá de ser o critério para definir as hipóteses em que a lei poderá prever transmissibilidade.

17. O que cumpre verificar é se existe ou não, por parte de alguém diverso do infrator, e a ser qualificado como 'responsável', a possibilidade de lhe controlar a conduta ou, quando impossível tal controle, se este terceiro dispõe de meios para constringer o infrator a suportar a sanção pecuniária.

São, pois, fundamentalmente, duas as hipóteses em que se pode admitir a transmissibilidade das multas e, pois, o surgimento da figura do responsável.

Uma hipótese é aquela em que o sujeito a ser configurado como responsável dispõe de controle sobre o infrator, e precisamente por não havê-lo exercido de modo satisfatório é que foi possível a prática da infração. É o caso da responsabilidade do pai pelas multas de trânsito decorrentes de infrações do filho menor.

Outra hipótese é aquela em que o sujeito qualificável como responsável dispõe de meios para constringer o infrator a se submeter ao pagamento da multa. É o caso daquele que, pretendendo adquirir um veículo, exige, para a conclusão do negócio, que o vendedor salde as multas oriundas das infrações de trânsito ou que, por via de abatimento no preço, lhe propicie a diferença suficiente para que ele próprio efetue tal pagamento. (...)

É por este modo que se demonstra quais os casos em que a transmissibilidade de multas oriundas de sanção administrativa é admissível, já que neles isto não fere os fundamentos lógicos e jurídicos em que se assenta o Estado quando delinea certos comportamentos como infrações administrativas: almejar desestimular condutas

indesejáveis e induzir a condutas pretendidas, valendo-se, para tanto, da ameaça de sanções que, dessarte, cumprirão a função de reprimir e prevenir reincidência.<sup>18</sup>

Valendo-se de terminologia e classificação diversa, Régis Fernandes de Oliveira propõe a distinção entre a sanção meramente reparatória e a sanção punitiva ou afliativa, assim:

Deve-se distinguir, no entanto, a sanção meramente reparatória de algum dano, hipótese em que será transmissível, das sanções punitivas ou afliativas, que não se transmitem. Caso contrário, estaria infringida a condição de validade denominada 'finalidade dos atos administrativos', presente em toda a atividade administrativa. Quando a sanção puder converter-se em pecúnia ou for apurável em cifra correspondente e tiver caráter reparatório, caberá a transmissão. Caso contrário, quando objetiva apenas castigar o infrator, será intransmissível.<sup>19</sup>

Nenhuma dessas conhecidas classificações doutrinárias, porém, repousa sobre algum determinado critério formal, fundado no direito positivo vigente. São construções teóricas que procuram expor o assunto da transmissibilidade das sanções administrativas, de maneira organizada e didática (o que é louvável), mas sem a motivação dogmática necessária, pois em todas elas falta qualquer referência a certo dispositivo legal ou constitucional.

Pelo contrário, ao tentar diferenciar entre sanções transmissíveis e sanções intransmissíveis, aquelas classificações doutrinárias produzem indevida restrição ao significado do princípio constitucional da intranscendência das penas, pois não se consegue identificar no núcleo semântico deste qualquer espaço para a sua relativização ou mitigação.

---

18 Ob. cit., pp. 879-880, destacou-se.

19 *Infrações e sanções administrativas*, 3.<sup>a</sup> ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 51, grifou-se.

Em outras palavras, o princípio constitucional da intranscendência das penas não parece comportar subdivisão em penas transmissíveis e penas intransmissíveis, mesmo no tocante a sanções administrativas. E, alinhado à observação de Fernando Capez, exposta anteriormente, reputa-se correto interpretar as expressões “obrigação de reparar o dano” e “decretação do perdimento de bens” referidas no final do inciso XLV do art. 5.º da CF/88<sup>20</sup> não como espécies de penas excepcionalmente transmissíveis, mas como os efeitos genéricos de toda condenação penal, de que cuida o art. 91 do CP<sup>21</sup>. Por isso aquelas classificações da doutrina administrativista não satisfazem e não encontram eco na jurisprudência.

Vale ainda citar a posição de Marçal Justen Filho, que não faz uso daquela distinção entre sanções administrativas transmissíveis e intransmissíveis, mas admite que o princípio constitucional da intranscendência das penas também se aplica às sanções administrativas, ressalvando que tal princípio comportará eventual mitigação diante de casos envolvendo pessoas jurídicas utilizadas fraudulentamente.

---

20 **Art. 5.º, XLV** - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (...).”

21 **“Art. 91** - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: 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. § 1.º 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. § 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.”

Ele, contudo, não chega a discorrer sobre a transmissibilidade das sanções administrativas no caso específico de sucessão entre pessoas jurídicas<sup>22</sup>.

31. Na doutrina tributária, a questão da intranscendência das penas costuma aparecer no debate em torno das multas fiscais e de sua transmissibilidade, ou não, aos sucessores do infrator original.

Luciano Amaro parece inteiramente contrário à transmissibilidade das multas fiscais, nestes termos:

Outra questão que merece registro é a das multas por infrações que possam ter sido praticadas antes do evento que caracterize a sucessão. Tanto nas hipóteses do art. 132 como nas do art. 133, refere-se a responsabilidade por *tributos*. Estariam aí incluídas as multas? Várias razões militam contra essa inclusão. Há o princípio da personalização da pena, aplicável também em matéria de sanções administrativas. Ademais, o próprio Código define tributo, excluindo expressamente a sanção de ilícito (atr. 3º). Outro argumento de ordem sistemática está no art. 134; ao cuidar da responsabilidade de terceiros, esse dispositivo não fala em *tributos*, mas em “obrigação tributária” (abrangente também de penalidades pecuniárias, ex vi do art. 113, § 1º). Esse artigo, contudo, limitou a sanção às penalidades de caráter moratório (embora ali se cuide de atos ou omissões *imputáveis aos responsáveis*). Se, quando o Código quis abranger penalidades, usou de linguagem harmônica com os conceitos por ele fixados, há de entender-se que, ao mencionar responsabilidade por tributos, não quis abarcar as sanções. Por outro lado, se *dúvida* houvesse, entre punir ou não o sucessor, o art. 112 do Código manda aplicar o princípio *in dubio pro reo*. O Supremo Tribunal federal, em vários julgados, negou a responsabilidade do sucessor por multas referidas a infrações do sucedido.<sup>23</sup>

---

22 Comenta Marçal Justen Filho: “A penalidade administrativa encontra-se subordinada também ao princípio do personalismo da sanção, o que significa que a penalidade não pode passar da pessoa do agente. O inc. XLV do art. 5.º da CF/1988 estabelece que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)’ e essa determinação se aplica no âmbito das penalidades administrativas.” *In Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 16. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.145.

23 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*, 13. Ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 325.

Sacha Calmon Navarro Coelho considera intransmissíveis as multas fiscais no caso de sucessão *causa mortis*, e transmissíveis, nas sucessões entre pessoas jurídicas. Eis seu magistério:

Problema relevantíssimo na área da responsabilidade tributária é a questão de saber se as multas fiscais, à semelhança da obrigação tributária, podem ser transferidas aos “sujeitos passivos indiretos”. É indagação que se resolve pelo exame de cada legislação, não comportando solução uniforme.

Diferente é a pergunta sobre se as multas *devem ou não* ser transferidas aos sujeitos passivos indiretos. Posta assim a questão, é possível ao estudioso expender a sua opinião doutrinária. Iniciamos pelos casos de sucessão *causa mortis e inter vivos*, fazendo um escolástico *distínguo*. Achamos que, no caso de sucessão *mortis causa*, as multas fiscais não devem ser transferidas ao espólio ou aos sucessores. O fisco não deve prejudicar os herdeiros. Deve preservar o monte em favor a família, que não concorreu para a infração geradora da multa. Também aqui e a proposição é axiológica, a penalidade não deve passar da pessoa do infrator. O mesmo raciocínio dedicamos à sucessão falimentar. Se toda multa é punitiva, e se a empresa infratora quebra, não deve o Fisco prejudicar a massa, punindo-a em prol da Fazenda e em detrimento da comunidade de credores. Na hipótese da sucessão empresarial (fusão, cisão, incorporação), assim como nos casos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial e, principalmente, nas configurações de sucessão por transformação do tipo societário (sociedade anônima transformando-se em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, v.g.), entendemos que não há cogitar do assunto. Nas hipóteses ora versadas, em verdade inexistente sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente, sob outra “roupagem institucional”. Portanto, a multa fiscal *não se transfere*, simplesmente *continua a integrar o passivo* da empresa que é: a) fusionada; b) incorporada; c) dividida pela cisão; d) adquirida; e) transformada. Assim, se o crédito correspondente à multa fiscal já está constituído, formalizado, à data da sucessão, o “sucessor” – um sub-rogado nos débitos e créditos (ativo e passivo) das sociedades adquiridas, divididas, incorporadas, fusionadas, ou transformadas – naturalmente absorve o passivo fiscal existente, inclusive as multas. Aqui comparece ainda uma razão de política fiscal. Se as multas não fossem transferíveis em casos que tais, seria muito fácil apagar multas pelo simples subterfúgio da alteração do tipo societário. Num passe de mágica, pela utilização legítima das “formas” de direito societário, seriam elididas as sanções fiscais garantidoras do cumprimento dos deveres tributários, o principal e os instrumentais.(...) O Direito brasileiro, estamos convencidos, não admite a

transferência ao sucessor das multas irrogadas aos sucedidos. Expressamente o CTN admite relativamente aos terceiros a transferibilidade das multas moratórias, silenciando quanto aos sucessores.<sup>24</sup>

**32. Em termos jurisprudenciais**, o assunto não se acha pacificado, vale notar. Não existe orientação pretoriana sumulada em nossos Tribunais Superiores sobre a questão e, pior do que isso, é possível identificar-se correntes diferentes quanto à aplicação de tal princípio relativamente a sanções administrativas.

**33. No âmbito do STF**, há vários julgados invocando o princípio da intranscendência das penas para afastar a aplicação de sanções administrativas previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000) a entes da Federação por eventuais ilícitos praticados ou por um de seus Poderes, ou por alguma de suas entidades da Administração Pública Indireta.

A punição administrativa nesses casos, afirma o STF, deve ficar restrita ao Poder ou entidade administrativa que infringiu a lei fiscal, não devendo estender-se a todo o ente federativo. Note-se que o STF, em tais julgados, não examina o alcance do princípio da intranscendência das penas relativamente às sanções administrativas, nos casos de sucessão entre pessoas físicas ou jurídica, questão específica tratada no presente artigo. A título exemplificativo, citem-se estes precedentes mais recentes:

SIAFI/CADIN/CAUC – IMPEDIMENTO À REALIZAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO DESTINADAS AO PROGRAMA EMERGENCIAL DE FINANCIAMENTO 2 – PEF2, AO PROFISCO E AO PROGRAMA DE TRANSPORTES E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – PDE/MS – RESTRIÇÕES QUE, EMANADAS DA UNIÃO, INCIDEM SOBRE O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL POR

---

24 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 608.

ALEGADO DESCUMPRIMENTO, POR PARTE DE SEU PODER JUDICIÁRIO, DO LIMITE SETORIAL QUE A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL IMPÕE A TAL ÓRGÃO PÚBLICO (LC N.º 101/2000, ART. 20, II, “B”) – POSTULADO DA INTRANSCENDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE SANÇÕES E RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA SUPERAREM A DIMENSÃO ESTRITAMENTE PESSOAL DO INFRATOR – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O ALTO SIGNIFICADO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E A QUESTÃO DE SUA APLICABILIDADE AO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL: LIMITE GLOBAL E LIMITE SETORIAL EM TEMA DE DESPESA COM PESSOAL (PODER JUDICIÁRIO). – O Poder Executivo estadual não pode sofrer sanções nem expor-se a restrições emanadas da União Federal, em matéria de realização de operações de crédito, sob a alegação de que o Poder Judiciário, a Assembleia Legislativa, o Tribunal de Contas ou o Ministério Público locais teriam descumprido o limite individual a eles imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 20, inciso II, “a”, “b” e “d”), pois o Governo do Estado não tem competência para intervir na esfera orgânica de referidas instituições, que dispõem de plena autonomia institucional a elas outorgada por efeito de expressa determinação constitucional. Precedentes. (ACO 1612 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, j. em 27/11/2014)

---

E M E N T A: AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO – POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA DECIDIR, MONOCRATICAMENTE, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA – COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DELEGOU, VALIDAMENTE, EM SEDE REGIMENTAL (RISTF, ART. 21, § 1º) – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DESSA DELEGAÇÃO REGIMENTAL – SIAFI/CADIN/CAUC – INCLUSÃO, NESSE CADASTRO FEDERAL, DO ESTADO DO MARANHÃO – POR EFEITO DE AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS REFERENTE A CONVÊNIOS CELEBRADOS EM GESTÕES ANTERIORES – SEM QUE SE TENHA PRECEDIDO À PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE PROCESSO DE “TOMADA DE CONTAS ESPECIAL” – CONSEQUENTE IMPOSIÇÃO AO ESTADO-MEMBRO, EM VIRTUDE DE ALEGADO DESCUMPRIMENTO DAS RESPECTIVAS OBRIGAÇÕES, DE LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA – POSTULADO DA INTRANSCENDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE SANÇÕES E RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA SUPERAREM A DIMENSÃO ESTRITAMENTE PESSOAL DO INFRATOR – A QUESTÃO DOS DIREITOS E

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE CARÁTER PROCEDIMENTAL, TITULARIZADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO – POSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELAS ENTIDADES ESTATAIS, EM SEU FAVOR, DA GARANTIA DO “DUE PROCESS OF LAW” – VIOLAÇÃO AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (TAMBÉM APLICÁVEL AOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER MERAMENTE ADMINISTRATIVO) – BLOQUEIO DE RECURSOS CUJO REPASSE TEM POR FUNDAMENTO RESPECTIVOS CONVÊNIOS – RISCO PARA A CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO DOS PROGRAMAS NO ÂMBITO DO ESTADO DO MARANHÃO – SITUAÇÃO DE POTENCIALIDADE DANOSA AO INTERESSE PÚBLICO – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. INSCRIÇÃO EM CADASTRO PÚBLICO DE INADIMPLENTES E ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. – O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator. Em virtude desse princípio, as limitações jurídicas que derivam da inscrição, em cadastros públicos de inadimplentes, das autarquias, das empresas governamentais ou das entidades paraestatais não podem atingir os Estados-membros, projetando, sobre estes, consequências jurídicas desfavoráveis e gravosas, pois o inadimplemento obrigacional – por revelar-se unicamente imputável aos entes menores integrantes da administração descentralizada – só a estes pode afetar. – Os Estados-membros e o Distrito Federal, em consequência, não podem sofrer limitações em sua esfera jurídica, motivadas pelo só fato de se acharem administrativamente vinculadas a eles as autarquias, as entidades paraestatais, as sociedades sujeitas a seu poder de controle e as empresas governamentais alegadamente inadimplentes e que, por tal motivo, hajam sido incluídas em cadastros federais (CAUC, SIAFI, CADIN, v.g.). A QUESTÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE CARÁTER PROCEDIMENTAL, TITULARIZADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. – A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo, supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do “due process of law”, assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes. LIMITAÇÃO DE DIREITOS E NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PARA EFEITO DE SUA IMPOSIÇÃO, DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. – A

Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, seja ela pública ou privada, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos. – A jurisprudência dos Tribunais, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado o caráter fundamental do princípio da plenitude de defesa, nele reconhecendo uma insuprimível garantia que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo. Doutrina. Precedentes. BLOQUEIO DE RECURSOS CUJA EFETIVAÇÃO COMPROMETE A EXECUÇÃO, NO ÂMBITO LOCAL, DE PROGRAMA ESTRUTURADO PARA VIABILIZAR A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. – O Supremo Tribunal Federal, nos casos de inscrição de entidades estatais, de pessoas administrativas ou de empresas governamentais em cadastros de inadimplentes, organizados e mantidos pela União, tem ordenado a liberação e o repasse de verbas federais (ou, então, determinado o afastamento de restrições impostas à celebração de operações de crédito em geral ou à obtenção de garantias), sempre com o propósito de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade. Precedentes. (ACO 1848 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2014)

Não se conhece na jurisprudência do STF pós-Constituição Federal de 1988, porém, orientação explícita sobre a incidência do princípio constitucional da intranscendência das penas na esfera das sanções administrativas no contexto de sucessão entre pessoas físicas ou jurídicas.

O que existem são vários julgados anteriores à Constituição Federal de 1988, específicos do direito tributário, entendendo que multa fiscal, por ter caráter punitivo e não indenizatório, era intransmissível aos sucessores, como se lê nestas duas ementas:

Imposto de renda. A multa prevista na alínea c do atr. 21 do Decreto-Lei n.º 401-69 (tal como a da letra b do mesmo dispositivo) tem caráter punitivo e, por esse motivo, não pode ser aplicada aos sucessores do contribuinte. Dissídio jurisprudencial caracterizado. Precedentes do Supremo Tribunal. Recurso Extraordinário provido (RE 104.993-6, Relator: Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, j. em 06/12/1985).

---

1. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, ART-133. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SUSTENTA O ENTENDIMENTO DE QUE O SUCESSOR É RESPONSÁVEL PELOS TRIBUTOS PERTINENTES AO FUNDO OU ESTABELECIMENTO ADQUIRIDO, NÃO, PORÉM, PELA MULTA QUE, MESMO DE NATUREZA TRIBUTÁRIA, TEM O CARÁTER PUNITIVO. 2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO FISCO PAULISTANO A QUE O STF NEGA CONHECIMENTO PARA MANTER O ACÓRDÃO LOCAL QUE JULGOU INEXIGÍVEL DO SUCESSOR A MULTA PUNITIVA. (RE 82754, Relator: Min. ANTONIO NEDER, Primeira Turma, j. em 24/03/1981)

**34. De outro giro, nos julgados do STJ,** tem-se notícia de um único caso de rejeição expressa da transmissibilidade de sanções administrativas em caso de sucessão *causa mortis*, estendendo-se a incidência do princípio constitucional da intranscendência das penas às sanções administrativas em geral. Trata-se do REsp 1251697/PR.

Todavia, em matéria tributária, a jurisprudência do STJ ignora o princípio da intranscendência das penas e admite a transmissibilidade de multas fiscais a sucessores do infrator, predominando ali o entendimento de que a responsabilidade tributária não está limitada aos tributos devidos pelos sucedidos (sejam pessoas físicas ou jurídicas), mas também se refere às multas fiscais, moratórias ou de outra espécie, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor. Contraria aquela orientação do STF anterior à CF/88, **vale sublinhar.**

Veja-se, por todos, a decisão proferida no AgRg no REsp 1321958/RS (mencionando sucessão entre pessoas físicas) e aquela exarada no

juízo do REsp 1017186/SC (tratando de pessoas jurídicas)<sup>25</sup>.

Deste último caso, vale a pena extrair o seguinte trecho do voto do Relator, Ministro Castro Meira, em que ele cita inúmeros outros precedentes:

(...) A responsabilidade tributária não está limitada aos tributos devidos pelos sucedidos, mas refere-se também às multas moratórias ou de outra espécie que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor. Nada obstante os art. 132 e 133 apenas se refram aos tributos devidos pelo sucedido, o art. 129 afirma que o disposto na Seção II do Código Tributário Nacional se aplica por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição, compreendendo o crédito tributário não apenas as dívidas decorrentes de tributos, mas também de penalidades pecuniárias (art. 139 c/c § 1º do art. 113 do CTN).

Nesse sentido é a jurisprudência deste Superior Tribunal:

‘TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA. SUCESSÃO. ART. 133, I DO CTN. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR. ARTS. 132 E 141 DO CTN. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DISSÍDIO PRETORIANO. COMPROVAÇÃO. 1. Ao compulsar os autos, verifica-se que a instância de origem não emitiu Documento: 3673442 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 3 de 5 Superior Tribunal de Justiça juízo de valor acerca dos dispositivos apontados como violados (arts. 132 e 141 do CTN), e o recorrente sequer opôs embargos de declaração com o fim de prequestioná-los. Tal circunstância atrai a incidência das Súmulas n.º 282 e 356 do STF. 2. Dissídio pretoriano comprovado eis que preenchidas as formalidades dos arts. 541 parágrafo único do CPC e 255 do RISTJ. 3. O Tribunal de origem excluiu a multa moratória decorrente da responsabilidade por sucessão, sob o fundamento de que a penalidade não poderia passar da pessoa do infrator. 4. O art. 133 do CTN impõe ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de

---

25 No mesmo sentido, confira-se o AgRg no REsp 1452763/SP (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2014) e o REsp 923.012/MG (Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010).

caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. 5. Recurso especial provido' (REsp 613.605/RS, desta relatoria, DJ 22.08.2005, grifo nosso).

'TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR. AÇÃO ANULATÓRIA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DECRETO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PODER REGULAMENTAR. POSSIBILIDADE. I - 'Os arts. 132 e 133, do CTN, impõem ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. É devida, pois, a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo; é ela imposição decorrente do não-pagamento do tributo na época do vencimento' (REsp n.º 592.007/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 22/03/2004). II - A disposição contida no art. 173 do Decreto 87.981/82, que impõe ao contribuinte examinar a adequada classificação fiscal dos produtos adquiridos, bem como o lançamento do imposto, não constitui penalidade nem infringe o princípio da reserva legal, porquanto tal regulamentação decorre do contido no artigo 62 da Lei n.º 4.502/64, que dispõe acerca das obrigações dos adquirentes dos produtos sujeitos à tributação do IPI. III - Recurso especial da União provido. Recurso especial adesivo improvido' (REsp 554.377/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 19.12.2005, grifo nosso).

'TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO. AQUISIÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO OU DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ART. 133 CTN. TRANSFERÊNCIA DE MULTA. 1. A responsabilidade tributária dos sucessores de pessoa natural ou jurídica (CTN, art. 133) estende-se às multas devidas pelo sucedido, sejam elas de caráter moratório ou punitivo. Precedentes. 2. Recurso especial provido' (REsp 544.265/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 21.02.2005, grifo nosso). (...).

35. Portanto, pode-se concluir que a aplicação do princípio constitucional da intranscendência das penas ao direito administrativo sancionador é questão ainda carente de melhor sistematização na lei, na doutrina e na jurisprudência.

**IV. Terceira Seção: síntese conclusiva - nossa posição: o princípio da intranscendência das penas aplica-se, de modo absoluto, às sanções administrativas, somente às pessoas físicas, inclusive no caso de sucessão *causa mortis*. É constitucional a regra do *caput* do art. 4.º da Lei Anticorrupção.**

36. Levando em conta tudo quanto exposto até o momento, conclui-se que o princípio constitucional da intranscendência das penas, do inciso XLV do art. 5.º da CF/88, deve ser entendido com o significado de intranscendência de quaisquer sanções aplicáveis pelo Estado aos indivíduos, em processo administrativo ou judicial; mas não deve ser estendido às pessoas jurídicas. Explica-se.

37. Muito embora sejam aplicáveis às pessoas jurídicas vários dos dispositivos de direitos fundamentais arrolados no art. 5.º da CF/88<sup>26</sup>,

---

26 Nesse sentido, lecionam Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco em sua obra conjunta: “**12. TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.** Não resta dúvida de que todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais. Pode-se indagar, porém, se apenas as pessoas físicas protagonizam tais direitos. **12.1. Direitos fundamentais e pessoa jurídica.** Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. Assim, não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as consequências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Há casos ainda de direitos conferidos diretamente à própria pessoa jurídica, tal o de não-interferência estatal no funcionamento de associações (art. 5.º, XVIII) e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas (art. 5.º, XIX). Garantias, porém, que dizem respeito à prisão (e.g., art. 5.º, LXI) têm as pessoas físicas como destinatárias exclusivas. Da mesma forma, não há estender, por óbvio, direitos políticos, como o de votar e o de ser eleito para cargo político, ou direitos sociais, como o de assistência social, a pessoas jurídicas.” *In Curso de direito constitucional*,

especificamente não parece seja esse o caso dos seus incisos XXXIX a XLVIII.

Isso porque a nítida intenção dos direitos fundamentais arrolados naqueles incisos é o da proteção da dignidade da pessoa humana, valor incompatível com a ideia de transferir sanções de um indivíduo a outro, que não praticou a infração.

E, analisado o princípio da intranscendência das penas à luz de sua origem e evolução histórica, desde sua inserção formal na primeira de nossas Constituições, a de 1824, a dignidade da pessoa humana dos herdeiros é o bem que se buscava proteger ao impedir que eles “herdassem” sanções por ilícitos praticados pelo falecido. Esse dado histórico não pode ser desconsiderado. E a dignidade da pessoa humana, logicamente, não atinge pessoas jurídicas.

Além da ausência do valor da dignidade humana nas pessoas jurídicas, também cabe realçar outra circunstância fática a distinguir as situações de sucessão entre pessoas físicas daquelas envolvendo pessoas jurídicas: enquanto a sucessão entre pessoas físicas não comporta manipulações para burlar a lei (ninguém morre como estratégia para escapar de cumprir dada sanção e obter benefício pessoal “depois de morto”), na sucessão entre pessoas jurídicas seria muito fácil produzir tal manipulação, promovendo-se qualquer das formas de reestruturação societária extintiva de certa pessoa jurídica, com vistas a tornar inócua a aplicação de sanções impostas a ela, beneficiando-se os sócios mediante a criação de outra pessoa jurídica “sem restrições”, “limpa”, livre das sanções aplicadas à sucedida.

Ainda que essas situações de manipulação fraudulenta possam ser anuladas ou desconsideradas<sup>27</sup>, o risco de sua ocorrência serve de motivação

---

2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 271, destacou-se.

27 Entre outros “remédios legais” destinados a atacar os casos de sucessão entre pessoas jurídicas com intuito fraudulento, pode-se citar a chamada “desconsideração expansiva da personalidade jurídica”, por meio da qual a Administração Pública estende a outra pessoa jurídica as sanções aplicadas a certa pessoa jurídica infratora. A propósito, entre outros,

para não se tratar, debaixo de regras iguais, a sucessão entre pessoas físicas e a sucessão entre pessoas jurídicas.

**39.** Por outro lado, afastar a incidência do princípio constitucional da intranscendência das penas dos casos de sucessão entre pessoas jurídicas, como aqui defendido, não implica afirmar que seja automática, ampla e irrestrita a transmissibilidade das sanções administrativas, da pessoa jurídica sucedida para a pessoa jurídica sucessora.

Sabe-se que o Código Civil e a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/1976) veiculam regras sobre sucessão entre empresas, nos casos de fusão, cisão e incorporação, nestes termos:

**a)** na incorporação (art. 1.116 do CC/2002 e art. 227 da Lei n.º 6.404/1976) e na fusão (art. 1.119 do CC/2002 e art. 228 da Lei n.º 6.404/1976), a sociedade incorporadora sucede a incorporada, bem como a sociedade nova resultante da fusão sucede as sociedades antigas, a título universal, em todos os direitos e obrigações;

**b)** na cisão (arts. 229 e 233 da Lei n.º 6.404/1976), há sucessão, a título universal, acaso a cisão seja total, e há sucessão limitada ao patrimônio absorvido pela sociedade beneficiária (aquela que recebe o patrimônio da sociedade cindida), na hipótese de cisão parcial.

Entende-se, porém, que tais dispositivos não abrangem sanções administrativas, uma vez que estas decorrem de atos ilícitos, enquanto as “obrigações” referidas naqueles preceitos legais não decorrem da prática de atos ilícitos, mas de contratos ou da lei.

Por isso, aqueles artigos de lei não podem ser invocados, a nosso ver, como fundamento jurídico para justificar a transmissibilidade de sanções administrativas em geral nas situações de sucessão entre pessoas

---

sugere-se o exame, na jurisprudência do STF, da decisão proferida no MS 32494 MC, de relatoria do Min. CELSO DE MELLO, j. em 11/11/2013.

jurídicas. À luz do princípio da legalidade, essa transferência depende de expressa e específica previsão legal, como se observa no *caput* do art. 4.º da Lei Anticorrupção.

**40.** Em conclusão das duas reflexões propostas ao leitor neste artigo, portanto, tem-se o seguinte: **a)** reputa-se aplicável o princípio constitucional da intranscendência das penas às sanções administrativas em geral e no caso de sucessão entre pessoas físicas, mas inaplicável no caso de pessoas jurídicas; **b)** a transmissão de sanção administrativa de uma pessoa jurídica a outra, nos casos de sucessão empresarial, embora não seja alcançada pelo princípio constitucional da intranscendência das penas, depende de expressa previsão legal; **c)** considera-se válida, à luz desse princípio constitucional, a regra do *caput* do art. 4.º da Lei n.º 12.846/2013, prevendo a transmissão de responsabilidade entre pessoas jurídicas envolvidas em operações de transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

**41.** Finalmente, cumpre destacar que não se reconhece ao §1.º do art. 4.º da Lei Anticorrupção a mesma validade ora atribuída ao seu *caput*.

A uma, questiona-se a regra que dispensa tratamento diferenciado entre os casos de fusão e incorporação, de um lado (sucessão parcial), e os de cisão e transformação, de outro (sucessão integral). Isso soa contrário ao princípio da igualdade, pois não se identifica qual fator de desigualdade existe entre aquelas hipóteses de reorganização societária, a ponto de justificar dito tratamento desigual neste ponto.

A duas, questiona-se a regra que estabelece limitação de responsabilidade da sucessora, nas hipóteses de fusão e incorporação, restringindo-a “à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido”. Aqui, além da violação à isonomia (por que somente há tal restrição para fusões e incorporações?), parece faltar razoabilidade à lei (por que estabelecer restrições neste § 1.º?), qualidade inerente à dimensão material/substantiva do princípio devido processo legal.

Todavia, como tal discussão não guarda pertinência com o princípio constitucional da intranscendência das penas, não é o caso de se aprofundar o assunto nesta oportunidade, ficando ora consignado apenas porque também envolve o art. 4.º da Lei n.º 12.846/2013, sob análise.

### Referências bibliográficas

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro Bastos; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, v.2*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Edição do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, impresso pelo Departamento de Imprensa Nacional: Rio de Janeiro, 1958.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, v.1, parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Memória Jurisprudencial Ministro Pedro Lessa*. Brasília, 2007, pp. 76-78. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em: 20 maio 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, v. 1, parte geral. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

# **Arbitragem e Administração Pública**

## ***Arbitration and Public Administration***

*Rafael Munhoz de Mello<sup>1</sup>*

RESUMO: Estudo a respeito da utilização da arbitragem pela Administração Pública no sistema jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Administração Pública; Direito Administrativo.

ABSTRACT: Essay about the use of arbitration by Public Administration under Brazilian law.

KEYWORDS: Arbitration; Public Administration; Administrative Law.

---

1 Advogado, mestre em Direito do Estado pela PUC/SP, Vice-Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/PR, Secretário-Geral da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná – CAM/FIEP.

## **Arbitragem e Administração Pública<sup>2</sup>**

### **1. Introdução**

A utilização da arbitragem pela Administração Pública brasileira é hoje uma realidade, não apenas pelo avanço legislativo verificado nos últimos anos como também pela superação da inicial resistência doutrinária ao emprego da arbitragem na solução de controvérsias envolvendo o Estado e os particulares.

Como resultado, são cada vez mais raros os projetos de infraestrutura conduzidos pela Administração Pública, em parceria com a iniciativa privada, sem previsão da arbitragem como mecanismo de composição de litígios, sendo possível afirmar que os mais relevantes contratos de concessão celebrados nos últimos anos no Brasil contêm cláusula arbitral.

Dada essa realidade, é fundamental que os advogados públicos estejam familiarizados com o instituto da arbitragem e preparados para enfrentar procedimentos arbitrais, sendo merecedora de louvor, portanto, a iniciativa da Coordenadoria de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná de promover, em conjunto com a Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC, um curso a respeito do assunto.

---

2 Texto correspondente à exposição feita no dia 5 de dezembro de 2014 no curso Aperfeiçoamento em Arbitragem, promovido em conjunto pela Procuradoria-Geral do Estado do Paraná e pela Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC, com acréscimo de notas e atualizado.

## 2. O renascimento da arbitragem e a reforma do Estado brasileiro

A arbitragem permaneceu adormecida no Brasil por várias décadas, consequência do tratamento legislativo inadequado que lhe fora conferido pelo Código Civil de 1916, e, posteriormente, pelo Código de Processo Civil de 1973.<sup>3</sup> Assim, ainda que prevista no direito positivo brasileiro, a arbitragem era pouco conhecida e menos ainda utilizada como modo alternativo de solução de controvérsias, a despeito dos crescentes problemas da via judicial para composição de litígios, congestionada por centenas de milhares de processos e carente de recursos.

A situação altera-se de modo significativo com o advento da Lei n.º 9.307/1996, diploma legal que, ao dar uma disciplina normativa moderna à arbitragem, promoveu um verdadeiro renascimento do instituto no Brasil, consolidado anos depois, já em 2001, com o reconhecimento da sua plena constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal - STF.<sup>4</sup>

Coincidentemente ou não, no mesmo período em que a arbitragem despertava – é dizer, na segunda metade da década de 1990 e nos primeiros anos deste século –, a Administração Pública brasileira passou por um amplo processo de reforma, marcado pela diminuição do intervencionismo estatal direto na economia.<sup>5</sup> Com efeito, buscando superar o dilema de

---

3 “Basicamente, eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral” (Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/1996*, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 22).

4 AgRg na SE 5206/ES, rel. Ministro Sepúlveda Pertence.

5 Para uma visão sintética do processo de desestatização no Brasil, ver Luís Roberto Barroso, *Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*,

ter de escolher entre duas alternativas ruins – déficit de infraestrutura ou déficit fiscal –,<sup>6</sup> o Estado deixou de prestar diretamente certos serviços públicos (telecomunicações, p. ex.) e reduziu sua participação na seara das atividades econômicas (indústria de óleo e gás, p. ex.), transferindo para a iniciativa privada parte das tarefas que havia assumido ao longo da segunda metade do século XX. Não se tratou, é bom que se diga, do abandono do intervencionismo estatal, mas sim de uma alteração no modo de o Estado intervir: ao invés de intervenção direta, intervenção indireta mediante a regulação e o fomento.<sup>7</sup>

---

in *Revista de direito administrativo*, Renovar, vol. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

6 Arnoldo Wald, A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem, in *Doutrinas essenciais – Arbitragem e mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, vol. 4, p. 637.

7 Como explica Clèmerson Merlin Clève, “Ainda que tenha restado bem mitigada a atuação estatal como provedor de bem ou serviço, isto é, como agente econômico, o Estado não só pode como deve exercitar integralmente a intervenção indireta por meio da regulação jurídica e do fomento, inclusive porque a Carta de 1988 rejeita o absenteísmo estatal, isto é, o Estado Brasileiro não pode manter-se inerte diante das demandas econômico-sociais e ao desafio da soberania nacional (Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto, in *Regulação portuária e concorrência: pareceres jurídicos e econômicos*, Rio de Janeiro, Abratec, 2009, p. 211). No mesmo sentido é a lição de Pedro Gonçalves: “O processo de reconfiguração do papel do Estado e o trânsito para uma nova etapa, de uma acção mais modesta, não significa um *retour* ao liberalismo desregulado do século XIX: mantém-se presente um ‘Estado socialmente activo’ e comprometido com a regulação da sociedade” (Direito administrativo da regulação, in *Regulação, electricidade e telecomunicações – estudos de direito administrativo da regulação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 11). Do mesmo modo, Marçal Justen Filho afirma que a redução da intervenção direta do Estado na ordem econômica “não significa negar a responsabilidade estatal pela promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas. Ou seja, o ideário do Estado do Bem-Estar permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental” (*O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo, Dialética, 2002, p. 21).

Foi nesse contexto que a arbitragem foi inserida – ou reinserida – no direito administrativo brasileiro. Se o objetivo era buscar investimentos privados para a combatida infraestrutura nacional, não há dúvida que seria um atrativo oferecer aos particulares uma alternativa mais célere que o Poder Judiciário para a solução das controvérsias que porventura surgissem na execução dos contratos celebrados com o Poder Público.

Assim é que a arbitragem foi incluída, de modo mais ou menos explícito, nos dois diplomas legais mais representativos desse período de reforma do Estado brasileiro: a Lei n.º 9.472/1997, que disciplinou a prestação do serviço de telecomunicações por particulares, permitindo que os contratos de concessão contivessem cláusula prevendo “o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais” (art. 93, inciso X), e a Lei n.º 9.478/1997, que cuidou da exploração e produção de óleo e gás após o fim do monopólio estatal, admitindo que nos contratos de concessão por ela disciplinados fossem estabelecidas “regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional” (art. 43, inciso X).

Na sequência, outros diplomas legais autorizaram expressamente o uso da arbitragem na composição de litígios entre a Administração Pública e os particulares. Sem pretender esgotá-los, vale citar a Lei n.º 10.233/2001, que trata do transporte aquaviário e terrestre, permitindo a inclusão no contrato de concessão de “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem” (art. 35, inciso XVI); merece menção também a Lei n.º 11.079/2004, que disciplina o contrato de parceria público-privada, prevendo “o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem” (art. 11, inciso III). A própria Lei n.º 8.987/1995 foi alterada em 2005 para que dela constasse expressa autorização de inclusão no contrato de concessão comum “de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem” (art. 23-A).

O fato de a arbitragem ter sido prestigiada pelos diplomas legais associados à redução do intervencionismo estatal direto na economia

brasileira pode explicar, ao menos em parte, a resistência com que a novidade foi recebida por parte da doutrina do direito administrativo.<sup>8</sup> Os críticos da reforma do Estado brasileiro parecem ter visto a arbitragem como apenas uma faceta acessória de um movimento de privatização que era por eles indesejado, ignorando, contudo, que a novidade não era assim tão nova no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, é possível encontrar diplomas legais editados no século XIX que já admitiam a utilização da arbitragem como modo de solução de controvérsias havidas entre o Poder Público e os particulares.<sup>9</sup> E mais importante: o STF, no julgamento do histórico Caso Lage,<sup>10</sup> reconheceu ainda em 1973, à unanimidade de votos, a “legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda”.

A arbitragem não era empregada para solucionar litígios entre a Administração e os particulares não em virtude de alguma incompatibilidade intransponível entre o instituto e o regime jurídico-administrativo, mas

---

8 Por todos, ver Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa se sobrepor à inteligência proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência” (*Curso de direito administrativo*, 30. ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 732). Ainda do mesmo autor, e de modo mais aprofundado, ver o parecer Compromisso arbitral. Nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder, in *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, Malheiros, vol. 39, p. 116-126, 2002.

9 Cite-se o Decreto n.º 4.797/1871, que em sua cláusula 16ª assim dispunha: “as dúvidas que suscitarem-se entre o Governo e os empresários, com exceção do preço de indenização a que se refere a cláusula 12ª, serão resolvidas por arbitros”. Da mesma forma o Decreto n.º 684/1890, cuja cláusula XXVIII tinha a seguinte redação: “em caso de desacordo entre o Governo e a companhia sobre a inteligência das presentes cláusulas, esta será decidida por arbitros nomeados, um pelo Governo e outro pela companhia. Servirá de arbitro desempatador o que for escolhido á sorte em lista triplíce apresentada pelo Governo e pela companhia”.

10 AI n.º 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto, RTJ 68/382.

sim porque a arbitragem simplesmente estava à margem da prática jurídica brasileira, não sendo utilizada para solucionar qualquer tipo de litígio até 1996, salvo raríssimas exceções – dentre elas o Caso Lage, lide da qual a União era parte.

Com a edição da Lei n.º 9.307/1996, o quadro muda, e a arbitragem passou a ser mais e mais utilizada, tornando-se um importante instrumento para a pacificação de controvérsias. Nada justificava deixar de fora do alcance do novo diploma legal os litígios envolvendo a Administração Pública, que obviamente também tem interesse legítimo na solução ágil dos litígios de que é parte, bem como em que o julgamento se dê por especialistas na matéria em disputa, como somente o processo arbitral permite. E assim seria ainda que não tivesse havido reforma do Estado no final da década de 1990. A (in)feliz coincidência de terem ocorrido num mesmo momento o renascimento da arbitragem e a reforma do Estado brasileiro não pode ser motivo para tentar impedir a Administração Pública de usufruir dos benefícios de um procedimento arbitral, observadas, é claro, as peculiaridades impostas pelo regime jurídico administrativo.

### **3. Arbitragem e o princípio da legalidade**

Como se sabe, o princípio da legalidade restringe a atuação administrativa aos limites definidos pelo legislador, não sendo lícito à Administração agir sem expressa autorização legal.<sup>11</sup>

---

11 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade “é o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei” (*Curso de direito administrativo*, p. 103).

Sendo assim, parte da doutrina defende que a Administração Pública só pode recorrer à arbitragem se houver uma autorização legal específica,<sup>12</sup> não bastando para tanto a autorização genérica veiculada no art. 1º da Lei n.º 9.307/1996, segundo o qual “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”.

A discussão foi perdendo relevância prática à medida que foram sendo editados diplomas legais com expressa autorização para inclusão de cláusulas arbitrais em contratos celebrados pela Administração Pública, conforme visto acima. E para suprir eventuais lacunas foi recentemente reformada a própria Lei n.º 9.307/1996, acrescentando-se ao art. 1º do texto original o § 1º, assim redigido: “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Logo, a discussão hoje está superada.

Não obstante, cabe aduzir que a autorização genérica constante do art. 1º da Lei n.º 9.307/1996 era suficiente para que a Administração Pública pudesse “valer-se da arbitragem”. Afinal, os entes que integram a Administração Pública, Direta ou Indireta, são “pessoas capazes de contratar”, único requisito subjetivo eleito pelo legislador para definir quem pode ser parte de um processo arbitral. Mostrava-se excessiva a exigência de que houvesse ainda uma autorização legal específica para a Administração Pública recorrer a um instituto do direito comum, expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro,<sup>13</sup> quando mais diante do disposto no

---

12 Luís Roberto Barroso, Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez, in *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, p. 415-439, jan./mar. 2003.

13 Analisando a mesma questão no direito italiano, Sabino Cassese pondera: “il principio di legalità non è violato, perché l’arbitrato è previsto dall’art. 806 ss. del codice di procedura civile. Il principio di legalità è, dunque, soddisfatto dalle stesse norme del codice. La pubblica amministrazione non ha bisogno di un’autorizzazione legislativa *ad hoc*. Se c’è la legge, la

art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, segundo o qual aos contratos administrativos aplicam-se, “supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

#### 4. Arbitragem e a indisponibilidade do interesse público

Conforme se lê no art. 1º da Lei n.º 9.307/1996, a arbitragem pode ser utilizada apenas “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.<sup>14</sup> Para parte da doutrina, tal dispositivo impediria a Administração Pública de recorrer à arbitragem para solucionar os litígios de que seja parte, e isso porque o princípio da indisponibilidade do interesse público seria incompatível com a ideia de disponibilidade de direitos.<sup>15</sup>

O princípio da indisponibilidade do interesse público ocupa posição basilar no regime jurídico-administrativo, ao lado do princípio da supremacia do interesse público. Ambos formam o alicerce do nosso direito administrativo, e isso graças à obra de Celso Antônio Bandeira de

---

pubblica amministrazione può utilizzare le potestà riconosciute dalla legge. Sarebbe strano se così non fosse: il soggetto più importante dell'ordinamento non potrebbe utilizzare le potestà riconosciute dal codice a tutti i soggetti” (L'arbitrato nel diritto amministrativo, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico, Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milão, Giuffrè, 1996, vol. 2, p. 313). No Brasil, idêntico entendimento é adotado, dentre outros, por Adilson Abreu Dallari (Arbitragem na concessão de serviço público, in *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, Malheiros, 1996, vol. 13, p. 7-8) e por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos, in *Contratações públicas e seu controle*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 258-260).

14 Para uma visão crítica à escolha da disponibilidade como critério de arbitrabilidade objetiva, ver Edoardo Ricci, Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas, in *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 402-412.

15 Celso Antônio Bandeira de Mello, Compromisso arbitral. Nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder.

Mello, que em escrito clássico delineou, ainda em 1967, os contornos do regime jurídico-administrativo no ordenamento normativo brasileiro.<sup>16</sup>

De acordo com o princípio da indisponibilidade, não é dado à Administração Pública dispor do interesse público, renunciando à sua satisfação, eis que ele não pertence à Administração, mas sim à coletividade. Os agentes administrativos não são livres para decidir se vão ou não atender o interesse público: trata-se de dever, ao qual estão associados os poderes necessários ao seu pleno cumprimento. Daí a expressão poder-dever – ou dever-poder, na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>17</sup>

Bem compreendido o conteúdo do princípio da indisponibilidade do interesse público, é fácil concluir que não há qualquer incompatibilidade entre ele e a ideia de direitos disponíveis de titularidade da Administração Pública. Há, isso sim, uma confusão causada pela proximidade terminológica dos conceitos – indisponibilidade do interesse público, disponibilidade de direitos –, que, contudo, não torna um o oposto do outro.<sup>18</sup> Entendida a

---

16 “A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estreita conformidade do que predispuer a ‘intentio legis’” (O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico, in *Revista de direito público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967, vol. 2, p. 48).

17 “Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações” (*Curso de direito administrativo*, p. 73).

18 “Não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público” (Eros Roberto Grau, Arbitragem e contrato administrativo, in *Revista trimestral de direito público*, São

indisponibilidade como vinculação da Administração Pública ao interesse público, a confusão resta evidente.

O princípio da indisponibilidade do interesse público rege todo e qualquer comportamento da Administração Pública, que jamais pode deixar de observá-lo, furtando-se à satisfação do interesse maior da coletividade. Dito de outro modo: todo e qualquer ato praticado pela Administração deve estar voltado ao atendimento do interesse público, não sendo lícito aos agentes administrativos atuarem para atingir qualquer outra finalidade. É assim tanto no exercício de direitos indisponíveis de titularidade da Administração Pública como também no exercício de seus direitos disponíveis. Ou é disponível o interesse público nos casos em que a Administração Pública é titular de direitos patrimoniais disponíveis?

Vale dizer, pouco importa se o direito de titularidade do Estado é disponível ou indisponível: seu exercício sempre deverá estar voltado à satisfação do interesse público.

E não há dúvida que a Administração Pública é titular de direitos patrimoniais disponíveis, entendidos como como direitos passíveis de negociação, na expressão de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara.<sup>19</sup> Não fosse assim, a Administração sequer poderia celebrar contratos, como bem percebeu Marçal Justen Filho.<sup>20</sup> Tampouco poderia

---

Paulo, Malheiros, 2000, vol. 32, p. 20).

19 O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos, p. 256.

20 “O argumento de que a arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim como a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio contratual. Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e igualmente todos os contrato administrativos” (*Curso de direito*

prevenir litígios de modo amigável, hipótese expressamente admitida na legislação (p. ex.: Decreto-lei n.º 3.365/1941, art. 10; Lei n.º 8.666/1993, art. 65, inciso II e art. 79, inciso II), ou mesmo encerrar litígios por transação, conforme prevê a Lei n.º 9.469/1997 e, no caso do Estado do Paraná, a Lei Complementar n.º 26/1985 (art. 5º, inciso III). Ao contratar, celebrar acordos ou pactuar transações a Administração Pública está dispondo de direitos de sua titularidade, o que não lhe autoriza, por óbvio, a dispor do interesse público em qualquer desses casos. Bem ao contrário, ela só pode dispor de seus direitos para melhor atender ao interesse público.<sup>21</sup>

Se a Administração pode contratar, celebrar acordos e transações, pode também submeter-se à arbitragem para compor litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis de sua titularidade,<sup>22</sup> que admitiriam solução extrajudicial amigável mesmo que não houvesse convenção de arbitragem. Ora, se o litígio pode ser solucionado pelas próprias partes, mediante transação, nada justifica que não possam elas acordar que o litígio será submetido à arbitragem.<sup>23</sup>

---

*administrativo*, 11. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 824-825).

21 “A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles” (Eros Roberto Grau, *Arbitragem e contratos administrativos*, p. 20).

22 “Sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem” (Eros Roberto Grau, *Arbitragem e contratos administrativos*, p. 20).

23 “Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em Juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a

Ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, a Administração Pública não está dispondo do interesse público, e muito menos renunciando ao seu atendimento. Sob o ponto de vista material, a atividade desenvolvida por um juiz estatal em nada difere da desempenhada por um árbitro: ambos vão compor uma lide aplicando o direito positivo com observância das garantias inerentes ao devido processo legal - os árbitros não decidem por roleta-russa, como lembra Eduardo Talamini.<sup>24 25</sup> Longe de desatender ao interesse público, a escolha pelo juízo arbitral pode justamente melhor satisfazê-lo, permitindo que especialistas de notória reputação na matéria

---

intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo” (Eduardo Talamini, Arbitragem e parceria público-privada, in *Parcerias público-privadas – um enfoque multidisciplinar*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 343).

24 “A arbitragem não é aposta, jogo de azar. Quem remete a solução de sua causa ao processo arbitral não a está submetendo ao cara-ou-coroa nem à roleta-russa. Está buscando uma composição para o conflito em um processo pautado em parâmetros objetivos quanto ao seu desenvolvimento e ao conteúdo de suas decisões; um processo em consonância com as garantias do *due process of law* e, sob esse específico aspecto, controlável pelo Judiciário. Portanto, ao se submeter uma pretensão ao juízo arbitral não se está renunciando a ela, não se está abrindo mão do direito material que eventualmente existe” (Arbitragem e parceria público-privada, p. 344).

25 “É importante ressaltar que, ao submeter uma discussão à arbitragem, as partes não estão abrindo mão de seus direitos ou, mesmo, transigindo (isto é, aceitando perder parte do seu direito). Ao se valerem da arbitragem as partes, na verdade, escolhem um juízo privado para pôr termo ao litígio. A arbitragem apontará quem tem razão na disputa. Cada parte terá oportunidade de expor seus argumentos, defendê-los, produzir prova: enfim, terá oportunidade de influenciar na decisão a ser tomada, de modo a proteger seus interesses” (Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos, p. 258).

em litígio solucionem a controvérsia com muito maior celeridade.<sup>26</sup> É incompreensível que se considere compatível com o interesse público obrigar a Administração Pública a recorrer, em todo e qualquer conflito de que seja parte, ao Poder Judiciário, condenando-a a aguardar por vários anos, às vezes décadas, pela composição de um litígio de interesse de toda a coletividade.

Aliás, o princípio da legalidade tem aqui especial relevância: se o legislador, a quem cabe definir o interesse público a ser perseguido pelos agentes administrativos, autoriza expressamente a utilização da arbitragem pela Administração Pública, como ocorre hoje em nosso ordenamento jurídico, o uso da via arbitral não pode ser em hipótese alguma considerado contrário ao interesse público, mas sim um mecanismo adequado para o seu atendimento. Caberá ao agente administrativo avaliar, no caso concreto, se esse mecanismo será ou não empregado.

---

26 Como bem percebeu Adilson Abreu Dallari, e de modo precursor no direito administrativo brasileiro, “ao optar pela arbitragem o contratante público não está transgindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público” (Arbitragem na concessão de serviço público, p. 8-9). No mesmo sentido, Caio Tácito entendia que “o acordo conducente ao procedimento arbitral, superando a delonga do rito judicial, favorece a celeridade na superação de litígios em benefício da dinâmica própria das relações econômicas, que o Estado venha a assumir como imperativo do interesse coletivo” (Arbitragem nos litígios administrativos, in *Temas de direito público - estudos e pareceres*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, vol. 3, p. 88), opinião também compartilhada por Dinorá Musetti Grotti, para quem “é indubitável que a complexidade técnica e a especificidade dos conflitos entre as partes nas concessões requer uma celeridade incompatível com a obrigatoriedade de recurso ao Poder Judiciário como única alternativa” (A arbitragem e a Administração Pública, in *Novos rumos da arbitragem no Brasil*, São Paulo, Fiuza Editores, 2004, p. 153). Outra não é a opinião de Carlos Alberto Carmona: “supondo que a Administração persiga sempre o escopo de concretização da justiça, é de todo recomendável que, havendo qualquer dissenso em contratos de que participe, seja a controvérsia resolvida pela via mais rápida, mais técnica e menos onerosa, evitando-se procrastinação indesejável” (*Arbitragem e processo*, p. 66).

A questão relevante passa a ser então identificar os direitos patrimoniais disponíveis de titularidade da Administração Pública que podem, por sua natureza, ser objeto de procedimentos arbitrais. Como regra, as discussões a respeito de (in)adimplemento de obrigações contratuais, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, efeitos patrimoniais do exercício dos poderes de que dispõe a Administração no âmbito da relação contratual ou da extinção do vínculo podem ser solucionadas na via arbitral, pois qualquer uma delas também admite composição por acordo.

No campo dos contratos de concessão, uma boa referência é o rol constante da cláusula arbitral padrão sugerida por membros da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que assim dispõe:<sup>27</sup>

As partes poderão submeter à arbitragem os seguintes conflitos:

- i. reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no contrato de concessão;
- ii. reconhecimento de hipótese de inadimplemento contratual de qualquer das partes ou anuentes;
- iii. cálculo e aplicação de reajuste previsto no contrato de concessão;
- iv. acionamento dos mecanismos de garantia estipulados no contrato de concessão;
- v. valor de indenização no caso de extinção do contrato de concessão;
- vi. inconformismo de qualquer das partes com a decisão da comissão técnica.

Em qualquer dessas hipóteses, não há dúvida, a arbitragem pode ser utilizada para dirimir o litígio, que poderia ser também resolvido por

---

27 André Rodrigues Junqueira, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira e Michelle Manaia Santos, Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, PGE/SP, 2013, vol. 77/78, p. 310.

transação ou acordo celebrado pela Administração e pelo particular que com ela contratou.

## 5. A jurisprudência

Na jurisprudência brasileira é firme o entendimento de que a Administração Pública pode recorrer à arbitragem para buscar a composição dos litígios de que seja parte. Merecem destaque três julgados, o primeiro do STF (Caso Lage), mais antigo, os dois outros do Superior Tribunal de Justiça - STJ (Caso AES Uruguaiana e Caso Compagás), mais recentes.

### 5.1. Caso Lage (STF, AI n.º 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto)

Ainda que tenha sido julgado em 1973 – muito antes, portanto, da Constituição de 1988 e da Lei n.º 9.307/1996 –, o Caso Lage segue sendo o precedente jurisprudencial mais relevante a respeito da utilização da arbitragem pelo Poder Público, seja porque foi apreciado pelo Plenário do STF, seja porque envolvia a União Federal, pessoa jurídica de direito público integrante da Administração Pública Direta.

Discutia-se no processo a constitucionalidade do Decreto-lei n.º 9.521/1946, por meio do qual instituiu-se juízo arbitral para definir, dentre outras questões acessórias, o valor da indenização devida pela União ao Espólio de Henrique Lage, que tivera parte expressiva de seu patrimônio expropriada, “no interesse da defesa nacional”, por meio do Decreto-lei n.º 4.648/1942. Constituído o Tribunal Arbitral, dele fazendo parte Raul Gomes de Matos, Antônio Sampaio Dória e Manoel da Costa Manso, o processo foi concluído em menos de 18 meses. A União, todavia, alterando drasticamente o entendimento que adotara ao editar o Decreto-lei n.º 9.521/1946, recusou-se a dar cumprimento ao laudo, alegando, dentre outras razões, a inconstitucionalidade do juízo arbitral que instituíra ela mesma mediante o

referido diploma legal.<sup>28</sup> A recusa da União deu início a uma longa disputa judicial, iniciada em 1955 e somente encerrada 18 anos depois pelo STF.

A alegada inconstitucionalidade do juízo arbitral como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo a União foi afastada pelo Plenário do STF, por unanimidade de votos, nos seguintes termos:

Na Carta de 1937, então vigente ao tempo da expedição do increpado Dl. 9.521, não existia qualquer disposição que vedasse, de modo expresso, ou mesmo implícito, a instituição de um juiz arbitral nos moldes estabelecidos pelo referido diploma e cuja decisão fosse irrecorrível e exequível, independentemente do *exequatur* judicial, pela sua homologação. Igualmente, a Constituição vigente não contém qualquer disposição que vede a criação desse instituto, tradicional no direito brasileiro, desde as antigas Ordenações. Castro Nunes, em notável parecer junto à f. 145, refutou, cabalmente, todas as objeções levantadas contra a sua irrecusável constitucionalidade.

Anotou ainda o acórdão “não ser possível a interdição do juízo arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda”, já que isso importaria numa restrição à autonomia contratual do Estado que, como toda a pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via transacional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada, que só estas podem comportar solução pela via arbitral, dela excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público que não podem ser objeto de transação. A hipótese para a qual se instituiu o juízo arbitral pelo Dl. 9.521 entra na primeira categoria.<sup>29</sup>

---

28 Não parece ter sido essencialmente jurídica a motivação da União para mudar de posição: a expropriação dos bens ocorrera em 1942 por ato de Getúlio Vargas; o juízo arbitral foi instituído em 1946 por ato de seu sucessor, Eurico Dutra; a recusa formal e definitiva de cumprir o laudo arbitral veio em 1952, novamente sob a Presidência de Getúlio Vargas.

29 RTJ 68/391.

Como se vê, no Caso Lage o STF reconheceu a constitucionalidade da arbitragem de modo claro e contundente, admitindo a via arbitral sempre que a Administração Pública possa “prevenir o litígio pela via transacional”, entendimento que é plenamente compatível com a Carta de 1988.

### **5.2. Caso AES Uruguaiana (STJ, REsp n.º 612.439/RS, rel. Ministro João Otávio de Noronha)**

Em julgamento ocorrido em 2005, a Segunda Turma do STJ, por unanimidade de votos, reconheceu a validade de convenção de arbitragem constante de contrato de compra e venda de energia elétrica celebrado entre uma sociedade de economia mista gaúcha, Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, e uma empresa privada, AES Uruguaiana Ltda.. O julgado recebeu a seguinte ementa:

São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, ar. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

Conforme consta do acórdão, “submetida a sociedade de economia mista ao regime jurídico de direito privado e celebrando contratos situados nesta seara jurídica, não parece haver dúvida quanto à validade da cláusula compromissória por ela convencionada”. Todavia, segundo o STJ, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não sujeitos à arbitragem.

Nota-se que o STJ adotou no Caso AES Uruguaiana o entendimento segundo o qual a indisponibilidade do interesse público estaria diretamente relacionada à indisponibilidade do direito de titularidade da Administração Pública, ideia aqui rechaçada, conforme exposto no item 4 acima, na medida em que não há relação direta entre a indisponibilidade do interesse

público e a indisponibilidade dos direitos de titularidade do Poder Público.

Ainda assim, o precedente afastou qualquer dúvida a respeito da legalidade da inclusão de cláusulas compromissórias nos contratos celebrados pelas empresas estatais, submetidas que são ao regime jurídico do direito privado, avanço importante para a consolidação da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública.

### **5.3. Caso Compagás (STJ, REsp n.º 904.813/PR, rel. Ministra Nancy Andrighi)**

Mais recentemente, já em 2011, o STJ reafirmou o entendimento de que é válida convenção de arbitragem celebrada por sociedade de economia mista, desta feita por decisão unânime da sua Terceira Turma.

A discussão girava em torno da validade de compromisso arbitral celebrado entre a estatal Companhia Paranaense de Gás Natural – Compagás e o Consórcio Carioca Passarelli. Para invalidar o compromisso arbitral que firmara, a Compagás ajuizou ação declaratória de nulidade, ao final julgada improcedente pelo STJ, com análise de diversas questões relevantes.

De início, reconheceu o STJ que “não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista”. O argumento de que a arbitragem seria incompatível com a indisponibilidade do interesse público foi rechaçado à luz da natureza da matéria litigiosa, como se lê do acórdão:

A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal como do juízo arbitral.

Ou seja, segundo o julgado do STJ, assim como a recorrente [Compagás] teria autonomia para resolver a controvérsia relativa ao equilíbrio econômico financeiro do contrato celebrado com a recorrida

sem precisar de autorização legislativa ou de recorrer ao Poder Judiciário, haja vista a disponibilidade dos interesses envolvidos, ela também tem autonomia para eleger um árbitro que solucione a controvérsia.

Uma segunda questão de grande relevância foi definida pelo STJ no Caso Compagás: é lícito à Administração Pública optar pela arbitragem apenas no momento em que o litígio aflora, celebrando compromisso arbitral, mesmo no silêncio do edital de licitação e do próprio contrato que o seguiu. Ou ainda, nas palavras da Ministra Nancy Andrighi: “O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente”, já que “não se pode dizer que a licitação teria outro resultado ou dela participariam mais ou menos concorrentes unicamente pelo fato de estar ou não previsto determinado foro para solução de controvérsias”.

Finalmente, não passou sem crítica a mudança de postura da estatal, que, após celebrar o compromisso arbitral e voluntariamente submeter-se à arbitragem, buscou a invalidação do seu próprio ato por não se conformar com o resultado do processo arbitral. Confirma-se o acórdão:

A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

Nestes termos consolidou-se a jurisprudência do STJ a favor da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública.

## **6. Algumas questões pontuais**

### **6.1. O sigilo da arbitragem**

Um falso problema a respeito da utilização da arbitragem pela Administração Pública diz respeito ao sigilo do procedimento arbitral,

característica que seria incompatível com o princípio constitucional da publicidade, acolhido pelo art. 37 da CF.

Ocorre que o sigilo não é uma característica necessária da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro. Não há, com efeito, um único dispositivo na Lei n.º 9.307/1996 que atribua ao procedimento arbitral caráter sigiloso.

No direito brasileiro, os particulares podem livremente pactuar que o procedimento arbitral de que são partes tramite em sigilo. Trata-se de uma faculdade, todavia, que simplesmente não está ao alcance da Administração Pública, tendo em vista o disposto no art. 37 da CF. De consequência, os procedimentos arbitrais em que a Administração Pública figure como parte não podem tramitar em sigilo. Se dúvida pudesse haver, a Lei n.º 9.307/1996, na redação que lhe deu a recente Lei n.º 13.129/2015, afastou-a, assim dispondo no § 3º do art. 2º: “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

Alguns regulamentos de câmaras de arbitragem já preveem que os processos envolvendo a Administração Pública não poderão ser sigilosos. É o caso do Regulamento da CAM-FIEP (art. 25) e do Regulamento da ARBITAC (art. 54, § 1º). Na hipótese de o regulamento prever a confidencialidade do procedimento, sem ressaltar os casos de que seja parte a Administração Pública, a regra não terá aplicação aos casos envolvendo o Poder Público, tendo em vista o comando do art. 37 da CF e o disposto no § 3º do art. 2º da Lei n.º 9.307/1996.

## 6.2. Julgamento por equidade

O § 3º do art. 2º da Lei n.º 9.307/1996 veda também o julgamento por equidade nos processos arbitrais de que seja parte a Administração Pública, em observância ao princípio da legalidade.<sup>30</sup>

Mas é interessante notar que em Portugal a doutrina seguiu caminho muito distinto, admitindo o julgamento por equidade na arbitragem envolvendo a Administração Pública.<sup>31</sup>

---

30 “No ordenamento brasileiro, a imposição constitucional da estrita legalidade impede de forma peremptória que uma arbitragem de que o Poder Público faça parte seja julgada por equidade” (Paulo Osternack Amaral, *Arbitragem e Administração Pública*, p. 82-83). No mesmo sentido: Adílson Abreu Dallari, *Arbitragem na concessão de serviço público*, p. 9; Carlos Ari Sunfeld e Jacintho de Arruda Câmara, *O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos*, p. 264; Dinorá Musetti Grotti, *A arbitragem e a Administração Pública*, p. 167.

31 Segundo José Robin de Andrade, “o artigo 22º da Lei n.º 31/86 prevê expressamente no regime geral da arbitragem a possibilidade de as partes estipularem o julgamento segundo a equidade, e não nos parece que o facto de o contrato em litígio ser administrativo deva impedir uma tal estipulação. A circunstância de as normas jurídicas que regulam um contrato serem civis, comerciais ou administrativas não é em si factor relevante que leve a aceitar, em alguns casos, o recurso à equidade e noutros a recusá-la. As normas imperativas de direito administrativo não são mais imperativas do que as normas imperativas do direito civil ou comercial, e por isso é de admitir o recurso à equidade, quer sejam umas ou outras a regular os contratos” (*Arbitragem e contratos públicos*, in *Estudos de contratação pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, vol. I, p. 963). Na mesma linha, Paulo Otero também entende ser possível o julgamento por equidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, ponderando que, “no que diz respeito ao domínio da arbitragem administrativa, o julgamento segundo a equidade, podendo corresponder a um imperativo determinado por lei ou traduzir a expressão da autonomia da vontade das partes permitida por lei, impedindo que o julgamento de tais litígios se faça através de uma aplicação rígida das normas jurídicas, apela a uma necessária composição do conflito que produza uma decisão final cujo conteúdo satisfaça o melhor possível ambas as partes envolvidas” (*Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, p. 1.062).

### 6.3. A sede da arbitragem

A definição da sede (ou local) da arbitragem é relevante para determinar se a sentença arbitral é nacional ou estrangeira. Nos termos do parágrafo único do art. 34 da Lei n.º 9.307/1996, “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”, dependendo sua execução, no Brasil, de homologação pelo STJ. Será nacional, de consequência, a sentença arbitral proferida no Brasil.<sup>32</sup>

A Lei n.º 11.079/2014 (art. 11, inciso III) e a Lei n.º 8.987/1995 (art. 23-A) estabelecem que as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão por elas regulados deverão dispor que a arbitragem terá sede no Brasil, vedando, assim, a escolha de outro país.

Ainda que não se refira diretamente à arbitragem, parece ser plenamente aplicável à generalidade dos contratos administrativos com cláusula compromissória o disposto no art. 55, § 2º da Lei n.º 8.666/1993, segundo o qual o “foro da sede da Administração” é o competente “para dirimir qualquer questão contratual”,<sup>33</sup> excetuadas as hipóteses do art. 32,

---

32 Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 182-185. Ver ainda Adriana Braghetta, A importância da sede da arbitragem, in *Arbitragem – estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 18-32.

33 Parte da doutrina entende que o art. 55, § 2º da Lei n.º 8.666/1993 é um óbice à via arbitral no âmbito dos contratos administrativos, eis que dispõe ser competente o “foro da sede da Administração” para dirimir as controvérsias surgidas na execução do ajuste, o que indicaria uma necessária opção pelo Poder Judiciário (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Compromisso arbitral. Nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder*, p. 117-118; Luís Roberto Barroso, *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal*, p. 433). Levada ao extremo tal posição, o art. 55, § 2º vedaria a própria solução amigável dos litígios, pois toda e qualquer questão contratual haveria de ser solucionada no “foro da sede da Administração”. Daí o entendimento de que, uma vez levado ao Poder Judiciário o conflito, o foro competente para julgá-lo será o da Administração, o que não significa que todo e qualquer conflito precise ser submetido ao Judiciário, e apenas ao Judiciário (Carlos Ari Sunfeld e Jacintho

§ 6º do mesmo diploma, que também parecem aplicáveis à generalidade dos contratos celebrados pela Administração.<sup>34</sup> Aplicando-se por analogia o dispositivo, o local da arbitragem haverá de ser onde a Administração tem sua sede.

Isso não significa, claro, que todos os atos do processo devam ser necessariamente praticados na sede da arbitragem, sendo plenamente possível que ocorram em outras localidades, se necessário ao bom andamento do feito. Tanto é assim que a Lei n.º 9.307/1996 prevê que o compromisso arbitral pode conter “o local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem” (art. 11, inciso I).

A necessidade de a sede da arbitragem ser no Brasil não impede a escolha de câmara arbitral estrangeira para administrar o litígio. As câmaras arbitrais limitam-se a administrar o procedimento arbitral, a ele aplicando as regras de seu regulamento; elas não julgam a causa, portanto, não se confundindo com os árbitros. É plenamente possível, e bastante corriqueiro, que um litígio seja administrado por uma câmara sediada num país e tenha sua sede noutra, opção que está ao alcance também da Administração Pública.<sup>35</sup>

#### **6.4. Necessidade de previsão no edital ou no contrato**

Conforme mencionado logo acima, o STJ, no julgamento do Caso Compagás, firmou o entendimento de que a convenção de arbitragem não

---

Arruda Câmara, O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos, p. 258-260; Carlos Alberto Carmona, Arbitragem e processo, p. 64-65; Paulo Osternack Amaral, *Arbitragem e Administração Pública*, p. 61-62). Mas a polêmica hoje parece superada: após o advento da Lei n.º 13.129/2015, que incluiu na Lei n.º 9.307/1996 expressa autorização para a Administração Pública Direta e Indireta recorrer à arbitragem (art. 1º, § 1º), o art. 55, § 2º da Lei n.º 8.666/1993 não pode mais ser interpretado como óbice à via arbitral.

34 Eduardo Talamini, *Arbitragem e parceria público-privada*, p. 354-355.

35 Eduardo Talamini, *Arbitragem e parceria público-privada*, p. 355.

precisa ser incluída no edital de licitação ou no contrato celebrado pela Administração Pública, sendo possível que a via arbitral seja escolhida já quando do efetivo surgimento do litígio, mediante a celebração de compromisso arbitral, ou mesmo antes, por meio aditivo ao instrumento contratual que nele incluía uma cláusula compromissória.<sup>36</sup>

Logo, ainda que o edital de licitação e o contrato silencie, nada dispondo a respeito do modo de solução de controvérsias – e, de consequência, veiculando a opção pela via judicial –, a Administração Pública e o particular que com ela mantém relação contratual podem optar pela arbitragem.<sup>37</sup>

O projeto de lei n.º 7.108/2014, que deu origem à já citada Lei n.º 13.129/2015, pretendia restringir o uso da arbitragem às hipóteses em que houvesse previsão expressa “no edital e nos contratos da administração”.<sup>38</sup> Felizmente a restrição foi retirada do texto final aprovado no Senado Federal, demonstração inequívoca de que o legislador tampouco entende

---

36 Segundo a Lei n.º 9.307/1996, entende-se por cláusula compromissória “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (art. 4º), ao passo que o compromisso arbitral “é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem” (art. 9º). No primeiro caso, portanto, a convenção arbitral é celebrada para dispor a respeito da solução de controvérsias futuras e eventuais, enquanto no segundo o litígio já existe.

37 Eduardo Talamini, *Arbitragem e parceria público-privada*, p. 351; Paulo Osternack Amaral, *Arbitragem e Administração Pública*, p. 77-80. Em sentido contrário, Gustavo Justino de Oliveira, *A arbitragem e as parcerias público-privadas*, in *Parcerias público-privadas*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 596; Carlos Alberto de Salles, *Arbitragem nos contratos administrativos*, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 109.

38 De acordo com o projeto de lei n.º 7.108/2014, a redação do § 1º do art. 1º da Lei n.º 9.307/1996 assim ficaria: “A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, desde que previsto no edital e nos contratos da administração, nos termos do regulamento”.

ser necessária a menção à arbitragem já no edital ou no contrato de que seja parte a Administração Pública.

Vale acrescentar que também um litígio fruto de uma relação extracontratual entre o Poder Público e particulares pode ser submetido à arbitragem mediante compromisso arbitral. Controvérsia acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado pode ser solucionada por árbitros, p. ex., sendo certo que se trata de matéria a respeito da qual as partes podem transigir. Aliás, o Caso Lage, já citado, envolvia justamente uma controvérsia de natureza extracontratual: fixação de indenização por expropriação de bens.

### **6.5. Arbitragem institucional ou *ad hoc* e a escolha da câmara arbitral**

As partes podem convencionar que a arbitragem será instalada perante uma câmara arbitral, submetendo-se ao seu regulamento, ou optar pela tramitação do processo em privado, sem auxílio administrativo de instituição alguma, definindo elas mesmas as regras a serem observadas no procedimento.<sup>39</sup> No primeiro caso tem-se uma arbitragem institucional; no segundo, uma arbitragem *ad hoc*.

Assim como os particulares, a Administração pode escolher entre uma forma ou outra de arbitragem – institucional ou *ad hoc* –, conforme lhe pareça mais conveniente à luz da situação concreta. Trata-se de decisão discricionária,<sup>40</sup> portanto – a menos, é claro, que o legislador tenha já disposto a respeito do assunto, como ocorre com a Lei n.º 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais, que disciplina o uso da via arbitral pela

---

39 A Lei n.º 9.307/1996 assim dispõe em seu art. 5º: “Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem”.

40 Paulo Osternack Amaral, *Arbitragem e Administração Pública*, p. 75.

Administração Pública mineira, cujo art. 4º determina que “o juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional”.

Optando a Administração por uma arbitragem institucional, a escolha da câmara arbitral não dependerá de prévia licitação, eis que não é possível estabelecer critérios objetivos de seleção que tornem viável qualquer forma de competição, a tornar inexigível o certame licitatório conforme previsto no art. 25 da Lei n.º 8.666/1993.<sup>41</sup> A escolha da câmara arbitral levará em conta elementos subjetivos que deverão ser avaliados pelo agente administrativo, conforme as necessidades do caso concreto: tradição do órgão institucional, qualidade do seu regulamento, localização de sua sede, reputação e experiência dos árbitros que integram a sua lista – além, é claro, do valor das custas e dos honorários dos árbitros, único elemento que admitiria aferição objetiva, insuficiente, por si só, para garantir uma escolha que bem atenda ao interesse público.

Mas ainda que a licitação para escolha da câmara arbitral seja inexigível, a definição não poderá ser arbitrária e desarrazoada, devendo a Administração Pública fundamentar a sua decisão. Se a escolha recair sobre uma câmara arbitral instalada no exterior e a arbitragem haverá de ter sede no Brasil, a Administração deverá demonstrar a razão pela qual deixou de optar por instituições localizadas em território nacional, sendo certo que há por aqui diversas câmaras de nível elevado e com custo bem inferior. Não se está a dizer que a escolha de uma câmara internacional seja vedada por princípio, mas sim, que a escolha deverá ser fundamentada pela Administração, como ocorre, de resto, com toda e qualquer contratação direta.

Outro ponto relevante diz respeito ao momento de escolha da câmara arbitral. É possível definir a instituição arbitral já quando da celebração

---

41 Carlos Alberto de Salles, *Arbitragem nos contratos administrativos*, p. 279-280; Paulo Osternack Amaral, *Arbitragem e Administração Pública*, p. 75.

do contrato, mencionando-a expressamente na cláusula compromissória, ou então deixar a definição para momento posterior, quando do efetivo surgimento do litígio.

Considerando que os contratos celebrados pela Administração Pública para desenvolvimento de projetos de infraestrutura são de longuíssima duração, estendendo-se por décadas, a escolha da câmara quando da celebração do contrato pode gerar dificuldades no futuro, pois nada garante que a instituição seguirá operando e muito menos que ela manterá as características que justificaram sua escolha.<sup>42</sup>

Doutro lado, deixar a escolha para o momento em que o litígio eclode é sempre arriscado, pois as partes envolvidas na lide podem já não ter mais condições de chegar a um consenso a respeito de qualquer coisa, abrindo espaço para uma discussão judicial para viabilizar a própria instalação da arbitragem, nos termos previstos no art. 7º da Lei n.º 9.307/1996.

Mas é possível encontrar soluções intermediárias, que atendam a uma e outra preocupação, valendo mencionar aqui dois exemplos.

No contrato de parceria público-privada celebrado pelo Estado do Paraná para outorga de concessão tendo por objeto a rodovia PR-323, optou-se por escolher desde logo a câmara arbitral, mas foram também definidas regras claras para eventual substituição da instituição. Confira-se:

---

42 “A contratação da câmara arbitral pelo Poder Público é futura e incerta (não se sabe, de antemão, se ocorrerá algum litígio) e os contratos de PPP possuem longa duração (o conflito poderá ocorrer somente vinte ou trinta anos após a assinatura do contrato). Assim, não será possível determinar de antemão qual o órgão mais adequado para solução de conflitos” (André Rodrigues Junqueira, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira e Michelle Manaia Santos, Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação, p. 304).

54.2. A arbitragem será conduzida e administrada pela Câmara de Arbitragem das Indústrias do Estado do Paraná – CAM-FIEP ou pela que a substituir.

54.2.1. Em caso de extinção da CAM-FIEP, durante o prazo de concessão patrocinada, caberá às Partes a escolha da nova Câmara Arbitral.

54.2.2. Poderão as Partes de comum acordo modificar a escolha da CAM-FIEP.

54.2.3. O Poder Concedente poderá propor unilateralmente a modificação da CAM-FIEP caso venha a ser modificado o procedimento legal vigente no que tange ao modo de escolha da Câmara Arbitral.

54.2.4. A escolha da nova Câmara Arbitral, nas hipóteses acima, será objeto de proposta do Poder Concedente, podendo a concessionária manifestar, desde que de forma motivada e justificada, a sua discordância no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados da comunicação da proposta do Poder Concedente. No caso de manifestação de discordância caberá ao Poder Concedente a comunicação de nova proposta de Câmara Arbitral em 5 (cinco) dias úteis, repetindo-se o procedimento até que não haja manifestação expressa de discordância por parte da Concessionária.

Outro sistema é adotado pela cláusula compromissória padrão sugerida pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que não define desde logo a câmara arbitral, mas afasta o risco de impasse no momento do efetivo surgimento do conflito ao fixar um prazo determinado para que a escolha se dê pelo Poder Público, sob pena de ser a câmara arbitral definida pela parte privada da avença, como se lê:

A escolha da câmara arbitral será exercida pela Contratante, dentre as instituições de notório reconhecimento, com regulamento adaptado às arbitragens estatais e que possuam profissionais com experiência na matéria em litígio, em até 30 (trinta) dias contados da apresentação da controvérsia por qualquer das Partes, via comunicação formal à outra Parte. [...] Caso o Poder Concedente não indique a

câmara de arbitragem no prazo acima indicado, caberá ao Parceiro Privado fazê-lo, no mesmo prazo, com base nos mesmos critérios.<sup>43</sup>

Tanto num caso como noutro evitou-se vincular uma determinada câmara arbitral a todo o período de vigência do contrato, ao mesmo tempo em que foram estabelecidas regras para garantir que, sendo necessário fazer a escolha quando do surgimento do litígio, não haverá necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, ganhando-se agilidade no início do procedimento.

### **6.6. A escolha dos árbitros**

Tampouco a escolha do árbitro a ser indicado pela Administração Pública depende de prévia licitação, igualmente inexigível. A escolha, afinal, levará em conta a notória especialização do indicado na matéria em litígio, bem assim, e sobretudo, a confiança que nele deposita a parte, aspectos subjetivos que deverão ser apreciados pelo agente administrativo no caso concreto.<sup>44</sup>

Mas a escolha do árbitro pela Administração Pública deverá também observar o comando do art. 14 da Lei n.º 9.307/1996, que veda a indicação de pessoas que tenham, “com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes”.

---

43 André Rodrigues Junqueira, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira e Michelle Manaia Santos, Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação, p. 311.

44 Carlos Alberto de Salles, *Arbitragem nos contratos administrativos*, p. 279-280; Paulo Osternack Amaral, *Arbitragem e Administração Pública*, p. 75.

### **6.7. O pagamento das custas administrativas e dos honorários dos árbitros**

Em comparação com o processo judicial brasileiro, o custo financeiro envolvido numa arbitragem é muito elevado. É claro que o custo de um processo não pode ser medido apenas à vista do montante de dinheiro comprometido com o pagamento de taxas e honorários, pois a demora de décadas na solução de um litígio cobra também um preço alto das partes, e, nos casos envolvendo o Poder Público, da própria sociedade – basta pensar num projeto de interesse público que fique paralisado por anos à espera da solução de um litígio entre a Administração contratante e o particular contratado. Ainda assim, é fato que o valor a ser suportado pelas partes de um processo arbitral pode ser bastante expressivo, pois ele inclui não apenas as custas administrativas da câmara arbitral como também os honorários dos árbitros.

Considerando as limitações orçamentárias a que estão sujeitos os entes públicos, em especial a Administração Pública Direta, o pagamento das taxas administrativas e honorários arbitrais pode gerar dificuldades práticas. Se a Administração é a parte requerente no procedimento, o não pagamento pode impedir o prosseguimento do caso, em prejuízo da efetiva tutela do direito de titularidade do Poder Público.

Uma forma de evitar o problema é estabelecer na cláusula compromissória que o pagamento dos custos do processo arbitral ficará inicialmente sob a responsabilidade do particular que celebrou contrato com a Administração Pública, a quem caberá antecipar o montante necessário ao andamento do feito, aí incluídas custas administrativas da câmara arbitral e honorários dos árbitros. Ao final do processo, o tribunal arbitral deverá deliberar sobre a responsabilidade das partes pelo pagamento dos custos do processo, conforme o resultado da demanda, condenando a Administração a restituir ao particular o valor que a ela for atribuído.

A Lei n.º 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais seguiu esse caminho, prevendo que o particular deve antecipar o pagamento das taxas

administrativas e honorários dos árbitros quando de sua instauração (art. 11, p. único), modelo também adotado pelo Estado do Paraná no contrato de parceria público-privada que tem por objeto a rodovia PR-323, como se lê da seguinte cláusula:

54.5. A Concessionária será responsável pelas custas para instauração do procedimento arbitral, incluindo o adiantamento de percentual dos honorários devidos aos árbitros, ainda que o procedimento seja instaurado por iniciativa do Poder Concedente.

Nada dispondo a cláusula compromissória, contudo, a Administração terá de arcar com o pagamento inicial das custas e honorários na proporção que lhe couber, devendo estar preparada para efetuar o desembolso a despeito das restrições orçamentárias, sob pena de inviabilizar o prosseguimento do processo que fez instaurar.

## **7. Conclusão**

Como se demonstrou ao início, estão hoje superadas as objeções iniciais à utilização da arbitragem pela Administração Pública, dado o avanço da legislação, da doutrina e da jurisprudência nos últimos anos.

Isso não significa, todavia, que não existam mais dúvidas a respeito do uso da arbitragem pelo Poder Público. Bem ao contrário, superada a discussão a respeito da própria possibilidade do recurso à via arbitral, surgem outras tantas dúvidas de caráter mais objetivo e prático, atinentes à identificação e ao enfrentamento das peculiaridades que o processo arbitral apresenta quando num de seus polos está a Administração Pública.

É preciso, portanto, aprofundar a discussão a respeito da utilização da arbitragem pela Administração Pública, para a qual os advogados públicos têm muito a contribuir.

## Referências bibliográficas

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ANDRADE, José Robin de. Arbitragem e contratos públicos. In: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, p. 943-966, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*. In: Revista de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, p. 44-61, out./dez. 1967.

\_\_\_\_\_. *Compromisso arbitral. Nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder*. In: Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, vol. 39, p. 116-126, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 30. ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

\_\_\_\_\_. *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem autorização legal. Invalidez*. In: Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, p. 415-439, jan./mar. 2003.

BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, p. 18-32, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/1996*. 2. ed.. Atlas: São Paulo, 2004.

CASSESE, Sabino. L'arbitrato nel diritto amministrativo. In: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milão: Giuffrè, vol. 2, p. 311-327, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto. In: *Regulação portuária e concorrência – pareceres jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Abratec, p. 199-246, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. *Arbitragem na concessão de serviço público*. In: Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, vol. 13, p. 5-10, 1996.

GONÇALVES, Pedro. *Direito administrativo da regulação*. In: Regulação, electricidade e telecomunicações – estudos de direito administrativo da regulação. Coimbra: Coimbra Editora, p. 7-67, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e contrato administrativo*. In: Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, vol. 32, p. 14-20, 2000.

GROTTI, Dinorá Musetti. *A arbitragem e a Administração Pública*. In:

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza Editores, p. 145-168, 2004.

JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. *Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação*. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: PGE/SP, vol. 77/78, p. 285-313, jan./dez. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agência reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 11. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A arbitragem nas parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, p. 567-606, 2005.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

RICCI, Edoardo. *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas*. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, p. 402-412, 2007.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem nos contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, p. 252-264, 2013.

TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativo*. In: *Temas de direito público – estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 3, p. 83-88, 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas – um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 333-358, 2005.

WALD, Arnaldo. *A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem*. In: WALD, Arnaldo (org.). *Doutrinas essenciais – Arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 4, p. 635-652, 2014.



# **A Efetivação dos Direitos Sociais *Versus* Democracia**

## ***The Effective Social Rights Versus Democracy***

*Mércia Miranda Vasconcellos Cunha*<sup>1</sup>

*Amanda Querino dos Santos Barbosa*<sup>2</sup>

RESUMO: O presente trabalho propõe uma reflexão crítica sobre a possibilidade da efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário sem minorar o valor substancial da Democracia. A busca pela efetividade da Constituição permite ao Direito cumprir o seu papel transformador da sociedade. Não obstante, tal busca deve ser norteada e respeitar os limites constitucionais impostos, não podendo macular os princípios democráticos, nem interferir indevidamente nos poderes políticos, bem como no mérito de políticas sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; direitos sociais; efetivação; Judiciário; Democracia.

---

1 Procuradora do Estado do Paraná, doutora em Direito das Relações Sociais na UFPR, coordenadora do curso de Direito da Faculdade do Norte Pioneiro – FANORPI/UNIESP, pesquisadora do NEFIL/UFPR.

2 Advogada, Mestranda do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Campus Jacarezinho, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

**ABSTRACT:** This research intends a critic reflexion about the possibility of accomplishment of social rights by the Judiciary without decreasing the substantial democracy worth. The search for Constitution's fulfillment allows the law to implement the changing role in society. Nevertheless, such a search should be guided and respect the constitutional limits imposed in order to avoid harming democratic principles and also incorrectly interfere in the political powers, as well as the merit of social policies

**KEYWORDS:** Constitution; social rights; accomplishment; Judiciary; democracy

## **Introdução**

O movimento dialético de evolução social é marcado por ideologias conflitantes que afluem em um jogo de domínio e subjugação, no qual o sistema de ideias vigente é aquele que, mediante processos político, econômico e social, estabeleceu-se como preponderante e, conseqüentemente, verdadeiro. Em reação ao estabelecimento do poder e sua aplicação desmedida, a realidade histórica apresenta movimentos que buscam a limitação desse poder estabelecido, bem como o reconhecimento de direitos.

O constitucionalismo consolidou-se na luta pela limitação do exercício do poder pelo soberano, em busca da construção de um Estado que reconhecesse os direitos das pessoas/cidadãos. A salvaguarda dos indivíduos contra o arbítrio do Estado foi a positivação dos direitos individuais que, aos poucos, foram consolidados nos documentos jurídicos máximos dos Estados. Entretanto, a proteção dos direitos individuais tornou-se insuficiente para garantir a dignidade dos indivíduos da sociedade e novos conflitos surgiram com a intenção de que novos direitos fossem assegurados, agora os sociais, que impõem conduta positiva do Estado ao contrário da conduta de “não fazer”, imposta pela defesa das

garantias individuais. Após alguns conflitos mundiais, notadamente a Segunda Grande Guerra, aprovou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem que representa a manifestação de um consenso geral da humanidade, um sistema de valores humanos comuns a ser reconhecido pelo Estado.

A Declaração reafirmou os direitos individuais já conquistados, indo além e consagrando esforços pela reconstrução econômica, estabilidade das relações internacionais e medidas governamentais para superar a pobreza, estimular o crescimento, a produção, assegurar o emprego, enfim, disseminar o bem-estar. Fazendo isso, conjugou o discurso liberal com o social da cidadania e, mais amplamente, conjugou os valores liberdade e igualdade. Nesse contexto, tem-se que valores sociais foram agregados aos valores de liberdade e igualdade, fundamento do constitucionalismo, e notadamente após a referida Declaração de 1948 houve uma inovação no mundo jurídico e na compreensão dos direitos e de sua efetivação, no sentido de que sem a efetividade dos direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais esvaziam-se de sentido e não passarão de meras categorias formais. Em outras palavras, entende-se que, em um contexto humanitário, liberdade e justiça social são faces distintas de uma mesma totalidade.

Não obstante, embora a proteção dos direitos sociais tenha sido incorporada ao texto positivado da Constituição, em vários países do ocidente, a realização desses direitos tem sido vista com um olhar com viés liberal e, por isso, carente de efetivação. Na perspectiva de realização da dignidade, mediante realização dos direitos sociais, a função Judiciária do Estado tem-se revelado efetivadora de tais direitos, o que encontra resistência sob o fundamento da natureza não democrática dos juízes; da necessidade de preservar o poder dos órgãos representativos e da falta de informação e capacitação sobre políticas públicas dos juízes.

O presente estudo tem a finalidade de refletir sobre a atuação da função judiciária do Estado na realização dos direitos fundamentais do ser humano, a fim de preservar e realizar a dignidade, verificando se tal

atuação está inserida no permissivo democrático, constitucional e se há limites para a atuação do Judiciário na efetivação dos direitos sociais.

## 1. Interpretação constitucional e democracia

Até o nefasto evento da Segunda Guerra Mundial prevalecia a cultura jurídica iniciada com a Revolução Francesa, que tratava a lei editada pelo parlamento como fonte principal do Direito e suporte da liberdade pregada pelo ideal revolucionário. A proteção dos direitos encontrava-se no rigor da lei. Não se atribuía força normativa às Constituições, que eram tomadas como programas políticos para os legisladores, e, por isso, não podiam ser invocadas junto ao Judiciário na defesa de direitos violados. O medo de compactuar com atos bárbaros propiciou o fortalecimento da jurisdição constitucional, com instituição de mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador. Esses ventos de mudança sopraram em vários países dos diversos continentes, ensejando um novo processo de democratização e respeito aos direitos humanos.

Dentre os propósitos das Leis fundamentais estão a autolimitação do poder e a institucionalização de um governo democrático. O texto constitucional utiliza-se de uma linguagem porosa, indefinida e possui textura aberta, em virtude dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados que compõem a maioria das normas constitucionais. Nesse contexto, o problema enfrentado pelos juristas, intérpretes, enfim atuantes do Direito é a busca racional da “melhor resposta” aos casos difíceis do Direito<sup>3</sup>, sendo que a melhor resposta tem sido entendida como a melhor fundamentação para a escolha feita nos casos considerados difíceis.

Dworkin menciona uma leitura moral para a Constituição. Tendo

---

3 SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.240.

em vista que os direitos dos indivíduos são explicitados de forma ampla e abstrata, os atuantes do Direito devem interpretar os dispositivos considerando que eles fazem parte da referência a princípios morais. Seguido esse raciocínio, toda vez que houver questão constitucional, os intérpretes devem decidir qual a melhor maneira de compreender aquele princípio moral abstrato.

Dessarte, a moralidade política é intrínseca ao direito constitucional, mas, diante de sua complexidade, o próprio sistema jurídico terá de dizer quem terá autoridade para compreendê-lo e aplicá-lo. “A constituição expressa exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos”, afirma Dworkin<sup>4</sup>. Não obstante a leitura moral proposta pelo autor, ele afirma que os juízes não podem pensar que a estrutura constitucional deixa a cuidados deles mais do que certos direitos políticos básicos e estruturais. A melhor concepção dos princípios morais constitucionais não outorga aos juízes o poder, sem ferir a soberania popular, de tomar decisões de cunho político que deveriam ser tomadas por representantes eleitos pela sociedade política.

Assim, duas possibilidades afluem: a primeira admite a leitura moral da Constituição, mas nega aos juízes a autoridade suprema de fazê-la, deixando reservada para o povo a autoridade da interpretação final<sup>5</sup>; já a segunda, denominada de “originalista”, não aceita tal leitura e busca as origens, o significado original do texto constitucional. Segundo Dworkin<sup>6</sup>, os constitucionalistas entendem que a leitura moral dá demasiado poder aos juízes, mas a posição originalista faz da Constituição uma “extensão morta do passado”, entendendo que o método correto é um “justo equilíbrio”

---

4 DWORKIN, Ronald. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 04.

5 *Ibidem*, p. 18.

6 *Ibidem*, p. 21.

entre a proteção dos direitos individuais essenciais e a obediência à vontade popular sem, entretanto, dizer que justo equilíbrio é esse e, tampouco, qual balança deve ser utilizada para encontrá-lo. A ideia de Constituição “viva” rechaça a interpretação que busca o sentido passado do texto. Ao intérprete, pois, cabe a determinação da melhor concepção dos distintos conceitos fundamentais que a Constituição fixou em seu texto, atendendo ao próprio texto, à prática constitucional da comunidade e às tradições.

John Hart Ely<sup>7</sup> constrói uma proposta procedimentalista sobre o papel adequado dos magistrados na interpretação da Constituição, rechaçando a tendência teórica de que os magistrados possam inferir amplos conteúdos a partir da Constituição, por reputar tal atuação antidemocrática, ao contrário, a interpretação da Constituição pelos juízes deve ser feita de forma a fortalecer os processos democráticos e populares de autogoverno, atuando como árbitro ou garante da igualdade de representação no processo político. O autor não admite que decisões do Judiciário não estejam submetidas à correção pelo processo legislativo. Entretanto, admite que o poder da maioria não pode ser ilimitado, havendo a necessidade da proteção das minorias. Entende, ainda, que “a tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário”. Entende John Hart Ely<sup>8</sup> que as decisões judiciais seriam, em essência, a imposição de uma Constituição “não-escrita” por “autoridades não-eleitas” e que isso não seria a melhor resposta para a sociedade. Segundo o raciocínio do autor, não cabe ao aplicador a tarefa de valorar o conteúdo da Constituição, até porque o Judiciário é o órgão com menor possibilidade de influência no

---

7 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

8 *Ibidem*, p.12-13.

governo, uma vez que a “corte não maneja nem a bolsa nem a espada”. Tutelar a Constituição significa tutelar as regras do jogo democrático que ela fixa, e isso não cabe ao Judiciário.

No que tange à interpretação em relação aos direitos sociais, Roberto Gargarella<sup>9</sup> afirma que os juízes, com frequência, utilizam argumentos relacionados à democracia quando decidem em relação a esses direitos. Normalmente, os juízes abordam a obrigação do respeito à vontade do legislador para sustentar, a partir daí, a incapacidade de intervir no processo que envolve a violação de algum direito social.

Segundo a concepção pluralista da democracia, considerada por Gargarella<sup>10</sup> como sinônima de visão madisoniana, uma das principais obrigações dos juízes é respeitar devidamente a vontade do povo, cujo *locus* é a Constituição que deve, por conseguinte, proteger e prevenir opressões de uns sobre outros, especialmente porque vivemos em um mundo caracterizado por facções que são motivadas, muitas vezes, por paixões, impulsos egoístas que impendem decisões não racionais e em desacordo com o interesse da totalidade. Sob esse prisma, o sistema constitucional se dirige sobretudo a reduzir a influência de grupos de interesse, em particular os que são majoritários na política. Os juízes que aceitam a visão pluralista compartilham do entendimento que a interpretação correta da Constituição exige a busca de seu entendimento original.

Por outro lado, a concepção populista da democracia entende que uma das principais obrigações dos juízes é respeitar devidamente a vontade democrática do povo, cuja sede ou *locus* é o aqui e agora e não a

---

9 GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?* In ALEGRE, Marcelo e GARBARELLA Roberto (coord) *Aportes para um constitucionalismo igualitário*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p. 122.

10 GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?* In ALEGRE, Marcelo e GARBARELLA Roberto (coord) *Aportes para um constitucionalismo igualitário*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p. 124.

Constituição. Se o povo, aqui e agora não toma medidas ativas para efetivar os direitos sociais, os juízes devem respeitar a decisão soberana. A despeito das diferenças teóricas, ambas posturas criticam o ativismo judicial no sentido de implementação dos direitos sociais, embora concluem no sentido de que estes mesmos devem assegurar os direitos civis e políticos.

Gargarella<sup>11</sup>, em continuidade ao seu raciocínio, entende que o ativismo judicial no que diz respeito aos direitos sociais é relevante para a implementação da própria democracia e do processo democrático, uma vez que uma adequada situação social e econômica dos indivíduos, igual possibilidade de educação, constituem precondições necessárias de uma participação livre e igualitária no processo político. Ao mesmo tempo, aduz que não há que se pensar, necessariamente, na existência de conflito com a democracia, sendo possível que decisões judiciais contribuam para as discussões sobre assuntos públicos fundamentais, sem minar a democracia.

## **2. Efetivação dos direitos sociais**

Em virtude do processo de universalização dos direitos humanos e sua proteção global, dois tratados internacionais distintos foram elaborados: o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos e Pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Assim, as Constituições, de modo geral, incluíram os direitos sociais no rol dos direitos positivados constitucionalmente, todavia, conforme visto acima, o argumento democrático é utilizado para sugerir a abstenção judicial, sob o fundamento de que os direitos sociais dizem respeito unicamente a questões do poder político, que tem a legitimidade democrática para distribuir os recursos aos diversos grupos sociais.

---

11 Ibidem, p.134.

A forma de institucionalização do Poder Judiciário, composto por membros não eleitos, é criticada fortemente relativamente a questões de intervenção na defesa dos direitos sociais, sob o argumento de ferir a democracia, uma vez que pessoas não eleitas, cuja conduta não pode ser reprovada ou controlada pela população, não pode ter a última palavra sobre tais questões, relevante para a sociedade. Nesse contexto, o Judiciário não está “legitimado democraticamente”<sup>12</sup> para dar conteúdo aos direitos sociais. Se assim fosse, haveria um esvaziamento do conteúdo da democracia, com a conseqüente criação do que o autor denomina “reino dos juizes”. A Constituição, que é expressão da vontade democrática da comunidade, deve ser respeitada e se os legisladores negaram-se a implementar os direitos sociais, não podem os juizes fazê-lo, sem incorrer em deslocamento do papel dos legisladores.

Os direitos sociais – comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandam investimentos – positivados em sede constitucional, então, seriam compromissos sociais assumidos politicamente pelo Estado em favor da sociedade. Estão no centro do programa político, mas constituem-se compromissos, programas a ser desenvolvidos dentro de um cronograma político, à medida da possibilidade e prioridade de recursos. Entretanto, em oposição a esse posicionamento há o que entende que os direitos sociais não podem ficar reservados à periferia das políticas públicas, mas devem ser respeitados e efetivados como pilar do sistema que protege o interesse comum. Dworkin entende que os juizes devem defender os direitos dos interesses minoritários, para ir além de uma democracia da maioria. Assim, a intervenção do judiciário com finalidade de efetivação dos direitos sociais seria medida de atuação nos estritos moldes do Direito.

---

12 GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?* In ALEGRE, Marcelo e GARGARELLA Roberto (coord) *Aportes para um constitucionalismo igualitário*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

A Constituição, documento jurídico, apresenta um rol exemplificativo de direitos a serem protegidos e efetivados. Há, pois, um sistema de direitos legitimados pelo próprio sistema jurídico e não por motivos de ordem política, religiosa, metafísica. Os direitos fundamentais e, dentre eles, os direitos sociais, revelam historicamente a identidade de uma determinada sociedade, conforme Habermas<sup>13</sup>. Segundo o autor, diante da complexidade, pluralidade da sociedade, os valores são conflitantes e não há possibilidade de um consenso sobre estes, devendo haver um consenso sobre o procedimento democrático a ser resolvido para resolver litígios, com a finalidade de proteger a democracia.

Habermas<sup>14</sup> entende, ainda, que a vontade política organizada na forma do Poder Legislativo depende do Executivo para realizar os programas criados. Ainda, é necessário o Estado como poder de organização, sanção e de execução, pois direitos têm de ser implantados; a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada que fiscalize a implementação dos programas criados pela vontade política. Tais aspectos não constituem simplesmente complementos necessários ao sistema de direitos, mas implicações jurídicas objetivas, contidas nos direitos subjetivos. Assim, o poder político só pode desenvolver-se mediante um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais. Há, portanto, umnexo interno entre Direito e poder político.

Relativamente à efetivação dos direitos sociais, claro que o juiz não pode fazer o papel de legislador, construindo o Direito, mediante atos que não se submetem a formalidade exigida pelo próprio documento magno, fruto da vontade política da sociedade. Dworkin constrói uma teoria do Direito e fala da necessidade de um “juiz Hércules” que conhece todos os

---

13 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade a validade* 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p.50.

14 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade a validade* 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p.171.

princípios existentes e positivados, os objetivos válidos para a justificação, bem como possui uma visão completa do Direito e dos possíveis equívocos existentes no tocante ao sistema de direitos.

Os direitos sociais, apesar de toda a controvérsia no âmbito doutrinário e jurisprudencial, converteram-se em direitos subjetivos públicos, capazes de tutela pela função judiciária do Estado e é crescente a atuação do Judiciário na implementação desses direitos. Por óbvio, há decisões que não satisfazem as condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente, como preconiza Habermas<sup>15</sup>. De outro lado, há decisões que harmonizam os pontos de tensão, limitando a vontade da maioria em virtude de conteúdos materiais protetores das minorias.

O princípio democrático expressa a soberania popular e é exercido no constitucionalismo que tem como essência o respeito aos direitos fundamentais. Em sendo assim, o poder político é conquistado pela maioria que se articulam, periodicamente. Os membros do Poder Legislativo, bem como do Executivo, passam pelo crivo da vontade política da comunidade, diferentemente dos membros do Poder Judiciário que são escolhidos mediante critérios técnicos.

Não se pode levar a radicalismos a compreensão da atuação judicial, rechaçando-a somente pelo fato de membros não eleitos decidirem sobre eventuais omissões relativas a políticas públicas, sendo que tal atuação dos juízes é prevista constitucionalmente, o que implica dizer que a vontade política da comunidade transformou-se em jurídica e tem toda a legitimidade para ser realizada. Não obstante, o atuar do juiz deve ater-se aos critérios estabelecidos na Constituição, bem como aos seus valores fundamentais e nortes interpretativos. Para que seja legítima a atuação judicial na preservação de um direito fundamental, em cumprimento aos mandamentos constitucionais, tal atuação não pode expressar

---

15 Ibidem, p.246-247.

vontade própria, havendo sempre de reconduzir-se à vontade soberana, previamente jurisdicizada por deliberação democrática.

Ora, o traço fundamental do Estado constitucional de Direito reside no respeito do poder político ao Direito. Figueroa<sup>16</sup> afirma que legisladores e juízes compartilham o trabalho de criar o Direito, então ambos devem gozar de alguma legitimidade que respalde a sua produção jurídica. No caso do legislador, a criação do direito teria sua legitimação no processo democrático. De outro lado, o julgador teria a legitimidade técnica, ampliada por uma legitimidade argumentativa, fundada na Constituição, o que, segundo o autor, supõe atualizar a legitimidade democrática do legislador em cada caso.<sup>17</sup>

Figueroa reconhece o risco de uma judicialização excessiva, mas entende que, nas democracias constitucionais, é um risco a ser assumido. “Em termos mais simples, a questão é que grau de segurança jurídica estamos dispostos a comprometer para poder ampliar os horizontes jurídicos de nossos ideais”<sup>18</sup>. O autor aceita o risco por entender que, mais do que uma deontologia, o Direito requer uma axiologia construtivista e esta requer a atuação de um aplicador.

O legalismo apresenta tendências conservadoras e não logra colmatar as aspirações de justiça do constitucionalismo que necessita debilitar o papel central da universalidade das normas em sua busca de maior justiça

---

16 FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucional al derecho através de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009, p.57-59.

17 Saliente-se que a ideia possui total relação com a pluralidade de concepções de mundo, em um dado momento e com as sucessivas mudanças que essas concepções experimentam na evolução histórica.

18 FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucional al derecho através de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009, p. 55.

a partir de uma correção de corte particularista, mas também em sua busca de soluções em contextos de pluralismo<sup>19</sup>.

O autor defende que a tensão existente entre a proteção dos direitos e a democracia exige compatibilizar as exigências recíprocas. Além de formal, a democracia deve ser concebida como substancial. Além de autoritária, reflexiva e argumentativa. Nessa linha de raciocínio, o discurso jurídico institucional é de vital importância para a legitimidade das decisões provenientes do Judiciário, uma vez que as colocará ao crivo de legitimação.

### **3. Realidade brasileira**

O processo de democratização vivido pelo Brasil protagonizou mudanças fundamentais para o Estado e sociedade as quais culminaram na promulgação da Constituição Federal de 1988, materialização de um novo pacto social entre Estado e sociedade implementado com a observância dos anseios desta última, deixando de lado a representatividade dos ditames do liberalismo. A instituição de um novo modelo de Estado ensejou, via de consequência, um novo modelo de Direito e de sociedade, o que, inexoravelmente, requer olhares renovados para apreender a novidade apresentada.

Dentre os propósitos da Lei fundamental estão a autolimitação do poder e a institucionalização de um governo democrático. O texto constitucional utiliza-se de uma linguagem porosa, indefinida e possui textura aberta, em virtude dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados que compõem a maioria das normas constitucionais. A própria Constituição explicita os seus ideais e aponta o norte interpretativo. Nessa linha de raciocínio, pode-se inferir que os artigos 1.º ao 4.º da Constituição da República Federativa do Brasil contêm os valores fundamentais e conferem unidade contextual

---

19 Ibidem, p.59.

a todo o ordenamento jurídico constitucional, havendo de ser interpretada a partir dos valores explícitos ou implícitos dos artigos acima referidos.

O Supremo Tribunal Federal, tribunal constitucional brasileiro, vem invocando princípios abertos em seus julgamentos, tais como o da proporcionalidade e razoabilidade, isonomia, dentre outros, buscando a harmonização entre regras e princípios, bem como entre princípios colidentes, de forma a preservar o máximo possível de cada um. Seguindo esse raciocínio, o compromisso com a efetividade da Constituição exige uma nova postura interpretativa, com novos métodos hermenêuticos, que harmonizem bens jurídicos tutelados, normas contrapostas, buscando a preservação do máximo de cada um deles. Entretanto, esse processo não é discricionário, o intérprete não tem liberdade ilimitada ante a abertura e complexidade das normas constitucionais, é necessária uma argumentação racional e discursiva de justificação e de demonstração de justiça e correção da norma aplicada. Em outras palavras, o intérprete deve assegurar a legitimidade e racionalidade do processo interpretativo. Ainda nesse raciocínio, não basta o convencimento interno, o sentimento pessoal de justiça, é necessário existir no ordenamento jurídico elementos que embasem a decisão que se pretende sustentar e que estes elementos estejam em consonância com o ideário constitucional.

O problema da efetivação dos direitos sociais é questão de Direito, mas também de Política, Moral, Economia e outros ramos do conhecimento que influenciem na reflexão e realização de políticas públicas. Não se pode pensar tal tema limitando-se a um ramo do saber, sob pena de se proceder a uma reflexão rasa e em descompasso com a realidade. Tem-se que a Constituição de 1988, fruto de anseios plurais de uma sociedade complexa, instituiu o Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, tem o dever constitucional de cumprir a Constituição. Ao Legislativo cabe decidir, de forma geral, como se devem gastar os recursos públicos a ser aplicados nas políticas públicas eleitas pelo Administrador Público. Não obstante, em casos excepcionais, de políticas públicas definidas pela Constituição Federal cuja efetivação não tenha sido alcançada ante a omissão dos

poderes públicos, o magistrado, utilizando-se de uma interpretação jurídica, aplicará a norma jurídica, no sentido de ordenar a implementação dessas políticas delineadas nas prescrições constitucionais.

Não há que se falar em prejuízo ou mácula à democracia, uma vez que o caso será de omissão dos Poderes competentes para realizar os direitos sociais, mediante políticas públicas, determinadas pelo ordenamento constitucional e protegidas por ele, ou seja, o caso será jurídico e não político, embora possa haver um fundo político sob a análise e decisão jurídicas. No julgamento da ADPF n.º 45-MC, DJ de 29.04.2004, o pleno do Tribunal, fixou o seguinte entendimento:

Ementa: arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas quando figurada a hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação em favor dos indivíduos da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos de segunda geração).

O Tribunal Constitucional mantém o mesmo posicionamento no julgamento nos RE 595.595 e RE 603575:

Ementa: Agravo regimental no Recurso Extraordinário. Constitucional. Vaga em estabelecimento de educação infantil. Direito assegurado pela Constituição do Brasil.

O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que “embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda

que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 595595 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-09 PP-01651 RTJ VOL-00210-02 PP-00940 LEXSTF v. 31, n.º 365, 2009, p. 296-300)

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação civil pública. Transporte de alunos da rede estadual de ensino. Omissão da administração. Educação. Direito fundamental indisponível. Dever do Estado

1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição.

2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer

a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 603575 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-05 PP-01127 RT v. 99, n.º 898, 2010, p. 146-152)

#### **4. Considerações finais**

Após as reflexões empreendidas, tem-se que a dificuldade contramajoritária da atuação judicial nos casos de implementação de políticas públicas e efetivação dos direitos sociais é um problema teórico, mas que tem implicações muito concretas. A preocupação democrática gerada pela justiciabilidade dos direitos sociais deve ser relevada pelos juízes ao desempenharem o mister constitucional. Não podem interferir indevidamente nos poderes políticos e tampouco no mérito das opções de políticas sociais, havendo de se aterem à análise técnica e jurídica, pautada nos estritos limites da Constituição – norte e fundamento.

O universo político e jurídico se entrecruzam, interagindo a todo momento, iniciado pelo documento fundamental que sustenta política e juridicamente o Estado que é a Constituição Federal. Nela, há a instituição de poderes, distinções de funções, outorgas de competência, especificações das funções legislativa, executiva e judiciária, sendo que, para esta última, restou outorgada a competência para efetivar o Estado, extraíndo a máxima potencialidade do texto constitucional.

Nessa ordem, as decisões em prol da defesa dos direitos sociais devem respeitar a lei fundamental, não havendo espaço para juízos subjetivos que não se justifiquem argumentativamente e nem sejam pautados nos estritos liames das normas e ideais constitucionais. Tais ideais dão forma às funções que o Estado deve cumprir e compreendem as razões – jurídicas – pelas quais o Estado existe. Diante disso, as instituições Estatais devem estruturar-se e agir no sentido de promover os ideais constitucionais. E, se

isso não ocorre, o Judiciário, desempenhando o papel que lhe é peculiar na defesa do Estado Democrático de Direito, atuará, nos seus limites.

O Estado instituído e fundamentado pela Constituição deve observar os princípios e realizar os programas e compromissos nela contidos, sob pena de contrariar a sua essência jurídica que lhe outorga legitimidade. Cabe aos três poderes, ou três funções estatais, pautar a sua atuação na Constituição Federal, reservando-se ao Poder Judiciário a proteção do sistema, notadamente o constitucional, fruto da vontade política da comunidade organizada, de modo que a desobediência de qualquer prescrição constitucional deve passar pelo crivo do Judiciário, função a quem a Constituição – resultado de um procedimento democrático – outorgou competência, requerendo atuação consoante os mandamentos *magnos*.

A democracia é uma prática social que, por sua vez, cria instituições orientadas para determinados fins e valores – e no caso brasileiro, orientadas para a efetivação do Estado democrático de Direito. O constitucionalismo combina a democracia com os direitos, traçando limites àquela, em um processo dialético para a realização do mesmo Estado. Nesse sentido, a justificação da democracia deve apoiar-se na visão e no respeito aos direitos, fato que possibilitará, em contrapartida, aporte substantivo no processo democrático, uma vez que permitirá a mais pessoas participarem efetivamente do referido processo, realizando, em maior grau, o valor epistêmico da democracia. Sob esse prisma, mais do que barreiras, limitações, o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana importarão, em última análise, o aumento do valor epistêmico da democracia.

Muito embora os juízes não gozem de origem democrática, por não serem eleitos, e se submeterem, periodicamente, à fiscalização e aprovação da sociedade, o procedimento para a escolha desses atores públicos é estipulado pela Constituição, que, por sua vez, é fruto de um processo democrático, e cabe a eles desempenhar o mister constitucional, que é a proteção dos direitos fundamentais, sem, no entanto, ultrapassar o liame

imposto pela própria democracia e pelo próprio constitucionalismo. Os magistrados resguardam “as regras do jogo” e o fazem por uma competência institucional outorgada pela própria Constituição.

A controvérsia sobre o tema não está nem perto de ser solucionada, havendo cada atuante do Direito de fazer a sua própria reflexão, crítica, e fazer um aporte com fundamentos bem sólidos e justificáveis.

## Referências

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 09, março/abril/maio, 2007. Disponível em < [HTTP:WWW.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://WWW.direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em 24.06.2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 23, setembro, 2010. Disponível em < [HTTP:WWW.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://WWW.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf)>. Acesso em 20.03.2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria geral da constituição*. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucional al derecho através de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?* In ALEGRE, Marcelo e GARBARELLA Roberto (coord) *Aportes para um constitucionalismo igualitário*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

\_\_\_\_\_. *Dificultad contramayoritaria e interpretación constitucional*. In GARGARELLA Roberto (coord). *Teoría y Crítica Del Derecho Constitucional*. Tomo I. Democracia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

GROSMAN, Lucas S. *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Librería, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade a validade 2*. Ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Brasília: UnB, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livreria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

# **A Importância do Sistema de Justiça para o Desenvolvimento Econômico**

## ***The Importance of the System of Justice for Economic Development***

*Lara Bonemer Azevedo da Rocha*<sup>1</sup>

*Marcia Carla Pereira Ribeiro*<sup>2</sup>

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a importância do sistema de justiça para o desenvolvimento econômico. Pretende-se analisar, em um primeiro momento, a importância das instituições para o desenvolvimento econômico, na medida em que garantem segurança quanto às regras do jogo. Na sequência, será analisado o sistema de justiça como instituição indispensável ao desenvolvimento econômico e as características que deve ser dotado, a fim de funcionar de forma eficiente. Dentre estas características, serão analisados os aspectos da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, ou previsibilidade

---

1 Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Professora no curso de Graduação em Direito no UniCesumar – Maringá/PR. Advogada

2 Prof. Titular de Direito Societário PUCPR. Prof. Associada de Direito Empresarial UFPR. Pós-doc pela FGVSP e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisadora Conv. Université de Montréal - CA (2007). Advogada e Procuradora do Estado do PR

relativa. Ao final, serão tecidas considerações sobre a necessidade de que um sistema de justiça, para que possa ser compreendido como uma instituição forte e eficiente seja dotado destas características.

**PALAVRAS-CHAVE:** Instituições; Sistema de Justiça; Desenvolvimento Econômico.

**ABSTRACT:** The aim of this article is to analyze the importance of the justice system for economic development. It is intended to analyze, at first, the importance of institutions for economic development, in which guarantees safety on the rules of the game. In the next step, the justice system will be analyzed as an essential institution to economic development and the characteristics that it must be provided in order to function efficiently. Among these features, the aspects of knowledgeable, reliability, and accountability, or relative predictability will be analyzed. Finally, considerations will be made about the need that the justice system is endowed with these characteristics so as it can be understood as a strong and effective institution.

**KEYWORDS:** Institutions; Judicial System; Economic Development.

## **1. Introdução**

O desenvolvimento econômico de uma nação está intimamente ligado à presença de instituições sólidas, aptas a garantir o cumprimento dos contratos e a proteger os direitos de propriedade. Instituições fortes asseguram regras do jogo claras e acessíveis a toda sociedade, eliminando ou reduzindo os custos de transação, garantindo segurança aos agentes e formando um ambiente favorável à cooperação e à realização de trocas.

Em um ambiente em que não existem custos de transação, a tendência é a de que os indivíduos cooperem espontaneamente, atingindo o ponto ótimo, considerado eficiente. Contudo, considerado o ambiente real, em que os custos de transação são positivos *ex ante* e *ex post* a uma

transação, a cooperação não ocorre de forma espontânea. Nesse contexto é que se verifica a importância das instituições.

Dentre as instituições consideradas importantes para o desenvolvimento econômico destaca-se o sistema de justiça, compreendido pelos sistemas legal e jurídico, responsável, respectivamente, pela criação e aplicação das leis de forma eficiente.

Um bom sistema de justiça deve atuar de forma previsível, garantindo a necessária segurança aos agentes para a realização de suas negociações. Não atendendo a essas premissas gerais, não pode ser considerado eficiente e sequer alçado à condição de instituição fundamental, representando um verdadeiro óbice ao desenvolvimento econômico.

Desse modo, o presente artigo tem como objetivo analisar no plano teórico os conceitos da Análise Econômica do Direito e, principalmente, o importante papel desempenhado pelas instituições na conjuntura econômica. Nesse aspecto, será estudado o Poder Judiciário como instituição imprescindível para a garantia da segurança dos agentes ao planejar suas condutas.

Filiando-se aos preceitos da Nova Economia Institucional e aos ensinamentos de Ronald Coase, Douglass North e Oliver Williamson, será analisada a importância das instituições para o desenvolvimento econômico. E dentre as instituições consideradas importantes, será objeto de enfoque o sistema de justiça, analisando as características necessárias ao seu bom funcionamento.

Na sequência, serão estudadas as características fundamentais a um bom sistema de justiça. Segurança jurídica, nos seus vieses de cognoscibilidade, previsibilidade e confiabilidade, será o objeto da parte final da primeira seção.

Ao final, serão tecidas considerações sobre a necessidade de que o Poder Judiciário seja concebido como uma instituição forte, sólida e apta a garantir segurança, principalmente no seu viés de previsibilidade, aos jurisdicionados, proporcionando um ambiente favorável ao desenvolvimento econômico.

## 2. Os custos de transação e a importância das instituições

Ronald Coase ao tratar do problema do custo social desenvolve problemáticas sob a suposição de que não haveria custos para a realização das transações no mercado. Nesses casos, o que se revela importante é que os direitos das partes estejam bem definidos e os resultados das ações judiciais devam ser previstos com facilidade<sup>3</sup>.

Contudo, o que se observa é que, na realidade, as transações do mercado são custosas, na medida em que envolvem os custos prévios à transação, como, por exemplo, descobrir qual é a outra parte com quem se deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para realizar negócios, bem como sob quais condições deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato e garantir meios de fiscalização para que o contrato seja cumprido e de proteção na hipótese de descumprimento, e assim por diante<sup>4</sup>.

Esses custos podem, inclusive, ser altos o suficiente para impedir a realização de uma transação que ocorreria normalmente em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos. E sem um ambiente favorável à realização de transações, ficam prejudicadas as trocas e, por consequência, o desenvolvimento<sup>5</sup>. A situação é muito diferente quando as transações no mercado são tão custosas a ponto de tornar difícil mudar a alocação de direitos estabelecida pelo sistema jurídico, de modo que nesses casos, o Poder Judiciário representa uma influência direta na atividade econômica. Tecidas essas considerações, “seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as consequências

---

3 COASE, Ronald. H. O problema do custo social. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e Economia: textos escolhidos*. Tradução Francisco Kummel F. Alves e Renato Vieira Caovilha. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 81.

4 *Ibid.* p. 76.

5 *Ibid.* p. 81.

econômicas de suas decisões” e “de levar em conta tais consequências ao exercerem sua competência decisória”<sup>6</sup>.

Nessa linha de ideias é que se verifica a importância das instituições, pois, conforme entende Douglass North “*when it is costly to transact, institutions matter*”<sup>7</sup> e porque uma grande parte da renda dos países depende de transações, as instituições e especificamente a garantia dos direitos de propriedade são determinantes cruciais para a eficiência dos mercados.

North define as instituições como sendo restrições humanas que estruturam a interação política, econômica e social, podendo ser formais e informais. As restrições informais são compreendidas pelas sanções, *taboos*, costumes, tradições e códigos de conduta e as formais, por sua vez, são as constituições, as leis e os direitos de propriedade<sup>8</sup>.

São diferentes das organizações. Estas, assim como as instituições, também fornecem uma estrutura para a interação humana. Representam os órgãos políticos e econômicos, caracterizando-se por grupos de indivíduos unidos por um propósito em comum para atingir determinados objetivos, e são influenciadas, desde o seu surgimento até o seu desenvolvimento, pelas instituições. As instituições representam o conjunto de regras do jogo e as organizações, por sua vez, os jogadores<sup>9</sup>.

As mudanças institucionais modelam o modo com que as sociedades se desenvolvem durante o tempo e por isso são as chaves para que se possam

---

6 Ibid. loc. cit.

7 NORTH, Douglass C. *The new institutional economics and development*. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/tesfatsi/NewInstE.North.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

8 NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 97.

9 Ibid. p. 5.

compreender as mudanças ao longo da história<sup>10</sup>. Através do tempo, as instituições foram criadas pelos seres humanos para promover a ordem e reduzir incertezas nas trocas, formando uma estrutura de incentivos para as transações em uma sociedade. Juntamente com a tecnologia empregada, determinam os custos de transação e de produção. Esta estrutura de incentivos na economia direciona as mudanças econômicas e são determinantes para o desenvolvimento econômico<sup>11</sup>.

O papel principal desempenhado pelas instituições é o de reduzir as incertezas, gerando segurança para a convivência em sociedade. Representam o guia para a interação humana, de que todo o agir individual está condicionado a um modo preestabelecido pelas instituições<sup>12</sup>.

Conforme explica Ivo Teixeira Gico Junior, a segurança gera a cooperação, e o desenvolvimento nada mais é do que o resultado da cooperação humana<sup>13</sup>. Então, somente com a segurança, devidamente garantida pelas instituições, é possível cooperar e alcançar o desenvolvimento.

Em um estudo específico sobre instituições, Douglass North destaca três tipos primitivos de trocas em que as instituições não são envolvidas, a saber, as sociedades tribais, as economias regionais com o que denomina “*bazaar trading*” e as caravanas de trocas a longa distância (*long-distance caravan trade*)<sup>14</sup>.

---

10 Ibid. p. 3.

11 Id. Economic Performance Through Time. **Nobelprize.org**. Nobel Media AB 2014. Web. 11 Oct. 2014. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html)>. Acesso em: 15 jul. 2014.

12 NORTH, Douglass C. op. cit. p. 4.

13 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Seminário Direito, Economia e Desenvolvimento*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Palestra. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=FR5\\_OLDN3Zo](https://www.youtube.com/watch?v=FR5_OLDN3Zo)>. Acesso em: 11 jul. 2014.

14 NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 98-105.

Nessas formas de troca, North afirma que, no primeiro caso, desvios e inovações são vistos como ameaças à sobrevivência do grupo. Citando Elizabeth Colson, pondera que uma sociedade tribal depende de uma densa rede social e que, nessas comunidades, “as pessoas estão constantemente envolvidas em assegurar sua posição em situações em que tem que demonstrar suas boas intenções. Usos e costumes parecem ser flexíveis diante do julgamento de uma pessoa que fez certo ou errado, que varia caso a caso”<sup>15</sup>. E isso acontece porque “quem está sendo julgado é a pessoa, e não o crime”<sup>16</sup>. E nessas condições, “o desrespeito aos padrões aceitos é equivalente à uma reinvidicação para tornar ilegítimo o poder, tornando-se parte de uma prova contra a pessoa”<sup>17</sup>.

No segundo caso, que pode ser verificado no Norte da África e no médio Oriente, os custos de transação existem. Porém, “não existem instituições dedicadas à montagem e à distribuição de informações sobre o mercado. Não existem cotações de preços, relatórios de produção, agências de emprego, guias de consumo e assim por diante”<sup>18</sup>.

Os sistemas de pesos e medidas não obedecem a um padrão; as habilidades de troca são elaboradas e desenvolvidas, sendo os determinantes de quem prospera no *bazaar*. As trocas são atividades singulares, que envolvem uma busca contínua por parceiros específicos, e não a mera oferta de mercadorias para o público em geral. As regulações das disputas não obedecem a regras de competição e princípios jurídicos e o controle governamental desta prática é marginal, descentralizado e, muitas vezes, retórico<sup>19</sup>.

---

15 Ibid. p. 102-103.

16 Ibid. p. 103.

17 Ibid. loc. cit.

18 Ibid. loc. cit.

19 Ibid. loc. cit.

O que falta no Médio Oriente, segundo North, são instituições que poderiam fazer com que essas organizações voluntárias se tornassem viáveis e lucrativas, o que exigiria uma estrutura legal e um sistema de cortes para assegurar o cumprimento dos contratos, que em certa medida depende do desenvolvimento de instituições políticas que possibilitariam a criação desse quadro. Do contrário, não haveria incentivos para alterar esse sistema<sup>20</sup>.

No terceiro caso, concebido pelas caravanas de trocas a longa distância (*long-distance caravan trade*), frequentes no Marrocos, por exemplo, há um mercado informal que torna as trocas possíveis. Há uma garantia de passagem, mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro onde há certo poder. O autor destaca que essa quantia em dinheiro não seria apenas um pagamento, mas sim, um complexo de rituais morais e costumes que tem a força da lei e o peso de uma santidade. Assim, enquanto os chefes das tribos entendem como lucrativo proteger as caravanas mercantis, estas não têm estruturas militares e políticas para crescer, desenvolver e fazer cumprir os direitos de propriedade<sup>21</sup>.

North, nesse contexto, indaga o que seria necessário para promover a interação humana a partir das instituições e, na sequência, afirma que os indivíduos veem como vantajosa a cooperação com outros *players* quando o jogo é repetido, quando têm acesso a informações completas sobre a performance dos outros *players* no passado e quando há também um número reduzido de outros *players* no jogo<sup>22</sup>.

Nessas condições, pelo fato de ser vantajosa, a cooperação ocorre de forma facilitada. Diferentemente, quando o jogo não é repetido, quando o acesso às informações dos outros jogadores é restrito e quando há um

---

20 Ibid. loc. cit.

21 NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 104.

22 Ibid. p. 98-105.

grande número de *players*, a cooperação se torna difícil, aumentando os custos de transação e dificultando o desempenho econômico<sup>23</sup>.

Esses custos de transação, de acordo com Williamson, são diferentes dos custos de produção, que têm sido objeto de preocupação da análise neoclássica. São equivalentes às fricções (ou desgastes) nos sistemas físicos<sup>24</sup>. Existem *ex ante* e *ex post* à uma contratação.

Os custos de transação *ex ante* são representados pela elaboração, pelas negociações, pela proteção e pelos acordos. Essa fase pode ocorrer com grande cautela, hipótese em que será elaborado um documento complexo, que preverá inúmeras contingências e as formas de solucioná-las, previstas, de antemão, pelas partes contratantes. Pode também esse documento ser incompleto, devendo ser preenchido pelo acordo entre as partes, tão logo surjam as contingências<sup>25</sup>.

Na primeira hipótese, os custos de transação ocorrem na elaboração do contrato. As partes terão maior dispêndio na elaboração do contrato e, em contrapartida, terão garantidas as formas de solucionar as possíveis contingências advindas da contratação. No segundo caso, de modo diverso, os custos de transação para a elaboração do contrato podem ser inferiores aos da primeira hipótese. Porém, a partir do momento em que surgir uma contingência, incidirão novos custos de transação para a resolução do problema.

Os custos de transação *ex post*, por sua vez, incidem no contrato de formas diversas. Ensina Williamson que esses custos incluem aqueles decorrentes de quando as transações tomam rumo diverso do original, aqueles decorrentes da barganha derivada dos esforços *ex post* para corrigir

---

23 Ibid. p. 98.

24 WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985. p. 19.

25 Ibid. p. 20.

desalinhamentos na contratação, os custos de instalação e funcionamento, associados às estruturas do governo às quais se referem as disputas e, por último, os custos de ligação para efetuar compromissos seguros<sup>26</sup>.

Os custos de transação são sempre avaliados de uma forma comparativa, de forma que o negócio mais viável e lucrativo será aquele que conta com custos de transação menores. Ainda, se os custos de transação forem altos, podem inviabilizar a negociação, prejudicando a ocorrência das trocas de mercado.

As instituições, nesse contexto, aliadas à tecnologia empregada, determinam os custos de transação, na medida em que instituições eficientes aumentam os benefícios das soluções cooperativas, fazendo com que os ganhos potenciais tornem a troca realizável. North considera tanto as instituições políticas como as instituições econômicas essenciais para uma efetiva matriz institucional<sup>27</sup>. E essa matriz institucional, prossegue afirmando, “consiste em uma *web* interdependente de instituições e, conseqüentemente, de organizações políticas e econômicas que são caracterizadas por retornos massivos e crescentes”<sup>28</sup>. Isso significa que as organizações garantem sua existência pelas oportunidades fornecidas pelo quadro institucional.

Em estudo a respeito das diferenças entre as nações ricas e pobres, Mancur Olson Jr. após analisar os limites da riqueza e da pobreza e questões como o acesso ao conhecimento produtivo, a superpopulação, as imigrações e a qualidade de capital humano e de cultura, afirma que a única explicação plausível para a grande diferença entre a riqueza das nações se deve principalmente à qualidade de suas instituições de suas

---

26 Ibid. p. 21.

27 NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 98.

28 Ibid. p. 109, tradução nossa.

políticas econômicas, aptas a fornecer uma estrutura de incentivos que possibilite o desenvolvimento<sup>29</sup>.

Dentre as instituições consideradas importantes para o desenvolvimento econômico, destaca-se o sistema de justiça de uma nação, compreendido pelos sistemas jurídico e legal.

### **3. O sistema de justiça como instituição importante para o desenvolvimento econômico**

A importância dos sistemas legais e judiciais já foi destacada por Olson e North, ao entenderem que a garantia dos contratos<sup>30</sup> e a proteção dos direitos de propriedade constituem fator essencial para o desenvolvimento<sup>31</sup>.

North destaca que as regras formais (restrições formais) podem complementar ou melhorar a efetividade das restrições informais<sup>32</sup>. Nessa linha, Ejan Mackaay ao analisar a “*contract law*” traz um exemplo de como os sistemas legal e judicial, como instituições fundamentais ao desenvolvimento econômico, passam a ter importância<sup>33</sup>. Inicia o capítulo a respeito dos contratos, narrando a situação da compra de maçãs em uma banca. Nesse caso o autor teve interesse em adquirir as maçãs naquele

---

29 OLSON JR, Mancur. Big Bills Left on the Sidewalk: Why Some Nations are Rich, and Others Poor. *Journal of Economic Perspectives*, v. 10, n. 2, p. 3-24, spring 1996. p. 19.

30 OLSON JR, Mancur. Big Bills Left on the Sidewalk: Why Some Nations are Rich, and Others Poor. *Journal of Economic Perspectives*, v. 10, n. 2, p. 3-24, spring 1996. p. 6.

31 NORTH, Douglass C. Transaction Costs, Institutions, and Economic Performance. *International Center for Economic Growth*, n. 30, 1992. Series Occasional papers. p. 8.

32 Id. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 46.

33 MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham: Edward Elgan Publishing Limited, 2013. p. 413.

momento e pagou o preço ofertado em troca das frutas. Para o vendedor, o dinheiro, na verdade, o que ele poderia comprar com o dinheiro, vale mais do que as frutas e para o autor, o oposto.

Na sequência, afirma que as coisas podem ficar mais complicadas a partir do momento em que as duas partes não executam suas obrigações de forma simultânea, ou seja, quando suas prestações ocorrem em espaços separados pelo tempo. Traz como exemplos a venda de uma safra, a exportação via navios ou aviões, o sistema de franquias, os contratos de prestação de serviços futuros, entre outros. Nesses casos, a lei tem um papel significativo a ser desempenhado.

Partindo-se da força inicial da tomada de decisões pela barganha, a função das regras é de facilitar as trocas, sejam elas políticas ou econômicas. A existência de uma estrutura de direitos e o instrumental necessário para garanti-los define a existência de oportunidades de maximização do bem-estar dos indivíduos<sup>34</sup>.

Armando Castelar Pinheiro, em seu estudo sobre o Poder Judiciário e Economia no Brasil, assevera que as leis relacionadas à atividade econômica desempenham quatro funções essenciais. A primeira delas está relacionada à garantia dos direitos de propriedade. A segunda, por sua vez, está voltada a estabelecer regras para a negociação desses direitos. A terceira estabelece regras para entrada e saída do mercado e, por fim, a quarta promove a competição e regula a conduta dos agentes nos setores nos quais prevalecem os monopólios<sup>35</sup>.

Ocorre que, segundo o autor, independentemente da qualidade da legislação existente em cada país, um conjunto de leis não possui condições de se sustentar em si mesmo, ou seja, prescinde de um aparato

---

34 NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 47.

35 CASTELAR, Armando. *Judiciário e Economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edlestein de Pesquisas Sociais, 2009. p. 3.

institucional apto a atribuir-lhe eficácia, resolvendo as disputas de forma segura e eficiente. Nesse sentido, “os tribunais desempenham um papel central nas economias de mercado, garantindo que o império do Direito de fato vigore”<sup>36</sup>.

David M. Trubek também enfatiza a importância do papel do direito nas economias de mercado, ao considerar que as instituições de mercado, como, por exemplo, o contrato e o direito de propriedade privada, “são necessárias para o crescimento econômico e considera o direito moderno essencial para a criação e manutenção dos mercados”<sup>37</sup>.

Destaca o autor que a ênfase recai sobre o aspecto da previsibilidade do direito, que serve como estímulo para que os indivíduos se empenhem em novas formas de atividade econômica, na medida em que garante que os frutos dessa atividade serão protegidos. Assim, os indivíduos têm a garantia de que “suas decisões terão o apoio da autoridade estatal e que suas aquisições serão protegidas da pilhagem de outros”<sup>38</sup>.

As regras legais, nesse aspecto, funcionam como incentivos ou como uma forma de inibir condutas. Assim, os atos praticados pelos agentes são pautados pela lei, cabendo a esses o conhecimento prévio das regras do jogo que, para promover uma negociação, devem ser claras e precisas. Dessa forma, o correto funcionamento de um sistema econômico depende, fundamentalmente, da criação das leis e do Poder Judiciário, a quem compete assegurar o seu cumprimento<sup>39</sup>.

---

36 Ibidem.

37 TRUBEK, David. M. *Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento*. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek*. Tradução Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodriguez. Revisão José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 60.

38 Ibid. loc. cit.

39 ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Previsibilidade*

A ineficiência do Poder Judiciário, por seu turno, não reflete apenas na injustiça contra os menos favorecidos, mas também no desempenho econômico, ao apresentar custos elevados. O impacto desta ineficiência pode ser verificado no progresso tecnológico, na eficiência das firmas, no investimento e na qualidade da política econômica<sup>40</sup>.

O progresso técnico se mostra gravemente afetado pela ineficiência da justiça, na medida em que é um bom sistema legal e judicial que garante os direitos de propriedade intelectual. O respeito à propriedade intelectual estimula a pesquisa e os investimentos em pesquisa e desenvolvimento<sup>41</sup>.

Além disso, a difusão do conhecimento, não apenas científico, mas também gerencial e de marketing, depende de transações econômicas e de investimentos. Conforme destaca Hammes, reconhecer um direito de propriedade industrial, em especial o uso de uma marca, por exemplo, é antes de tudo, uma questão de respeito. O progresso de um país apresenta-se diretamente relacionado ao grau de proteção que se tem dado aos sinais distintivos<sup>42</sup>.

Outro aspecto que insta ser mencionado é a ausência de informação dos pesquisadores quanto aos mecanismos existentes para a proteção da

---

*das decisões judiciais como fator de desenvolvimento*. Revista da Ajuris, v. 40, n. 132, p. 167-184, dez. 2013. p. 175.

40 PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto?* Texto para discussão, Rio de Janeiro, n. 963, jul. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0963.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 9.

41 PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto?* Texto para discussão, Rio de Janeiro, n. 963, jul. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0963.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 9.

42 HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 30.

sua marca. Embora tais mecanismos ainda estejam em desenvolvimento, é imprescindível que aquele que cria um sinal distintivo a fim de representar determinado produto ou categoria de produtos saiba como proteger sua marca, haja vista que o depósito do pedido de registro pode garantir ao seu depositário a proteção necessária a fim de se coibir a prática de crimes contra a propriedade industrial.

Ademais, a não difusão do conhecimento acerca dos mecanismos de proteção disponíveis pelo INPI e a conseqüente falta de esclarecimento por parte da população trazem imensuráveis prejuízos para o desenvolvimento do país, que, por sua vez, deixa de arrecadar *royalties* com os produtos decorrentes das marcas, ficando, assim, vulnerável a outros países que possuem um sistema protetivo eficiente<sup>43</sup>.

Armando Castelar Pinheiro destaca, ainda, que a qualidade de um sistema legal e judicial “influencia uma série de fatores que determinam a eficiência de uma economia”<sup>44</sup>, como, por exemplo, um sistema precário pode distorcer o sistema de preços ao introduzir risco jurídico, que incidirá de forma não uniforme nos vários mercados de bens e serviços, diminuindo a eficiência alocativa da economia.

Do mesmo modo, o fato de os contratos não serem eficientemente garantidos pode fazer com que empresas decidam por não executar determinados negócios, deixando de explorar economias de escala, e não alocar sua produção entre clientes e mercados da melhor forma<sup>45</sup>.

Ainda, há que se destacar que um bom Poder Judiciário influencia nos contratos em aberto, que pelo fato de serem muitas vezes incompletos,

---

43 ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; SACCO, Fábila dos Santos. *A proteção do depositante do pedido de registro de marcas e patentes perante o INPI*. Ciências sociais aplicadas em revista, Cascavel, 2014. No prelo.

44 PINHEIRO, Armando Castelar. op. cit. p. 10.

45 Ibid. loc. cit.

dada a impossibilidade de antever todas as contingências que eventualmente surgiriam durante o cumprimento contratual, precisam de uma posição eficiente do Poder Judiciário, que respeite o espírito original da avença.

A propósito, destaca Williamson que contratos complexos são invariavelmente incompletos, e muitos são mal-adaptativos. As razões são duas: muitas das contingências são imprevisíveis, e as adaptações a essas contingências que foram reconhecidas por ajustes que foram acordados são muitas vezes confundidas – possivelmente porque as partes adquiriram um conhecimento mais profundo da produção e da demanda durante as execuções dos contratos do que possuíam no início. O preenchimento de lacunas instrumentais se configuram como uma parte importante da execução do contrato. Ou tudo é feito de forma fácil e eficaz ou, ao invés, são atingidos sucessivos acordos sobre as adaptações e suas implementações, o que é caro e faz uma enorme diferença na avaliação da eficácia dos contratos<sup>46</sup>.

Um sistema de justiça que não funciona bem pode refletir negativamente na política econômica. Armando Pinheiro, nesse caso, traz o exemplo da lentidão das execuções fiscais que têm como objetivo a cobrança de impostos. Nesses casos, o Estado acaba recorrendo a impostos de pior qualidade, mas de mais fácil arrecadação, como é o caso da CPMF. Afirma que “em países nos quais os sistemas legal e judicial não apresentam bom desempenho, a política econômica tende a ser mais intervencionista, comprometendo a eficiência e o crescimento econômico”<sup>47</sup>.

---

46 WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985. p. 178.

47 PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto?* Texto para discussão, Rio de Janeiro, n. 963, jul. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0963.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 11.

No Brasil, essa assertiva não evidencia qualquer novidade. Pinheiro, em 2000, ou seja, há 15 (quinze) anos, realizou uma pesquisa pelo IDESP (Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo) com empresas de médio e de grande porte, com mais de 50 (cinquenta) funcionários, sendo que ao total, foram entrevistadas 300 (trezentas) empresas, que, foram escolhidas mediante um processo de dupla estratificação, a partir das 3.000 (três mil) empresas relacionadas pelo jornal de negócios da Gazeta Mercantil<sup>48</sup>, e que teve como objetivo averiguar a opinião dos empresários sobre o desempenho do Poder Judiciário, constatou que o mau funcionamento do sistema de justiça interfere no desempenho econômico<sup>49</sup>.

Dos entrevistados à época, 50.2% acreditam que o mau funcionamento do Poder Judiciário prejudica seriamente a economia; 45.9% acreditam que prejudica um pouco e apenas 3.9% acreditam que o mau funcionamento do Poder Judiciário em nada interfere na economia do país. Em relação à indagação se o mau funcionamento do Poder Judiciário prejudica o desempenho da empresa, 25.4% afirmaram que prejudica seriamente, 66.3% afirmaram que prejudica um pouco e apenas 7.5% afirmaram que não há qualquer interferência<sup>50</sup>.

A pesquisa relatou que já naquela época “aproximadamente metade dos entrevistados achou que o desempenho insuficiente do Poder Judiciário levava os bancos a aumentarem seus *spreads*”, bem como “as empresas a não implementarem ou a diminuírem o tamanho de muitos de seus projetos de investimento, e a não terceirizarem atividades diretamente relacionadas ao

---

48 Ibid. p. 12.

49 CASTELAR, Armando. *Judiciário e Economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edlestein de Pesquisas Sociais, 2009. p. 56.

50 CASTELAR, Armando. *Judiciário e Economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edlestein de Pesquisas Sociais, 2009. p. 56.

processo produtivo”. Em relação à interferência no desempenho da firma, os empresários entendem que o mau funcionamento do Poder Judiciário afeta decisões relativas com quem negociar, empregar ou não mais capital humano e ainda, negociar ou não com o setor público<sup>51</sup>.

À luz dessa pesquisa e do até então exposto, o que se verifica já há algum tempo é que um bom sistema de justiça é de extrema importância para que os indivíduos possam fazer investimentos com segurança, contribuindo, assim, para o desenvolvimento da nação. Um Poder Judiciário eficiente e funcional, que assegura a correta aplicação das leis, e a garantia dos direitos de propriedade, reduz os custos de transação e, como consequência, contribui para a formação de um ambiente seguro e estável, estimulando os agentes econômicos a realizarem negócios. É, do mesmo modo, importante para contribuir na redução da insegurança e instabilidade das políticas, ao garantir o cumprimento de compromissos legislativos e constitucionais, limitando o arbítrio governamental<sup>52</sup>.

#### **4. Características fundamentais do sistema de justiça como instituição indispensável ao desenvolvimento econômico**

Tendo em vista a importância do sistema de justiça como uma das instituições essenciais para o desenvolvimento econômico, faz-se necessário analisar as características essenciais ao sistema, para que possa atuar como uma instituição forte e eficiente.

---

51 Ibid. p. 67-68.

52 PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto?* Texto para discussão, Rio de Janeiro, n. 963, jul. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0963.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 11.

Nessa linha, destaca-se a necessidade de que o sistema de justiça seja apto a conferir segurança jurídica aos jurisdicionados. E esta segurança jurídica deve ser compreendida em três vieses: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade (ou previsibilidade relativa).

A segurança jurídica está intrinsecamente relacionada ao planejamento da vida humana. As regras que disciplinam a convivência humana devem ser claras e acessíveis a todos, para que os indivíduos tenham condições de viver juntos e realizar suas trocas com eficiência. Além disso, essas regras precisam ser asseguradas por um sistema de justiça apto a garantir a proteção dos direitos no caso de eventuais violações.

Esse sistema de justiça, em especial o Poder Judiciário, como aplicador da lei, deve funcionar de maneira eficiente, atingindo os objetivos que lhes são esperados. Nesse aspecto, Armando Pinheiro alerta para o fato de que é preciso que sejam definidos critérios para que se possa averiguar se um Poder Judiciário preenche as características necessárias para que seja concebido como uma instituição que funciona eficientemente, ou seja, para que se possa avaliar o que é um bom Poder Judiciário. Afirma que definições genéricas, no sentido de que um bom Poder Judiciário deve ser acessível a todos e promover uma solução justa, a baixo custo a toda a sociedade, não se prestam a definir o que seria um bom Poder Judiciário<sup>53</sup>.

E, adotando a proposta de Sherwood, sugere que um bom Poder Judiciário deve ser avaliado a partir de critérios como garantia de acesso, previsibilidade e presteza dos resultados, além de remédios adequados<sup>54</sup>. Nesse aspecto, considera-se que um bom Poder Judiciário é aquele seguro, em termos de cognoscibilidade, confiabilidade e previsibilidade (relativa), e

---

53 PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto? Texto para discussão, Rio de Janeiro, n. 963, jul. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0963.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 4.

54 Ibid. loc. cit.

eficiente, no sentido de, com a esperada qualidade de uma decisão judicial, solucionar de modo adequado a controvérsia, sem que se perca o objeto inicial da lide.

O direito é visto como o conjunto de meios que assegura aos indivíduos escolher e atingir os fins desejados. Em outras palavras, a função do direito é a de garantir a clareza de acesso e o cumprimento das regras do jogo para o desenvolvimento das relações de mercado. Neste contexto, revelam-se de fulcral importância a estabilidade, a reconstituição da ordem e a afirmação da segurança jurídica. Para emprestar eficácia a esse universo valorativo, não basta que o Poder Judiciário resolva os conflitos com base na lei, sendo imprescindível que as decisões, uma vez tomadas, sejam estáveis e imutáveis<sup>55</sup>.

#### **4.1 Cognoscibilidade, confiabilidade e previsibilidade**

Humberto Ávila examina a segurança jurídica na qualidade de uma norma jurídica da espécie princípio, ou seja, como uma prescrição dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, “que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”<sup>56</sup>.

Relata, no decorrer de sua análise, que o Supremo Tribunal Federal já declarou, mais de uma vez, a hierarquia constitucional do princípio da segurança jurídica, trazendo à evidência a afirmação do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que o princípio da segurança jurídica é dotado de

---

55 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 37.

56 ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 118.

hierarquia constitucional, encontrando expressão no próprio princípio do Estado de Direito<sup>57</sup>.

Afirma o autor que a segurança pode ser verificada quanto ao fim, em uma perspectiva dinâmica e temporal e com vista ao futuro. Quanto ao fim, estabelece que “a segurança jurídica exige a elevada capacidade do cidadão de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis”<sup>58</sup>.

Ao invés de se falar em determinabilidade, por ser uma exigência muito restrita, usa-se um termo mais amplo, que seria cognoscibilidade ou compreensibilidade, como esta “capacidade formal dos cidadãos de conhecerem os conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-lo”<sup>59</sup>.

Justifica o uso da cognoscibilidade por uma questão de indeterminação da linguagem. “Não há como sustentar que esta última possa apresentar significados totalmente prontos antes mesmo de se iniciar a atividade interpretativa.” Dessa forma, afirma que a ideia de cognoscibilidade deve

---

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959-7/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014; no mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem em Petição n.º 2.900-3/RS**. Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 01/08/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86525>>. Acesso em: 21 out. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 24.268-0/MG**. Tribunal Pleno. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. DJ 17/09/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. Acesso em: 21 out. 2014; e ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 196.

58 ÁVILA, Humberto. op. cit. p. 129.

59 Ibid. loc. cit.

ser reconhecida como “a capacidade de o contribuinte ter acesso material e intelectual ao conceito normativo, ainda que se saiba que esse conceito, embora apresente um halo de certeza ou núcleo de significação”, possa apresentar certa margem de indeterminação<sup>60</sup>.

Em uma perspectiva dinâmica e temporal, a segurança jurídica estaria relacionada à confiabilidade, “como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade”<sup>61</sup>. Nesse sentido, a confiabilidade se relaciona à proteção das expectativas a respeito de situações já concretizadas e, na hipótese de uma mudança – pois o autor diferencia claramente que não se defende a imutabilidade, como estagnação do Direito –, defende que ocorra de forma não violenta. Afirma que o Direito deve adaptar-se à nova realidade, mas de forma gradual, sob pena de ser “um freio à própria atividade econômica”<sup>62</sup>.

Não se pretende sustentar, portanto, a estagnação e completa imutabilidade do direito. Mas sim, que as mudanças devem ocorrer apenas quando necessário e não de forma drástica. O ambiente da mudança deve ser cuidadosamente estudado e a decisão ensejadora da mudança devidamente fundamentada, considerando todas as peculiaridades que envolvem o caso e, principalmente, aquelas já concretizadas com o transcurso do tempo.

Nesse mesmo sentir, Luiz Guilherme Marinoni concebe a estabilidade, como uma das dimensões objetivas da segurança jurídica. Afirma a necessidade de que a ordem jurídica, compreendida pelas leis e pelas decisões judiciais, tenha estabilidade, com um mínimo de continuidade. Essa continuidade deve ser verificada tanto no direito

---

60 ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 256.

61 Ibid. p. 130.

62 Ibid. p. 131.

legislado como nas decisões judiciais, pois “pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais”<sup>63</sup>.

Por fim, a segurança jurídica com vista ao futuro está diretamente relacionada à previsibilidade, como a garantia do direito “de o particular, com exatidão, conhecer, hoje, o Direito de amanhã, antecipando o conteúdo da decisão futura que irá qualificar juridicamente o ato hoje praticado”<sup>64</sup>.

Trata-se da possibilidade de os agentes, munidos da cognoscibilidade a respeito do conteúdo jurídico existente, em termos de normas e da sua aplicação, calcularem os efeitos de suas condutas. Assim, é possível, a partir da previsibilidade de um sistema de justiça, que os indivíduos tenham condições de estudar a viabilidade de determinado negócio ou, em outras palavras, os custos de transação *ex ante* e *ex post* que incidem sobre determinada prática negocial. É, portanto, característica essencial de um sistema de justiça que participe do processo de desenvolvimento econômico de uma nação.

Marinoni, a respeito efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade, afirma que um sistema jurídico que não permite previsões e qualificações dos conteúdos normativos, não tem o condão de transmitir segurança aos cidadãos, não podendo sobreviver como tal<sup>65</sup>. Não pode, inclusive, ser qualificado como um ordenamento jurídico. “Desta forma, a ideia de ‘certeza do direito’ visivelmente representa um componente indispensável da essência do próprio direito”.

---

63 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 128.

64 ÁVILA, Humberto. op. cit. loc. cit.

65 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 124-125.

E prossegue afirmando que: “[...] se é certo que não há como prever uma consequência se não houver acordo acerca da qualidade da situação em que se insere a ação capaz de produzi-la, também é incontestável que esta depende [...]” da possibilidade da sua compreensão em termos jurídicos e da confiabilidade naqueles que detêm o poder para afirmá-la<sup>66</sup>.

Assim, sustenta o autor que “a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada”, ou seja, a previsibilidade exige a cognoscibilidade<sup>67</sup>.

Essa percepção de que a previsibilidade – relativa, no entendimento de Humberto Ávila – perfaz elemento indispensável a um bom sistema de justiça já foi objeto de análise por Max Weber, no seu estudo sobre os motivos que levaram à ascensão do capitalismo e da civilização industrial. Sua preocupação era tentar explicar por que se desenvolveram primeiramente na Europa. Por acreditar que esse direito europeu era dotado de características especiais que conduziriam à ascensão do capitalismo, buscou demonstrar a singularidade da ordem jurídica no ocidente<sup>68</sup>.

A partir dessas observações, concluiu que o sistema de justiça europeu era dotado de racionalidade e que quanto mais racional fosse o sistema, mais conducente de um sistema industrial capitalista ele seria. Percebeu, também, que os sistemas jurídicos europeus eram mais racionais do que os sistemas jurídicos das outras civilizações e que esse sistema jurídico racional existia na Europa antes do desenvolvimento econômico industrial, tendo, ao final, chegado à conclusão de que o sistema jurídico

---

66 Ibid. loc. cit.

67 Ibid. p. 121-122.

68 TRUBEK, David. M. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro*: textos selecionados de David M. Trubek. Tradução Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodriguez. Revisão José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

européu, por ser dotado de racionalidade jurídica, era um dos fatores responsáveis pela ascensão do capitalismo na Europa<sup>69</sup>.

E essa racionalidade, como explica David M. Trubek, é composta por três subvariáveis. A primeira delas é a de que para ser racional, o sistema jurídico deve ser dotado de autonomia em relação às outras esferas da sociedade. Na sequência, deve formular e executar normas conscientemente elaboradas e, por fim, que sejam tais normas aplicadas de forma coerente em todos os casos semelhantes<sup>70</sup>.

Assim, em sua sociologia econômica, Weber concluiu que o sistema jurídico racional, como sistema normativo, tinha características essenciais ao sistema industrial que surgiu no Ocidente, na medida em que um sistema jurídico racional é altamente previsível, apto a gerar certas previsões substantivas necessárias para o sistema industrializado<sup>71</sup>.

Conforme salienta Teresa Arruda Alvim, citando R. C. Van Caenegem, “saber das regras do jogo antes do começo da partida significa que: ‘pessoas não devem ser tratadas como animais, que descubram que algo é proibido quando o bastão alcança seu nariz’”<sup>72</sup> e, na sequência, transcreve trecho do autor americano Albert Kocoureck, escrito na década de 1927,

---

69 TRUBEK, David. M. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro*: textos selecionados de David M. Trubek. Tradução Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodriguez. Revisão José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

70 Ibid. loc. cit.

71 Ibid. p. 70.

72 CAENEGEM, R. C. Van. *Judges, Legislators & Professors*. Chapters in European Legal History. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 161 apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 32.

sobre os perigos de uma jurisprudência privada de previsibilidade<sup>73</sup>.

Segundo o autor interpretado por Arruda Alvim, os males gerados pela incerteza de regras jurídicas são muitos, afetando primordialmente os negócios comerciais que frequentemente não são concluídos até que as partes tenham certeza dos riscos jurídicos envolvidos e de que forma e em que medida podem ser evitados, resultando, principalmente, em perda econômica, com despesas jurídicas. Enumera ainda o estímulo à litigiosidade nos casos duvidosos, a possibilidade de uma transação não ocorrer devido ao ambiente de incerteza jurídica, a influência negativa na força moral do direito, bem como na uniformidade nos casos de incerteza do direito e, por fim, que quando o direito não é dotado de certeza, o governo passa a ser dos homens e não, das leis<sup>74</sup>.

Tecidas essas considerações, assume-se que um sistema de justiça, na qualidade de instituição eficiente e necessária ao desenvolvimento econômico, deve ser dotado de segurança jurídica, em termos de cognoscibilidade, confiabilidade e previsibilidade. Somente um sistema de justiça que preencha esses requisitos estará apto a garantir aos indivíduos o exercício regular de seus direitos e a proteção contra as arbitrariedades estatais.

## 5. Considerações finais

Nos sistemas de tradição do *common law* a segurança jurídica está baseada no sistema de precedentes judiciais, em que se busca, por meio

---

73 KOCOUREK, Albert. *An introduction to the science of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1927. p. 178-179 apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 34.

74 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 33.

de uma racionalidade, garantir a coerência das decisões. A limitação ao julgador, nesse caso, é imposta pela vinculação aos precedentes, sem que lhe seja permitido contrariar decisões anteriores a respeito de determinada questão.

Nos sistemas que seguem a tradição do *civil law* a segurança jurídica estaria garantida pela codificação do direito. Assim, um direito codificado e acessível aos indivíduos teria o condão de transmitir a segurança jurídica, garantindo a previsibilidade no direito. Os juízes estão vinculados à aplicação da lei, já prevista e determinada.

Ocorre que a pretensão do direito codificado de abarcar todas as contingências da vida humana revelou-se frustrada. A sociedade está em constante transformação e exige que novos fatos da vida social sejam regulados pelo direito, abrindo-se margem para a interpretação dos dispositivos já existentes.

O infortúnio dessa prática é de que, na medida em que se atribui certa margem de liberdade ao Magistrado para decidir questões novas, pode gerar decisões divergentes a respeito de uma mesma matéria. Essa liberdade de decidir, aliada às preferências pessoais e políticas dos julgadores em um ambiente em que não há vinculação com as decisões já existentes, gera, indiscutivelmente, insegurança jurídica.

No Brasil, um dos principais problemas que comprometem o bom funcionamento do Poder Judiciário é o relacionado à instabilidade das decisões judiciais. Adotaram-se as diretrizes estabelecidas pelo *civil law*, atribuindo-se ao julgador o poder de interpretar as regras jurídicas codificadas, aplicando-as no caso concreto. O julgador tem, assim, grande poder de interpretação e aplicação das normas codificadas, gerando considerável flexibilidade no poder de decidir.

Além disso, existem diversas situações que são levadas para a apreciação do Poder Judiciário e que não encontram respaldo legal para a solução. Em casos tais, faz-se necessária a aplicação analógica de regras já existentes, cumuladas com os princípios orientadores do direito, na busca pela resposta plausível para a pretensão deduzida em juízo.

Abre-se espaço para a manifestação, muitas vezes involuntária, das preferências pessoais do magistrado, aliadas a correntes doutrinárias também de sua preferência para embasar seu entendimento. Ademais, há uma crescente corrente que, sem se preocupar com as consequências econômicas, busca a justiça social das decisões judiciais, comprometendo a previsibilidade.

Um sistema de justiça que garante segurança jurídica, nos vieses ora comentados, fornece com clareza as regras do jogo, proporcionando uma estrutura de incentivos para que os agentes desenvolvam suas atividades, confiantes de que terão ao seu dispor uma instituição sólida e eficaz para a proteção de seus direitos na hipótese de qualquer ameaça de violação, criando, portanto, um ambiente favorável às trocas e, por consequência, ao desenvolvimento econômico. De outro lado, em um sistema em que as regras do jogo são instáveis, a cada mudança da jurisprudência surge a necessidade de se ajustar a situação às novas regras, o que prejudica a economia.

Assim, quando se está diante de um cenário em que as decisões judiciais tendem a uma maior uniformidade, o efeito é de que as informações a respeito dos atos a serem praticados pelos agentes se tornem mais claras e perceptíveis, facilitando o juízo de expectativas. Há também uma redução dos custos de transação. Em se tratando de uma relação de cunho privado, uma vez cumprido o contrato, as partes não terão que arcar com as despesas inerentes ao acesso à justiça, podendo oferecer produtos e prestar serviços com custos mais baixos.

Ao contrário, a ausência de previsibilidade gera, por consectário lógico, um ambiente de incertezas entre os agentes e, portanto, insegurança jurídica, na medida em que impossibilita o cálculo dos efeitos de suas condutas. A consequência é o aumento dos custos inerentes ao risco gerado por esse ambiente incerto e, conseqüentemente, uma alocação deficiente de recursos que dificulta o desenvolvimento.

## 6. Referências

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.959-7/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Questão de Ordem em Petição n.º 2.900-3/RS*. Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 01/08/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86525>>. Acesso em: 21 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança n.º 24.268-0/MG*. Tribunal Pleno. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. DJ 17/09/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. Acesso em: 21 out. 2014.

CAENEGEM, R. C. Van. *Judges, Legislators & Professors*. Chapters in European Legal History. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 161 apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CASTELAR, Armando. *Judiciário e Economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edlestein de Pesquisas Sociais, 2009.

COASE, Ronald. H. *O problema do custo social*. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e Economia: textos escolhidos*. Tradução Francisco Kummel F. Alves e Renato Vieira Caovilha. São Paulo: Saraiva, 2010.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Seminário Direito, Economia e Desenvolvimento*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Palestra. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=FR5\\_OLDN3Zo](https://www.youtube.com/watch?v=FR5_OLDN3Zo)>. Acesso em: 11 jul. 2014.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

KOCOUREK, Albert. *An introduction to the science of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1927. p. 178-179 apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e Evolução no Direito*. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham: Edward Elgan Publishing Limited, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NORTH, Douglass C. *The new institutional economics and development*. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/tesfatsi/NewInstE.North.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

\_\_\_\_\_. *Economic Performance Through Time*. *Nobelprize.org*. Nobel Media AB 2014. Web. 11 Oct. 2014. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html)>. Acesso em: 15 jul. 2014.

OLSON JR, Mancur. *Big Bills Left on the Sidewalk: Why Some Nations are Rich, and Others Poor*. *Journal of Economic Perspectives*, v. 10, n.º 2, p. 3-24, spring 1996.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto?* Texto para discussão, Rio de Janeiro, n.º 963, jul. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0963.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 9.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; SACCO, Fábila dos Santos. *A proteção do depositante do pedido de registro de marcas e patentes perante o INPI*. *Ciências sociais aplicadas em revista*, Cascavel, 2014. No prelo.

\_\_\_\_\_; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Previsibilidade das decisões judiciais como fator de desenvolvimento*. *Revista da Ajuris*, v. 40, n.º 132, p. 167-184, dez. 2013.

TRUBEK, David. M. *Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento*. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek*. Tradução Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodriguez. Revisão José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e Evolução no Direito*. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985. p. 19.



# ICMS Ecológico: Desafio da Tributação Ambiental

## *Ecological ICMS: Challenge of Environmental Taxation*

*Ana Lucia Mortari<sup>1</sup>*

RESUMO: O presente artigo analisa o ICMS Ecológico como um desafio da tributação ambiental. Para tanto, identifica a recente proteção constitucional do meio ambiente em nosso país e o dever intrínseco ao Estado e à sociedade na busca da proteção ambiental. Aponta a forma como a extrafiscalidade tributária deve ser aliada à proteção ambiental, efetivando, assim, o caráter social do tributo. Por fim, aborda a possibilidade de utilizar-se do ICMS como um instrumento efetivo na proteção e conservação do meio ambiente, analisando a estrutura jurídica do imposto, a forma de repartição da receita arrecadada aos Municípios para, ao final, propor a apreciação do ICMS Ecológico, explicando a forma como foi pioneiramente implementado pelo Estado do Paraná, suas finalidades e os resultados de sua adoção nos demais Estados da Federação.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação; Meio ambiente; Extrafiscalidade; Intervenção do Estado; ICMS Ecológico.

---

1 Advogada. Especialista em Direito do Estado com área de concentração em Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2014). Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2012).

**ABSTRACT:** This article analyzes the Ecological ICMS as a challenge of environmental taxation. Therefore, identifies the recent constitutional protection of the environment in our country and the intrinsic duty to the state and society in the pursuit of environmental protection. It points out how the tax extrafiscality must be coupled with environmental protection, effecting thus the social character of the tax. Finally, it addresses the possibility of using-the ICMS as an effective instrument in the protection and conservation of the environment, analyzing the legal framework of the tax, the partitioning of revenue for the municipalities in the end propose the appreciation of the ICMS ecological, explaining the way it was pioneering implemented by the State of Paraná, its goals and the results of their adoption in other Brazilian states.

**KEY WORDS:** Taxation; Environment; Extrafiscality; State intervention; Ecological ICMS.

## **1. Introdução**

São manifestos os efeitos causados pela crise ambiental, em razão da adoção, ao longo dos anos, de desenfreado crescimento econômico em detrimento do meio ambiente, despertando alterações climáticas, até mesmo extinções de espécies da fauna e flora e o já amplamente divulgado, aquecimento global.

Logo, é latente que a preocupação ambiental deve estar presente em todos os ramos do direito. Assim, o presente artigo analisa a adoção, por parte dos Estados da Federação, do ICMS Ecológico como política pública ambiental, por meio da extrafiscalidade tributária.

Cumprе salientar que a presente produção acadêmica justifica-se em razão da preocupação em discutir o tema proposto de forma interdisciplinar, tendo em vista a necessidade de se efetivar as normas de proteção ambiental contidas em nosso ordenamento jurídico por meio da chamada tributação ambiental.

Para tanto, propõe-se a análise da extrafiscalidade tributária como indutora da preservação ambiental, apontando um breve histórico acerca da proteção jurídica assegurada ao meio ambiente no Estado brasileiro, analisando a forma como os tributos podem ser utilizados para esse fim, a partir de sua finalidade extrafiscal.

Após, verifica-se brevemente a estrutura jurídica do ICMS, bem como a forma que se dá a repartição de sua arrecadação entre os Municípios e propõe a apreciação do chamado ICMS Ecológico, indicando suas características gerais e os benefícios oriundos de sua implementação para os Municípios que incentivarem a preservação e proteção ambiental e, como consequência, à coletividade.

Ao final, analisam-se a forma e os motivos pelos quais o ICMS Ecológico foi criado pioneiramente no Estado do Paraná, bem como a implantação de tal política pública pelos demais Estados da Federação, verificando os resultados de sua adoção.

## **2. Tributação Ambiental: Extrafiscalidade e o Meio Ambiente**

É sabido que a função fiscal do tributo deve existir como forma de custear as despesas básicas e necessárias do Estado. No entanto, essa não deve ser sua única prioridade, uma vez que o ente estatal deve incentivar comportamentos econômicos que almejem resguardar valores sociais e, especialmente no caso em apreço, ambientais, previstos em nosso ordenamento jurídico.

Inicialmente, impõe-se destacar os ensinamentos de Luis Otávio Vincenzi de AGOSTINHO, ao dizer:

Nem sempre o meio ambiente foi entendido em sua essência. Por séculos ele suportou o peso do desenvolvimento do planeta, como se ostentasse recursos infinitos. Contudo, houve um momento em que essa ótica precisou ser aprimorada.

De escravos dos desejos da humanidade, os recursos naturais passaram a senhores dos destinos da civilização.<sup>2</sup>

E tal situação também ocorreu em nosso país. Por ter adotado o modelo de produção capitalista, o Estado brasileiro foi obrigado a tutelar juridicamente diversos fatos a fim de que o sistema econômico continuasse operando em observância aos ditames da justiça social.

E dentre eles se encontra a preocupação com a proteção jurídica do meio ambiente<sup>3</sup>, fato consideravelmente recente na história constitucional do direito brasileiro, mas que ganhou destaque em razão dos limitados recursos naturais e da ampla degradação ambiental em virtude do desenvolvimento econômico desenfreado.

Seguindo a tendência internacional, conforme ensina José Afonso da SILVA, a Constituição Federal de 1988 “foi a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental, sendo a primeira a, inclusive, empregar a expressão “meio ambiente”, sendo considerada uma das mais abrangentes e avançadas do mundo em matéria de tutela ambiental”.<sup>4</sup>

Destaca-se, ainda, que especialmente os incisos I, II e III contidos no §1º do artigo 225 da CF<sup>5</sup>, indicam a necessidade de que a atuação estatal se

---

2 AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de. *Retrocessos no novo Código Florestal: análise das mudanças relativas às áreas de preservação permanente e reserva legal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.p. 01.

3 Para fins didáticos, impõe-se destacar o conceito legal de meio ambiente extraído a partir da leitura do artigo 3º, I, da Lei n.º 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente: “Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I- meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 46.

5 Constituição Federal: Art. 225. [...]: § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

dê de forma *preventiva*, a fim de que seja efetiva a preservação ambiental, por meio de condutas estatais que possam desestimular as atividades poluidoras, bem como incentivem a adoção de comportamentos benéficos e aliados nesse objetivo.

Ou seja, “no cenário constitucional atual, consolida-se a formatação de uma *dimensão ecológica-inclusiva da dignidade humana*, que abrange a ideia em torno de um *bem-estar ambiental* (nos mesmos termos do bem estar social), indispensável a uma vida digna, saudável e segura”.<sup>6</sup>

Há portanto, a existência de um dever do Estado em garantir a efetivação dos direitos constitucionais, sendo este o núcleo da tutela ambiental. Isso porque, “de nada adianta criar escudos jurídicos de proteção se não forem envidados esforços na sua efetivação”<sup>7</sup>. Trata-se, então, de dever constitucional:

[...] autossuficiente e com força vinculante plena, dispensando, na sua aplicação genérica, a atuação do legislador ordinário. É, por outro lado, dever inafastável, tanto pela vontade dos sujeitos privados envolvidos como a pretexto de exercício de

---

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

6 AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de. *Retrocessos...* Op. Cit. p. 59, grifo do autor.

7 GRIMONE, Marcos Ângelo. *O conceito jurídico de direito sustentável no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 115.

discricionariedade de administrativa. Vale dizer, é dever que, na estrutura do edifício jurídico, não se insere na esfera da livre opção dos indivíduos, públicos ou não.<sup>8</sup>

E é exatamente esse “dever” intrínseco aos ditames constitucionais que *autoriza e impõe ao Estado*, em todas as suas esferas de governo, a realização de política públicas com o objetivo de preservar do meio ambiente.

Tal postura se extrai a partir do novo modelo de Estado Social, o qual atua por meio do intervencionismo na atividade econômica, utilizando-se da extrafiscalidade tributária como instrumento de intervenção na economia e, conseqüentemente, produzindo efeitos indutores no comportamento de toda a sociedade.

Dessa forma, é possível verificar, a partir da análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, a permissão para que ocorra a intervenção estatal por meio de tributos como uma forma de estímulo à proteção do meio ambiente<sup>9</sup>, direito fundamental consagrado em nossa Carta Magna e que deve ser buscado por todas as esferas, seja política, seja jurídica, seja social.

---

8 BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*. In: *Direito constitucional ambiental*. CANOTILHO, José Gomes; LEITE, José Rubens Morato. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

9 A título de curiosidade, verifica-se que, diferentemente do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República de Portugal determina expressamente o dever que o Estado tem em propiciar meios de proteção ao meio ambiente por meio da política fiscal, conforme artigo 66, item 2, alínea ‘h’: “1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: [...] h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida” (<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>).

Com efeito, partindo para uma completa definição doutrinária, Regina Helena COSTA nos traz o conceito de tributação ambiental como sendo o emprego de instrumentos tributários

para gerar os recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental (aspecto fiscal ou arrecadatório), bem como para orientar o comportamento dos contribuintes a proteção do meio ambiente (aspecto extrafiscal ou regulatório).<sup>10</sup>

A tributação ambiental, então, pode ser caracterizada tanto pelo seu *aspecto fiscal*, ao compor uma fonte de receita financeira ao Estado, auxiliando na manutenção de serviços públicos com foco na proteção ambiental, bem como pode assumir um *caráter extrafiscal* quando empregada pelo Estado como instrumento de regulação de determinadas atividades com o intuito de se potencializar a proteção do meio ambiente.

Trata-se a tributação, a partir de sua função extrafiscal, portanto, de clara *política pública ambiental*, capaz de influenciar comportamentos de entes estatais, até mesmo dos entes econômicos, bem como dos próprios contribuintes, visando à consecução de uma ordem econômica-social mais justa e, sobretudo, com observância aos ditames constitucionais de proteção ao meio ambiente, por meio dos tributos (hoje conhecidos como “tributos ambientais”).

Nesse sentido, Jorge Henrique de Oliveira SOUZA conceitua os tributos ambientais como sendo:

[...] não apenas o tributo que em sua materialidade contempla o elemento de preservação ambiental, mas também os tributos que, sejam pela destinação do produto de sua arrecadação, sejam pela conformação do comportamento humano

---

10 COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a Tributação Ambiental. In: TÔRRES, heleno Taveira (coord.) *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 313.

induzindo a condutas sadias ao meio ou desestimulando as prejudiciais, contribuem para o alcance de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>11</sup>

Ou seja, os tributos ambientais “têm um sentido estrito e um sentido lato conforme incidam em face da utilização direta do meio ambiente, ou em virtude de atos ou situações apenas indiretamente a ele conexo”<sup>12</sup>.

Outrossim, destaca-se que a tributação ambiental não possui caráter de sanção, aplicando-se apenas a atividades investidas de licitude e consideradas necessárias pelo legislador no tocante ao impacto causado ao meio ambiente<sup>13</sup>.

É o que ensina José Marcos DOMINGUES, ao dizer que a “tributação extrafiscal (e a tributação ambiental em particular) não se destina a punir ilicitudes. Busca-se com ela orientar o agente econômico a planejar o seu negócio lícito de acordo com uma política pública legitimada pela Constituição”<sup>14</sup>.

A partir dessa concepção, verifica-se que a extrafiscalidade tributária pode ser considerada como um dos instrumentos mais eficazes no tocante à tutela ambiental, sendo que este destaque se dá uma vez que, por meio de sua utilização, há a possibilidade de fixação de isenções, reduções de alíquotas ou até mesmo maior distribuição de riqueza aos entes municipais, como será exposto logo mais.

---

11 SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. *Tributação e meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 136-137.

12 DOMINGUES, José Marcos. *Direito tributário e meio ambiente*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10.

13 OLIVEIRA, Adriana Secundo Gonçalves de. Breves considerações acerca da implementação do ICMS Ecológico no estado da Paraíba. *In: Congresso Brasileiro de Direito Ambiental* (18: 2013: São Paulo, SP). p. 21.

14 DOMINGUES, José Marcos. *Direito tributário... Op. Cit.* p. 50.

Tais atitudes têm o condão de encorajar posturas ambientalmente corretas que visem a não degradação do meio ambiente, bem como desestimular as condutas lesivas ao meio ambiente natural, seja pela oneração da carga tributária, seja pela menor arrecadação dos contribuintes. Dessa forma, constata-se que a extrafiscalidade:

[...] se mostra duplamente interessante, pois possibilita sejam corrigidas as falhas de mercado que resultam nas chamadas externalidades negativas, assim entendidos os efeitos deletérios da atividade econômica que não são internalizados pela produção – por exemplo, o custo da despoluição ou recomposição de uma área degradada –, sendo indevidamente suportados pela sociedade, e que, com a intensificação da tributação, passarão a ser debitados ao agente, que os terá de incorporar ao custo de seu produto.<sup>15</sup>

Destaca-se, ademais, que não há a necessidade iminente de criação de novos tributos para que a extrafiscalidade tributária possa ser efetivada, mas apenas deve realizar-se uma aplicação finalística dos tributos já existentes visando ao atendimento da política ambiental:

O imposto verde não é necessariamente sinônimo de imposto novo. Frequentemente, ele é uma aplicação especial dos impostos existentes visando a defesa do meio ambiente. Com a criatividade, é possível adaptar os tributos conhecidos à finalidade preservacionista, em que o poluidor é levado a não poluir, ou a reduzir a poluição para não ser tributado ou ter sua carga tributária reduzida e o não poluidor é isentado.<sup>16</sup>

---

15 RAMALHO, Leila von Söhsten; PASSOS, Rosana Maciel Bittencourt. *A eficácia do ICMS Ecológico como instrumento de política ambiental e o dever do Estado quanto à sua efetivação*. 2009. p. 5.

16 OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e Meio Ambiente: Proporcionalidade, Tipicidade Aberta, Afetação da Receita*. 2.ed. Rio de Janeiro, 1999. p. 72.

A partir do exposto, averígua-se, a princípio, que a tributação extrafiscal ambiental pode ter duas finalidades, quais sejam, a de cobrar efetivamente do poluidor um tributo que expresse um valor referente à sua atividade poluidora ou potencialmente poluidora, bem como proporcionar, por meio de incentivo fiscal, a atenuação ou até mesmo supressão da carga tributária, estimulando, conseqüentemente, tecnologias e procedimentos ambientalmente corretos. No entanto, salienta-se a necessidade de se:

[...] afastar a concepção restritiva de que esta qualidade do tributo somente se verifica quando os critérios ecológicos se apresentam dentre os elementos de sua regra-matriz de incidência tributária, despidendo-os de finalidade precipuamente arrecadatória. Isso porque, no que tange à questão exclusiva da destinação da receita.<sup>17</sup>

Isso porque “é bem possível que se observe a existência de receita tributária afetada a fins ecológicos, sem que a estrutura da exação importe qualquer estímulo à preservação ambiental”<sup>18</sup>.

Assim, é preciso admitir que tributos de cunho meramente arrecadatórios, que não possuem em sua hipótese de incidência qualquer ligação com a matéria ambiental, podem, também, resultar em efeitos extrafiscais, ao serem utilizados como instrumentos de política ambiental por meio da inserção de elementos indutivos sem seu bojo<sup>19</sup>, merecendo especial atenção a repartição de receitas orçamentárias segundo critérios ecológicos.

---

17 OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de; MURER, Yully Cristiano. *O ICMS Ecológico e a implementação de Políticas Públicas ambientais no estado de Rondônia*. In: Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 1, p. 185-216, abr. 2010. p. 194.

18 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 126.

19 OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de; MURER, Yully Cristiano. *O ICMS Ecológico... Op. Cit.* p. 194.

Frisa-se que tal meio de extrafiscalidade tributária, priorizando a repartição de receitas – como acontece no ICMS Ecológico em breve analisado –, é corolário do princípio constitucional ambiental da prevenção.

Essa afirmação se dá uma vez que, ao gerir a partilha das receitas tributárias a partir de critérios que fomentem a proteção do meio ambiente ou a realização de condutas que se coadunam com a política ambiental, tais determinações fazem com que os respectivos entes estatais, interessados em angariar maior número de receita, adotem uma postura preventiva na seara ambiente, como objetivo de governo.

Ante o exposto, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro se mostra alinhado com a tendência mundial de proteção ao meio ambiente, de forma que a extrafiscalidade tributária *pode e deve* ser aliada à política ambiental, inserindo-se, neste contexto, o ICMS Ecológico, conforme será analisado a seguir.

### **3. O ICMS como Instrumento Efetivo na Proteção e Conservação do Meio Ambiente**

Como já visto, a partir de uma interpretação sistemática da estrutura normativa nacional, encontra-se a possibilidade de utilização de instrumentos fiscais com o fito de efetivar a proteção do meio ambiente, por meio da extrafiscalidade tributária.

Dentre os instrumentos tributários, situa-se o ICMS Ecológico e, para melhor compreensão de seus benefícios na proteção ambiental, se faz necessária uma análise da estrutura jurídica do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e Comunicação (ICMS), bem como a forma que se dá a repartição de sua arrecadação tributária entre os Municípios.

Para tanto, é necessário ressaltar que a atividade tributária é uma das formas mais importantes de arrecadação financeira estatal, afinal, “os

tributos são, de longe, a maior fonte de receitas dos Estados Modernos”<sup>20</sup>.  
Isso porque:

Numa Federação, especialmente na brasileira, em que mesmo os Municípios têm sua esfera própria de atribuições exercidas com autonomia, a Constituição preocupa-se com prover de recursos os vários entes políticos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – a fim de que cada qual possa atender aos seus respectivos dispêndios.<sup>21</sup>

Destaca-se, ainda, que na maioria das vezes, as pessoas políticas ficam com o produto da arrecadação de seus tributos, obtendo, assim, os meios econômicos que lhes permitirão alcançar os mencionados fins<sup>22</sup>.

No entanto, existem hipóteses prescritas pela Constituição Federal em que uma pessoa política deve partilhar do produto da arrecadação de determinados tributos de outra. Aliás, tal forma de participação no produto da arrecadação merece duas observações, conforme ensina Roque Antonio CARRAZA:

a) a pessoa política *beneficiária* não adquire o direito de tributar em nome e por conta da pessoa política competente, mesmo quando está, por inércia, deixa de criar *in abstracto* o tributo; b) em contrapartida, quando nasce *in concreto* o tributo, nasce igualmente, para a beneficiária o direito subjetivo de, nós termos preestabelecidos na Constituição Federal, partilhar do produto arrecadado<sup>23</sup>.

Destaca-se, ademais, que não se pode dizer que a partilha da arrecadação tributária com os demais entes políticos gera qualquer tipo de

---

20 CARRAZA, José Antonio Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 29. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 2013. p. 703.

21 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 109.

22 CARRAZA, José Antonio Roque. *Idem*. p. 703.

23 CARRAZA, José Antonio Roque. *ICMS*. 16. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 704, grifo do autor.

afronta às competências tributárias respectivas, uma vez que “o direito de participar no produto da arrecadação da exação dá nascimento a relação jurídica de direito público, que não se confunde com a relação jurídica tributária, até porque a ela posterior”<sup>24</sup>.

Isso porque só se fala em partilha do produto da arrecadação tributária após a instituição do tributo pela pessoa política competente, com a ocorrência do fato oponível e sua consequente cobrança.

Frisa-se que, então, quando do nascimento do tributo, emana-se, simultaneamente, o direito subjetivo à participação no produto arrecadado da pessoa política beneficiada.

E especialmente no tocante à partilha do produto de arrecadação do ICMS é que podemos verificar a forma como tal imposto pode contribuir na preservação do meio ambiente, conforme será demonstrado adiante.

Passa-se, para tanto, à análise jurídica do ICMS nos pontos que mais se coadunam com o tema proposto.

O mencionado imposto encontra-se previsto, genericamente, no artigo 155, II, da Constituição Federal de 1988, que determina competir aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Verifica-se, então, que o ICMS é um imposto de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal, de forma que tais Unidades Federadas podem, por meio de lei e observadas as orientações constitucionais, instituí-lo ou sobre ele dispor<sup>25</sup>.

Além do mais, é importante ressaltar que a sigla “ICMS” engloba ao menos cinco impostos diferentes, quais sejam:

---

24 CARRAZA, José Antonio Roque. *Idem*. p. 704.

25 CARRAZA, José Antonio Roque. *ICMS... Op. Cit.* p. 40.

a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias), que, de algum modo, compreende o que nasce da entrada, na Unidade Federativa, de mercadorias importadas do exterior; b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) o imposto sobre serviços de comunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais. Dizemos *diferentes*, porque estes tributos têm hipóteses de incidência e bases de cálculo diferentes. Há, pois, pelo menos cinco núcleos distintos de incidência do ICMS.<sup>26</sup>

Diante de tamanha amplitude, não se pode olvidar o fato de que o ICMS é o imposto mais importante do ponto de vista econômico dentre as demais espécies tributárias. Isso porque, indiscutivelmente, as quantias envolvidas em sua arrecadação são muito mais expressivas do que as que giram em torno da tributação por meio das demais espécies tributárias<sup>27</sup>.

Ademais, salienta-se que sendo o ICMS um imposto, este não se vincula a qualquer atuação estatal, devendo obediência às regras constitucionais de repartição de sua receita tributária.

Como regra geral, a princípio, os recursos provenientes do ICMS são empregados de acordo com a Política Fiscal de cada ente estatal.

No entanto, a Constituição Federal determinou em seu artigo 158, IV, que, do total de ICMS arrecadado pelos Estados, 25% será repassado aos Municípios, observando-se os critérios dispostos no parágrafo único do mencionado dispositivo<sup>28</sup>, *in verbis*:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre

---

26 CARRAZA, José Antonio Roque. *Idem.* p. 40-41, grifo do autor.

27 CARRAZA, José Antonio Roque. *Idem.* p. 42.

28 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental... Op. Cit.* p. 190.

operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Ademais, a Constituição Federal ainda trata do assunto em seus artigos 160 e 161, inciso I e, a partir da averiguação dos referidos dispositivos, encontram-se alguns parâmetros acerca da destinação aos Municípios de receita oriunda da arrecadação do ICMS, conforme ensina José Antonio Roque CARRAZA:

a) Os Municípios têm o direito constitucional subjetivo de receber do Estado 25% do produto do ICMS arrecadado em seus respectivos territórios (art. 158, IV, da CF). b) Três quartos, no mínimo, destes mesmos 25% corresponderão ao *valor adicionado*, ou seja, ao valor das mercadorias saídas, acrescido das prestações de serviços, deduzindo o das mercadorias entravadas, em cada ano civil (cf. art. 158, parágrafo único, I, da CF, c/c o art. 3º, parágrafo 1º, da Lei Complementar 63/1990). c) Até um quarto, sempre destes 25%, será creditado segundo critérios fixados em lei estadual (art. 158, parágrafo único, da CF). d) É vedada, porém, a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos aos Municípios (art. 160, *caput*, da CF).<sup>29</sup>

O mandamento constitucional, portanto, estabelece expressamente que no mínimo três quartos dos 25% de ICMS pertencentes aos Municípios devem ser repassados proporcionalmente ao valor adicionado fiscal<sup>30</sup> das

---

29 CARRAZA, José Antonio Roque. *ICMS... Op. Cit.* p. 706.

30 “Sabe-se que, em face do princípio da não-cumulatividade, o ICMS, [...], é um imposto que incide sobre o valor agregado (adicionado) em cada operação realizada (ALEXANDRE,

operações realizadas por cada ente municipal, definindo, a Constituição, “um critério de mediação econômica, decorrente da diferença entre notas fiscais de venda e as notas fiscais de compra do município”.<sup>31</sup>

Portanto, tal forma de distribuição de receitas beneficia, em sua grande maioria, apenas os Municípios que mais contribuíram com a arrecadação do tributo estadual, de modo que “a lógica de repartição das receitas do ICMS privilegia os municípios que mais produzem, ou seja, os mais desenvolvidos economicamente, capazes de gerar maiores receitas tributárias provenientes da circulação de mercadorias e serviços”.<sup>32</sup>

Ademais, no que diz respeito à parcela restante (um quarto), dá o constituinte originário aos Estados-membros autonomia para, por meio de lei própria, definir os critérios de repasse desse montante, podendo, inclusive, manter a mesma regra fixada para os demais três quartos pelo valor adicionado<sup>33</sup>.

Dessa forma, tal faculdade faz com que haja uma interferência direta da administração estadual no processo de desenvolvimento municipal, uma vez que os critérios de repasse de verbas influem necessariamente

---

Ricardo. *Direito Tributário esquematizado*. 8. Ed. rev., atual. e ampl; Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 791). Em relação ao valor adicionado, a Lei Complementar 63, editada em 11.01.1990, estabelece: “O valor adicionado corresponderá, para cada Município, ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzindo o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil (art. 3º, 1º, I).

31 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental... Op. Cit.* p. 190

32 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Idem.* p. 191.

33 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário esquematizado*. 8. Ed. rev., atual. e ampl; Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 792.

sobre as políticas públicas a serem adotadas, podendo, inclusive, ser um amplo fator de indução econômica<sup>34 35</sup>.

Em resumo, até três quartos, no mínimo, do produto da arrecadação do ICMS serão necessariamente repartidos de acordo com o estatuído na determinação do artigo 158, parágrafo único, I, da CF, que atendendo ao comando do artigo 161, I da CF, foi explicitado pelo artigo 3º, parágrafos 1º e 2º, da Lei Complementar 63/1990<sup>36</sup>.

Já o restante – até um quarto do produto da arrecadação do ICMS – será “distribuído aos Municípios, nos termos da lei do Estado onde ocorreu o *fato imponible* (art. 158, p.ú., II, da CF), sem, porém, é claro, ferir a *isonomia* que deve nortear o tratamento a eles dispensado”<sup>37</sup>.

E é exatamente em relação ao “*restante*” que interessa ao estudo do presente artigo.

Como já dito, é inmensurável a influência dos estados-membros no processo de desenvolvimento municipal, haja vista o repasse das verbas oriundas da arrecadação do produto do ICMS influenciar nas políticas públicas adotadas.

---

34 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental... Op. Cit.* p. 191.

35 Neste ponto, importante ressaltar que a mencionada discricionariedade estadual possui limites. Tal afirmação se deve ao fato de que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que é vedado à legislação estadual, sob a alegação de amenizar as desigualdades sociais e regionais, deixar um Município à margem da repartição dos recursos em questão, conforme se verifica a partir do caso concreto em que a Corte Suprema declarou inconstitucionais anexos de lei do Estado do Rio de Janeiro que excluíssem a Capital do Estado da partilha da parcela do ICMS cujo critérios de repartição devem ser definidos por lei estadual (RE) 401.953/RJ – noticiado no informativo 467 do STF, de 23.05.07) (ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário esquematizado*. 8. Ed. rev., atual. e ampl; Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 792).

36 CARRAZA, José Antonio Roque. *ICMS... Op. Cit.* p. 706.

37 CARRAZA, José Antonio Roque. *Idem..* p. 706, grifo do autor.

No entanto, tradicionalmente, os Estados pouco se utilizam do poder de indução econômica contido nos dispositivos constitucionais outrora analisados.

Essa constatação se dá uma vez que os apenas vêm repetindo o critério do valor adicionado, utilizando-se de elementos demográficos ou conferindo receita de forma igualitária entre os municípios, privilegiando os Municípios mais ricos e populosos, que possuem maior circulação de mercadorias<sup>38</sup>.

Como consequência, deixam-se de priorizar os Municípios de menor porte econômico ou aqueles que favorecem a preservação ambiental em razão das restrições ao pleno desenvolvimento econômico que advém desta posição.

Assim, tal lógica não deve mais ser utilizada sozinha, uma vez que não se coaduna com a proteção da Constituição do meio ambiente, sendo necessária a efetiva intervenção do Estado sobre domínio econômico com viés ambiental.

Não se pode perder de vista que a principal finalidade do Direito Ambiental é a preservação do meio ambiente, de forma que devem ser priorizados mecanismos econômicos que impeçam a ocorrência de um dano ambiental. E tal fato pode ser extraído da nova concepção de distribuição da receita arrecadada com o ICMS aos Municípios. Nesse sentido:

Dentro dessa perspectiva, inúmeras foram as reivindicações dos municípios detentores de áreas de preservação ambiental, mananciais hídricos, reservas indígenas etc., tendo em vista que sofrem historicamente uma dupla penalização, seja pela restrição da utilização economicamente produtiva de parte de seu território em face da afetação ambiental, seja pela consequência economicamente nefasta de tal restrição, que implica num menor nível de repasse orçamentário, sem que recebam qualquer recompensa pelas externalidades positivas que proporcionam à sociedade.<sup>39</sup>

---

38 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental... Op. Cit.* p. 192.

39 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Idem.* p. 192.

Foi necessário, então, que os estados-membros conciliassem os ditames constitucionais de modo a também incentivarem a conservação do meio ambiente: “proporcionando, ao menos, algum meio de compensação financeira aos municípios que sofrem limitações de ordem física para o desenvolvimento produtivo, em razão de seu comprometimento territorial com áreas ambientalmente protegidas”<sup>40</sup>.

Dessa forma, a partir da busca de alternativas para o financiamento público das administrações municipais, nas quais existem significativas restrições ao uso do solo para o desenvolvimento das atividades econômicas clássicas que em geral implicassem a desestruturação dos ecossistemas<sup>41</sup>, surgiu o ICMS Ecológico, “trazendo resultados significativos e capazes de conferir nova face às olímpicas ambientais brasileiras”<sup>42</sup>.

O ICMS Ecológico é, então, um novo modelo de política pública ambiental, “que visa repassar maior percentual dos recursos adquiridos por meio do ICMS aos municípios que comprovarem o comprometimento com o uso sustentável e a preservação do meio ambiente sobre sua respectiva competência”<sup>43</sup>.

Salienta-se, outrossim, que esse critério de repartição ficou conhecido como “ICMS Ecológico” a fim de que fosse mais facilmente divulgado e popularizado, embora deva admitir-se que sua utilização se dá com certa inexatidão, uma vez que não se trata exatamente de enquadrar a própria figura tributária do imposto em comento na questão ambiental, mas sim

---

40 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Idem*. p. 193-194.

41 LOUREIRO, Wilson. *ICMS. Incentivos fiscais para a conservação da biodiversidade no Brasil*. Curitiba, 1998. p. 6.

42 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental... Op. Cit.* p. 194-195.

43 MATHEUS, Ana Carolina Couto. A aplicação concreta do ICMS Ecológico como opção das Políticas Públicas Ambientais. In: PAULA Jonatas Luiz Moreira. *Direito ambiental e cidadania*, São Paulo: JH Mizuno, 2007. p. 27.

os recursos financeiros dela provenientes por meio de um mecanismo de federalismo fiscal<sup>44</sup>.

No entanto, a expressão “ICMS Ecológico”, já amplamente difundida, indica uma maior destinação da receita gerada em razão do recolhimento do ICMS aos Municípios que se adequarem aos níveis de preservação ambiental estabelecidos legalmente, atentando-se aos limites e critérios técnicos de distribuição das receitas tributárias já definidos em nossa Carta Magna.

Dessa forma, verifica-se que houve uma releitura de alguns critérios legalmente estabelecidos para o repasse das receitas tributárias aos Municípios oriundas da arrecadação do ICMS, visando à proteção do meio ambiente de uma forma mais concreta.

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo<sup>45</sup>, o interesse central na adoção do ICMS ecológico “não é outro senão incentivar o gradativo aumento de zonas ou áreas de conservação ambiental, compensando-se ainda os Municípios pela restrição no uso dessas áreas constitucional e legalmente protegidas”.

Ademais, Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira afirmam o prestígio do uso do ICMS Ecológico ao dizerem que o:

Tributo estadual de maior relevância para os Estados da Federação, o ICMS – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços vem sendo utilizado desde 1991 por alguns estados com típica indicação ambiental. Conhecido com ICMS ecológico, sua utilização no sentido de viabilização de atividades “menos degradadoras” nos Municípios vem sendo importante fonte de gestão ambiental<sup>46</sup>.

---

44 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental... Op. Cit.* p. 194-195.

45 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 155.

46 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito ambiental tributário*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86.

Logo, o ICMS Ecológico é um instrumento de tamanha importância e que pode ser facilmente implementado pelos Estados como forma de política pública aliada à atividade tributária, visando à preservação do meio ambiente, sem que seja necessária a criação de novo tributo para tanto, não acarretando em aumento do ônus financeiro do Estado.

A partir da criação do ICMS Ecológico foi dado, então, um novo direcionamento à destinação dos recursos arrecadados com o ICMS no intuito de incentivar os Municípios e, conseqüentemente, todos os cidadãos, a preservarem o meio ambiente de forma mais efetiva.

Conforme ensinam Fernando Facury Scaff e Lise Vieira da Costa Tupiassu, “a política do ICMS Ecológico representa uma clara intervenção positiva do Estado, por meio da utilização de uma forma de subsídio, tal como um incentivo fiscal intergovernamental<sup>47</sup>”:

Tal incentivo representa um forte instrumento econômico extrafiscal com vistas à consecução de uma finalidade constitucional de preservação, promovendo justiça fiscal, e influenciando má ação voluntária dos municípios que buscam um aumento de receita, através de uma melhoria na qualidade de vida de suas populações.<sup>48</sup>

Salienta-se que os critérios oriundos do ICMS Ecológico não são uniformes, uma vez que compete a cada ente estadual editar sua respectiva legislação, existindo, portanto, diversos critérios para a distribuição das receitas tributárias na forma que mais lhe aprouverem, levando em conta as características ambientais locais de cada estado. Isso porque:

A finalidade imediata do ICMS Ecológico é estabelecida de acordo com as prioridades de cada Estado da Federação, estimulando ações de saneamento

---

47 SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS Ecológico. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, p. 724-748, 2005. p. 735.

48 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental... Op. Cit.* p. 195.

básico, a manutenção de sistemas de disposição final de resíduos sólidos e redes de tratamento de esgoto, a manutenção de mananciais de abastecimento público de água, a criação e manutenção de Unidades de Conservação, conservação da biodiversidade, o apoio às nações indígenas, o controle das queimadas, a conservação dos solos, a estruturação de políticas municipais de meio ambiente, a dotação orçamentária para o atendimento a demandas ambientais da população local, dentre outros.<sup>49</sup>

Assim, os fatores ecológicos não se encontram incluídos dentre os critérios da regra-matriz de incidência tributária do ICMS, mas, ao introduzir o critério ecológico como forma de regular a destinação de sua arrecadação, traduz-se em meio extrafiscal para a implementação da defesa do meio ambiente.

Outra perspectiva relevante do ICMS Ecológico é que o seu ônus operacional é muito pequeno, uma vez que:

Normalmente, para a realização do cadastro das unidades de conservação e quantificação dos itens elencados pela legislação, cuja atualização deve ser constante a fim de proporcionar a perfeita consonância dos repasses financeiros com a realidade municipal, a própria estrutura administrativa já existente pode ser utilizada.<sup>50</sup>

Desse modo, o imposto em análise, por meio da distribuição de receitas tributárias que origina, pode servir de incentivo aos Municípios brasileiros na efetivação de uma política pública de preservação ambiental, em razão do aumento de sua participação nas receitas geradas pelo ICMS de seus Estados.

---

49 OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de; MURER, Yully Cristiano. *O ICMS Ecológico... Op. Cit.* p. 198.

50 OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de; MURER, Yully Cristiano. *Idem.* p. 200.

A partir de sua adoção, aumentou-se a criação de unidades de conservação ou até mesmo o melhoramento na forma de manutenção das que já existiam, de forma que os responsáveis incorporaram novas tecnologias na busca do equilíbrio ecológico, trazendo como consequência um maior desenvolvimento econômico. Ademais,

A transferência, segundo critérios ecológicos, da parcela do ICMS pertencente aos Municípios representa um verdadeiro redimensionamento de valores, nos dois sentidos que o termo pode adquirir. De um lado, porque tal política realmente altera o montante de verbas orçamentárias a ser recebido por cada Município, beneficiando os que contribuem com a melhoria da qualidade de vida da população. Por outro lado, e principalmente, porque a implementação de tal política resulta, naturalmente, numa nova forma de compreender os valores que pautam o desenvolvimento local. Doravante, não apenas a implementação de indústrias poluentes traz ganhos financeiros para os municípios; a preservação de áreas verdes, a construção de redes de esgoto, escolas e hospitais também passam a ser sinônimo de aumento da receita e desenvolvimento.<sup>51</sup>

Verifica-se, então, que a pretensão com a implantação do critério ambiental é modificar a lógica de que os Municípios com maiores áreas de proteção ambiental e, conseqüente, menor aproveitamento de seu território, recebam quantia ínfima de recursos tributários oriundos da arrecadação do ICMS.

Assim, a partir da autonomia que os Estados possuem para distribuir os 25% restantes da arrecadação do ICMS, de acordo com lei própria, possuem a possibilidade de intervir no desenvolvimento dos Municípios, incentivando-os e compensando-os pelas restrições econômicas impostas em razão de seus territórios possuírem áreas ambientalmente protegidas.

Ademais, destaca-se que a implementação do ICMS Ecológico é um exemplo clássico de política pública preventiva, corolário do princípio

---

51 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental... Op. Cit.* p. 247.

ambiental da prevenção, uma vez que atua de forma proativa, evitando que os danos ambientais ocorram, por meio de indução dos entes municipais a adotarem posturas em prol da efetiva proteção ambiental.

#### **4. Pioneirismo do Estado do Paraná na implantação do ICMS Ecológico e breve análise dos resultados em outros Estados da Federação**

A fim de ressaltar tamanha importância que o ICMS Ecológico possui ante a efetivação da tutela ambiental, faz-se oportuna a análise de sua implementação, de forma pioneira, no Estado do Paraná, bem como breves apontamentos acerca de sua experiência em outros Estados.

A concepção do ICMS Ecológico no estado paranaense surgiu com o propósito de que houvesse uma compensação financeira aos Municípios que possuíssem maior número de áreas ecológicas, uma vez que tal fato impossibilita o aumento da produção industrial e, conseqüentemente, gera menor repasse da receita do ICMS vinculada ao valor adicionado.

No mesmo sentido, ensina Lise Vieira da Costa Tupiassu:

Até o fim da década de 1980, uma grande parte dos municípios do estado do Paraná se encontrava diante de um problema financeiro aparentemente sem saída. Em função de comprometerem às vezes parte significativa de seu território com áreas de preservação ambiental ou mananciais de abastecimento, dificilmente obtinham licenciamentos ambientais para atividades econômicas; em consequência, detinham limitadas as possibilidades de geração de ICMS e se viam extremamente prejudicados pelo repasse estadual de verbas de tal tributo, cujo critério majoritário era exatamente a quantidade de valor adicionado produzido pelo município.<sup>52</sup>

---

52 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental...* Op. Cit. p. 206-207.

Com efeito, o modelo paranaense do ICMS Ecológico se originou a partir da previsão em sua Constituição Estadual de tratamento diferenciado em relação à repartição de receitas tributárias oriundas do ICMS, nos seguintes termos:

Art. 132. A repartição das receitas tributárias do Estado obedece ao que, a respeito, determina a Constituição Federal.

Parágrafo único. O Estado assegurará, na forma da lei, aos Municípios que tenham parte de seu território integrando unidades de conservação ambiental, ou que sejam diretamente influenciados por elas, ou àqueles com mananciais de abastecimento público, tratamento especial quanto ao crédito da receita referida no art. 158, parágrafo único, II, da Constituição Federal.

Regulamentando tal previsão, foram editadas a Lei Estadual n.º 9.491 e a Lei Complementar Estadual n.º 59 de 1991.

A Lei estadual n.º 9.491/90 determinou qual seria o valor aplicado aos municípios no seu artigo 2º, *in verbis*: “Art. 2º. Regulamentado o art. 132 e seu parágrafo único, da Constituição do Estado do Paraná, aplicar-se-á aos municípios beneficiados por aquela norma, cinco por cento (5%)”.

Já a LC estadual n.º 59/91, também denominada “Lei do ICMS Ecológico”, estabeleceu critérios ecológicos mais específicos que contribuiriam para a efetiva implantação do modelo de ICMS com viés ambiental.

A estrutura do ICMS Ecológico no Estado Paraná, portanto, sustenta-se em dois critérios, quais sejam, Municípios com unidades de conservação ambiental ou que sejam diretamente influenciados por elas<sup>53</sup>

---

53 Importante frisar, nesse ponto, que o termo unidades de conservação tratado na legislação paranaense é mais abrangente do que aquele estabelecido na Lei Federal n.º 9.985/00. No caso estadual, constituem unidades de conservação as *áreas de preservação ambiental, estações ecológicas, parques, reservas florestais, florestas, horto florestais, área de relevante interesse de leis ou decretos federais, estaduais ou municipais, de propriedade pública ou privada*, conforme artigo 2º da LC n.º 59/91. Já na mencionada lei do SNUC (Sistema Nacional de Unidades de Conservação), dividem as unidades de conservação em

e Municípios com mananciais de abastecimento. Cada um possui 2,5%, alcançando os 5% do critério ecológico na lei.

Os 20% remanescentes dividem-se entre: 8% para produção agropecuária; 6% para número de habitantes na zona rural; 2% segundo a área territorial do município; 2% como fator de distribuição igualitária; e 2% considerado o número de propriedades rurais.

Importante salientar que o critério de “Unidades de Conservação” abrange os municípios que possuem áreas de preservação ambiental, como parques, reservas florestais, florestas, horto florestais, estações ecológicas, áreas de relevante interesse de leis ou decretos federais, estaduais ou municipais, de propriedade pública ou privada.

Já o critério de “Mananciais de Abastecimento” alcança os municípios que alojam em seu território o todo ou parte de bacias hidrográficas de mananciais de abastecimento público para municípios vizinhos. Ressalta-se, ademais, acerca da possibilidade de que o mesmo município seja beneficiado pelos dois critérios mencionados.

Logo, o modelo paranaense traz em seu bojo leis que estimulam os Municípios a aperfeiçoarem a gestão ecológica de suas áreas protegidas, sejam elas federais, estaduais ou até mesmo particulares, aumentando-se sua participação na repartição da receita do ICMS Ecológico a medida que melhorar a qualidade da gestão nas mencionadas áreas.

Ainda sobre o modelo adotado:

---

dois grupos, conforme ensina Celso Pacheco FIORILLO: “Unidades de Proteção Integral (cujo objetivo básico é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais salvo exceções previstas na própria lei ora mencionada) e as Unidades de Uso Sustentável (cujo objetivo básico é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcelas integrantes do SNUC) passaram, por força de lei, a ter composição bem delimitada com objetivos fixados pela norma”. (2013, p. 54). Assim, verifica-se que a lei estadual considera como unidades de conservação até mesmo propriedades particulares, diferente da lei federal que exige diversos critérios para seu estabelecimento como tal.

Em sua origem, o modelo paranaense continha apenas parâmetros quantitativos, que contemplavam a relação entre a superfície do território municipal e a superfície territorial das unidades de conservação ou mananciais de abastecimento. A experiência demonstrou, todavia, a insuficiência de tais critérios, pela constatação de que, não raras vezes, o Município criava unidades de conservação, objetivando incrementar sua participação no rateio das receitas tributárias em análise, mas não promovia as medidas posteriores reclamadas para sua preservação<sup>54</sup>.

Assim, inicialmente, foi adotada pela legislação paranaense somente uma medida quantitativa dos critérios de distribuição de receitas do ICMS Ecológico, sendo que tal critério considerava apenas a superfície da área protegida na relação com a superfície total do município onde estiver enquadrada.

No entanto, percebeu-se que para melhor efetivação da medida, havia a necessidade de introdução do *critério qualitativo* nessa distribuição, de forma que o percentual destinado a cada Município “está sujeito a reavaliação anual, podendo sofrer aumento ou redução, na razão direta do esforço empreendido pela municipalidade para conservação das áreas protegidas existentes em seu território”<sup>55</sup>.

Com isso, expandiu-se o âmbito de abrangência do ICMS Ecológico, adotando-se uma técnica chamada de *gabarito vertical*, que adicionou pontos à composição dos percentuais a que os Municípios possuem direito, em decorrência da qualidade de suas unidades de conservação<sup>56</sup>.

Dessa forma, a inovadora legislação paranaense fez com que os municípios tivessem maior interesse na criação de Unidades de Conservação, bem como na maior efetivação da proteção dos mananciais

---

54 RAMALHO, Leila von Söhsten; PASSOS, Rosana Maciel Bittencourt. *A eficácia... Op. Cit.* p. 7.

55 RAMALHO, Leila von Söhsten; PASSOS, Rosana Maciel Bittencourt. *A eficácia... Op. Cit.* p. 7.

56 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental... Op. Cit.* p. 190.

em seus territórios, por meio de parcerias com todas as esferas de governo, aumentando a efetividade da tutela ambiental.

Com isso, “o cômputo do valor a ser distribuído ao município considera não apenas a existência da área de conservação, mas sobretudo, a qualidade de seu manejo e preservação”<sup>57</sup>.

Em decorrência de tal medida, é possível notar que as áreas de preservação ambiental “adquirem novo significado para os gestores municipais e para os próprios munícipes, pois, antes consideradas empecilho ao desenvolvimento econômico e social, passam a ser valorizadas como fonte de riqueza”<sup>58</sup>.

Como exemplo dos benefícios que o ICMS Ecológico trouxe aos Municípios do Estado do Paraná, cita-se a cidade de Piraquara:

[...] cuja totalidade do território abrange os mananciais de abastecimento para a cidade de Curitiba, sendo o restante ocupado por unidades de conservação. Antes de 1992, o município recebia apenas 40 mil reais mensais de repasses de ICMS (enquanto o município industrializado de Araucária recebia 3,5 milhões de reais por mês). Com a introdução do critério ecológico, Piraquara passou a receber quase 10 vezes mais (340 mil reais por mês), sendo o ICMS Ecológico responsável por 84% (oitenta e quatro por cento) do total de repasses obtidos pelo município<sup>59</sup>.

Frisa-se ainda que, no ano de 2012, o município de Piraquara recebeu cerca de R\$ 14.690.919,63 (quatorze milhões, seiscentos e noventa mil e cento e nove reais e sessenta e três centavos) referente ao repasse ao ICMS Ecológico<sup>60</sup>.

---

57 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Idem*. p. 208-209.

58 RAMALHO, Leila von Söhsten; PASSOS, Rosana Maciel Bittencourt. *A eficácia... Op. Cit.* p. 7.

59 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental... Op. Cit.* p. 209-210.

60 Fonte: SEFA/CAEC/FPM, 2012.

## Além do mais,

Na esteira dos resultados positivos obtidos com o ICMS Ecológico, outros projetos têm sido elaborados no Paraná, incentivando o desenvolvimento econômico através de subsídios a indústrias que reaproveitem matéria-prima poluente, ou que se instalem nos municípios beneficiados pelos ICMS Ecológico, utilizando processos produtivos não nocivos ao meio ambiente<sup>61</sup>

Por fim, é preciso destacar que o sucesso do ICMS Ecológico implantado pioneiramente pelo Estado do Paraná fez com que o projeto desenvolvido pelo Instituto Ambiental do Paraná fosse contemplado com o prêmio Henry Ford de Conservação Ambiental, ligado à categoria Negócios em Conservação, servindo como inspiração e exemplo na adoção do federalismo fiscal ambiental pelos demais entes federativos<sup>62</sup>.

Ante o exemplo pioneiro do Estado do Paraná, interessante se faz a realização de uma breve análise acerca de experiências do ICMS Ecológico também em outros Estados da federação.

Atualmente, o ICMS Ecológico encontra-se efetivamente implantado também nos Estados do Acre, Amapá, Ceará, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Pará, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo, Rondônia e Tocantins, restando apenas oito Estados e o Distrito Federal que ainda não o adotaram<sup>63</sup>.

Salienta-se, neste ponto, que o presente trabalho pretende demonstrar a tamanha influência que a mera distribuição de receitas tributárias oriundas do ICMS pode provocar no aumento da preservação ambiental.

No entanto, como não é possível explicar, de forma minuciosa, acerca dos modelos adotados nos 16 estados anteriormente mencionados,

---

61 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental... Op. Cit.* p. 212.

62 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Idem.* p. 212.

63 Site [icmsecológico.org.br](http://icmsecológico.org.br), *online*.

será realizada uma breve análise do sistema em três deles, quais sejam, São Paulo, Minas Gerais e Tocantins.

O Estado de São Paulo foi o segundo a adotar a política do ICMS Ecológico, a partir da promulgação da Lei Complementar estadual n.º 8.510, de 23 de dezembro de 1993.

O Estado, então, passou a destinar 0,5% da repartição municipal do ICMS para áreas estaduais de proteção ambiental, considerando-se para o cálculo a relação entre a área protegida no Município e a soma de todas as áreas protegidas no Estado.

Dessa forma, diversas áreas foram beneficiadas com esse novo sistema, como, por exemplo, no caso da região do Vale do Ribeira, ambiente em que as possibilidades de desenvolvimento encontravam-se muito limitadas em razão das proibições de pesca e extrativismo. A partir do ICMS Ecológico, Municípios localizados nessa área de Mata Atlântica sentem-se mais recompensados e buscam alternativas de desenvolvimento aplicando os vultosos recursos recebidos em projetos de ecoturismo<sup>64</sup>.

No entanto, a logística adotada vem recebendo inúmeras críticas, uma vez que o modelo paulista apresenta algumas falhas, especialmente em relação à limitação do critério de repartição adotado, que considera como áreas de preservação ambiental apenas as da esfera estadual, desconsiderando as unidades de conservação federais, particulares, entre outros problemas.

A fim de que sejam corrigidas tais questões, atualmente, está sendo discutido novo Projeto de Lei do ICMS Ecológico, aumentando o rol dos critérios ecológicos – gestão e educação ambiental, reservatório de águas, entre outros –, bem como aumentando para 12% montante de repasses<sup>65</sup>.

---

64 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental... Op. Cit.* p. 213-214.

65 Site [icmsecologico.org.br](http://icmsecologico.org.br), *online*.

Continuando a análise, o Estado de Minas Gerais implantou o ICMS Ecológico a partir da edição da Lei Estadual n.º 12.040, de 28 de dezembro de 1995, a chamada “Lei Robin Hood”. Em 2000, foi revogada pela lei n.º 13.803/00, atualmente em vigor e aprimorada pela recente Lei n.º 18.030/09.

O mencionado Estado inovou em relação aos critérios de repasse dos 25% do ICMS aos Municípios, beneficiando aqueles que abrigam unidades de conservação, bem como aqueles que possuem tratamento de esgoto ou disposição final de lixo, além de critérios de educação, patrimônio histórico, saúde, dentre outros<sup>66</sup>.

O percentual destinado ao critério ambiental em Minas Gerais era de 1% do um quarto constitucional e a partir de 2011 foi aumentado de 1,10%, sendo que o critério encontra-se dividido em três: o primeiro relativo ao Índice de Saneamento Ambiental, referente a Aterros Sanitários, Estações de Tratamento de Esgotos e Usinas de Compostagem; o segundo refere-se ao Índice de Conservação, voltado às Unidades de Conservação e outras áreas protegidas e, o último, introduzido pela lei de 2009, baseia-se na relação percentual entre a área de ocorrência de mata seca em cada município e sua área total<sup>67</sup>.

Por último, dentro da análise proposta, se encontra o Estado do Tocantins, estado mais jovem do Brasil, que vem construindo se utilizando de políticas públicas na seara ambiental.

Sendo uma iniciativa do próprio governo estadual, o Estado, então, legislou sobre o ICMS Ecológico no ano de 2002 se baseando nas experiências ocorridas em outros Estados.

Assim, o ICMS Ecológico no Estado do Tocantins destina 13% do total arrecadado com o ICMS para gratificar os Municípios

---

66 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental... Op. Cit.* p. 217-218.

67 Site [icmsecológico.org.br](http://icmsecológico.org.br), *online*.

segundo critérios quantitativos e qualitativos, sendo que tal percentual é dividido em relação aos seguintes temas: a) Política Municipal de Meio Ambiente (2%); b) Unidades de Conservação e Terras Indígenas (3,5%); c) Controle de queimadas e combate a incêndios (2%); d) Conservação do solo (2%); e) Saneamento básico, conservação da água, coleta e destinação do lixo (3,5%)<sup>68</sup>.

Como se pode verificar, o ICMS Ecológico é um instrumento de política pública ambiental importantíssimo e de fácil implantação por parte dos Estados da federação.

Ante o exposto, a partir da breve análise do contexto histórico em que se deu a elaboração do ICMS Ecológico no Estado da Paraná, bem como sua evolução e implantação nos outros 16 Estados da Federação, verifica-se a partir dos critérios atualmente adotados que tal instituto se predispõe ao cumprimento de duas funções essenciais, quais sejam, a *compensatória* e *indutiva*<sup>69</sup>. De fato,

[...] A função compensatória beneficia os Municípios que sofrem limitações quanto ao gerenciamento de seus territórios, em função da existência de Unidades de Conservação ou áreas com restrições de uso. Esses Municípios geralmente recebem menos dinheiro quando da repartição feita pelo Estado, pois normalmente têm menos atividades geradoras de arrecadação do ICMS ligadas ao comércio, indústria e prestação de serviços. A função incentivadora atua como incentivo aos Municípios, despertando o interesse em criar ou ampliar áreas de conservação ou outros critérios relevantes para o ICMS Ecológico, inclusive quanto aos aspectos qualitativos.<sup>70</sup>

---

68 Site [icmsecológico.org.br](http://icmsecológico.org.br), *online*.

69 RAMALHO, Leila von Söhsten; PASSOS, Rosana Maciel Bittencourt. *A eficácia... Op. Cit.* p. 9.

70 OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de; MURER, Yully Cristiano. *O ICMS Ecológico... Op. Cit.* p. 195.

Dessa forma, a *função compensatória* – concepção originária quando de sua criação – o ICMS Ecológico se propôs a neutralizar o equilíbrio econômico entre os diversos Municípios de um mesmo Estado, amenizando os prejuízos que alguns pudessem ter em razão de restrições de uso em seu território, ante a existência de áreas ambientalmente protegidas.

Já em relação à *função indutiva* – que foi introduzida nos modelos estaduais a partir da própria experiência –, o ICMS Ecológico é visto como uma política ambiental fiscal, que, por meio de promessa de impulsionar receitas tributárias, consegue incentivar os Municípios a formularem e efetivarem programas que visem à conservação ambiental, a partir do desenvolvimento sustentável, com a consequente melhoria na qualidade de vida de sua população.

No entanto, há que ressaltar a necessidade de aprimoramento de tal mecanismo. Isso porque, ainda que seus efeitos sejam, em sua grande maioria, positivos, ao aumentar a receita dos Municípios que incentivam a preservação ambiental, existem determinados desvios de finalidade no gerenciamento de tais recursos, uma vez não se pode afirmar que serão aplicados para solução de questões ambientais, desvinculando-se de seu maior propósito.

E tal fato se dá uma vez que o ICMS, por tratar-se de um imposto, não pode ter sua arrecadação vinculada a qualquer atividade.

Mas não se pode olvidar que os resultados do ICMS Ecológico, nos 17 Estados que já adotam essa medida, são muito satisfatórios e eficientes, além de que tais entes se encontram em constante busca de melhorias para sua melhor efetivação.

Nesse ponto, merece destaque os ensinamentos de Leila von Söhsten Ramalho e Rosana Maciel Bittencourt Passos, ao dizerem que o ICMS Ecológico:

[...] carrega, em sua conformação básica, todos os atributos que, na forma das deliberações resultantes da Conferência da Organização das Nações Unidas pelo Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro em 1992 (ECO-92), foram reputados

necessários para o bom e exitoso manejo dos instrumentos econômicos no campo ambiental: “1) Eficiência Ambiental: é a imposição tributária correta para que alcance os limites da preservação ambiental; 2) Eficiência Econômica: um tributo que reflita um baixo custo para a economia, mas que consiga atingir o seu objetivo maior que é o incentivo a comportamentos ambientalmente corretos; 3) Administração barata e simples: não poderá a tributação ambiental onerar ainda mais o estado, com a implantação de políticas tributárias ambientais; 4) Ausência de efeitos nocivos ao comércio e à competitividade internacionais: que a tributação ambiental não provoque efeitos danosos na grade de consumo. Desse modo, o Estado deverá implementar um tributo que seja favorável ao meio ambiente, mas que não crie transtorno para o seu próprio agente implementador, através de aumento de custo para a máquina administrativa e não onere ainda mais a carga tributária do contribuinte, que já é exorbitante.”<sup>71</sup>

Compreende-se, portanto, que a proposta aplicada ao ICMS Ecológico entendeu que “o problema ecológico é de natureza econômica e, portanto, o seu tratamento somente se fará com êxito mediante a utilização de instrumentos conaturais ao próprio sistema econômico”.<sup>72</sup>

Ou seja, tal modalidade vem corroborar com a ideia de que é preciso um incentivo econômico para que os entes públicos, em ações conjuntas com a própria sociedade, busquem a efetiva preservação do meio ambiente, de forma que, especialmente em relação aos Municípios, estes busquem a proteção ambiental como uma estratégia de crescimento econômico e não apenas como mais uma obrigação.

---

71 RAMALHO, Leila von Söhsten; PASSOS, Rosana Maciel Bittencourt. *A eficácia... Op. Cit.* p. 14-15.

72 NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 375.

## 5. Conclusões

O Estado, em sua soberania, determina aos particulares que forneçam os recursos necessários à manutenção de suas atividades fins para o bem da própria coletividade, sendo que tal arrecadação se dá por meio da tributação.

Aliado a esse poder de influência que o Estado gera sobre os indivíduos, não se pode olvidar que sua utilização deve ser pautada na proteção dos direitos fundamentais, sendo que dentre eles, destaca-se a proteção ambiental.

Assim, por meio da análise sistemática de nosso ordenamento jurídico, verificou-se a permissão para que o Estado se utilize da extrafiscalidade tributária como um instrumento auxiliar na busca pela eficiente preservação e proteção do meio ambiente.

A partir das pesquisas realizadas, averiguou-se que a tributação extrafiscal ambiental pode ter duas finalidades, quais sejam, a de cobrar efetivamente do poluidor um tributo que expresse um valor referente à sua atividade poluidora (ou potencialmente), além de, por meio de incentivo fiscal, propiciar a diminuição ou exclusão da carga tributária, a fim de estimular a utilização de tecnologias e procedimentos ambientalmente corretos.

No entanto, ressalta-se que a extrafiscalidade tributária pode se dar ainda por meio da *destinação da receita tributária*, uma vez que, ao gerenciar a partilha das receitas tributárias a partir de critérios que fomentem a proteção do meio ambiente, os respectivos entes estatais, interessados em angariar maior número de receita, passam a adotar posturas preventivas na seara ambiente, como objetivo de governo.

E é exatamente isso que acontece com o ICMS Ecológico, pode ser utilizado apenas com o exercício da discricionariedade elencada pela Constituição Federal em seu artigo 158 para a distribuição das receitas arrecadas pelos Estados aos Municípios de sua territorialidade.

No entanto, verificou-se que, tradicionalmente, os Estados pouco se utilizavam do poder de indução econômica contido no referido dispositivo

constitucional, uma vez que apenas repetem o critério do valor adicionado para o repasse de verbas, privilegiando os Municípios mais industrializados e, conseqüentemente, desprezando aqueles que possuem em seu território extensa área de proteção ambiental, onde o desenvolvimento industrial encontra-se deficitado.

Fez-se necessário, então, que os Estados-membros conciliassem os ditames constitucionais de proteção do meio ambiente, proporcionando uma espécie de compensação financeira aos entes municipais que possuem limitações ambientais para o desenvolvimento produtivo.

Foi aí que surgiu, pioneiramente, no Estado do Paraná no ano de 1991, o ICMS Ecológico, que não se trata de tributo novo, mas apenas da utilização da discricionariedade na repartição das receitas aos Municípios a partir de critérios ambientais.

Assim, conclui-se que o interesse primordial na implementação do ICMS Ecológico foi o de incentivar o aumento de áreas de conservação ambiental – *finalidade indutora*, além de compensar os Municípios pelas restrições na utilização dessas áreas constitucionalmente protegidas – *função compensatória*.

Há de salientar que cada ente estadual pode definir critérios específicos de distribuição dessa receita em apreço, de acordo com a realidade local.

Ademais, verificou-se que o sistema ainda é novo e precisa de aprimoramentos. Isso porque podem existir determinados desvios de finalidade no gerenciamento dos recursos passados aos Municípios, uma vez não se pode afirmar que serão aplicados para solução de problemas ambientais, desvinculando-se de seu maior propósito.

Por outro lado, é preciso considerar que as pesquisas realizadas demonstraram que 17 Estados de nossa Federação já implantaram tal sistema e os resultados são muito positivos.

A evolução da arrecadação financeira dos Municípios cujos territórios possuíam maior número de áreas ambientalmente protegidas aumentaram de forma significativa, auxiliando na melhoria de seus indicadores sociais.

Isso porque tal tributo é uma importante fonte de recursos ao gestor ambiental local, pois proporciona incentivos financeiros para a execução de medidas visando à efetiva proteção do meio ambiente.

Ante o exposto, conclui-se que o ICMS Ecológico é um claro exemplo de política pública preventiva, corolário do princípio ambiental da prevenção, uma vez que atua visando a não ocorrência dos danos ambientais ao induzir os entes municipais a adotarem posturas em prol da efetiva proteção ambiental.

## 6. Referências bibliográficas

AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de. *Retrocessos no novo Código Florestal: análise das mudanças relativas às áreas de preservação permanente e reserva legal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário esquematizado*. 8. Ed. rev., atual. e ampl.; Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: *Direito constitucional ambiental*. CANOTILHO, José Gomes; LEITE, José Rubens Morato. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRAZA, José Antonio Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 29. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. *ICMS*. 16. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a Tributação Ambiental. In: TÔRRES, heleno Taveira (coord.) *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DOMINGUES, José Marcos. *Direito tributário e meio ambiente*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito ambiental tributário*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*.

GRIMONE, Marcos Ângelo. *O conceito jurídico de direito sustentável no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011.

LOUREIRO, Wilson. *ICMS. Incentivos fiscais para a conservação da biodiversidade no Brasil*. Curitiba, 1998.

MATHEUS, Ana Carolina Couto. A aplicação concreta do ICMS Ecológico como opção das Políticas Públicas Ambientais. In: PAULA Jonatas Luiz Moreira. *Direito ambiental e cidadania*, São Paulo: JH Mizuno, 2007.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 375.

OLIVEIRA, Adriana Secundo Gonçalves de. Breves considerações acerca da implementação do ICMS Ecológico no estado da Paraíba. In: Congresso Brasileiro de Direito Ambiental (18: 2013: São Paulo, SP). *Licenciamento, Ética e Sustentabilidade*/Coords. Antonio Herman Benjamin, Eladio Lecey, Sílvia Cappelli, Carlos Teodoro José Hugueneu Irigaray, José Eduardo Ismael Lutti. São Paulo 2v. Disponível em <[http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20131201045021\\_6976.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131201045021_6976.pdf)>. Acesso em: 13 de jun. 2014.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e Meio Ambiente: Proporcionalidade, Tipicidade Aberta, Afetação da Receita*. 2.ed. Rio de Janeiro, 1999.

OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de; MURER, Yully Cristiano. O ICMS Ecológico e a implementação de Políticas Públicas ambientais no estado de Rondônia. In: *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n.º 1, p. 185-216, abr. 2010. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/7576/6661>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

RAMALHO, Leila von Söhsten; PASSOS, Rosana Maciel Bittencourt. *A eficácia do ICMS Ecológico como instrumento de política ambiental e o dever do Estado quanto à sua efetivação*. 2009. Disponível em <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-tributario/EFICACIA%20DO%20ICMS%20ECOLOGICO%20COMO%20INSTRUMENTO%20DE%20POLITICA%20AMBIENTAL%20E%20O%20DEVER%20DO%20ESTADO%20QUANTO%20A%20SUA%20EFETIVACaO.PDF/view?searchterm=%3E>>. Acesso em: 03 mai. 2014.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS Ecológico. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, p. 724-748, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. *Tributação e meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

*Tabela de municípios com participação no índice ambiental valores repassados no exercício de 2012*. Fonte: SEFA/CAEC/FPM. Disponível em: <http://icmsecológico.org.br/tabelas/pr%20tabela%202012.pdf>. Acesso em 21/07/2014.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



# **Os conselhos profissionais e a Lei de Improbidade Administrativa – Limites da liberdade profissional e da Autorregulação**

## ***The Professional Associations and the Brazilian Improbability Act – Limits of the professional freedom and the self-governance***

*Autor: Clóvis Alberto Bertolini de Pinho<sup>1</sup>*

RESUMO: O presente artigo busca trazer contributos a respeito do sistema de responsabilização dos integrantes dos Conselhos Profissionais brasileiros à luz da Lei de Improbidade Administrativa. Assim, o escrito apresenta os seguintes temas: i) primeiramente, traz-se uma breve conceituação a respeito da liberdade profissional no contexto da Lei Fundamental brasileira (art. 5º, XII da CF); ii) em segundo lugar, analisam-se os Conselhos Profissionais brasileiros, demonstrando a sua natureza jurídica, suas competências constitucionais, sua caracterização e sua eventual submissão à Lei de Improbidade Administrativa; iii) em seguida, pondera-se a respeito da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, demonstrando que esta entidade possui descrição *sui generis* no Direito brasileiro, não respondendo por nenhum tipo de controle por parte da Administração Pública; iv) por fim, o texto traz considerações

---

1 Titulação acadêmica: estudante de Direito da Universidade Federal do Paraná (5º ano)

críticas sobre o controle e os limites que circundam a análise da liberdade profissional, demonstrando que os abusos cometidos no exercício da autorregulamentação profissional devem ser controlados no âmbito dos Conselhos Profissionais.

**PALAVRAS-CHAVES:** autorregulamentação profissional; Conselhos Profissionais; Lei de Improbidade Administrativa; limites do exercício da liberdade profissional.

**ABSTRACT:** This article seeks to bring contributions regarding the *accountability* system for members of the Brazilian Professionals Associations in the light of Brazilian Improbity Act. The writing has the following themes: i) first, it brings up a brief concept about the professional freedom in the context of Brazil's Constitution (article 5, XII of the Constitution); ii) secondly, the it is analyzed the Brazilian professionals associations, demonstrating their legal status, their constitutional powers, its characterization and its eventual submission to the Brazilian Improbity Act; iii) then it considers to respect the legal nature of the Brazilian Bar Association, demonstrating that this entity has *sui generis* description in the Brazilian Law, not accounting for any kind of control by the Public Administration; iv) finally, the text brings critical considerations about the control and limits surrounding the analysis of professional freedom, demonstrating that the abuses committed in the exercise of professional self-governance should be controlled under the Professional Councils.

**KEYWORDS:** professional self-governance; Professional advice; Brazilian Improbity Act; limits; accountability.

## **1. Introdução**

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei Federal n.º 8.429/92, importante meio de controle dos atos emanados pela Administração Pública editada no contexto pós-promulgação da Lei Fundamental

de 1988, por meio de seus competentes agentes, erige mecanismos de *sancionamento* de servidores públicos, gestores públicos e funcionários públicos, por atos considerados ímprobos no exercício de suas funções; ou seja, todos aqueles que possuam alguma *mínima* relação de vínculo com a Administração Pública, integrando os seus quadros próprios, ou que cometam atos de natureza dolosa e culposa, que deem causa ao enriquecimento ilícito, ao prejuízo do erário e à macula dos princípios regentes da Administração Pública.

Entretanto, a dúvida se impõe a respeito da *plena* aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos gestores, conselheiros, servidores e funcionários dos Conselhos Profissionais, entidades de difícil descrição de sua caracterização jurídica no Direito brasileiro, mas que possuem o importante papel constitucional (art. 5º, XIII) de regulamentação e da imposição dos limites ao exercício da liberdade profissional no Brasil.

Desse modo, o texto realiza aprofundamentos a respeito da liberdade profissional no contexto da Constituição Federal de 1988, dissertando sobre o papel dos Conselhos Profissionais, apresentando apontamentos a respeito de sua natureza jurídica, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, um esclarecimento a respeito da caracterização dessas entidades, a sua submissão à LIA, a dubiedade da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil; por fim, fazem-se alguns arremates a respeito do regime aplicável aos atos *corrompidos* ou *prejudiciais* praticados pelos intrigantes destes Conselhos Profissionais.

## **2. Os conselhos Profissionais**

### **2.1. Origens da Liberdade Profissional**

A liberdade profissional, como se sabe, talvez seja uma das máximas liberdades conhecidas em nossa sociedade. A sua história está conexas ao próprio período de formação do liberalismo constitucional, da segunda metade do séc. XIX. O economista austríaco Friedrich Hayek pondera que

o séc. XIX consolidou uma ideia geral de liberdade no imaginário europeu da época: “A contribuição do séc. XIX ao individualismo do período precedente [séc. XVIII] foi apenas trazer a todas as classes a consciência da liberdade, desenvolver sistemática e continuamente o que surgira de modo aleatório e fragmentário, e disseminá-lo da Inglaterra e Holanda para a maior parte do continente europeu”.<sup>2</sup>

Assim, a lógica de formação da liberdade profissional é ínsita à própria consolidação do Estado Liberal-Constitucional, seguindo a lógica do *État Gendarme* (expressão francesa que poderia ser traduzida como *Estado Guarda-noturno*), que apenas se preocupava em cuidar daquilo que não estivesse obrando de maneira adequada ou de maneira suficiente ao bom atendimento dos cidadãos. Contudo, Vital Moreira ressalta que um liberalismo puro, sem qualquer tipo de intervenção do Estado nunca existiu, mas o que foi alterado durante os anos subsequentes ao séc. XIX foram a expansão e os papéis os quais o Estado tomava na direção econômica: “é inquestionável que a natureza e a extensão do papel do Estado na economia sofreram uma profunda transformação”.<sup>3</sup>

Carlos Ari Sundfeld explica que o liberalismo tinha como seu modelo econômico a abstenção da atuação estatal, “era preciso que o Estado não interferisse nos negócios dos indivíduos, restringindo sua ação à garantia da ordem, paz, da segurança. Em suma, queria um *Estado mínimo*, com reduzidas funções, sem interferências na vida econômica”.<sup>4</sup>

Nesse mesmo sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha avalia que o liberalismo político se insere na lógica do *laissez-passer, que le monde va*

---

2 HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Trad. de Anna Maria Capovilla et. al. 6. ed. São Paulo: Instituto Mises, 2010, p. 41.

3 MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 23.

4 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54.

*de lui même*.<sup>5</sup> Ademais, prossegue a atual Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal afirmando que a função do *État Gendarme* era “aquela de atuação singela e neutra, longe da sociedade, porque a ele competia apenas deixar que as próprias forças nela atuantes realizassem os fins determinados, de resto, por elas mesmas”.<sup>6</sup>

Nesse mesmo diapasão, o exercício do direito constitucional à liberdade profissional é de tamanha relevância no Direito brasileiro que, no início do séc. XX, muitos juristas, como Ruy Barbosa, defendiam que a sua defesa poderia ser realizado pela via do *habeas corpus*. “Assim, chegou-se a conceder ordem de *habeas corpus* para anular ato administrativo que mandara cancelar matrícula de aluno em escola pública; para determinar a concessão de segunda época de exames a estudantes; para garantir a realização de comícios eleitorais; *para garantir o exercício de profissão etc*”.<sup>7</sup>

Com isso, demonstra-se que a origem do instituto da *liberdade profissional* é ligada à formação do Estado de Direito Constitucional, unido aos matizes *liberalizantes* da sociedade. Apesar disso, observa-se que esse *liberalismo* não seria tão absoluto quanto se possa imaginar, bastando pensar que o séc. XIX foi importantíssimo para a formação e consolidação do Estado Constitucional como o conhecemos. O jurista que bem define o fenômeno referido é o francês Prosper Weil, que chega a afirmar que a própria existência de um Direito Administrativo, ou seja, aquele direito

---

5 A expressão, amplamente difundida no contexto *francês* liberal do final do séc. XIX e início do séc. XX, expressa o sentimento do “deixe passar” e “o mundo se amolda a si mesmo”, *tradução nossa*.

6 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 14.

7 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 347, *grifos nossos*.

pelo qual o Estado se vê obrigado a respeitar e ligado à obediência ao ordenamento jurídico, chega a ser um *milagre*, cite-se:

A própria existência de um direito administrativo é alguma medida fruto de um milagre. O direito que rege a actividade dos particulares é imposto de fora e o respeito pelos direitos e obrigações que ele comporta encontra-se colocado sob a autoridade e sanção de um poder exterior e superior: o do Estado. Mas causa admiração que o próprio Estado se considere <<ligado>> (vinculado) pelo direito.<sup>8</sup>

A partir do excerto, busca-se demonstrar que foi no período de *pujança* das ideias ditas *liberais* que se consolidou o pleno controle da Administração Pública e o regime de garantias do exercício das liberdades dos cidadãos, formando “uma disciplina que se quer que seja ao mesmo tempo instrumento de liberalismo e garante da actividade administrativa, protecção do cidadão contra o executivo e meio de realização da vontade do executivo”.<sup>9</sup>

Conforme situa Jean Rivero, o “liberalismo político exige, desde logo, que o cidadão seja protegido contra o poder. [...] Estas duas exigências – protecção contra o arbítrio e participação na actividade administrativa – manifestaram-se simultaneamente nas relações da Administração com os administrados e nas suas relações com os seus próprios agentes”.<sup>10</sup>

Logo, fica bem localizado que as origens históricas do instituto da liberdade de profissão se inserem no contexto de formação/consolidação do liberalismo político/econômico do séc. XIX, no qual o Estado apenas

---

8 WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. de Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977, p. 7.

9 WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. de Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977, p. 26.

10 RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 29-30.

conforma-se em respeitar os direitos dos cidadãos, abstendo-se de interferir do desenvolvimento da vida privada. “Os indivíduos são livres, de outro lado, por terem garantida (pelo próprio Estado) a segurança nas fruições privadas. É dizer, desfrutam de espaços individuais de ação, intangíveis pelo Estado. Eis o sentido da liberdade para os modernos”.<sup>11</sup>

## 2.2. A Liberdade Profissional

A liberdade profissional poderia ser definida como a liberdade de escolha pelo indivíduo do gênero de seu trabalho, assim como a liberdade de ingresso em sua atividade e seu modo de exercício.<sup>12</sup> Cumpre concretizar, antes, algumas reflexões a respeito da sua disciplina constitucional.

### 2.2.1. O regime constitucional da Liberdade Profissional

A Lei Fundamental brasileira garante a *liberdade profissional* como um verdadeiro direito de ordem *fundamental*, ao radicar no art. 5º, XIII o seguinte: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Segundo José Afonso da Silva, o citado dispositivo constitucional trata-se de uma liberdade de ordem individual, e não de um dispositivo que confere liberdade a uma coletividade, ou a uma generalidade, mas a um grupo *restrito* de indivíduos na sociedade. Confere-se a liberdade de escolha do trabalho, de ofício, de profissão; ou seja, “o Poder Público não pode constringer a escolher e a exercer outro”.<sup>13</sup> Deste modo, segundo

---

11 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 115.

12 Para maiores aprofundamentos do tema, cf. CUÉLLAR, Leila. Auto-regulação profissional – Exercício de atividade pública. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set., 2006, pp. 73-98.

13 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 110.

Ingo Wolfgang Sarlet, trata-se de um direito ligado à primeira *dimensão* de direitos,<sup>14</sup> os quais são “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Nesse contexto, assumem particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc)”.<sup>15</sup>

Interessante advertir que a Constituição Federal institui que lei federal regulamentará as condições de seu exercício. Em outras palavras, a Lei Maior funda *ressalvas* ao *pleno* exercício do direito constitucional individual. Esse é um típico exemplo da classificação de José Afonso da Silva a respeito de uma norma de eficácia *contida*; entretanto, Marçal Justen Filho propõe uma reformulação da teoria apresentada por Silva, afirmando que se trata de uma norma de eficácia ‘contível’ ou ‘reduzível’: “Há, nelas, uma atribuição de competência a órgãos estatais para que desenvolvam atuação restritiva de sua eficácia. Por isso, possuem um peculiar caráter de dispositividade ou supletividade”.<sup>16</sup>

Nesse mesmo diapasão, Maria Helena Diniz, ao comentar a classificação de Silva, propõe que estas normas, como a do art. 5º, XIII da Constituição Federal, possuem aplicabilidade plena, porém, são normas passíveis de restrição, “enquanto não sobrevier legislação restritiva, o

---

14 A denominação “dimensão” de direitos é preferível à expressão “geração”, “de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 270).

15 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 272.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. Eficácia das Normas Constitucionais: relendo José Afonso da Silva. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. Curitiba: IAP, n.º 5, 1981, p. 70.

direito nelas contemplado será pleno. Têm a possibilidade de produzir todos os efeitos jurídicos queridos”.<sup>17</sup>

As ponderações dos dois autores acima demonstram que a norma constitucional do art. 5º, XIII, *independe* de regulamentação para gerar efeitos jurídicos, nomeadamente a partir das reflexões de Virgílio Afonso da Silva,<sup>18</sup> que fizeram José Afonso da Silva rever fortemente a sua teorização a respeito das normas de eficácia *contida*, confira-se:

Vale dizer, não são as leis mencionadas [infraconstitucionais] que dão eficácia e aplicabilidade à norma. Não se trata de direito *legal*, direito decorrente da lei mencionada, mas de direito constitucional, direito que deriva diretamente do dispositivo constitucional. A lei referida não cria o direito, nem atribui eficácia à norma. Ao contrário, ela importa em *conter* essas eficácia e aplicabilidade, trazendo-lhes norma de restrição.<sup>19</sup>

---

17 DINIZ, Maria Helena. *Normas Constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 101.

18 Ampliar em SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 208-251. O Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo adverte que: “Nos casos de direitos fundamentais garantidos por normas ditas de eficácia contida (ou restringível) a definição do conteúdo essencial é mais complexa. Nenhum dos autores que diferenciam entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida (ou restringível) José Afonso da Silva, Maria Helena Diniz, Pinto Ferreira, Michel Temer, dentre outros - fornece subsídios para se saber quais graus de restrição são aceitos e quais não são. Na ausência desses critérios, seria possível sustentar qualquer forma de garantia de um núcleo essencial e, no limite, até mesmo a negação da existência desse núcleo”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 245).

19 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 111.

### 2.3. Os conselhos profissionais

A jurista Leila Cuéllar refere que a liberdade de profissão se concretizou no contexto da Revolução Francesa, no final do séc. XVIII, “o exercício profissional dominado por corporações de ofício encontrou seu maior óbice na Revolução Francesa de 1789”.<sup>20</sup> Inspirada pelos princípios regentes da liberdade e da igualdade, foram extintas as corporações de ofício, enfatizando-se o amplo poder da liberdade no exercício das funções *profissionais* na França. Destaca-se a edição da *Loi Le Chapelier*, que proibiu e extinguiu todas as *Corporações de Ofício* existentes na França em 1791.<sup>21</sup>

Cuéllar ainda observa que:

Guiada pela doutrina do *laissez-faire*, pelos princípios da liberdade e da igualdade e pela hostilidade crescente em face das corporações, em virtude especialmente do estabelecimento dos privilégios às categorias profissionais que representavam, a *Lei Le Chapelier* buscou abrir a vida econômica para a iniciativa privada e para a concorrência, tornando ilegal qualquer associação de trabalhadores ou empregados, além de toda forma de monopólio.<sup>22</sup>

---

20 CUÉLLAR, Leila. Auto-regulação profissional – Exercício de atividade pública. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 4, n.º 15, jul./set., 2006, p. 74.

21 Nesse mesmo sentido, inclina-se Fábio Nusdeo: “fato de especial importância, ocorrido em 1776, situa-se no campo jurídico. Naquele ano, na França, editou-se por obra do ministro Urgot, o *Décret d’Allarde*, pelo qual foram extintas as corporações de ofício, estabelecendo-se a liberdade de todo o cidadão de exercer a profissão de sua escolha sem a necessidade de estar filiado a qualquer tipo de organização ou entidade nem ser por ela licenciado. O *Décret d’Allarde* constitui um marco jurídico no campo da ordenação da economia. Posteriormente revogado, foi reestabelecido em 1791 pela *Lei Le Chapelier*” (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 7. ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 130).

22 CUÉLLAR, Leila. *Auto-regulação profissional – Exercício de atividade pública*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 4, n.º 15, jul./set., 2006, p. 76.

Entretanto, “em muitos países europeus as corporações profissionais permaneceram no âmbito das profissões liberais, mesmo no auge do liberalismo oitocentista, e noutros países a autorregulação viria a nascer no século XX, sobretudo no quadro dos regimes antiliberais da primeira metade desse século”.<sup>23</sup>

Essas proibições de constituição de organizações profissionais não perduraram até 1864, na França, quando a *Loi Le Chapelier* foi revogada, reconhecendo-se o direito de associação e o direito de greve. Destaca-se que a partir do séc. XIX, em vários países, como já mencionado acima, reconheceu-se a possibilidade da criação de associações profissionais jurídicas, como a *Ordre des Avocats* em 1817, na França, a *Rechtsanwaltsordnung*, criada em 1879 na Alemanha,<sup>24</sup> a *American Bar Association* em 1878, nos Estados

---

23 MOREIRA, Vital; LIMA, Luís Vale. *Autorregulação profissional oficial: o caso dos corretores de seguros no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n.º 39, jul./set., 2012, p. 181.

24 A Ordem dos Advogados na Alemanha hoje denomina-se *Bundesrechtsanwaltskammer* - BRAK, organizada em forma *federativa*, aos moldes da Ordem dos Advogados do Brasil, com 27 subseções e uma subseção para a aplicação nos Tribunais Superiores da Federação: “A Câmara Federal dos Advogados possui 27 regionais e a Câmara dos Advogados no Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*). Destes presidentes das 27 regionais das Câmaras dos Advogados da Alemanha, que são reunidos na Assembleia Geral, é escolhido o presidente da *Bundesrechtsanwaltskammer* - BRAK. O Escritório Central implementa as Resoluções do exercício da Advocacia na Alemanha, as decisões da Assembleia Geral ganham o apoio da Administração Central da BRAK e é escolhido o seu Presidente”. Trad. livre de: “Die Bundesrechtsanwaltskammer besteht aus den 27 regionalen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim Bundesgerichtshof. Von den Präsidenten dieser 28 Rechtsanwaltskammern, die in der so genannten Hauptversammlung zusammengeschlossen sind, wird das Präsidium der BRAK gewählt. Das Präsidium setzt die Beschlüsse der Hauptversammlung um und wird dabei von der Geschäftsführung der BRAK unterstützt“. Informações disponíveis em: <<http://www.brak.de/die-brak/organisation/>>. Acesso em 22.02.2015. Para aprofundamentos sobre o exercício da advocacia na República Federal da Alemanha, cf. SCHULTZ, Ulrike; KOESSLER, Paul. The Practicing Lawyer in Federal Republic of Germany. *The International Lawyer*, Chicago, v. 14, n.º 3, 1980, pp. 531-543.

Unidos da América, a Ordem dos Advogados de Portugal, em 1926, e a Ordem dos Advogados do Brasil em 1930, a mero título de exemplo.

Especificamente a respeito dos Conselhos Profissionais no Brasil, eles surgiram como forma de organização da atividade profissional, primeiramente, a partir da criação da Ordem dos Advogados do Brasil em 1930, organizada sob a forma de *autarquia*. Os Conselhos Profissionais, segundo Odete Medauar, são definidos como “organismos destinados, em princípio, a ‘administrar’ o exercício de profissões liberais regulamentadas por lei federal. São geridos por profissionais da área, eleitos por seus pares. De regra têm estrutura federativa, com um órgão de nível nacional e órgãos de nível estadual, cada nível dotado de independência e atribuições próprias”.<sup>25</sup>

A formação de Conselhos Profissionais no Brasil ampliou-se, especialmente no contexto pós-1930, a partir da chegada de Vargas ao Poder, principalmente pela intensificação da exigência de um movimento de profissionalização da Administração Pública, “nesse período, com o aparecimento do Departamento Administrativo do Serviço Público/DASP, começam a ser implantadas as bases de uma Administração Pública moderna, com a formação das carreiras públicas, [...] essa é a época em que a Administração Pública se expande, concedendo e regulando serviços públicos (como os de energia) e passando a atuar diretamente na ordem econômica”.<sup>26</sup> A primeira dessas associações profissionais regulamentadas foi a Ordem dos Advogados do Brasil, que primeiramente organizou-se em forma de *autarquia*, conforme prevê o Regulamento da Advocacia de 1931.<sup>27</sup>

---

25 MEDAUAR, Odete. *Nova configuração dos Conselhos Profissionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora RT, v. 751, mai., 1998, p. 28.

26 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 45-46.

27 BRASIL. *Decreto n.º 20.784/1931*. “Art. 2º - A Ordem constitui serviço público federal, ficando, por isso, seus bens e serviços e o exercício de seus cargos, isentos de todo e qualquer

Feitas essas breves introduções históricas, passar-se-á à análise do conceito de *autorregulação* profissional, essencial à captação e melhor entendimento a respeito dos Conselhos Profissionais no Brasil.

#### 2.4. A autorregulação Profissional

A definição de *autorregulação* profissional é trazida por Vital Moreira, *publicista* português e *ex-juiz* do Tribunal Constitucional da República Portuguesa, que bem define que existem diferenças essenciais entre a *autorregulação* e a *hetero-regulação*. Aquela é caracterizada por uma *coincidência* entre as figuras do regulador e do regulado, regulação esta exercida pelos próprios interessados, de maneira *não-estatal*.<sup>28</sup> Já a *heterorregulação* seria caracterizada pelo estabelecimento de limites externos ao exercício de uma determinada atividade, fundamentalmente às limitações ao exercício de uma atividade econômica.

De outro lado, a regulação econômica, segundo definição de Eros Roberto Grau, deve ser compreendida como toda aquela intervenção que estabelece um condicionamento ao pleno exercício das atividades econômicas dos agentes. Esta é umas das funções primordiais do Estado, por meio da análise do art. 174 da Constituição Federal,<sup>29</sup> “o Estado promove a *regulação* da atividade econômica. Trata-se de *normação* e *regulação* que [...] reclamam *fiscalização*. [...] Assim, *fiscalizar*, no contexto

---

imposto ou contribuição”.

28 MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 52-53.

29 “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

deste art. 174 significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica”.<sup>30</sup>

Portanto, antes mesmo de uma definição da natureza jurídica desses *conselhos profissionais* e das *associações profissionais*, adverte-se que esses conselhos profissionais exercem atividade de *autorregulação*, imbuindo-se do conceito, também, da *heterorregulação*. Não obstante, a regulação profissional se caracterizaria como uma *subforma* da regulação econômica, sendo que entre as profissões reguladas destacar-se-iam as profissões liberais, que seriam caracterizadas pela prevalência da intelectualidade dos serviços prestados.<sup>31</sup>

Entre as razões para a existência autorregulação profissional, estariam os seguintes motivadores: a) a obrigatoriedade da exigência de um certo padrão de qualidade na aquisição de conhecimentos específicos da profissão, atrelados à assimetria de informações do mercado; b) a necessidade de controle da qualidade que este serviço é prestado; c) algumas profissões, como as de cunho liberal, necessitam da existência de certa liberdade para o seu exercício de suas funções.<sup>32</sup>

Do mesmo modo, “o objetivo da regulação profissional consiste em alterar comportamentos dos indivíduos em relação ao que seria se

---

30 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 300. Este pensamento também pode ser extraído da obra de Washington Peluso Albino de Souza, que bem advoga que o art. 174 da Constituição Republicana, ao colocar que a função de planejamento do Estado quanto “agente normativo e regulador da atividade econômica” dá ensejo a essa intervenção estatal na atividade econômica. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 126).

31 MOREIRA, Vital; LIMA, Luís Vale. *Autorregulação profissional oficial: o caso dos corretores de seguros no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n.º 39, jul./set., 2012, p. 185.

32 MOREIRA, Vital; LIMA, Luís Vale. Op. Cit., p. 185-186.

não houvesse a regulação. Assim, através da *auto-regulação*, os próprios agentes submetidos à regulação, por intermédio de organismos de profissões, ditam as regras para a atuação daqueles que queiram integrar um determinado mercado”.<sup>33</sup>

Fica acentuado que as associações e os conselhos profissionais constituem objeto de *autorregulação* do exercício de uma determinada profissão, impondo limites, proteção e regras ao exercício profissional, que promovendo um verdadeiro desenho/retrato do modo como são exercidas determinadas atividades profissionais, conforme definido em Lei específica, observando-se as ponderações a respeito da eficácia da norma constitucional do art. 5º, XIII feita no tópico acima.

### 3. Caracterização Jurídica

#### 3.1. Entidades Paraestatais

Muitos autores, apoiados na doutrina administrativa italiana do início do séc. XX, definiram e defenderam a existência de determinadas entidades que se classificariam no *meio termo* entre o público e o privado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro define as entidades paraestatais como “pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, com ou sem autorização legislativa, para o desempenho de atividades privadas de interesse público, mediante fomento e controle pelo Estado”.<sup>34</sup> De maneira semelhante, Marçal Justen Filho delibera que as entidades paraestatais têm como características marcantes “promover o atendimento de necessidades

---

33 CUÉLLAR, Leila. *Auto-regulação profissional – Exercício de atividade pública*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 4, n.º 15, jul./set., 2006, p. 79.

34 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 550.

assistenciais e educacionais de certas atividades ou categorias profissionais, que arcam com a sua manutenção mediante contribuições compulsórias”.<sup>35</sup>

Por outro lado, a definição do problema é trazida por Odete Medauar, que esclarece que:

Nenhum desses organismos integra a Administração Pública direta ou indireta. No entanto, na doutrina recebiam, por vezes, a denominação de autarquias *paradministrativas* ou corporações autárquicas. A jurisprudência pátria vinha-lhes reconhecendo natureza autárquica, mesmo que as leis instituidoras omitissem essa condição e apesar de tais entidades não integrarem a estrutura da Administração federal ou estadual. O brasão da República vinha sendo utilizado nos papéis e formulários dos Conselhos.<sup>36</sup>

Com isto, apreende-se que os Conselhos Profissionais e as associações profissionais<sup>37</sup> não possuem uma definição clara apresentada pela doutrina, nem mesmo pela jurisprudência, como ficará assentado no caso da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

### 3.2. Integrantes da Administração Pública?

Percebe-se, *a priori*, que os Conselhos Profissionais não são integrantes da Administração Pública Direta, como poderia se entender

---

35 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 322.

36 MEDAUAR, Odete. Nova configuração dos Conselhos Profissionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, v. 751, mai., 1998, p. 29.

37 Embora os *sindicatos* sejam entidades classistas, constituídas primordialmente na forma de *associação*, estas não interessam à análise do instituto das *associações profissionais*, por conta de não satisfazem o critério da natureza *regulatória* do exercício da atividade profissional, *sancionamento* e estabelecimento de *limites* pelos conselhos profissionais, mediante Lei Federal, sob delegação do art. 5º, XIII da Constituição Federal. Os sindicatos estariam mais relacionados ao desempenho de entidades de defesa dos trabalhadores afiliados ou não.

em um primeiro momento. Embora a maioria dos Conselhos Profissionais brasileiros estejam organizados a partir do regime de *autarquia*, isso não significa afirmar, automaticamente, que estes são partes integrantes da Administração Pública Indireta. Exemplo que traz dúvida à doutrina e à jurisprudência é a do Conselho Federal de Medicina. A Lei Federal n.º 3.268/1957, positiva, logo em seu art. 1º, que os Conselhos Federal e Regionais de Medicina são organizados em forma de autarquia e possuem personalidade de pessoa jurídica de Direito Público.<sup>38</sup>

No entendimento de Leila Cuéllar, a organização dos Conselhos Profissionais em regime de direito público justifica-se pela delegação do exercício de regulação das atividades profissionais, exigida pelo Poder Público. “As atribuições referentes à auto-regulamentação profissional são atividades tipicamente estatais, razão, inclusive, para que as entidades sejam constituídas sob regime de direito público, especialmente sob a forma de autarquia”.<sup>39</sup> Este modelo seria análogo ao do conselho regulador público, “organismos de direito público, próximos das corporações públicas profissionais, mas sem o enquadramento de representação e defesa corporativa destas”.<sup>40</sup>

O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, ao analisar a natureza jurídica dos Conselhos Profissionais, especialmente os Conselhos Federais de Odontologia e de Medicina, sedimentou: “Natureza autárquica

---

38 “Art . 1º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-lei n.º 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma *autarquia*, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira”.

39 CUÉLLAR, Leila. Auto-regulação profissional – Exercício de atividade pública. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 4, n.º 15, jul./set., 2006, p. 95.

40 MOREIRA, Vital; LIMA, Luís Vale. *Autorregulação profissional oficial: o caso dos corretores de seguros no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n.º 39, jul./set., 2012, p. 190.

do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II”,<sup>41</sup> e em sentido semelhante: “Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição”.<sup>42</sup>

A maioria dos *precedentes* do Supremo Tribunal Federal entende que *predomina* a natureza de Direito Público das entidades e conselhos de ordem profissional. A Lei Federal n.º 9.649/1998, que regulamenta a organização da Presidência da República e de seus respectivos Ministérios e Pastas, tentou mudar esse quadro, ao determinar que os Conselho Profissionais, a partir da edição da norma, passassem a ser organizados em forma de direito privado, define em seu art. 58 o seguinte:

Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1.º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais.

§ 2.º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

[...]

§ 9º O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994.<sup>43</sup>

---

41 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. MS 21797, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2000.

42 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. MS 22643, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/1998.

43 A Lei Federal n.º 8.906/1994 refere-se ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos

Ou seja, determinou-se, a partir dos artigos da Lei acima destacada, que todos os Conselhos Profissionais se adequassem ao regime de direito privado para o pleno desenvolvimento de suas funções. No entanto, disserta-se a seguir com mais propriedade a respeito dos dispositivos da Lei Federal n.º 9.649/1998 e a eventual necessidade de instituição do regime de direito privado aos conselhos profissionais.

### **Conselhos Profissionais sob o regime privado**

A jurista portuguesa Maria João Estorninho observa que a utilização do direito privado pela Administração Pública é reveladora de que esta teve que ampliar seus papéis para o fornecimento de serviços sociais até então de prestação atenuada ou reduzida do Estado, pugnando que o alargamento dos fins do Estado implicou a adoção de novas formas de organização, passando-se, assim, a considerar que a atuação do Estado sob o regime de direito privado “levou mesmo a que muitas áreas da Administração Pública não precisassem mais de se <<disfarçar>> sob formas publicísticas”.<sup>44</sup>

A imposição do estabelecimento e da direção das atividades dos Conselhos Profissionais pelo regime privado foi um dos principais objetivos da Lei n.º 9.649/1998, inserida na própria lógica de reforma do aparelho do Estado nos anos 90. Sob os auspícios da Emenda Constitucional n.º 19/1998,

---

Advogados do Brasil, as quais se dissertará com mais cuidado em tópico subsequente.

44 ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53. Maria João Estorninho menciona seis critérios em que seria mais vantajosa a organização administrativa jurídico-privada: a) uma maior facilidade na criação e extinção de instituições; b) maior autonomia concedida aos entes criados, com âmbitos de responsabilização própria e menor influência político-partidária; c) a libertação das regras de organização de direito público; d) adoção de processos decisórios mais flexíveis, com a sujeição aos princípios da economia de mercado e da concorrência, com diversificação dos serviços prestados; e) diversificação dos meios de financiamento, em cooperação com os investidores privados; f) maior possibilidade de cooperação com as demais entidades públicas (ESTORNINHO, Maria João. Op. Cit., p. 59-67).

buscou-se a redução da importância do Estado brasileiro na condução das atividades econômicas, com o respectivo arrefecimento do papel do Estado na economia e, conseqüentemente, o seu tamanho, com a redução de cargos e funções, com a instituição, por exemplo, da observância de um novo princípio regente da atividade estatal: o princípio da eficiência.

Duramente criticado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que advoga que o princípio da eficiência “não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’”.<sup>45</sup> Porém, o conceito de eficiência e a sua respectiva informação pela Administração Pública, segundo Egon Bockmann Moreira, “exige postura *ativa* da Administração no sentido de sempre procurar o cumprimento dos demais princípios constitucionais. O atendimento à ordem maior da eficiência administrativa dirige-se ao objetivo de esmerar-se no atendimento aos demais mandamentos da Constituição”.<sup>46</sup>

Por mais desnecessário que a doutrina o *qualifique*, como repetitivo ou mesmo despropositado com o sentido de toda a Constituição, denota-se que o princípio da eficiência possui respaldo constitucional. Floriano de Azevedo Marques Neto advoga que o princípio da eficiência é uma sinalização clara de que os deveres e o exercício da função administrativa devem ser destinados à satisfação das finalidades públicas.<sup>47</sup> Complementa

---

45 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 125.

46 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 206.

47 Vale lembrar que os sentidos dados pela *interpretação constitucional* não se confundem com os objetivos da reforma constitucional realizada em 1998. É preciso delimitar que a interpretação da Constituição não deve ser realizada em partes ou em tiras, mas com vistas a dar fluidez, eficácia e completude ao texto constitucional como um todo. Conforme lecionou Eros Roberto Grau, na relatoria da Reclamação Constitucional n.º 6.568-SP, em

Marques Neto que “eficiência não pode ser confundido com a introdução, na atuação administrativa, de padrões próprios ao mundo privado, à empresa capitalista”.<sup>48</sup>

Especificamente a respeito das principais regras que foram estabelecidas pela Lei n.º 9.649/1998, Odete Medauar afirma o seguinte:

Uma das conseqüências da atribuição de personalidade jurídica de direito privado aos conselhos de fiscalização profissional combinada com seu desligamento da Administração Pública está na sua caracterização como entidades da sociedade civil que exercem atividades de natureza pública, inserindo-se no chamado ‘setor público não estatal’. Se a conformação anterior já se apresentava peculiar (autarquias não inseridas na Administração Pública), a nova conformação também suscita algumas questões.<sup>49</sup>

Porém, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle *concentrado* de constitucionalidade, declarou inconstitucional o dispositivo do art. 58 da Lei Federal n.º 9.649/1998, colaciona-se: “Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da *indelegabilidade*, a uma entidade privada, de *atividade típica de Estado*,

---

um dos maiores ensinamentos proporcionados a respeito da Constituição no exercício de máximo *intérprete* da Constituição Federal: “A Constituição é, contudo, *uma totalidade*. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, *totalidade normativa*, que a Constituição é”. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Rcl 6568, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2009, *grifos nossos*.

48 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica – o regime das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 279.

49 MEDAUAR, Odete. *Nova configuração dos Conselhos Profissionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora RT, v. 751, mai., 1998, p. 30.

que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados”.<sup>50</sup> Como se percebe, como integrantes da Administração Pública, os responsáveis pela gestão dos recursos destes conselhos profissionais, incluindo seus servidores e conselheiros estariam submetidos aos deveres de diligência e boa gestão do patrimônio destas entidades, seguindo-se os preceitos e nortes análogos dos exigidos à Administração Pública.

#### 4. Os sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa exige que o sujeito ativo tenha algum tipo de vínculo efetivo ou não com a Administração Pública. Este é o exato entendimento de Marçal Justen Filho, que confirma que o ato de improbidade administrativa “é conduta reprovável praticada por *agente estatal*, o que indica um sujeito que forma ou manifesta a vontade estatal. O art. 2º da Lei n.º 8.429/1992 adota ampla qualificação para agente estatal”.<sup>51</sup> Assim, o terceiro, sem qualquer vínculo com a administração pública e sem a atuação de um agente público não comete ato de improbidade administrativa.<sup>52</sup>

---

50 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 1717, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002.

51 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 1.086.

52 “A jurisprudência desta Corte Regional vem se consolidando no sentido de que particular, que não ostente a condição de agente público, não pode responder isoladamente por ato de improbidade administrativa, e, ainda, não ser admissível ação de improbidade ajuizada somente contra particulares”. BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, AC 164137520104014300, JUIZ FEDERAL PABLO ZUNIGA DOURADO (CONV.), TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:03/11/2014, *grifos nossos*.

Exige-se que o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa possua o mínimo *vínculo* com a Administração Pública, seja pela sua eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função, segundo a dicção do art. 2º da LIA. Igualmente, é preciso que aquele que comete ato de improbidade administrativa esteja sujeito ao controle da Administração Pública, caso contrário, não existirá ato de improbidade administrativa.

A Lei n.º 8.429/1992 situa três tipos de ato de improbidade administrativa. O primeiro destes atos refere-se àqueles expostos no art. 9º da Lei n.º 8.429, ou seja, aqueles que importem qualquer tipo de enriquecimento ilícito ou o *auferimento* de qualquer vantagem indevida. O art. 9º exige a existência do elemento doloso, com o específico intuito de lesar ou obter qualquer tipo de vantagem indevida por parte do servidor público (nos termos do art. 1º da Lei n.º 8.429/1992). Marçal Justen Filho confirma que “a disciplina do dispositivo é relevante porque confirma que, quanto às hipóteses dos arts. 9º e 11, não se admite improbidade sem dolo”.<sup>53</sup>

Já o art. 10, ou seja, aquele que tipifica os atos de improbidade administrativa que atentam contra o erário, admite a sua *perfectibilização* e *consumação* pela via dolosa ou culposa, por atos de ordem comissiva ou omissiva. O Superior Tribunal de Justiça, máximo intérprete da legislação federal brasileira, já decidiu diversas vezes o seguinte: “A Lei da Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9o.), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10)”.<sup>54</sup>

---

53 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 1096.

54 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1257150/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 17/09/2013.

José Afonso da Silva pondera que: “De fato, a Administração Pública é informada por diversos princípios gerais, destinados, de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, a garantir a *boa administração*, que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo – com o quê também se assegura aos administrados seu direito a práticas administrativas honestas e probas”.<sup>55</sup>

Nesse mesmo diapasão, Romeu Felipe Bacellar observa que: “Se o agente público não pode furtar-se ao cumprimento da lei, o ato administrativo deve ser realizado em atenção e consonância com todo o sistema jurídico-constitucional, ainda mais quando a Lei Fundamental de 1988 elevou à dignidade constitucional os princípios da administração pública”.<sup>56</sup>

Portanto, os membros, conselheiros e servidores, que possuam vínculo transitório ou não com os Conselhos Profissionais, se submetem ao regime aplicável à Lei de Improbidade Administrativa, exigindo-se que os

---

Para a definição de alguns critérios da potencialidade lesiva ao erário do ato ímprobo, o Ministério Público Federal, por meio de sua 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), editou o seguinte entendimento: “Enunciado n.º 14 : CONDUTA ÍMPROBA DE BAIXO POTENCIAL/PEQUENO PREJUÍZO AO ERÁRIO - Nas condutas ímprobas de baixo potencial ofensivo, em que o prejuízo ao erário não ultrapasse o valor de R\$ 1.000,00, o órgão ministerial poderá promover, sem mais providências, o arquivamento junto à Câmara. Nas mesmas hipóteses, se o prejuízo for superior a esse montante, mas não ultrapasse os R\$ 5.000,00, antes de promover o arquivamento do procedimento, o órgão ministerial expedirá à autoridade competente a recomendação cabível, visando à melhoria do serviço e ao ressarcimento amigável do dano, se for o caso”.

55 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 340, *grifos nossos*.

56 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169-170.

gestores possuam as diligências e observem os parâmetros que conduzem a Administração Pública.<sup>57</sup>

## 5. O caso da Ordem dos Advogados do Brasil

A doutrina jurídica e a jurisprudência têm muito discutido a respeito da incidência das normas de proteção à improbidade administrativa aos atos praticados pelos integrantes, dirigentes e funcionários da Ordem dos Advogados do Brasil. Contudo, dúvida se apresenta quando analisada a natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil.

É preciso levar em consideração a natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, e eventual submissão de seus agentes como sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa, tendo em vista o contido no art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa:

*Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.*

---

57 Este é o mesmo posicionamento que vem sendo adotado pelos Tribunais brasileiros, como no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, por conta da sua competência constitucional (art. 109 da CF) para o julgamento das ações que envolvam estes conselhos, por conta da sua organização em forma federativa: “O STF, no julgamento da ADI 1.717/DF, deu pela inconstitucionalidade do art. 58 da Lei n.º 9.649/98 e seus parágrafos, firmando o entendimento de que os conselhos profissionais têm natureza jurídica de autarquias e, portanto, se submetem ao regramento do direito público. Consequentemente, seus gestores se submetem à lei de improbidade administrativa”. (BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. AC 27233020004013200, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:10/04/2014). Destaca-se que a seguinte interpretação só foi possível devido ao julgamento da inconstitucionalidade do art. 58 da Lei n.º 9.649/98 pelo STF, conforme se dissertou com mais propriedade no corpo do texto.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Percebe-se que os atos que envolvam somente a utilização de recursos privados, sem a concorrência de qualquer patrocínio público de mais de 50% para a constituição de seu patrimônio, não poderá ser enquadrado como ato de improbidade administrativa, conforme ressalta Emerson Garcia, ao comentar o referido artigo, “atividade desenvolvida em caráter exclusivamente privado, com limitada inserção de recursos públicos, tem-se que a própria incidência do referencial de juridicidade é direcionada, primordialmente, à preservação do patrimônio público, não à transposição, para a iniciativa privada, de toda uma sistemática que não lhe diz respeito”.<sup>58</sup>

Portanto, a Ordem dos Advogados do Brasil, com a promulgação da Lei Federal n.º 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) não é integrante da Administração Pública Federal, muito embora o art. 133 da Constituição Federal, ao tratar das Funções Essenciais à Justiça, solidifica que o exercício da advocacia é função essencial à justiça: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Atente-se que, segundo interpretação do Supremo Tribunal Federal, embora a Ordem dos Advogados do Brasil preste verdadeiro serviço

---

58 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 314.

público no exercício de suas funções,<sup>59</sup> isso não significa dizer que a Ordem dos Advogados do Brasil é parte integrante da Administração Pública Federal: “A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. [...] Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB *não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária*”.<sup>60</sup>

Em outras palavras, para fins de configuração de ato de improbidade administrativa, é preciso que o sujeito *ativo e passivo* do ato de improbidade administrativa tenha uma relação de vínculo mínimo com a Administração Pública Federal, ou mesmo que o Poder Público venha a contribuir com grande parte do custeio de suas atividades, naquilo que a Lei Complementar n.º 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – nomearia de entidades dependentes, no qual o Poder Público concorre com mais de 50% para o seu financiamento.

Ademais, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região já sedimentou que a Ordem dos Advogados do Brasil, mesmo seus representantes legais, não podem cometer ato de improbidade administrativa, por conta da *natureza jurídica* da Ordem dos Advogados do Brasil, pois a OAB não integra “a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais

---

59 Lei Federal n.º 8.906/1994: “Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: [...] § 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico”.

60 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 3026, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006, *grifos nossos*.

de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”, confira-se: “Diante da orientação do Supremo Tribunal Federal a respeito da natureza jurídica autônoma e independente da Ordem dos Advogados do Brasil, não havendo ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público, nem podendo ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional (ADI n.º 3.026/DF, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 8/6/2006) e considerando que a Caixa de Assistência dos Advogados do Estado do Espírito Santo (Lei n.º 8.906/94, art. 45, IV) é órgão vinculado à OAB-ES, resta evidente que a CAAES não se enquadra no disposto no art. 1º e seu parágrafo único, da Lei n.º 8.429/92”.<sup>61</sup>

Assim sendo, não se vislumbra a possibilidade de qualquer tipo de ato de improbidade administrativa ser cometido por parte dos integrantes da Ordem dos Advogados do Brasil, por conta de sua natureza de não integrante da Administração Pública Federal Direta ou Indireta, à luz do exposto no ordenamento jurídico pátrio.

## 6. Conclusões

Diante de todo o exposto, chega-se às seguintes conclusões:

- i. A liberdade profissional consagra-se como um verdadeiro direito de ordem fundamental, pautado no art. 5, XIII da Constituição Federal. O seu exercício possui aplicabilidade plena, contudo, os seus efeitos podem ser restritos pela edição de lei federal pelo Legislativo.
- ii. Os Conselhos Profissionais, no Brasil, foram organizados,

---

61 BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*. AC 200950010053632, Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA, TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::23/05/2013.

primordialmente, sob o manto do regime de Direito Público, sendo concebidos com uma extensão do *poder de polícia*, delegado a estas entidades profissionais, competentes para exercer os limites, estabelecer regras e a disciplinar o exercício da liberdade profissional.

- iii. Como sua organização se dá, na maioria das vezes, no regime de Direito Público, conforme interpretação pautada na jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os seus membros, conselheiros, servidores e colaboradores estariam subordinados às disposições e aos sancionamentos da Lei de Improbidade Administrativa, devendo esses profissionais toda a diligência e observância aos princípios regentes da Administração Pública.
- iv. A Ordem dos Advogados do Brasil, conforme situou a Lei Federal n.º 8.906/1994, é entidade *sui generis* no Direito Brasileiro, usufruindo de benefícios fiscais e organizada na forma federativa, atraindo, assim, a competência da Justiça Federal (art. 109 da CF). De outro lado, o Poder Público brasileiro não concorre para a formação de seu capital, sendo que a OAB não é obrigada, nem mesmo, a prestar constas à Administração Pública. Com isso, intui-se que os agentes da OAB não se subordinam às exigências da Lei de Improbidade Administrativa, constituindo uma exceção no caso dos Conselhos Profissionais brasileiros.
- v. É preciso enfrentar com certa criticidade o regime de controle ora instalado, verificando, caso a caso, a estrutura de formação de cada Conselho Profissional, tomando em consideração a sua natureza, a origem majoritária de seus recursos (públicos ou privados), a necessidade de observância aos nortes regentes da Administração Pública e a todo o seu regime peculiar,

extraindo-se, como exemplos, o dever de licitar, de prestar contas ao Tribunal de Contas da União, de realizar concursos públicos, entre outros.

### Referências bibliográficas

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Decreto n.º 20.784/1931*.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1257150/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 17/09/2013.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 3026, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006.

\_\_\_\_\_. ADI 1717, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002.

\_\_\_\_\_. MS 21797, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2000.

\_\_\_\_\_. MS 22643, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/1998.

\_\_\_\_\_. Rcl 6568, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2009.

\_\_\_\_\_. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, AC 164137520104014300, JUIZ FEDERAL PABLO ZUNIGA DOURADO (CONV.), TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:03/11/2014,

\_\_\_\_\_. AC 27233020004013200, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:10/04/2014.

\_\_\_\_\_. *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*. AC 200950010053632, Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA, TRF2 - SÉTIMA

TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::23/05/2013.

CUÉLLAR, Leila. *Auto-regulação profissional – Exercício de atividade pública*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 4, n.º 15, jul./set., 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Normas Constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2005.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Trad. de Anna Maria Capovilla et. al. 6. ed. São Paulo: Instituto Mises, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Eficácia das Normas Constitucionais*: relendo José Afonso da Silva. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Curitiba: IAP, n.º 5, 1981.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica – o regime das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Nova configuração dos Conselhos Profissionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora RT, v. 751, mai., 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei n.º 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_; LIMA, Luís Vale. *Autorregulação profissional oficial: o caso dos corretores de seguros no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n.º 39, jul./set., 2012.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 7. ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

SCHULTZ, Ulrike; KOESSLER, Paul. *The Practicing Lawyer in Federal Republic of Germany*. The International Lawyer, Chicago, v. 14, n.º 3, 1980.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Washignton Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. de Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977.

---

# JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

---

2015



**JURISPRUDÊNCIA COMENTADA:**  
**Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná,**  
**Agravo Regimental n.º 830.155-5/04: execução dos efeitos**  
**patrimoniais da decisão concessiva de segurança.**

*Autor: Eron Freire dos Santos <sup>1</sup>*

Ementa do julgado a ser comentado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. VERBA DE REPRESENTAÇÃO DEVIDA A EX-GOVERNADOR. CASSAÇÃO. LIMINAR INDEFERIDA. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO SOMENTE EM FINAL JULGAMENTO DO ‘WRIT’. PARCELAS COMPREENDIDAS DA IMPETRAÇÃO À IMPOSIÇÃO DA ORDEM. DESNECESSIDADE DE SE OBSERVAR O REGIME DE PRECATÓRIO. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. EXEGESE DE JULGADO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(1) É preciso fazer distinção, quando a decisão proferida em mandado de segurança tem reflexos financeiros, entre concessão e restabelecimento de vantagem ou benefício. Na concessão, é inadmissível o deferimento de liminar e a decisão impondo a ordem somente poderá ser cumprida depois do seu trânsito em julgado, devendo, por isso, a execução das parcelas

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Procurador do Estado do Paraná.

devidas a partir da impetração seguir a sistemática de precatório. No restabelecimento, ao contrário, é possível o deferimento de liminar ou, não sendo deferida, a decisão impondo a ordem, prolatada adiante, deverá ser prontamente cumprida.

(2) Assim é porque na concessão de vantagem ou benefício a verba respectiva não se encontra incluída no orçamento do ente público. E não se encontrando, é de rigor aguardar-se o trânsito em julgado da decisão judicial e, posteriormente, expedição de precatório. No restabelecimento, ao contrário, a vantagem ou o benefício, antes da sua cassação, já integrava o patrimônio do impetrante e, por isso, já se encontrava inserido no orçamento do ente público.

(3) Esse, portanto, o fundamento jurídico para também se entender que, em se tratando de restabelecimento de vantagem ou benefício, as parcelas compreendidas entre a impetração e a imposição da ordem devem ser adimplidas imediatamente por meio de folha suplementar, sem necessidade de submissão ao regime de precatório. É que não se afigura justo nem razoável que o indeferimento de medida liminar, a par da demora do mecanismo judiciário, faça com que a obrigação financeira, relativa às parcelas vencidas a partir da impetração, apenas possa ser satisfeita mediante precatório em um longo e demorado processo de execução quando a vantagem ou benefício, que já integrava o patrimônio do impetrante, somente é restabelecido em final julgamento do ‘mandamus’.

(4) Ora, se as verbas devidas a partir da impetração podem ser executadas nos próprios autos do mandado de segurança, nos termos do que dispõe o § 4º do art. 14 da Lei Federal n.º 12.016./2009, o adimplemento dessa obrigação financeira, por lógica, deve ser imediato, correlato ao rito célere deste instrumento processual de índole constitucional tendente a, de pronto e de modo eficaz, restabelecer o ‘status quo ante’, violado por um ato ilegal ou abusivo de poder. Perspicaz, a esse respeito, a advertência de Humberto Theodoro Júnior no sentido de que ‘o mandado de segurança não é um simples processo de conhecimento para declaração de direitos individuais. Não se limita à condenação para preparar futura execução

forçada contra o Poder Público. É procedimento especial com imediata e implícita força executiva contra os atos administrativos. (...). Fala-se, por isso, em ação mandamental (...)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. ‘O mandado de segurança segundo a Lei n.º 12.016, de 07 de agosto de 2009’. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 7-8).”

**JURISPRUDÊNCIA COMENTADA:  
Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do  
Paraná, Agravo Regimental n.º 830.155-5/04.**

**1. Órgão Especial do TJ/PR, Agravo Regimental n.º 830.155-5/04: ordem de pagamento e desnecessidade de expedição de precatório em sede de mandado de segurança**

Recentemente, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná julgou agravo regimental n.º 830.155-5/04<sup>2</sup> interposto pelo Estado do Paraná contra decisão monocrática de Desembargador que, apreciando requerimento formulado pelo impetrante, deferiu o pedido para determinar o pagamento dos valores relativos às parcelas compreendidas entre a data da impetração e a da concessão da ordem, independentemente da expedição de precatório.

O apertado resultado do julgamento, ocorrido em 6.10.2014, foi de 9 x 8 para o desprovimento do recurso.

Esta é a ementa do acórdão proferido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA.  
VERBA DE REPRESENTAÇÃO DEVIDA A EX-GOVERNADOR.

---

2 TJ/PR, AgRg 830.155-5/04, rel. Xisto Pereira, Órgão Especial, j. 06.10.2014.

CASSAÇÃO. LIMINAR INDEFERIDA. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO SOMENTE EM FINAL JULGAMENTO DO ‘WRIT’. PARCELAS COMPREENDIDAS DA IMPETRAÇÃO À IMPOSIÇÃO DA ORDEM. DESNECESSIDADE DE SE OBSERVAR O REGIME DE PRECATÓRIO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. EXEGESE DE JULGADO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(1) É preciso fazer distinção, quando a decisão proferida em mandado de segurança tem reflexos financeiros, entre concessão e restabelecimento de vantagem ou benefício. Na concessão, é inadmissível o deferimento de liminar e a decisão impondo a ordem somente poderá ser cumprida depois do seu trânsito em julgado, devendo, por isso, a execução das parcelas devidas a partir da impetração seguir a sistemática de precatório. No restabelecimento, ao contrário, é possível o deferimento de liminar ou, não sendo deferida, a decisão impondo a ordem, prolatada adiante, deverá ser prontamente cumprida.

(2) Assim é porque na concessão de vantagem ou benefício a verba respectiva não se encontra incluída no orçamento do ente público. E não se encontrando, é de rigor aguardar-se o trânsito em julgado da decisão judicial e, posteriormente, expedição de precatório. No restabelecimento, ao contrário, a vantagem ou o benefício, antes da sua cassação, já integrava o patrimônio do impetrante e, por isso, já se encontrava inserido no orçamento do ente público.

(3) Esse, portanto, o fundamento jurídico para também se entender que, em se tratando de restabelecimento de vantagem ou benefício, as parcelas compreendidas entre a impetração e a imposição da ordem devem ser adimplidas imediatamente por meio de folha suplementar, sem necessidade de submissão ao regime de precatório. É que não se afigura justo nem razoável que o indeferimento de medida liminar, a par da demora do mecanismo judiciário, faça com que a obrigação financeira, relativa às parcelas vencidas a partir da impetração, apenas possa ser satisfeita mediante precatório em um longo e demorado processo de

execução quando a vantagem ou benefício, que já integrava o patrimônio do impetrante, somente é restabelecido em final julgamento do ‘mandamus’.

(4) Ora, se as verbas devidas a partir da impetração podem ser executadas nos próprios autos do mandado de segurança, nos termos do que dispõe o § 4º do art. 14 da Lei Federal n.º 12.016./2009, o adimplemento dessa obrigação financeira, por lógica, deve ser imediato, correlato ao rito célere deste instrumento processual de índole constitucional tendente a, de pronto e de modo eficaz, restabelecer o ‘status quo ante’, violado por um ato ilegal ou abusivo de poder. Perspicaz, a esse respeito, a advertência de Humberto Theodoro Júnior no sentido de que ‘o mandado de segurança não é um simples processo de conhecimento para declaração de direitos individuais. Não se limita à condenação para preparar futura execução forçada contra o Poder Público. É procedimento especial com imediata e implícita força executiva contra os atos administrativos. (...) Fala-se, por isso, em ação mandamental (...)’ (THEODORO JÚNIOR, Humberto. ‘O mandado de segurança segundo a Lei n.º 12.016, de 07 de agosto de 2009’. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 7-8).”

## **2. Breve histórico da questão no TJ/PR**

Para efeito de registro, assinalamos que, no Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a mesma questão foi objeto de discussão em outros processos recentes, em todos com o mesmo resultado: no julgamento do Agravo Regimental n.º 770.964-4/04 (rel. Antonio Loyola Vieira), a decisão foi tomada pela unanimidade; já no julgamento do Agravo Regimental n.º 793.432-5/05 (rel. p/ acórdão Dartagnan Serpa Sá), pela maioria.

### **3. Questão controvertida e a jurisprudência dos Tribunais Superiores**

Precisamente, a questão controvertida é: os valores compreendidos entre a data da impetração do mandado de segurança e a concessão da ordem podem ser pagos ao interessado, pela Fazenda Pública, sem a expedição de precatório? A Fazenda Pública pode ser obrigada a pagar tais valores por meio de depósito em conta do impetrante? Ou se, em tais situações, é imprescindível a expedição de precatório?

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, observa-se, com muita facilidade, que o entendimento é pela necessidade de expedição do precatório. Nesse sentido, são os acórdãos proferidos: STF, Rcl. 14505 AgR/DF, rel. Teori Zavascki, Pleno, j. 19.06.2013, DJe 01.07.2013; STF, ARE 639219 AgR/RJ, rel. Rosa Weber, 1ª T., j. 21.08.2012, DJe 01.10.2012; STF, RE 602184 AgR/SP, rel. Luiz Fux, 1ª T., j. 14.02.2012, DJe 09.03.2012; STF, RE 657674 AgR/MS, rel. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 06.05.2014, DJe 30.05.2014.

Transcrevemos, por esclarecedor, a ementa do terceiro precedente mencionado da Corte Suprema:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DÉBITO PROVENIENTE DE SENTENÇA CONCESSIVA EM MANDADO DE SEGURANÇA. SISTEMA DE PRECATÓRIO. ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. 1. Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública estão adstritos ao sistema de precatórios, nos termos do que dispõe o artigo 100 da Constituição Federal, o que abrange, inclusive, as verbas de caráter alimentar, não se excluindo dessa sistemática o simples fato do débito ser proveniente de sentença concessiva de mandado de segurança. (Precedentes: AI n.º 768.479-AgR, Relator o Ministro Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 7.5.10; AC n.º 2.193 REF-MC, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe

23.4.10; AI n.º 712.216-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 18.09.09; RE n.º 334.279, Relator o Ministro Sepúlveda Pertencente, 1ª Turma, DJ de 20.08.04, entre outros). 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: EMENTA: Agravo – Mandado de Segurança – Licença-prêmio não gozada – Pagamento que é imediato – Posição tranquila da jurisprudência – Trata-se de restauração de situação de ilegalidade e ilegitimidade por omissão da Administração – Dá-se provimento ao recurso, para o cumprimento do pagamento em 30 dias, restabelecendo o v. Despacho do MM. Juiz de fls. 66 deste autos. 3. Ademais, o agravante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual a mesma deve ser mantida por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, RE 602184 AgR/SP, rel. Luiz Fux, 1ª T., j. 14.02.2012, DJe 09.03.2012)

Para o Superior Tribunal de Justiça, nota-se a existência de divergência quanto à questão examinada, ora havendo entendimentos a favor pela necessidade de expedição do precatório, ora havendo orientações em prol da desnecessidade. A título de ilustração: a favor da expedição do precatório, STJ, AgRg no MS 17499/DF, rel. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, j. 10.04.2013, DJe 18.04.2013; STJ, Rcl 4924/DF, rel. Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, j. 22.06.2011, DJe 10.02.2012; STJ, AgRg na Rcl 1827/DF, rel. Laurita Vaz, 3ª Seção, j. 22.06.2011, DJe 28.06.2011; em sentido oposto, STJ, AgRg no AREsp 419710/PA, rel. Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. 25.03.2014, DJe 03.04.2014; STJ, AgRg no REsp 1246593/RJ, rel. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado), 6ª T., j. 07.06.2011, DJe 28.06.2011.

#### **4. Solução do TJ/PR**

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (ou melhor, o Órgão Especial desta Corte) entendeu que, nos mandados de segurança, é

preciso estabelecer uma distinção entre a *concessão* de vantagem e o *restabelecimento* de vantagem.

De acordo com esse entendimento, em se tratando de mandado de segurança no qual se postula a concessão de uma vantagem pecuniária, é inadmissível o deferimento de liminar e a decisão impondo a ordem somente poderá ser cumprida depois do trânsito em julgado, devendo, por isso, a execução das parcelas devidas a partir da impetração seguir a sistemática de precatório.

Por outro lado, em se tratando de mandado de segurança em que se pleiteia o restabelecimento de uma vantagem pecuniária, “ao contrário, é possível o deferimento de liminar ou, não sendo deferida, a decisão impondo a ordem, prolatada adiante, deverá ser prontamente cumprida” (excerto da ementa).

Para a Corte regional, as razões (principais, segundo nosso juízo) que justificariam tal conclusão são estas: (1) “argumento financeiro-orçamentário” - no caso do restabelecimento de vantagem, os valores já estavam inseridos no orçamento do ente público; no caso de concessão de vantagem, não; (2) “argumento jurisprudencial” - o Superior Tribunal de Justiça encaparia essa orientação.

A par dessas razões, o acórdão expõe outras: (3) menciona que não se afigura justo nem razoável que o pagamento seja feito apenas após o trânsito em julgado e com a expedição de precatório; (4) o direito líquido e certo já existia ao tempo da impetração; (5) o disposto no art. 14, § 4º, da Lei Federal n.º 12.016/09<sup>3</sup>.

Particularmente, reputamos interessante a solução dada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, porque, conforme pensamos, ela

---

3 Art. 14. (...) § 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

encontra respaldo parcial em autorizado magistério doutrinário. Apesar disso, e da consideração e respeito que temos sobre a decisão proferida pela Corte, entendemos que ela está equivocada.

## 5. Exame da solução dada

Leonardo Carneiro da Cunha<sup>4</sup>, ao examinar a possibilidade de deferimento liminar em sede de mandado de segurança, especificamente a vedação do art. 7º, § 2º, da Lei Federal n.º 12.016/09<sup>5</sup>, entende que na hipótese de restabelecimento de vantagem pecuniária não há que se falar em proibição. O doutrinador compreende, em síntese, que os casos de vedação de liminar devem ser interpretados restritivamente, de sorte que a concessão de vantagem não abarcar o restabelecimento de vantagem.

Quanto à questão aqui debatida, este doutrinador entende ser necessário que, em relação aos valores devidos entre a impetração e o trânsito em julgado, eles devem ser cobrados no próprio mandado de segurança, mediante execução contra a Fazenda Pública, observando a sistemática do precatório<sup>6</sup>.

Por honestidade, devemos dizer que não há uniformidade no tratamento doutrinário da matéria. Em sentido diverso, está o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, para quem a sistemática demorada do precatório é incompatível com a estrutura constitucional do

---

4 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 239-240.

5 Art. 7º. (...) § 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadoria e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

6 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.* p. 553.

mandado de segurança<sup>7</sup>.

Não obstante, compreendemos que a distinção realizada pelo doutrinador Leonardo Carneiro da Cunha não se ajusta, com perfeição, à solução dada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, porque uma coisa é a “possibilidade de concessão de liminar”; outra, o “pagamento sem expedição de precatório”.

No ponto, é preciso atentar para as disposições constitucionais (art. 100, caput e § 5º, da Constituição Federal/88<sup>8</sup>) que exigem, para efeito de pagamento da Fazenda Pública decorrente de decisão judicial, além da expedição de precatório, o trânsito em julgado da decisão judicial condenatória.

Assim, no caso de restabelecimento de vantagem pecuniária, é possível o deferimento de medida liminar, porque não há o impedimento legal do art. 7º, § 2º, da Lei Federal n.º 12.016/09. Uma vez deferida a liminar (com o restabelecimento da vantagem pecuniária), o impetrante passará a perceber a vantagem por conta de uma obrigação de fazer imputada pelo Judiciário em face da Fazenda Pública – não por conta de uma obrigação de pagar.

Acaso descumprida a liminar (que cominou obrigação de fazer à Fazenda Pública, e não sendo esta decisão reformada, por óbvio), o caso – aí sim – pode ser resolvido mediante emissão de folha suplementar em favor do interessado (nesse caso a via do precatório não parece mesmo adequada, porque aí a Fazenda Pública estaria se valendo da própria

---

7 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a Lei n.º 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 40.

8 Art. 100. (...) § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

torpeza para transmutar obrigação de fazer em obrigação de pagar, protelando o cumprimento da ordem judicial<sup>9</sup>). Nesse sentido: STJ, AgRg no Ag 1412030/RJ, rel. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, j. 03.09.2013, DJe 10.09.2013.

Agora, daí extrair que, nas hipóteses de restabelecimento de vantagem pecuniária, não havendo concessão de liminar, é possível consentir com o pagamento dos valores existentes desde a data da impetração mediante o depósito em conta do interessado, sem expedição do precatório, é equivocado segundo nosso entendimento.

No que atine ao “argumento financeiro-orçamentário”, discordamos porque, conforme entendimento de magistério autorizado, a Constituição Federal, ao estabelecer a necessidade de prévio trânsito em julgado antes da expedição do precatório (art. 100, § 5º), pretendeu evitar a possibilidade de inscrição no orçamento das entidades públicas despesas não definitivas<sup>10</sup>.

Se a decisão concessiva da segurança, como a proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no referido agravo regimental, pode ser objeto de recurso, a despesa decorrente dela não é definitiva, dada a possibilidade de reforma, e, por tal razão, não deveria poder ser inscrita no orçamento.

Em relação ao “argumento jurisprudencial”, conforme já exposto, não concordamos que a questão é pacífica nos Tribunais Superiores. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao contrário, as decisões são todas no sentido da necessidade de expedição de precatório na situação em comento. Na esfera do Superior Tribunal de Justiça, há divergência.

---

9 Essa percepção em torno do tema não é sólida, havendo, inclusive, decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso (STJ, ARE 639219 AgR-ED/RJ, rel. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 19.05.2015, DJe 17.06.2015); isto é, mesmo sendo o caso de descumprimento de liminar, os pagamentos devidos devem ser efetuados pelo regime de precatório.

10 DA CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 348.

É oportuno registrar, no ponto, o conteúdo da decisão proferida, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE 639.219 AgR-ED/RJ, uma vez que o caso versou exatamente sobre a questão de restabelecimento de vantagens a servidor público. Nele, a Ministra Rosa Weber, acompanhada pela maioria da 1ª Turma, ratificou o entendimento segundo o qual é indispensável a observância do regime de precatório para pagamento de débitos da Fazenda Pública provenientes de decisão concessiva de mandado de segurança.

Ademais, quanto a este argumento, entendemos que é possível distinguir a questão referente à possibilidade de concessão de liminar e a questão de determinar o pagamento sem expedição de precatório.

Relativamente aos argumentos de que não se afigura razoável nem justo de que o pagamento seja feito após o trânsito em julgado e a expedição do precatório, e de que o direito líquido e certo já existia desde a impetração, consideramos, com o devido respeito, que eles são genéricos.

É que, além de ser aplicável não só nos mandados de segurança (mas em qualquer espécie de ação e também nos casos de mandados de segurança para concessão de vantagem), o argumento acerca da razoabilidade, sem maiores fundamentações, não autoriza o Poder Judiciário a afastar a norma legal incidente ao caso. A par disso, o fato de o direito líquido e certo já existir, não pode justificar tal solução, porque essa mesma razão poderia ser aplicado, indiscriminadamente, às demais espécies de ação.

Por fim, no que concerne ao disposto no art. 14, § 4º, da Lei n.º 12.016/2009, estamos em que a correta interpretação do preceito legal é aquela encampada pelo enunciado n.º 271 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação ao período pretérito, os quais devem ser

reclamados administrativamente ou pela via judicial própria<sup>11</sup>. Ou seja: parcelas vencidas antes do ajuizamento do mandado de segurança não podem ser consideradas na decisão que concede a segurança.

## 6. Conclusões

Concluimos, então, que, apesar de interessante, a decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Paraná não está correta, especialmente em razão da orientação jurisprudencial contrária hoje prevalente. O fato de ser viável a concessão de liminar em mandado de segurança para determinar o restabelecimento de vantagem suprimida, conforme lições doutrinárias, não justifica a desnecessidade de expedição de precatório para efeito de pagamento das parcelas vencidas desde a impetração e a concessão da ordem.

## 7. Referências bibliográficas

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei n.º 12.016/2009*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a Lei n.º 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

---

11 Perfilhando essa orientação: MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016/2009*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012. p. 159-160.



---

# PRODUÇÃO JURÍDICA DA PGE

---

2015



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE  
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

O ESTADO DO PARANÁ, pessoa jurídica de direito público interno, representado judicialmente pela Procuradoria-Geral do Estado, neste ato pelos procuradores subscritos, vem, com apoio no art. 485, *caput*, IV e V, do Código de Processo Civil, e na forma dos arts. 487 e ss. do Código de Processo Civil e arts. 323 a 325 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, propor a presente

AÇÃO RESCISÓRIA, COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO  
DE TUTELA<sup>1</sup>,

em face do SINDICATOS, entidade sindical de 1º grau, com sede nesta Capital, na Rua X, CEP xxxxx-xxx, doravante **demandado**, pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos:

**I – ESCORÇO DO PROCESSO QUE ORIGINOU A DECISÃO  
RESCINDENDA**

1. *Objeto da demanda que originou a decisão.* O Sindicato

---

1 Petição inicial de Ação Rescisória, subscrita pelo procurador do Estado Felipe Barreto Frias, elaborada após estudo de grupo de trabalho composto pelos procuradores Felipe Barreto Frias, Guilherme Soares e Manoel Caetano Ferreira Filho.

demandado propôs ação declaratória cumulada com condenatória, sob nº CNJ 0000000-00.1992.8.16.0000 (número antigo: X/92), perante a 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Curitiba, em que pleiteou (a) a declaração (*conteúdo declaratório*) do direito dos servidores públicos do Poder Judiciário, substituídos processuais, a tratamento isonômico em relação a outras carreiras beneficiadas por leis estaduais de reajuste de abril de 1992 (Lei Complementar 63/92 e Leis 9937/92, 9938/92, 9939/92, 9940/92 e 9941/92), com consequente (b) condenação (*conteúdo condenatório*) do Estado a incorporar, com efeitos retroativos a 1ª de abril de 1992, o maior percentual ou maior média dos índices aplicados por aquelas leis fossem estendidos aos substituídos (vide petição inicial no doc. 2, fls. 4 a 10 dos autos de origem).

Sobreveio sentença (doc. 2, fls. 285 a 292 dos autos de origem), integrada por decisão que julgou embargos de declaração (doc. 2, fls. 316/317 dos autos de origem), a qual, apoiando-se em equivocada interpretação do art. 27, *caput*, X, da Constituição Estadual (simétrico ao art. 37, *caput*, X, da Constituição Federal), julgou procedente o pedido, (a) “a fim de declarar o direito dos servidores públicos do Poder Judiciário em receber tratamento isonômico com as demais categorias profissionais” (*conteúdo declaratório*), e (b) “a fim de condenar o Estado do Paraná a conceder reajuste linear concedido aos funcionários públicos em geral, com efeito retroativo a partir de abril de 1992” (*conteúdo condenatório*); as diferenças, consistente nos atrasados, deveriam ser apuradas em fase liquidatória.

2. *Fase recursal e trânsito em julgado*. Este Egrégio Tribunal, em acórdão da 18ª Câmara Cível (doc. 2, fls. 497 a 509 dos autos de origem), e com apoio na norma constitucional federal – e não mais a estadual –, manteve a sentença (salvo no capítulo condenatório de honorários advocatícios)<sup>2</sup>.

---

2 Houve antes disso alguns percalços, concernentes à competência (ou não) da Justiça comum para analisar o feito; é desnecessário minudenciá-los para que se compreenda a causa.

O Estado do Paraná manejou recurso extraordinário, que não foi admitido na origem (doc. 2, fls. 541/542 dos autos); por meio de agravo, fez-se subir aquele ao Supremo Tribunal Federal, que, porém, não conheceu do recurso extraordinário (fls. 600 a 602 dos autos de origem), o que fez com apoio no enunciado de Súmula nº 284.

A decisão transitou em julgado em 18 de outubro de 2013 (doc. 2, fl. 610 dos autos de origem).

3. *Execuções decorrentes do título rescindendo.* Diversos substituídos – não há como saber quantos deles – estão, presentemente, a executar tanto os atrasados como a suposta obrigação de fazer, consistente na implantação de diferenças em folha de pagamento, em grupos de dois (2) a cinco (5) litisconsortes por processo (doc. 5). São execuções fundadas em título que, como se exporá mais adiante, está eivado de vício intrínseco, vício que atinge todo seu conteúdo.

Cuida-se de execuções milionárias. Até o momento, o Estado tem ciência de sete delas. Conforme se explicará no item 22, *infra*, **estima-se, por baixo, potencial de propositura de 400 ações executivas, que podem, também por baixo, ter impacto patrimonial de mais de 22 bilhões de reais apenas em atrasados, e mais de 30 milhões de reais mensais em diferenças pagas no contracheque.**

Um título executivo a que claramente falece higidez não pode gerar tamanho tumulto nem tamanha ameaça ao erário.

## **II – COMPETÊNCIA PARA JULGAR A RESCISÓRIA**

4. *Competência do Tribunal de Justiça.* A competência para julgar a presente ação rescisória é deste Egrégio Tribunal de Justiça, mais especificamente da Câmara Cível em sua composição integral, *ex vi* do art. 85, V, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Com efeito, a decisão de mérito rescindenda foi proferida pela 18ª

Câmara deste Egrégio Areópago, pois, *conhecendo* da apelação interposta pelo Estado em face da sentença de primeiro grau, negou-lhe provimento (houve provimento parcial da apelação interposta pela parte demandada no que diz com capítulo acessório, o que não altera o quadro); **a decisão da**

**Câmara, portanto, substituiu a sentença** (CPC, art. 512), de modo que é ela que deve ser rescindida.

5. *Observação relevante.* Impende notar que a competência não é do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, *caput*, I, “j”), uma vez que este não adentrou no mérito do recurso extraordinário interposto (vide *supra*, item 2 desta inicial); é dizer, não é a decisão do Supremo que se pretende rescindir.

Esse é o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende da leitura *a contrario sensu* do Enunciado de Súmula n° 249, *verbis*:

É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.

Isso significa que a competência é do Supremo apenas se ele apreciou a questão federal – ou, para adequar à realidade atual, questão constitucional –, o que significa que, do contrário, a competência é do órgão jurisdicional que apreciou o mérito.

Confira-se uma dentre tantas decisões da lavra do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V E IX, DO CPC. COMPETÊNCIA. CONSTITUCIONAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ATUALIZAÇÃO. ART. 201, § 2.º, DA CONSTITUIÇÃO. CRITÉRIO DA EQUIVALÊNCIA SALARIAL. INTEGRAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL. ART. 58 DO ADCT. LIMITES. LEIS 8.212/91 E 8.213/91. PRECEDENTES. AÇÃO RESCISÓRIA CONHECIDA E PROVIDA. 1. **A competência do STF para conhecimento e julgamento da ação rescisória fica firmada desde que o Tribunal tenha enfrentado uma das questões de mérito - ainda que para não conhecer do recurso** (Súmula STF n° 249). 2. Reajuste dos

benefícios de prestação continuada mantidos pela Previdência Social na data da Constituição de 1988 de acordo com o salário mínimo. Aplicação do art. 58 do ADCT. Limitação da norma constitucional transitória à edição das Leis 8.212/91 e 8.213/91, que regulamentaram, na forma do art. 201, § 2.º, da Constituição Federal, os critérios de revisão dos benefícios previdenciários. 3. Reajuste dos benefícios iniciados no período compreendido entre a promulgação da Constituição e o início da vigência das leis de custeio e benefício, matéria disciplinada no art. 15 da Lei 7.787/89. 4. Ação rescisória conhecida e provida. (negritou-se)

(AR 1572, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00020 EMENT VOL-02290-01 PP-00019 RT v. 97, n.º 867, 2008, p. 93-97)

Assim, está firmada a competência deste Egrégio Tribunal de Justiça para apreciar a presente demanda.

### **III – RESCISÃO POR OFENSA À COISA JULGADA**

6. *A demanda que originou a decisão cuja coisa julgada se viola.* Sem rodeios: **a decisão rescindenda está a ofender a coisa julgada de decisão de mérito proferida nos autos nº Y/95, que tramitam na 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba** (doc. 3). Doravante, fala-se apenas em ação da 1ª Vara, em contraposição à ação em que foi proferida a decisão rescindenda, que passará a ser apenas ação da 2ª Vara.

Na ação da 1ª Vara, o mesmo Sindicato demandado pleiteou (a) declaração (*conteúdo declaratório*) do direito dos servidores públicos do Poder Judiciário, substituídos processuais, a tratamento isonômico em relação a outras carreiras beneficiadas por leis estaduais salariais editadas de janeiro de 1992 a setembro de 1993 (o que engloba todas as leis de reajuste de abril de 1992, inclusive aquelas mencionadas na inicial da demanda que originou a decisão rescindenda), com consequente (b) condenação (*conteúdo condenatório – obrigação de fazer*) ao realinhamento das tabelas de vencimento daqueles, aplicando-se o maior percentual dos índices aplicados aos servidores do Poder Executivo, que seria de 70,41% ou – parece cuidar-se de pedido subsidiário – 64,58% (vide petição inicial

no doc. 3, fls. 4 a 39 dos autos) e (c) condenação (*conteúdo condenatório – obrigação de pagar*) ao pagamento e incorporação aos vencimentos dos substituídos, mês a mês, da diferença entre os percentuais de reajustes aplicados aos servidores do Poder Executivo e os aplicados aos servidores do Poder Judiciário, aplicando-se os maiores percentuais aplicados àqueles no período de janeiro de 1992 a setembro de 1993<sup>3</sup>.

Após sentença que veio a ser anulada, foi proferida sentença (doc. 3, fls. 364 a 375 dos autos) que julgou procedente a demanda, declarando o direito pleiteado e condenando o Estado a promover o realinhamento das Tabelas, com índice de 64,58%.

A decisão – salvo o capítulo referente a honorários de sucumbência – foi mantida por este Egrégio Tribunal (doc. 3, fls. 504 a 520 dos autos de origem).

O Supremo Tribunal Federal, porém, primeiro monocraticamente (doc. 3, fls. 594 a 597 dos autos de origem), depois pelo colegiado (doc. 3, fl. 600, verso, dos autos de origem), em sede de agravo de instrumento manejado em recurso extraordinário, reformou *in totum* a decisão. No capítulo seguinte entrar-se-á no mérito da decisão – absolutamente escorreita –, que aplicou o enunciado de súmula nº 339, afastando a aplicação do art. 37, *caput*, X, da Constituição Federal que lhe viola o conteúdo. Nesse momento o que se quer fazer ver é apenas que a decisão rescindenda ofendeu a coisa julgada da ação da 1ª Vara.

E assim é – e com isso se termina a narrativa do quanto se passou na ação da 1ª Vara – porque **essa decisão final do Supremo Tribunal Federal transitou em julgado em 5 de novembro de 2012** (doc. 3, fl.

---

3 Houve, antes da propositura da ação declaratória e condenatória, o ajuizamento de ação cautelar (autos 94 – também no doc. 3); também se julga irrelevante discorrer sobre essa cautelar, que, de mais a mais, foi julgada improcedente e não logrou êxito na obtenção de liminar.

**601 dos autos de origem), quando é certo que, conforme já se expôs, a decisão rescindenda transitou em julgado posteriormente, em 17 de outubro de 2013.**

7. A hipótese de rescindibilidade. Dispõe o art. 485, *caput*, IV, do Código de Processo Civil:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

IV – ofender a coisa julgada;

(...)

Sobre falar o dispositivo de decisão de mérito, trata-se aqui de *coisa julgada material*. Esta é definida como a qualidade da sentença (em sentido amplo) de imutabilização dos efeitos materiais desta (leitura adequada do art. 467 do Código de Processo Civil). Nesse passo é de se observar que **a decisão de mérito que julga improcedente a demanda faz coisa julgada, que atinge o conteúdo declaratório do *decisum***<sup>4</sup>. Afinal, a sentença de improcedência adentrou o mérito, ou seja, julgou a lide; vem à baila o art. 468 do Código de Processo Civil, segundo o qual “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas” (note-se que “força de lei” é exatamente a coisa julgada material).

A imunização dos efeitos da sentença de mérito tem como uma das consequências o impedimento de repositura de demanda já definitivamente julgada. A leitura conjugada dos §§ 1º a 3º do art. 301 do Código de Processo Civil revela que se “verifica” (esse é o verbo usado) coisa julgada quando houver identidade de partes, causa de pedir e pedido entre uma demanda e outra em que se proferiu decisão definitiva. Tecnicamente, o conceito não é de coisa julgada, mas de um efeito dela, a saber, o efeito negativo da coisa julgada, consistente no impedimento de repositura

---

4 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil – vol. III*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 310.

de igual demanda, ou – como é o caso – de causa de rescindibilidade da decisão proferida com violação da coisa julgada.

8. *Subsunção: a coisa julgada no caso concreto.* Portanto, a decisão de mérito que julga improcedente a demanda, ao ter seu conteúdo declaratório imunizado pela coisa julgada, impede o novo julgamento que tenha o mesmo objeto. Ora, **o trânsito em julgado da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal nos autos da 1ª Vara impedia que a mesma demanda (ou seja, com mesmas partes, causa de pedir e pedido) fosse julgada novamente. Como houve novo julgamento, que transitou em julgado depois, configura-se causa de rescindibilidade da segunda decisão de mérito.**

Note-se que, apesar da linguagem algo distinta das iniciais da ação da 1ª Vara e daquela da 2ª Vara, há identidade de partes, pedido e causa de pedir. Veja-se esquematicamente:

	<b>Autos Y/95 (1ª Vara)</b> <b>Trânsito em julgado:</b> <b>5/11/12</b>	<b>Autos X/92 (2ª Vara)</b> <b>Trânsito em julgado:</b> <b>17/10/13</b>
<b>Partes:</b>	1. Sindicato S	1. Sindicato S
1. <b>Parte formal</b>	2. Servidores do Poder Judiciário	2. Servidores do Poder Judiciário
2. <b>Beneficiários</b>		
<b>Causa de pedir</b>	1. Leis salariais de janeiro de 1992 a setembro de 1993	1. Leis salariais de abril de 1992
1. <b>Remota</b>	2. Violação da isonomia: CE, arts. 5º e 37, X	2. Violação da isonomia: CE, arts. 5º e 37, X
2. <b>Próxima</b>		
<b>Pedido</b>	1. Direito a tratamento paritário	1. Direito a tratamento paritário
1. <b>Declaração</b>	2. Extensão do maior índice ou da maior média de índices aplicados a outras categorias	2. Extensão do maior índice aplicado a outras categorias
2. <b>Condenação</b>		

Quando se disse que há identidade de pedido e causa de pedir, pretendeu-se dizer que há uma extensão idêntica de objetos; mas o objeto da ação da 1ª Vara é mais amplo que o da 2ª Vara. Se é mais amplo, ele abarca o objeto da demanda em que foi proferida a decisão rescindenda.

Veja-se que **a causa de pedir da ação da 1ª Vara é a quebra de isonomia por edição de leis salariais de janeiro de 1992 a setembro de 1993; claro está, portanto, que a causa de pedir engloba a alegada quebra de isonomia em razão das leis salariais de abril de 1992, que constitui a causa de pedir da ação das 2ª Vara.**

A sentença da ação da 1ª Vara (doc. 3, fls. 364 a 375 dos autos), posteriormente reformada em sede de recurso extraordinário, é bastante didática na parte dispositiva quanto à causa de pedir: condena-se “o Estado do Paraná a promover o realinhamento das Tabelas de Vencimentos dos servidores do Poder Judiciário e do Poder Executivo, concedendo aos servidores o reajuste de 64,58% (sessenta e quatro ponto cinquenta e oito por cento) referente ao período de janeiro de 1992 a setembro de 1993” (cuida-se da obrigação de fazer); condena-se o Estado, ainda, “ao pagamento e incorporação aos vencimentos dos servidores do Poder Judiciário, mês a mês, da diferença entre os percentuais de reajuste aplicados aos servidores do Poder Executivo e os aplicados aos servidores do Poder Judiciário, bem como dos valores a estes correspondentes, aplicando-se o percentual acima especificado (64,58%), no período de janeiro de 1992 a setembro de 1993”.

Quanto ao **pedido**, quer parecer que o crucial é o declaratório; pois se se reconhece – como de fato se reconheceu – que o ordenamento jurídico não alberga a pretensão de reconhecimento de direito ao tratamento isonômico, automaticamente está descartada a pretensão que dessa declaração depende, a saber, a de condenação do Estado a estender os reajustes aos substituídos. De qualquer sorte, essa discussão sequer vai surgir aqui, porque também o pedido condenatório da ação da 1ª Vara é mais amplo: pede-se alternativamente que a extensão do reajuste seja pelo maior índice, ou pela maior média.

Note-se que é irrelevante qual o percentual a que alegadamente fariam jus os substituídos processuais; que se tenha chegado a um percentual na ação da 1ª Vara (tanto na inicial como na sentença e no acórdão que o confirmou, depois reformado pelo Supremo Tribunal Federal), ao passo que se deixou, na ação da 2ª Vara, para a fase liquidatória a apuração do percentual, não afasta a coincidência da causa de pedir. **Quando se nega o fundo de direito, que é a própria possibilidade de extensão de reajustes dados para categorias a outra categoria, e isso com relação ao mesmo período (abril de 1992), está-se a declarar que nenhum índice pode ser aplicado.** Isso, portanto, fez coisa julgada para as partes.

O fulcral, pois, é que **a decisão que antes transitou em julgado, proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ação da 1ª Vara (autos Y/95), declarou – corretamente, como se verá noutro passo –, em decisão de improcedência (tipicamente declaratória), que o pleito formulado pelo Sindicato demandado em face do Paraná (partes) de que, em razão da edição de leis de reajuste editadas entre janeiro de 1992 e setembro de 1993 – o que inclui abril de 1992 – (causa de pedir), deveria haver extensão dos reajustes aos substituídos (pedido), não estava albergado pelo direito.** Não pode haver – como houve – nova decisão sobre esse objeto envolvendo essas partes; a decisão dos autos da ação da 2ª Vara (autos X/92) ofendeu frontalmente a coisa julgada.

9. *Conclusão.* Assim, incontestemente que a decisão rescindenda ofendeu a coisa julgada, e deve ser rescindida. Como, nesse caso, há de prevalecer a primeira coisa julgada, basta o juízo de *iudicium rescidens*, por desnecessária nova decisão a se sobrepor à rescindenda.

#### **IV – RESCISÃO POR VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI**

##### **a) Violação dos arts. 467, 468, 471 267, caput, V, e 300, § 3º do CPC**

10. *A hipótese de rescindibilidade.* A decisão rescindenda, pelas

mesmas razões expostas no capítulo anterior, viola literais disposições de lei, mais precisamente aqueles que garantem a autoridade da coisa julgada.

Dispõe o art. 485, *caput*, IV, do Código de Processo Civil:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V – violar literal disposição de lei;

(...)

À evidência, o termo “lei” compreende também lei processual. E a decisão rescindenda, no ofender a coisa julgada, também violou diversos dispositivos processuais. Senão vejamos.

11. *Subsunção: a violação em concreto.* Dispõem os arts. 467, 468 e 471 do Código de Processo Civil:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

A leitura conjugada desses dispositivos traz à tona a seguinte regra: **a coisa julgada material, sendo a qualidade de imunização da decisão de mérito na extensão das questões decididas, impede que essas questões sejam decididas novamente.**

Veja-se que esse efeito negativo da coisa julgada – de impedir a repropositura da mesma ação julgada no mérito – encontra, no curso do processo, uma específica concretização: ela, coisa julgada, é causa de extinção do processo sem resolução do mérito. Estabelece o art. 267, *caput*, V, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

(...)

O dispositivo é complementado pelo art. 301, § 3º, 2ª frase, do Código de Processo Civil, que estabelece:

§ 1º. (...) há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

A previsão de extinção de processo sem resolução de mérito em razão de coisa julgada configura, como é sabido, norma de ordem pública, que deve ser aplicada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

No julgar a mesma demanda – posto que em menor extensão – uma vez mais, a decisão rescindenda violou os dispositivos processuais indicados, que, em conjugação, impedem essa nova apreciação.

12. Em conclusão, também por violar frontalmente os arts. 467, 468, 471, 267, *caput*, V, e 301, § 3º do Código de Processo Civil, a decisão deve ser rescindida. Também nesse caso basta o juízo de *iudicium rescidens*, pois o resultado é fazer prevalecer a primeira decisão, com consequente perda de eficácia do título judicial viciado.

**b) Violação do art. 37, *caput*, X e arts. 2º, 61, § 1º, II, “a” e 96, II, “b” da CF**

13. *A hipótese de rescindibilidade.* O fato de a decisão rescindenda ter ofendido a coisa julgada, violando, igualmente, as normas processuais referentes ao instituto da coisa julgada, já é motivo bastante para a rescisão. No entanto, em cumprimento ao ônus decorrente do princípio da eventualidade, aponta-se, nesse passo, outra razão para a rescisão: é que a decisão está a violar literal disposição constitucional.

Observe-se que por “lei”, no sentido o art. 485, *caput*, V, do Código de Processo Civil (causa de rescindibilidade que também aqui se invoca), entende-se norma jurídica em sentido amplo, o que contempla violação de dispositivo constitucional (cf., p. ex., STF, AR 1478, Relator(a): Min. RICARDO

LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2012 PUBLIC 01-02-2012).

14. *O real alcance do art. 37, caput, X, da Constituição.* Pois bem. A decisão rescindenda violou frontalmente o art. 37, *caput*, X, da Constituição Federal, no que terminou por violar também os arts. 2º, 61, § 1º, II, “a” e 96, II, “b”, do mesmo diploma, em colisão com pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sumulada no Enunciado nº 339.

O art. 37, *caput*, X, da Constituição Federal, dispunha, e hoje dispõe, o seguinte:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá (...) ao seguinte:

(...)

X – a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data; (Redação originária, hoje não mais vigente)

X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9/98)

(...)

O dispositivo em questão não porta norma que autorize o Judiciário a, invadindo atribuição do Legislativo de passar lei sobre remuneração, e do Executivo<sup>5</sup>, para encaminhar o projeto de lei. **Tivesse o comando constitucional a extensão que lhe deu a decisão rescindenda, que é a de possibilitar que o Judiciário estenda a dado setor o acréscimo remuneratório dado a outros setores, estaria aberta ao Judiciário a possibilidade legislar pelo legislativo, e substituir o Administrador no**

---

5 Conforme se verá, no caso de lei de reajuste de servidores do Judiciário, a iniciativa é do chefe do Poder Executivo; mas nesse mister ele está a administrar, pois não se trata de atividade judicante. Daí equiparar-se, aí, ao Poder Executivo.

**mister de encaminhar projeto de lei, o que, à evidência, colide com a pétrea cláusula da separação dos Poderes** (CF, art. 2º, c/c art. 60, § 4º, III).

Oportunamente analisar-se-á a natureza dos acréscimos remuneratórios concedidos pelas leis mencionadas na inicial que originou o processo em que foi prolatada a decisão rescindenda. Mas **qualquer que seja a natureza do acréscimo remuneratório, sempre foi pacífico que se fazia necessária edição de lei em sentido formal**. No caso da revisão, isso está expresso atualmente no já transcrito art. 37, *caput*, X (redação atual); mas já decorria, tanto para a revisão como para qualquer reajuste, no caso de leis atinentes à remuneração de servidores do Judiciário, dos **arts. 61, § 1º, II, “a” e 96, II, “b”**, da Constituição Federal, todos eles vulnerados pela decisão rescindenda. Não se entra aqui na questão de a quem seria reservado o poder de encaminhar o projeto de lei para o Legislativo; o fato é que tanto na revisão geral como no reajuste, haverá iniciativa privativa do Administrador (no caso do art. 96, II, “b”, na figura do Chefe do Judiciário, mas aqui não em sua atividade judicante) e competência exclusiva do Legislativo de aprovar a lei.

Assim, o Judiciário não pode se substituir a essas figuras, estendendo, por decisão judicial, acréscimo remuneratório.

15. *Súmula 339-STF; princípio da isonomia; jurisprudência*. Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal editou o **Enunciado de Súmula nº 339**, que assim está redigido:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia<sup>\*</sup>.

O princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), que encontra uma específica concretização no art. 37, *caput*, X, da Constituição Federal, não tem, portanto, a extensão que pretendeu a decisão rescindenda.

---

\* Ao tempo da elaboração da petição inicial, tal enunciado ainda não havia se convertido na Súmula Vinculante nº 37.

Esta contrariou entendimento pacífico da Corte Suprema, já sumulado, violando, portanto, o próprio art. 37, *caput*, X, bem como o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º) e a iniciativa privativa de lei e reserva legal (CF, arts. 61, § 1º, II, “a” e 96, II, “b”). Confira-se:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DECISÃO ADMINISTRATIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE: AGRAVO REGIMENTAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 102.138/2003. EXTENSÃO DE CONCESSÃO DE GRATIFICAÇÃO DE 100% AOS AGRAVANTES AOS SERVIDORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LEI POTIGUAR N.º 4.683/1997 E LEI COMPLEMENTAR POTIGUAR N.º 122/1994. 1. A extensão da decisão tomada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte aos servidores em condições idênticas aos agravantes torna-a ato indeterminado. Ato administrativo normativo genérico. Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. 2. **A extensão da gratificação contrariou o inc. X do art. 37 da Constituição da República, pela inobservância de lei formal**, promovendo equiparação remuneratória entre servidores, contrariando o art. 37, XIII, da Constituição da República. Precedentes. 3. **Princípio da isonomia: jurisprudência do Supremo Tribunal de impossibilidade de invocação desse princípio para obtenção de ganho remuneratório sem respaldo legal: Súmula n.º 339 do Supremo Tribunal Federal**. 4. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da parte final do acórdão proferido no Agravo Regimental no Processo Administrativo nº 102.138/2003. (negritou-se)

(ADI 3202, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 20-05-2014 PUBLIC 21-05-2014)

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Constitucional e Administrativo. Servidor público. Isonomia. Vencimentos. **Enunciado n.º 339 da Súmula do STF. 3. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (negritou-se)

(ARE 762806 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 17-09-2013 PUBLIC 18-09-2013)

**Aliás, rememore-se que o Supremo Tribunal Federal se manifestou em caso idêntico ao presente – e aqui se utiliza “idêntico” em**

**seu sentido literal, já que houve julgamento exatamente do mesmo caso concreto, apenas que mais abrangente, conforme se expôs no capítulo III desta inicial.** Julgando exatamente a possibilidade de decisão judicial estender aos substituídos processuais efeitos das leis salariais do Estado do Paraná de janeiro de 1992 a setembro de 1993, concluiu o seguinte no Agravo de Instrumento 744.226-Paraná (julgado pela Segunda turma do STF), na ação sob nº 32.081, a que se vem chamando de ação da 1ª Vara (vide item 6, *supra*, dessa inicial):

9. Quanto ao mérito, razão jurídica assiste ao Agravante [Estado do Paraná].

10. O agravado pleiteia para seus substituídos a extensão do reajuste de vencimentos concedido aos servidores do Poder Executivo do Estado do Paraná, proveniente de leis estaduais editadas a partir de 1992. No entanto, conforme registrado no acórdão recorrido, a pretensão encontra óbice na ausência de iniciativa legal do Chefe do Poder Executivo, a qual não pode ser suprida pelo Poder Judiciário.

11. A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que a equiparação salarial por isonomia não pode ser concedida por decisão judicial, sendo necessária a edição de lei específica para tanto. Incie, na espécie, a Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal.

(...)

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

12. Pelo exposto, **dou provimento a este agravo**, na forma do art. 544, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, **e, desde logo, ao recurso extraordinário**, nos termos do art. 557, § 1º-A, do mesmo diploma legal. Invertidos, nesse ponto, os ônus da sucumbência, ressalvada eventual concessão da justiça gratuita. (negrito no original)

Outra sorte, portanto, não poderia ter a ação proposta na 2ª Vara, que gerou a decisão rescindenda.

16. *Revisão geral versus reajustes setoriais: ideia geral.* De mais a mais, o art. 37, *caput*, X não poderia ter sido sequer invocado para aplicação ao caso concreto, porquanto as leis mencionadas na inicial não cuidam de revisão geral, mas, antes, de reajustes setoriais. O dispositivo constitucional, já transcrito (*supra*, item 14), desde sua origem, sempre cuidou da revisão geral dos vencimentos. A revisão geral, dizia, como diz, a Constituição, há de estabelecer o mesmo índice. Mas é de se observar: **revisão geral é o**

**incremento remuneratório que, por suas características, tem o objetivo de atualizar valores de forma generalizada, com eficácia, portanto, para todos os servidores.** O dispositivo, destarte, tem incidência quando “se tratar de revisões de remuneração que alcancem todos os servidores públicos; essas revisões devem ocorrer na mesma data e sem distinção de índice, exatamente porque são gerais, tendo por fato gerador igualador o fato de favorecerem a todos os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional, indistintamente”<sup>7</sup>.

**Não cabe ao Judiciário promover políticas públicas salariais. Antes, compete ao Administrador, aqui após atividade legislativa consistente na aprovação de lei específica, de iniciativa do chefe do Executivo (ou do Judiciário, agindo como administrador), apurar situações que justifiquem discrimen de tratamento, para contemplar categorias com reajustes setoriais.** O tratamento isonômico levaria, nesse caso – como em qualquer caso em que há fator de discrimen –, a uma distorção no sistema jurídico; e o princípio da isonomia não serve ao propósito de distorcer, mas sim de corrigir distorções.

**A revisão geral se não confunde com reajuste setorial.** A Administração tem o poder discricionário – nesse caso não controlável, em seu âmago, pelo Poder Judiciário – de, cumprindo políticas públicas, encaminhar projeto de lei para valorizar determinada categoria, qualquer que seja a razão dessa valorização. Cuidando-se de reajuste setorial, conferido a categorias específicas, fica afastada a incidência do art. 37, *caput*, X, da Constituição. Afinal, “**não será intocável o inciso X [do art. 37, *caput*] quando se tratar de alteração de remuneração para determinadas classes ou categorias, não havendo impedimento a que a lei, em cada**

---

7 PEREIRA JÚNIOR, José Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 101.

**caso, inclusive para corrigir eventuais distorções, altere a remuneração exclusivamente dos servidores dessa ou daquela classe ou categoria”<sup>8</sup>.**

Fosse doutra forma, a Constituição teria criado um “gatilho”: editada que fosse uma lei que tivesse por objeto o reajuste de um ou de alguns setores, automaticamente isso levaria a que a regra se estendesse a outras categorias. Atar-se-ia a Administração – aqui concretizada em atividade legislativa, é verdade –, que não poderia jamais negociar com categorias justos pleitos de reajuste, para evitar esse efeito cascata.

17. *Revisão geral versus reajustes setoriais: subsunção – as leis estaduais de abril de 1992 como leis de reajustes setoriais.* Ora, **a decisão rescindenda fez exatamente o que veda o Enunciado de Súmula nº 339: ancorada no princípio da isonomia, e aplicando o art. 37, caput, X, da Constituição Federal numa extensão que ele não possui, estendeu reajustes setoriais a uma categoria específica – àquela dos substituídos processuais, e apenas àquela –, substituindo a atividade legislativa concretizadora de políticas públicas.**

**E não pode haver dúvida de que as leis estaduais 9.937/92, 9.938/92, 9.939/92, 9.940/92 e 9.941/92 (doc. 4) – que estão no âmago da causa de pedir, e, portanto, da decisão rescindenda – são portadoras de reajustes setoriais.** Não se pretendeu fazer revisão geral de todos os servidores, de todas as categorias. Senão vejamos.

Em *primeiro lugar*, vê-se que essas leis **atingiram setores bastante localizados, a saber, Policiais Militares, Secretários de Estado, Servidores da APP, Auditores e Procuradores junto ao Tribunal de Contas, quadro de celetistas da Procuradoria-Geral de Justiça e quadro de pessoal do Tribunal de Contas.** Não há gama tal de pessoal atingido pelos reajustes para que se conclua que os servidores do Judiciário foram

---

8 *Idem, ibidem*, p. 101. (Negritou-se)

– eles, exclusivamente eles – preteridos. As leis decorreram, enfim, de questões políticas – em cujo mérito não pode o Judiciário adentrar –, não se caracterizando como readequação de todos os vencimentos.

O quadro abaixo facilita o entendimento:

	LC 63/92	Lei 9937/92	Lei 9938/92	Lei 9939/92	Lei 9940/92	Lei 9941/92
Categoria	Policiais civis	Policiais militares e Secretário de Estado	Servidores da APPA	Audidores e Procuradores junto ao TCE	Quadro de celetistas da Procuradoria-Geral de Justiça	Quadro de pessoal do TCE

Em *segundo lugar*, note-se os reajustes setoriais concedidos são díspares, e isso mesmo para servidores do mesmo quadro – como ocorre com a Lei 9.941/92. E mais: nem todas as leis utilizam a sistemática de índices: a Lei 9.937/92, em seu art. 2º, apenas apresenta novo valor do soldo, ao passo que a Lei Complementar 63/92 e a Lei 9.940/92 trazem em seus anexos novas tabelas das remunerações.

Também esquematicamente:

	LC 63/92	Lei 9937/92	Lei 9938/92	Lei 9939/92	Lei 9940/92	Lei 9941/92
Categoria	Policiais civis	Policiais militares e Secretário de Estado	Servidores da APPA	Audidores e Procuradores junto ao TCE	Quadro de celetistas da Procuradoria-Geral de Justiça	Quadro de pessoal do TCE
Reajuste	Novos valores nominais das remunerações (tabela)	Novo valor nominal do soldo e da remuneração dos Secretários	Índice: 50%	Índice: 46%	Novos valores nominais das remunerações (tabela)	Índices variados, de acordo com cargo: 30%, 40% e 107,85%

Ora, a desuniformidade de reajustes demonstra que o que as leis fazem é implementar políticas públicas, concedendo reajustes setoriais. **Não se concebe por que se haveria de estender o maior índice, que é aplicado a uma única categoria, ou a um determinado cargo, aos servidores substituídos, e apenas a eles – quando é certo que a desuniformidade é geral, e isso justamente por questões de mérito administrativo.** A interpretação dada ao princípio da isonomia, e a seu corolário estampado no art. 37, *caput*, X, da Constituição, gera uma enorme distorção, que na verdade mais malfez a isonomia.

18. *Revisão geral versus reajustes setoriais: jurisprudência.* Que o art. 37, *caput*, X não porta norma de “gatilho” de extensão de reajuste setorial a outros setores, a autorizar que o Judiciário substitua o Legislativo na função – aqui – de implementar políticas públicas, como está estampado no Enunciado de Súmula nº 339, é entendimento já decantado.

Nesse sentido, confirmam-se as seguintes ementas da lavra do **Supremo Tribunal Federal:**

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. MILITAR. **CONCESSÃO DE REAJUSTE SETORIAL. ÍNDICES MAIORES AOS MILITARES DE PATENTES MAIS BAIXAS. LEI 11.784/2008. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DO REAJUSTE GERAL DE VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES.** 1. **A concessão de reajustes setoriais para corrigir eventuais distorções remuneratórias é constitucional e não implica violação aos princípios da isonomia ou do reajuste geral de vencimentos.** Precedentes: AI 612.460- AgR, Segunda Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 13.05.2008; RE 576.191, Rel. Min. AYRES BRITTO DJe de 06.12.2010; RE 541.657, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21.11.2008; RE 307.302-ED, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 22.11.2002. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: “ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM APELAÇÃO. MILITAR. REVISÃO PERIÓDICA. REAJUSTES SETORIAIS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA INOCORRENTE. PRECEDENTES. 1. Tratando-se de reajuste remuneratório diverso daquela revisão periódica dos vencimentos dos servidores públicos insculpida no comando do inciso X do artigo 37 da CF/1988, reajuste setorial, inexistente violação ao Princípio da Isonomia. 2. Agravo improvido.” 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(negritou-se)

(ARE 672420 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2013 PUBLIC 25-02-2013)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. **EXTENSÃO DO AUMENTO CONCEDIDO AOS MILITARES. LEI 8.237/91. REVISÃO GERAL. ART. 37, X, DA CB/88. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 339 DO STF.** 1. O reajuste de vencimentos concedido aos integrantes das Forças Armadas, à base de 45%, pela Lei n.º 8.237/91, não configurou um aumento geral na remuneração dos servidores militares que autorizasse, com fundamento no art. 37, X, da CB/88, a extensão aos servidores civis. Precedentes. 2. A jurisprudência do STF fixou entendimento no sentido de que “[n]ão cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia”. Incidência da Súmula n.º 339 do STF. 3. Agravo regimental a que se dá provimento. (negritou-se)

(RE 554604 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 11/12/2007, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-06 PP-01103)

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REAJUSTE DE VENCIMENTOS: REAJUSTES SETORIAIS. I. - **Reajustes setoriais de vencimentos de servidores públicos com a finalidade de corrigir distorções: legitimidade. Inocorrência de ofensa ao princípio da isonomia e ao princípio da revisão geral inscrita no art. 37, X, da C.F.** II. - Embargos de declaração conhecidos como agravo. Não provimento deste. (negritou-se)

(RE 307302 ED, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 22/10/2002, DJ 22-11-2002 PP-00082 EMENT VOL-02092-04 PP-00806)

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. REAJUSTE. ISONOMIA. SÚMULA STF N.º 339. ART. 37, X, DA CF/88. 1. **O princípio da isonomia dirige-se aos Poderes Executivo e Legislativo, a quem cabe estabelecer a remuneração dos servidores públicos e permitir a sua efetivação. Vedado ao Judiciário estender aumentos que foram concedidos apenas a uma determinada categoria. Precedente: RE 173.252.** 2. **O recorrido editou várias leis de reajustes de vencimentos aos seus servidores, sem a finalidade de promover uma revisão geral de remuneração, mas para corrigir distorções.** Situação que não se confunde

com a previsão do art. 37, X, da CF/88. Precedente: RE 307.302-ED 3. Recurso extraordinário não conhecido. (negritou-se)

(RE 355517, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/06/2003, DJ 29-08-2003 PP-00037 EMENT VOL-02121-18 PP-03637)

E é de se notar que **tampouco o fato de haver pluralidade de leis de reajuste é empecilho para aplicação desse entendimento**. Confira-se, também do **Supremo Tribunal Federal**, a seguinte decisão:

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. REAJUSTE. ISONOMIA. SÚMULA STF Nº 339. ART. 37, X, DA CF/88. 1. **O princípio da isonomia dirige-se aos Poderes Executivo e Legislativo, a quem cabe estabelecer a remuneração dos servidores públicos e permitir a sua efetivação. Vedado ao Judiciário estender aumentos que foram concedidos apenas a uma determinada categoria**. Precedente: RE 173.252. 2. **O recorrido editou várias leis de reajustes de vencimentos aos seus servidores, sem a finalidade de promover uma revisão geral de remuneração, mas para corrigir distorções. Situação que não se confunde com a previsão do art. 37, X, da CF/88**. Precedente: RE 307.302-ED 3. Recurso extraordinário não conhecido. (negritou-se)

(RE 355517, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/06/2003, DJ 29-08-2003 PP-00037 EMENT VOL-02121-18 PP-03637)

Nesse passo há de se chamar atenção para que o que está sob repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, pendente de decisão no mérito, é a consequência jurídica da mora do Executivo no cumprir o reajuste anual (ARE 701511 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 06/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013; e também RE 565089 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 13/12/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-14 PP-02913), situação absolutamente diversa do presente caso. Que ao Judiciário é vedado conceder aumento de remuneração ao estender lei que beneficia categoria ou categorias a alguma outra é entendimento absolutamente pacífico na Corte Suprema.

Não diverge esse Egrégio **Tribunal de Justiça** do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal. Em mais de uma oportunidade este Areópago já aplicou o Enunciado de Súmula nº 339 do STF a situações

similares. Colham-se apenas dois julgados mais recentes, entre inúmeros outros:

EMENTA: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO DE ÍNDICES DE VENCIMENTOS. SERVIDORES INTEGRANTES DO QUADRO PRÓPRIO DO PODER EXECUTIVO. LEI ESTADUAL Nº 15.044/2006. **NÃO CARACTERIZAÇÃO DE REVISÃO GERAL ANUAL PREVISTA NO ART. 37, X, CF/88 E ART. 27, X, CE/89.** LEI QUE REESTRUTURA OS VENCIMENTOS DOS CARGOS DO QPPE. **INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA IMPESSOALIDADE.** SUPERVENIÊNCIA DA LEI ESTADUAL Nº 15.512/2007. **SÚMULA Nº 339 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** RECURSO DESPROVIDO. (negritou-se)

(TJPR - 1ª C.Cível - AC - 1163788-2 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Carlos Mansur Arida - Unânime - - J. 08.04.2014)

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. LEI ESTADUAL 15.044/2006 QUE DISPÕE SOBRE A **REESTRUTURAÇÃO SALARIAL E NÃO DE REVISÃO GERAL ANUAL DA REMUNERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL NOS TERMOS DO ART. 37, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** POSSIBILIDADE DE PREVISÃO DE ÍNDICES DIVERSOS EM DECORRÊNCIA DO EXAME DE DIFERENTES CARGOS FEITO PELA NORMA. PLEITO INICIAL QUE TEM POR OBJETIVO A CONCESSÃO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MATERIAIS DECORRENTES DAS DIFERENÇAS OCORRIDAS DESDE A IMPLANTAÇÃO DA LEI 15.044/2006, EM OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, MAS QUE NÃO RESTOU CONFIGURADA. **NECESSIDADE DE OBSERVAÇÃO DA SÚMULA 339 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE VEDA A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NESSE SENTIDO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES QUE DEVE SER RESPEITADO.** RECURSO DESPROVIDO. (negritou-se)

(TJPR - 2ª C.Cível - AC - 1030475-7 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Silvio Dias - Unânime - - J. 16.07.2013)

19. *Conclusão.* Demonstrado está, portanto, que a decisão rescindenda violou literal dispositivo de lei (CF, art. 37, *caput*, X, arts. 2º, 61, § 1º, II, “a” e 96, II, “b”, Súmula 331-STF), **devendo, por isso, ser rescindida** (*iudicium rescidens*).

**Com a rescisão, há que ser proferido novo julgamento**, nos termos do art. 488, *caput*, I, do Código de Processo Civil (*iudicium recissorium*). **O que se pleiteia é a improcedência total do pleito**, pelos mesmos argumentos acima lançados: é que os fundamentos conduzem, necessariamente, à conclusão de que o pedido de extensão de índices de reajustes concedidos a determinadas categorias não tem guarida no ordenamento jurídico, uma vez que o art. 37, *caput*, X, da Constituição Federal não é portador de autorização para o Judiciário, substituindo-se ao Legislativo – em colisão com o Enunciado de Súmula nº 339 do STF, com o princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º) e com a iniciativa privativa de lei e reserva legal (CF, arts. 61, § 1º, II, “a” e 96, II, “b”) –, estenda acréscimos remuneratórios de uma ou mais categoriais a outra categoria.

#### **V – DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA**

20. *Fundamento legal*. Com apoio no art. 489, *in fine*, c/c art. 273 do Código de Processo Civil, pleiteia-se a antecipação dos efeitos da tutela rescisória, com o fito de (a) suspender, *initio litis*, a decisão rescindenda, e (b) suspender os processos de execução fundados nesse título eivado de vício.

21. *Fumaça do bom direito*. O *fumus boni iuris* irrompe de dois fatores.

Quanto aos *factos*, há prova inequívoca (linguagem do art. 273, *caput*, do CPC) das alegações por meio dos documentos que ora se anexam. Está documentalmente comprovada a existência de coisa julgada anterior, nos autos Y/1995, que tramitam na 1ª Vara da Fazenda Pública (doc. 3). Igualmente comprovado está que a decisão rescindenda estendeu, inconstitucionalmente, leis de reajuste setorial a uma categoria específica (doc.4).

Quanto aos *fundamentos jurídicos*, a argumentação lançada nessa inicial parece ser suficientemente robusta. A coisa julgada mais ampla da ação da 1ª Vara é anterior à da coisa julgada da ação da 2ª Vara, o que atrai a

incidência do art. 485, *caput*, IV, do Código de Processo Civil. Noutra giro, a decisão rescindenda flagrantemente viola literal disposição de lei. Não se trata de tese jurídica nova, controversa, mas, antes, de entendimento do Supremo Tribunal Federal já sumulado (Enunciado nº 339): o de que não é dado ao Judiciário, a pretexto do princípio da isonomia, estender reajustes setoriais a determinada categoria.

22. *Perigo da demora*. Está presente, igualmente, o pressuposto do *periculum in mora*. Aqui é importante retomar o que se narrou no item 3, *supra*, dessa inicial: **o título executivo rescindendo está a gerar execuções de servidores em pequenos grupos, com valores individuais milionários.**

São execuções em grupos de dois a cinco litisconsortes por processo (doc. 5). Até o momento, o Estado tem ciência de sete delas. O quadro abaixo demonstra a magnitude dessas execuções:

Autos	Quantidade de exequentes	Valor de atrasados executado	Diferenças que se pretendem implantar ( <i>plus</i> em relação aos vencimentos pagos)
0000-01.2014	2	R\$ 9.426.955,36	R\$ 30.439,45
0000-02.2004	5	R\$ 23.201.292,59	R\$ 79.732,25
0000-03.2014	5	R\$ 23.580.780,91	R\$ 82.829,57
0000-04.2014	5	R\$ 23.573.087,85	R\$ 78.028,78
0000-05.2014	4	R\$ 19.854.283,53	R\$ 67.265,05
0000-06.2014	3	R\$ 14.474.937,33	R\$ 53.769,06
0000-07.2014	4	R\$ 19.550.092,60	R\$ 67.959,33

Tendo em vista a listagem de substituídos que acompanhou a inicial (doc. 2, fls. 14 a 52 dos autos de origem), há, se se considerar que apenas estes podem promover a execução, pouco mais de 2.000 substituídos processuais

aptos a executarem. Usando o valor médio dos atrasados<sup>9</sup>, chega-se<sup>10</sup> ao valor global de atrasados (sendo ou em vias de ser executados) estimado de R\$ 22.276.905.028, 33 (**mais de 22 bilhões!**). No caso da obrigação de fazer (implantação de diferenças em folha de pagamento), consistente, segundo as iniciais, em aumento de 228,06%, usando-se o valor médio dos atrasados executados<sup>11</sup>, chega-se<sup>12</sup> ao montante estimado total, de R\$ 32.801.677 (**mais de 30 milhões mensais!**), que poderiam ser incrementados na folha de pagamento.

Considerem-se aqui três fatores caracterizadores do *periculum in mora*.

O primeiro: **haverá um abarrotamento de processos de execução no Judiciário, processos que se fundam em título claramente eivado de vício que lhe tira todo o conteúdo.** Tome-se o maior número de litisconsortes de que se tem notícia até agora, a saber, cinco. Se se dividir o número de substituídos por cinco, conclui-se que **serão ao menos quatrocentas (400) execuções, todas fundadas em título a toda evidência (daí o *fumus*) viciado, a abarrotarem o Judiciário, e a exigirem a oposição de quatrocentos embargos, a prolação de quatrocentas sentenças, e assim por diante.** Note-se que se trata de cálculo otimista, já que (a) se sabe que há execuções – que podem ser várias – propostas por grupos menores, e (b) é possível – e mesmo provável – que outros servidores além dos listados na inicial venham a promover execução (não se entra no mérito de terem ou não legitimidade).

---

9 Dividindo a soma da terceira coluna (R\$ 133.661.430,17) pela soma da segunda da tabela acima (28 exequentes).

10 Multiplicando essa média (R\$ 11.138.452,51) pelo número mínimo de substituídos (2.000).

11 Dividindo a soma da quarta coluna (R\$ 459.223,49) pela soma da segunda da tabela acima (28 exequentes).

12 Multiplicando essa média (R\$ 16.400,83) pelo número mínimo de substituídos (2.000).

O *segundo* fator: **as execuções fundadas nesse título têm valores astronômicos, como se viu no quadro acima.** Isso, aliás, reforça o *fumus*: **não se concebe que título executivo verdadeiramente hígido possa ter potencial de comprometer o funcionamento de um Estado inteiro – pois é isso que aconteceria se implantadas as diferenças pleiteadas e se expedidos precatórios dos atrasados nos valores pedidos.** Ao mesmo tempo, os valores estratosféricos dão uma dimensão colossal ao *periculum*: **há clara ameaça ao erário, que poderia se ver lesado em razão de viciado título judicial** – risco de lesão que se mostra ainda mais imediato no caso da obrigação de fazer.

O *terceiro* fator decorre da associação dos dois fatores anteriores: **a quantidade de execuções pode chegar a tal número (primeiro fator) que pode tornar quase inviável a defesa do Estado (terceiro fator), tornando mais contundente o risco de lesão ao erário (segundo fator).**

23. *Conclusão.* Assim, é imprescindível antecipar o seguinte efeito da tutela rescisória: impedir que o título executivo rescindendo – claramente viciado que é – de produzir efeitos, em especial o de possibilitar execuções nele fundadas.

Assim, a antecipação consiste aqui em (a) **suspender a decisão rescindenda** e (b) **suspender todos os processos de execução nela fundados.** Roga-se, assim, que se oficie ao juízo da 2ª Vara da Fazenda de Curitiba para que, cumprindo a medida liminar, suspenda todas as execuções já existentes ou vindouras que estejam fundadas no título rescindendo.

**VI – PEDIDOS, REQUERIMENTO, PROTESTO POR PROVAS, DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE E VALOR DA CAUSA**

24. Face ao exposto, pede-se:

a) A antecipação dos efeitos da tutela, *initio litis*, para (a) suspender os efeitos da decisão rescindenda, com conseqüente ordem, por meio de ofício encaminhado ao juízo da 2ª Vara da Fazenda de Curitiba, para (b) suspender todas as execuções dela decorrentes, tanto as já em curso como as vindouras;

b) A rescisão da decisão de mérito dos autos X/1992, que tramita na 2ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba (*iudicium rescidens*), por (a) ofensa à coisa julgada da decisão de mérito do processo sob nº Y/1995, que tramita na 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, ou, (b) alternativamente, por violação aos arts. 467, 468, 471 e 267, *caput*, V, do CPC; ou, subsidiariamente, por (c) violação ao disposto no art. 37, *caput*, X, e nos arts. 2º, 61, § 1º, II, “a” e 96, II, “b”, todos da Constituição, e Enunciado de Súmula nº 339-STF;

c) Se a rescisão for apoiada em violação a literal dispositivo legal (pedido subsidiário “c” do item anterior), que seja proferido novo julgamento (CPC, art. 488, *caput*, I: *iudicium recissorium*), agora de improcedência total, conforme os argumentos lançados na letra “b” do capítulo IV desta inicial;

d) A condenação do demandado ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

25. Requer-se a citação do demandado para, querendo, oferecer resposta, no prazo assinalado pelo juízo, nos termos do art. 491, 1ª frase, do Código de Processo Civil.

26. Protesta provar o alegado por todos os meios admitidos pelo direito, especialmente juntada de novos documentos.

27. O peticionário declara que todas as fotocópias em anexo conferem com os documentos originais.

28. Dá-se à causa o valor de R\$ 6.885,64 (seis mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), para fins de alçada.

Nesses termos, pede deferimento.

Curitiba, 19 de agosto de 2014.

**FELIPE BARRETO FRIAS**

Procurador do Estado

---

DIREITO  
DO ESTADO  
EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA  
DA PROCURADORIA-GERAL  
DO ESTADO DO PARANÁ

2013

---



A Revista Direito do Estado em Debate é uma publicação da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná destinada a fomentar o debate, no meio jurídico, de temas relacionados ao Direito do Estado em toda a sua amplitude.

A dinâmica do Direito do Estado e a incessante produção legislativa pátria reclamam, sempre, novos espaços para a divulgação de temas e cenários do cotidiano jurídico brasileiro. A Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, por meio desta Revista, também cumpre importante parcela de sua função institucional, ao franquear a publicação de artigos, pareceres, jurisprudência comentada e verbetes de autoria de representantes das diversas carreiras jurídicas existentes no país, selecionados pelo sistema de pares e *double blind peer review*.

O leitor, cioso da imprescindibilidade da investigação cuidadosa do Direito e da atualização constante, certamente terá à frente temas essenciais para formar suas conclusões sobre os rumos do Direito do Estado no país.



Procuradoria-Geral do Estado do Paraná

Rua Paula Gomes, 145 - São Francisco - CEP 80510-070 - Curitiba - PR

Tel. (41) 3281-6300

[www.pge.pr.gov.br](http://www.pge.pr.gov.br)