

Revista da

Procuradoria Geral do Estado do Maranhão

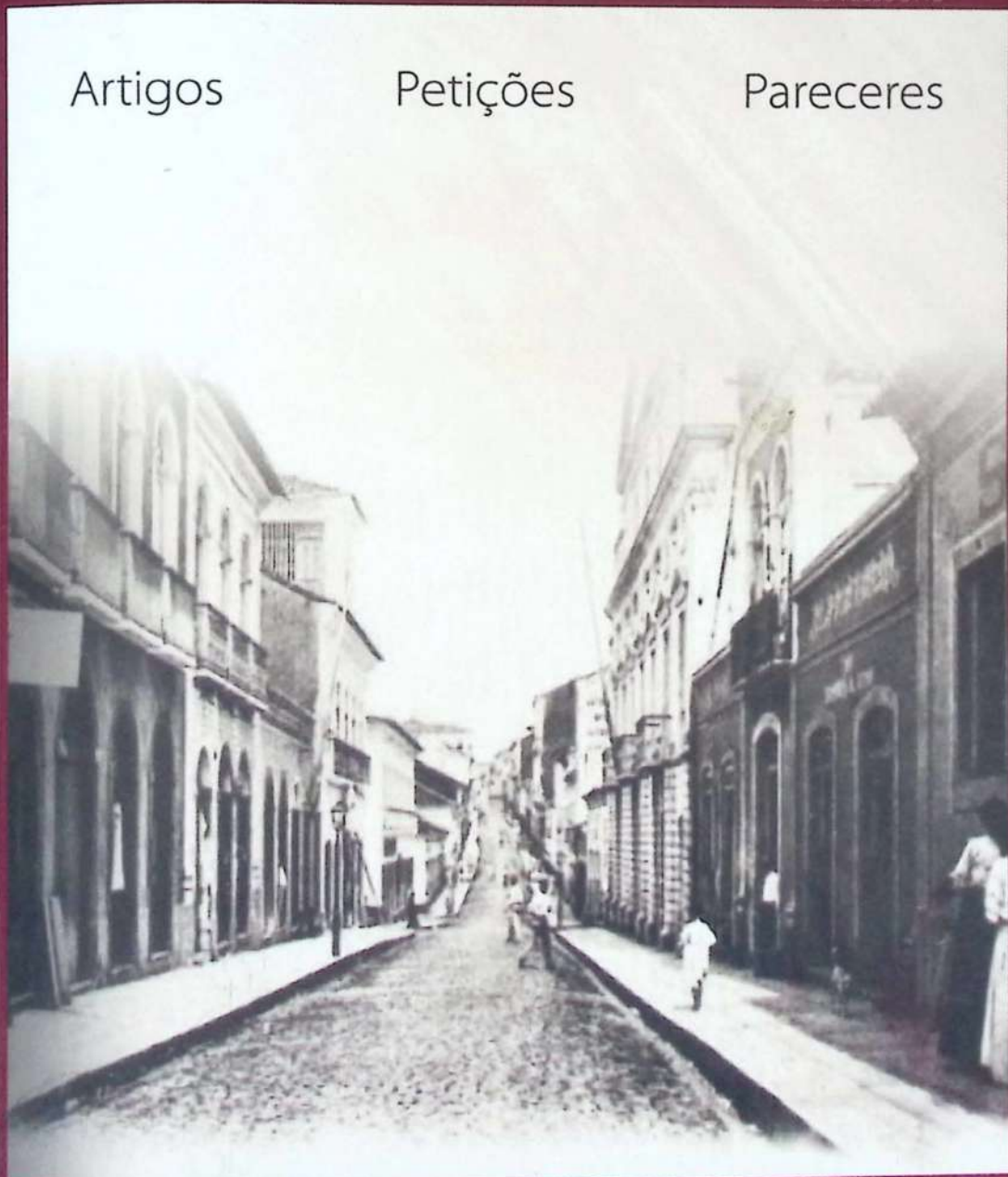


ISSN 2358-3118

Artigos

Petições

Pareceres



v.2, 2016



REVISTA DA
PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO
DO MARANHÃO

VOL.II

2016

GOVERNO DO ESTADO DO MARANHÃO

FLÁVIO DINO
Governador do Estado

RODRIGO MAIA ROCHA
Procurador Geral do Estado

BRUNO TOMÉ FONSECA
Procurador do Estado
Conselheiro Editorial

ROGÉRIO BELO PIRES MATOS
Procurador do Estado
Conselheiro Editorial

MIGUEL RIBEIRO PEREIRA

Procurador do Estado
Conselheiro Editorial

RAIMUNDO SOARES DE CARVALHO
Procurador do Estado
Conselheiro Editorial

DANIEL BLUME PEREIRA DE ALMEIDA
Procurador do Estado
Conselheiro Editorial



GOVERNO DO ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO
ESTADO DO MARANHÃO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

Av. Juscelino Kubitscheck, nº 25, Quintas
do Calhau, São Luís, Maranhão
Telefone: (098) 32356767

Homepage: www.pge.ma.gov.br

Comissão Editorial: Bruno Tomé Fonseca,
Rogério Belo Pires Matos, Miguel Ribeiro
Pereira, Raimundo Soares de Carvalho e
Daniel Blume Pereira de Almeida.

A Revista da Procuradoria Geral do Maranhão é publicada com frequência anual. Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente à Comissão Editorial, matéria para publicação na Revista.

Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.
Tiragem: 500 exemplares.

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão. – v. 1, n.1 (2014)-
. – São Luís: Procuradoria Geral do Estado do Maranhão: Gráf. Editora
Liceu, 2016.

v.2, n.2.: il. 5 cm.

ISSN 2358-3118

1. Direito - Periódicos. 2. Pareceres. 3. Petições. I. Maranhão.
Procuradoria Geral do Estado.

CDD: 340.05
CDU: 34(05) (812.1)

Sumário

Apresentação	7
Artigos	9
A Atuação da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão frente à Lei Anticorrupção nº 12.846/2013	11
A Árvore dos Direitos Humanos com Raízes no Brasil: fruto proibido aos brasileiros?	23
A Constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001: A Dispensa de prévia decisão judicial para que o Fisco acesse informações bancárias	44
Constituição e Advocacia – do imaginário à concretização. Sobre o Construtivismo Hermenêutico e suas bases	55
A forma de Fixação da Contraprestação devida na Relação de Estágio e sua classificação no Orçamento da Administração Pública	79
O Princípio Pacta Sunt Servanda e as Isenções Tributárias mediante Tratados Internacionais: uma análise do poder da União Federal à luz do Recurso Extraordinário 229.096-RS	118
Petições	151
Pareceres	179

APRESENTAÇÃO

Boaventura de Souza Santos, com a perspicácia intelectual que lhe é peculiar, assinala que os desafios sempre se materializam a partir de perplexidades produtivas. Nessa perspectiva, coube a Procuradoria Geral do Estado do Maranhão a tarefa desafiadora de dar continuidade à publicação de sua Revista Jurídica num contexto ímpar de dificuldades que têm afetado gravemente a sociedade brasileira, mantendo, não obstante, o já tradicional padrão de excelência e qualidade técnica dos trabalhos selecionados de maneira a fazer justiça à longa tradição desta Instituição como referência do pensamento e da produção jurídica em nosso Estado.

É com grande satisfação que constatamos ter esta 2ª Edição da Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão alcançado a contento seu desiderato, posto que reúne em seu corpo um valioso conjunto de artigos científicos e trabalhos técnicos da lavra dos membros desta Instituição e referentes a temas de grande interesse tanto para a atuação das carreiras integrantes da advocacia pública como para os operadores do direito dos mais variados matizes, traduzindo-se em eloquente ferramenta de aprimoramento e construção do pensamento jurídico que, não obstante as adversidades, sempre se destacou no âmbito do nosso Estado.

Por fim, concluímos esta brevíssima apresentação felicitando os Procuradores desta Casa e demais colaboradores pelo trabalho desenvolvido e citando alguns versos de Fernando Pessoa – outro grande artífice da língua portuguesa - que calham bem nesta oportunidade: “Deus quer, o homem sonha, a obra nasce.” Desejamos que a leitura desta obra proporcione uma rica experiência e seja fonte de inspiração a todos.

São Luís, 10 de outubro de 2016.

Rodrigo Maia Rocha

Procurador Geral do Estado do Maranhão

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a atuação do Ministério Público em casos de violência doméstica, com ênfase na aplicação da Lei Maria da Penha. O estudo é fundamentado em dados empíricos coletados em uma amostra de processos judiciais e em entrevistas com operadores do direito. Os resultados indicam que há uma crescente conscientização da população sobre os direitos das mulheres, o que resulta em um aumento das denúncias e da demanda por medidas protetivas. No entanto, persistem desafios relacionados à efetivação dessas medidas e à garantia da segurança das vítimas.

Conclui-se que a atuação do Ministério Público é fundamental para a proteção das vítimas de violência doméstica, sendo necessário fortalecer os mecanismos de cooperação entre os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público. Além disso, a realização de campanhas educativas e a implementação de programas de apoio psicossocial são essenciais para a prevenção e o enfrentamento desse tipo de violência.

Palavras-chave: Ministério Público, violência doméstica, Lei Maria da Penha, medidas protetivas, segurança das vítimas.

Artigos

A ATUAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO FRENTE À LEI ANTICORRUPÇÃO n° 12.846/2013

Alexandre Cavalcanti Pereira¹
Fernanda Bomfim Nascimento²
Patrícia Maria Lara Abreu³

INTRODUÇÃO

A Lei n°12.846 de 1° de agosto de 2013, dispõe sobre a responsabilidade a Lei n°12.846, de 1° de agosto de 2013, dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. A norma tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos, razão pela qual foi intitulada Lei Anticorrupção. Neste passo, cabe uma breve distinção entre o âmbito de aplicabilidade da Lei 12.846/2013 em cotejo com a Lei 8.429/92, já que as sanções deste último diploma se aplicam em regra aos atos de improbidade administrativa praticados por pessoa física, que envolvam a participação obrigatória de agente público, ao passo que, no primeiro diploma legal, é possível sancionar apenas a pessoa jurídica beneficiária do ato de corrupção.

1 Graduado em Direito pela UNIFOR – Universidade de Fortaleza/CE, especialista em Direito Civil e Direito Empresarial pelo UNICEUMA, Subprocurador Geral Adjunto da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão, e-mail: acavalcantipereira@hotmail.com

2 Técnica em Química (IFMA-MA), Licenciada em Química (IFMA-MA), Graduanda em Direito na Faculdade Santa Terezinha (CEST-MA) e Estagiária da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão, e-mail: fernandabdireito@gmail.com

3 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e Assessora do Núcleo de Combate à Improbidade Administrativa da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão - N CIA - PGE/MA, e-mail: patriclamabreu@gmail.com

No que toca à abrangência da lei anticorrupção, a norma não consignou expressamente a extensão de sua aplicabilidade aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Contudo, diversos dispositivos da Lei n.º 12.846/2013, permitem antever que a intenção do legislador foi editar, ao menos em parte, uma norma de caráter nacional, ou seja, aplicável a todos os entes da Federação.

Portanto, no âmbito do Estado do Maranhão, temos o Decreto Estadual n.º 31.251/2015, que regulamenta a lei anticorrupção, e possibilita sua aplicação a nível estadual prevendo a responsabilidade administrativa e judicial objetiva das pessoas jurídicas que praticarem referidos atos de corrupção contra a Administração Pública Estadual:

Art. 1º Este Decreto regulamenta, no âmbito do Poder Executivo do Estado do Maranhão, a responsabilização objetiva administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública estadual, de que trata a Lei Federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013.

O decreto supra prescreve em sua essência as questões procedimentais relativas à responsabilização administrativa e judicial daqueles que praticarem os atos de corrupção previstos na Lei n.º 12.846/2013, com delimitações de atos e competências, e institui uma rede de atuação conjunta entre diversos órgãos estatais.

Especificamente em relação à atuação da Procuradoria Geral do Estado, enquanto órgão de representação judicial e extrajudicial do Estado do Maranhão, podemos destacar a via consultiva de assessoramento dos demais órgãos da administração, através da elaboração de pareceres jurídicos, bem como a via contenciosa propriamente dita exercitada por intermédio da propositura de ações judiciais.

Assim, é preciso distinguir dois procedimentos de responsabilização previstos na lei anticorrupção: esfera judicial e esfera administrativa. Com efeito, a Lei n.º 12.846/2013, em seus capítulos II, III, IV, VI e o Decreto Estadual n.º 31.251/2015, em seus capítulos II e III, preveem como se dará

a responsabilização administrativa e judicial e culmina com as sanções a serem aplicadas às pessoas jurídicas infratoras mediante procedimento administrativo e judicial.

A ATUAÇÃO DA PGE NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

A apuração da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilidade - PAR, resguardados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, na forma dos artigos 6º ao 17 da Lei 12.846/2013 e artigos 2º ao 29 do Decreto Estadual nº 31.251/2015. Após a conclusão do PAR podem ser aplicadas duas espécies de sanções: multa e publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora.

Antes, porém, de se analisar especificamente as sanções aplicáveis no âmbito administrativo, é mister que se faça um breve apanhado do rito seguido quando da instauração do PAR pelos dirigentes máximos dos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta.

O Processo Administrativo de Responsabilidade - PAR terá início com a publicação da Portaria na imprensa oficial, que conterá além da individualização da empresa processada, a designação de 2 (dois) ou mais servidores estáveis para comporem a Comissão Processante, a partir da qual se dará o início da fase instrutória, na qual se avaliarão as provas, fatos e circunstâncias constantes dos autos, bem como aqueles produzidos após sua instauração (arts. 8º a 15 da Lei 12.846/2013 e arts. 3º a 13 do Decreto Estadual nº 31.251/2015).

Nesta fase instrutória, já se pode vislumbrar a atuação da Procuradoria Geral do Estado, embora esta intervenção não seja obrigatória. Neste ponto, caberá à Procuradoria Geral do Estado proceder a produção e requisição de provas ou a consecução de medidas acautelatórias pertinentes aos fatos investigados, mediante solicitação da comissão processante, nos seguintes termos:

Lei 12.846/2013

Art. 10. *Omissis*.

§ 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

Decreto nº 31.251/2015

§ 5º A comissão, para o devido e regular exercício de suas funções, poderá a qualquer tempo:

[...]

IV - solicitar ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou entidades lesados que requeira as medidas necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, no País ou no exterior

Concluídos os trabalhos de apuração e análise, a comissão elaborará relatório a respeito dos fatos apurados e da eventual responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, no qual sugerirá de forma motivada as sanções a serem aplicadas, a dosimetria da multa ou o arquivamento do processo (art. 13 da Lei 12.846/2013 e art. 12 do Decreto nº 31.251/2015).

As sanções, segundo a norma, podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, ou seja, permite-se que a autoridade julgadora, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e a natureza das infrações, possa aplicar somente uma das sanções ou ambas (art. 6º e 7º da Lei 12.846/2013).

Após o encerramento dos trabalhos pela comissão, o PAR, antes de ser remetido à autoridade julgadora competente, será encaminhado para manifestação jurídica prévia da Procuradoria Geral do Estado. Tem-se, nesta fase processual, a primeira intervenção obrigatória da Procuradoria

Geral do Estado, no âmbito da responsabilização administrativa da sistemática da Lei Anticorrupção, consistente na análise tanto dos critérios formais e procedimentais legalmente previstos, quanto do próprio mérito da investigação, da apuração de responsabilidades, penas aplicadas e sua dosimetria.

Lei 12.846/2013

Art. 6º *Omissis*

[...]

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

Decreto Estadual nº 31.251/2015

Art. 11. *Omissis*

Parágrafo único. O relatório final do PAR será encaminhado à autoridade competente para julgamento, o qual será precedido de manifestação jurídica, elaborada pelo órgão competente.

Concluída a manifestação da PGE, o processo administrativo deverá ser remetido à autoridade instauradora para julgamento, a qual deverá ter por base as provas produzidas no PAR, não estando, porém, vinculada aos termos do relatório emitido pela comissão processante. A decisão administrativa proferida pela autoridade competente ao final do PAR será publicada no Diário Oficial do Estado e deverá ser cumprida integralmente no prazo de 30 (trinta) dias.

Eventualmente, os administrados podem considerar-se prejudicados com o conteúdo de determinada decisão administrativa. Nessas situações, de acordo com os princípios que regem os procedimentos administrativos, dentre eles o da ampla defesa, o ordenamento jurídico possibilita ao administrando potencialmente prejudicado o direito de ter a decisão reavaliada.

Cabe recurso com efeito suspensivo e pedido de reconsideração, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão, dirigido à autoridade julgadora, que se não reconsiderar sua decisão, encaminhará ao Secretário de Transparência e Controle e, em seguida, ao Governador do Estado, na forma do art. 15 do Decreto Estadual nº 31.251/2015.

Caso mantido os termos da decisão impugnada, após a manifestação do Secretário de Transparência e Controle e antes da remessa do recurso ao Governador do Estado, todo o arcabouço fático e probatório constantes do PAR serão remetidos à PGE.

Art. 15. Da decisão administrativa sancionadora caberá recurso com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão no Diário Oficial do Estado, ao Governador do Estado.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará ao Secretário de Estado de Transparência e Controle, a quem competirá opinar antes da decisão do Governador do Estado.

§ 2º Quando o recurso for interposto contra decisão do Secretário de Estado de Transparência e Controle, se este não a reconsiderar no prazo de cinco dias, encaminhará os autos do processo ao Procurador Geral do Estado, a quem competirá opinar antes da decisão do Governador do Estado.

Tem-se aqui a segunda atuação obrigatória da Procuradoria Geral do Estado no âmbito exclusivamente administrativo, e, a exemplo da primeira intervenção, tem caráter abrangente, podendo a PGE se manifestar sobre os termos da impugnação, bem como sobre as razões de manutenção da decisão pela autoridade julgadora, podendo emitir recomendações a esta ou ao próprio Governador Estadual, a quem competirá em definitivo o julgamento da pessoa jurídica. Mantida a decisão administrativa sancionadora, será concedido à pessoa jurídica novo prazo de trinta dias para cumprimento das sanções que lhe foram impostas, contados da data de publicação da nova decisão.

Em assim não ocorrendo, poderão ser adotadas medidas judiciais para cobranças da multa e a promoção da publicação extraordinária. Estas medidas judiciais ficarão a cargo da Procuradoria Geral do Estado, que atuará judicialmente para o cumprimento das sanções administrativas, frustradas as tentativas administrativas de recolhimento:

Decreto Estadual nº 31.251/2013

Art. 29 Omissis

[...]

§ 2º Decorrido o prazo para o pagamento voluntário sem que a multa tenha sido recolhida ou não tendo ocorrido a comprovação de seu pagamento integral, o órgão ou entidade que a aplicou encaminhará o débito para inscrição em Dívida Ativa Estadual ou das autarquias e fundações públicas estaduais.

§ 3º Caso a entidade que aplicou a multa não possua Dívida Ativa, o valor será cobrado independentemente de prévia inscrição.

§ 4º Além do encaminhamento para a inscrição na Dívida Ativa, o órgão ou entidade que a aplicou a multa e a Secretaria de Estado da Fazenda poderão se valer de todos os mecanismos regulares para a cobrança da dívida e inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, conforme admitido pela legislação em vigor.

§ 5º Após o prazo para o pagamento voluntário, a multa imposta poderá ser descontada de pagamentos eventualmente devidos pela Administração, a qualquer título, mediante provocação pela autoridade julgadora, pela Secretaria de Estado da Transparência e Controle, pela Procuradoria-Geral do Estado ou pela Secretaria de Estado da Fazenda

Art. 30. As medidas judiciais, no País ou no exterior, a cobrança da multa administrativa aplicada no PAR, a promoção da publicação extraordinária,

a persecução das sanções referidas nos incisos I a IV do caput do art. 19 da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a reparação integral dos danos e prejuízos, além de eventual atuação judicial para a finalidade de instrução ou garantia dos processos administrativo ou judicial ou preservação do acordo de leniência, serão solicitadas ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou entidades lesados.

Concluída a fase administrativa e paralelamente à execução das penalidades impostas, caso seja verificada a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em outras instâncias, o relatório da comissão será encaminhado, pela autoridade julgadora ao órgão competente para atuar na esfera respectiva. Indigitada possibilidade encontra assento no princípio da independência entre as instâncias quanto à previsão específica de que a responsabilização da pessoa jurídica pela sistemática da Lei Anticorrupção não obsta a apuração de responsabilidade a partir de outros microsistemas jurídicos, como aqueles relativos à improbidade administrativa e leis de licitações e contratos administrativos:

Lei 12.846/2013

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011

No âmbito da regulamentação estadual, esta persecução ficará a cargo dos órgãos hodiernamente responsáveis pela investigação daqueles

que pratiquem ilícitos contra a administração pública ou contra o Estado, dentre os quais, a própria Procuradoria Geral do Estado:

Decreto Estadual nº 31.251/2015

Art. 14. A decisão administrativa proferida pela autoridade julgadora ao final do PAR será publicada no Diário Oficial do Estado e no sítio eletrônico do órgão ou entidade público responsável pela instauração do PAR.

§ 1º Quando do julgamento, caso seja verificada a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em outras instâncias, o relatório da comissão será encaminhado, pela autoridade julgadora:

I - ao Ministério Público;

II - à Procuradoria-Geral do Estado e seus órgãos vinculados, no caso de órgãos da administração pública direta, autarquias e fundações públicas estaduais;

III - ao órgão de representação judicial ou equivalente no caso de órgãos ou entidades da administração pública não abrangidos pelo inciso II; ou

IV - a outros órgãos responsáveis pela responsabilização pelos ilícitos.

A ATUAÇÃO DA PGE NA ESFERA JUDICIAL.

A Lei Anticorrupção, além da responsabilização administrativa da pessoa jurídica, previu a possibilidade de responsabilização judicial daquela pela prática de atos de corrupção contra a Administração Pública direta ou indireta.

A necessidade de atuação judicial tem assento na própria natureza das sanções a serem aplicadas no bojo do processo judicial, que podem interferir não só no funcionamento da pessoa jurídica como até mesmo

determinar sua dissolução, e para cuja aplicação se prescinde da configuração de culpa ou dolo, posto ser objetiva a natureza da responsabilidade.

Assim, tem-se como sanções aplicáveis judicialmente à pessoa jurídica corrupta:

Lei nº 12.846/2013

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

A responsabilização judicial, no âmbito da Administração Pública, é de competência exclusiva dos órgãos de representação judicial ou equivalentes de cada esfera da Federação, de forma que esta persecução constitui o papel mais importante de atuação da Procuradoria Geral do Estado relativamente à Lei Anticorrupção, dada a natureza das sanções envolvidas.

A atuação judicial se dará por meio da propositura de Ação Civil Pública, na forma do disposto no artigo 21 da Lei 12.846/2013, que impõe a adoção do rito previsto na Lei n 7.347/1985 para persecução da responsabilização judicial da pessoa jurídica corrupta, destacando-se a possibilidade de se requerer a decretação de indisponibilidade de bens, direitos ou valores para se garantir o cumprimento integral das sanções pecuniárias.

A exemplo do que ocorre nas ações civis públicas reguladas exclusivamente pela Lei nº 7.347/85, as ACPS fundadas na Lei 12.846/2013 poderão ter por objeto cumulativamente as sanções judiciais previstas no artigo 19, a apuração e reparação do prejuízo sofrido pela administração pública:

Lei nº 12.846/2013

Art. 6º Omissis

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

Art. 19 Omissis

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

[...]

Art. 21 Omissis

Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença

CONCLUSÃO

A Procuradoria Geral do Estado, enquanto órgão de representação judicial e extrajudicial do Estado do Maranhão, assume papel de relevo no que tange à aplicação da Lei 12.846/2013 e do Decreto Estadual nº. 31.251/201, com vistas a responsabilizar pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos.

O espaço de atuação do órgão expande-se na esfera da responsabilidade administrativa e judicial das pessoas jurídicas envolvidas na prática destes ilícitos ao patrimônio público, que redundam, via de regra, em lesão ao erário estadual e enriquecimento ilícito dos sócios das pessoas jurídicas envolvidas.

A atuação da PGE, que antes ficava adstrita ao âmbito de aplicação da Lei 8.429/92, instrumento normativo que visa precipuamente a punição dos agentes públicos que cometem atos de improbidade, com o advento da Lei 12.846/2013, amplia-se seu campo de atuação para buscar também a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas.

Completa-se assim uma lacuna no campo de atuação da PGE, o que expande seu rol de atribuições, fazendo-a assumir uma posição de vanguarda no combate à corrupção na administração pública estadual.

A ÁRVORE DOS DIREITOS HUMANOS COM RAÍZES NO BRASIL: fruto proibido aos brasileiros?

Miguel Ribeiro Pereria¹

RESUMO

O artigo aborda as influências da formação da sociedade brasileira na construção do conceito de Direitos Humanos no Brasil. Enfocam-se as características do brasileiro típico e os obstáculos delas decorrentes para a afirmação mais universal dos direitos.

Palavras-chave: Direitos Humanos, formação da sociedade brasileira, obstáculos, universalização

ABSTRACT

The article shows the influences of the Brazilian society formation towards the building of the Brazilian Human Rights concept. It's focused the typical Brazilian characteristics and its obstacles to the universal affirmation of these rights.

Keywords: Human rights, Brazilian society formation, obstacles, universalizing process.

1. INTRODUÇÃO

Na origem dos Direitos Humanos, que pode ser localizada nas primeiras Declarações e Convenções Mundiais sobre a matéria, constata-se que tais normas foram preconizadas em contexto e período específicos,

¹ Procurador do Estado do Maranhão. Mestre em Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Maranhão.

marcados por intensa participação populacional, desejosa de valores próprios de igualitarismo jurídico, em que os direitos deveriam ser válidos para todos indistintamente:

Os revolucionários de 1789, ao contrário, julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros. Nos debates da Assembléia Nacional Francesa sobre a redação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, multiplicaram-se as intervenções de deputados neste sentido. Dèmeunier afirmou, na sessão de 3 de agosto que esses direitos são de todos os tempos e de todas as nações. Mathieu de Montmorency repetiu, em 8 de agosto: os direitos do homem em sociedade são eternos, (...) invariáveis como a justiça, eternos como a razão; eles são de todos os tempos e de todos os países. Pétion, que foi maire de Paris, considerou normal que a Assembléia se dirigisse a toda a humanidade: " Não se trata aqui de fazer uma declaração de direitos unicamente para a França, mas para o homem em geral. (COMPARATO, 2005, p. 131)

Tomando-se como exemplo as Declarações originadas em território francês, verifica-se o estabelecimento nelas de normas jurídicas que foram produzidas para atingir não só os cidadãos franceses, mas do mundo inteiro:

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Art. 2. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e resistência à opressão.

Art. 3 O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente. (COMPARATO, 2005, p. 154)

Entretanto, analisando-se os Direitos Humanos como objeto de estudo e de acordo com o rigor científico exigido na matéria, não se pode iniciar o assunto sem identificar-se a abordagem metodológica que iniciará o presente trabalho.

Neste passo, alerta-se que será adotada a concepção de Bourdieu, ampliativa por natureza, posto que permite uma abordagem com vários referenciais heurísticos dialogando com outros teóricos.

Deve-se, inicialmente, reconhecer que seu alicerce se assenta sobre a constatação de que a realidade tomada pelos cientistas acaba sendo vinculada à questão relacional de modo que a apreensão do objeto será o mais próximo do real à medida que puder perceber a teia de relações que envolvem o assunto:

A noção de campo é, em certo sentido, uma estenografia conceptual de um modo de construção do objecto que vai comandar - ou orientar - todas as opções práticas da pesquisa. Ela funciona como um sinal que lembra o que há que fazer, a saber, verificar que o objeto em questão não está isolado de um conjunto de relações de que retira o essencial das suas propriedades. (...) é preciso pensar relacionalmente. Com efeito, poder-se-ia dizer, deformando a expressão de Hegel: o real é relacional. (BOURDIEU, 1999, p. 27).

Partindo-se para outros referenciais interpretativos com os quais Bourdieu dialoga² existe igualmente, em outros teóricos, a preocupação de demonstrar-se a cadeia de relações que formam o real, afastando-se de conclusões simplistas ou superficiais. Neste ponto, Marx deduz sua concepção metodológica sobre o critério de que o real é fruto de múltiplas determinações que podem ser percebidas por aproximações sucessivas do pensamento que vão do abstrato ao concreto:

O concreto é concreto porque é a síntese de múltiplas determinações e, por isso, é a unidade do diverso. Aparece no pensamento como processo de síntese, como resultado, e não como ponto de partida, e portanto, também, o ponto de partida da intuição e

2 O ensino perpetua e canoniza oposições fictícias entre autores (Weber/Marx, Durkheim/Marx etc) entre métodos (quantitativo/qualitativo, macro-sociologia/microsociologia, estrutura/história etc) entre conceitos etc. (BOURDIEU, 1999, p. 46).

da representação. No primeiro caso, a representação plena é volatilizada numa determinação abstrata; no segundo caso, as determinações abstratas conduzem à reprodução do concreto pela via do pensamento. Eis porque Hegel caiu na ilusão de conceber o real como resultado do pensamento, que partindo de si mesmo se concentra em si mesmo, se aprofunda em si mesmo e se movimenta por si mesmo; ao passo que o método que consiste em elevar-se do abstrato ao concreto é, para o pensamento apenas a maneira de se apropriar do concreto, de o reproduzir na forma do concreto pensado; porém, não é este de modo nenhum o processo de gênese do concreto em si. (Marx, 1995, p. 218)

Nesta concepção pode-se deduzir que o real detém especificidades próprias, apesar de conter generalidades a outros objetos, que podem ser abstratamente percebidas, conferindo tratamento homogêneo sobre o assunto a ser abordado, devendo-se, entretanto, alertar que isto não significa olvidar as particularidades, mas o exercício metodológico de possibilitar o estudo de determinado assunto. Mesmo na perspectiva de Weber, não se chega a conclusão diversa, visto que a criação do tipo ideal não significa uniformização ou homogeneidade do real, mas apenas um referencial interpretativo que será utilizado para testar diversas realidades permitindo apontar critérios gerais, sem esquecer as especificidades do concreto sob estudo. Uma das preocupações de Weber foi, justamente, a formulação de certos instrumentos metodológicos que permitissem que o cientista investigasse os fenômenos particulares sem se perder na infinidade disforme dos seus aspectos concretos. O principal desses instrumentos é o tipo ideal.

Os tipos ideais cumpririam duas funções principais: selecionar explicitamente a dimensão do objeto que será analisada e apresentar essa dimensão de uma forma pura, despida de suas nuances concretas. Nas palavras de Weber, a construção de tipos permitiria operar uma espécie de abstração que converteria a realidade em “objeto categoricamente construído” (WEBER, 1993-b, p. 203). Os tipos seriam elaborados “mediante

acentuação mental de determinados elementos da realidade” (WEBER, 1993, p.137) considerados, do ponto de vista do investigador, relevantes para a pesquisa. O cientista social criaria definições exageradas, unilaterais das dimensões da realidade que pretendesse conhecer.

Essas definições poderiam então ser utilizadas, num segundo momento, para uma espécie de comparação com o mundo real. Elas auxiliariam no trabalho de compreensão e de imputação causal realizado pela Sociologia e pela História. Cada aspecto concreto da realidade empírica poderia ser compreendido em função da sua maior ou menor distância em relação à definição típica ideal.

Portanto, esses diversos teóricos acentuaram que a despeito de poder a realidade ser apreendida em suas concepções mais gerais, adotando-se diversas técnicas heurísticas, não se pode olvidar as especificidades do objeto em estudo.

Nesta perspectiva é que se aponta no título do presente trabalho para a situação específica dos Direitos Humanos no Brasil, identificando-se que a rede de relações que os envolvem, e formam campo peculiar não pode ser estendida, em todas as suas especificidades, a outras realidades.

Faz-se, então, necessário o estudo específico da realidade brasileira sobre os direitos em questão, podendo a concepção universal de Direitos Humanos servir como norte inicial do estudo, mas já se alertando que foi sendo urdido, desde a formação da sociedade brasileira, conjunto próprio de determinações e relações a demarcar o que pode ser denominado de Direitos Humanos no Brasil.

Aponta, portanto, o título, de forma metafórica, para a necessidade de reconhecer-se que o conceito destes direitos é variável, geograficamente localizado e marcado por uma complexa estrutura construída desde as raízes da nação.

Para o entendimento deste campo em que se inserem os Direitos Humanos propõe-se a adoção, no presente estudo, de duas obras — Casa Grande Senzala e Raízes do Brasil — que realizaram profunda avaliação da

formação da sociedade brasileira e explicitaram quais as características do brasileiro típico. Uma vez expostas tais concepções, será realizada a relação com os direitos que passaram a ser aceitos nessa sociedade.

Recorrer-se a estas obras é de fundamental importância, visto que a despeito de analisarem o período da formação da sociedade brasileira, ainda pautam as discussões atuais sobre o Brasil, principalmente quando se percebe que é uma nação com pouco mais de quinhentos anos, não havendo mudanças bruscas nas concepções sociais de uma época histórica a outra³, inclusive na ideia de Direitos Humanos que permeia a sociedade brasileira.

Em seguida, diante desta identificação das raízes em que foram sendo construídas, passa-se a investigar em que medida a presente cultura de Direitos Humanos no Brasil incorpora os elementos envolvidos na formação da sociedade brasileira, ou se existem mais fatores determinando um novo conceito sobre a matéria.

Finalmente, identificando-se o cenário destes direitos no Brasil, parte-se para a investigação de que se o que se tem no atual panorama é o crescimento da árvore dos direitos humanos, ou se diante do terreno em que estão postas as raízes existem obstáculos a impedir o vigor do conceito de Direitos Humanos, frutos de perspectiva universalizante e igualitária.

2. RAÍZES EM TERRENO ÁRIDO COMO OBSTÁCULO AO CRESCIMENTO DE FRUTOS PARA TODOS

Holanda (2006) foi responsável pela tentativa de uma das mais respeitadas construções de um tipo ideal do brasileiro, sob influência weberiana⁴, ao ter reunido em “Raízes do Brasil”, alguns dos elementos marcantes da formação do conjunto social brasileiro.

3 “Nenhuma revolução sepulta todo o passado de um povo”. (FERNANDES, 2006, p. 66)

4 “ Neste processo Sérgio Buarque de Holanda aproveita o critério tipológico de Max Weber, mas modificando-o, na medida em que focaliza pares, não pluralidade de tipos, o que lhe permite deixar de lado o modo descritivo, para tratá-los de maneira dinâmica, ressaltando principalmente sua intenção no processo histórico.” (CANDIDO,

Construiu um tipo ideal de brasileiro, que propõe como aplicável ao conjunto da sociedade, com características bem definidas: cultura da personalidade com forte centralidade no individualismo, dificuldade de associação, ausência de solidariedade e de tendência à cooperação disciplinada, sentimento gregário restrito à família, invasão do público pelo privado, realismo exacerbado e patrimonialismo.

Em comparação com outros povos identificou Holanda (2006, p. 19) exacerbação do culto à personalidade:

Precisamente a comparação entre elas e as da Europa de além-Pirineus faz ressaltar uma característica bem peculiar à gente da península Ibérica, uma característica que ela está longe de partilhar, pelo menos na mesma intensidade, com qualquer de seus vizinhos do continente. É que nenhum desses vizinhos soube desenvolver a tal extremo essa cultura da personalidade, que parece constituir o traço mais decisivo na evolução da gente hispânica, desde tempos imemoriais. Pode-se dizer, realmente, que pela importância particular que atribuem ao valor próprio da pessoa humana, à autonomia de cada um dos homens em relação aos semelhantes e no espaço, devem os espanhóis e portugueses muito de sua originalidade nacional. Para eles, o índice do valor de um homem infere-se, antes de tudo, da extensão em que não precise depender dos demais, em que não necessite de ninguém, em que se baste.

Diante da constatação de que na formação da sociedade brasileira há forte apego ao individualismo, identifica Holanda, nas ações dos indivíduos nesta sociedade distanciamento de intenções voltadas à solidariedade. De forma responsável, com o arcabouço metodológico weberiano, vai Holanda apontando a relação existente entre o centralismo em questões individuais e as consequências desta premissa.

Nesta teia relacional e em decorrência do pressuposto voltado para o individualismo vão surgindo outras consequências decorrentes desta pre-

missa como a ausência de solidariedade e centralismo em círculos mais próximos ao indivíduo, como a família, perdendo espaço na sociedade brasileira os valores mais voltados ao interesse público:

Não admira que fossem precárias, nessa gente, as idéias de solidariedade.

A bem dizer, essa solidariedade, entre eles, existe somente onde há vinculação de sentimentos mais do que relações de interesse — no recinto doméstico ou entre amigos. Círculos forçosamente restritos, particularistas e antes inimigos que favorecedores das associações estabelecidas sobre plano mais vasto, gremial ou nacional. [...]

Por outro lado, seria ilusório pretender relacionar a presença dessas formas de atividade coletiva a alguma tendência para a cooperação disciplinada e constante. De fato, o alvo material do trabalho em comum importa muito menos, nestes casos, do que sentimentos e inclinações que levam um indivíduo ou um grupo de indivíduos a socorrer o vizinho ou amigo precisado de assistência. No Maranhão, em 1735, queixava-se um governador de que não vivia a gente em comum, mas em particular, sendo a casa de cada habitante ou de cada régulo uma verdadeira república, porque tinha os ofícios que a compõem, como pedreiros, carpinteiros, sangrador, pescador. Com pouca mudança tal situação prolongou-se aliás, até bem depois da independência e sabemos que durante a grande época do café na província do Rio de Janeiro, não faltou lavrador que se vangloriasse de só ter de comprar ferro, sal e pólvora e chumbo, pois os mais davam de sobra suas próprias terras[...] Nos domínios rurais é o tipo de família organizada segundo as normas do velho direito romano-canônico, mantidas na península Ibérica através de inúmeras gerações, que prevalece como base e centro de toda a organização.

A ausência de preocupação dos brasileiros com questões mais voltadas para a comunidade ou em direção ao interesse público pode ser percebida pela invasão do público pelo privado e pelo patrimonialismo, o que pode ser testado historicamente no Brasil pela comunidade da prática continuada do clientelismo visando à manutenção da máquina pública em poder de um mesmo grupo político que trata o aparelho estatal como objeto privado.

Sem tomar a discussão de forma reducionista, atribuindo à questão do clientelismo no Brasil um peso central, não se deve, de outro modo, desconsiderar que as práticas clientelistas se encontram fortemente na estrutura da sociedade brasileira.

Carvalho (1997) identifica três formas de clientelismo na sociedade brasileira: clientelismo stricto sensu, mandonismo e coronelismo. Este seria um fenômeno histórico relacionado à concentração de terra o que criaria um vínculo através de práticas assistencialistas, situado como fenômeno histórico cronologicamente situado até 1930. O mandonismo seria percebido em práticas assistencialistas não necessariamente comandadas por proprietários de terra, mas assentando-se em relações que tornavam dependente a comunidade daquele chefe do poder local.

Por fim o clientelismo seria o mandonismo visto de forma bilateral, posto que enfoca as populações fruto das práticas clientelistas visando à cooptação e dependência.

Com referidas práticas os grupos políticos dominantes vão se perpetuando no poder, fazendo do espaço governamental um campo para prevalência de seu interesse à custa do interesse da comunidade.

A construção, portanto, do tipo ideal do brasileiro que se constata na progressiva formação da sociedade, conforme descrito por Holanda é corroborada por Freyre (2004) que identificou elementos comuns em sua magistral obra - Casa Grande Senzala - principalmente no que tange ao centralismo na família:

A família, não o indivíduo, nem tampouco o Estado

nem nenhuma companhia de comércio, é desde o século XVI o grande fator colonizador do Brasil [...] a força social que se desdobra em política, constituindo-se na aristocracia colonial mais poderosa da América. Sobre ela o rei de Portugal quase reina sem governar. Os senados de câmara, expressões desse familismo político, cedo limitam o poder dos reis e mais tarde o próprio imperialismo ou, antes, parasitismo econômico, que procura estender do reino às colônias os seus tentáculos absorventes” (FREYRE, 2004, p. 81)

Este cenário, portanto, não se apresenta como campo propício para a formação de uma cultura de direitos humanos voltada para uma progressiva universalização, à medida que no Brasil, existe tendência para o individualismo, práticas protetivas a interesses de poucos, ausência de solidariedade e formação de uma concepção de direitos destinada à proteção dos grupos economicamente privilegiados.

É dizer, as raízes em que se deu a formação da sociedade brasileira, representam obstáculo para a construção de uma cultura de direitos voltada para todos. Ao contrário, a tendência sempre presente é para a negação destes direitos a uma parte considerável da população.

Neste processo de não reconhecimento dos Direitos Humanos não se pode, ainda, desconhecer que a influência da religião católica apresenta-se como ponto central, visto que foi utilizada como elemento de centralização da cultura e da unidade nacionais:

Formou-se na América Tropical uma sociedade agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de índio — e mais tarde de negro — na composição. Sociedade que se desenvolveria defendida menos pela consciência de raça, quase nenhuma no português cosmopolita e plástico, do que pelo exclusivismo religioso desdobrado em sistema de profilaxia social e política. (FREYRE, 2004, p. 65)

O Brasil formou-se, despreocupou-se os seus colonizadores da unidade ou pureza da raça. Durante quase todo o século XVI a colônia esteve escancarada a estrangeiros, só importando às autoridades coloniais que fossem de fé ou religião católica. [...] Daí ser tão difícil separar o brasileiro do católico: o catolicismo foi realmente o cimento de nossa unidade. (FREYRE, 2004, p. 91)

Neste passo é que se recorre ao livro central da fé católica para tentar demonstrar-se que segundo esta religião, de intensa influência na formação da sociedade brasileira, encontra-se o arquétipo justificante da construção de um discurso contrário aos Direitos Humanos na perspectiva universalizante, ou seja, visto sem distinção quanto ao público a que se destina.

Consta do livro de Gênesis a célebre passagem em que Eva, sucumbindo aos argumentos da serpente, prova do fruto proibido, oferecendo-o, ainda, a Adão. Como castigo divino, são expulsos do paraíso:

ORA, a serpente era mais astuta que todas as alimárias do campo que o SENHOR Deus tinha feito. E esta disse à mulher: É assim que Deus disse: Não comereis de toda a árvore do jardim?

E disse a mulher à serpente: Do fruto das árvores do jardim comeremos,

Mas do fruto da árvore que está no meio do jardim, disse Deus: Não comereis dele, nem nele tocareis para que não morrais.

Então a serpente disse à mulher: Certamente não morreréis.

[...] E a Adão disse: Porquanto deste ouvidos à voz de tua mulher, e comeste da árvore de que te ordenei, dizendo: Não comerás dela, maldita é a terra por causa de ti; com dor comerás dela todos os dias da tua vida.

Espinhos, e cardos também, te produzirá; e comerás a erva do campo.

No suor do teu rosto comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela foste tomado; porquanto és pó e em pó te tornarás.

E chamou Adão o nome de sua mulher Eva; porquanto era a mãe de todos os viventes. E fez o SENHOR Deus a Adão e à sua mulher túnicas de peles, e os vestiu.

Então disse o SENHOR Deus: Eis que o homem é como um de nós, sabendo o bem e o mal; ora, para que não estenda a sua mão, e tome também da árvore da vida, e coma e viva eternamente, O SENHOR Deus, pois, o lançou fora do jardim do Éden, para lavar a terra de que fora tomado. E havendo lançado fora o homem, pôs querubins ao oriente do jardim do Éden, e uma espada inflamada que andava ao redor, para guardar o caminho da árvore da vida.

(Bíblia Sagrada. Cap. 3, versículos 1 a 25)

É da moral cristã, portanto, a perspectiva do banimento, da segregação àquele que descumprir as regras estabelecidas. Vale dizer, existe nesta ordem, a possibilidade de justificação de tratamento diferenciado, inclusive com o banimento, daqueles que segundo a doutrina cristã, infringirem as regras. Esta moral influencia contrariamente a uma construção universalizante de Direitos Humanos à medida que permite o tratamento diferenciado a determinadas pessoas, às quais podem ser sonegados direitos mínimos, infligindo tratamentos até hoje considerados cruéis e contrários a todas as Declarações Universais de Direitos Humanos.

Adotando-se a perspectiva nietzschiana, a busca pela universalização dos direitos humanos acaba severamente diminuída diante da moral estabelecida ao longo do tempo que tende a refrear os impulsos dos indivíduos sobre certos assuntos, em face de regras homogeneizantes inibidoras de possibilidades de ação diversas.

Na perspectiva de Nietzsche, portanto, sem a superação da moral cristã resta inviável a busca dos direitos humanos sob o viés mais universal:

Minha opinião: todas as forças e todos os instintos que tornam possível a vida e o crescimento caem sob o golpe da moral: moral como instinto de negação da vida. (...) É preciso aniquilar a moral para libertar a vida. (NIETZSCHE, p. 07)

Ainda se verifica na origem da formação da sociedade brasileira um forte componente de violência da classe dominante em direção aos dominados, apresentando-se como importante componente refrador de uma proposta mais global para os Direitos Humanos no Brasil. Neste sentido, aponta Freyre para a gênese violenta que fez parte da formação social brasileira:

A verdade, porém, é que nós é que fomos sadistas; o elemento ativo na corrupção da vida de família; e moleques e mulatas o elemento passivo. Na realidade, nem o branco nem o negro agiram por si, muito menos como raça, ou sob a ação preponderante do clima, nas relações de sexo e de sexo que se desenvolveram entre senhores e escravos no Brasil. Exprimiu-se nessas relações o espírito do sistema econômico que nos dividiu, como um deus poderoso, em senhores e escravos. Dele se deriva toda a exagerada tendência para o sadismo, característica do brasileiro, nascido e criado em casa-grande, principalmente em engenho e a que insistentemente temos aludidos neste ensaio. (FREYRE, 2004, p. 497)

Portanto, preliminarmente, tentando-se responder à questão contida no título deste artigo, pode-se identificar que no Brasil, os Direitos Humanos estão mais direcionados às elites detentoras de poderio econômico, encontrando-se grande parte da população ainda submetida a práticas autoritárias, acompanhadas, por vezes, de violência.

3. A SOMBRA DA ÁRVORE NÃO ALCANÇA TODOS

Passa-se, em seguida, diante desta formação da sociedade brasileira a investigar em que medida ela influencia a presente cultura de Direitos Humanos no Brasil ou se existem mais fatores determinando a matéria.

Para esta tarefa recorrer-se-á a importantes estudos recentes (CALDEIRA, 1992; BUORO, 1994; CARDIA, 1994) conducentes à constatação de que a sociedade brasileira, em percentual considerável, reconhece que há justificativa para práticas atentatórias à afirmação dos direitos humanos a todos os brasileiros:

Dizer que a idéia e o reconhecimento dos direitos humanos são precários na sociedade brasileira não é novidade. O problema da percepção dos direitos humanos vem sendo debatido sistematicamente nesta sociedade desde os movimentos pela reinstauração da ordem democrática em fins da década de 70. Uma das traduções dessa percepção, que ressoa em nossos ouvidos pelo menos desde meados da década de 80, refere-se à frase que se tornou senso-comum na cidade de São Paulo, que critica os direitos humanos associando-os a “privilégios para bandidos”. A percepção do criminoso como uma figura social que demarca as fronteiras entre o bem e o mal, sobre as quais se estabelecem processos de categorização e diferenciação social, foi também apontada por CARDIA (1994). Essa autora discute a questão a partir da constatação de que a “não-indignação e a aceitação de violações do direito à integridade física por parte do Estado é a nosso ver um sintoma muito perigoso para a construção de uma sociedade democrática.” (BUORO, 1994, p. 71)

Apontaram as referidas autoras para um enquadramento, por considerável parcela da sociedade brasileira, das pessoas submetidas à prisão em categoria diversa dos demais cidadãos, o que conduziria a uma possibilidade de submetê-los a tratamento diverso daquele verificado para os considerados cidadãos “comuns” ou “normais”.

Há uma verdadeira exclusão social a ponto de identificar aquelas pessoas que cometeram crimes como merecedores dos castigos corporais. Grande parte da população não verifica, neste passo, a tortura como algo abusivo, mas uma possibilidade que ganha legitimidade, apesar de não constar da lei.

Apesar de repudiada desde as convenções internacionais até as leis nacionais, a tortura tem amplamente sido percebida como admissível pela sociedade brasileira.

O Brasil tem sido marcado, já nos tempos imperiais, por uma opressão demasiada sobre os corpos dos indivíduos, apesar de verificar-se que desde a Constituição de 1824 têm sido repudiadas práticas como a tortura:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, 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.

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

Desde então no território brasileiro, apesar de todas as Constituições seguintes repudiarem a prática da tortura, constata-se que esta foi repetida em diversos episódios célebres (Tiradentes, Revolta da Chibata, Extermínio do Grupo de Lampião, Ditadura Militar, Caso da Favela Naval) e até hoje faz parte do cotidiano brasileiro .

Segundo o Relatório sobre a tortura no Brasil, de 2001, produzido pelo observador internacional da ONU, Nigel Rodley, a prática da tortura, já no presente século, continua sendo amplamente disseminada, acentuando-se nas instituições governamentais, mas sem desprezar um grande percentual de torturas também nos espaços privados.

É, portanto, a constatação de uma verdadeira cultura autoritária, seja nas práticas governamentais, seja nas atividades privadas. Como já acentuado por Telles (1998, p. 102) identifica-se até o presente momento a não

implementação, *in totum*, da República no Brasil, o que se acentua em práticas até hoje de invasão da esfera privada, como o corpo, pelo público (Estado), o que tem o reconhecimento e aquiescência de considerável parcela da população brasileira.

O conjunto formado por esta cultura autoritária e a percepção por considerável número dos indivíduos de nossa sociedade de que “direitos humanos é direito de bandido” acabam obstando a construção de uma perspectiva mais universal de direitos humanos.

Portanto, ainda recorrendo-se à metáfora inicial é que se pode dizer que à sombra da árvore e gozando de seus frutos - os Direitos Humanos — estão, em grande parte, os responsáveis pela dominação econômica.

Quanto a considerável parcela da população tal extensão de direitos não é reconhecida, devendo-se reconhecer, neste momento a importante contribuição de AGAMBEN sobre a matéria que apresenta a definição de *homo sacer*, ou seja, homem com “[...] uma vida despojada de todos os direitos [...]” (AGAMBEN, 2002, p. 189), o que faz que se sujeite a um “poder de morte”:

Aquilo que define a condição de *homo sacer*, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto sobretudo o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência — a morte insacionável que qualquer um pode cometer em relação a ele — não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução nem como condenação e nem como sacrilégio. Subtraindo-se às formas sancionadas dos direitos humano e divino, ela abre uma esfera do agir humano que não é a do *sacrum facere* e nem da ação profana, e que se trata de tentar compreender.

A sacralidade da vida que se desajaria fazer hoje valer contra o poder soberano como um direito huma-

no em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono.

Acaba se estruturando na sociedade brasileira o que foi denominado por Agamben(2002) como estado de exceção cuja ausência de garantias mínimas acaba prevalecendo como característica principal a submeter aqueles excluídos da comunidade:

Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen); ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da sua própria suspensão. Retomando uma sugestão de Jean-Luc Nancy, chamamos bando (do antigo termo germânico que designa tanto a exclusão da comunidade quanto o comando e a insígnia do soberano) a esta potência (no sentido próprio da *dynamis* aristotélica, que é sempre também *dynamis me energein*, potência de não passar ao ato) da lei de manter-se na própria privação, de aplicar-se desaplicando-se. A relação de exceção é uma relação de bando. Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente fora da lei e indiferente a esta, mas é abandonado por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno se confundem. Dele não é literalmente possível dizer que esteja fora ou dentro do ordenamento (por isto, em sua origem, *in bando*, a *bandono* significam em italiano “à mercê de” quanto “a seu talento, livremente” como na expressão *correre a bandono*, e *bandito* quer dizer tanto “excluído, posto de lado” quanto “aberto a todos, livre”, como em *mensa bandita* e a *redina bandita*). É neste sentido que o paradoxo da soberania pode assumir a forma “não existe um fora da lei”.

4. CONCLUSÃO

A tentativa de definir a prática e o alcance da noção de Direitos Humanos no Brasil não se apresenta como tarefa simples diante da multiplicidade de determinações envolvendo a matéria como se tentou demonstrar ao longo do presente artigo.

As explicações que tentam elucidar a formação da sociedade brasileira e sobre as quais se tentou deduzir o conceito de Direitos Humanos no Brasil nem sempre dão conta de toda a complexidade da matéria, visto que preocupadas com a construção de um tipo ideal de brasileiro, que, por definição acaba por privilegiar alguns aspectos da realidade em detrimento de outros elementos não considerados.

No entanto, servem como tentativa respeitável de aproximação com o tema, devendo ser considerada no estudo científico sério e comprometido com a investigação radical. Quanto aos Direitos Humanos, o que se pode deduzir é sua plurissignificação, visto que podem ser tomados numa concepção formal, disposta nas diversas Declarações em que estes se apresentam como de alcance a todos os cidadãos do mundo. Esta formalização de direitos nem sempre é acompanhada em sua concepção material, visto que vários são os entraves econômicos e culturais, não se podendo desprezar o mito historicamente construído em torno da noção de Direitos Humanos, progressivamente equiparados no discurso social à proteção de pessoas submetidas a processo criminal ou encarceramento.

Prevalece, portanto, o estado de natureza fundado na prática da violência, agora legitimado pela própria população visto que no conceito hobbesiano o estado de natureza não é cronologicamente delimitado no tempo, mas pode ser percebido até hoje quando o Estado continua justificando ou se omitindo diante de práticas de violência contrárias à afirmação dos direitos humanos:

“Se para os sofistas, a anterioridade da *physis* justifica, em última análise, a violência do mais forte, para Hobbes é precisamente esta mesma identidade

de estado de natureza e violência (homo hominus lupus) a justificar o poder absoluto do soberano. Em ambos os casos, ainda que em sentido aparentemente oposto, a antinomia *physis/nómos* constitui o pressuposto que legitima o princípio da soberania, a indistinção de direito e violência (no homem forte dos sofistas ou no soberano hobbesiano). É importante notar, de fato, em Hobbes, que o estado de natureza sobrevive na pessoa do soberano, que é o único a conservar o seu natural *ius contra omnes*. A soberania se apresenta, então, como um englobamento do estado de natureza da sociedade, ou se quisermos, como um limiar de indiferença, entre natureza e cultura, entre violência e lei, e esta própria indistinção constitui a específica violência soberana." (AGAMBEN, 2002, p. 41)

REFERÊNCIAS

- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 2ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999.
- BUORO, Andréa Bueno. A cabeça fraca: familiares de presos frente aos dilemas da percepção dos direitos humanos in Revista UPS. Dossiê Direitos Humanos no Liminar do Século XXI, N 37, São Paulo: USP, 1998.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *City of Walls: Crime, Segregation and citizenship in São Paulo*. California University, 1992.
- CARDIA, Nancy. Percepção dos direitos humanos: Ausência de cidadania e exclusão moral in SPINK, Mary Jane. *A cidadania em construção*. São Paulo, Cortez, 1994.
- CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. *Revista de Ciências Sociais*. Vol. 40, nº 2, 1997
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil*. Globo. 2006.
- _____. *O que é revolução*. Brasiliense. 1984.
- FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 49 ed. São Paulo: Global, 2004.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil/ Sérgio Buarque de Holanda; organização Ricardo Benzaquen de Araújo, Lilia Moritz Schwarz*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a verdade*. Rio de Janeiro: Graal, 1999.
- MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. Trad. Maria Helena Barreiro Alves — 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório final da Campanha Nacional Permanente de Combate à Tortura e à Impunidade*. Brasília: MNDH, 2004, 153 p.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. A gaia ciência. São Paulo: Rideel, 2005.

WEBER, Marx. A 'Objetividade do conhecimento na Ciência Social e na Ciência Política. In: *Metodologia das Ciências Sociais. 2*" ed. São Paulo: Cortez, 1993.

_____ Estudos Críticos sobre a lógica das Ciências da Cultura. Em: *Metodologia das Ciências Sociais. 2*" ed.. São Paulo: Cortez, 1993-b.

A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001: A DISPENSA DE PRÉVIA DECISÃO JUDICIAL PARA QUE O FISCO ACESSE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS

Marcellus Ribeiro Alves¹

O Direito e, em especial, o tributo, andam lado a lado com a evolução da sociedade. A toda evolução econômica, política ou social corresponde uma determinada estrutura jurídico-tributária.

O mundo passou por profundas mudanças na economia nas últimas décadas. A queda do Muro de Berlim e o enfraquecimento do socialismo associaram-se à ascensão da globalização e, com esta, à abertura dos sigilos bancário e fiscal.

A década de 90 marca nova mudança, acentuando a análise dos sigilos bancário e fiscal sob a perspectiva dos direitos individuais à liberdade, à preservação da intimidade e da não interceptação de seus dados.

Por sua vez, a partir dos anos 2000, em especial com a grande crise financeira de 2008, evidenciaram-se as falhas regulatórias do Estado e a sua impossibilidade de garantir as necessidades sociais.

A análise dos sigilos fiscal e bancário, antes feita quase exclusivamente sob o aspecto dos direitos individuais, passou a ser realizada também sob a perspectiva de um Estado Social, garantidor do atendimento das necessidades públicas e dos direitos previstos constitucionalmente, como o da dignidade de todas as pessoas humanas e do combate à pobreza e à redução de desigualdades sociais.

¹ Bacharel em Economia e em Direito. Especialista em Direito Tributário. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil. Secretário de Estado de Fazenda do Maranhão

Associaram-se a este contexto e foram ressaltados princípios constitucionais antes não tão iluminados pela Doutrina, como os da Transparência Fiscal, da Proteção da Livre Concorrência (170, IV), da Concretização da Capacidade Econômica (145, § 1º) e daqueles que fundamentam a própria atividade fiscalizatória (como os incisos XVIII e XXII do art. 37, inciso IV do art. 170 e art. 237 da CF).

Foi em tal contexto que foi publicada a Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, que possibilitou ao Fisco o acesso às informações bancárias do contribuinte, sem necessidade de prévia autorização judicial.

A polêmica sobre a possibilidade de a Administração Tributária poder examinar documentos e registros de instituições financeiras, sem determinação judicial, mas quando houver processo administrativo instaurado é antiga. Reacendeu-se após a edição da norma complementar e, mais notadamente, em função de recente julgamento do STF sobre o assunto.

O tema tratado é, pois, atualíssimo, fecundo, controverso e relevante, razão do presente ensaio, que tem por propósito analisar a constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 e a possibilidade de a Administração Tributária ter acesso às informações bancárias dos sujeitos passivos, sem previa anuência judicial.

Neste passo, impende que a objeção inicial à constitucionalidade do acesso das movimentações bancárias reside no sigilo da comunicação de dados, previsto no art. 5º, inciso XII, que se transcreve, para facilitar a compreensão do argumento:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

É evidente que a interpretação literal do dispositivo deve ser afasta-

da, pois, do contrário, não seria possível, em qualquer caso, mesmo com autorização judicial, o acesso às correspondências, comunicações telegráficas e dados, que se teriam como absolutamente invioláveis, posto que a única exceção dada à apreciação do poder judiciário foi o caso da interceptação das comunicações telefônicas, para fins penais.

Assim, o que a Constituição está preservando não são os dados em si, mas a comunicação dos dados. Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata da intimidade protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação de dados e não os dados, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse².

Ademais, da leitura atenta do comando alhures transcrito, não se consegue identificar escrito “inviolabilidade do sigilo fiscal ou bancário”, mas tão somente o “o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”.

O principal argumento que se tem utilizado contra a constitucionalidade da Lei Complementar 105, que permitiu o acesso de dados bancários às Administrações Tributárias, relaciona-se aos direitos relativos à incolumidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, inciso X da Carta Magna).

Os argumentos desta natureza, no entanto, não demonstram de que modo o conhecimento das operações bancárias ou financeiras pelo Fisco afrontam a intimidade e a vida privada.

Parece inquestionável que dados de natureza meramente quantitativa como depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança, resgates de conta de poupança ou aplicações financeiras nada revelam sobre a intimidade de alguém.

Evidente, por outro lado, que algumas operações de natureza financeira, em que seja possível identificar a origem dos recursos ou os destina-

² Trecho do voto do Voto do Ministro Sepúlveda Pertence no Mandado de Segurança 21.729DF.

tários de pagamentos, que envolvam terceiros ou que seja mesmo possível descortinar a essência da operação, podem revelar o estilo de vida e as relações pessoais de um dado cidadão.

No entanto, tais situações foram excepcionalmente preservadas pela Lei Complementar 105/2001 - e, portanto, permanecem inacessíveis-, em seu art. 5º, § 2º, verbis:

§ 2o As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados. (grifos apostos)

Assim, considerando que apenas é dado ao conhecimento da Administração Tributária o montante global das operações, não se vislumbra mínima possibilidade de invasão de intimidade a partir do conhecimento de um valor, de um dado numérico que nada revela, a não ser a frieza da quantia.

Importa observar, ainda, que o § 5º do artigo 5º da Lei Complementar expressamente assegurou o sigilo fiscal dos dados bancários transferidos. Não se trata, evidentemente, de quebra de sigilo, de invasão de privacidade, mas da mera transferência de dados do Banco para a Administração Tributária que tem competência legal e dever funcional de preservá-los.

Neste contexto, entender que a LC 105 não poderia tratar da transferência do sigilo bancário à administração tributária é conferir ao inciso X do artigo 5º da Constituição um sentido incondicional, absoluto e peremptório, impedindo qualquer outra eventual regulamentação em lei própria e específica. Ter-se-ia, nesta situação, um sigilo absoluto que não poderia ser violado nem mesmo por ordem judicial.

Impende, ainda, tratar da reserva constitucional de jurisdição, isto é, ao princípio que assegura ao Poder Judiciário apreciar lesão ou ameaça a direito. Por este postulado os juízes são chamados, em regra, para apreciar

lesões já concretizadas, já praticadas, inclusive no caso de ameaça.

Apenas excepcionalmente e nos estritos casos previstos constitucionalmente, o Poder Judiciário deve ser provocado, antecipadamente, para a homologação prévia da prática de atos. Tem-se como rol fechado, todos do artigo 5º: a) a busca domiciliar (inciso XI); b) a interceptação de comunicações telefônicas (inciso XII); c) prisão que não seja em flagrante (inciso LXI).

A Constituição Federal, portanto, não estabeleceu, em momento algum, que as Administrações Tributárias somente possam ter acesso a dados bancários mediante prévia homologação judicial. Em sentido contrário, foi explícita, sem deixar margem a dúvidas, quando estabeleceu ao Fisco o dever de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (CF, art. 145, §1º).

Poder-se-ia cessar a análise neste ponto, porquanto já fartamente demonstrada a possibilidade de dispensa de decisão judicial para que o Fisco acesse as informações bancárias do sujeito passivo.

Trata-se, no entanto, de ir mais além e demonstrar que o acesso às informações bancárias dos sujeitos passivos é medida que tem espeque em diversos princípios constitucionais e, muitas vezes, assegura outros postulados fundamentais.

Inicialmente, cumpre evidenciar alguns dados numéricos, buscando demonstrar a imprescindibilidade dos dados bancários para a Administração Tributária Federal.

Na tabela a seguir, serão apresentadas informações apenas das pessoas jurídicas que, no ano de 2013, apresentaram movimentação financeira 10 vezes superior ao rendimento declarado à Receita Federal do Brasil (RFB):

Quantidade de Pessoas Jurídicas	Movimentação Financeira	Receita Bruta Declarada	Diferença
10170	R\$ 1,525 trilhões	R\$ 27 bilhões	R\$ 1,498 trilhões

Do mesmo modo, com os mesmos critérios, em relação às pessoas físicas:

Quantidade de Pessoas Físicas	Movimentação Financeira	Receita Bruta Declarada	Diferença
28.370	R\$ 188 bilhões	R\$ 27 6,8 bilhões	R\$ 181,2 bilhões

Estes 38.540 contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, que apresentam indícios relevantes de sonegação, somente se tornaram identificáveis para a Receita Federal em decorrência da transferência do sigilo bancário ao Fisco, sem prévia autorização judicial.

De se notar ainda que:

1. O valor do crédito tributário recuperado pela RFB nos últimos 15 (quinze) anos, em procedimentos fiscais em que os sujeitos passivos se negaram a prestar esclarecimentos, e que impuseram o acesso à movimentação bancária como única forma de realizar o lançamento, superam 94,7 bilhões de reais; 2. Desde o ano de 2001, data da vigência da lei Complementar 105, foram fiscalizados, com base em movimentação financeira incompatível, 93.045 contribuintes. Não houve o vazamento de informações bancárias para o público ou mídia, fato que revela o absoluto respeito aos dados transferidos.

Na esteira destas considerações, no conjunto de princípios e preceitos assegurados na Constituição a darem suporte ao acesso pelo Fisco dos dados bancários mantidos em Instituições Financeiras, destacam-se os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência administrativa (CF, art. 37, caput).

Em relação ao princípio da legalidade, tem-se, em nível infraconstitucional, que o caput do art. 195 da Lei 5.172/66 (que tem natureza de Lei Complementar) dispõe que não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.

Por sua vez, o artigo 197 do CTN expressamente inclui as Instituições

Financeiras entre aquelas obrigadas a prestação de informações ao Fisco. Não se aplica aos bancos a exceção de sigilo quanto aos atos e fatos que o informante esteja obrigado a guardar segredo, posto que a Lei Complementar 105 expressamente transferiu o sigilo à Administração Tributária.

Assim, a Administração Tributária, mais que uma faculdade, deve, em respeito ao princípio da legalidade, e como forma de identificar os elementos previstos na hipótese de incidência, aplicar o disposto nos artigos 195 e 197 do CTN, além das disposições da Lei Complementar 105/2001.

Trata-se, além do mais, de respeito ao princípio da moralidade e impessoalidade administrativa. A possibilidade de ocultação de rendimentos trazidos por um eficiente e complexo sistema financeiro, dificulta sobremaneira a identificação dos aspectos quantitativos da hipótese de incidência e, via de regra, bloqueia a individualização do próprio sujeito passivo. Impossibilitar o acesso direto da Administração Tributária aos dados bancários é privilegiar aqueles contribuintes de maior poder aquisitivo – que realizam artifícios financeiros bem elaborados, a partir das instituições bancárias, com o fim de promover a evasão fiscal – a quem deve ser mais direcionada a ação fiscal, em razão do princípio da capacidade contributiva.

Neste sentido a lição de SANTI³:

A transferência do sigilo bancário para o Fisco é dado inerente ao exercício da Administração Tributária, que se submete ao primado da legalidade e da igualdade: não há legalidade ou igualdade sem provas que permitam a concreção da lei tributária.

Outro princípio constitucional que merece ser destacado é o da eficiência administrativa. Em razão deste princípio e como projeção dele no plano administrativo-tributário, o art. 145, § 1º facultou à Administração Tributária identificar o patrimônio, a renda e as atividades econômicas dos contribuintes.

3 SANTI, Eugênio Marcos Diniz de. O Sigilo e a Lei Tributária. Transparência, Controle da Legalidade, Direito à Prova e a Transferência do Sigilo Bancário para a Administração Tributária na Constituição e na Lei Complementar nº 105. In: SARAIVA FILHO, Osvaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord). Sigilo Bancário e Fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves. Belo Horizonte. Fórum, 2011, p.632.

Ora, foi para atender a este princípio que a Lei Complementar estabeleceu a possibilidade de a Administração Tributária ter o acesso aos dados bancários e genéricos dos sujeitos passivos.

Sem isso, a globalização, as operações comerciais realizadas por meio da internet, as inúmeras hipóteses de incidências concretizadas diariamente numa economia complexa tornariam absolutamente ineficiente a atuação do Fisco, inviabilizando a obtenção de recursos decorrentes das receitas tributárias e impedindo, quase que por completo, a atividade financeira do Estado.

Não é de se esperar, neste contexto, sempre que se necessite a análise de dados financeiros, que a homologação do pedido ao judiciário seja realizada com rapidez e eficiência, não por falta de esforço e qualidade de seus membros, mas em razão da sobrecarga de demandas já existentes.

Pode-se ainda acrescentar que a Constituição confere supedâneo à possibilidade de acesso às informações bancárias pelo Fisco, sem prévia autorização judicial, ao estabelecer que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º). É exatamente isso que realiza a Lei Complementar 105.

A discussão sobre a constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 leva, inevitavelmente, à análise do modelo de Estado em que vivemos. Este modelo busca assegurar os objetivos fundamentais estabelecidos na Carta Magna, tais como: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º).

Deve o Estado, portanto, nestes propósitos, estruturar o seu sistema financeiro de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, regulando-o por leis complementares, como o fez na norma em apreço (CF, art. 192).

Os dados evidenciados nas tabelas anteriores revelam, acima de tudo, níveis escandalosos de sonegação de tributos. Não há como enfrentar esta evasão sem conhecer, pelo menos de forma genérica, como preceitua a LC 105, a atividade financeira do contribuinte.

Em outras palavras, a exigência do Estado Social impõe recorrer aos meios legais que possibilitem assegurar minimamente a tutela do conjunto de direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão.

Abrir mão destes meios, como os legalmente previstos na LC 105, é renunciar ao modelo de Estado social-fiscal, que precisa de recursos para realizar seus objetivos, mas que não pode explorar diretamente atividade econômica (CF, art. 167).

Defende STRECK:

Dito de outro modo, a nova Lei deve ser interpretada levando em conta o conjunto principiológico da CF/88, mormente naquilo que diz respeito à idéia de Estado Fiscal e à idéia de que o sistema financeiro deve servir de elemento estruturante da promoção do desenvolvimento do país e a servir aos interesses da coletividade. A noção da Constituição que deve ser levada em conta não é do Estado-Liberal, pródigo em tratar das liberdades negativas e, sim, de atividades propositivas que devem ser tomadas pelo Estado em defesa da comunidade. São, enfim, os novos paradigmas do Direito e que devem servir de topos conformador da atividade legiferante-estatal.⁴

Recorrendo-se ao Direito Comparado, a legislação brasileira é semelhante à dos demais países:

1. Na Alemanha, nos termos da seção 93 do Código Tributário⁵, caso o contribuinte intimado se recuse a apresentar suas informações financeiras

4 STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações eletrônicas e os direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p.133.

5 Global Forum on Transparency and Exchange of Information, Peer Review Report – Germany, OECD, p.54. Disponível em <oced.org>.

ras, as autoridades fiscais podem requerer diretamente aos Bancos;

2. Na Espanha, em conformidade com o art. 57 do Real Decreto 1.065/2007⁶, as autoridades podem requisitar as informações bancárias às instituições financeiras, desde que o diretor do departamento ou o delegado da Agência Estatal de Administração Tributária os autorizem;

3. Até mesmo em tradicionais paraísos fiscais como Seychelles, é possibilitado às autoridades fiscais terem acesso à informação bancária sem autorização judicial;

4. São exemplos ainda: França, Itália, Noruega, Austrália, Dinamarca, Finlândia, Estados Unidos, Polônia e uma infinidade de outras nações que asseguram o mesmo tratamento previsto na Lei Complementar 105/2001.

Portanto, em considerações finais, conclui-se que a LC 105, além de ser juridicamente possível, é absolutamente necessária para garantir eficácia ao disposto no art. 145 § 1º e assegurar a realização de toda a gama de direitos previstos, por exemplo, no art. 5º da Constituição Federal, harmonizando-se, plenamente, com postulados que afiançam o direito à privacidade e à inviolabilidade de dados.

Por todas estas razões, aliás, que, em recente julgamento, ocorrido no dia 24 de fevereiro deste ano, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 9 a 2, entendeu que a Lei Complementar 105/2001 não promove a quebra do segredo bancário, mas apenas assegura a transferência do sigilo das instituições financeiras para o Fisco, sem prévia autorização do Poder Judiciário.

⁶ Disponível em <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/rd1065-2007.t2.html#a57>.

REFERÊNCIAS

BRASIL, STF - Mandado de Segurança :21.729-DF, Relator: Min. MARCO AU-
RÉLIO, Data de Julgamento: 05/10/1995, Tribunal Pleno, Data da Publicação: DJ
19/10/2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK,
Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/
Almedina, 2013.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Direito tributário: Constituição e Código
Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 14. ed., Porto Alegre: Livraria do
Advogado Editora; ESMAFE, 2012.

SARAIVA FILHO, Osvaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Co-
ord). Sigilo Bancário e Fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves.
Belo Horizonte. Fórum, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. As interceptações eletrônicas e os direitos fundamentais.
2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995

CONSTITUIÇÃO E ADVOCACIA – DO IMAGINÁRIO À CONCRETIZAÇÃO. SOBRE O CONSTRUTIVISMO HERMENÊUTICO E SUAS BASES.

Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana¹

1. Introdução. 2. A Constituição da República de 1988. 3. O papel fundamental da advocacia constitucional. 4. O guardião e o Dono da Constituição. 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho traduz algumas reflexões sobre o tema central proposto.

Inicialmente foi objeto de conferência proferida na Escola Superior de Advocacia “Advogado José Vera-Cruz Santana”, da OAB-MA.

As reflexões avançaram diante do cenário que se desenhou no Brasil, mercê das reiteradas notícias em torno da participação frequente do Supremo Tribunal Federal em episódios envolvendo os mais diversos temas, sob as mais diversas motivações das provocações.

Propõe-se uma reflexão em torno da Constituição da República de 1988 através de uma abordagem crítica em que é discutida sua natureza, seu modelo analítico em face dos direitos e garantias, a necessidade de formação de um sentimento constitucional construtivista, a importância

¹ Pós-Doutorado no “Ius Gentium Conimbrigae” – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela PUCSP. Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Sócio do ABDPC. Membro efetivo do IBEC. Membro efetivo da AMLJ. Professor Associado do Curso de Direito da UFMA. Subprocurador Geral do Estado do Maranhão.

da advocacia constitucional para esse processo, além do papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição.

Nesse processo construtivo o ativismo jurídico ganha relevância e é alvo de críticas que pretendem oferecer reflexões contributivas à formação do entendimento que abrigue o desenvolvimento e conduza à efetivação da Constituição, sem perder de vista, contudo, a necessidade de observação dos limites construtivos diante das decisões políticas fundamentais oriundas da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Este é o propósito.

2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988:

A restauração da normalidade democrática no Brasil se expressiu na Constituição da República de 1988, como expressão de cidadania plena, inserindo-se no constitucionalismo brasileiro como exemplo de Constituição democrática decorrente da soberania popular, ao lado das Constituições de 1934 e 1946.

O Brasil encontrava-se já sob a égide de um regime político autoritário há quase trinta anos, inspirado na doutrina da segurança nacional, não encontrando mais no cenário americano o suporte que servira de garantia para a instituição de um regime político excepcional. Era necessário reconstruir politicamente uma sociedade oprimida pela força. A restauração das instituições democráticas, tendo como símbolo a Assembleia Nacional Constituinte, era um discurso consolidado pelos movimentos sociais e políticos que ganharam densidade ao longo dos embates.

A esperança de construção de uma sociedade baseada em valores democráticos residia na elaboração e promulgação de uma Constituição que conseguisse retratar o “volksgeist” com seus anseios e aspirações. Talvez por isto a dimensão formal que lhe foi atribuída, contribuindo para sua concepção extensa.

É verdade que a Constituição de 1988 tem como origem uma emen-

da constitucional à Constituição de 1967², pela qual foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte. Contrariando, algumas entidades como a OAB, cujo discurso sempre foi em favor de uma constituinte exclusiva, o Legislativo, a reboque do Executivo e em defesa do “status” orgânico, concorreu para a renovação do Congresso Nacional com poderes de assembleia constituinte³.

O advento constitucional experimentado pelo Brasil já não guarda a autenticidade de outrora, encontrando nas mais diversificadas argumentações a razão de ser da multiplicidade de alterações por que passou a Constituição de 1988. Não que se pretenda imobilizar a Constituição como se isto contribuísse para sua estabilidade. Ao contrário.

Como produção cultural que é a Constituição deve retratar sempre a dimensão mínima do anseio social, ajustando-se ao vaticínio de Montesquieu, de breve, mas precisa aplicação ao presente estudo.

Alertava Montesquieu que:

“O Estado pode transformar-se de duas maneiras: ou porque a constituição é corrigida, ou porque ela se corrompe. Se o Estado conservou seus princípios, e a constituição se modifica, isto quer dizer que esta última se corrige; se o Estado perdeu seus princípios e a constituição vem a ser modificada, isto acontece porque esta se corrompe.”⁴

Constituição é sinônimo de compromisso, de convergência, não de unanimidade, nem de uniformidade, mas de **núcleo de vontades** democraticamente representadas, como, aliás, no caso da Constituição da República, o diz o parágrafo único do artigo 1º.

Contudo, não se deve, em nome de um ajustamento de proposições e aspirações, ignorar limites que o corpo constitucional possui, alcançados não apenas pela leitura do **núcleo irreformável** do texto expresso. Mais

2 Fala-se da Constituição com a Emenda n. 1 de 1969.

3 O Congresso constituinte foi convocado pela Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.1985.

4 Do espírito das leis. São Paulo: Ed. Martins Claret, 2004, p. 181.

do que isto, é impositivo que as entrelinhas permissivas das ilações compromissárias assegurem a manutenção de decisões originárias e originais da Assembleia Nacional Constituinte.

De certo que as mudanças constitucionais necessárias importam na tentativa de aperfeiçoamento do texto ou como complementação material e formal em função de direitos e garantias que passam a ser assegurados em decorrência de atos supervenientes oriundos de documentos de que se torne signatária a República Federativa do Brasil. Mas é prudente observar que a modificação constitucional que tenha a vocação de reformar a Constituição com significativa abrangência configura **usurpação do poder constituinte originário**, dando margem ao surgimento da corrupção constitucional de que nos fala Montesquieu.

A Constituição da República foi originalmente concebida com 250 artigos. Hoje, ao nascer da Emenda Constitucional n. 91, tem-se um emaranhado alfabético que a organiza quase que como um “manual instrutivo”, daqueles produzidos por burocratas e “autistas legislativos”, que têm as mentes voltadas apenas para clausura subterrânea do Congresso Nacional.

As alterações do texto constitucional, seja sob os auspícios do Congresso Nacional, seja pela dimensão hermenêutica pretendida pelo Supremo Tribunal Federal, fizeram germinar inúmeras propostas de reforma constitucional. Dentre tantas que ganharam notoriedade está a PEC 341/2009 do Deputado Regis de Oliveira, que reduz a Constituição a 70 artigos, cujo discurso consiste em que:

“[...] a atual Constituição Federal nasceu, em 1988, em meio a um trauma causado pelo desrespeito às garantias individuais por parte do governo militar, recém terminado. Por esse motivo, foram incluídas no texto previsões que não tinham perfil constitucional. Nessa lista entram matérias ligadas a esportes, meio ambiente, política fundiária, ciência, tecnologia, sistemas financeiro e tributário, funcionalismo público e população indígena.”⁵

5 Ibidem.

Propõe o deputado que a Constituição possua uma dimensão muito mais material, cingindo-se às previsões que encontram em Carl Schmitt a configuração de decisões políticas fundamentais, no seu entendimento de que Constituição deve ser concebida como instrumento político, tese reforçada na atribuição de guardião da Constituição ao Presidente do Reich, como destaca Gilmar Mendes⁶.

A dimensão formal da Constituição da República de 1988 como argumento de certo que não é irrelevante ao estudo. É fato que a Norma Fundamental contém exemplos que podem ser pinçados como paradigmas de elementos constitucionais apenas pela contingência de estarem expressos na Constituição. O **próprio autor da PEC 341/2009 indaga da necessidade da regra que obriga o juiz a residir na sua comarca estar presente na Constituição**. Ou, acrescentaríamos nós, **da regra que fala em adicional noturno no trabalho, ou no seguro desemprego, ou no direito dos índios, dos adolescentes, dos idosos, dos remanescentes dos quilombos**. Muitos outros poderiam, ser arrolados aqui.

Mas é imperioso que seja observado o discurso da redução do texto constitucional com moderação.

Em verdade o discurso da mudança constitucional com o propósito de dar precisão semântica ao texto ou redução formal para o conjunto preceitual mínimo pode conduzir à ideia de Constituição burguesa, termo utilizado aqui com a sinonímia histórica, sem a deformidade que angariou com o passar dos tempos.

Nesse particular, o liberalismo gaulês legitima o discurso da globalização que impõe aos estados uma adequação legislativa à exigência do capital internacional. É quando entra em cena o discurso da flexibilização (que também pode ser chamado de desconstitucionalização formal) de determinadas regras de assentamento constitucional, algumas das quais com dimensão principiológica e não meramente de regras.

Assim, garantias sociais podem ser transferidas para dispositivos

⁶ In apresentação da obra O guardião da constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. IX.

ordinários, o que as torna, em tese ao menos, mais suscetíveis de serem descumpridas, quando não negadas, criando um círculo de fragilização de conquistas sociais históricas, circunstância que geraria um retrocesso social inaceitável.

Admitida a cautela, não se pode negar a necessidade de realinhamento (ou readaptação) do texto constitucional à realidade subjacente.

Pois bem, a estrutura da atual Constituição conduz irremediavelmente a dar-lhe a rotulação de **Constituição formal**, dentro dos padrões dogmáticos, como, ainda, **natureza analítica**⁷, pois minuciosamente desce a detalhes que se não podem obter justificativas na atualidade, ao menos merecem explicação no próprio argumento que alimenta a necessidade de mudança: vivíamos uma época em que a Constituição se anunciava politicamente como o grande instrumento de resgate da soberania popular, esmagada pela longa jornada do governo militar.

Nessa direção a Constituição contém um significativo número de normas com enunciados que estabelecem a previsão assecuratória de direitos, rol, aliás, que não se encerra no texto escrito, mas se complementa pela abertura constitucional contida nas disposições específicas do art. 5º, parágrafo 2º. É, sem dúvidas, um **documento de textura aberta**⁸ e passível de complementação pela ação legislativa assim como pelos instrumentos supra estatais decorrentes da presença da República Federativa do Brasil nos organismos internacionais.

A **dimensão assecuratória** de direitos, assim, pode ser identificada em previsões que consignam tanto os princípios materialmente constitucionais, também denominados de “princípios estruturantes”, sem os quais não se pode alcançar o conceito moderno de Constituição, quanto regras, digamos, próprias, ou autenticamente constitucionais, como tais sendo concebidas aquelas materialmente inerentes ao Estado constitucional e

7 Luís Roberto Barroso, in Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360, sustenta que, “mais do que analítica, é prolixa e corporativa”.

8 Luís Roberto Barroso, in Curso de direito constitucional contemporâneo, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 291 fala em “normas de textura aberta como aquelas que possuem “linguagem vaga e conteúdo dotado de plasticidade”.

que não se limite ao aspecto orgânico, como, ainda, por aquelas disposições formalmente constitucionais apenas.

E é precisamente essa base estruturante e principiológica que dá dimensão distintiva da Constituição do presente momento histórico em que a doutrina assenta como o “pós-positivismo” (também rotulado de neo-constitucionalismo, da Constituição vista sob a ótica clássica no processo de interpretação.

Como **elemento formal jurídico** a Constituição, conquanto seja examinada sem desprezo aos métodos clássicos de interpretação, já não é contemplada pelo intérprete com a postura subsuntiva exclusiva, método que se configura pela identificação da norma jurídica a partir da hipótese jurídica formal abstrata.

Por que possui **densidade política**⁹ a Constituição passa a ser eficaz em maior amplitude, sobremodo, pela via do juízo construtivo, o que se compreende como a obtenção da norma a partir da concorrência de elementos diversos: **elemento humano**, **elemento factual** e **elemento** ou **objetivo**. É no processo de interpretação que se constrói a norma.

Dispondo desse instrumental é que direitos como a proteção à integridade física e moral, a indenização por danos morais, a liberdade de culto religioso, filosófico e político, são alguns dos exemplos da dimensão principiológica que compõem a natureza assecuratória da Constituição da República de 1988, sem extensão exaustiva, como o próprio texto constitucional anuncia.

Mas a estipulação desses direitos é seguida por um outro conjunto de direitos que importam em mecanismos de proteção preventiva ou de restauração às violações efetivamente ocorridas.

São as chamadas **garantias constitucionais** consubstanciadas em instrumentos judiciais que podem ser relacionadas como o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo, a ação popular, o mandado de injunção, sem falar nas garantias do devido processo legal,

⁹ Densidade ganha aqui o sinónimo de força, extensão, conteúdo material.

do contraditório, da ampla defesa e da duração razoável do processo.

Esse instrumental revela a **dimensão assecuratória** da Constituição, pondo em destaque o compromisso constituinte em dar uma feição compromissária da Constituição. Não apenas como declaração política forjada no palco da assembleia constituinte, mas como comprometimento efetivo de tornar eficaz o documento cujo compromisso é enunciado com base em elementos fundantes e teleológicos, conforme se depreende dos artigos 1º e 3º da Constituição da República Federativa do Brasil.

É importante registrar que a multiplicidade de instrumentos judiciais não se fez acompanhar na mesma proporção do aparelhamento judiciário indispensável, o que contribuiu, de certo modo, para o engessamento de demandas que merecem a ampliação recursal a que fica submetido ao guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal. Por isso mesmo a demanda pelo aparelhamento adequado das instituições que integram as carreiras essenciais à administração da justiça se faz um constante instrumento de lutas.

No processo de complementação ou de efetivação constitucional põe-se, ainda, em destaque a dimensão que alcança o constitucionalismo enquanto processo histórico de construção do Estado Constitucional de Direito. Falamos de um **constitucionalismo pragmático** em face das ideias de **completude e vazio constitucional**.

A identificação de um constitucionalismo pragmático perpassa pela ideia de sistema jurídico. Haveria abertura sistêmica na Constituição?

Não se pode perder de vista que a Constituição, conquanto seja um **elemento formal fundante** de todo o sistema jurídico, é dele, **formalmente, um microssistema normativo**. A Constituição, enquanto norma objetiva, é um conjunto de normas (nele contidos princípios e regras) e como tal é um “estatuto” formal, a exemplo dos códigos existentes.

Conquanto essa ideia possa parecer estranha, sob o ponto de vista científico, não se pode negá-la. Serve, aqui, a ideia de constituição juridicamente considerada que oferece o sentido lógico-jurídico como ele-

mento fundante e jurídico-positivo, como elemento concretizante ou, se preferirmos: um representa o plano estático, em que a teorização da Norma Fundamental da força e razão ao conhecimento; o outro, o plano dinâmico, configura o plano objetivo em que a ação humana é interveniente na aposição das normas. Vale, ainda, enfatizar: fala-se de um plano de “norma pressuposta” e em um plano de “normas postas”.

Pois bem. Para desenvolver-se a compreensão acerca de **completude** ou **vazio constitucional** é feito um convite ao exercício no plano literário, em que a riqueza multifacetada é significativa.

Tomo como fonte um dos mais conhecidos livros da literatura que embora seja classificado como infantojuvenil, em verdade é atemporal. Falo do “**O Pequeno Príncipe**”¹⁰.

Parto da narrativa do autor acerca da insistência do pequeno menino de que lhe fosse dado um desenho:

“ Por favor...desenha-me um carneiro...”

[...]

“ Esta é a caixa. O carneiro que queres está aí dentro.

E fiquei surpreso ao ver iluminar-se a face do meu pequeno juiz.

- Era assim mesmo que eu queria!”

A impaciência (confessa o autor) foi o sentimento que o moveu para abreviar uma discussão em torno de um desejo inusitado. Ambos exteriorizaram sentimentos.

O diálogo entre o piloto e o pequeno príncipe serve como alegoria para nossa proposição, pois nele pode ser obtida a ideia de completude e vazio.

A caixa que continha o carneiro, na alegoria construída, representa a completude sistêmica em que a ideia de moldura encerra toda a extensão

¹⁰ Sainte-Exupéry, Antoine. Rio de Janeiro: Agir, 2006, p. 14.

do jurídico. Nada mais, além do espaço interno da caixa seria necessário para conter a dimensão do sistema, composto pelo espaço e pelo carneiro.

É admissível que se possa obstar que a caixa desenhada ao pequeno príncipe não teria natureza sistêmica, pois o conjunto de elementos (no caso o carneiro e o seu espaço físico e o alimento) reunidos aleatoriamente não conduziram à ideia de sistema. Não se trata disso, contudo, pois já se afirmou que a figura literária é apenas alegórica para construir a ideia de completude e de vazio.

Tem-se a certeza de que sistema encerra a noção de compatibilidade, pertinência, relação com objetivo específico. Uma sala de aula só se apreende como tal quando a ideia de um professor, carteiras, apontador, quadro, enfim, são reunidos como microssistemas com finalidade própria.

Constituição é sistema incompleto que necessita de retroalimentação através de inserções que permitam o aperfeiçoamento, sem, contudo, pôr em risco sua integridade. Sob essa perspectiva a ideia de completude não se compatibiliza com a presente noção de Constituição, particularmente em face da nossa Constituição, cuja complementação é prevista de modo expresso, conforme já anteriormente sustentado pela noção de **textura aberta da norma**.

Mas é necessário enfatizar que ausência de completude não desemboca necessariamente em vazio constitucional. É que vazio importa em lacuna, ausência, o que não chega a existir em face da presença da base de princípios que conduz ao exercício hermenêutico que dá complementação, inclusive, aos conceitos jurídicos gerais e indeterminados presentes no texto constitucional.

O processo constituinte é contínuo e nele reside, também, o poder de desconstituição inerente ao poder constituinte derivado, vinculado, evidentemente, aos limites materiais e formais doutrinariamente construídos.

Há de se registrar que a natureza analítica da Constituição de 1988 importa em um conjunto dispositivo cuja compreensão exige a participação ativa do intérprete atento a uma nova realidade hermenêutica, exigindo-lhe, agora, a transposição dos limites clássicos de interpretação, sem desprezar os métodos e critérios clássicos.

É o que denominamos aqui de **constitucionalismo pragmático**, como tal compreendido **o exercício interpretativo da Constituição com a participação construtiva efetiva do intérprete, sopesando as circunstâncias que envolvem a hipótese e buscando uma solução concretizada por esse resultado da interpretação.**

Mas a consecução desse objetivo de edificar uma interpretação constitucional adequada necessita de participação efetiva do advogado, profissional cuja atividade mais significativa é possibilitar a mediação entre o Poder Judiciário e os jurisdicionados, dada à inação do magistrado como princípio da lei adjetiva.

O papel fundamental da advocacia constitucional é o que passamos a examinar.

3. O papel fundamental da advocacia constitucional:

Não há sombra de dúvidas que a advocacia foi significativamente prestigiada pela Constituição de 1988. Nenhuma outra profissão mereceu tamanho relevo, conquanto ainda subsistam incontáveis arestas que necessitam ser definitivamente aparadas.

A Constituição da República Federativa do Brasil reservou o título IV, capítulo V, às funções essenciais à justiça, arrolando a advocacia como uma dessas funções.

Note-se que não o fez por mero deleite estilístico, mas pelo reconhecimento histórico que possui a Ordem dos Advogados do Brasil como instituição pioneira no processo de defesa dos direitos dos cidadãos. Lembra Uadi Lamêgo Bulos¹¹ que:

¹¹ *Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1162.

“Nos trabalhos preparatórios da Carta em vigor, muitas críticas foram endereçadas a esse reconhecimento. Não faltou quem discordasse do fato da Lei Maior de um País destacar, com tanta ênfase, a figura do advogado. Porém, não se pode olvidar-lhe o atributo de elemento essencial ao regime democrático.

Não se trata de função melhor nem pior do que as demais. Tanto é assim que a Constituição de 1988 refere-se, também, ao professor, ao médico, ao juiz, ao procurador, ao jornalista, ao empresário etc.”

Ao lado do Ministério Público e da magistratura a advocacia (pública ou privada) e a Defensoria Pública compõem o alicerce de funcionamento do Poder Judiciário.

É necessário, portanto, compreender que a advocacia, enquanto habilitação para praticar atos judiciais ou extrajudiciais, reúne, indistintamente, a advocacia pública, da qual fazem parte os advogados do estado, os procuradores do estado e os defensores públicos. Demais disso, a própria lei 8906/1994 contém dispositivo de aplicação inequívoca aos advogados públicos e particulares, ou privados, se preferir-se.

Este alerta impõe-se pela necessidade de debelar ilações conduzidas pelo mau uso do processo interpretativo do texto constitucional.

Vale esclarecer que a **Constituição da República ao prever as carreiras essenciais à administração da justiça o fez tendo em conta o desempenho da profissão** para o aperfeiçoamento do funcionamento do Poder Judiciário. Logo, **não diferenciou a atividade profissional entre advogados públicos e privados**. Quando o fez, fê-lo com base na atribuição daqueles que integram as denominadas carreiras de Estado.

E tanto é verdadeira esta afirmação que no plano jurisprudencial o Superior Tribunal de Justiça já declarou que a *advocacia é serviço público, igual aos demais prestados pelo Estado*¹².

12 MS 1.25/91, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, RDA 189: 283, apud BULOS, Uadi Lamêgo, *Direito constitucional*. São Paulo: Sariaiva, 2007, p. 1162.

Sendo assim, a **advocacia, entra na Constituição como a atividade fundamental ao Estado de Direito**, enquanto a **diferenciação entre o profissional da advocacia e os demais advogados (“lato sensu”) públicos e privados, é feita pelos estatutos infraconstitucionais**. Por isso a lei federal possui esse caráter geral com dispositivo específico sobre a aplicabilidade aos profissionais da área que estejam integrando as carreiras de Estado. No plano específico, e de atenção ao princípio das peculiaridades regionais, é autorizada, a cada unidade da federação elaborar suas normas específicas, como são as hipóteses de leis orgânicas das carreiras.

Assentado este entendimento que tem gerado um certo desconforto, é mister, agora, considerar algumas características e princípios que envolvem o advogado. É que falar em advocacia constitucional envolve dois aspectos. O primeiro, diz respeito a sua **posição constitucional**. O segundo, refere-se à **dimensão constitucional que os direitos materiais** assumiram com o pós-modernismo.

No que se refere a sua posição já afirmamos tratar-se de função essencial à justiça. Quanto à dimensão constitucional propriamente dita vemos a Constituição da República ditando alguns princípios que ganham força normativa reiteradamente no plano doutrinário e jurisprudencial.

Merece destaque, inicialmente o princípio constitucional da **indispensabilidade** do advogado para o exercício de seu mister. De certo que existem atos que dispensam sua presença, mas aí a razão envolve uma dimensão muito mais ampla e anterior, merecendo a regra constitucional ceder espaço a uma de dimensão anterior e assecuratória da liberdade pessoal, como é o caso do “habeas corpus”.

O artigo 133 da Constituição Federal, reconhece e assegura ao advogado sua **invulnerabilidade** para exercer a profissão, como tal concebida a imunidade material, com inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, como colaciona Uadi Lamêgo Bulos¹³.

Consigna, ainda, as garantias de credenciamento para o exercício da

13 Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1164

profissão condicionada à **habilitação perante a Ordem dos Advogados do Brasil**, bem como do **livre ingresso em repartições públicas**.

Apresentados os elementos que configuram a importância e necessidade da advocacia para a consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito, é chegado o momento de abordar uma outra perspectiva que põe em destaque os pressupostos para a atuação profissional.

Entendo que o primeiro requisito para a compreensão do que seja a denominada advocacia constitucional é ter consciência plena do que realmente representa a Constituição. Não sob o enfoque meramente formal, pois este é o mínimo que se espera de um profissional do Direito. A exigência aqui é sentimental. Dito de outra forma, é preciso indagar acerca do **sentimento constitucional**.

Já afirmei tempos atrás que o “conhecimento se compõe através do processo de apreensão, reflexão (conquanto nesse estágio possa ocorrer de forma intuitiva), ponderação (que pode se confundir com o estágio anterior) e, finalmente, a consciência. Como se vê consciência é certeza consolidada por um sentimento”¹⁴.

A interpretação instrumentaliza a concretização da Constituição. Mas não se pode esvaziar o processo interpretativo do conteúdo político que materializa a Norma Fundamental. Toda Constituição (penso eu) é formalmente jurídica e substancialmente política. Essa dimensão política de que falo é “[...] *calcada numa ideologia, que, porém, não deve ser a ideologia particular do intérprete, mas sim aquela em que se baseia a própria Constituição*”¹⁵.

A consolidação do sentimento constitucional não se dá pela manifestação desvinculada de parâmetros científicos, pois as normas de interpretação são precedidas por postulados que dão a direção para inspiração do intérprete.

14 SANTANA, José Cláudio Pavão. 20 anos da constituição cidadão. Conferência de abertura da IV jornada jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão. São Luís, novembro de 2008.

15 Willis Santiago Guerra Filho, Processo constitucional e direitos fundamentais. Apud Fabrício Muraro Novais, in Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos. Coord. Ives Gandra Martins, Gilmar Ferreira Mendes e André Ramos Tavares. São Paulo: Saraiva, 2005, p.80

Sentimento constitucional é o convencimento consciente de que o pacto fundamental é imprescindível, daí por que Loewenstein é preciso ao advertir que são as “...reformas constitucionais empreendidas por razões oportunistas para facilitar a gestão política desvaloriza o sentimento constitucional” que põem em risco a sedimentação do sentimento.

É aí a seara do que denominamos **advocacia constitucional**, que deve ser pautada em conformidade com a nova dimensão assumida pelo Direito.

É fato que a Constituição da República de 1988 tem como característica conter diversos dispositivos de direitos infraconstitucionais. Há razões de ordem histórica. O país passava pelo processo de redemocratização e o sentimento era de reunir constitucionalmente pleitos, pretensões, angústias, expectativas, enfim, os anseios calados pela ordem constitucional autoritária.

Mas é necessário compreender, como adverte Luís Roberto Barroso, que a previsão formal de regras infraconstitucionais no seio constitucional não implica, por isto, ter-se identificada a constitucionalização do Direito. Afirmo, com propriedade que:

“[...] a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.”

Se é verdade que a constitucionalização do Direito infraconstitucional não se dá apenas pela transcrição formal das normas infraconstitucionais, nada impede afirmar que esse fenômeno mereça de nós o rótulo de “**constitucionalização material**”, que terá, por outro lado, a companhia da “**ordinarização material**” configurada a partir do processo legislativo ordinário que tenha por propósito ora desconstitucionalizar regras constitucionais, ora produzir legislação que contemple os interesses circunstanciais de um determinado governo.

Nesse sentido, sentimento,

“[...] é resultado de valoração, portanto, estabilidade constitucional é processo que não pode ser confinado apenas ao poder constituinte representativo, mas se estende a todos os destinatários da Constituição. Outra razão não há para o ensino dos valores, símbolos e história na sociedade norte americana.

Isto, aliás, é o objetivo da regra contida no artigo 13, § 1º da Constituição da República: “São símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais”¹⁶.

É do conhecimento dessa dimensão que assume o Direito, que o advogado, como elemento fundamental ao funcionamento da justiça haverá de elaborar suas teses, com a visão de quem tem a responsabilidade de elaborar uma interpretação construtivista do Direito.

O aperfeiçoamento constitucional, que se dá pelo processo legislativo ou jurisdicional, não pode descuidar, todavia, de observância que se edifica fora da própria Constituição. É no constitucionalismo onde vamos pinçar os elementos que servem que modelo para o intérprete. Falamos dos postulados constitucionais e preceitos fundamentais.

4. O GUARDIÃO E O DONO DA CONSTITUIÇÃO:

A jurisdição constitucional é o ponto central de difusão do constitucionalismo, como via de constitucionalização do Direito. É o que ocorre no Brasil em que o controle de constitucionalidade é tarefa que se divide entre um tribunal superior e entre os juízes de direito, enquanto órgãos do Poder Judiciário.

A discussão sobre a guarda da Constituição, contudo, remonta ao século XX, período em que Carl Schmitt posicionou-se contrariamente à

¹⁶ *Sentimento constitucional*. Conferencia proferida no II Congresso brasileiro de direito constitucional. São Luís, 29, 30 e 31 de outubro de 2007.

existência de um tribunal (propriamente, o Poder Judiciário) para guardar a Constituição. Concebendo o Direito como um fenômeno político, sua convicção era de que somente o Presidente do *Reich* poderia proteger a Constituição.

Em sentido contrário posicionou-se Hans Kelsen, para quem o Poder Judiciário, através de um Tribunal Constitucional seria o responsável pela proteção da Norma Fundamental. Foi o que ocorreu na Áustria, onde, sob sua concepção, foi criada a Corte Constitucional.

No Brasil a tarefa cabe ao Supremo Tribunal Federal que foi criado como Supremo Tribunal de Justiça em 1828. Ele é o guardião da Constituição, conquanto preserve sua competência recursal, conforme a sistemática assentada na Constituição da República.

Não se confunda, contudo, “guardião” com “dono”. Naquele reside a ideia de protetor; neste, do titular do poder constituinte originário. Isto é significativo, pois o “direito de errar por último” é a extensão maior que o guardião possui diante do dono da Constituição.

Portanto, reside em mãos no poder constituinte originário a propriedade da Constituição, como fonte legitimadora de todo o ordenamento jurídico, posto em prática pela intermediação dos órgãos que exercem, de forma delegada, os poderes outorgados.

A importância da jurisdição constitucional tem merecido relevo no estudo do Direito Constitucional, particularmente pela dimensão material assumida pela Constituição da República de 1988.

Por outro lado, não se pode perder de vista que o Direito Constitucional, recluso à ideia de direito político no Estado Liberal, enquanto a função de proteção legal era entregue ao Direito Civil, progressivamente veio assumir o papel relevante que possui, constituindo-se, hoje, no centro das atenções dos estudiosos no mundo. Não seria exagero afirmar que o direito público passou a assumir uma certa precedência em relação ao direito privado.

Nesse compasso é pertinente registrar que razões de ordem histórica e política, peculiares ao Brasil, fizeram com que a Constituição de 1988 albergasse um número significativo de normas que dependem de interpretação, a fim de que possam desfrutar de eficácia. Esta, aliás, é uma característica da Constituição da República, nitidamente analítica.

Normas com textura aberta e plasticidade semântica, dispositivos com necessidade de complementação, enfim, são todas normas que necessitam de direcionamento a ser alcançado.

Passado o tempo, mudada a sociedade, a história da interpretação exige uma nova postura intelectual. O formalismo fundado no acriticismo, em que o processo de interpretação não se expressa senão pela adequação do fato à hipótese abstrata, circunstância que vai encontrar na Teoria Pura do Direito o reconhecimento de que a decisão judicial é uma decisão política, dentre as hipóteses oferecidas pela norma¹⁷.

Hoje fala-se em pós-modernidade, em que o resgate dos valores busca enfatizar o papel do intérprete, considerado o fato, o enunciado normativo para, afinal, alcançar-se a norma jurídica propriamente.

O que antes a doutrina e a jurisprudência tinham como norma jurídica (a hipótese jurídica abstrata), ganha nova dimensão que se notabiliza pelo aspecto construtivo, ganhando importância o elemento subjetivo, no caso o intérprete, mas devendo ter a consciência de que não se torna a finalidade em si mesmo, senão um veículo de concretização do Direito.

A interpretação constitucional não deixa de preservar os critérios gerais da interpretação jurídica. Inobstante isto, a interpretação constitucional dispõe de métodos e critérios que devem ser observados, notadamente para alcançar a finalidade de preservação, o máximo possível, da integridade constitucional.

Para tanto, a interpretação constitucional está atenta a princípios específicos como o da **supremacia constitucional**, da **presunção de constitucionalidade** da interpretação conforme a constituição, da **unidade**,

¹⁷ Para uma análise bem apurada dessa evolução remete-se o leitor à obra

da **razoabilidade** e da **efetividade**.

Atenta, também, às contribuições do direito alemão e do direito americano, com métodos alternativos ao denominado método clássico, em que o elemento objetivo impunha uma postura acrítica, sendo a norma jurídica o próprio enunciado.

Do direito alemão recolhe-se:

Método **tópicoproblemático**, que se centra no problema a resolver. São recursos utilizáveis pelo intérprete os valores, os princípios gerais do direito, os fatos sociais. A solução do problema é o centro do método, seu objetivo e finalidade.

Parte-se de um problema concreto para a norma. A interpretação possui caráter prático. Busca solução dos problemas concretizados.

Método **hermenêuticocroncretizador**, parte da Constituição para o problema, em que o intérprete se vale de sua pré-compreensão sobre o tema para alcançar o sentido da norma, atuando com mediador entre a norma e a situação concreta a resolver, tendo como cenário a realidade social.

Finalmente, a **metódica estruturante**, com a qual Friedrich Müller, distingue o enunciado normativo, como elemento abstrato, para diferenciá-lo da norma, obra da construção intelectual.

Do direito americano:

O **interpretativismo** e o **não-interpretativo** são as duas grandes correntes do pensamento americano, contendo aquela o **textualismo** e o **originalismo**.

O **interpretativismo textualista** significa que o intérprete fica limitado ao texto constitucional como fonte. O **originalismo** importa na possibilidade de interpretação histórica da Constituição, em que passado (o que os autores escreveram) e o presente podem ser conjugados para alcançar a interpretação.

O **não-interpretativismo** é conhecido também como **construtivismo**, tendo como espécies: a **interpretação evolutiva**, a **leitura moral da constituição** e o **pragmatismo jurídico**¹⁸.

Guardadas suas singularidades, cada uma dessas espécies tem por objetivo a construção de um resultado cuja solução põe em destaque o sentimento constitucional da efetividade.

Não se perca de vista que a atividade de jurisdição constitucional compreende o controle da Norma Fundamental, donde ser razoável identificar questionamentos sobre a possibilidade de um juízo individual ou coletivo (de 11 pessoas no STF), controlar a manifestação soberana popular contida nas normas oriundas do Poder Legislativo. É o que a doutrina discute como “**dificuldade contramajoritária**”, afinal, os membros do Poder Judiciário no Brasil não são eleitos, a exemplo dos que integram os Poderes Legislativo e Executivo.

Dada a particularidade de que o STF exerce a competência de guarda da Constituição, resta claro de que presentes a justificação política e legitimidade democrática de que fala Luís Roberto Barroso¹⁹.

A ação, como a inação legislativa, do mesmo modo, são objetos de averiguação da atividade judicial, sendo precisamente aqui propício a ser considerado o que a doutrina tem denominado de **ativismo judicial**, e que nos permitimos denominar de **ativismo jurídico**²⁰ a que Maria Benedita Urbano²¹ prefere chamar de “criativismo judicial” sob espécies diversas.

Nesse contexto é oportuno lembrar que a ação do STF sempre foi de desempenhar o papel de legislador negativo, pelo qual, com os padrões clássicos de interpretação, a Corte tem a atividade de desconstituir, pela

18 Para uma visão mais detalhada do assunto vide Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009, PP. 282/283.

19 Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009, PP.283/284.

20 A ideia de que o magistrado necessita da provocação dos agentes que militam no cotidiano forense remete à compreensão de que as carreiras jurídicas de estado e o advogado, ao lado do ministério público, tenham o poder de instar a autoridade. Assim, só se justificaria falar em “ativismo judicial” acaso a circunstância a merecer decisão se inaugurasse pelas mãos do magistrado, o que não é a regra no processo.

21 Curso de justiça constitucional – Evolução histórica e modelos de controle da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2013, 2a. ed., 2013, pp. 71/86

declaração de inconstitucionalidade, as normas oriundas do Poder Legislativo.

Não existe norma sem finalidade. Não importa a natureza, toda norma (falo do enunciado normativo) possui finalidade. O enunciado normativo (e nele incluo a previsão constitucional) mais do que qualquer outra norma possui essa característica, particularmente pela sua imperatividade.

Mas a construção da norma jurídica depende, como já demonstrado, de um processo de interpretação que necessita do elemento subjetivo para esse processo de elaboração, notadamente nas hipóteses em que o enunciado contemple linguagem vaga ou indeterminada.

Pois bem, há que se ter moderação quando se fala sobre ativismo jurídico, como medida de atenção aos preceitos fundantes da Constituição, especificamente diante das atribuições reservadas a cada um dos Poderes da República.

O intérprete tem a função construtiva que só se justifica com base no objetivo de dar efetividade à Constituição. Não é legislador, não possui o condão de negar a vontade popular expressa no Congresso Nacional, mereça ele ou não a crença da opinião pública, dadas as circunstâncias históricas vividas pelo Brasil nos últimos tempos.

Que fique claro. Não se pode confundir ativismo jurídico (ao qual denominam alguns de judicial) com politização do Judiciário, comportamento que a par de comprometer sobremodo a isenção na prestação jurisdicional, viola o princípio da separação dos Poderes da República.

O ativismo jurídico não pode ser confundido, por outro lado, com o que a doutrina americana denomina de **populismo constitucional**.

Em oposição ao ativismo encontra-se a **autocontenção judicial**. Cuida de menor intervenção possível do Poder Judiciário nos outros Poderes, o que termina por prestigiar o legislador ordinário. Tal circunstância exige do Poder Legislativo uma postura menos maniqueísta, menos

fisiológica e muito mais representativa no exercício da democracia vista sob a ótica material.

Diferenciando o ativismo da autocontenção Luís Roberto Barroso destaca²²:

“A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor do legislador ordinário. Ativistas e não ativistas, todavia, não contestam o que se denomina supremacia judicial: o reconhecimento de que deve caber ao Judiciário a última palavra acerca da interpretação da Constituição e das leis. Trata-se, portanto, de uma questão de calibragem da atuação de juízes e tribunais. Diversa é a tese defendida nos últimos anos por alguns teóricos constitucionais norte-americanos, denominada *constitucionalismo popular ou populista*, que defende uma indefinida ‘retirada da Constituição dos tribunais’ e consequente revalorização dos espaços políticos de deliberação pública.”

A despeito dos riscos já identificados, é mister compreender que a nova interpretação constitucional, consentânea com a efetivação da Constituição é, sem dúvida, a interpretação constitucional que tenha base construtivista e concretizadora, uma vez que mais consonante com a realidade em face da compreensão do intérprete, atento aos limites impostos pelas decisões políticas fundamentais impostas pela Constituição. Ou melhor dizendo: **O sistema, o intérprete e o problema.**

Importa destacar que no exercício dessa competência de guarda da Constituição o STF tem adotado como critérios a observância, conforme a situação concreta, aos princípios da **supremacia constitucional**, da

22 Direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da interpretação sem redução de texto, da unidade da Constituição, da razoabilidade e da efetividade.

Passa, assim, a desempenhar um papel ativista, pelo qual, nos últimos tempos, tem revelado a Constituição a partir da formação de um sentimento que traz consigo a percepção de que o processo subsuntivo de interpretação já não consegue satisfazer a realidade constitucional desenhada pelo mundo dos fatos.

A despeito disso, não se pode tornar regra a ação interpretativa como sendo uma via de mão única. Ao contrário, isto tornaria o guardião dono da Constituição, portanto, podendo usurpar o poder constituinte que lhe foi delegado pela fonte originária.

As transmutações constitucionais que se operam em técnicas e linguagem, às vezes, herméticas e estilisticamente vaidosas, também podem agravar o próprio desejo de se instaurar com renovada valoração, o sentimento constitucional. Enquanto isso, os homens seguem interpretando a Constituição a partir da lei, quando a constitucionalização se dá exatamente a partir do plano inverso.

É fato que a Constituição não é um cordel que permite a liberdade imaginária, conquanto muitos reclamem o uso da métrica. Contudo, também não pode ser uma caixa que enclausure o carneiro, como na alegoria utilizada neste escrito.

5. CONCLUSÕES:

Pondo-se estas reflexões sob esta forma, apresentamos as seguintes conclusões, sem prejuízo de tantas outras possíveis.

A Constituição da República de 1988 é analítica;

Sua característica assecuratória configura-se pelo rol enunciativo de direito material, inclusive infraconstitucional, presente no texto;

Seus mecanismos garantísticos residem nas normas textualmente previstas e mais naquelas que ingressam pela cláusula de abertura constitucional, como previsto pelo artigo 5º, § 2º;

O sentimento constitucional é requisito indispensável à formação da consciência e conhecimento da indispensabilidade da Constituição, não apenas como elemento formal do sistema jurídico;

A advocacia constitucional consiste no exercício profissional consciente com a nova realidade tanto formal quanto material dos direitos infraconstitucionais;

O STF, enquanto guardião da Constituição, observa uma nova hermenêutica pautada nos padrões mais modernos, tendo como objetivo dar maior eficácia à Constituição de 1988, deixando de atuar como mero legislador negativo;

Essa prerrogativa, contudo, não o torna imune à observância às normas que são fundantes da Constituição, especialmente as normas orgânicas e institutivas, afinal, há uma diferença cabal entre ser guardião e ser dono da Constituição;

O ativismo jurídico, também chamado de judicial, é elemento de concretização do Direito. Como tal, tem o compromisso de conformar o Direito, nunca deformar o Direito pela carga subjetiva individual do intérprete;

Não é lícito confundir ativismo jurídico, que contribui para a efetivação constitucional, com o a politização do Poder Judiciário, hipótese perniciosa às instituições democráticas e que não passa de populismo constitucional;

Essa função construtivista que só se justifica com base no objetivo de dar efetividade à norma constitucional, não pode produzir resultados forjados nem no objetivismo de outrora, nem no subjetivismo excessivo;

A nova hermenêutica constitucional busca dar efetividade, concretização, à Constituição pautada na reunião do sistema, do intérprete e dos fatos subjacentes.

A FORMA DE FIXAÇÃO DA CONTRA- PRESTAÇÃO DEVIDA NA RELAÇÃO DE ESTÁGIO E SUA CLASSIFICAÇÃO NO ORÇAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Victor Oliveira Silva¹

RESUMO: O artigo analisa a necessidade de previsão legal específica para a fixação de bolsas-estágio no âmbito da Administração Pública e verifica se esses valores devem ser considerados no cálculo das despesas com pessoal para fins de adequação aos limites previstos nos arts. 169 da Constituição Federal e 18 a 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Para isso, faz-se um estudo sobre a natureza jurídica da relação de estágio e da contraprestação que lhe é consequente e apresenta-se o posicionamento da doutrina e dos Tribunais de Contas do país sobre a matéria.

Palavras-chave: Estágio. Bolsa. Bolsa-estágio. Administração Pública. Natureza Jurídica.

THE ESTABLISHMENT OF THE FINANCIAL COMPENSATION DUE IN INTERNSHIP RELATIONSHIPS AND ITS CLASSIFICA- TION IN THE BUDGET OF PUBLIC ADMINISTRATION

ABSTRACT: The article analyzes the need for specific legal provision for the establishment of the financial compensation due in internships in Public Administration and verifies if these values must be considered

¹ Procurador do Município de Maceló. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes.

in the calculation of personnel expenses required by the articles 169 of the Constitution and 18 to 20 of the Fiscal Responsibility Law. It studies the legal nature of internship relationship and its financial compensation and shows the comprehension of the doctrine and of the Accounts Courts around the country on the matter.

Keywords: Internship. Internship's financial compensation; Public Administration; Legal Nature.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº. 11.788/08, que “dispõe sobre o estágio de estudantes” e dá outras providências, conceitua o estágio da seguinte forma:

Art. 1º Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

§ 1º O estágio faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando.

§ 2º O estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho. (BRASIL, 2008)

Organizando o conceito legal de forma didática, podemos dizer que o instituto é concebido como uma relação firmada entre um estudante, sua instituição de ensino e um profissional liberal ou pessoa jurídica com o fim de realizar um “ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo”, por meio do “aprendizado de competências próprias da atividade

profissional” e da “contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho” (BRASIL, 2008).

Seguindo essa compreensão, complementa Amauri Mascaro Nascimento (2011, 973):

O estágio destina-se à formação do estudante, e a correlação entre o estudo e o exercício do estágio é uma exigência natural para a validade do estágio. Assim, um estudante de medicina não poderá ser estagiário na seção de câmbio de um banco porque não há relação entre o curso escolar seguido e as funções desempenhadas no estágio. É correta a jurisprudência segundo a qual, para a configuração do estágio, deve ser observado seu objetivo de complementar o ensino em conformidade com os currículos, programas e calendários escolares [...].

Por expressa previsão legal, dentre aqueles que estão aptos a serem partes concedentes do estágio estão os “órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”², situação essa que conduz a um necessário diálogo entre a lei geral dos estágios e o regime jurídico de direito público especialmente destacado pelo art. 37 da Constituição Federal³.

Um dos pontos relevantes desse diálogo cuida do pagamento da contraprestação devida pela parte concedente (no caso, o Poder Público) ao estagiário – o que a legislação denomina de “bolsa” (ou “bolsa-auxílio”, “bolsa estágio”) –, que tem natureza compulsória nas hipóteses de estágio não obrigatório, sendo esse compreendido como o que é “desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória”⁴.

2 Lei nº. 11788/08. Art. 9º. As pessoas jurídicas de direito privado e os órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como profissionais liberais de nível superior devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional, podem oferecer estágio, observadas as seguintes obrigações: [...] (BRASIL, 2008)

3 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (BRASIL, 1988)

4 Art. 2º O estágio poderá ser obrigatório ou não-obrigatório, conforme determinação das diretrizes curriculares da etapa, modalidade e área de ensino e do projeto pedagógico do curso.

Estaria a instituição desse valor sujeita à existência de previsão legal e, como consequência, deveria ser ele computado para fins de limitação com despesas de pessoal a que se referem, respectivamente, os arts. 37, X, e 169, da Constituição Federal?

Esse é o objeto do presente estudo, que passamos a analisar a partir de agora.

2. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE ESTÁGIO

A fim de solucionar os questionamentos apresentados, reputamos necessário definir inicialmente a natureza jurídica do instituto para, somente então, analisarmos o enquadramento da contraprestação dele decorrente dentro do regime normativo do direito público.

De início, parece impossível deixar despercebida a afirmação expressa dos arts. 3º e 12, §1º, da Lei 11.788/08, *supra*, de que o estágio, ainda que remunerado, não caracteriza vínculo empregatício. Vejamos:

Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

(...)

Art. 12. O estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, na hipótese de estágio não obrigatório.

§ 1º A eventual concessão de benefícios relaciona-

§ 1º Estágio obrigatório é aquele definido como tal no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção de diploma.

§ 2º Estágio não-obrigatório é aquele desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória.

[...]

Art. 12. O estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, na hipótese de estágio não obrigatório. (BRASIL, 2008)

dos a transporte, alimentação e saúde, entre outros, não caracteriza vínculo empregatício.

(BRASIL, 2008)

Essa mera definição legal, entretanto, não parece suficiente para se afastar o estágio de uma relação de emprego, especialmente quando verificamos os elementos que caracterizam esse vínculo. É o que se percebe, por exemplo, da análise de Zéu Palmeira Sobrinho (2008, p. 1177-1180) sobre o instituto. Afirmo o doutrinador, tratar-se o estágio de uma relação:

- *Solene*, o que deve ser visto sob duas faces: a de sua celebração e a do seu desenvolvimento. A formalidade presente na celebração decorre da exigência legal de celebração de termo de compromisso (art. 3º, II⁵) a ser firmado entre o educando (ou seu representante/assistente legal), a parte cedente e a instituição de ensino. Já no desenvolvimento da relação, o legislador estabelece, dentre outras obrigações, a de que o educando apresente à instituição de ensino um relatório periódico de suas atividades, em prazo não superior a 06 (seis) meses (Art. 7º, IV⁶);

- *Tripartite, trilateral ou triangular*, “porque demanda obrigações recíprocas para os três sujeitos: o estudante; a instituição de ensino (arts. 7º e 8º, LEE); e a organização concedente (art. 9º, LEE)”.

- *Tendencialmente onerosa*, em razão da guinada legislativa realizada pela Lei 11.788/08 nesse tocante. Enquanto a norma que anteriormente cuidava da matéria (Lei nº. 6494/77) dispunha apenas que o estagiário poderia receber bolsa⁷, independente-

5 Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1o do art. 2o desta Lei quanto na prevista no § 2o do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

[...]

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

6 Art. 7º São obrigações das instituições de ensino, em relação aos estágios de seus educandos:

[...]

IV – exigir do educando a apresentação periódica, em prazo não superior a 6 (seis) meses, de relatório das atividades; (BRASIL, 2008)

7 Art. 4º O estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza e o estagiário poderá receber bolsa, ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, ressalvado o que dispuser a legislação previdenciária, devendo o estudante, em qualquer hipótese, estar seguro contra acidentes pessoais. (BRASIL, 1977)

mente da sua condição de obrigatório ou não, a legislação atual, de pronto, já cria uma hipótese na qual o pagamento é forçoso, que são os casos de estágio não obrigatório, conforme já apresentado no art. 12, *supra*. Além disso, a tendência se encontra presente em outros dispositivos legais, a exemplo do direito ao recesso remunerado (férias) para aqueles que exercem estágio remunerado (art. 13, §1º)⁸, a previsão de que “a eventual concessão de benefícios relacionados a transporte, alimentação e saúde, entre outros, não caracteriza vínculo empregatício” (art. 12, §1º), ou mesmo o dever de contratação de seguro contra acidentes pessoais, em favor do estagiário, esse último exigível para quaisquer das hipóteses de estágio (art. 9º, IV⁹).

- *De trato sucessivo*, uma vez que, para alcançar o seu principal objetivo, que é o aprimoramento profissional do estudante, é necessário que a relação de estágio se prolongue no tempo, permitindo assim que o educando alie o conhecimento teórico adquirido em sala de aula à sua execução prática na atividade extracurricular. Como bem lembra o autor, “o estágio se vincula a uma proposta de execução, acompanhamento e avaliação conforme um planejamento que deve ser viabilizado no tempo”;

- *Subordinativa*, pois se deve reconhecer que, na relação de estágio, o planejamento das atividades é feito em comum acordo entre a instituição de ensino e a parte concedente, ficando o estagiário subordinado hierarquicamente a esses dois sujeitos da relação, que deterrão, no curso de todo o processo, os poderes de direção e disciplina sobre o estagiário e suas atividades; e

8 Art. 13. É assegurado ao estagiário, sempre que o estágio tenha duração igual ou superior a 1 (um) ano, período de recesso de 30 (trinta) dias, a ser gozado preferencialmente durante suas férias escolares.

9 1º O recesso de que trata este artigo deverá ser remunerado quando o estagiário receber bolsa ou outra forma de

Contraprestação.

§ 2º Os dias de recesso previstos neste artigo serão concedidos de maneira proporcional, nos casos de o estágio ter duração inferior a 1 (um) ano. (BRASIL, 2008)

9 Art. 9º As pessoas jurídicas de direito privado e os órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como profissionais liberais de nível superior devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional, podem oferecer estágio, observadas as seguintes obrigações:

[...]

IV – contratar em favor do estagiário seguro contra acidentes pessoais, cuja apólice seja compatível com valores de mercado, conforme fique estabelecido no termo de compromisso; (BRASIL, 2008)

- *De atividade*. Não se pode esquecer que, “a despeito da sua finalidade predominantemente pedagógica, o contrato de estágio é um pacto de atividade, eis que a sua execução demanda o dispêndio de labor pessoal do estagiário” a ser desenvolvida necessariamente em um ambiente de trabalho.

Diante dessa breve incursão doutrinária, vemos que a relação de estágio parece se aproximar bastante de uma relação de emprego, uma vez que também tem como características básicas a realização de uma atividade, por parte de uma pessoa física, mediante pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação, conforme se observa dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), *verbis*:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (BRASIL, 1943)

Esses elementos também são destacados pela doutrina, como observamos de brilhante excerto da obra de Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 645-646, *grifo nosso*):

Definimos empregado levando em conta esses dados:

Empregado é a pessoa física que com pessoalidade e ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não eventual para outrem, de quem recebe salário.

Se todo empregado é necessariamente trabalhador, nem todo trabalhador será sempre empregado, porque esta palavra tem um sentido técnico-jurídico próprio e está reservada para identificar um tipo especial de pessoa que trabalha.

Em princípio, empregado poderá ser:

a) Toda pessoa física, excluindo-se, portanto, a pessoa jurídica, porque esta jamais poderá executar o próprio trabalho, fazendo-o por meio de pessoas físicas, e porque o direito do trabalho protege o trabalhador como ser humano e pela energia de trabalho que desenvolve na prestação de serviços. Seria impróprio cogitar, por exemplo, da aplicação de leis de salário mínimo, de duração diária de trabalho, de riscos profissionais às pessoas jurídicas, como lembra Mario de la Cueva. Assim, o empregado terá de ser forçosamente uma pessoa natural, como sustentam Manuel Alonso Olea, Cabanellas, Paul Durand, Mario de la Cueva, Nikisch, Kaskel, Barassi, Greco, Zanobini etc. Ainda que o contrato seja por equipe, como no caso do maestro que contrata pela orquestra que dirige, visa-se a proteção jurídica de cada componente do grupo individualmente considerado.

b) A pessoa física que prestar serviços subordinadamente, isto é, que exercer uma atividade profissional sob o poder de direção de outrem.

c) Pode ser empregado alguém de qualquer condição pessoal, seja brasileiro ou estrangeiro, maior ou menor, homem ou mulher, observadas certas proibições ou normas de capacidade.

d) É componente doutrinário da figura um elemento subjetivo, o *animus contrahendi*, isto é, o propósito de trabalhar para outrem como empregado e não com outra finalidade, como seria no caso do trabalho cívico, religioso, assistencial ou por mera ami-

zade.

e) Outro elemento da definição é a continuidade do trabalho para a mesma fonte — trabalho não eventual, mas a continuidade pode estar presente em outros contratos, como o do autônomo.

f) O salário é outro requisito, este sim de natureza fundamental, porque não se configura contrato de emprego quando o trabalho é gratuito, sem remuneração.

g) Exclusividade não é elemento fundamental, podendo coexistir contrato de emprego com ou sem exclusividade, dependendo do pactuado.

Na mesma linha, Mauricio Godinho Delgado (2015, p. 299, *grifo nosso*), leciona que:

De fato, a relação empregatícia, enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sociojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fático-jurídicos), sem os quais não se configura a mencionada relação.

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

[...]

A CLT aponta esses elementos em dois preceitos combinados. No *caput* de seu art. 3º: “Considera-se

empregado toda pessoa física que prestar *serviço de natureza não eventual* a empregador, *sob a dependência deste e mediante salário*". Por fim, no *caput* do art. 2º da mesma Consolidação: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica admite, assalaria e dirige a prestação *pessoal de serviços*".

Tais elementos são, portanto: trabalho *não eventual*, prestado "*intuitu personae*" (*pessoalidade*) por *pessoa física*, em situação de *subordinação*, com *onerosidade*.

Diante de toda essa contextualização doutrinária, estaríamos, então, diante de uma verdadeira relação de emprego, a despeito da previsão legal?

A resposta é negativa.

A relação de estágio, ainda que se aproxime da relação de emprego, com ela não se identifica. E o ponto determinante para essa distinção é justamente o objetivo que ela preceitua. Conforme vimos no art. 1º da Lei nº. 11.788/08, o estágio tem como objetivo precípuo o aperfeiçoamento pedagógico do estagiário a partir da aplicação prática dos conhecimentos que adquire na instituição de ensino. É por isso mesmo que se deve ter bastante cuidado para que a relação de estágio sempre se funde no âmbito do aprendizado constante, evitando-se o desvirtuamento em relação de emprego, conforme preconiza o art. 3º da citada Lei:

Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

I – matrícula e freqüência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e ates-

tados pela instituição de ensino;

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso.

§ 1º O estágio, como ato educativo escolar supervisionado, deverá ter acompanhamento efetivo pelo professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente, comprovado por vistos nos relatórios referidos no inciso IV do caput do art. 7º desta Lei e por menção de aprovação final.

§ 2º O descumprimento de qualquer dos incisos deste artigo ou de qualquer obrigação contida no termo de compromisso caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária. (BRASIL, 2008, grifo nosso)

Em razão disso, a doutrina refuta a compreensão do estágio como uma relação de emprego, para classificá-lo como uma relação de trabalho *lato sensu*, distinta da de emprego.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2015, p. 331-332), essa diferenciação (relações de trabalho x relações de emprego) é muitas vezes de difícil verificação, mas pode ser tomada a partir de diversos fatores, a exemplo de uma excludente legal absoluta, uma presunção legal favorável ou mesmo pela inexistência de um dos elementos essenciais à configuração da relação trabalhista. Assim leciona o renomado autor:

Há, porém, outras relações de trabalho gestadas na dinâmica social muito próximas do ponto de vista jurídico e social, à relação empregatícia, mas que com ela não se confundem. A diferenciação entre

elas, às vezes, pode ensejar pesquisa fático-teórica tormentosa.

Em um primeiro plano, há um vínculo jurídico que, apesar de contar, do ponto de vista prático, com os elementos configuradores da relação de emprego, recebe da ordem jurídica uma *excludente legal absoluta*, que inviabiliza o contrato empregatício - tratasse da *natureza pública* da relação jurídica formada. É o que se passa com os servidores *administrativos* das entidades estatais de Direito Público.

Em um segundo plano, há outra relação jurídica, de natureza efetivamente privada, que também pode contar com os elementos integrantes da relação de emprego, sem enquadrar-se no tipo legal da CLT. É o que ocorre com o *estágio*, desde que regularmente formado e praticado. Ressalte-se, entretanto, que não se está, aqui, mais diante de excludente legal absoluta (como ocorrido acima). Porém, essencialmente, apenas de uma presunção legal favorável ao estágio.

Neste plano, há outra relação jurídica que parece concorrer, do ponto de vista jurídico, com a relação de emprego - embora essa concorrência seja mais aparente do que verdadeira. Trata-se das situações envolvendo a trabalhadores prestadores de serviço de cooperativas de mão de obra (ou *cooperativas de trabalho*, segundo a terminologia seguida pela recente Lei n. 12.690, de 2012). Também aqui não se está, definitivamente, perante uma excludente legal de relação de emprego.

Em outro plano, há diversas outras relações socio-jurídicas que se diferenciam da relação de emprego em vista da falta de um ou alguns dos elementos fático-jurídicos componentes do tipo legal especificado no caput dos arts. 2º e 3º da CLT. É o que acontece, ilustrativamente, com as relações trabalhistas autô-

nomas, eventuais e avulsas, sem se falar em outros vínculos também fronteiriços ao regulado pela CLT (representante comercial ou agente, motorista carreteiro proprietário de seu próprio veículo, motorista de táxi, etc.).

Todos esses casos de relação de trabalho *lato sensu* são mais ou menos próximos da relação empregatícia: todos esses *trabalhadores lato sensu* tangenciam a figura jurídica do empregado. Mas, inquestionavelmente, todos eles, para o Direito, formam figuras sociojurídicas distintas da empregatícia, com regras, institutos e princípios jurídicos diferenciados regendo sua situação concreta.

Cabe, portanto, ao intérprete e aplicador do Direito, reconhecendo os elementos de aproximação entre as figuras comparadas, hábeis a situá-las em um mesmo gênero conceitual (o do trabalho humano prestado a outrem, onerosamente), identificá-lhes, ao mesmo tempo, a *diferença específica*, de modo a poder situar, sem equívocos, seu correto posicionamento no universo normativo existente. (*grifo nosso*)

Especificamente em relação ao estágio, o eminente doutrinador destaca:

É que não obstante o estagiário possa reunir, concretamente, todos os cinco pressupostos da relação empregatícia (caso o estágio seja remunerado), a relação jurídica que o prende ao tomador de serviços não é, legalmente, considerada empregatícia em virtude dos objetivos educacionais do pacto instituído.

Esse vínculo sociojurídico foi pensado e regulado para favorecer o *aperfeiçoamento e complementação de formação acadêmico-profissional do estudante*. São seus relevantes objetivos sociais e educacionais,

em prol do estudante, que justificaram o favorecimento econômico embutido na Lei do Estágio, isentando o tomador de serviços, participe da realização de tais objetivos, dos custos de uma relação formal de emprego. Em face, pois, da nobre causa de existência do estágio e de sua nobre destinação - e como meio de incentivar esse mecanismo de trabalho tido como educativo -, a ordem jurídica suprimiu a configuração e efeitos justrabalhistas a essa relação de trabalho *lato sensu*.

[...]

O estágio, portanto, tem de ser correto, harmônico ao objetivo educacional que presidiu sua criação pelo Direito: sendo incorreto, irregular, trata-se de simples relação empregatícia dissimulada.

[...]

Repita-se que o estagiário traduz-se em um dos tipos de trabalhadores que mais se aproximam da figura jurídica do empregado - sem que a legislação autorize, porém, sua tipificação como tal. De fato, no estágio remunerado, esse trabalhador intelectual reúne, no contexto concreto de sua relação com o concedente do estágio, todos os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação ao tomador dos serviços). Não obstante, a ordem jurídica, avaliando e sopesando a causa e objetivos pedagógicos e educacionais inerentes à relação de estágio - do ponto de vista do prestador de serviços -, nega caráter empregatício ao vínculo formado. Essa negativa legal decorre, certamente, de razões metajurídicas, ou seja, trata-se de artifício adotado com o objetivo de efetivamente alargar as perspectivas de concessão de estágio no mercado de trabalho. Portanto, na composição do tipo legal do estágio, é essencial que compareçam os requisitos formais e materiais específicos ao de-

lineamento da figura - sem os quais não se considera tipificada essa relação jurídica especial e excetiva de trabalhador intelectual não empregatício. (2015, 337-338, *grifo nosso*)

Aprofundando um pouco mais o tema, Amauri Mascaro Nascimento (2011, 545-546; 639-640), destaca que a expressão “contrato de trabalho” deve ser compreendida como um gênero que abrange diversas espécies de contratações, dentre as quais estão o contrato de emprego e o contrato de formação profissional (que inclui o estágio e o contrato de aprendizagem)¹⁰. Vejamos:

Toma-se a expressão contratos de trabalho como gênero. Nem sempre é usada assim. Mas muitos preferem, indistintamente, pensar em contrato de trabalho como contrato de emprego, isto é, o vínculo entre empregado e empregador. Todavia, já é tempo de definir o exato sentido dos termos porque estamos diante de um fenômeno claramente constataável na esfera das relações trabalhistas, a abertura tipológica dos contratos de trabalho, que não mais se resumem a um único modelo. A relação de emprego multiplica-se em diversas formas contemporâneas ou não mostradas, após pesquisa nacional e internacional, apoiada principalmente nos estudos de Santoro-Passarelli, na classificação que delas fizemos deste livro.

[...]

Quando a lei dispõe sobre relação de trabalho, quer se referir a contrato de trabalho. Faça-se a ressalva sobre a antiga discussão sobre o sentido das duas expressões: aquela, uma visão objetivista do vínculo de emprego, esta, uma postura contratualista. Mas não se controverte que relação de trabalho é um gênero, ou, em outras palavras, contrato de trabalho é um gênero, e não se confunde com relação de emprego

¹⁰ No mesmo sentido, está a doutrina de Renato Saraiva (2009, p. 34-37).

ou contrato de emprego, que é uma modalidade — a mais importante — de contrato de trabalho.

[...]

Com as sucessivas modificações pelas quais passou o processo de produção de bens e prestação de serviços — taylorismo, fordismo, toyotismo e as formas contemporâneas descentralizadas e amoldadas à tecnologia —, os ordenamentos jurídicos sentiram a necessidade de as acompanhar, criando formas contratuais novas que se diversificam nas leis contemporâneas — teletrabalho, centros de informação, terceirizações, tempo parcial, abrandamento da subordinação — e tensionaram a teoria do direito do trabalho, para ser real, a dividir os tipos de contratos de emprego e, além destes, os tipos de contratos de trabalho sem relação de emprego.

Passou a ficar mais claro que as formas de produção refletem sobre os tipos de contratos de trabalho.

Diante de um quadro bastante diversificado, preferível será a seguinte classificação, consideradas a natureza e a finalidade do contrato: 1) contrato de emprego a tempo pleno e duração indeterminada, que é o tipo padrão; 2) contratos especiais de emprego, resultado da conjunção de fatores como a duração no tempo, a duração da jornada de trabalho e a profissão exercida pelo empregado; 3) contratos flexíveis de emprego, que são os que rompem com os padrões tradicionais; 4) contratos de formação profissional, que são os de tirocínio e de aquisição de experiência profissional; 5) contratos de trabalho sem vínculo de emprego, como o do eventual, o do autônomo e outros. (*grifo nosso*)

No que se refere à relação de estágio, o autor faz o seguinte destaque:

Os contratos de formação profissional, quando exe-

cutados não só de modo teórico, mas também prático, no interior de empresas, não devem ser considerados contratos de emprego, como acontece com diversos deles. Caso o sejam, melhor seria optar pela redução dos custos da empresa com os beneficiados.

Não são lucrativos para a empresa. Ao contrário, esta terá que arcar com o ônus não só da estrutura de qualificação que terá que manter, como também dos resultados da qualificação, que não serão iguais para todos os que aprendem a profissão, não se devendo esquecer, ainda, a qualidade da produção ou dos serviços dos aprendizes, e o apelo por ensinamentos intermitentes de colegas ou de profissionais mais experientes da empresa, que interrompem a sua atividade para dar explicações ao iniciante.

Se a empresa tiver que arcar, além disso, com os ônus de uma relação de emprego, que não são poucos, certamente o desestímulo à ampliação da qualificação profissional será maior. A melhor política trabalhista para o caso é a do incentivo e da facilitação de oportunidades, porque os jovens têm direito ao ensino, e, no caso destes contratos de que estamos tratando, nada pagarão pela aquisição dos conhecimentos da profissão.

[...]

Essas razões nos levam a classificar os contratos de formação profissional, definidos pela lei francesa (Code du Travail, art. L900-1) como ferramentas que têm por objetivo favorecer a inserção ou a reinserção profissional de trabalhadores, permitir sua manutenção nos empregos, favorecer o desenvolvimento de suas aptidões e o seu acesso aos diversos níveis de qualificação profissional. (2011, 960-961, *grifo nosso*)

[...]

O estágio profissional de estudantes é uma parte da política de formação profissional daqueles que querem ingressar no processo produtivo, integrando-se na vida da empresa, sem a qual essa integração seria impossível, porque exatamente nela é que o estudante vai aplicar seus conhecimentos, ampliá-los e desenvolver a sua criatividade como forma de afirmação pessoal e profissional, o que contraindica qualquer ação genérica que possa criar obstáculos e frustrar a consecução desses objetivos.

Contrato de estágio não é uma forma de relação de emprego nem pode ser tratado como tal. É uma modalidade especial de contrato de qualificação profissional com objetivos pedagógicos e de formação de profissional nas diferentes áreas do conhecimento. Porém, o descumprimento de regras estabelecidas pela lei pode ensejar a oportunidade de uma avaliação desqualificante da sua natureza própria, para que o seu enquadramento jurídico se faça no modelo do vínculo de emprego. Este reenquadramento é uma penalidade pesada, e a lei deveria fixar outras punições, mas não a transmutação de um tipo em outro tipo de contrato, o que, convenhamos, não é uma solução adequada. A política legislativa deveria ser outra num país que tanto necessita de formação de profissional para o mercado de trabalho. (2011, 971-973, *grifo nosso*)

Em ensaio específico sobre o tema já citado neste estudo, Zéu Palmeira Sobrinho (2008, p. 1180-1181), de forma extremamente precisa, compreende o estágio como um “ato educativo-laboral” marcado pela “vinculação pedagógica que se realiza por meio da prática laboral em seu sentido amplo”, conforme excerto que se segue:

A finalidade do estágio não é combater o desemprego, distribuir renda, tampouco suprir a carência imediata de mão-de-obra das empresas. A sua destinação é especificamente de formação educativa, afigurando-se ilegal a exploração do trabalho do

estagiário com o objetivo de reduzir os custos de reprodução da força de trabalho.

[...] O estágio tende a produzir frutos positivos para todos os sujeitos envolvidos. Para o estagiário ele consiste numa oportunidade de qualificação e auto-esclarecimento vocacional. Por meio do estágio a instituição de ensino tem a vantagem de cumprir a sua missão de formar e desenvolver as capacidades do educando. Para a instituição concedente, o estágio é a incubadora a partir da qual tendem a emergir criativamente pessoas talentosas, tão aptas a aplicar, testar e treinar os seus referenciais teóricos, quanto inteligentes o suficiente para questionar ou aperfeiçoar a prática institucional da unidade de execução do estágio.

[...]

Em relação à natureza jurídica, há autores que qualificam o contrato de estágio simplesmente como civil (Santos, 2006), formativo (Carro, 1997) ou procedimento de integração (Magano, 1981). Tais tipificações jurídicas são por demais genéricas e em consequência **não se aproximam do tratamento peculiar que o regime jurídico vigente concede ao instituto em análise.**

A tarefa de investigar sobre a natureza jurídica do contrato de estágio demanda a análise do texto legal em cotejo com a prática educativa, a qual pode ser facilitada pela análise dos seguintes questionamentos:

Por que se exige que o estágio se realize segundo um projeto didático-pedagógico com a obrigatória participação e acompanhamento da instituição de ensino?

Por que deve haver a compatibilidade entre a formação escolar do estudante e a prática de estágio?

Por que, segundo o art. 14 da Lei 11.788/2008, as nor-

mas de proteção da saúde e da segurança do trabalho são aplicáveis à relação de estágio?

Por que o legislador reconheceu ao estagiário os direitos a uma bolsa de estudo, ao seguro contra acidentes pessoais, à limitação da jornada e ao recesso?

Reportando-se às questões mencionadas, torna-se truísmo dizer que se o contrato de estágio não envolvesse uma atividade prática, jamais a legislação iria ocupar-se das questões laborais. Sob a égide do novo regramento legal parece mais razoável compreender-se que o contrato de estágio, quanto à sua natureza jurídica, é um ato educativo-laboral. Essa percepção conserva a coerência entre o aspecto educativo e o aspecto laboral que somente se efetiva a partir da atividade do estagiário. Trata-se de duas dimensões que marcam o liame contratual e que decorrem da regulação substantiva da figura contratual. Tais dimensões contemplam a vinculação pedagógica que se realiza por meio da prática laboral em seu sentido amplo. A conclusão sobre essa natureza complexa resulta das razões que justificam a disciplina jurídica de tal modalidade contratual.

O contrato de estágio, portanto, tem natureza jurídica de ato educativo-laboral, porquanto se reporta a uma complexa relação disciplinar que somente atinge a sua finalidade pedagógica se for permitido ao educando desenvolver as atividades que proporcionem a aplicação prática do instrumental teórico inerente à sua formação escolar.

Diante desse aprofundamento no estudo doutrinário sobre a matéria, resta-nos concluir que a relação de estágio não possui natureza de relação de emprego, não apenas pela imposição legal acima exposta, mas, especialmente, pelas verdadeiras características que são inerentes a esse instituto, uma vez que seu escopo principal é a formação do estagiário, através da conjunção do conhecimento teórico ao prático, o que lhe con-

duz a ser considerado uma relação de trabalho *lato sensu*.

Feita essa delimitação, impede agora compreender como deverá fixada e enquadrada dentro do orçamento do ente público que figure como instituição concedente da relação de estágio a contraprestação devida ao estagiário.

3. NATUREZA JURÍDICA, FIXAÇÃO E ENQUADRAMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO DEVIDA NA RELAÇÃO DE ESTÁGIO

A Constituição Federal impõe à Administração Pública o respeito aos estritos limites da legalidade, sendo clara, desde a Emenda Constitucional nº. 19, de 04 de junho de 1998, quanto à necessidade de lei específica para definir as remunerações e subsídios de seus agentes:

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

[...]

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 revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988)

Não bastasse isso, o art. 169 da Carta Magna também prevê que as despesas com pessoal da Administração Pública estão necessariamente submetidas a limites definidos em Lei Complementar, cujo desrespeito é apto a suspender imediatamente os repasses de verbas federais ou estaduais ao ente público. Define, ainda, que qualquer modificação remuneratória exige prévia dotação orçamentária, além de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. Vejamos:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: (Incluído pela

Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - exoneração dos servidores não estáveis. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988)

A fim de regulamentar o mandamento constitucional, foi editada a Lei Complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que, em seu art. 18, traz um conceito amplíssimo do que seriam despesas com pessoal, para compreendê-las como “o somatório dos gastos” dos entes públicos com “quaisquer espécies remuneratórias” despendidas com agentes públicos ativos, inativos, ou seus pensionistas, incluindo-se ali encargos sociais e contribuições previdenciárias. Os arts. 19 e 20, por sua vez, elegem a receita corrente líquida do ente como referencial para a limitação constitucional, conforme vemos abaixo:

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1o Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.

§ 2o A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

- I - União: 50% (cinquenta por cento);
 - II - Estados: 60% (sessenta por cento);
 - III - Municípios: 60% (sessenta por cento).
- [...]

Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional no 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar; (Vide Decreto nº 3.917, de 2001)

d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II - na esfera estadual:

a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;

d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III - na esfera municipal:

a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

[...] (BRASIL, 2000)

Diante desse cenário, é pacífico o entendimento de que a fixação de qualquer remuneração ou subsídio a agentes públicos exige específica previsão legal que, por sua vez, estará submetida às limitações de ordem financeira estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

A partir disso, e reconhecendo ter o estágio a natureza jurídica de uma relação de trabalho *lato sensu*, com diversas características que o aproximam de uma relação de emprego, é natural questionar se a fixação e enquadramento da contraprestação decorrente dessa relação estaria submetida ao regramento normativo acima apresentado.

Esse tema foi levado à apreciação dos Tribunais de Contas de todo o país através de diversas consultas, dentre as quais merece destaque a de nº. 3469/09, por meio da qual o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo compreendeu que as bolsas-estágio não teriam natureza jurídica de “remuneração e/ou salário atribuído aos servidores públicos integrantes do quadro de pessoal, contratados por concurso público e/ou outra forma temporária mediante prévio processo seletivo”, motivo pelo qual deveriam ser concebidas como despesas com pessoal, mas como despesas correntes, sendo necessário tão somente a existência de dotação orçamentária suficiente a suprir a contratação. Vejamos o teor do julgado:

[Ementa]

DESPESAS RELATIVAS A BOLSAS DE ESTÁGIO INTEGRAM O PERCENTUAL DE DESPESA COM SERVIÇOS DE TERCEIROS (ARTIGO 72 DA LRF)

- DESPESA NÃO COMPUTADA PARA CÁLCULO DO LIMITE DE GASTO COM PESSOAL.

[Voto]

[...]

Observa-se que a bolsa ou constraprestação acordada pelas partes não tem a mesma natureza da remuneração e/ou salário atribuído aos servidores públicos integrantes do quadro de pessoal, contratados por concurso público e/ou outra forma temporária mediante prévio processo seletivo.

Por essa razão, entende-se que tais gastos não devem integrar o total da despesa com pessoal da Administração Pública.

[...]

Constata-se que a norma legal não trouxe em seu bojo a previsão da bolsa ou outra despesa dessa natureza como dispêndio inerente à despesa com pessoal, não devendo ser inserida na folha de pagamento e, conseqüentemente, não causando quaisquer reflexos no percentual a que se refere a alínea "a", do inciso III, do art. 20, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Há que se atentar, ainda, para o fato de que o estagiário não pode substituir o servidor público, não se equiparando, portanto, aos componentes do quadro de servidores. O estágio envolve atividades vinculadas ao aprendizado e à habilitação ao exercício futuro de uma profissão.

[...]

Constatada a situação especial do estágio e a impossibilidade de considerar as despesas com estagiários como despesa de pessoal, há que se apurar sua correta apropriação, na medida em que tais gastos de-

vem ser computados em determinado elemento de despesa para fins contábeis.

As despesas com estagiários podem ser observadas nas disposições da Portaria Interministerial STN/SOF nº 163, de 04 de maio de 2001, que dispõe sobre normas gerais de consolidação das Contas Públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

[...]

De acordo com a Portaria, os gastos com estagiários devem ser enquadrados nos elementos de despesa referentes a “Outros Serviços de Terceiros – Pessoa Física”, cujo conceito é importante no esclarecimento da questão suscitada: 36 – Outros Serviços de Terceiros – Pessoa Física. Despesas decorrentes de serviços prestados por pessoa física pagos diretamente a esta e não enquadrados nos elementos de despesa específicos, tais como: remuneração de serviços de natureza eventual, prestado por pessoa física sem vínculo empregatício; estagiários, monitores diretamente contratados; diárias a colaboradores eventuais; locação de imóveis; salários de internos nas penitenciárias; e outras despesas pagas diretamente à pessoa física. (g.n.)

(TCE-ES. Tribunal Pleno. Processo nº. 3469/09. Rel. Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Julg. em 16.04.13, *grifo nosso*)

As demais Cortes de Contas do país não destoaram dessa compreensão. Julgados dos Tribunais de Contas do Estado do Mato Grosso, dos Municípios do Estado de Goiás e do Estado de Minas Gerais também seguiram o entendimento de que os valores pagos em razão do estágio não devem ser compreendidos como despesas de pessoal, conforme se depreende dos excertos a seguir:

[Ementa]

CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ. CONSULTA. PESSOAL. ESTAGIÁRIOS. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

a) Os órgãos da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios podem firmar Termo de Compromisso para concessão de estágio a estudantes, observados os ditames da Lei Nacional nº 11.788/2008 e a compatibilidade de eventuais despesas com as regras previstas na Lei 4.320/1964 e na LRF.

b) O objetivo primordial do estágio deve ser a promoção do aprendizado prático ao estagiário, e não o mero atendimento às necessidades do quadro funcional permanente ou temporário dos órgãos ou entidades concedentes.

c) A Administração Pública deve estabelecer em ato normativo próprio complementar à Lei nº 11.788/2008, dentre outras disposições, os critérios isonômicos para seleção do estagiário e o valor da bolsa, quando oferecida.

CÂMARA MUNICIPAL. DESPESAS. LIMITES. FOLHA DE PAGAMENTO. BOLSAS DE ESTÁGIO. As despesas referentes ao pagamento de bolsas de estágio, concedidas em conformidade com as disposições da Lei nº 11.788/2008, não devem ser computadas na folha de pagamento das Câmaras Municipais para efeito da apuração do limite previsto no § 1º do art. 29-A da CF/1988.

CONTABILIDADE. DESPESAS. BOLSAS DE ESTÁGIO. CLASSIFICAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. A classificação orçamentária das despesas afetas ao pagamento de bolsas de estágio deve obedecer a codificação de Natureza de Despesas nº 3.3.90.36, em

conformidade com a Portaria Interministerial SOF/STN nº 163/2001.

[...]

[Voto]

De acordo com a Lei nº 11.788/2008, o estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

[...]

O estágio não se confunde com o emprego (art. 3º da Lei nº 11.788/2008), e quando oferecido pelo Administração Pública não se amolda ao exercício de um cargo ou função, tendo em vista que ao oferecer um estágio o Poder Público não deve objetivar a contraprestação de serviços, mas sim contribuir para a formação escolar e cidadã dos alunos estagiários.

Ademais, observa-se que o estagiário não tem o direito subjetivo ao recebimento de um salário como contraprestação pelas atividades que executa, poderá perceber, contudo, uma retribuição chamada bolsa.

Nesse ponto, é imprescindível que cada órgão ou entidade da Administração Pública concedente de estágio edite ato normativo complementar à Lei nº 11.788/2008, estabelecendo, dentre outras disposições, os critérios isonômicos de seleção do estagiário e o valor da bolsa, quando oferecida.

[...]

Portanto, percebe-se que a natureza jurídica do estágio é muito peculiar e atípica, diferenciando-se das formas laborativas existentes. O vínculo do estagiário ocorre por meio de Termo de Compromisso, celebrado entre o estudante e a parte concedente, com a interveniência obrigatória da instituição de ensino, confirmando a natureza jurídica social e civil do instituto.

[...]

Noutro prisma, é pertinente salientar que, para fins de apuração dos limites de gastos com pessoal instituídos pela Lei Complementar 101/00 – LRF, conforme seus arts. 18 a 22, devem ser consideradas as despesas com pessoal ativo, os inativos e os pensionistas, relativas a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, bem como as despesas afeta à terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos, não havendo referência expressa à relação de estágio.

Portanto, dentre os vínculos que geram despesas com pessoal (cargo, emprego, função, aposentação, pensão, mandatos eletivos, membros de Poderes, etc.), para fins de apuração dos limites de gastos previstos na LRF, não se inserem aqueles civis oriundos de estágios de estudantes.

(TCE-MT. Tribunal Pleno. Tribunal Pleno. Processo nº. 12.715-9/2015. Rel. Conselheiro Substituto Luiz Henrique Lima. Julg. em 30.06.15, *grifo nosso*)

[Ementa]

EMENTA: CÂMARA MUNICIPAL DE ANÁPOLIS. CONTRATAÇÃO DE ESTAGIÁRIOS. GASTOS QUE DEVEM SER COMPUTADOS DENTRE OS 30% (TRINTA POR CENTO) DESTINADOS À

MANUTENÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL

[Voto]

[...]

A prática de estágio foi recentemente regulamentada pela Lei nº 11.788/08, a qual dispõe, em seu art. 1º, que “estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos”.

Diz a mesma lei, em seu art. 3º, que o estágio “não” cria vínculo empregatício de qualquer natureza.

Tanto é assim que o que vincula o estagiário, a instituição de ensino e a parte concedente não é um contrato, mas sim um “termo de compromisso”.

Nesse sentido, conclui-se, conforme ressaltado pela Procuradoria Geral de Contas (fls. 10), que se “nem mesmo o conceito legal de despesa total com pessoal abarca os gastos com os estagiários, não há razão para não entender que tais devam ser considerados como gastos com folha de pagamento”.

(TCM-GO. Tribunal Pleno. Tribunal Pleno. Resolução RC nº. 013/09. Rel. Conselheiro Jossivani de Oliveira. Julg. em 06.05.09, *grifo nosso*)

[Ementa]

MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO DE ESTAGIÁRIO. OBRIGATORIEDADE DA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM A INSTITUIÇÃO DE ENSINO E DE DOTAÇÃO SUFICIENTE CONTIDA NA

MANUTENÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL

[Voto]

[...]

A prática de estágio foi recentemente regulamentada pela Lei nº 11.788/08, a qual dispõe, em seu art. 1º, que “estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos”.

Diz a mesma lei, em seu art. 3º, que o estágio “não” cria vínculo empregatício de qualquer natureza.

Tanto é assim que o que vincula o estagiário, a instituição de ensino e a parte concedente não é um contrato, mas sim um “termo de compromisso”.

Nesse sentido, conclui-se, conforme ressaltado pela Procuradoria Geral de Contas (fls. 10), que se “nem mesmo o conceito legal de despesa total com pessoal abarca os gastos com os estagiários, não há razão para não entender que tais devam ser considerados como gastos com folha de pagamento”.

(TCM-GO. Tribunal Pleno. Tribunal Pleno. Resolução RC nº. 013/09. Rel. Conselheiro Jossivani de Oliveira. Julg. em 06.05.09, *grifo nosso*)

[Ementa]

MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO DE ESTAGIÁRIO. OBRIGATORIEDADE DA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM A INSTITUIÇÃO DE ENSINO E DE DOTAÇÃO SUFICIENTE CONTIDA NA

LEI ORÇAMENTÁRIA. CONTABILIZAÇÃO NO GRUPO “DESPESAS CORRENTES”.

[Voto]

[...]

Quanto à classificação orçamentária de tais despesas, tem-se que a Lei Complementar nº 101, de 04/5/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), em seu art. 18, caput, define a abrangência das despesas com pessoal, para fins de fixação de limite de gastos, não incluindo ali as relativas ao pagamento de estágio, conforme se verifica da transcrição de suas disposições, verbis:

“Art. 18 – Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.”

Com efeito, a contabilização deverá ser feita à conta de dotação orçamentária específica no grupo “Despesas Correntes”, observando-se as disposições da Lei Federal nº 4.320/64 e, ainda, a Portaria Interministerial STN/SOF nº 163/2001 e as suas alterações, que definem as normas para uniformização da execução orçamentária nas três esferas de governo, facilitando a consolidação dos Balanços das Contas Públicas.

Assim, evidencia-se que aos estagiários não é dado tratamento de servidor pela Lei de Responsabilidade Fiscal, e as despesas relativas ao pagamento das respectivas bolsas não têm o caráter de despesa com pessoal.

(TCE-MG. Tribunal Pleno. Consulta nº. 715526. Rel. Conselheiro Simão Pedro Toledo. Julg. em 27.09.06.)

A nosso sentir, o entendimento uníssono de todas essas Cortes de Contas merece total guarida. De fato, não sendo a relação de estágio fundada em contratação de mão-de-obra, mas em um vínculo temporário, de natureza pedagógica, firmado mediante mero termo de compromisso e que tem como escopo principal o aperfeiçoamento do aprendizado do educando, o valor recebido pelo estagiário não pode ser concebido como uma remuneração que, no rol ainda que exemplificativo do art. 18 da LRF, abrangeria verbas como “vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza” (BRASIL, 2000).

Tais valores, em verdade, parecem ter a natureza jurídica de incentivo pedagógico, que mais se aproxima de uma contraprestação paga a um terceiro que, temporariamente, presta serviços à Administração (a exemplo das contratações administrativas firmadas com base na Lei nº. 8666/93) (BRASIL, 1993) do que de uma remuneração paga a agentes públicos ou seus pensionistas, pessoas essas que possuem um vínculo direto com o Estado.

Ausente, portanto, a natureza jurídica de remuneração, parece-nos possível, então, concluir que o valor da contraprestação não precisa ser fixado por lei formal, podendo a Administração estipulá-la mediante ato infralegal nos limites de sua discricionariedade, desde que, obviamente, haja dotação orçamentária específica para tanto e observe os princípios que regem a Administração Pública, merecendo destaque a razoabilidade, a impessoalidade, a economicidade e o respeito ao interesse público.

É de se destacar que essa fixação mediante ato infralegal tem sido aplicada por diversos órgãos públicos de todo o país, que vêm regu-

lamentando as relações de estágio em suas estruturas administrativas mediante Instruções Normativas, Portarias, Decretos ou Resoluções, conforme se observa dos seguintes exemplos: Instrução Normativa nº. 132/12, do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012b); Portaria nº. 587/13, do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2013); Portaria nº. 314/08, do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2008b); Portaria CNMP-Presi nº. 58/12, do Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2012); Portaria GPR nº. 931/12, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (BRASIL, 2012c); Decreto nº. 30658/09, do Governo do Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL, 2009); Resolução nº. 258/2012, da Câmara Legislativa do Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL, 2012); Resolução nº. 282/2015, do Tribunal de Contas do Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL, 2015).

Ademais, é possível concluir, ainda, que, não sendo enquadrada como despesa de pessoal, a bolsa-estágio não tem o escopo de influenciar nos limites de gastos com pessoal a que se referem os arts. 169 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e 18 a 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000).

Em razão disso, a título de classificação orçamentária, e seguindo o que direciona a Portaria Interministerial SOF/STN nº. 163/01 (BRASIL, 2001), a verba deve ser enquadrada no Elemento de Despesa “36 - Outros Serviços de Terceiros - Pessoa Física”, dentro da Categoria Econômica “3. Despesas Correntes”, do Grupo de Natureza de Despesa “3. Outras Despesas Correntes” (que se distingue do Grupo “pessoal e encargos sociais”), sendo a “Modalidade de Aplicação” variável conforme o caso.

4. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi dito, resta-nos concluir que o estágio deve ser compreendido como um “ato educativo-laboral” (PALMEIRA SOBRINHO, 2008, p. 1180) firmado entre um estudante, sua instituição de ensino e um profissional liberal ou pessoa jurídica “que visa à preparação para o trabalho produtivo”, por meio do “aprendizado de competências próprias da atividade profissional” e da “contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho” (BRASIL, 2008).

Em razão disso, a relação de estágio não pode ser concebida como uma relação de emprego, não apenas pela imposição legal dos arts. 3º e 12, §1º, da Lei nº. 11.788/08 (BRASIL, 2008), mas, especialmente, pelas verdadeiras características que são inerentes a esse instituto, cujo escopo principal não é a tomada de mão-de-obra com fins de produção ou prestação de serviços, mas a formação do estagiário através da conjunção do conhecimento teórico ao prático, característica essa que lhe conduz a ser considerado como uma relação de trabalho *latu sensu*.

Por consequência, restringindo-se a discussão ao âmbito das relações de estágio firmadas junto à Administração Pública, a “bolsa-auxílio” – devida compulsoriamente ao estagiário nos casos de estágio não obrigatório – tem natureza jurídica de mero incentivo pedagógico, que se aproxima das contraprestações pagas a terceiros que, temporariamente, prestem serviços à Administração (a exemplo das contratações administrativas firmadas com base na Lei nº. 8666/93) (BRASIL, 1993), não podendo ser confundidas com as remunerações pagas a agentes públicos ou seus pensionistas, pessoas essas que possuem um vínculo direto com o Estado.

Tal conclusão afasta a necessidade de fixação da verba por meio de lei formal, podendo a Administração estipulá-la mediante ato infralegal nos limites de sua discricionariedade, **desde que, obviamente, haja dotação orçamentária específica para tanto e observe os princípios que regem a Administração Pública, merecendo destaque a razoabilidade, a impessoalidade, a economicidade e o respeito ao interesse público.**

Além disso, e de acordo com entendimento fundado de diversos Tribunais de Contas de todo o país, constata-se que, não sendo enquadrada como despesa de pessoal, a “bolsa-estágio” não tem o escopo de influenciar nos limites de gastos com pessoal a que se referem os arts. 169 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e 18 a 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Portaria CNMP-PRESI nº 58, de 08 de maio de 2012. Disponível em: http://www.cnmp.gov.br/portal_legado/normas/154-portarias-presidencia/3065-portaria-cnmp-presi-n-58-de-8-de-maio-de-2012 . Acesso em: mar. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm . Acesso em: mar. 2016.

_____. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm . Acesso em: mar. 2016.

_____. Lei Complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm . Acesso em: mar. 2016.

_____. Lei nº. 6.494, de 07 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6494.htm . Acesso em: mar. 2016.

_____. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm . Acesso em: mar. 2016.

_____. Lei nº. 11.788, de 25 de setembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm . Acesso em: mar. 2016.

_____. Secretaria do Tesouro Nacional e Secretaria de Orçamento Federal. Portaria Interministerial nº 163, de 04 de maio 2001. Disponível em: http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Portaria_Interm_163_2001_Atualizada_2011_23DEZ2011.pdf . Acesso em: mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Portaria nº. 587, de 23 de outubro de 2013. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/67100/Prt_587_2013_PRE.pdf . Acesso em: mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Instrução Normativa nº. 132, de 21 de março de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/INSTRUCAONORMATIVA132-2012.PDF> . Acesso em: mar. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Portaria nº. 314, de 18 de dezembro

de 2008. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/PORTN/20110519/PRT2008-314.doc> . Acesso em: mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Portaria GPR nº. 931, de 13 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/aceso-rapido/concursos/estagiarios/PORTARIAGPRN.931.pdf> . Acesso em: mar. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DISTRITO FEDERAL. Câmara Legislativa. Resolução nº. 258, de 22 de março de 2012. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/sinj/BaixarArquivoNorma.aspx?id_norma=71441 . Acesso em: mar. 2016.

_____. Decreto nº. 30.658, de 06 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/sinj/BaixarArquivoNorma.aspx?id_norma=61056 . Acesso em: mar. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Resolução nº. 282, de 08 de outubro de 2015. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/sinj/BaixarArquivoNorma.aspx?id_norma=f42ef55ed19844c187afcbe1b8fac82e . Acesso em: mar. 2016.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Tribunal Pleno. Processo nº. 3469/09. Rel. Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Julg. em 16.04.13. Disponível em: http://www.tce.es.gov.br/portais/portaltcees/cidadao/consultas-a-processos.aspx?id=0&result=0&num_proc=3469&ano_proc=2009&num_prot=null&ano_prot=null&nome=null&pag=null . Acesso em: mar. 2016.

GOIÁS. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Tribunal Pleno. Resolução RC nº. 013/09. Rel. Conselheiro Jossivani de Oliveira. Julg. em 06.05.09. Disponível em: <http://www.tcm.go.gov.br/portal/resolucoes-consulta/2009> . Acesso em: mar. 2016)

MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. Tribunal Pleno. Processo nº. 12.715-9/2015. Rel. Conselheiro Substituto Luiz Henrique Lima. Julg. em 30.06.15. Disponível em: <http://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00054945/8%20-%2012.715-9-2015.pdf> . Acesso em: mar. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Tribunal Pleno. Consulta nº. 715526. Rel. Conselheiro Simão Pedro Toledo. Julg. em 27.09.06. Disponível em: <http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/Detalhes/715526> .

Acesso em: mar. 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. O contrato de estágio e as inovações da Lei 11.788/2008. Revista Ltr. Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 10, p. 1173-1188, 2008.

SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho 10. ed. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, Clayton Machado Valério da. A contratação de estagiário e apropriação da despesa no sistema contábil do poder executivo municipal. São Paulo, 10 dez. 2007. Disponível em: <http://www.mrpm.adv.br/ARTIGOS/ESTAGIARIOS.pdf>. Acesso em: mar. 2016.

O PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA* E AS ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS MEDIANTE TRATADOS INTERNACIONAIS: UMA ANÁLISE DO PODER DA UNIÃO FEDERAL À LUZ DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 229.096-RS

Letícia Cristine Ribeiro Pinheiro¹

RESUMO: A soberania de um Estado não é desmedida, de modo que não pode ser utilizada como mecanismo para o descumprimento de seus compromissos firmados na seara do Direito das Gentes. A relação do cumprimento de tratados e matéria tributária ganha repercussão quando a União, ao firmar acordo com outras nações, desobedece regras de competência fixadas pelo texto constitucional. À luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal consolidado no julgamento do Recurso Extraordinário 229.096-RS, analisar-se-á o conflito aparente entre a Carta Magna e a isenção tributária instituída por norma internacional.

Palavras-chave: Tratado. Descumprimento. *Pacta Sunt Servanda*. Isenção Tributária. Competência

THE *PACTA SUNT SERVANDA* PRINCIPLE AND EXEMPTIONS TAX THROUGH INTERNATIONAL TREATY: AN ANALYSIS OF THE POWER OF THE FEDERAL GOVERNMENT TO APPEAL UNDER OF EXTRAORDINARY 229.096-RS

¹ Graduanda em Direito Bacharelado pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), Integrante do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade – NEPPC UEMA e Estagiária da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão.

ABSTRACT: The sovereignty of a State is not excessive, so it can not be used as a mechanism for non-compliance with its commitments made in the harvest of International Law. The ratio of treaty compliance and tax matters gains impact when the Federal Government to enter into agreement with other nations, disobeys the rules of jurisdiction laid down by the Constitution. Under of the understanding of the Supreme Federal Court consolidated the judgment of Extraordinary Appeal 229,096-RS, will be analyzed, the apparent conflict between the Constitution and the tax exemption established by international standard.

Key words: Treaty. Noncompliance. Pacta Sunt Servanda. Tax Exemptions. Rules of Jurisdiction

INTRODUÇÃO

A relação entre as nações ocorre desde tempos antigos, mas foi a partir do início do século XX que foram firmados acordos escritos entre as nações. Na origem da utilização dos tratados, prevalecia a realização de tratados bilaterais, só posteriormente foram realizados contratos com mais de duas partes, os chamados tratados multilaterais ou coletivos. De acordo com o previsto. No artigo 84, VIII da Constituição Federal de 1988 fica estabelecido a competência privativa do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. A matéria tributária recebe limitações e organização pelo vigente texto constitucional, de modo que, em princípio, qualquer disposição normativa contrária a tais preceitos seria inconstitucional. A controvérsia surge quando a União, utilizando-se da competência outorgada pelo artigo 84, VIII da Constituição Federal celebra tratados sobre questões tributárias que, pelo direito interno, não poderia negociar. Tal problemática foi solucionada, em 2008, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 229.096-RS que dá prevalência aos acordos internacionais pelas razões que serão adiante apresentadas.

Considerando que, nos termos do artigo 132 da Constituição Federal,

cabe aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal “*representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas*”, tem-se a Advocacia Pública assume papel essencial tanto na orientação jurídica quanto na defesa dos interesses do ente federado a qual se vincula.

De conhecimento que as receitas tributárias constituem importante fonte de custeio da máquina pública, a relevância da presente produção para o desenvolvimento dos entes federados e da Advocacia Pública é verificada na mitigação, pelos Tribunais Superiores, das normas constitucionais de competência tributária tendo em vista que entendem pela possibilidade da União conceder, mediante tratados internacionais, isenções sobre tributos cuja competência não possui nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil.

1. A RELAÇÃO ENTRE AS NAÇÕES POR MEIO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

As relações entre as nações ocorrem desde tempos remotos, ganhando grande enfoque quando das Grandes Navegações. O isolamento de um Estado já não corresponde à realidade dos tempos hodiernos cuja marca é a intensa integração entre os sujeitos do Direito Internacional Público, em especial os Estados.

Em tempos anteriores ao século XX, as relações entre as nações se davam por meio do cumprimento da palavra dada, ou seja, não havia um documento escrito e formal firmado entre as pessoas de direito público que concretizasse as obrigações de umas em relação as outras. Segundo MAZZUOLI e OLIVEIRA, os tratados internacionais são, na atualidade, a principal e mais concreta fonte do Direito Internacional Público na medida em que, além de trazer segurança e estabilidade às relações internacionais, também torna o direito das gentes mais representativo e autêntico. Trazem maior segurança jurídica quanto à existência e interpretação da norma internacional, sendo a fonte do Direito internacional mais fácil de comprovar (p. 114, 2011).

Assim, o tratado internacional consiste em um acordo escrito firmado entre Estados ou entre Estados e organizações internacionais com o fito de eleger uma norma jurídica comum entre si, gerando, dessa forma, efeitos de direitos, obrigações e prerrogativas entre as partes signatárias.

No que concerne às relações internacionais brasileiras, a competência para celebrar tratados é dada de forma privativa ao Presidente da República como se pode deprender do artigo 84, inciso VIII da Constituição Federal de 1998, *verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

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

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

A importância da celebração de tratados internacionais para uma nação reside nos benefícios de se estreitar relações com outros Estados nos aspectos econômicos, políticos e sociais. De mais a mais, por meio dos acordos, as nações também podem firmar o compromisso de cooperação entre elas para a consecução e manutenção da paz, da justiça e da segurança internacionais.

2. A REGRA PACTA SUNT SERVANDA NO DIREITO DOS TRATADOS

No direito das gentes vigora a regra da *Pacta Sunt Servanda* cuja previsão é encontrada no artigo 26 da Convenção de Viena sobre os tratados, o qual dispõe que “*Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.*”

A ideia apresentada no mencionado dispositivo é de que os acordos firmados pelas partes sempre devem ser cumpridos haja vista a presunção

de que foram firmados com base no livre consentimento e na boa fé.

Em que pese a determinação de que firmado um tratado, ele obriga as partes signatárias, importa ressaltar que tal vinculação não é desmediada. Isso implica dizer que o conteúdo do acordo internacional não poderá conflitar com normas imperativas, também denominadas de *jus cogens*.

O *jus cogens*, também denominado de direito “que obriga” ou direito “imperativo”, consiste, nas lições de Francisco REZEK (2011), no “*conjunto de normas que, no plano do direito das gentes, impõem-se objetivamente aos Estados, a exemplo das normas de ordem pública que em todo sistema de direito interno limitam a liberdade contratual das pessoas*”.

AA doutrina reconhece a dificuldade de conceituar e exemplificar o *jus cogens*. Salem Hikmat Nasser, entretanto, elenca uma série de normas consideradas como direito imperativo, vejamos:

Nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional e nos escritos dos doutrinadores é possível encontrar exemplos de normas apresentadas como de *jus cogens*, entre elas algumas das mais comumente citadas são: 1 o princípio *pacta sunt servanda*; 2 a proibição do uso ou da ameaça do uso da força; 3 a proibição de atos que infrinjam a soberania e a igualdade dos Estados; o princípio da autodeterminação dos povos; o princípio da soberania sobre os recursos naturais; a proibição do tráfico de seres humanos; a proibição da pirataria; 4 a proibição do genocídio⁵ (CDI, 1966-II, p. 248-249; 1976, p. 103) (Wouters e Verhoeven, 2005) (Lauterpacht, 1993, p. 439-441); a proibição dos atos qualificados como crimes contra a humanidade⁶ e (Ago, 1971, p. 324); os princípios do direito humanitário codificados nas Quatro Convenções de Genebra, princípios fundamentais dos direitos humanos e do direito do meio ambiente. (NASSER, 2005)

O tratado internacional que dispuser, de modo diverso, de uma nor-

ma imperativa será considerado nulo, nos termos do artigo 53 da Convenção de Viena, a seguir transcrito:

Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É **nulo** um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

É consabido que assinatura de um acordo internacional não o torna, de imediato, aplicável no âmbito interno do país signatário. Com a assinatura do tratado, finaliza-se a etapa de negociação e exterioriza-se o consentimento dos agentes signatários. Entretanto, é com a ratificação, ato unilateral e discricionário, que se tem a expressão definitiva do desejo do Estado em obrigar-se internacionalmente, vinculando, de fato, a sua nação e toda a sua estrutura interna.

Pode ocorrer, entretanto, de uma nação vincular-se internacionalmente em um determinado sentido, porém seu direito interno dispor de modo diverso sobre a mesma matéria objeto do acordo internacional – é o que se denomina de ratificação imperfeita.

Para Marcelo Varella, a ratificação imperfeita é aquela que ocorre quando o Estado ratifica o tratado em desacordo com seu direito nacional (p. 96, 2012).

Nessas circunstâncias, deve-se considerar o que preceitua o artigo 18 da Convenção de Viena. O referido dispositivo determina que, ao obrigar-se por meio de tratados, o Estado tem a obrigação de não frustrar o objeto

nem a finalidade de tais acordos internacionais.

Artigo 18

Obrigaç o de N o Frustrar o Objeto e Finalidade de um Tratado antes de sua Entrada em Vigor

Um Estado   obrigado a abster-se da pr tica de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando:

a) **tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratifica o, aceita o ou aprova o, enquanto n o tiver manifestado sua inten o de n o se tornar parte no tratado; ou**

b) tiver expressado seu consentimento em obrigarse pelo tratado no per odo que precede a entrada em vigor do tratado e com a condi o de esta n o ser indevidamente retardada.

Considerando o supramencionado artigo da Conven o de Viena, VARELLA (2012) leciona que o Estado n o pode utilizar-se de seu direito interno como instrumento para desobrigar-se daquilo que assumiu perante o Direito Internacional, vejamos:

(...) os Estados n o podem invocar seu direito interno para n o cumprir determinado tratado. O Estado pode mudar sua legisla o e tornar o tratado ou parte dele sem efeito, da mesma forma que pode retirar-se de um tratado em vigor. Este   o caso do Brasil, onde est  consolidada a posi o de que normas posteriores revogam tratados contr rios at  ent o em vigor. No entanto, a prerrogativa soberana do Estado n o o exime de ser responsabilizado internacionalmente. (VARELLA, p. 97, 2012).

Tudo isso decorre da regra da *Pacta Sunt Servanda* que permeia e fundamenta o Direito Internacional e torna superordenadas as normas

internacionais. A força obrigatória decorre do respeito à palavra dada, seja esta firmada por meio de tratado ou de norma costumeira.

Neste mesmo sentido, Alfred Verdross, *verbis*:

Por outro lado, a norma *pacta sunt servanda* tem um patamar superior ao direito positivo, porque cada regra do direito positivo, seja do direito convencional, seja do direito costumeiro que não se compõe senão de tratados tácitos, já supõe a regra *pacta sunt servanda* sobre a qual os tratados se baseiam. Esse pensamento não foi apenas exposto pela escola do direito natural, como já discutimos, mas igualmente reconhecido por um dos primeiros partidários da escola positivista (...) A regra *pacta sunt servanda* não é uma simples norma jurídica, é também uma regra ética, isto é, um valor evidente ou que deriva logicamente de uma regra absoluta, por exemplo, da norma *suum cuique*. (UniCEUB, VERDROSS, p. 17, 2013)

Dessa forma, pelo princípio da *Pacta Sunt Servanda*, tem-se a obrigatoriedade do país em respeitar o tratado a que se obrigou. O desrespeito a um acordo internacional traz consigo alguns efeitos, quais sejam: o receio dos demais Estados em firmar acordos internacionais com uma Nação que não cumpre seus compromissos bem como a necessidade de tais Estados em reparar os danos causados pelo inadimplemento do tratado.

2.1 O DIREITO INTERNO E A OBSERVÂNCIA DOS TRATADOS

Não bastasse a regra geral de que “os acordos devem ser cumpridos”, de forma específica, o Artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe que “*Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*”, reiterando, desse modo, o artigo 46 da Convenção de Viena que prevê que “*Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.*”.

A controvérsia surge quando a norma internacional é confrontada com o próprio texto constitucional da nação signatária. A constituição de uma nação figura-se como o ápice da pirâmide normativa de um Estado, é, pois, norma hierarquicamente superior a todas as demais.

Consoante leciona REZEK, os compromissos exteriores do Estado não conseguem, via de regra, se sobrepor à Carta Magna, *verbis*:

Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder. (REZEK, p.67, 2014)

Quando se trata da relação entre as normas estabelecidas em tratados e as leis infraconstitucionais, cada Estado pode estipular suas regras para a solução das incompatibilidades, determinando que tratado internacional prevaleça sobre suas normas infraconstitucionais ou concedendo igual tratamento para as normas nacionais e internacionais de grau equivalente.

Pela doutrina da Prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional, determina-se que, mesmo que a edição de uma norma interna seja posterior à promulgação do tratado, este prevalecerá em razão do compromisso internacional firmado. Já para a doutrina da Paridade entre o tratado e a lei nacional, fica determinado que o tratado internacional, juntamente com a lei federal, é superior às normas estaduais ou municipais, mas não pode prevalecer sobre uma lei federal posterior.

3 ISENÇÕES DE TRIBUTOS MEDIANTE TRATADO INTERNACIONAL CELEBRADO PELA UNIÃO

O Direito Tributário é o ramo da ciência jurídica que trata das limitações ao poder de tributar do Estado. A finalidade do tributo é arrecadar os fundos necessários para custeio das atividades e o cumprimento das obrigações estatais, assim, a União, os Estados-membros, os municípios

e o Distrito Federal possuem, de acordo com os ditames constitucionais, competências para exercer o poder de tributação.

O conceito do que seja tributo encontra previsão no artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN), nos seguintes termos: “*é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*”.

Como se depreende, o conceito de tributo não advém do texto constitucional, no entanto a Carta Magna “molda”, isto é, estabelece limites ao poder de tributar da Administração Pública, por meio das imunidades e das regras de competência.

As imunidades tributárias consistem em impedimentos, impostos pela Constituição Federal de 1998, às hipóteses de incidência de tributação. Como afirma SABBAG (2014, p. 317) e a melhor doutrina tributarista, “*a norma imunitória se como sinalizador de incompetência tributária*”, ou seja, funcionam como regras negativas de competência.

Enquanto as imunidades vedam a incidência de tributos em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 150 da Constituição de 1988, as isenções, nos termos do artigo 97, VI do Código Tributário Nacional, só podem ser concedidas por meio de lei. Conforme MAZZA (2015, p. 223), a competência para isentar é um desdobramento da competência para instituir o tributo.

Nas lições de Eduardo SABBAG, o conceito de isenção é o seguinte:

Para a doutrina tradicional, a isenção é uma mera dispensa legal do pagamento de tributo devido, verificando-se em uma situação na qual há legítima incidência, porquanto se deu um fato gerador, e o legislador, por expressa disposição legal, optou por dispensar o pagamento do imposto. (SABBAG, p. 1049, 2014).

Entretanto, Leandro Paulsen foi além e tratou do seja a isenção tribu-

tária considerando que o afastamento da carga tributária, por vezes, se faz por razões estranhas à normal estrutura que o ordenamento legal imprime ao tributo, atendendo, inclusive, razões de cunho extrafiscal, vejamos:

A isenção pressupõe a incidência da norma tributária impositiva. Não incidisse, não surgiria qualquer obrigação, não havendo necessidade de lei para a exclusão do crédito. A norma de isenção sobrevém justamente porque tem o legislador a intenção de afastar os efeitos da incidência da norma impositiva que, de outro modo, implicaria a obrigação de pagamento do tributo. **O afastamento da carga tributária, no caso da isenção, se faz por razões estranhas à normal estrutura que o ordenamento legal imprime ao tributo seja em atenção à capacidade contributivo seja por razões de cunho extrafiscal.** (PAULSEN, 2014, grifei)

Pelo artigo 176 do Código Tributário Nacional, ainda que a isenção esteja prevista em contrato, há a necessidade da edição de lei infraconstitucional para a especificação de suas condições e requisitos para concessão, os tributos a que se aplica e o prazo de duração, acaso a Administração Pública considere que tal benefício deva ser utilizado por lapso temporal determinado. De acordo com o parágrafo único do referido artigo, a isenção pode ser restrita à determinada região do território da entidade tribuante, em razão de peculiaridades da mesma. A modificação ou revogação da isenção concedida também só pode feita por lei ordinária.

Quanto à extensão das isenções concedidas, o artigo 177 do CTN afirma que, em regra, a isenção não se estende às taxas e às contribuições de melhoria nem aos tributos instituídos (criados) após sua concessão, no entanto, a lei reguladora pode determinar de modo diverso.

Ao tratar da classificação das isenções, Hugo de Brito Machado trata das isenções autônoma e heterônoma:

As isenções podem ser, ainda, classificadas em *autônoma* e *heterônoma*. Diz-se que uma isenção é

tária considerando que o afastamento da carga tributária, por vezes, se faz por razões estranhas à normal estrutura que o ordenamento legal imprime ao tributo, atendendo, inclusive, razões de cunho extrafiscal, vejamos:

A isenção pressupõe a incidência da norma tributária impositiva. Não incidisse, não surgiria qualquer obrigação, não havendo necessidade de lei para a exclusão do crédito. A norma de isenção sobrevém justamente porque tem o legislador a intenção de afastar os efeitos da incidência da norma impositiva que, de outro modo, implicaria a obrigação de pagamento do tributo. **O afastamento da carga tributária, no caso da isenção, se faz por razões estranhas à normal estrutura que o ordenamento legal imprime ao tributo seja em atenção à capacidade contributivo seja por razões de cunho extrafiscal.** (PAULSEN, 2014, grifei)

Pelo artigo 176 do Código Tributário Nacional, ainda que a isenção esteja prevista em contrato, há a necessidade da edição de lei infraconstitucional para a especificação de suas condições e requisitos para concessão, os tributos a que se aplica e o prazo de duração, acaso a Administração Pública considere que tal benefício deva ser utilizado por lapso temporal determinado. De acordo com o parágrafo único do referido artigo, a isenção pode ser restrita à determinada região do território da entidade tributante, em razão de peculiaridades da mesma. A modificação ou revogação da isenção concedida também só pode feita por lei ordinária.

Quanto à extensão das isenções concedidas, o artigo 177 do CTN afirma que, em regra, a isenção não se estende às taxas e às contribuições de melhoria nem aos tributos instituídos (criados) após sua concessão, no entanto, a lei reguladora pode determinar de modo diverso.

Ao tratar da classificação das isenções, Hugo de Brito Machado trata das isenções autônoma e heterônoma:

As isenções podem ser, ainda, classificadas em *autônoma* e *heterônoma*. Diz-se que uma isenção é

autônoma se esta é concedida por lei da pessoa jurídica titular da competência para instituir e cobrar o tributo ao qual se refere. Diz-se que uma isenção é heterônoma se esta é concedida por lei de pessoa jurídica diversa daquela que é titular da competência para instituir e cobrar o tributo a que se refere. (MACHADO, p. 237-238, 2015)

Conforme se depreende do artigo 151, III, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não autoriza a isenção heterônoma pois determina que é vedado à União “*instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios*”. Assim, por determinação constitucional, não pode a União, por exemplo, editar norma de isenção sobre tributo cuja competência para instituição não possua.

Considerando o acima mencionado, qual seria a solução se a União, utilizando-se do permissivo do artigo 84, VIII, Constituição Federal, celebrasse tratado garantindo, internacionalmente, a isenção de tributo que o texto constitucional não atribuiu como de sua competência?

Os tratados que versam sobre direitos humanos, nos termos do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O texto constitucional, no entanto, não se referiu ao grau hierárquico a ser ocupado, no ordenamento jurídico brasileiro, pelos tratados comuns, isto é, aqueles que versam sobre matéria diversa dos direitos humanos.

Considerando a norma-princípio da *Pacta Sunt Servanda*, após aprovação pelo Congresso Nacional e ratificação, o tratado passa a vincular o Estado signatário por completo. Desse modo, além da sua Constituição Nacional, deve o Estado cumprir os compromissos que assumiu perante a comunidade internacional.

Aproximando a problemática para a seara do Direito Tributário, verifica-se que a questão guarda relação com o que se denomina de Legisla-

ção Tributária que, nos termos do artigo 96 do Código Tributário Nacional (CTN), “*compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.*”

De forma mais específica aos tratados internacionais, o artigo 98 do CTN dispõe que “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”. Dessa maneira, percebe-se que, em matéria tributária, a questão dos tratados deve ser analisada com cautela haja vista que o tratado revogará a norma interna anterior incompatível, bem como servirá de parâmetro ao legislador na confecção das futuras normas jurídicas.

Diante da força dos tratados internacionais, resta ao Poder Executivo trabalhar para a devida execução da norma de direito internacional, ao Judiciário a aplicação dos tratados internacionais, enquanto vigentes e ao Poder Legislativo cabe tanto a aprovação de leis para a melhor eficácia do acordo quanto a abstenção de edição de normas contrárias às determinações do pacto internacional. MAZZUOLI (p.384, 2010) conceitua a obrigação do Poder Legislativo de obrigação negativa e reitera:

Ora, não raras as vezes, o objetivo de um tratado internacional é o de justamente incidir sobre situações que deverão ser observadas no plano do ordenamento jurídico interno dos Estados signatários. Aprovando um tratado internacional. O Poder Legislativo se compromete implicitamente a não editar leis a ele contrárias. Pensar de outra forma seria admitir o absurdo. (MAZZUOLI, p. 370, 2010)

Assim, no direito tributário, o Poder Legislativo deve estar atento aos compromissos externos firmados pela União, sob pena da nação cometer ilícito internacional ensejador de responsabilidade estatal. Nesse sentido, Francisco REZEK afirma:

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, desde que primeiro tratou do assunto até a hora atual, e de modo uniforme, a eficácia do art. 98 do CTN

e sua qualidade para determinar o que determina. Em matéria tributária, há de buscar-se com mais zelo ainda que noutros domínios a compatibilidade. Mas se aberto e incontornável o conflito, prevalece o tratado, mesmo quando anterior à lei. (REZEK, p. 68, 2014)

Para o tributarista Luciano Amaro:

O conflito entre a lei interna e o tratado resolve-se, pois, a favor da norma especial (do tratado), que excepciona a norma geral (da lei interna), tornando-se indiferente que a norma interna seja anterior ou posterior ao tratado. Este prepondera em ambos os casos (abstrai da discussão sobre se ele é ou não superior à lei interna) porque traduz preceito especial, harmonizável com a norma geral (AMARO apud RICARDO ALEXANDRE, p. 222, 2015).

Já Valério MAZZUOLI trata da questão invocando a superioridade do Direito Internacional. Para ele, a proeminência do tratado internacional em face da norma interna não se dá por conta de sua posterior edição ou por sua especialidade. A superioridade guarda relação com o Princípio da *Pacta Sunt Servanda* e com a vigência do tratado internacional, *verbis*:

A conclusão que se chega é a de que o art. 98 do CTN apenas confirma a doutrina da superioridade do Direito Internacional relativamente à legislação interna estatal, não destoando do que ocorre com os demais tipos de tratados ratificados pelo Estado brasileiro, o qual tem a obrigação de cumprir e fielmente executar aquilo que pactuou no cenário internacional. A vantagem do referido art. 98 é ter deixado claro que nenhuma legislação contrária ao tratado anteriormente firmado e em vigor no Brasil poderá ser aplicada sem antes se proceder à denúncia do instrumento convencional, caso este já não mais satisfaça os interesses nacionais. (MAZZUOLI, 2011, p. 389)

Verificada a possibilidade dos tratados e convenções internacionais revogarem ou modificarem a legislação tributária interna, bem como servirem de limite à atividade legislativa, passa-se à análise da possibilidade dos acordos internacionais serem superiores até mesmo às normas constitucionais, *in casu*, a própria repartição constitucional de competência.

No que se refere aos impostos, as competências para cobrança e instituição estão disciplinadas no texto constitucional do seguinte modo: a competência tributária da União está prevista no artigo 153, pelo artigo 155 são impostos de competência estadual: o imposto sobre a transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCD ou ITCMD), o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços (ICMS) e o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA). Já pelo artigo 156 cabe aos Municípios instituir impostos sobre: a propriedade predial e territorial urbana (IPVA), sobre a transmissão "*inter vivos*", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição (ITBI) e sobre serviços de qualquer natureza (ISS), não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Ademais, nos termos do artigo 145, II e III da Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir taxas e contribuição de melhoria. Essas últimas em razão do custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, enquanto aquelas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Nos termos do artigo 149 da Constituição, compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, com observâncias dos artigos 146, III, e 150, I e III, e art. 195, § 6º também do texto constitucional.

Já o parágrafo sexto do supramencionado dispositivo autoriza a ins-

tuição, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, de contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário.

3.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 229.096-RS

No Recurso Extraordinário nº 229.096-RS, de autoria do Estado do Rio Grande do Sul, foi questionada a compatibilidade do Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT com a Constituição Federal de 1988 haja vista que aquele permite a isenção de impostos estaduais (na ocasião, o ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) mediante norma internacional firmada entre a União Federal e demais sujeitos do Direito Internacional.

Para melhor análise do caso, colaciona-se a ementa do referido recurso:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 DO ACORDO GERAL DE TARIFAS E COMÉRCIO. ISENÇÃO DE TRIBUTO ESTADUAL PREVISTA EM TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. ARTIGO 151, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 98 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A isenção de tributos estaduais prevista no Acordo Geral de Tarifas e Comércio para as mercadorias importadas dos países signatários quando o similar nacional tiver o mesmo benefício foi recepcionada pela Constituição da República de 1988.

2. O artigo 98 do Código Tributário Nacional “pos-

sui caráter nacional, com eficácia para a União, os Estados e os Municípios” (voto do eminente Ministro Ilmar Galvão).

3. No direito internacional apenas a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados (art. 52, § 2º, da Constituição da República), dela não dispondo a União, os Estados-membros ou os Municípios. O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado, o que descaracteriza a existência de uma isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, inc. III, da Constituição.

4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 229096, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, **Tribunal Pleno**, julgado em 16/08/2007, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-05 PP-00985 RTJ VOL-00204-02 PP-00858 RJTJRS v. 45, n. 275, 2010, p. 29-42)

O Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT, tratado internacional alvo de controvérsia, por meio do artigo I, item 1, determinava que os produtos importados de países signatários teriam isenção tributária quando o similar nacional receber idêntico tratamento, como se pode ver, *verbis*:

ARTIGO I

TRATAMENTO GERAL DE NAÇÃO MAIS FAVORECIDA

1. Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma Parte Contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras Partes

Contratantes ou ao mesmo destinado. Este dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos ou formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação bem como aos assuntos incluídos nos §§ 2 e 4 do art. III.

O artigo III, item 2 do referido diploma também dispunha da seguinte forma:

ARTIGO III

TRATAMENTO NACIONAL NO TOCANTE A TRIBUTAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO INTERNAS.

1. As Partes Contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas, **não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional.**

2. Os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, **não estão sujeitos, direta ou indiretamente,**

a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais. Além disso nenhuma Parte Contratante aplicará de outro modo, impostos ou outros encargos internos a produtos importados nacionais, contrariamente às principais estabelecidas no parágrafo 1. (grifo nosso)

Na ocasião, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferiu decisão no sentido de que os tratados internacionais firmados pela União que exoneram o pagamento de tributos, (no caso em questão, o ICMS) contrariam o texto constitucional, em especial, o artigo 151, III.

Havendo controvérsia constitucional a ser debatida, a discussão chegou até o Supremo Tribunal Federal que, na apreciação e solução do caso, entendeu que o artigo 151, III da Carta Magna deveria ser entendido em consonância com o modelo institucional brasileiro, o Federalismo.

Para o STF, faz-se necessária a distinção entre o que seja União e o Estado Federal (a República Federativa do Brasil, soberana no âmbito internacional). Conforme a Corte, quando o Presidente da República celebra tratados, o faz como Chefe de Estado, isto é, como representante da República Federativa do Brasil, a única com capacidade internacional para firmar acordos com outras nações. Não possuem tal capacidade as pessoas jurídicas de direito interno (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal). É a República Federativa Brasileira - pessoa jurídica de Direito Internacional - que consubstancia a reunião de todos os entes da Federação e representa toda a nação no plano internacional.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal reitera o disposto no Artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que versa a respeito da impossibilidade de uma das partes invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento das disposições do tratado haja vista que, uma vez celebrado o acordo internacional, esse deverá ser cumprido de boa-fé pelos pactuantes.

Isso porque, na impossibilidade de cumprimento daquilo a que se obrigou internacionalmente, deverá o Estado desobrigar-se na forma do Artigo 56 da Convenção de Viena ou da maneira como disciplinou o tratado do qual era signatário.

Apesar da decisão do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que é possível a isenção de tributos estaduais e municipais mediante acordos internacionais celebrados pela União não está imune às críticas tendo em vista que se trata do reconhecimento da superioridade das normas internacionais frente à própria Constituição Federal.

Para Roque Antônio CARRAZA (2012), a União, ou a República Federativa do Brasil – no âmbito internacional –, não atua à margem de que dispõe o texto constitucional nem ao menos a Carta Magna prevê que os tratados internacionais celebrados são superiores às leis estaduais, municipais ou distritais, com ressalva aos tratados sobre direitos humanos que são recebidos com *status* de emendas à Constituição Federal.

Por essa razão afirma que:

(...) a Constituição Federal proíbe expressamente a União de conceder isenções de tributos estaduais, municipais ou distritais (art. 151, III). Ao argumento de que não é a União, enquanto *ordem jurídica parcial central*, que firma o tratado internacional, mas sim, a República Federativa do Brasil, *enquanto ordem jurídica global* (o Estado Brasileiro), contrapomos que, no plano interno, mesmo quando esta pessoa política representa a Federação, não pode conceder isenções heterônomas, com exceção das expressamente autorizadas nos arts. 155, §2º, XII, “e”, e 156, § 3º, ambos da CF. (CARRAZA, p. 1003, 2012)

Do mesmo entendimento também compartilha o Superior Tribunal de Justiça tendo editado, inclusive, no ano de 1990, a Súmula nº 20 no seguinte sentido “Súmula 20 - A mercadoria importada de país signatário do GATT e isenta do ICM, quando contemplado com esse favor o similar nacional”.

3.2 Reflexos do Julgamento do Recurso Extraordinário 229.096-

RS

Consoante visualizado alhures, em que pese haver dissonâncias na doutrina acerca da possibilidade de se conceder isenção, mediante acordos internacionais, sobre tributos que não são de competência da União, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a celebração desses pactos internacionais não fere o pacto federativo nem desobedece às regras de competência previstas nos artigos 153, 155 e 156 da Constituição Federal haja vista que o Presidente da República quando se manifesta perante a Comunidade Internacional o faz em nome de toda a nação.

Desde o julgamento de 2008, a Corte Superior brasileira mantém o entendimento do referido apelo extraordinário, tomando-o como referência para o deslinde dos posteriores casos atinentes à matéria. Vejamos, de forma breve, alguns julgados:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – GASODUTO BRASIL- -BOLÍVIA – ISENÇÃO DE TRIBUTO MUNICIPAL (ISS) CONCEDIDA PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL MEDIANTE ACORDO BILATERAL CELEBRADO COM A REPÚBLICA DA BOLÍVIA – A QUESTÃO DA ISENÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS E/OU MUNICIPAIS OUTORGADA PELO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO EM SEDE DE CONVENÇÃO OU TRATADO INTERNACIONAL - POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL – DISTINÇÃO NECESSÁRIA QUE SE IMPÕE, PARA ESSE EFEITO, ENTRE O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO (EXPRESSÃO INSTITUCIONAL DA COMUNIDADE JURÍDICA TOTAL), QUE DETÉM “O MONOPÓLIO DA PERSONALIDADE INTERNACIONAL”, E A UNIÃO, PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO (QUE SE QUALIFICA, NESSA CONDIÇÃO, COMO SIMPLES COMUNIDADE PARCIAL DE CARÁTER CENTRAL) - NÃO IN-

CIDÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DA VEDAÇÃO ESTABELECIDADA NO ART. 151, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CUJA APLICABILIDADE RESTRINGE-SE, TÃO SOMENTE, À UNIÃO, NA CONDIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A cláusula de vedação inscrita no art. 151, inciso III, da Constituição - que proíbe a concessão de isenções tributárias heterônomas - é inoponível ao Estado Federal brasileiro (vale dizer, à República Federativa do Brasil), incidindo, unicamente, no plano das relações institucionais domésticas que se estabelecem entre as pessoas políticas de direito público interno. Doutrina. Precedentes. - Nada impede, portanto, que o Estado Federal brasileiro celebre tratados internacionais que veiculem cláusulas de exoneração tributária em matéria de tributos locais (como o ISS, p. ex.), pois a República Federativa do Brasil, ao exercer o seu treaty-making power, estará praticando ato legítimo que se inclui na esfera de suas prerrogativas como pessoa jurídica de direito internacional público, que detém - em face das unidades meramente federadas - o monopólio da soberania e da personalidade internacional. - Considerações em torno da natureza político-jurídica do Estado Federal. Complexidade estrutural do modelo federativo. Coexistência, nele, de comunidades jurídicas parciais rigorosamente parificadas e coordenadas entre si, porém subordinadas, constitucionalmente, a uma ordem jurídica total. Doutrina.

(RE 543943 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/11/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-02 PP-00469 RT v. 100, n. 908, 2011, p. 470-479, grifamos)

Em 1976, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 575 nos seguintes termos: “À mercadoria importada de país signatário do GATT,

ou membro da ALALC, estende-se a isenção do imposto de circulação de mercadorias concedida a similar nacional.” Mesmo diante da nova égide constitucional e passados 36 anos de edição do entendimento sumular, o Supremo Tribunal Federal, em 2014, em sede Agravo em Recurso Extraordinário, reiterou a constitucionalidade da isenção de tributos mediante tratados internacionais e aplicou a Súmula nº 575, veja-se:

EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE LEITE EM PÓ DA ARGENTINA. PAÍS SIGNATÁRIO DO GATT. ISENÇÃO HETERÔNOMA. TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. CONSTITUCIONALIDADE. ALCANCE E LEGITIMIDADE DE ISENÇÕES À LUZ DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. SIMILARIDADE ENTRE PRODUTOS NACIONAIS E ESTRANGEIROS. APRECIÇÃO EM SEDE EXTRAORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 01/12/2010. A matéria versada no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal não foi arguida nas razões do recurso extraordinário, sendo vedado ao recorrente inovar no agravo regimental. A jurisprudência desta Suprema Corte consolidou-se no sentido da constitucionalidade das desonerações tributárias estabelecidas, por meio de tratado, pela República Federativa do Brasil, máxime no que diz com a extensão, às mercadorias importadas de países signatários do GATT, das isenções de ICMS concedidas às similares nacionais (Súmula STF 575). Descabe analisar, em sede de recurso extraordinário, alegações

pertinentes à abrangência e à legitimidade de isenções frente à legislação infraconstitucional, para efeito da outorga do tratamento isonômico exigido pelo Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio – GATT. Agravo regimental conhecido e não provido.

(STF - ARE: 804350 PE, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 16/09/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-194 DIVULG 03-10-2014 PUBLIC 06-10-2014)

Veja-se que, após sete anos do julgamento do RE nº 229.096-RS, em 2015, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reiterou o entendimento consolidado naquele julgado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUTOS IMPORTADOS DE PAÍSES SIGNATÁRIOS DO ACORDO GERAL DE TARIFAS E COMÉRCIO – GATT. SIMILAR NACIONAL. ISONOMIA NA TRIBUTAÇÃO. CONSTATAÇÃO A PARTIR DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E INCURSIONAMENTO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. OFENSA REFLEXA E SÚMULA Nº 279 DO STF. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE 748.371. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL.

1. O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 229.096, Relatora para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia, fixou entendimento de que a isenção de ICMS relativa à mercadoria importada de país signatário do GATT, quando isento o similar na-

cional, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não se aplicando a limitação prevista no artigo 151, III, da Constituição Federal (isenção heterônoma) às hipóteses em que a União atua como sujeito de direito na ordem internacional.

2. Acórdão recorrido que concluiu, com base na interpretação de normas infraconstitucionais (Convênio ICMS 128/1994-CONFAZ, Decretos Estaduais nº 14.876/1991, 19.631/1997 e 20.411/1998) e na análise das provas dos autos, no sentido de que tanto o produto importado de país signatário do GATT quanto seu similar nacional já são submetidos à mesma carga tributária. Impossibilidade de rever esse entendimento no recurso extraordinário. No caso, a afronta à Constituição, se existente, seria indireta e incidiria o óbice erigido pela Súmula nº 279 do STF.

3. A parte se valeu dos meios recursais cabíveis e teve a jurisdição devidamente prestada por decisões fundamentadas, embora contrária aos seus interesses. Assim, não resta caracterizada a negativa de prestação jurisdicional.

4. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, não revelam repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário Virtual do STF na análise do ARE 748.371-RG, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes.

5. In casu, o acórdão recorrido extraordinariamente assentou: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BAÇALHAU IMPORTADO DE PAÍS SIGNATÁRIO DO GATT. REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO DO ICMS PELO ESTADO DE PERNAMBUCO INCIDENTE SOBRE O PRODUTO SIMILAR (PEIXE SECO). INCABÍVEL O RECOLHIMENTO DE APENAS 2,5%. PRODU-

cional, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não se aplicando a limitação prevista no artigo 151, III, da Constituição Federal (isenção heterônoma) às hipóteses em que a União atua como sujeito de direito na ordem internacional.

2. Acórdão recorrido que concluiu, com base na interpretação de normas infraconstitucionais (Convênio ICMS 128/1994-CONFAZ, Decretos Estaduais nº 14.876/1991, 19.631/1997 e 20.411/1998) e na análise das provas dos autos, no sentido de que tanto o produto importado de país signatário do GATT quanto seu similar nacional já são submetidos à mesma carga tributária. Impossibilidade de rever esse entendimento no recurso extraordinário. No caso, a afronta à Constituição, se existente, seria indireta e incidiria o óbice erigido pela Súmula nº 279 do STF.

3. A parte se valeu dos meios recursais cabíveis e teve a jurisdição devidamente prestada por decisões fundamentadas, embora contrária aos seus interesses. Assim, não resta caracterizada a negativa de prestação jurisdicional.

4. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, não revelam repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário Virtual do STF na análise do ARE 748.371-RG, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes.

5. In casu, o acórdão recorrido extraordinariamente assentou: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BAÇALHAU IMPORTADO DE PAÍS SIGNATÁRIO DO GATT. REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO DO ICMS PELO ESTADO DE PERNAMBUCO INCIDENTE SOBRE O PRODUTO SIMILAR (PEIXE SECO). INCABÍVEL O RECOLHIMENTO DE APENAS 2,5%. PRODU-

TO NACIONAL TRIBUTADO A MAIOR. OFENSA AO PRINCÍPIO ISONÔMICO. VIGÊNCIA DECRETO 19.631/97. RECURSO IMPROVIDO”.

6. Agravo regimental DESPROVIDO.

(ARE 831170 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-075 DIVULG 22-04-2015 PUBLIC 23-04-2015)

Como se vê, o entendimento consolidado nos tribunais superiores brasileiros é no sentido da possibilidade de serem concedidas isenções, mediante acordos internacionais, sobre tributos de competência federal, estadual ou municipal. Bem elucidativo é o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE BACALHAU – GATT. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE ISENÇÃO DO ICMS POR MEIO DO TRATADO INTERNACIONAL. SUBSISTÊNCIA DAS SÚMULAS 575/STF, 20/STJ e 71/STJ. **O artigo III do Acordo Geral não concedeu nenhuma espécie de isenção, mas tão somente determinou que o tratamento tributário entre produto nacional e seu respectivo ou similar estrangeiro deve ser isonômico em relação às operações internas. Embora o ICMS seja tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, é lícito à União, por tratado ou convenção internacional, garantir que o produto estrangeiro tenha a mesma tributação do similar nacional. Colocadas essas premissas, verifica-se que a Súmula 575 do Supremo Tribunal Federal, bem como as Súmulas 20 e 71 do Superior Tribunal de Justiça continuam com plena força. Recurso especial provido.**

(STJ - REsp: 309769 RJ 2001/0029380-8, Relator: Ministro FRANCIULLI NETTO, Data de Julgamento: 04/05/2004, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de

TO NACIONAL TRIBUTADO A MAIOR. OFENSA AO PRINCÍPIO ISONÔMICO. VIGÊNCIA DECRETO 19.631/97. RECURSO IMPROVIDO”.

6. Agravo regimental DESPROVIDO.

(ARE 831170 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-075 DIVULG 22-04-2015 PUBLIC 23-04-2015)

Como se vê, o entendimento consolidado nos tribunais superiores brasileiros é no sentido da possibilidade de serem concedidas isenções, mediante acordos internacionais, sobre tributos de competência federal, estadual ou municipal. Bem elucidativo é o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE BACALHAU – GATT. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE ISENÇÃO DO ICMS POR MEIO DO TRATADO INTERNACIONAL. SUBSISTÊNCIA DAS SÚMULAS 575/STF, 20/STJ e 71/STJ. O artigo III do Acordo Geral não concedeu nenhuma espécie de isenção, mas tão somente determinou que o tratamento tributário entre produto nacional e seu respectivo ou similar estrangeiro deve ser isonômico em relação às operações internas. Embora o ICMS seja tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, é lícito à União, por tratado ou convenção internacional, garantir que o produto estrangeiro tenha a mesma tributação do similar nacional. Colocadas essas premissas, verifica-se que a Súmula 575 do Supremo Tribunal Federal, bem como as Súmulas 20 e 71 do Superior Tribunal de Justiça continuam com plena força. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 309769 RJ 2001/0029380-8, Relator: Ministro FRANCIULLI NETTO, Data de Julgamento: 04/05/2004, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de

Considerando que, por determinação do Art. 927, inciso IV do diploma processual de 2015, os juízes e os tribunais observarão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, com intuito meramente de demonstrar o inevitável reflexo do entendimento das cortes superiores brasileiras, colaciona-se os seguintes julgados acerca da matéria:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TRATADOS INTERNACIONAIS. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. IMPORTAÇÃO DE COMINHO EM GRÃOS. PAÍS SIGNATÁRIO DA OMC, EX-GATT. AUTOR QUE PLEITEIA A ISENÇÃO DE ICMS NA IMPORTAÇÃO DO PRODUTO EM RAZÃO DO DIPOSTO NA SÚMULA 20 DO STJ E 575 DO STF. NÃO ISENÇÃO DO PRODUTO NAS OPERAÇÕES INTERNAS. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **Aplicam-se os tratados internacionais do GATT, atual OMC para dar tratamento tributário isonômico entre o produto importado e o similar nacional.** Entretanto, o Estado da Bahia não isenta do ICMS o cominho. Portanto, se não está ele isento do ICMS, não há motivo para se conceder tratamento mais favorável ao produto estrangeiro do que ao conferido pela legislação interna ao nacional.

(TJ-BA - APL: 00936297920018050001 BA 0093629-79.2001.8.05.0001, Relator: Carlos Alberto Dutra Cintra, Data de Julgamento: 15/05/2012, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 16/11/2012)

MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. **Importação de vieiras congeladas. Isenção tributária. Países importador (Brasil) e exportador (Peru) signatários do GATT. Produto similar nacional beneficiado com a isenção.** Art. 49 do Anexo I do

RICMS. Paridade de tratamento. Necessidade. Súmulas 20 do STJ e 575 do STF. Beneficiamento do produto que não descaracteriza seu estado natural. Concessão da segurança. Manutenção. Recurso da ré e reexame necessário não providos.

(TJ-SP - APL: 10041987020168260562 SP 1004198-70.2016.8.26.0562, Relator: Paulo Galizia, Data de Julgamento: 25/07/2016, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 27/07/2016)

Ademais, tendo em vista que encontra-se sumulado o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, tem-se a incidência daquilo que se denomina de súmula impeditiva de recurso.

Nos termos do artigo 932, IV, “a” do Código de Processo Civil de 2015, incumbe ao relator negar provimento ao recurso que for contrário a “a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal”. Desse modo, o relator da relação processual poderá até mesmo inviabilizar o prosseguimento dos recursos que tratem da matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo abordar a superioridade dos tratados internacionais em razão do princípio de que a palavra dada em âmbito internacional necessita ser cumprida. No Brasil, a jurisprudência da Corte Superior deu prevalência às obrigações internacionais tributárias em detrimento, até mesmo, do texto constitucional. O deslinde da controvérsia que ensejou o Recurso Extraordinário nº 229.096-RS pautou-se na interpretação da questão tributária à luz do federalismo brasileiro. Diversamente do que ocorre em solo americano, no Brasil o federalismo é considerado frágil tendo em vista que Estados-membros e Municípios não possuem a ampla liberdade que detêm os estados americanos.

Consoante abordado, os Estados-membros não são possuidores de personalidade internacional, de modo que apenas a União Federal pos-

sua capacidade para celebrar tratados em âmbito do direito das gentes. Sua atuação no Direito Internacional representa a totalidade da República Federativa do Brasil. Nesse passo, a matéria tributária que, porventura, seja tratada em instrumento internacional, de acordo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em dissonância com o direito interno, deve receber cumprimento. Isto porque, em respeito ao princípio *Pacta Sunt Servanda*, os pactos devem ser cumpridos.

A relação da superioridade da norma internacional com a questão tributária ganha relevo quando, por meio de tratado, a União obriga toda a República Federativa do Brasil em matéria que a própria Constituição Federal não atribuiu como de sua competência.

Em que pese a opinião do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ousamos a discordar e acreditar que o entendimento das Cortes não nos parece o mais acertado haja vista que dá prevalência ao tratado internacional em detrimento do seu próprio texto constitucional, o que mitiga a própria superioridade normativa da Constituição.

O Princípio da Superioridade Normativa da Constituição implica na soberania do texto constitucional no ordenamento jurídico, bem como na obrigatoriedade de adequação de todas as demais leis e atos normativos em relação a ele. Outra conclusão não pode ser se observarmos que o ordenamento jurídico brasileiro, embora composto por normas jurídicas oriundas de planos distintos, inclusive tratados internacionais, traz em seu ápice a norma constitucional: a lei fundamental do Estado.

É em decorrência desse princípio, todos os atos materiais exercidos pelos homens, os atos jurídicos que estabelecem e direitos deveres bem como os atos legislativos, administrativos, jurisdicionais e os praticados por particulares submetem-se à supremacia da Constituição brasileira. Isso porque, conforme Uadi Lammêgo Bulos, a Constituição “*esparge sua força normativa em todos os segmentos do ordenamento jurídico*”.

Nos parece também que ao entender daquele modo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desconsideraram o princí-

pio da justeza ou da conformidade (exatidão ou correção) do texto constitucional. Por esse princípio, veda-se ao intérprete que altere a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo constituinte originário. Não pode, pois, o intérprete chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido, *in casu*, a própria repartição de competências tributárias.

Por essa razão, entende-se que a União, mesmo quando atue perante a comunidade internacional, não deve desconsiderar sua lei maior que é a Constituição Federal cujo pórtico da supremacia, conforme BULOS (2014), “*encontra-se implícito na ordem constitucional brasileira. Exige raciocínio indutivo para percebê-lo. Não está escrito em nenhum lugar.*”.

REFERÊNCIAS

Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Acordos da OMC. *Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio 1947 (GATT 47)*. <Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=367>> Acesso em 28 jul 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. - 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado 1988. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 29 jul 2016

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009 que promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em 22 jul 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015 que dispõe sobre o Código de Processo Civil* <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 22 jul 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Recurso Extraordinário nº 804350 PE*. Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrido: EIB COMERCIO INTERNACIONAL LTDA. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento em 16 de setembro de 2014. <Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4551001>> Acesso em 20 de novembro.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Recurso Extraordinário com Agravo nº 831170 PE*. Recorrente: Comércio e Representação Lacerda LTDA. Recorrido: Estado de Pernambuco. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em 07 de abril de 2015. <Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4618154>> Acesso em 20 de novembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Recurso Extraordinário nº 543943*. Recorrente: Município de Dr. Ulysses. Recorrido: Consórcio ICA/CPC/ETESCO. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 30 de novembro de 2010. <Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2508618>> Acesso em 20 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª turma). Recurso Especial nº 309769 RJ 2001/0029380-8, Relator: Ministro FRANCIULLI NETTO, Data de Julgamento: 04/05/2004, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 06.09.2004 p. 193. <Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19417903/recurso-especial-resp-309769-rj-2001-0029380-8/inteiro-teor-19417904>> Acesso em 30 jul 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (3ª Câmara Civil). Apelação nº 00936297920018050001 BA 0093629-79.2001.8.05.0001, Relator: Carlos Alberto Dultra Cintra, Data de Julgamento: 15/05/2012, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 16/11/2012). <Disponível em: <http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115405344/apelacao-apl-936297920018050001-ba-0093629-7920018050001>> Acesso em 30 jul 2016

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (10ª Câmara de Direito Público) Apelação nº 10041987020168260562 SP 1004198-70.2016.8.26.0562, Relator: Paulo Galizia, Data de Julgamento: 25/07/2016, Data de Publicação: 27/07/2016). <Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/367109973/apelacao-apl-10041987020168260562-sp-1004198-7020168260562>> Acesso em 30 jul 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 229096 RS*. Recorrente: Central Riograndense de Agroinsumos LTDA. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgamento em 16 de agosto de 2007. <Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4618154>> Acesso em 20 de novembro.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 2012. 28ª ed. rev., ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional nº 68/2011. Malheiros Editores Ltda. SÃO PAULO.

DA SILVA, Mariana Campos Apper. *A possibilidade de concessão de isenções de tributos estaduais e municipais em tratados internacionais*. <Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6048/3322> > Acesso em 16 nov 2015

DANTAS, Rosalliny Pinheiro. *As isenções tributárias concedidas em tratados internacionais* <Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11094> Acesso em: 16 nov. 2015

FARIAS, Déborah Barros Leal. Alves, Fridtjof Chrysostomus Dantas. *A aplicação dos Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro* <Disponível em:

http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/iv_encontro/aplicacao-dostratadosinternacionais.pdf> Acesso em: 26 out 2015

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

NASSER, Salem Hikmat. Jus Cogens ainda esse desconhecido. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, P. 161 – 178, JUN-DEZ 2005: <Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9658/Salem%20Hikmat%20Nasser.pdf?sequence=1> > Acesso em 30 jul 2016

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo : SARAIVA, 2011.

ROQUE, Sebastião José. É preciso dar importância aos tratados internacionais, mormente os de natureza econômica. <Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11558> Acesso 24 out 2015

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. FUNAG: Brasília, 2013.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público* – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

VERDROSS, Alfred. *O fundamento do Direito Internacional*. *Revista de Direito Internacional – Brazilian Journal of International Law – Volume 10 – Nº 2*, 2013. UniCEUB - ISSN 2237-1037 (on line) <Disponível em: www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/.../pdf> Acesso em 24 out 2015

Petições

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

Ref. Proc. n. 1040-85.2011.8.10.0128 (1.040/2011)

Juízo da Vara Única da Comarca de São Mateus/MA

Ref. Proc. n. 409-04.2012.8.10.0130 (409/2012)

Juízo da Vara Única da Comarca de São Vicente Férrer/MA

Ref. Proc. n. 1682-32.2014.8.10.0135 (1.687/2014)

Juízo da Vara Única da Comarca de Tuntum/MA

Ref. Proc. n. 181-90.2015.8.10.0108 (181/2015)

Juízo da Vara Única da Comarca de Pindaré-Mirim/MA

Ref. Proc. n. 206-25.2012.8.10.0071 (206/2012)

Juízo da Vara Única da Comarca de Bacuri/MA

ESTADO DO MARANHÃO, pessoa jurídica de direito público interno, com endereço nesta Capital, na Avenida Juscelino Kubitschek, Loteamento 25, Quadra 22, Quintas do Calhau, CEP 65072-005, por seu procurador, abaixo assinado, vem, mui respeitosamente, à presença de V. Exa., com fundamento nos 976 e seguintes, do Novo Código de Processo Civil e demais disposições aplicáveis, propor o presente

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

pedindo o seu processamento na forma da lei, consoante os fatos e fundamentos a seguir expostos:

DO OBJETO DA DEMANDA REPETITIVA

Cuida-se de “incidente de resolução de demandas repetitivas” (IRDR) promovido pelo ESTADO DO MARANHÃO em razão dos processos repetitivos (leia-se “em massa”) promovidos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. Objeto: ausência de instalações de Defensoria Pública em algumas comarcas no interior do Estado.

Em todas as demandas promovidas pelo *parquet*, é arguida a carência de serviços gratuitos de advocacia em municípios maranhenses, uma vez que não existe nenhum agente público (advogado) responsável pela promoção das causas/defesas dos que não possuam condições de contratar advogados e arcar com as custas processuais.

Requer, por fim, a instalação e a manutenção de serviços de assistência jurídica aos necessitados, mediante órgão da Defensoria Pública do Estado do Maranhão, sendo designado, pelo menos, 01 (um) defensor público para atuar na Comarca.

Eis, em síntese, a questão jurídica controversa.

DO CABIMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Inicialmente, insta acentuar que o presente incidente preenche os respectivos pressupostos gerais e específicos de admissibilidade.

Importa aqui destacar estarem presentes, simultaneamente, os dois requisitos prescritos no artigo 976, do *Novel Código de Processo Civil*, *in verbis*:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a

mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Na mesma linha, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão - atualizado com as resoluções ns. 74/13, 12/14, 15/14, 16/14, 03/15 e 20/15 e adaptado ao novo CPC (Resolução n.10/2016):

TÍTULO II

DOS PROCESSOS INCIDENTAIS

CAPÍTULO I

DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Art. 466. É cabível a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§2º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer dos seus pressupostos de admissibilidade não impede que o incidente venha a ser novamente suscitado, uma vez satisfeito o requisito anteriormente faltante.

§3º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando a mesma matéria já tiver sido afetada para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva por um dos tribunais superiores, no âmbito de suas respectivas competências.

§4º Não serão devidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Art. 467. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do Tribunal:

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, por petição;

III – pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§1º O ofício ou a petição será instruído com os documentos que demonstrem o preenchimento dos pressupostos de que trata o art. 466 deste Regimento Interno, devendo conter as razões que justificam a necessidade de instauração 115 do incidente.

§2º Quando não requerer a instauração do incidente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente e assumirá a sua titularidade em caso de desistência ou abandono do processo.

Art. 468. Requerida a instauração do incidente, o Plenário do Tribunal de Justiça procederá ao exame de admissibilidade, atentando aos pressupostos previstos no art. 466 deste Regimento Interno.

§1º O incidente será distribuído a um relator, sorteado na forma regimental, salvo quando o próprio relator do processo, recurso ou reexame necessário for o requerente do incidente.

Art. 469. Admitido o incidente, o relator:

I – suspenderá todos os processos pendentes no Estado, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma matéria de direito objeto do incidente;

II – poderá requisitar informações ao juízo onde tramita o processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestará no prazo de quinze dias;

III – intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias.

§1º A suspensão de que trata o inciso I do caput deste artigo será comunicada a todos os juízos de direito e juizados especiais vinculados ao Tribunal de Justiça.

§2º Durante a suspensão, os pedidos de tutela de urgência serão dirigidos ao juízo onde tramita o processo suspenso.

§3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado de que trata o art. 467 deste Regimento Interno poderá requerer ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão de direito objeto do incidente instaurado.

§4º O prazo de suspensão previsto no inciso I do caput deste artigo é de um ano, dentro do qual o incidente deverá ser julgado, sob pena de cessação da suspensão, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário. §5º Cessa também a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso extraordinário ou recurso especial contra a decisão proferida no incidente.

Art. 470. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como a realização de diligências necessárias à elucidação da questão jurídica controvertida, manifestando-se em seguida e em igual prazo o Ministério Público.

§1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar audiência pública, na qual serão ouvidos os depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§2º Concluídas as diligências de que trata este artigo, o relator pedirá a sua inclusão em pauta para julgamento. §3º O relator encaminhará, por meio

eletrônico e com antecedência mínima de cinco dias, cópia do relatório a todos os desembargadores.

Art. 471. No julgamento do incidente, observar-se-á o seguinte:

I – o relator fará a exposição da controvérsia jurídica submetida à apreciação do 116 tribunal;

II – após o relatório, poderão sustentar as suas razões, sucessivamente:

a) o autor e o réu do processo originário, pelo prazo de trinta minutos;

b) os demais interessados, admitidos na forma do art. 468 deste Regimento, no prazo trinta minutos, divididos entre todos, e contanto que tenham requerido inscrição com dois dias de antecedência;

c) o Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos. III – em seguida, o relator proferirá o seu voto, abrangendo, sob pena de nulidade, a análise de todos os fundamentos suscitados, concernentes à tese jurídica discutida, sejam eles contrários ou favoráveis ao seu entendimento sobre a matéria.

Art. 472. O Plenário do Tribunal de Justiça, por maioria simples, julgará o incidente de resolução de demandas repetitivas, fixando a tese jurídica aplicável ao caso, e também julgará o processo, o recurso ou o reexame necessário do qual o incidente se originou. Parágrafo único. A tese jurídica poderá também ser objeto de súmula de jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Art. 473. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão de direito, devendo ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário Estadual, inclusive os Juizados Especiais;

II – aos casos futuros que versarem idêntica questão de direito, podendo o magistrado aplicar, conforme o caso, a técnica de julgamento antecipado de improcedência, na forma do art. 332 do Código de Processo Civil.

§1º Não observada a tese jurídica adotada pelo tribunal, caberá reclamação.

§2º Fixada a tese jurídica, aos recursos pendentes de julgamento no Tribunal de Justiça e nas Turmas Recursais será aplicada a técnica do julgamento monocrático pelo relator, na forma do art. 932, IV e V, do Código de Processo Civil.

§3º Se o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão ou agência reguladora competente, para a fiscalização da efetiva aplicação da tese jurídica adotada.

Art. 474. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á de acordo com o procedimento previsto no art. 474 deste Regimento.

Conforme leciona HUMBERTO THEODORO JR.¹, em obra conjunta com outros doutrinadores, é cabível o presente instituto na seguinte hipótese:

Havendo processos repetitivos (“em massa”), todos tendo em comum uma mesma questão de direito homogênea, em sede de diferentes juízos, singulares ou colegiados, isso pode gerar o risco de decisões contraditórias – o que, segundo a lei, ofenderia os princípios da isonomia (no fato de que situações jurídicas similares ensejariam, potencialmente, decisões divergentes) e da segurança jurídica (entendida como previsibilidade futura dos cidadãos quanto às consequências jurídicas de suas ações).

No mesmo sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO²:

Para que possa ser instaurado o IRDR, exige-se a efetiva multiplicação de processos com a discussão única e exclusivamente da mesma questão de direito (art. 976, I, CPC). Não basta a potencial multiplicação, sendo de se exigir a efetiva coexistência de várias demandas com discussão

¹ In Novo CPC- Fundamentos e Sistematização. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p.335;

² In Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 913;

envolvendo exclusivamente a mesma questão de direito.

(...)

Também se exige para o IRDR que a multiplicação, nas várias demandas, da mesma questão de direito gere risco à isonomia e à segurança jurídica. Exige-se risco a ambos os valores. **Não se exige, porém, efetiva violação à isonomia ou à segurança jurídica, bastando o risco a que esses interesses sejam afetados por decisões diferentes a respeito da mesma questão de direito em processos distintos.**

(grifou-se)

Por fim, e não menos importante, os comentários de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA³ acerca do instituto:

Questão unicamente de direito. A questão, de acordo com o art. 976, I, do CPC/2015, deve ser “unicamente de direito”. Rigorosamente, nenhuma questão pode ser exclusivamente de direito; afinal, pensa-se na construção de normas jurídicas para resolver problemas, e problemas que ocorrem no plano dos fatos. É, até mesmo, difícil pensar-se em norma jurídica sem se recorrer a um fato, ainda que hipotético. O que se quer dizer, **ao se exigir que a questão seja somente de direito, é que a controvérsia diga respeito não ao modo como ocorreram os fatos, mas apenas sobre como deve ser considerada a disposição legal, ou o princípio, que servirá à solução da controvérsia.** A expressão “unicamente de direito” a nosso ver, exclui que se use o incidente para se resolver controvérsias sobre qualificação jurídica de fatos (embora seja cabível, por exemplo, recurso especial, em tais casos; cf. comentário ao art. 1.029 do CPC/2015).

É o caso dos autos! PRIMEIRO, porque há um grande número de processos, em que a citada controvérsia jurídica se repete (processos em série). SEGUNDO, pois se constata que estão sendo proferidas decisões

³ In Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 1322;

divergentes nestes processos (*vide documenta anexa*), o que viola a isonomia e a segurança jurídica.

Assim, uma vez demonstrado o cumprimento dos requisitos legais para a admissibilidade do presente incidente, pugna-se pelo seu conhecimento, a fim de que todos os processos pendentes relacionados à questão jurídica levantada sejam suspensos, nos termos do artigo 982, I e §1º, do NCPC⁴.

MÉRITO STRICTO SENSU

DA IMPOSSIBILIDADE DA REMOÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, estabelece o dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem serem hipossuficientes, *in verbis*:

Art. 5º *omissis*

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Adiante, a Carta Magna incumbe tal dever à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, prestadora de serviços de orientação jurídica e defesa, em todos os graus, daqueles que comprovarem insuficiência de recursos, *ex vi*:

⁴ Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

(...)

⁵ 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes. (CPC/2015) (CPC/2015)

divergentes nestes processos (*vide documenta anexa*), o que viola a isonomia e a segurança jurídica.

Assim, uma vez demonstrado o cumprimento dos requisitos legais para a admissibilidade do presente incidente, pugna-se pelo seu conhecimento, a fim de que todos os processos pendentes relacionados à questão jurídica levantada sejam suspensos, nos termos do artigo 982, I e §1º, do NCPC⁴.

MÉRITO *STRICTO SENSU*

DA IMPOSSIBILIDADE DA REMOÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, estabelece o dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem serem hipossuficientes, *in verbis*:

Art. 5º *omissis*

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Adiante, a Carta Magna incumbe tal dever à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, prestadora de serviços de orientação jurídica e defesa, em todos os graus, daqueles que comprovarem insuficiência de recursos, *ex vi*:

⁴ Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

(...)

§ 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes. (CPC/2015) (CPC/2015)

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Importa ressaltar que, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, as Defensorias Estaduais passaram a gozar de autonomia funcional, administrativa e orçamentária, nos termos do § 2º, do artigo 134, da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Neste ínterim, no ano de 2012, tal autonomia foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 4056/MA), proposta pela Procuradoria Geral da República, pelo qual admitiu a desvinculação da Defensoria Pública do Estado do Maranhão da estrutura político-organizacional do Poder Executivo, no sentido de confirmar a sua autonomia, *in verbis*:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ARTS. 7º, VII, 16, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.559/2006, DO ESTADO DO MARANHÃO, QUE INSEREM A DEFENSORIA PÚBLICA DAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO NA ESTRUTURA DO PODER EXECUTIVO LOCAL. OFENSA AO ART. 134, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADI PROCEDENTE. I - A EC 45/04 reforçou a autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, ao assegurar-lhes a iniciativa para a propositura de

seus orçamentos (art. 134, § 2º). II - Qualquer medida normativa que suprima essa autonomia da Defensoria Pública, vinculando-a a outros Poderes, em especial ao Executivo, implicará violação à Constituição Federal. Precedentes. III - ADI julgada procedente.

(STF - ADI: 4056 MA , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 07/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012).

Desta forma, não compete ao ESTADO DO MARANHÃO, através do Governador do Estado, dispor da estrutura organizacional interna. Em outras palavras, a capacidade de autogoverno da Defensoria Pública Estadual não permite que o Chefe do Poder Executivo Estadual designe defensor público para atuar em uma cidade do interior. E mais: tal ato configuraria hipótese de remoção, o que é vedado pela Constituição, a qual garante aos integrantes da carreira de defensores públicos a inamovibilidade não voluntária.

Vale dizer, ao Governador do Estado cabe tão somente nomear o Defensor Público Geral, escolhendo-o dentre os membros de carreira, constantes em lista tríplice formada pelo voto direto, secreto, plurinominal e obrigatório de seus membros, para mandato de 02 (dois) anos, permitida uma recondução.

Ademais, não se pode olvidar que cabe tão somente ao “gestor público” *supra* gerenciar, organizar e distribuir os núcleos da Instituição nas comarcas estaduais. Tal medida resulta do pleno e livre exercício de sua autonomia administrativa, constitucionalmente assegurada.

Deste modo, o pedido de designação de defensor público para atuar em determinada comarca do Estado, transmuda-se em determinação ao Estado, através do Defensor Público Geral, agente público “competente” para tal ato, de que remova um defensor público que atue em outra cidade para desempenhar suas funções naquela comarca.

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Ordem dirigida ao Estado do Maranhão para lotar um defensor público constitui nítida e indevida interferência do Judiciário em atribuição típica do Executivo, notadamente porque embaraça o exercício próprio das funções da Administração.

Com efeito, a pretensão em massa do Ministério Público Estadual afronta diretamente o princípio da separação dos poderes insculpido no art. 2.º da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 2.º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

De acordo com esse princípio, o Executivo, no exercício de seu poder discricionário, é quem verifica, no caso concreto, a conveniência e a oportunidade de serem realizados atos da administração. Não pode, pois, o Judiciário condenar o Estado a realizar determinado ato, uma vez que não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário.

O tema há muito foi pacificado pela doutrina e jurisprudência pátrias. Cite-se a lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁵, a qual reforça o argumento acima, inclusive sob o prisma constitucional, *verbis*:

O controle judicial sobre atos da Administração é exclusivamente de legalidade. Significa dizer que o judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade normativa. Se o ato for contrário à lei ou à Constituição, o Judiciário declarará a sua invalidação de modo a não permitir que continue produzindo efeitos ilícitos.

⁵ In Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004;

O que é vedado ao judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interditado o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência. Além do mais, a invasão de atribuições é vedada na Constituição em face do sistema de tripartição dos Poderes (art. 2º).

(grifou-se)

Neste sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁶:

Outro exemplo muito expressivo e vigorante (da impossibilidade jurídica do pedido) é a incensurabilidade do mérito de ato administrativo em via jurisdicional: chocar-se-ia com o princípio da independência entre os "Poderes" do Estado a intromissão de um deles nos critérios de oportunidade e conveniência dos negócios de outro.

No mesmo diapasão, HELY LOPES MEIRELLES⁷:

O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do Juiz. Mas, pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.

Assim, tem se posicionado a jurisprudência:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA
- PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO - EXERCÍCIO
PELO JUIZ - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE

⁶ In A Execução Civil, 2ª edição, Editora RT, pág. 214;

⁷ In Direito Administrativo Brasileiro, 18ª edição, pág. 105;

OS PODERES. O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 252083/RJ; Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI; DJ 26.03.2001)

(grifou-se)

* * *

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, POR AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO, SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REJEIÇÃO. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS HÁBEIS A DEMONSTRAR A RESPECTIVA TEMPESTIVIDADE RECURSAL. MÉRITO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. DEFENSORIA PÚBLICA. DISPONIBILIZAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO POR 2 (DOIS) DIAS DA SEMANA EM DETERMINADA COMARCA. INVASÃO DA AUTONOMIA DA INSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO.

(TJ-RN - AI: 92347 RN 2009.009234-7, Relator: Des. Amílcar Maia, Data de Julgamento: 06/07/2010, 1ª Câmara Cível)

(grifou-se)

* * *

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU NO PRAZO DE TRINTA DIAS, A DESIGNAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA ATUAR AO MENOS UMA VEZ POR SEMANA NA COMARCA DE SÃO RAFAEL SOB PENA DE MULTA DIÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - ORDEM JUDICIAL QUE INTERFERE NA ORGANIZAÇÃO E DISPOSIÇÃO DE REFERIDA INSTITUIÇÃO - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA MEDIDA - NECESSIDADE DE ESTRUTURAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA - MEDIDA QUE DEPENDE DE INICIATIVA LEGISLATIVA PARA, CRIAÇÃO DE CARGOS, REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO E DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA - PRAZO INSUFICIENTE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - Para efetivação de tal direito fundamental, se faz necessário a devida estruturação daquele órgão, que deve ocorrer sem atropelos, de forma gradativa, pois não depende de simples vontade, e sim de iniciativa legislativa para criação de cargos, disponibilidade orçamentária para viabilizar a realização de concurso público, entre outros fatores. 2 - Agravo de instrumento conhecido e provido.

(TJ-RN - AG: 2696 RN 2010.002696-4, Relator: Des. Aderson Silvano, Data de Julgamento: 25/05/2010, 2ª Câmara Cível)

(grifou-se)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO COMINATÓRIO. DELEGACIA VIRTUAL. IMPLANTAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. JUDICIÁRIO. INGERÊNCIA. DESCABIMENTO. O princípio da separação e independência dos poderes consagrados na norma do art. 2º da Constituição da República impede que o Judiciário invada tema afeto

ao âmbito discricionário da Administração. A implantação de “delegacias virtuais”, viabilizando a lavratura de ocorrências pela internet, bem como a consulta, também pela rede, da tramitação de inquéritos policiais, conquanto seja benéfica aos cidadãos, está inserida no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, não sendo passível de qualquer ingerência do Poder Judiciário.

(TJ-MG - AC: 10035110140791001 MG, Relator: Antônio Sérvulo, Data de Julgamento: 25/06/2013, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/07/2013)

(grifou-se)

* * *

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO PROPOSTA COMO INTUITO DE OBRIGAR O ESTADO A NOMEAR DEFENSOR PÚBLICO PARA COMARCA DO INTERIOR. **ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO**. INGERÊNCIA INDEVIDADO PODER JUDICIÁRIO QUE AFRONTA O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. Apelação e Remessa Necessária providas. Sentença Reformada.

(TJCE, Apelação Cível n.º0000440.26.2008.8.06.0146, Des. Rel. Maria Nailde Pinheiro Nogueira, 2.ª Câmara Cível, julgado em 03/12/2014)

(grifou-se)

* * *

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA A COMARCA DE MILAGRES/CE. **ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO**. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO

DOS PODERES. REEXAME NECESSÁRIO E APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1. Esta matéria já foi objeto de análise por esta Corte de Justiça por diversas oportunidades, havendo sido consagrado o entendimento de que **não cabe ao Poder Judiciário interferir na esfera de atribuição típica do Poder Executivo, sob pena de ofensa ao princípio da Separação de Poderes.**

2. Reexame Necessário e Apelação Cível conhecida e provida. Sentença reformada.

(TJCE – AP nº 0000266-83.2008.8.06.0124, 6ª Câm. Cív., Rel. Des. Sérgia Maria Mendonça Miranda, j. 10/06/2015, DJ 15/06/2015).

(grifou-se)

* * *

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA COMARCA DO INTERIOR. ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO OU DE REMOÇÃO. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRECEDENTES DESTA TJCE. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. 1. O Judiciário não deve avançar, sem limites, sobre as funções estatais executiva e a legislativa, sendo-lhe vedado substituir a Administração Pública em suas atribuições ou legislar ordinariamente. **O preenchimento dos cargos de Defensor Público exige a realização de concurso público e a progressiva criação e ocupação de vagas, de acordo com a verificação das zonas mais necessitadas.** 2. Não restou suficientemente demonstrada a omissão do recorrente na implementação da política de estruturação da Defensoria Pública Estadual e no preenchimento do quadro funcional da carreira de defensor, porquanto foram realizados concursos públicos nos anos de 2008, 2013 e 2014, sendo lícito crer que as vagas deverão ser preenchidas de acordo

com a prioridade estabelecida pelo art. 107 da Lei Complementar nº 80/94. (...)

(TJ-CE - APL: 00008641720088060066 CE 0000864-17.2008.8.06.0066, Relator: FRANCISCO CARNEIRO LIMA - Portaria 2357/2015, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 11/11/2015)

(grifou-se)

Com efeito, o preenchimento de cargos de defensor exige desta a realização de concurso público e a progressiva criação e ocupação de vagas, de acordo com a verificação das zonas mais necessitadas. Veja, neste sentido, o entendimento manifestado pelo Excelso Pretório sobre a matéria, proferido em sede de controle abstrato de constitucionalidade.
In verbis:

A Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/1988). Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. Urge estruturá-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira. A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade.

(ADI nº 3.700, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 15/10/2008, Plenário, DJE de 6/3/2009)

(grifou-se)

É de bom alvitre destacar que o desenvolvimento institucional deve ser pautado na expansão de seus serviços de forma eficiente, de maneira a não proporcionar aos destinatários uma prestação meramente formal de assistência jurídica, mas uma defesa de qualidade, evitando, destarte, incorrer em velhos estigmas historicamente associados ao serviço público em geral, sobretudo àquele dirigido aos mais necessitados.

Outrossim, é cediço que ao Executivo é vedado dispor de gastos não incluídos na dotação orçamentária correspondente, portanto, a nomeação extraordinária de defensor público para a comarca no interior do Estado é totalmente contrária às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal. E pior: tal imposição tem o potencial de causar transtornos à organização da Defensoria Pública Estadual, já que impõe a transferência e remanejamento de um membro da carreira de uma comarca para outra, sem prévia observância dos critérios de promoção e remoção.

E mais: a falta de defensores públicos não causa nenhum prejuízo aos jurisdicionados, uma vez que o magistrado local pode nomear defensores dativos para patrocinar a causa dos financeiramente impossibilitados, na forma do estabelecido na Lei 1.060/50, com fixação de honorários a serem pagos pela Administração Pública.

A jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. HONORÁRIOS DE PROFISSIONAIS LIBERAIS. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. POSSIBILIDADE DIANTE DA INSUFICIÊNCIA DE ATENDIMENTO PELA DEFENSORIA PÚBLICA NA COMARCA. Trata-se de ação de cobrança de honorários advocatícios de defensora dativa arbitrados em 06 (seis) demandas judiciais. O Estado é parte legítima para figurar no polo passivo da ação diante de seu dever de prover assistência judiciária integral e gratuita aos que dela necessitam. É

assente a jurisprudência desta corte e do e. STJ a possibilidade de nomeação de defensor dativo nos locais em que não exista defensoria pública constituída ou, que o serviço prestado seja insuficiente para a população **local**.(...)

(TJ-RS - AC: 70034806646 RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Data de Julgamento: 06/07/2011, Décima Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/07/2011)

(grifou-se)

* * *

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFENSORIA PÚBLICA. INSUFICIÊNCIA. DEFENSOR DATIVO. PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS. DEVER DO ESTADO.

1. É dever do Estado arcar com o pagamento de honorários advocatícios ao defensor dativo, nomeado pelo juiz à parte juridicamente necessitada, na hipótese de inexistir ou ser insuficiente defensoria pública na respectiva localidade.2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1264705/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)

(grifou-se)

* * *

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - DEFENSOR DATIVO - INEXISTÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA - PAGAMENTO DE HONORÁRIOS - DEVER DO ESTADO - MODIFICAÇÃO DO QUANTUM EXECUTADO - IMPOSSIBILIDADE - HIGIDEZ DO TÍTULO JUDICIAL - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 472 DO CPC - RECURSO IMPROVIDO. 1) **O Defensor Dativo**

nomeado pelo juízo para exercer a defesa dos jurisdicionados, que não podem arcar com os custos da contratação de um profissional nas comarcas em que a Defensoria Pública é inexistente ou insuficiente, faz jus aos honorários advocatícios que devem ser suportados pelo Estado.2) Não há que se falar em modificação do quantum executado, uma vez que a sentença penal que fixou a verba honorária (objeto da execução) transitou em julgado, inclusive em face do Estado que foi autor na ação penal. Assim, não há qualquer violação ao art. 472 do Código de Processo Civil, porquanto o caso não apresenta hipótese que obriga terceiro estranho à lide. 3) Portanto, estando o título executivo judicial devidamente constituído - sentença penal transitada em julgado -, faz necessária a manutenção do mesmo, sob pena de afronta à coisa julgada. 4) Recurso conhecido para negar-lhe provimento.

(TJES, Classe: Agravo Interno - (Arts 557/527, II CPC) Emb Declaração ApCível, 30100095048, Relator : TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 05/03/2012, Data da Publicação no Diário: 27/03/2012).

(grifou-se)

* * *

RECURSO INOMINADO. DEFENSOR DATIVO. COBRANÇA DE HONORÁRIOS. DEFENSOR NOMEADO PELO JUIZ AO RÉU NECESSITADO, ANTE A INSUFICIÊNCIA DA ESTRUTURA DA DEFENSORIA PÚBLICA NA COMARCA. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS. 1. É responsabilidade do Estado o pagamento de honorários fixados pelo juiz da Comarca em que a estrutura da Defensoria Pública é insuficiente para assistir às partes necessitadas. Inteligência do artigo 5.º, inciso LXXI, da Constituição Federal. 2. Aplicação dos valores balizadores indicados no ATO n. 031/2008-P, com as alterações do ATO N. 34/2012-P. Havendo excessividade na fixação de honorários em relação à referida tabela, há de ser minorado os valores arbitrados. 3. Precedente do TJRS - Apelação

Cível n. 70051381929 de relatoria do Eminentíssimo Des. Ergio Roque Menine da 16ª Câmara Cível do TJ/RS. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.

(TJ-RS - Recurso Cível: 71004928917 RS, Relator: Luís Francisco Franco, Data de Julgamento: 31/07/2014, Turma Recursal da Fazenda Pública, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/08/2014)

(grifou-se)

* * *

DECISÃO MONOCRÁTICA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO. COMARCA DE JACAREACANGA. DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA. PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS NÃO CONFIGURADOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO MONOCRATICAMENTE. ART. 557 DO CPC. I - Constitui dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Art. 5º, LXXIV da CF. II - Não configurados os requisitos do periculum in mora e fumus boni iuris necessários ao acolhimento da pretensão recursal. III - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. IV - Precedente do STJ. V - Agravo de Instrumento improvido monocraticamente, nos termos do art. 557, “caput”, do CPC.

* * *

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA A COMARCA.

ART. 146, § ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMA PROGRAMÁTICA. OFENSA AO PRINCÍPIO E REGRA EXPOSTOS NO ART. 5º, XXXV E LXXIV, DA CF/1988:INEXISTÊNCIA. SEPARAÇÃO DOS PODERES. PROVIMENTO DE CARGOS ADSTRITA À PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. FÓRMULA PREVISTA NO ART. 37, I E II, DA CARTA POLÍTICA. MOVIMENTAÇÃO NA CARREIRA: ATO DO DEFENSOR GERAL, ASSEGURADA A INAMOVIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE POR DECISÃO JUDICIAL. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS NA INICIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

(TJCE – AP nº 0010352-10.2011.8.06.0092, 1ª Câm. Cív., Rel. Des. Paulo Airton Albuquerque Filho, j. 10/08/2015, DJ 17/08/2015)

(grifou-se)

Ademais, a **Emenda Constitucional n. 80/2014** fixou prazo de **08 (oito) anos**, para que a União, os Estados e o Distrito Federal dotem todas as comarcas de defensores públicos. Para isso, a lotação dos defensores públicos existentes deverá ocorrer, prioritariamente, nas regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional, bem como deverá ser observada a proporcionalidade da efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública com a respectiva população, *ex vi*:

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no *caput* deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.(ADCT)

Tal norma constitucional vem sendo cumprida pela Defensoria Pública do Estado do Maranhão.

Outrossim, destaca-se que, das 116 (cento e dezesseis) comarcas, a DPE/MA mantém unidades de atendimento em 35 (trinta e cinco) delas, beneficiando 76 (setenta e seis) municípios, entre comarcas e seus termos judiciários. As estatísticas mostram ainda que atualmente o Maranhão figura entre os cinco estados mais populosos da federação cuja Defensoria se encontra presente em todas as comarcas com mais de 100 mil habitantes.

Por fim, apenas a título de argumentação, deve-se informar que a carência de defensores públicos no Estado está sendo paulatinamente suprida. Em 07 de abril de 2016, dezoito novos defensores públicos foram incorporados ao quadro da Defensoria Pública estadual (DPE/MA), em solenidade de posse presidida pela defensora geral Mariana Albano de Almeida (*vide* notícia em anexo). Tal posse é oriunda do concurso público organizado pela Fundação Carlos Chagas (*vide* Edital 01/2015), o qual comprova que a Defensoria Pública Estadual está tomando todas as medidas cabíveis no sentido de suprir a carência no interior do Estado.

Forçoso, portanto, reconhecer o descabimento da pretensão formulada pelo Órgão Ministerial, diante da impossibilidade de concessão do pleito formulado, sob pena de malferimento dos preceitos constitucionais e legais supracitados.

Diante dos argumentos supracitados, resta patente a necessidade fixação de tese jurídica a ser aplicada a todos os processos presentes e também aos futuros.

PEDIDO

DO EXPOSTO, requer que Vossa Excelência se digne a:

- a) conhecer o presente IRDR, a fim de que todos os processos pendentes relacionados à questão jurídica levantada sejam suspensos, nos termos do artigo 982, I e § 1º, do NCPC⁸;
- b) intimar o representante do Ministério Público Estadual para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do artigo 976, § 2º c/c Art. 980, III, do NPCPC⁹;
- c) priorizar a tramitação do feito, conforme artigo 980, do NCPC¹⁰; e
- d) ao final, julgar o incidente no sentido de que seja fixada tese jurídica a ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito na área de jurisdição desta Egrégia Corte, nos termos do artigo 985, do NCPC¹¹.

8 Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

(...)

§ 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes. (CPC/2015)

9 Art. 976. omissis

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

(...)

Art. 982. omissis

III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

10 Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus;

11 Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. (CPC/2015)

Pede, ainda, a intimação da Defensoria Pública do Estado do Maranhão para eventual manifestação, vez ser diretamente interessada no feito.

Por fim, requer que, doravante, todas as **intimações** sejam realizadas **exclusivamente** em nome do **Procurador do Estado DANIEL BLUME P. DE ALMEIDA** (responsável imediato pelo processo), sob pena de nulidade, consoante entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça (Precedentes: AgRg nº 1.036.150/RJ, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, DJe 04/06/2009; REsp 897085/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJe de 09/02/2009; REsp 1036980/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe de 20/06/2008).

P. Deferimento.

São Luís, 10 de outubro de 2016.

DANIEL BLUME P. DE ALMEIDA

PROCURADOR DO ESTADO

Pareceres

REFERÊNCIA: PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 3783/2009/SEMA

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE
E RECURSOS NATURAIS – SEMA

ASSUNTO: PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO
DE IMÓVEL PARTICULAR LOCALIZADO NA ÁREA DENOMINA-
DA “PARQUE ESTADUAL DO BACANGA”

PARECER Nº 176 /2014 – PA/PGE

EMENTA: CONSULTA. SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS. REQUERIMENTO DE PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. INSTITUIÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO ATRAVÉS DE DECRETO ESTADUAL DE CRIAÇÃO DO “PARQUE ESTADUAL DO BACANGA”. DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL PARTICULAR INCLUÍDO NO SEU RAIO DE ABRANGÊNCIA. INOCORRÊNCIA. Não há que se falar em desapropriação pelo Estado através da mera instituição de área de preservação, configurando-se no caso apenas limitação administrativa, insuscetível de indenização. O Decreto Estadual nº 7.545/1980 não inovou as restrições existentes sobre a área particular em exame. Impossibilidade de instauração de procedimento expropriatório com base no mencionado decreto estadual.

Incidência na hipótese de caducidade. Art. 10 do Decreto Lei nº 3365/1941. Inocorrência ainda dos pressupostos caracterizadores de desapropriação indireta. Precedentes. Pedido de indenização que se afigura contrário ao interesse público. Indeferimento que se impõe, considerando as disposições constitucionais e legais aplicáveis ao caso.

I- RELATÓRIO

O Senhor Secretário de Estado de Meio Ambiente e Recursos Naturais encaminhou a esta Procuradoria Geral, através do **Ofício nº 0083/12/GS/SEMA**, os autos do processo Administrativo em epígrafe, para análise e parecer jurídico conclusivo acerca das indagações presentes no caso em análise.

Trata-se, *in casu*, de solicitação de pagamento formulada em 01 de agosto de 1994 por M. G. O. G., ora peticionário, o qual, na qualidade de procurador de M. A. O. e L. R. O., solicitou o pagamento em nome destes de indenização em decorrência de suposta desapropriação de imóvel de propriedade daqueles promovida pelo Estado do Maranhão.

Alegou em seu requerimento que os seus constituintes eram detentores do domínio útil sobre o imóvel denominado "Sítio São Jerônimo", localizado às margens do rio Bacanga, no qual possuíam uma casa edificada e outras benfeitorias.

Sustenta que o Estado do Maranhão, através do Decreto Estadual

nº 7.545, de 07 de março de 1980 – o qual criou o “Parque Estadual do Bacanga” – teria promovido a desapropriação das áreas particulares inseridas no raio de alcance do referido decreto, conforme disposto no seu art. 6º.

Com base nesses argumentos, postulou o peticionário o pagamento de indenização pela desapropriação do referido imóvel de domínio dos seus constituintes, pugnando ainda pela aplicação de juros e correção a partir da data de edição do Decreto Estadual nº 7.545/1980.

Instruiu o seu requerimento com procuração, substabelecimento, cópia do referido Decreto Estadual e certidão de aforamento do imóvel expedido pelo Município de São Luís (MA).

Emitido parecer em 08 de agosto de 1994 (fls. 3783) pela Superintendência de Desenvolvimento e Educação Ambiental da SEMA, o qual se manifestou favoravelmente à aquisição do referido imóvel pelo Estado.

Após um hiato de vários anos, o peticionário, em 16 de setembro de 2009, requereu a restauração dos autos do processo administrativo em epígrafe, o qual teria sofrido extravio no âmbito da Administração Pública Estadual; destaque-se que, não obstante a gravidade da alegação, não há notícia nos autos de instauração de sindicância para confirmar a veracidade de tal informação.

Em parecer de fls. 53/58, esta Procuradoria apontou a existência de dúvida quanto à titularidade do bem, tendo em vista divergências quanto aos registros imobiliários, manifestando-se, com base nessa premissa, pelo indeferimento de plano do pedido de indenização pela suposta desapropriação da área.

Nesse ínterim, vários outros supostos interessados na área protocolaram requerimentos diversos nos autos, reivindicando o pagamento de indenização na qualidade de titulares do domínio sobre o imóvel.

Considerando a dúvida quanto às questões fáticas e objetivando fornecer maiores subsídios em relação ao caso, o Secretário de Meio Am-

nº 7.545, de 07 de março de 1980 – o qual criou o “Parque Estadual do Bacanga” – teria promovido a desapropriação das áreas particulares inseridas no raio de alcance do referido decreto, conforme disposto no seu art. 6º.

Com base nesses argumentos, postulou o peticionário o pagamento de indenização pela desapropriação do referido imóvel de domínio dos seus constituintes, pugnano ainda pela aplicação de juros e correção a partir da data de edição do Decreto Estadual nº 7.545/1980.

Instruiu o seu requerimento com procuração, substabelecimento, cópia do referido Decreto Estadual e certidão de aforamento do imóvel expedido pelo Município de São Luís (MA).

Emitido parecer em 08 de agosto de 1994 (fls. 3783) pela Superintendência de Desenvolvimento e Educação Ambiental da SEMA, o qual se manifestou favoravelmente à aquisição do referido imóvel pelo Estado.

Após um hiato de vários anos, o peticionário, em 16 de setembro de 2009, requereu a restauração dos autos do processo administrativo em epígrafe, o qual teria sofrido extravio no âmbito da Administração Pública Estadual; destaque-se que, não obstante a gravidade da alegação, não há notícia nos autos de instauração de sindicância para confirmar a veracidade de tal informação.

Em parecer de fls. 53/58, esta Procuradoria apontou a existência de dúvida quanto à titularidade do bem, tendo em vista divergências quanto aos registros imobiliários, manifestando-se, com base nessa premissa, pelo indeferimento de plano do pedido de indenização pela suposta desapropriação da área.

Nesse ínterim, vários outros supostos interessados na área protocolaram requerimentos diversos nos autos, reivindicando o pagamento de indenização na qualidade de titulares do domínio sobre o imóvel.

Considerando a dúvida quanto às questões fáticas e objetivando fornecer maiores subsídios em relação ao caso, o Secretário de Meio Am-

biente e Recursos Naturais determinou, em despacho de fls. 100, a expedição de ofício ao Diretor Presidente do Instituto de Colonização e Terras do Maranhão – ITERMA, solicitando informações em relação ao processo em questão; por sua vez, reiterou-se a expedição de ofício solicitando informações, por determinação da Chefe da Assessoria Jurídica da SEMA.

Em despacho às fls. 110, esta Procuradoria solicitou a apresentação de certidão do cartório de registro de imóveis para fins de identificação do titular do domínio sobre o imóvel objeto do pleito indenizatório.

Pela análise dos documentos e das alegações apresentadas posteriormente, é possível verificar que o bem imóvel em questão foi vendido a F. B. L. em 26/02/1992 (fls. 124); posteriormente, em 07/07/1994, rescindiu-se o referido contrato de compra e venda, tendo o bem sido adquirido na ocasião pelo peticionário M. G. O. G, conforme alegado em petição, embora não tenha apresentado, naquela ocasião, documento comprovando a transferência para si do respectivo domínio.

Atendendo ao pedido de diligência formulado por esta Procuradoria, a SEMA efetuou a vistoria técnica da área objeto da demanda (fls. 136/140), verificando *in loco* que a referida área encontra-se à margem direita do rio Bacanga, sendo recoberta pela vegetação natural típica desse tipo de ecossistema, conforme atestam os gráficos e conclusões presentes no referido documento.

Reiterando uma vez mais o pedido de indenização no valor corrigido de R\$ 13.620.856,07 (treze milhões, seiscentos e vinte mil, oitocentos e cinquenta e seis reais e sete centavos), alegou ainda o peticionário M. G. O. G ser o real titular do domínio sobre a área em questão, não apresentado, contudo, a respectiva documentação.

Na mesma oportunidade, afirmou estar caracterizada na hipótese a desapropriação indireta com base no apossamento da área pelo Estado, o qual estaria demonstrado tão somente em decorrência da fixação da sede do Batalhão da Polícia Ambiental do Estado do Maranhão no “Parque Estadual do Bacanga”.

Às fls. 215, juntou o peticionário cópia do registro do imóvel, pela qual se infere ter este adquirido o domínio sobre o bem mediante escritura pública lavrada em 15/07/2011.

Mais uma vez manifestando sua irresignação diante da manifestação anterior da Procuradoria Geral do Estado, o peticionário, alegando não ter havido a devida análise de todos os seus argumentos por este Órgão, pugnou o envio do processo em epígrafe novamente à Procuradoria Geral do Estado, para que fosse acolhida sua solicitação de indenização, a qual perfazeria atualmente, aplicados juros e correção monetária, o expressivo montante de R\$ 15.673.279,10 (quinze milhões, seiscentos e setenta e três mil, duzentos e setenta e nove reais e dez centavos).

Eis, em apertada síntese, o histórico do presente processo administrativo.

Passamos então a opinar.

FUNDAMENTAÇÃO

Da inocorrência de desapropriação através da simples criação do “Parque Estadual do Bacanga” pelo Decreto Estadual nº 7.545/1980

Após uma análise detida dos argumentos apresentados e dos elementos de fato demonstrados por intermédio dos documentos presentes no processo, não nos parece plausível, do ponto de vista jurídico, a pretensão do peticionário de receber qualquer indenização do Estado do Maranhão em decorrência de suposta lesão ao seu direito de propriedade ocasionada pela mera edição de Decreto instituindo área de preservação ambiental.

A toda evidência, o cerne da questão reside em verificar se a regulamentação pelo Estado de espaço ecologicamente protegido com base nas normas do ordenamento jurídico pátrio de tutela do meio ambiente constituiria ato passível de acarretar indevida supressão de quaisquer

dos poderes inerentes ao domínio sobre os bens inseridos em sua área de abrangência, de modo a configurar a existência de obrigação do Poder Público de indenizar os proprietários atingidos.

À luz do conjunto de normas aplicáveis ao caso em análise, parece-nos que a resposta a essa indagação deva ser negativa.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, no caput. do seu art. 225, de forma absolutamente inovadora, entronizou o meio ambiente à categoria jurídica de direito subjetivo individual e de titularidade coletiva, impondo sem quaisquer distinções a obrigação comum de zelar pela sua defesa e preservação:

Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

Acerca do destaque conferido à preservação do meio ambiente pela Carta Magna, é oportuno reproduzir aqui a advertência efetuada por **PAULO AFFONSO LEME MACHADO**:

“A defesa do meio ambiente é uma dessas questões que obrigatoriamente devem constar da agenda econômica pública e privada. A defesa do meio ambiente não é uma questão de gosto ou ideologia e de moda, mas um fator que a Carta Maior manda levar em conta” (Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 145).

Para que se compreenda o real sentido e o alcance da tutela constitucional do meio ambiente, bem como seus reflexos sobre a esfera jurídica dos seus destinatários, deve o dispositivo mencionado ser analisado em conjunto com as demais disposições relativas aos limites imanentes ao direito de propriedade presentes na Carta Magna, notadamente o disposto nos arts. 5º, XXII e XXIII, e art. 170, II, III e VI.

É correto afirmar, com base no que estabelece o diploma constitucional vigente, que o direito de propriedade já não comporta mais o seu exercício em termos absolutos e de modo a contrariar os princípios e valores galvanizados na Carta Magna, destacando-se nesse sentido a necessidade da propriedade atender à sua função social, constituindo a preservação do meio ambiente um dos mais relevantes fins perseguidos por nosso Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, compete ao legislador infraconstitucional a tarefa de definir o conteúdo e os limites do direito de propriedade em sintonia com sua finalidade social, cabendo ao Poder Público o dever de impor a observância de tal finalidade pelos administrados, podendo aquele intervir sobre a propriedade destes, conforme o caso, com maior ou menor intensidade.

Nesse sentido, denominam-se simplesmente de *limitações administrativas* as balizas gerais e abstratas impostas com base em lei à propriedade em geral, as quais, pela sua natureza, não impõem ao Poder Público qualquer dever de indenizar, conforme assinalado por **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**:

“As normas genéricas, obviamente, não visam a uma determinada restrição nesta ou naquela propriedade, abrangem quantidade indeterminada de propriedades. Desse modo, podem contrariar interesses dos proprietários, mas nunca direitos subjetivos. Por outro lado, não há prejuízos individualizados, mas sacrifícios legais a que devem se obrigar os membros da coletividade em favor desta. É mister salientar, por fim, que inexistente causa jurídica para qualquer tipo de indenização a ser paga pelo Poder Público”

(**Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 757.)

Trilhando o mesmo entendimento, **HELIO LOPES MEIRELLES**, ao discorrer sobre as diferentes formas de intervenção estatal sobre o do-

mínio privado, diferencia as limitações administrativas – insuscetíveis do pagamento de indenização – das demais modalidades interventivas capazes de promover abalo sobre o direito de propriedade, ocasião em que se justificaria a reparação econômica pelo Poder Público:

“O Estado, no uso de sua soberania interna, pode intervir na propriedade privada e nas atividades particulares por várias formas, a saber: pelas limitações administrativas gerais, e pelos meios específicos de intervenção na propriedade particular, consistentes na desapropriação, na servidão administrativa, na requisição e na ocupação temporária”. (omissis) a limitação administrativa difere tanto da servidão administrativa como da desapropriação. A limitação administrativa, por ser uma restrição geral e de interesse coletivo, não obriga o Poder Público a qualquer indenização”

(Direito Administrativo Brasileiro , 28ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 605

No que tange aos espaços considerados detentores de especial proteção do ponto de vista da preservação ambiental, cumpre destacar que o seu reconhecimento pelos entes federativos através da instituição das denominadas áreas de preservação, no exercício da competência constitucional concorrente traçada pelo art. 23, inciso VI, da Carta Magna, não conduz, por si só, à conclusão de que os bens particulares incluídos no seu âmbito de abrangência passariam a partir daí a integrar o domínio público, de modo que os seus proprietários viessem automaticamente a fazer jus a uma compensação econômica.

Na verdade, impõe-se aos titulares do domínio sobre os bens incluídos nos espaços de proteção ambiental tão somente o dever inescusável de promover a sua exploração econômica dentro dos limites traçados pelas normas ambientais que lhes são aplicáveis, tendo em vista a própria função social subjacente ao seu direito de propriedade, tratando-se nesse caso de limitações administrativas insuscetíveis de amparar, por si só, direito à reparação, conforme restou assentado com bastante propriedade pelo Su-

premo Tribunal Federal no julgamento do RE nº134297 / SP, de Relatoria do Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 13/06/1995:

“A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o dominus venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes.

(omissis)

O preceito consubstanciado no Art. 22, § 4º, da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental.”

Nesse sentido, a instituição do “Parque Estadual do Bacanga” enquanto área de preservação permanente através da edição do Decreto Estadual nº7545/1980 não acarretou a apropriação estatal sobre os bens particulares abrangidos pelo referido Decreto; ao contrário, previu este expressamente em seu art. 4º a preservação do direito de propriedade dos detentores de domínio anterior sobre as áreas situadas no seu raio de abrangência, não se operando, portanto, a transmissão da propriedade ou mesmo da posse sobre os bens declarados de utilidade pública para fins de preservação ambiental pela mera edição do ato, dotado de caráter geral e abstrato.

Tampouco é possível se vislumbrar, no caso, a materialização de restrições excepcionais ao aproveitamento econômico do imóvel encravado no mencionado Parque Estadual, capazes de configurar o esbulho pela Administração Pública dos direitos reais sobre os imóveis ali encravados, dispondo-se tão somente que o direito de propriedade em relação às áreas

incluídas na sua esfera de alcance deverá ser exercido em consonância com as normas ambientais então vigentes, sem que se possa daí vislumbrar o mais remoto direito à indenização em face do Estado.

Tanto é verdadeira a referida conclusão, qual seja, a de que incorreu perecimento do direito de propriedade em virtude das limitações administrativas ambientais incidentes sobre a área, que o imóvel em questão foi objeto de intensa negociação mesmo após a edição do Decreto de criação do Parque Estadual, tendo havido por mais de uma ocasião a transmissão do domínio em relação ao mesmo.

Tal conclusão se revela ainda mais evidente pela constatação de que o Decreto Estadual nº7545/1980, ao contrário do que possa ter afirmado o peticionário, não promoveu qualquer inovação sobre o regime jurídico relativo aos espaços especialmente protegidos de que trata o ato em questão, não havendo, portanto, nexos causal entre a edição do mencionado ato estatal e a existência de supostas restrições ao direito de propriedade do titular do domínio sobre o imóvel.

Com efeito, desde a edição do Código Florestal de 1934 (Decreto Lei nº23.793, de 23 de janeiro de 1934) já havia a previsão de restrições à supressão da vegetação nativa presente às margens dos rios, lagos e demais cursos d'água, a qual era condicionada à excepcional autorização do Poder Público, já havendo à época a preocupação com os graves efeitos decorrentes da degradação de tais áreas, como bem observado por OSNY DUARTE PEREIRA:

“Assim como ninguém escava o terreno dos alicerces de sua casa, do mesmo modo ninguém arranca as árvores das nascentes, das margens dos rios, nas encostas das montanhas, ao longo das estradas, porque poderá vir a ficar sem água, sujeito a inundações, sem vias de comunicação, pelas barreiras e outros males conhecidamente resultantes de sua insensatez.”
(Apud. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ob. Cit.*, p. 749).

Ainda no que se refere à especial proteção dispensada à cobertura vegetal presente em áreas ribeirinhas, o anterior Código Florestal pátrio,

promulgado por intermédio da Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965, já continha a previsão de diversas limitações ao direito de propriedade em relação a tais áreas.

Tudo isso, somado à constatação de que não há qualquer evidência de que a criação do Parque Estadual do Bacanga pelo Estado tenha sido responsável por tolher eventual atividade econômica anteriormente exercida no âmbito do imóvel nele encravado, conduz à conclusão peremptória de que inexistente no caso direito de indenização oponível à Fazenda Pública Estadual.

Desse modo, é possível constatar, de forma indubitável, a ausência no Decreto Estadual nº7545/1980 de quaisquer limitações ao exercício pelo peticionário dos poderes inerentes ao domínio sobre o imóvel objeto de sua pretensão indenizatória, além daquelas já existentes na legislação ambiental federal anterior à sua edição, a qual já traçara as balizas da sua função social, não sendo possível atribuir ao Estado do Maranhão a responsabilidade pelas referidas limitações, as quais são, em verdade, iminentes ao atual perfil constitucional do direito de propriedade.

Corroborando com esse entendimento, vide o entendimento consolidado no âmbito do STJ, por meio do acórdão proferido no REsp 1194368/SP, de Relatoria da Min. Eliana Calmon, julgado em 06.06.2013.

Outrossim, além da evidente constatação de que o Decreto Estadual não criou restrições ao exercício do direito de propriedade além das anteriormente existentes em relação ao imóvel em questão, cumpre reconhecer ainda na hipótese a inocorrência de qualquer atividade expropriatória promovida pelo Estado em relação ao referido imóvel.

Pela análise do conteúdo do Decreto Estadual nº7545/1980, é possível afirmar que a sua edição por si só não configura a existência de procedimento de desapropriação em curso dos imóveis inseridos no seu raio de abrangência, capaz de autorizar a indenizabilidade da área de domínio do peticionário.

Conforme se infere da redação do seu art. 2º, o mencionado Decreto

Estadual declarou de utilidade pública as áreas particulares compreendidas no Parque por ele criado, tornando-as passíveis de ulterior processo expropriatório.

No entanto, a declaração isolada de utilidade pública para fins de desapropriação não opera a consumação do procedimento expropriatório por parte do Estado, o qual pressupõe ainda a exteriorização de atos concretos pelo Poder Público que demonstrem, de forma inequívoca, o propósito estatal de adquirir o domínio sobre o patrimônio privado, tal como lecionado por **DIOGENES GASPARINI**:

“Duas são as fases do procedimento expropriatório. A primeira é a declaratória; a segunda é a executória. Aquela consubstancia-se na declaração de necessidade ou utilidade pública ou do interesse social, e esta, a executória, caracteriza-se pelo conjunto de medidas administrativas (convocação do expropriado, oferecimento da indenização, lavratura da escritura amigável de desapropriação) ou judiciais (ingresso em juízo com a competente ação expropriatória) que visam concretizar a vontade do Poder expropriante, manifestada na fase declaratória.”

(Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 789)

Cumprir destacar a circunstância de que, por ser a desapropriação uma manifestação de soberania estatal, encontra-se a sua consumação jungida a critérios de conveniência e oportunidade por parte do Poder Público, o qual poderá inclusive desistir de dar prosseguimento ao procedimento de desapropriação, enquanto este não se consumir.

É relevante salientar também que se dentro de 5 (cinco) anos, contados da data de expedição do decreto declarando a intenção de promover a desapropriação do patrimônio privado, o respectivo procedimento não for deflagrado pelo Poder Público, a declaração sofrerá caducidade, nos termos do disposto no art. 10 do Decreto Lei nº 3365, de 21 de junho de 1941:

Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acor-

do ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.

Consequentemente, decorrido o referido prazo sem que haja a exteriorização do intento expropriatório mediante os necessários atos concretos, não mais é possível a instauração de regular procedimento de desapropriação com base no decreto expedido pelo Chefe do Poder Executivo declarando a intenção estatal de aquisição sobre o domínio privado.

No caso em análise, embora tenha o Estado do Maranhão inicialmente manifestado a intenção de promover a eventual desapropriação das áreas particulares existentes no raio de abrangência do Parque Estadual do Bacanga – inclusive o imóvel do peticionário – declarando-as de utilidade pública para esse fim, acabou não concretizando tal intento, tendo transcorrido *in albis* o prazo quinquenal de validade para a realização da desapropriação da área pertencente ao peticionário com base no referido decreto.

Consequentemente, não há como reconhecer no caso a existência de título jurídico capaz de lastrear a pretensão deduzida pelo particular de impor à Administração Pública uma eventual desapropriação compulsória sobre a área de seu domínio; no caso em exame, apenas com a edição de novo Decreto pelo Governador do Estado, manifestando o interesse na aquisição estatal da área, é que seria possível a instauração de regular processo de desapropriação do referido imóvel.

Fora a hipótese de processo de desapropriação promovido pelo Poder Público, a única situação em que se caracterizaria a aquisição pelo Estado do patrimônio privado seria através da denominada *desapropriação indireta*, a qual, uma vez configurada, impõe o pagamento de indenização ao particular esbulhado pela indevida atuação estatal.

No caso em exame, não se vislumbra igualmente a ocorrência de desapropriação indireta promovida pelo Estado em face da área de domínio

do peticionário.

Consoante magistério doutrinário e jurisprudencial pacíficos, para que se tenha como configurada a desapropriação indireta de um bem pelo Estado se faz necessária a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; (b) a afetação do bem à utilização pública; e (c) a situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação.

No caso em exame, a toda evidência, não se fazem presentes quaisquer dos requisitos acima destacados.

Com efeito, não pode o Decreto Estadual nº 7.545/1980, por si mesmo, ser considerado ato de imissão na posse sobre o imóvel inserido no âmbito do Parque Estadual do Bacanga, mesmo porque o apossamento administrativo suscetível de caracterizar a desapropriação indireta pelo Estado pressupõe, necessariamente, a prática de atos materiais, não se configurando apenas pela simples edição de ato normativo.

No caso vertente, a única alegação do peticionário em todo o processo de que teria havido o apossamento da área pelo Estado é a de que este restaria caracterizado tão somente pela fixação da sede do Batalhão de Polícia Ambiental no “Parque Estadual do Bacanga”, supostamente em zona contígua àquela em que se encontra localizado seu imóvel.

Com a devida vênia, tal raciocínio mostra-se desprovido de amparo lógico e jurídico.

É que a presença ainda que ostensiva de policiamento em relação à área de preservação do parque para evitar a sua degradação – seja por ação ilícita de terceiros ou mesmo dos próprios detentores de domínio sobre os imóveis nele incluídos – é consectário lógico do próprio poder de polícia outorgado à Administração Pública para a defesa do interesse coletivo, o qual se sobrepõe ao interesse individual.

Tal atividade, na precisa análise de MARÇAL JUSTEN FILHO, “*tem natureza essencialmente preventiva e repressiva. O Estado não desenvolve*

uma atividade consistente em satisfazer necessidades individuais, mas busca evitar que a fruição das liberdades e dos direitos privados produza lesões a direitos, interesses e bens alheios, públicos ou privados". (**Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 393).

Desse modo, constitui prerrogativa da Administração Pública, no exercício legítimo de seu poder de polícia, promover a fiscalização dos espaços especialmente protegidos, em especial na perspectiva da preservação ambiental, não havendo evidência de que o patrimônio particular tenha sido atingido pela mera circunstância de haver um posto de fiscalização da Polícia Ambiental localizado nas proximidades do imóvel de domínio do peticionário, constituindo inclusive dever legal deste assegurar o acesso à propriedade dos agentes públicos no exercício das funções de fiscalização.

Ao contrário do que buscou demonstrar o peticionário, desde o início da vigência do decreto até os dias de hoje há provas veementes de que a posse e o domínio sobre o imóvel encontram-se perfeitamente preservados; tanto se apresenta verdadeira tal conclusão que, mesmo após a sua edição, o mesmo já fora alienado em mais de uma ocasião, como bem mencionado anteriormente.

Pelos motivos acima elencados, não haveria que se falar no caso, nem mesmo de forma hipotética, em situação fática irreversível de utilização estatal do imóvel do peticionário com o propósito de lhe conferir destinação pública, o que afasta a ocorrência de desapropriação indireta e, por via de consequência, o direito à percepção de qualquer tipo de compensação pecuniária do Estado.

Tais ponderações se encontram em sintonia com o entendimento atualmente consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema. (Nesse sentido: Ag Rg nos EDcl no AREsp 382944/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Data do julgamento: 18.03.2014. DJe: 24.03.2014; AgRg no AREsp 155302/RJ. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Data do Julgamento: 13.11.2012. DJe: 20.11.2012; *REsp 628588/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Mi-*

Por fim, há ainda um último aspecto a ser salientado de notável relevância para consolidar nossa conclusão acerca da inexistência de direito à indenização no caso em análise.

Consoante se extrai dos registros relativos ao imóvel sobre o qual versa a presente consulta, operou-se, em mais de uma ocasião, a transmissão dos direitos inerentes ao domínio útil em relação ao mesmo.

Nesse sentido, mesmo que houvesse eventuais prejuízos através da edição do Decreto que criou o “Parque Estadual do Bacanga”, estes já existiam quando da aquisição do domínio útil sobre o imóvel pelo atual titular, a qual ocorreu em data bastante posterior à edição daquele Decreto, sendo de pleno conhecimento do atual titular do domínio as limitações ao exercício do direito de propriedade sobre o referido imóvel.

Por conseguinte, ao adquirir um imóvel após a entrada em vigor de normas traçando limitações manifestas ao exercício do direito de propriedade, considerando-se a necessidade de cumprimento de sua função social sob a perspectiva da preservação do meio ambiente, não é lícito ao interessado postular indenização por suposta desapropriação indireta, visto que se impõe na hipótese a presunção de que o mesmo conhecia as limitações incidentes sobre o bem, incorporando-se ao preço pago na aquisição as eventuais restrições, sob pena de se desnaturar a própria ideia de justa indenização, a qual se converteria em invocação abusiva do direito de propriedade e fonte de enriquecimento sem causa, contrariando ainda a boa-fé objetiva.

É ainda particularmente significativo no caso o fato do atual titular do domínio sobre o imóvel em questão ter atuado, por muitos anos, como procurador dos proprietários à época em que o Decreto fora editado, os quais lhe outorgaram poderes expressos para negociar a alienação dos direitos sobre o bem, o que torna ainda mais evidente o caráter absolutamente ilegítimo da pretensão de obter para si indenização com base em restrições já há muito conhecidas no momento da transação.

Acerca do tema, destacamos uma vez mais a Jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, expressa nos seguintes precedentes: AR 4330/SP. Primeira Seção. Relator: Min. Castro Meira. Data do Julgamento: 28.08.2013. DJe: 07.10.2013; AgRg no Ag 1068452/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, 1ª TURMA, DJe 04/12/2008)

Desse modo, com esteio em todas as premissas acima alinhavadas, não nos parece que seja compatível com o interesse público (primário e secundário), sob qualquer que seja o ângulo, conferir guarida à pretensão deduzida pelo peticionário nos autos do processo em análise.

II- CONCLUSÃO

Face todo o exposto, opinamos pela denegação do pedido de pagamento de indenização formulado nos autos em epígrafe, fundado na alegação de desapropriação pelo Estado do imóvel de titularidade do peticionário.

Opinamos ainda, na oportunidade, pela instauração de sindicância no âmbito da SEMA a fim de apurar a eventual responsabilidade funcional pelo extravio e/ou retenção indevida de documentos relativos aos autos do processo administrativo em epígrafe, tal como noticiado pelo peticionário em suas manifestações exteriorizadas anteriormente.

É o parecer, s.m.j., o qual se submete, desde já, à superior apreciação.

São Luís, 15 de junho de 2014.

RODRIGO MAIA ROCHA

Procurador do Estado

Ref. Ofício n.623/14/GS/SEMA

Matéria: Regulamentação sobre a emissão da Cota de Reserva Ambiental – CRA

PARECER N.º1044/2014 -PPMA/PGE

Trata-se de consulta requisitada pela Secretária de Estado do Meio Ambiente e Recursos Naturais, Genilde Campagnaro, através do ofício n. 0623/14/GS/SEMA, sobre a regulamentação da emissão de Cota de Reserva Ambiental – CRA, se a mesma poderá ser instituída pela citada Secretaria.

Conforme relato do aludido ofício n. 623/14/GS/SEMA, fora solicitado ao Ministério do Meio Ambiente pronunciamento sobre o procedimento de emissão da Cota de Reserva Ambiental – CRA no Maranhão, até o funcionamento do Cadastro Ambiental Rural – CAR, esclarecendo quais os mecanismos necessários para a emissão das cotas, com o objetivo de atender às demandas apresentadas à Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Naturais – SEMA; sendo que o referido órgão federal se manteve inerte.

Propõe, assim, o órgão estadual ambiental uma minuta de portaria estadual disciplinadora dos procedimentos de emissão e controle das Cotas de Reserva Ambiental instituídas pelo art.44, caput, da Lei n. 12651/2012 (Código Florestal).

A Cota de Reserva Ambiental é um instrumento econômico previsto pela legislação ambiental, com natureza de título nominativo (título de crédito), sendo-lhe atribuída valor econômico e que deverá ser, obrigatoriamente, registrado em bolsas de mercadorias de âmbito nacional ou em sistemas de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados pelo

Banco Central.

A referida cota representa um estímulo econômico para preservação e recuperação da vegetação nativa. Dessa forma, as áreas de vegetação nativa, anteriormente vistas como um ônus ao proprietário rural, transformaram-se em espécie de “moedas verdes”, objeto de compensação com aqueles proprietários que encontram-se em déficit com suas obrigações ambientais, notadamente no que se refere à reserva legal.

A Lei n. 12.651/2012 (Código Florestal) instituiu, no art. 44, a Cota de Reserva Ambiental – CRA, título nominativo representativo de área com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação atinente às seguintes hipóteses legais: a) áreas sob regime de servidão florestal; b) aquela correspondente à área de Reserva Legal instituída voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais exigidos no art. 12 do Código Florestal; c) área protegida na forma de Reserva Particular do Patrimônio Natural; d) área existente em propriedade rural localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público que ainda não tenha sido desapropriada.

Cada Cota de Reserva Ambiental corresponderá a um hectare de área com vegetação nativa primária ou com vegetação secundária em qualquer estágio de regeneração ou de áreas de recomposição mediante reflorestamento com espécies nativas, tornando-se inadmissível sua emissão quando a regeneração ou a recomposição se mostrarem inviáveis.

Ressalte-se que as Cotas de Reserva Florestal, emitidas na forma do art.44-B da Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, foram convertidas em Cotas de Reserva Ambiental, independentemente de qualquer outra regulamentação.

Segundo o art. 44, parágrafo primeiro da Lei n. 12.651/12, a emissão da CRA será feita mediante requerimento do proprietário, após a inclusão do imóvel no Cadastro Ambiental Rural e apresentação de laudo comprobatório emitido pelo órgão ambiental ou por entidade credenciada, assegurado o controle do órgão federal competente do SISNAMA.

Importa, também, transcrever o texto do art.45 da referida lei:

Art. 45. A CRA será emitida pelo órgão competente do SISNAMA em favor de proprietário de imóvel incluído no CAR que mantenha área nas condições previstas no art. 44.

§ 1º O proprietário interessado na emissão da CRA deve apresentar ao órgão referido no caput proposta acompanhada de:

I - certidão atualizada da matrícula do imóvel expedida pelo registro de imóveis competente;

II - cédula de identidade do proprietário, quando se tratar de pessoa física;

III - ato de designação de responsável, quando se tratar de pessoa jurídica;

IV - certidão negativa de débitos do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR;

V - memorial descritivo do imóvel, com a indicação da área a ser vinculada ao título, contendo pelo menos um ponto de amarração georreferenciado relativo ao perímetro do imóvel e um ponto de amarração georreferenciado relativo à Reserva Legal.

§ 2º Aprovada a proposta, o órgão referido no caput emitirá a CRA correspondente, identificando:

I - o número da CRA no sistema único de controle;

II - o nome do proprietário rural da área vinculada ao título;

III - a dimensão e a localização exata da área vinculada ao título, com memorial descritivo contendo pelo menos um ponto de amarração georreferenciado;

IV - o bioma correspondente à área vinculada ao título;

V - a classificação da área em uma das condições previstas no art. 46.

§ 3º O vínculo de área à CRA será averbado na matrícula do respectivo imóvel no registro de imóveis competente.

§ 4º O órgão federal referido no caput pode delegar ao órgão estadual competente atribuições para emissão, cancelamento e transferência da CRA, assegurada a implementação de sistema único de controle. – Grifo nosso

Paulo de Bessa Antunes, na obra 'Comentários ao Novo Código Florestal', assim afirma:

O artigo é mais um daqueles cuja técnica redacional é pobre. Ele cuida dos requisitos para a emissão do CRA, bem como indica a autoridade administrativa responsável pelo título. O caput, mais uma vez, utiliza a já tradicional fórmula aberta e pouco elucidativa "órgão competente do SISNAMA" como emissor da CRA em favor de proprietário do imóvel incluído no Cadastro Ambiental de Regularização. Contudo, a leitura do § 4º demonstra que a competência originária para a emissão da CRA é do IBAMA, que poderá delegá-la aos órgãos estaduais, inclusive no que tange ao seu cancelamento e a sua transferência, uma vez assegurada a implementação de sistema único de controle das emissões de CRA. (ANTUNES, 2013, p.233)

Vê-se, dessa forma, a necessidade de o Estado do Maranhão obter a delegação por parte do Ministério do Meio Ambiente ou IBAMA para emitir a Cota de Reserva Ambiental, mormente quando dois critérios serão indispensáveis à validade da mesma: a inscrição do imóvel representado na mesma no CAR (Cadastro Ambiental Rural) e que seja registrada

em bolsas de mercadorias de âmbito nacional ou em sistemas de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados pelo Banco Central. Isso significa que, mesmo sendo editada e publicada a minuta da portaria apresentada pela Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Naturais do Maranhão, a cota de reserva ambiental por ela emitida necessariamente deveria passar pelo crivo fiscalizatório do Banco Central e para obter tal aceitação, necessitaria demonstrar a delegação de emissão da aludida cota pelo ente público federal ambiental ao ente público estadual.

Eis o texto do art.47 da Lei n. 12651/12:

Art.47.É obrigatório o registro da CRA pelo órgão emissor, no prazo de 30(trinta) dias, contado da data da sua emissão, em bolsas de mercadorias de âmbito nacional ou em sistemas de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados pelo Banco Central do Brasil.

Com relação ao requisito da regulamentação do CAR (Cadastro Ambiental Rural), este estaria suprido pela expedição da Instrução Normativa n. 2/MMA de 6 de maio de 2014 e pelo Decreto n. 8.235 de 5 de maio de 2014. Assim, os titulares de imóveis rurais podem realizar o Cadastro Ambiental Rural para, quando regulamentadas as Cotas de Reserva Ambiental, apresentarem o requisito de registro no CAR.

Quanto ao conteúdo da Minuta de Portaria, a restrição aqui já apresentada é a ausência de delegação por parte do órgão público federal ao órgão público estadual das atribuições de emissão e cancelamento da Cota de Reserva Ambiental, conforme o art.45, § 4º da Lei n. 12651/12.

Assim, essa Procuradoria Geral do Estado do Maranhão sugere que, mediante a recente regulamentação do Cadastro Ambiental Rural, através do Decreto Federal n. 8.235 de 5 de maio de 2014, e Instrução Normativa n. 02/MMA de 6 de maio de 2014, e a ausência da delegação de emissão de Cotas de Reserva Ambiental (CRA) do ente federal para a Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Renováveis do Estado do Maranhão, o órgão ambiental estadual reitere a solicitação de diretrizes de procedimento de

emissão da Cota de Reserva Ambiental – CRA no Estado do Maranhão junto ao Ministério do Meio Ambiente, mais precisamente a delegação de tais atribuições à aludida secretaria estadual no âmbito do Estado do Maranhão, como faculta o supracitado art.45, § 4º da Lei n. 12651/12.

Esse é o parecer, salvo melhor juízo.

Flávia Patrícia Soares Rodrigues

Procuradora do Estado do Maranhão