ISSN

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ACRE

Volume 7, anual, 2012

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ACRE

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
Rodrigo Fernandes das Neves

CONSELHO EDITORIAL
Cristovam Pontes de Moura
Érico Mauricio Pires Barboza
Francisco Armando de Figueiredo Melo
Harlem Moreira de Sousa
Janete Melo d'Albuquerque Lima
Leandro Rodrigues Postigo
Leonardo Silva Cesário Rosa
Luciano José Trindade
Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui
Mayko Figale Maia

EQUIPE DO CEJUR
Fabrícia Lopes Gerônimo de Araújo
Maria do Socorro Braga de Oliveira
Sulanira Barroso Carvalho
Thayz Pontes de Sales

EQUIPE DE PRODUÇÃO
Revisão: Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui e
Fabrícia Lopes Gerônimo de Araújo
Capa: Darci Silva Seles
Diagramação: Lindsay Gadelha do Amaral

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Acre. v. 7. Rio Branco: Centro de Estudos Jurídicos/PGE, 2012. Anual.

CDD – 340.05
CDU – 34(05)

ISSN: 1679-6489

SEBASTIÃO AFONSO VIANA MACEDO NEVES
Governador do Estado do Acre

CÉSAR MESSIAS
Vice-Governador do Estado do Acre

RODRIGO FERNANDES DAS NEVES
Procurador-Geral do Estado do Acre

TITO COSTA DE OLIVEIRA
Corregedor-Geral da PGE

MARIZE ANNA MONTEIRO DE OLIVEIRA SINGUI
Procuradora-Chefe do Centro de Estudos Jurídicos

PROCURADORES DO ESTADO

Caterine Vasconcelos de Castro
Cristovam Pontes de Moura
Daniela Marques Correia de Carvalho
David Laerte Vieira
Edson Américo Manchini
Érico Maurício Pires Barboza
Felix Almeida de Abreu
Francisca Rosileide de Oliveira Araújo
Francisco Armando de Figueiredo Melo
Gabriela Lira Borges
Gerson Ney Ribeiro Vilela Júnior
Harlem Moreira de Sousa
Janete Melo d'Albuquerque Lima
João Paulo Aprígio de Figueiredo
João Paulo Setti Aguiar
José Rodrigues Teles
Leandro Rodrigues Postigo Maia
Leonardo Silva Cesário Rosa
Luciano José Trindade
Luis Rafael Marques de Lima
Luiz Rogério Amaral Colturato
Márcia Krause Romero
Márcia Regina de Sousa Pereira
Marcos Antônio Santiago Motta
Maria de Nazareth Mello de Araújo Lambert
Maria Eliza Schettini Campos Hidalgo Viana
Maria José Maia Nascimento Postigo
Maria Lídia Soares de Assis
Marize Anna Monteiro de Oliveira Singui
Mauro Ulisses Cardoso Modesto
Mayko Figale Maia
Paulo César Barreto Pereira

Roberto Ferreira da Silva
Rodrigo Fernandes das Neves
Rosana Fernandes Magalhães
Sárvia Silvana dos Santos Lima
Silvana do Socorro Melo Maués
Tito Costa de Oliveira

PROCURADORES DO ESTADO JUBILADOS

Ademilde Marinho Soares
Aquileu José da Silva Filho
Azeilda Benevides Viga
Derci Maria de Lima
Dione Daher Oliveira de Menezes
Francisco Elno Jucá
Ivan Fernandes da Cunha Filho
José Maria Torres de Albuquerque
Maria Ferreira Martins de Araújo
Maria Perpétuo Socorro de Souza Gomes
Maria Tereza Flor da Silva
Mario Izídio dos Santos
Marluce Costa de Oliveira
Maurinete de Oliveira Abomorad
Oriêta Santiago de Moura

IN MEMORIAN
Alberto Augusto de Oliveira
Cristovam Lima de Oliveira
Francisco Fernandes de Melo
João Batista Aguiar
Maria da Conceição Castelo Branco Coelho

SUMÁRIO

Regulamento da Revista.....00
Editorial.....00
Apresentação: artista Darci Silva Seles 00
Advocacia de Estado no Brasil no período colonial e no impé-
rio: Matriz das procuraturas.....00 constitucio-
nais.....00
Cristovam Pontes de Moura
Competência comum em matéria ambien-
tal.....00
Érico Maurício Pires Barboza
Breves considerações sobre a utilização da pauta fiscal na cobrança de ICMS
por substituição tributária para frente e o seu emprego no combate a sonega-
ção e a fraude fiscal.....00
Felix Almeida de Abreu
Termo a quo da prescrição intercorrente na execução fis-
cal.....00
Felix Almeida de Abreu
Os consórcios e a sujeição à responsabilidade por atos ilícitos praticados no
âmbito do contrato administrativo: a personalização da pena.....
..... 00
Francisca Rosileide de Oliveira Araújo e Marcos Antônio Santiago Motta
O controle concentrado de constitucionalidade por meio
da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamen-
tal.....00
Tito Costa de Oliveira
GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS: a realidade amazônica e o modelo de
gestão do Estado do Acre.....00
Danielle Formiga Nogueira
Responsabilidade civil e a reparação do dano causado por erro médi-
co.....00
Léo Gonzaga de Souza Ferreira

EDITORIAL

O Centro de Estudos Jurídicos da PGE/AC foi criado pela Lei n. 1.300, de 17 de dezembro de 1999, está organizado nos termos da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, Lei Complementar n. 45, de 26 de julho de 1994 e suas alterações posteriores, que define suas competências.

Dentre suas atribuições consta a edição da Revista da Procuradoria-Geral do Estado e outras publicações de interesse da instituição.

Com as constantes mudanças registradas no mundo jurídico, através da modificação dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, exige-se da sociedade jurídica uma maior atualização que pode ser alcançada por meio da leitura.

Sendo assim, é com imensa satisfação que o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Acre apresenta à comunidade jurídica e a sociedade em geral a 7ª edição da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Acre, que vem emoldurada pela magnífica obra do artista plástico acreano, Darci Silva Seles.

Nesse sentido, a publicação da 7ª Revista da PGE/AC vem para compartilhar com a sociedade acreana os trabalhos científicos dos Procuradores e Assessores da instituição, com o intuito de contribuir com a ampliação do conhecimento jurídico na atualidade.

Cumprindo sua missão institucional, o Centro de Estudos estimula o contínuo aperfeiçoamento técnico-profissional dos Procuradores e Servidores, sendo que a presente Revista é contribuição imprescindível a esse aperfeiçoamento.

Os artigos científicos de autoria dos Procuradores e Assessores da Procuradoria Geral do Estado do Acre foram selecionados pela Comissão Editorial da Revista.

Os estudos realizados nos presentes artigos demonstram a preocupação com a atuação profissional dos Procuradores do Estado do Acre diante da Administração Pública, bem como, apresentação de questões jurídicas atuais

e temas de constantes debates.

Dentre as contribuições realizadas merecem destaque:

O artigo do Procurador **Cristovam Pontes de Moura, "Advocacia de Estado no Brasil no período colonial e no império: Matriz das procuraturas constitucionais"** escrito com o objetivo de investigar o papel da Advocacia de Estado como matriz das demais Procuraturas Constitucionais (Ministério Público e Defensoria Pública), examinando a Advocacia de Estado a partir do surgimento do Brasil-Colônia.

O artigo do Procurador **Érico Maurício Pires Barboza,** especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil, cujo tema aborda matéria de extrema relevância: **"Competência comum em matéria ambiental"**, em que faz breves considerações sobre a forma federativa do Estado Brasileiro e a adoção da técnica vertical de distribuição de competências ambientais.

Para enriquecer ainda mais esta produção científica, destaca-se o artigo do Procurador **Felix Almeida de Abreu**, cujo tema **"Breves considerações sobre a utilização da pauta fiscal na cobrança de ICMS por substituição tributária para frente e o seu emprego no combate a sonegação e a fraude fiscal"**. O presente estudo visa demonstrar que a pauta fiscal pode ser utilizada como uma ferramenta de apoio no combate a sonegação e a fraude fiscal previstas na Lei nº. 8.137/90 não só em relação à substituição tributária "para frente", mas também em outros casos em que restar configurado o comportamento malicioso do sujeito passivo, com o propósito de eximir-se do pagamento do tributo.

Também há que se registrar o aspecto inovador e objetivo, abordados no artigo **"Termo a quo da prescrição intercorrente na execução fiscal"**, também do Procurador **Felix Almeida de Abreu**. O trabalho em pauta tem como objetivo analisar o termo a quo da prescrição intercorrente em sede de execução fiscal, à luz do disposto no § 4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80 e na Súmula 314 do STJ, mostrando os pontos de divergência entre o disposto no verbete sumular e o previsto na Lei de Execução Fiscal, enfocando como se conta o prazo prescricional, declinando algumas hipóteses em que

mesmo tendo transcorrido o tempo estabelecido na lei para sua ocorrência, a prescrição não pode ser declarada por ausência de causa eficiente.

Constitui objeto de valiosa e oportuna análise, o artigo dos Procuradores **Francisca Rosileide de Oliveira Araújo e Marcos Antônio Santiago Motta, cujo "Os consórcios e a sujeição à responsabilidade por atos ilícitos praticados no âmbito do contrato administrativo: a personalização da pena"**, apresenta breves considerações sobre a contratação de consórcios para a consecução do interesse público pela Administração, destacando que essa reunião empresarial apresenta contornos específicos, quando se relaciona com a Administração Pública, notadamente o instituto da solidariedade, que no campo da responsabilidade, ganha diferentes relevos de acordo com a seara do direito que o ato praticado no âmbito de um contrato administrativo venha a atingir: penal, civil e administrativamente.

Ademais, imprescindível a contribuição do Procurador T**ito Costa de Oliveira** na elaboração do artigo **"O controle concentrado de constitucionalidade por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental"**. Este trabalho examina a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que é uma inovação da Constituição Federal de 1988 (artigo 102, § 1º), sendo regulada pela Lei 9.882/1999 com a finalidade de proteger "preceitos fundamentais", podendo ser proposta contra ato do Poder Público ou quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, bem como contra decisões judiciais, sendo cabível na hipótese de não existir qualquer outro meio eficaz para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, caracterizando o regime de subsidiariedade a que essa ação constitucional está submetida.

Outro artigo de grande importância é **"A interferência do Estado nas questões de violência de gênero e suas políticas públicas"** de autoria da Procuradora **Sárvia Silvana Santos Lima**, especialista em Direito Público. O trabalho foi realizado com o objetivo de demonstrar a violência sofrida pela mulher ao longo dos anos, bem como as desigualdades sofridas pelo gênero,

com a colocação da mulher em situação de subordinação.

De igual modo, registra-se relevante o artigo da **Assessora Técnica Danielle Formiga Nogueira**, intitulado **"GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS: a realidade amazônica e o modelo de gestão do Estado do Acre"**. O presente trabalho consiste, a partir de uma análise da política e do Sistema Nacional de Recursos Hídricos e da Lei de águas do Estado do Acre, demonstrar as peculiaridades acreanas, e como arranjos locais são essenciais para a proteção desse recurso natural, assegurando-o em quantidade e qualidade para as presentes e futuras gerações.

Deve-se destacar ainda, a relevante contribuição do **Assessor Técnico Léo Gonzaga de Souza Ferreira**, na abordagem do tema **"Responsabilidade civil e a reparação do dano causado por erro médico"**. O presente trabalho tem por objetivo relatar sobre a responsabilidade civil, bem como a responsabilização do médico como profissional no dano ocasionado ao seu paciente por erro médico.

Enfim, por meio da versatilidade de temas abordados nos artigos apresentados, busca-se proporcionar aos juristas e à sociedade, bastante informação e clareza quanto à temática atual aqui apresentada.

"O simples ato da leitura transforma a nossa forma de pensar e enriquece o nosso conhecimento, gerando uma capacidade imensurável de criar o inimaginável".

Thiago Henrique Miranda

Boa leitura.

Comissão Editorial da Revista

APRESENTAÇÃO: ARTISTA DARCI SILVA SELES

A Comissão Editorial da Revista da PGE 2012 tem o prazer de escolher para capa a magnífica obra do artista plástico Darci Silva Seles.

Nascido em Cáceres-MT, em 07/11/1972, mora no Acre desde os 14 anos. Começou a produzir sua arte nas colônias onde morava, desenhando no fogão a lenha, local em que sua mãe preparava as refeições diárias.

Aos 17 anos realizou sua primeira exposição, na Prefeitura Municipal de Rio Branco e, logo em seguida, no SESC. A partir daí não parou mais de produzir e pesquisar sobre diversos estilos e cores, tornando-se um dos grandes artistas locais, fazendo exposições pelo país e pelo exterior, sendo que já realizou exposições coletivas na Áustria, China e Tailândia.

A partir da sua primeira exposição, ainda expôs: Povo do Mato, Asas e Pétalas, Exposição Fragmentos Surrealistas, Série Cubos e Cores, Dança das Cores, Música Para Meus Olhos, Pop Indígena, dentre outras.

Darci Seles utiliza em suas obras de arte o jogo das cores, nas quais suas pinturas são direcionadas a temas que descrevem a cultura do homem moderno. A mistura de luz e sombra é bem definida e como os impressionistas, sugestiona a imagem do homem e dos objetos que retrata sem perder o encanto de suas expressões plásticas.

ADVOCACIA DE ESTADO NO BRASIL NO PERÍODO COLONIAL E NO IMPÉRIO: MATRIZ DAS PROCURATURAS CONSTITUCIONAIS

Cristovam Pontes de Moura[1]

Resumo. *Com o objetivo de investigar o papel da Advocacia de Estado como matriz das demais Procuraturas Constitucionais (Ministério Público e Defensoria Pública), examina-se a Advocacia de Estado a partir do surgimento do Brasil-Colônia, ainda sob a incidência do Direito Colonial Português e, posteriormente, por legislação própria, até o fim do Império. Disso, infere-se – após uma análise crítica embasada nas diversas funções exercidas pelos membros da Advocacia de Estado no período, que englobavam atribuições típicas do Ministério Público, Defensoria Pública e até mesmo do Judiciário – que, desde sua criação no Brasil, a Advocacia de Estado integra o sistema da Justiça, dada sua essencialidade à função jurisdicional do Poder Público, existindo indissociável relação entre tal atribuição e a representação judicial e consultoria jurídica do Estado, sendo a primeira das Procuraturas Constitucionais brasileiras a ter definidos seus caracteres essenciais, mantendo institucionalmente suas atribuições precípuas durante todo o período colonial e imperial brasileiro, de modo que as demais Procuraturas Constitucionais nasceram e se desenvolveram a partir do modelo da Advocacia de Estado.*

Palavras-Chave: *Procuraturas Constitucionais; matriz; Advocacia Pública; Advocacia de Estado; Ministério Público; Defensoria Pública; Procurador dos Nossos Feitos; Procurador dos Feitos da Coroa, Procurador dos Feitos da Fazenda; Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda.*

1 Procurador do Estado do Acre, Presidente da Associação dos Procuradores do Estado do Acre – APEAC, Vice-Presidente Regional (Norte) da Associação Nacional dos Procuradores de Estado, Membro do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Acre – OAB/AC, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Acre – UFAC, Especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL e Doutorando em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade del Museo Social Argentino – UMSA.

INTRODUÇÃO

O presente artigo é baseado em tese homônima aprovada com louvor no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado em Belo Horizonte, de 27 a 30 de setembro de 2011, e visa a analisar a Advocacia de Estado no Brasil no período colonial e no Império, com base nas previsões legislativas existentes nesse tempo, investigando de que modo sua existência contribuiu para o surgimento das atuais Procuraturas Constitucionais[2].

A delimitação do tema local e temporalmente à colônia e Império brasileiro resiste à tentação de se buscar a origem da Advocacia de Estado no Brasil em figuras demasiadamente remotas, como o *fisci advocatum, procuratores caesaris* ou *praetor fiscalis,* da Roma antiga, ou mesmo os *advocats* e *procureurs du roi,* criados na França do século XIV[3].

De fato, seria ingênuo buscar em sociedades tão distintas, ainda que identificando traços comuns, a evolução da Advocacia de Estado no Brasil, mesmo porque a História não é uma linha evolutiva linear, havendo avanços e retrocessos que resultam no estágio atual do objeto de estudo.

Mais difícil ainda foi, em nome do rigor metodológico, deixar de lado a figura do lendário jurista com o sugestivo nome de João das Regras, que despontou na Revolução de Avis (1383-1385), quando da ascensão ao trono do Rei João I, liderando uma equipe de juristas que assessorou a Coroa na organização da burocracia estatal e da máquina judiciária, prestando-lhe consultoria jurídica para a consolidação do Estado moderno português, o que gerou a participação na realeza, a partir dessa solidificação, da figura

---

2 Terminologia de Diogo Figueiredo Moreira Neto, cf. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. *In: Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado,* a. 1, n. 1, set./2001, Porto Alegre: Metrópole, p. 55. Utilizou-se o termo "Procuraturas Constitucionais", que engloba Advocacia de Estado, Ministério Público e Defensoria Pública, uma vez que a expressão "Funções Essenciais à Justiça", pensada inicialmente, abrange também a Advocacia, que é o gênero de toda e qualquer espécie de carreira jurídica.

3 MOREIRA NETO, ob. cit., p. 56.

do *comus notoriorum,* espécie de Procurador-Geral da Coroa[4]. Trata-se, sem dúvida alguma, da gênese da Advocacia de Estado lusitana.

Contudo, muito embora se cuide a Coroa portuguesa da célula mater do Estado brasileiro, parece mais correto analisar a Advocacia de Estado no Brasil a partir do surgimento do Brasil-Colônia, irradiado pela normatização de Portugal, e, posteriormente, por legislação própria, até o fim do Império, com a proclamação da República. Tal período histórico, geralmente ignorado, se mostra importante e, mais, suficiente para se compreender a origem da Advocacia de Estado no Brasil como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, primeira das atuais Procuraturas Constitucionais e seu papel de matriz para o desenvolvimento do Ministério Público e Defensoria Pública.

Preferiu-se utilizar a nomenclatura Advocacia de Estado ao invés de Advocacia Pública para designar a instituição cujos membros são responsáveis pela representação judicial do Poder Público e/ou consultoria jurídica da Administração Pública, dada a classificação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[5], que entende a Advocacia Pública como gênero das Procuraturas Constitucionais, em que são compreendidas a Advocacia Pública *stricto sensu* ou Advocacia de Estado (Procuradorias Estatais), a Advocacia da Sociedade (Ministério Público) e a Advocacia dos Necessitados (Defensoria Pública).

Obviamente, como a época em estudo precede a proclamação da República, não havia a ideia de separação de poderes, havendo divisões mais ou menos claras de atribuições entre os agentes públicos, sendo que, por vezes, ocorria superposição entre competências administrativas e judiciárias[6]. Demais disso, "àquela época os interesses públicos do Estado e da sociedade ainda se confundiam com os interesses pessoais do próprio detentor do

4 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.* 3. ed. São Paulo: Globo, p. 28. O autor anota que "o Estado se aparelha, grau a grau, sempre que a necessidade sugere, com a organização político-administrativa, juridicamente pensada e escrita, racionalizada e sistematizada pelos juristas" (ob. cit., p. 48).

5 *Idem, ibidem*.

6 PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo.* São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 314.

poder"[7], o que também deve ser considerado.

De igual modo, não se olvida que a formação de um aparato jurídico-institucional no Brasil fez parte da estratégia de dominação da Coroa portuguesa, a fim de assegurar o seu controle sobre a colônia e, mais tarde, sobre o Império brasileiro[8].

No entanto, abstraídas tais importantes questões, o foco do presente trabalho reside na demonstração de que a Advocacia de Estado se consubstancia na origem das Funções Públicas Essenciais à Justiça como hoje são conhecidas, dentro de um contexto de aperfeiçoamento dos mecanismos jurídicos como meio de organização da burocracia estatal.

Justifica-se o presente estudo dada a escassa produção bibliográfica sobre o tema, bem como pelos marcos usualmente adotados pelos autores que analisam a Advocacia de Estado no Brasil, geralmente iniciando suas considerações pela Constituição brasileira de 1988 ou, quando muito, pela primeira Constituição Republicana, de 1891, sendo necessário se visitar as origens da Advocacia de Estado desde a colonização do Brasil até a proclamação da República para se verificar que, bem ao contrário do que se tem apregoado, não é a Advocacia de Estado que se origina do Ministério Público, mas o Ministério Público e a Defensoria Pública que foram desenhados a partir do arquétipo da Advocacia de Estado.

A pesquisa realizada tem objetivos explicativos, com abordagem qualitativa, partindo de uma análise da Advocacia de Estado no Direito Colonial Português (Ordenações do Reino) e no Direito Colonial e Imperial brasileiro – atos normativos com aplicação específica ao Brasil –, e apontando os caracteres da disciplina jurídica da Advocacia de Estado brasileira no período, notadamente quanto à sua integração ao sistema da Justiça e seu

---

7 ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; CASTRO, Caterine Vasconcelos de; TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à Justiça. *In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre,* v. 3, Rio Branco, 2004, p. 220.

8 Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

papel de fonte das atuais Procuraturas Constitucionais.

O raciocínio utilizado foi o abdutivo, com a formulação de hipótese e sua comprovação, fazendo-se uso, para tal investigação, de pesquisa envolvendo técnica de documentação direta, analisando-se os atos normativos que embasam o trabalho, o que se mostrou bastante salutar, tendo em vista as recorrentes distorções encontradas ao se consultar autores que tratam dos primórdios na Justiça no Brasil quanto ao papel da Advocacia de Estado.

Ademais, com as ressalvas acima apontadas, também se fez uso da técnica de documentação indireta, isto é, fontes bibliográficas, como publicações avulsas, boletins, livros, pesquisas, monografias, artigos, dentre outros.

1 ADVOCACIA DE ESTADO NO DIREITO COLONIAL PORTUGUÊS ORDENAÇÕES DO REINO

1.1 Ordenações Afonsinas (e Governo Geral do Brasil)

A partir da dominação portuguesa do território brasileiro, em 1500, o Brasil se tornou colônia de Portugal e, como tal, se sujeitava às normas impostas pela metrópole.

Vale ressaltar que nos primeiros anos da colonização, inexistia Justiça organizada no Brasil, de modo que a jurisdição era exercida pelos capitães donatários das capitanias hereditárias, que administravam seus domínios como feudos particulares[9], sem oportunidade de recurso para os tribunais da metrópole, exceto na hipótese de pena de morte[10].

Apenas em 1548 foi instituído o Governo Geral do Brasil, tornando-se imperativa a organização da Administração Pública e da Justiça na colônia dada a descentralização pelo regime das capitanias, que, para a Coroa, poderia

9 SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica.* São Paulo: Saraiva, 1987, p. 80.

10 ABREU, Capistrano de. *Capítulos de história colonial.* 7. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988, p. 80.

minar a unidade de seus domínios[11].

Com a implantação de tal sistema, o poder político e administrativo se concentrava nas mãos de um representante do Rei, o Governador-Geral ou Vice-Rei, que, nos assuntos relativos à Justiça, era assessorado pelo Ouvidor-Geral, jurista a quem competia não só a função de consultoria jurídica da Administração Pública, mas a atividade jurisdicional em todo o território da colônia[12], direta ou indiretamente, atuando em correição sobre as atividades dos juízes ordinários. Suas amplas atribuições foram estabelecidas pelo Regimento de 17 de dezembro de 1548[13].

Importante destacar, desde logo, que o Ouvidor-Geral da colônia exercia também atividade de Advocacia de Estado, vez que atuava como consultor jurídico do Governador-Geral[14] ou Vice-Rei, assim como tinha função de Magistrado (Corregedor) quanto aos fatos ocorridos nos limites territoriais do Brasil.

Nesse mesmo tempo vigiam as Ordenações Afonsinas[15], de 1446, compilação de leis dividida em cinco livros, finalizada sob o reinado de Afonso V. No Livro I, foram estabelecidas regras de organização judiciária e funções de determinadas autoridades correlatas[16], dentre as quais se previa, no Título Nono, o cargo de Procurador dos Nossos Feitos, com características

11 SCHUBSKY, Cássio. Origem fidalga das profissões jurídicas, cap. 4. *In: Revista Consultor Jurídico,* 27 out. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-out-27/justica-historia-origem-fidalga-profissoes-juridicas>. Acesso em: 5 mai. 2011.

12 BRASIL. Museu da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Primórdios da Justiça no Brasil.* 12 fev. 2007. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/institucional/museu/pdf/evolucao/primordios_just_bra.pdf>. Acesso em: 2 mai. 2011.

13 SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial.* São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 28.

14 É a primeira notícia que se tem da atividade de Advocacia de Estado no Brasil.

15 PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas* (*fac-simile*). Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas>. Acesso em: 26 abr. 2011.

16 LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de Direito Romano.* Edições do Senado Federal, v. 78, Brasília, 2006.

gerais assim especificadas:

> TITULO VIIII
> Do Procurador dos Nossos Feitos.
> Mandamos que o Procurador dos Nossos Feitos seja Leterado, e bem entendido, pera saber espertar, e allegar as coisas, e razooẽs, que a Nossos Direitos perteencem, porque muitas vezes acontece, que por seu bom avisamento os Nossos Desembarguadores som bem enformados, e ainda Nossos Direitos Reaaes acrecentados [...].

Extrai-se do trecho transcrito supra que o Procurador dos Nossos Feitos tinha a função de defender judicialmente os direitos da Coroa, preservando o patrimônio e os bens reais.

Além de tal atribuição, competia ao Procurador dos Nossos Feitos atividades de fiscalização em causas particulares nas quais houvesse interesse da Coroa.

Na mesma linha, o Procurador dos Nossos Feitos também possuía função de suplementar a atuação dos Ouvidores da Corte de Suplicação – figuras completamente diversas do Ouvidor-Geral da colônia, vez que encarregados das apelações nas causas criminais[17] e cíveis[18] –, nos casos de impedimento/suspeição ou divergência entre eles. Eis o que dispunham as Ordenações sobre o tema:

> E quando alguũ dos Ouvidores for occupado per dôor, ou por outra guisa qualquer, ou for sospeito, ou dous

17 HOMEM, Armando Luís de Carvalho. Os oficiais da Justiça central régia nos finais da Idade Média portuguesa (1279-1521). *In: Medievalista*, n. 6, jul/2009. Disponível em: <http://www2.fcsh.unl.pt/iem/medievalista>. Acesso em: 20 mai. 2011.

18 Competia também aos Ouvidores da Corte de Suplicação conhecer das apelações dos feitos cíveis oriundas da sede da Corte ou no perímetro de cinco léguas desse ponto, salvo por especial mandado do Rei.

> Oivodres em desvairo, e nam ouver hi outro Ouvidor, que o veja, Mandamos, que o Nosso Procurador o veja como terceiro; salvo se for em feito, que elle ajudar, ou vogar por Nossa parte, ou da Justiça; que em outros feitos, que nom pertençam a Nós principalmente, ou consecutive, ou a bem da Justiça, nom deve de procurar, porque se se embarguasse de procurar, ou vogar os feitos das partes, nom poderia requerer bem Nossos feitos, nẽ fazer as coisas suso ditas, nem esso meesmo seria despachado para veer os feitos por terceiro por bem da sospeiçom, ou dôor, ou outra occupaçom dos Ouvidores.

Não bastassem todas essas funções, determinou-se ao Procurador dos Nossos Feitos que atuasse nos processos da Justiça, das viúvas, dos órfãos e das pessoas miseráveis, sem levar deles dinheiro.

Assim, percebe-se que o Procurador dos Nossos Feitos acumulava as atribuições: da Advocacia de Estado, porquanto era o responsável pela representação judicial da Coroa; do Judiciário, uma vez que compunha de forma suplementar as tarefas de Ouvidor da Corte; do Ministério Público, visto que atuava na fiscalização do interesse público e do cumprimento das leis da Coroa; e da Defensoria Pública, dada a obrigação de defesa graciosa dos necessitados.

Saliente-se que a função de órgão acusador cabia a particulares e, em sua falta, aos escrivães dos juízos criminais[19].

---

19 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. *In: Revista Latinoamericana de Política Criminal,* v. 2, n. 2, Penal y Estado, p. 139, *apud* SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Ministério Público: aspectos históricos. *In: Revista Eletrônica da Procuradoria da República em Pernambuco,* fev/2004. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Revista-Eletronica/2007-ano-5/Ministerio-Publico-aspectos-historicos>. Acesso em: 4 mai. 2011.

1.2 Ordenações Manuelinas

No ano de 1521, houve importante modificação e especialização de atribuições no sistema da Justiça, com a entrada em vigor das Ordenações Manuelinas[20]. De acordo com a legislação, foi criado o cargo de Promotor da Justiça da Casa de Suplicação, ao qual se atribuiu a atuação nos crimes apenas na Casa de Suplicação e do Cível, de modo que nas cidades, vilas ou qualquer outro lugar do Reino o libelo seria elaborado pelo tabelião ou escrivão do feito.

Cumpre destacar que até o ano de 1609 funcionava no Brasil apenas a Justiça de primeiro grau, que, como visto, não dispunha de órgão especializado do Ministério Público. Sendo assim, ensina Abdon de Mello[21], os processos criminais ainda eram iniciados pela parte ofendida ou *ex-officio*, pelo próprio Juiz ou escrivão, e o recurso era interposto para a Relação de Lisboa.

Ainda, o Promotor era responsável por entregar ao Caminheiro da Casa de Suplicação as Cartas que saíam dos feitos da Justiça, notadamente dos processos que o Procurador dos Nossos Feitos houvesse na Corte, velando pela regularidade das diligências.

Por seu turno, o Procurador dos Nossos Feitos seguiu com funções de representação judicial do Estado e fiscal dos interesses da Coroa em feitos de terceiros. Além disso, foi inserida competência para que atuasse como guardião da jurisdição do Reino, diante de eventual usurpação por parte da Igreja:

---

20 PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas on-line.* Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas>. Acesso em: 26 abr. 2011.

21 *Ministério público rio grandense: subsídios para a sua história.* Porto Alegre: Imprensa Oficial, 1943, p. 13, *apud* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. *In:* SADEK, Maria Tereza (Org.). *Uma introdução ao estudo da Justiça.* Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 68.

> 4 Item o dito Nosso Procurador se enformará, se se trautam alguũs feitos perante os Prelados, ou seus Viguairos, que sejam contra os Nossos Dereitos, e Jurisdiçam, pera o por Nós defender, assi por Dereito Comum, e Ordenações, e artiguos acordados, e aprouados polos Reys que ante Nós foram, como por outro qualquer modo Juridico. E se viir que vsurpam a Nossa Jurisdiçam, ou alguũs outro Dereito Nosso, fale primeiramente com o Regedor, o qual o verá com alguũs Desembarguadores que lhe bem parecer, e acordando-se que pertence a Nós, mandaram chamar o Viguairo aa Rolaçam, e o dito Nosso Procurador com o dito Viguairo falem, e disputem sobre o caso, e se o dito Viguairo nom quiser reconhecer que tal Jurisdiçam, e Dereitos pertencem a Nós, os Desembarguadores lhe mostrem por Dereito como o conhecimento do tal neguocio pertence a Nós, e nom a elle; e quanto nom quiserem conceder, daram Cartas a aquelles contra quem os Viguairos, ou Viguairo proceder, por que os nom euitem, nem prendam por suas censuras, nem leuem delles penas de escomungados, nem guardem, nem executem suas sentenças, nem mandados, como sempre se custumou em semelhantes casos.

Entretanto, no que diz respeito à função de defesa dos hipossuficientes, o texto das Ordenações Manuelinas se quedou omisso, não repetindo a disciplina das Ordenações Afonsinas, que impunham tal dever ao Procurador dos Nossos Feitos.

Demais disso, também foi suprimida do Procurador dos Nossos Feitos a atuação suplementar como Ouvidor da Casa de Suplicação, conforme previam as Ordenações anteriores.

Veja-se que as Ordenações Manuelinas especializaram, ainda que ti-

midamente, as atividades dos atores judiciais, criando o cargo de Promotor da Justiça da Casa de Suplicação para atuar como órgão acusador, função típica do Ministério Público, bem como em atividade judiciária auxiliar, como supervisor das diligências do Caminheiro da Casa.

Já o Procurador dos Nossos Feitos manteve suas competências próprias de Advocacia de Estado (representação judicial do Estado) e de Ministério Público (fiscalização dos interesses públicos), tendo sido retiradas, todavia, as funções de Judiciário (Ouvidor da Casa de Suplicação) e Defensoria Pública (defesa dos necessitados).

Por outro lado, a nova atribuição de guardião da jurisdição do Reino, frente a sua possível usurpação pela Igreja, também pode ser compreendida como típica da Advocacia de Estado, uma vez que se trata de defesa de direito do Poder Público – exercício da jurisdição – frente a entidade privada.

1.3 Ordenações Filipinas

A especialização ensaiada pelas Ordenações Manuelinas é aprofundada no século seguinte pelas Ordenações Filipinas[22], de 1603, promulgadas ao tempo da dominação espanhola sobre Portugal (União Ibérica). Isso porque, além da manutenção do cargo de Promotor da Justiça da Casa de Suplicação, com atribuições de promoção da acusação criminal nas Casas de Suplicação e do Porto[23], o Livro I cindiu em dois o posto de Procurador dos Nossos Feitos: Procurador dos Feitos da Coroa e Procurador dos Feitos da Fazenda.

---

22 PORTUGAL. *Ordenações Filipinas on-line*. Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 26 abr. 2011.

23 A acusação criminal em primeiro grau seguia sendo realizada pelos tabeliães ou escrivães criminais.

Ao Procurador dos Feitos da Coroa, previsto no Título XII, mantiveram-se as funções básicas do Procurador dos Nossos Feitos, vale dizer, a defesa dos direitos da Coroa, a preservação do patrimônio e dos bens reais, a fiscalização dos interesses do Rei em feitos de terceiros, além da defesa da jurisdição do Estado diante de usurpações intentadas pela Igreja.

Contudo, no que diz respeito à atuação em matéria fiscal, as atribuições de defesa do Estado passaram a ser exercidas pelo Procurador dos Feitos da Fazenda, descrito no Título XIII, a fim de impulsionar judicialmente os feitos apreciados previamente pelo Conselho da Fazenda.

Interessante poder concedido ao Procurador dos Feitos da Fazenda se refere à modificação imediata da competência jurisdicional a partir de sua simples intervenção no processo:

> E mandamos, que tanto que o nosso Procurador se oppozer, ou assistir, por o que toca a nossa Fazenda, em quaesquer feitos, que penderem em qualquer outro Juizo, logo sejam remettidos ao Juizo dos ditos feitos da Fazenda, em quaesquer termos que stiverem, sem mais Juiz algum tomar delles conhecimento, assi em todos os Juizos de nossa Corte e Casa da Supplicação, como em outros quaequer de nossos Reinos e Senhorios.

Com isso, constata-se que a separação de atribuições atingiu funções típicas da Advocacia de Estado, as quais, por suas peculiaridades, entendeu-se que deveriam caber a agentes públicos detentores de cargos distintos na estrutura judiciária, a fim de que pudessem funcionar nos feitos cíveis e tributários de forma especializada.

Igualmente, verifica-se uma "tendência de se criar cargo específico para a defesa do Estado nas questões fiscais"[24], as quais em geral movimentam vultoso volume de recursos, vitais para os investimentos públicos, dispensando especial atenção.

Especificamente quanto ao Procurador dos Feitos da Coroa, esse agente público conservou suas funções de Advocacia de Estado, com a representação judicial do Poder Público, aí incluída a defesa da jurisdição da Coroa diante de violações perpetradas pela Igreja, bem como seguiu atuando em seara própria do Ministério Público, oficiando em processos de particulares no interesse real.

2. ADVOCACIA DE ESTADO NO DIREITO COLONIAL E IMPERIAL BRASILEIRO

2.1 Regimento da Relação do Estado do Brasil, de Salvador, de 1609, e Regimento da Relação do Rio de Janeiro, de 1751

Mesmo seguindo na condição de colônia portuguesa, as particularidades encontradas no Brasil e o crescimento de suas atividades econômicas – a colônia contava com aproximadamente 250 engenhos de açúcar[25] – justificaram a criação da Relação do Estado do Brasil, ainda durante a União Ibérica, sob o reinado de Felipe II, em 7 de março de 1609[26], na cidade de Salvador, sede da colônia, evitando que os recursos das causas julgadas no Brasil fossem

---

24 BABILÔNIA, Paulo Álvares. A advocacia pública brasileira no periodo colonial e no império: evolução histórica. *In: Jus Navigandi,* Teresina, ano 15, n. 2.734, 26 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18112>. Acesso em: 8 mai. 2011

25 NOVAIS, Fernando A. *Estrutura e dinâmica do antigo sistema colonial: séculos XVI a XVIII.* 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 48.

26 Apenas três anos após a promulgação das Ordenações Filipinas.

apreciados em Portugal.

A instituição do tribunal estava inserida num contexto de aparelhamento colonial pela Coroa portuguesa, com o desenvolvimento de um aparato próximo do existente na metrópole, ainda que, inicialmente, fossem verificadas características diferentes[27].

Nessa linha, deve-se destacar que não era a primeira vez que se tencionava criar um Tribunal da Relação na colônia:

> O primeiro Tribunal da Relação, criado em 1587 para atuar na Colônia, não chegou a entrar em funcionamento, pois o navio que trazia os dez ministros nomeados acabou não podendo zarpar de Portugal. Posteriormente, o governo da Metrópole constituiu um segundo Tribunal da Relação, oficializado para ocorrer na Bahia, dando-lhe regulamentação em 7 de março de 1609[28].

De acordo com seu Regimento, a Relação do Estado do Brasil seria composta por dez Desembargadores, sendo um deles o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, assim descrito:

> O Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda deve ser muito diligente, e saber particularmente de todas as cousas que tocarem à Coroa e Fazenda, para requerer nellas tudo o que fizer a bem de minha justiça; para o que será sempre presente a todas as audiências que fizer dos feitos da coroa

27 CAMARINHAS, Nuno. O aparelho judicial ultramarino português: o caso do Brasil (1620-1800). *In: Almanack Braziliense da Universidade de São Paulo,* n. 9. São Paulo, mai./2009. Sobre o tema cf. HESPANHA, António M. Estruturas político administrativas do Império português. *In:* MAGALHÃES, Joaquim Romero de (ed.). *Outro mundo novo vimos.* Catálogo da exposição. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001. p. 23-39.

28 WOLKMER, ob. cit., p. 53.

> e fazenda, por minhas Ordenações e extravagantes.
>
> Servirá outrossim o dito Procurador da Coroa e dos feitos da Fazenda de Procurador do fisco e de Promotor de Justiça; e usará em todo o regimento, que por minhas Ordenações é dado ao Promotor de Justiça da Casa da Suplicação e ao Procurador do fisco29.

Desse modo, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda voltou a exercer a plenitude das atribuições de Advocacia de Estado, outrora separadas pelas Ordenações Filipinas – que criara os cargos de Procurador dos Feitos da Coroa e Procurador dos Feitos da Fazenda –, ao lado das funções de fiscal dos interesses da Coroa em feitos de terceiros e da jurisdição real.

Não bastasse isso, foi transferida ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda a atividade de órgão acusador na esfera criminal, antes pertencente ao Promotor de Justiça.

Houve, pois, absorção pelo Procurador da Coroa e Fazenda das atribuições que eram desempenhadas pelo Procurador do Fisco e pelo Promotor de Justiça, na metrópole, e não o contrário, como ocasionalmente se depara com interpretações equivocadas da História do Direito português e brasileiro[30].

Aliás, digno de assentamento é o crasso erro histórico cometido por órgãos do Ministério Público quanto ao início da instituição no Brasil, a exemplo do Ministério Público do Estado da Bahia, que comemorou em 2009 o "IV Centenário do Ministério Público Brasileiro"[31], afirmando que, no Tribunal da Relação do Estado do Brasil, "foi prevista, pela primeira vez no

29 *Apud* MACEDO JÚNIOR, ob. cit., p. 67.

30 GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa duração. *In: Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça.* São Paulo: Fórum, p. 343.

31 Inclusive com a criação de selo próprio e concessão de medalhas a homenageados.

país, a figura do Promotor de Justiça, que atuava também como Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco"[32].

Corrija-se, pois, novamente o grosseiro equívoco: foi o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda que assumiu incumbências de Procurador do Fisco e de Promotor de Justiça, cargos então inexistentes no Brasil.

Note-se que a especialização de funções foi mantida em Portugal, pela previsão dos cargos de Procurador do Fisco e Promotor de Justiça, havendo a concentração de múnus ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda somente na Relação do Estado do Brasil, que integrava sua estrutura como Desembargador.

A Relação de Salvador da Bahia durou até 1624[33], com a invasão da armada holandesa, após várias pressões de diferentes setores da sociedade, bem como por estratégias militares (suspensão da jurisdição criminal), sendo reativada pelo Regimento de 12 de setembro de 1652[34].

De igual maneira, mais de um século depois, em 1751, por meio de Alvará firmado por José I, foi instituída a Relação do Rio de Janeiro[35], com formatação idêntica à da Relação do Estado do Brasil[36], de Salvador, notadamente quanto à concentração de funções pelo Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda.

A criação da Relação do Rio de Janeiro foi motivada pela distância geográfica frente à da população do Sul do Brasil, ocasionando demandas morosas

---

32 BRASIL. Ministério Público do Estado da Bahia. *IV Centenário do Ministério Público Brasileiro: a história do Ministério Público do Estado da Bahia/1609-2009.* Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/eventos/2009/setembro/dia_03.html>. Acesso em: 15 mai. 2011.

33 SCHWARTZ, Stuart B. *Sovereignty and Society in Colonial Brazil. The High Court of Bahia and Its Judges, 1609-1751.* Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1973.

34 *Idem,* p. 180 e ss.

35 RUSSEL-WOOD, Anthony John R. A dinâmica da presença brasileira no Índico e no Oriente. Séculos XVI-XIX. *In: Topoi,* Rio de Janeiro, set. 2001, pp. 9-40.

36 WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808).* Renovar: Rio de Janeiro, 2004, p. 121.

e dispendiosas[37]. Tal tribunal reduziu a competência territorial da Relação de Salvador, anteriormente destinada a todo o Brasil, às regiões do norte da colônia.

2.2 Juntas da Real Fazenda

A par dos órgãos jurisdicionais implantados no Brasil em que atuavam os integrantes da Advocacia de Estado, importa historiar a criação das Juntas da Real Fazenda, órgãos administrativos criados a partir da década de 1760, como corolário da constituição do Erário Régio em Portugal, no ano de 1761[38], tendo duração até a declaração de Independência do Brasil, quando passaram a ser denominadas Juntas da Fazenda Nacional.

Em geral, as Juntas eram presididas pelo Governador ou Capitão-Geral, e tinham como deputados o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, o Tesoureiro, o Contador e o Escrivão da Junta. Evidentemente, sua composição comportava alterações conforme a capitania, com a inclusão de Intendentes da Marinha e Armazéns Reais (capitanias litorâneas), Ouvidores, Juízes de fora, e até mesmo pelo Vice-Rei e o Chanceler da Relação[39].

Tais Juntas tinham a função de licitar os contratos para a arrecadação dos impostos, o julgamento de processos e recursos fiscais, a realização das despesas, a escrituração da receita e despesa, a tomada de contas dos responsáveis por bens e dinheiros públicos, e a administração do patrimônio da Coroa[40].

No que diz respeito ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, constata-se que sua inclusão como membro das Juntas da Real Fazenda

37 CALMON, Pedro. *História da Civilização Brasileira.* 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935, p. 133-134.

38 LUGON, Luiz Carlos de Castro. *Ética da Administração Pública em juízo.* Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nov. 2006, p. 201.

39 BRASIL. Ministério da Fazenda. Juntas da Real Fazenda. *In: Rede da Memória Virtual Brasileira.* Disponível em: <http://bndigital.bn.br/redememoria/juntafazenda.html>. Acesso em: 10 abr. 2011.

40 CARNEIRO de MENDONÇA, *O Erário Régio no Brasil.* Leis do Brasil, 1825, *apud* BRASIL, ob. cit.

corrobora a relevância de tal figura para estabelecer os marcos jurídicos da Administração Pública, enfatizando a faceta de consultor jurídico de tal agente público. Também deve ser realçado o fato de que, mesmo em se tratando de matéria fiscal, não havia sido criado, até então, cargo específico no Brasil para a atuação da Advocacia de Estado nessa seara.

2.4 Regulamento da Casa de Suplicação do Brasil, de 1808

Após a transferência da sede da colônia de Salvador para o Rio de Janeiro, em 1763, em razão do desenvolvimento econômico da Região Sudeste, alavancada principalmente pela mineração, e da fuga da família real ao Brasil, ocorrida em janeiro de 1808[41], a Relação do Rio de Janeiro foi transformada em Casa de Suplicação do Brasil.

A Casa de Suplicação do Brasil possuía idêntica estatura institucional de sua similar em Portugal, destinada a se constituir na última instância recursal, representando, pois, o início de uma Justiça inteiramente nacional[42].

Outrossim, a instituição de tal tribunal implicou o fim de aproximadamente dois séculos de concentração de poderes pelo Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, porquanto o Regulamento da Casa de Suplicação do Brasil, Alvará de 10 de maio de 1808[43], editado pelo Rei João VI, criou na colônia, enfim, a figura do Promotor de Justiça.

O órgão era composto por 23 Ministros, assim discriminados:

---

41 STEIN, Stanley J.; STEIN, Barbara H. *A herança colonial da América Latina: ensaios de dependência econômica.* Trad. José Fernandes Dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 86.

42 PARANHOS, Paulo. A Casa da Suplicação do Brasil. *In: Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores em História e Genealogia,* a. 4, n. 4, 1997, p. 7.

43 BRASIL. Leis Históricas: Alvará de 10 de maio de 1808. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_25/alvar1005.htm>. Acesso em: 8 mai. 2011.

> A Casa de Supplicação do Brazil se comporá além do Regedor que eu houver por bem nomear, do Chanceller da Casa, oito Desembargadores dos aggravos, de um Corregedor de Crime da Côrte e Casa, de um juiz dos Feitos da Corôa e Fazenda, de um Procurador dos Feitos da Corôa e Fazenda, de um Corregedor do Civil da Côrte, de um Juiz da Chancellaria, de um Ouvidor do Crime, de um Promotor de Justiça e de mais seis extravagantes.

Dessa maneira, previu-se, dentre os Ministros, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda e o Promotor de Justiça, sendo esse o momento em que as funções de ambos passaram a ser exercidas por titulares de cargos distintos. Quanto aos feitos de índole fiscal, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda permaneceu atuando em tais demandas.

Ressalte-se que a Casa de Suplicação do Brasil foi instalada somente em 30 de julho de 1808, funcionando com apenas três Desembargadores dos agravos, um Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, um Ouvidor do crime, e seis Desembargadores extravagantes, que também funcionaram, respectivamente, como Corregedor do Crime, Corregedor dos Feitos da Fazenda, Juiz dos Feitos da Coroa e Corregedor do Cível. Apenas em 6 de agosto daquele ano seria nomeado o Promotor de Justiça da Casa de Suplicação[44].

2.5 Decretos posteriores e Constituição de 1824

Pouco antes da proclamação da Independência do Brasil, registra-se a criação, pelo Decreto de 28 de março de 1821, de outro cargo da Advocacia de Estado, o Procurador Fiscal do Real Erário, especialmente para realizar a consultoria jurídica no âmbito extrajudicial junto ao Presidente do Real Erário. Novamente, se identifica a disposição de se criar cargo próprio para

44 PARANHOS, ob. cit., p. 8.

atuar em matéria fiscal.

Outro ato normativo significativo, dessa vez após a instituição do Império do Brasil, foi o Decreto de 18 de junho de 1822[45], que, ao implementar o Tribunal do Júri em terras brasileiras, com competência para julgar crimes de imprensa, atribuiu ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda[46] a função de órgão acusador e *custos legis* no que se referisse a tais delitos, mesmo diante da existência do cargo de Promotor de Justiça:

> Corregedor do Crime da Côrte e Casa, que por este nomeio Juiz de Direito nas causas de abuso da liberdade da imprensa, e nas Provincias, que tiverem Relação, o Ouvidor do crime, e o de Comarca nas que a não tiverem, nomeará nos casos occurrentes, e a requerimento do Procurador da Corôa e Fazenda, que será o Promotor e Fiscal de taes delictos, 24 cidadãos escolhidos de entre os homens bons, honrados, intelligentes e patriotas, os quaes serão os Juízes de Facto, para conhecerem da criminalidade dos escriptos abusivos.
>
> […]
>
> E para que o Procurador da Corôa e Fazenda tenha conhecimento dos delictos da imprensa, serão todas as Typographias obrigadas a mandar um exemplar de todos os papeis, que se imprimirem […].

No entanto, a nova concentração de funções pelo Procurador da Coroa e Fazenda não durou muito tempo. Cerca de um ano depois, ante a publicação do Decreto de 5 de junho de 1823, tal agente foi dispensado da competência que anteriormente lhe fora outorgada em razão da impossibilidade de exercer

45 *Apud* BABILÔNIA, ob cit.

46 Denominado, na ocasião, de Procurador da Coroa e Fazenda.

o mister sem prejuízo de suas atividades ordinárias, porquanto sequer contava com ajudante. Assim, a função acusatória e de fiscal da lei nos crimes de competência do Tribunal do Júri foram repassadas ao Promotor das Justiças da Casa de Suplicação.

Curioso observar que, muito embora em todos os atos normativos editados desde a colônia o Procurador da Coroa e Fazenda e o Promotor de Justiça[47] fossem considerados membros das respectivas Relações ou Casas, somente com o Decreto susomencionado há sua nominação expressa como "Desembargador Procurador da Corôa, Soberania e Fazenda Nacional" e "Desembargador Promotor das Justiças da Casa da Suplicação":

> Attendendo a que o Desembargador Procurador da Corôa, Soberania e Fazenda Nacional, pelo laborioso trabalho destes logares, que serve sem Ajudante, não pode preencher as funcções de Promotor Fiscal dos Delictos da liberdade da imprensa, em conformidade com o Decreto de 18 de Junho de 1822, sem que soffra grande atrazo o expediente dos muitos negócios inherentes aquelles logares: Hei por bem desoneral-o do referido serviço de Promotor Fiscal do Juizo dos Jurados, e nomeiar para lhe succeder ao Desembargador Promotor das Justiças da Casa da Supplicação, que servirá segundo a disposição do citado decreto.

Outro Decreto, de 21 de fevereiro de 1824, editado há um mês da primeira Constituição brasileira, incumbiu ao Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional a função de *custos legis* nos casos de processos envolvendo apreensão de embarcações inimigas, obrigando que fosse previamente ouvido no segundo grau de jurisdição, antes de ser proferida a decisão pelo Tribunal[48].

Em 25 de março de 1824, foi promulgada a *Constituição Política do*

47 Quando houvesse.
48 BABILÔNIA, ob. cit.

Império do Brazil[49], a qual fez referência expressa ao Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, prevendo, em seu art. 48, combinado com os arts. 38 e 47, inciso I, sua atribuição para exercer a acusação nos crimes de competência do Senado, cuja função acusatória não pertencesse à Câmara dos Deputados.

Dessa maneira, infere-se que o cargo de Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, ou seja qual fosse a denominação imputada ao agente público exercente da Advocacia de Estado, estava consolidado na formação do Estado brasileiro, inserido como função imprescindível no sistema da Justiça, assumindo até mesmo, em determinados momentos, encargos que extrapolavam seu regular mister.

2.6 Atos normativos posteriores à Constituição de 1824

Constituído o Império, houve, em 1829, a instalação do Supremo Tribunal de Justiça[50], em substituição à Casa de Suplicação do Brasil, após previsão por Lei de 18 de setembro de 1828[51].

No âmbito da Advocacia de Estado, houve também importantes modificações.

A cobrança da ação executiva contra os devedores da Fazenda Nacional foi disciplinada pelo Decreto de 18 de agosto de 1831, encabeçada pelos Procuradores da Fazenda Nacional, tanto na Corte, quanto nas Províncias[52].

---

49 BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 8 mai. 2011.

50 Que viria a se tornar o Supremo Tribunal Federal.

51 CARDOSO, Antonio Pessoa. O Judiciário Na Monarquia. *In: Academia Brasileira de Direito,* jan./2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=>. Acesso em: 25 mai. 2011.

52 SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A advocacia pública e a crise no Estado-Nação. *In: Âmbito Jurídico,* Rio Grande, n. 2, 31 ago. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5467>. Acesso em: 8 jun. 2011.

Nesse quadrante, sobreveio a Lei nº 242, de 29 de novembro de 1841[53], que criou o cargo de Procurador da Fazenda nos Juízos de Primeira Instância, restabelecendo foro privativo paras as causas da Fazenda Nacional ao implementar o Juízo Privativo dos Feitos da Fazenda de Primeira Instância e instituindo o duplo grau de jurisdição obrigatório[54].

A atuação dos Procuradores da Fazenda em Primeira Instância era assim definida:

> Art. 6º Nas Capitaes das Provincias serão os Procuradores de Fazenda em Primeira Instancia para a promoção e defesa de todas as causas da Fazenda Nacional, os mesmos que forem Procuradores Fiscaes das Thesourarias, e seus Ajudantes. Na Côrte haverá um Procurador especial, denominado Procurador da Fazenda nos Juizos de Primeira Instancia, nomeado pelo Governo.

Portanto, o Procurador da Fazenda em Primeira Instância, oficiava somente nas causas que tramitavam na Corte, pois nas capitais das Províncias (Bahia e Pernambuco), a atribuição cabia aos Procuradores Fiscais das Tesourarias, e seus Ajudantes. Além disso, na Segunda Instância, permaneceu a competência do Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional para representar o Poder Público em juízo[55].

---

53 BRASIL. Lei nº 242, de 29 de novembro de 1841. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=82489&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 8 mai. 2011.

54 "Art. 13. Serão appelladas ex-officio para as Relações d districto todas as sentenças que forem proferidas contra a Fazenda Nacional em primeira Instancia, qualquer que seja a natureza dellas, e o valor excedente a cem mil réis, comprehendendo-se nesta disposição as justificações, e habilitações de que trata o art. 90 da lei de 4 de Outubro de 1831: não se entendendo contra a Fazenda Nacional as sentenças que se proferirem em causas de particulares, a que os Procuradores da Fazenda Nacional sómente tenhão assistido, porque destas só se appellará por parte da Fazenda, se os Procuradores della o julgarem preciso".

55 BABILÔNIA, ob. cit.

Ademais, por meio do Decreto nº 736, de 20 de novembro de 1850[56], foi criado o Tribunal do Tesouro Público, de cunho administrativo, e como seu membro o Procurador Fiscal do Tesouro, cujo titular, nomeado pelo Imperador, exercia a função de consultoria jurídica das normas tributárias, solução do contencioso administrativo quanto às matérias fiscais e coordenação das lides judiciais sobre a Fazenda, embora não exercesse diretamente a representação do Poder Público em juízo[57]:

Art. 26. Incumbe especialmente ao Procurador Fiscal de Thesouro:

> § 1º Vigiar que as Leis de Fazenda sejão fielmente executadas, solicitando as providencias que para esse fim forem necessarias.
>
> § 2º Dar o seu parecer verbalmente ou por escripto respeito de todos os negocios da Administração da Fazenda que versarem sobre intelligencia de Lei, não podendo ser decidida questão alguma, que exija exame de Direito, sem sua audiencia.
>
> § 3º Cumprir e fazer cumprir as disposições do Art. 24 fiscalisando a marcha das execuções da Fazenda Publica; indicando os meios legaes, quer seja para defender o direito, os interesses da mesma Fazenda, quer para compellir os devedores remissos; dando instruções ao Procurador dos Feitos da Fazenda na Côrte, e aos Procuradores Fiscaes nas Provincias, para o melhor andamento das causas; e representando ao Tribunal a negligencia dos Juizes, e mais Funccionarios encarregados dellas.

56 BRASIL. Decreto nº 736, de 20 de novembro de 1850. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=80654&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 8 mai. 2011.

57 BABILÔNIA, ob. cit.; SZKLAROWSKY, Ob. cit.

> § 4º Assistir a todas as arrematações de bens, rendas, ou contractos que se fizerem no Thesouro, ou por ordem do Ministerio da Fazenda, e fiscalisar a sua legalidade.
>
> § 5º Verificar os requisitos e condições legaes das fianças, ou hypothecas dos Thesoureiros, Recebedores, Pagadores, Almoxarifes, e mais pessoas que as devão prestar ao Thesouro.
>
> § 6º Requerer ao Presidente do Tribunal que mande fazer effectiva a responsabilidade dos Empregados de Fazenda, de cujos delictos ou erros de officio tiver conhecimento.
>
> § 7º Ministrar aos Procuradores da Coroa Soberania e Fazenda Nacional, e aos Procuradores dos Feitos da Fazenda todas as informações e documentos, que forem necessarios para defender o direito e interesses da mesma Fazenda nas causas que lhes compete advogar.

Nesse eito, registra-se, em abril de 1859, a publicação do Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional, escrito por Agostinho Marques Perdigão Malheiros, Procurador da Fazenda Nacional na Corte e Província do Rio de Janeiro, organizando as normas e precedentes judiciais e administrativos, a fim de permitir o melhor desempenho da função, "porque, antecipava o mestre, com extrema sensibilidade, a lei deve ser de todos conhecida e não privilégio ou monopólio de alguns"[58].

Também, cumpre noticiar a aprovação, em 1864, pela Câmara dos Deputados, de parte da proposta de Reforma Judiciária[59], concedendo ao

---

58 MALHEIROS, Agostinho Marques Perdigão. *Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional nos Juizos de Primeira Instancia.* 2. ed., Rio de Janeiro: E. &. H. Laemmert, 1873, apud SZKLAROWSKY, ob. cit.

59 Desde aquela época já se falava em reforma do Judiciário.

Procurador da Coroa e Fazenda Nacional, que já compunha as Relações como Desembargador, a função de julgar nas causas em que não tivesse interesse a Fazenda Nacional, o que despertou preocupações no Deputado Ribeiro da Luz, menos pela ambiguidade das atribuições e mais pela impossibilidade prática de se utilizar do membro da Advocacia de Estado como julgador, vez que a maioria das causas era passível de intervenção pela Fazenda:

Reforma Judiciária, Sessão de 20 de julho de 1864

> [...]
>
> O Sr. Ribeiro da Luz: -[...] Além disto, reduzido o pessoal a cinco membros, sendo um sempre impedido e o outro quasi sempre, que é o procurador da corôa, pergunto: como ha de preencher qualquer falta resultante do impedimento ou da vaga a respeito dos desembargadores? [...].
>
> Um Sr. Deputado: -Pelo projecto o procurador da corôa póde julgar.
>
> O Sr. Ribeiro da Luz: - Naquelles feitos em que não estiver impedido; mas o nobre deputado sabe que na maior parte das causas a fazenda nacional é mais ou menos interessada[60].

60 BRASIL. Annaes do Parlamento Brazileiro, Segundo Anno da Duodécima Legislatura, sessão de 1864, tomo III. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve & C., p. 179-180.

Após os debates, a proposta foi acatada em sessão posterior:

> Reforma Judiciária, sessão de 22 de julho de 1864
>
> [...]
>
> Procede-se à votação dos arts. 3º e 4º da proposta do poder executivo relativo à reforma judiciaria, e approvado o art. 4º, e ómente o § 2º do 3.º
>
> Foram tambem approvadas as seguintes emendas:
> « Substitua-se o art. 3º e o § 1º pelos seguintes:
>
> « Art. 3.º Além das relações actuaes haverá mais sete, cujas sédes serão nas capitaes de Goyaz, Mato-Grosso, Pará, Cerá, S. Paulo, Rio-Grande do Sul e Minas. O governo designará os districtos de todas as relações, consultando o principio da commodidade dos povos.
>
> [...]
>
> « Substitua-se o n. 4 pelo seguinte com a numeração de 3º:
>
> « Os procuradores da corôa e fazenda nacional, nas provincias, serão juizes nas causas em que não forem impedidos61.

De igual modo, o Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, previu que os Desembargadores Procuradores da Coroa das Relações das Províncias

61 BRASIL. Ob. cit., p. 209.

participariam da distribuição dos feitos em que não interviessem como Promotores de Justiça ou Procuradores da Fazenda Nacional. Contudo, os Procuradores da Relação da Corte foram excepcionados de tal função:

> Art. 70. Os feitos civeis serão vistos e julgados na Relação por tres Juizes, inclusive o relator, que deverá fazer por escripto o relatorio da causa estabelecido pelo Regulamento nº 1597 do 1º de Maio de 1855, seguindo-se os demais termos desde o art. 39. até o art. 44 do citado Regulamento.
>
> § 1.º A' excepção do desembargador procurador da corôa da relação da côrte, os das outras relações entrarão na ordem de julgadores do respectivo tribunal, sujeitos á distribuição dos feitos em que não tenham de intervir como promotores da justiça, ou como procuradores da fazenda nacional[62].

Por outro lado, definiu-se que o Juiz de Direito poderia servir de Procurador da Coroa nos mesmos casos em que era chamado para substituir os demais Desembargadores nas funções de julgar[63].

No que diz respeito às funções típicas da Advocacia de Estado, vê-se que o Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional atuava, na parte consultiva, proferindo pareceres inclusive a Magistrados, diante de dúvidas sobre a interpretação da lei[64].

---

62 BRASIL. *Novissima Reforma Judiciaria e seus respectivo regulamento: annotados com cerca de cem avisos.* Brasília: Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http:/bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 28 mai. 2011.

63 *Idem, ibidem.*

64 "O juiz de dreito da comarca de Piracuruca, da província do Piauhy, consultou ao governo imperial — se um réo accusado pelo crime inafiançavel do

Ainda, com o Decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874[65], o Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional teve especificadas atribuições de Advocacia de Estado[66], voltando a concentrar também tarefas de Ministério Público perante as Relações das Províncias, tanto no âmbito da representação judicial quanto da consultoria jurídica, além de exercer função jurisdicional nesses tribunais.

Assim, no fim do Império, a Advocacia de Estado começava a se tornar uma estrutura complexa, dada a sua especialização e necessária difusão, ultrapassando em alguns momentos suas funções regulares para contribuir com a Justiça, de modo que, mesmo os desvios de função com a finalidade de exercer tarefas jurisdicionais, antes de diminuir os Advogados de Estado, refletiam, no contexto da época, a importância de tais agentes estatais.

3 ADVOCACIA DE ESTADO COMO MATRIZ DAS PROCURATURAS CONSTITUCIONAIS

Como visto, desde sua criação no Brasil, a Advocacia de Estado integra o sistema da Justiça, existindo indissociável relação entre a função jurisdicional e a atribuição de representação judicial do Estado e de consultoria jurídica da

---

art. 222, 1,ª parte do cod. crim., e condemnado ás penas da 2.ª parte do mesmo art., podia obter fiança, appellando da sentença de jury qne alterou a classificação do delicto. E Sua Magestade o Imperador, a quem foi presente o citado officio, visto o parecer do procurador da corda, soberania e fazenda nacional da Relação do Rio de Janeiro, manda declarar a V. Exc, para que o faça constar ao referido juiz, que no caso figurado não tem lugar a fiança, porque, sendo a pena imposta de prisão simples, a appellação não produz effeito suspensivo, conforme dispoem os arts. 83 § 1.º da lei de 3 de dezembro de 1841 e 458, § 1.º do Reg. n. 120 de 31 de janeiro de 1842. Manoel Antonio Duarte de Azevedo .— Sr. presidente da provincia do Piauhy. — Av. de 30 de junho de 1873" (BRASIL. Ob. cit.).

65 BRASIL. Decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=75263&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 8 mai. 2011.

66 ROCHA, Mário Túlio de Carvalho. A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais. *In: Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 223, jan./mar. 2001, p. 174.

Administração Pública.

Tanto é verdade que, desde a Casa de Suplicação de Portugal, passando pela Governadoria-Geral e Relações do Brasil, até chegar à Casa de Suplicação do Brasil, o Procurador Estatal integrava tais tribunais como seu membro, recebendo por vezes o título de Desembargador ou Ministro, conforme o caso. Ademais, em algumas ocasiões, os membros da Advocacia de Estado exerceram funções jurisdicionais, quando não houvesse impedimento em razão do interesse da Coroa.

É evidente que, consoante advertido alhures, na colônia e no Império brasileiro inexistia separação de poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, conceito que veio a ser adotado no país apenas com a proclamação da República. Contudo, não restam dúvidas de que a atividade da Advocacia de Estado sempre foi compreendida como essencial à função jurisdicional do Poder Público, quando não com ela confundida.

Nessa senda, de todas as Procuraturas Constitucionais referidas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto[67] – Advocacia Pública *stricto sensu* ou Advocacia de Estado, Ministério Público e Defensoria Pública –, a Advocacia de Estado foi a primeira a ter definidos seus caracteres essenciais, mantendo institucionalmente suas atribuições precípuas durante todo o período colonial e imperial brasileiro.

Realmente, desde as Ordenações Afonsinas, o Procurador dos Nossos Feitos era o responsável pela representação da Coroa em juízo, o que foi repetido e incrementado pelas Ordenações Manuelinas, que previram sua competência como guardião da jurisdição do Reino, diante de eventual usurpação pela Igreja.

Por seu turno, as Ordenações Filipinas, além de manterem sobreditas atribuições, dividiram funções entre a própria Advocacia de Estado, de modo que o Procurador dos Feitos da Coroa exercia suas atividades em matérias ordinárias e o Procurador dos Feitos da Fazenda atuava nos processos de índole fiscal.

---

67 Ob. cit., p. 56.

Ao ser constituída a Relação do Estado do Brasil, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda voltou a ser a única figura da Advocacia de Estado, exercendo a integralidade das atribuições de representação judicial do Poder Público. Tais funções foram conservadas quando da instituição da Relação do Rio de Janeiro e da Casa da Suplicação do Brasil, ressaltando-se que, no período, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda também atuava na consultoria jurídica da Administração Pública, tanto que compunha as Juntas da Real Fazenda, a fim de dar segurança jurídica às suas decisões. Nesse eito, com o objetivo de fortalecer a consultoria jurídica na área fiscal, criou-se, em 1821, o cargo de Procurador Fiscal do Real Erário.

Com o advento do Império, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda se tornou Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, com as mesmas funções, e a Advocacia de Estado passou a contar com o cargo de Procurador da Fazenda Nacional, específico para a cobrança da ação executiva contra os devedores da Fazenda Nacional, e Procurador da Fazenda nos Juízos de Primeira Instância, atuando somente nas causas que tramitavam na Corte, sendo que nas capitais das Províncias o encargo seria dos Procuradores Fiscais das Tesourarias, e seus Ajudantes.

Além disso, a Advocacia de Estado se fez novamente presente como base da consultoria jurídica da Administração Pública na instituição do Tribunal do Tesouro Público, ocupando o posto de Procurador Fiscal do Tesouro, exclusivamente administrativo, com a tarefa de realizar as atividades consultivas das normas tributárias, além de atuar no contencioso administrativo fiscal e coordenar os feitos judiciais envolvendo essa matéria.

Tal rota no período colonial e imperial autoriza a conclusão de que a Advocacia de Estado manteve, desde a gênese, seus principais elementos, sendo a primeira das Procuraturas Constitucionais a estabelecer claramente as suas atribuições elementares – representação judicial do Estado e consultoria jurídica da Administração Pública –, as quais foram conservadas no lapso objeto deste estudo.

O fato de terem ocorrido algumas especializações por área de atuação,

antes de ilidir essa inferência, a confirma, porquanto os postos instituídos nesse período também estão compreendidos na Advocacia de Estado, estruturando sua atuação para que se tornasse mais eficaz diante dos crescentes desafios de um país em pleno desenvolvimento.

Além de tudo isso, verifica-se que as demais Procuraturas Constitucionais – essas, sim – foram forjadas a partir da matriz da Advocacia de Estado.

Realmente, as funções precípuas do Ministério Público – acusação criminal e fiscalização do interesse público em processos judiciais – e da Defensoria Pública – defesa dos hipossuficientes – foram desempenhadas inicialmente pela Advocacia de Estado, sendo, ulteriormente, entregues a essas instituições.

Ora, desde as Ordenações Afonsinas o Procurador dos Nossos Feitos exercia atividades de fiscalização do interesse público em causas de particulares, atuando também nos processos da Justiça, das viúvas, dos órfãos e das pessoas miseráveis, sem levar deles dinheiro.

Com as Ordenações Manuelinas, foi criado o cargo de Promotor da Justiça da Casa de Suplicação, competente para atuar como acusador criminal apenas na Casa de Suplicação e do Cível, mantida a atribuição do Procurador dos Nossos Feitos, tipicamente ministerial, de fiscal dos interesses da Coroa em feitos de terceiros, sendo, no entanto, eliminada sua função de defensor dos necessitados. Tal orientação foi repetida no que se refere ao Procurador dos Feitos da Coroa, previsto pelas Ordenações Filipinas.

Após, já tratando do Direito Colonial exclusivamente brasileiro, ao se instituir a Relação do Estado do Brasil, em Salvador, no ano de 1609, e, posteriormente, a Relação do Rio de Janeiro, em 1751, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda não só permaneceu com atividades de fiscalização do interesse público em processos envolvendo particulares, como teve expressamente atribuído a si o múnus de órgão acusador na esfera criminal, pertencente, em Portugal, ao Promotor de Justiça.

Apenas em 1808, com o advento da Casa de Suplicação do Brasil, que previa em sua composição também o Promotor de Justiça, o Procurador dos

Feitos da Coroa e Fazenda deixou de exercer tarefas precípuas do Ministério Público, passando a se ocupar apenas de suas atribuições de membro da Advocacia de Estado.

Em junho de 1822, registrou-se tentativa de se incumbir ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda a acusação criminal e função de *custos legis* nos crimes de imprensa, o que foi abolido no ano seguinte, dada a inviabilidade de atuar nessas hipóteses em detrimento de suas funções típicas, repassando-se a atribuição ao Promotor de Justiça da Casa de Suplicação.

Igualmente, às vésperas da promulgação da Constituição de 1824, o Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional teve devolvida a atuação como *custos legis* nos processos envolvendo apreensão de embarcações inimigas, e, na própria Carta Política do Império, foi previsto que tal agente seria o órgão acusador nos crimes de competência do Senado, nos quais tal função não fosse da Câmara dos Deputados. Não foi diferente a previsão, em Decretos de 1871 e 1874, de atribuições de Ministério Público ao Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional perante as Relações das Províncias.

Ressoa óbvio, pois, que a Defensoria Pública e, principalmente, o Ministério Público nasceram a partir do modelo da Advocacia de Estado, tendo se desenvolvido a partir dessa raiz comum.

Realmente, mesmo que a separação entre tais Procuraturas tenha sofrido desdobramentos diversos após o fim do Império brasileiro até a atualidade, sob a vigência da Constituição de 1988 – períodos não abordados neste trabalho –, com marchas e contramarchas, da análise do período colonial e imperial no Brasil é possível constatar que o desenvolvimento de cada uma delas adveio do mesmo núcleo: a Advocacia de Estado.

Isso refuta, inclusive, a ideia dominante de que a Advocacia de Estado no Brasil teria raiz no Ministério Público, ou que teriam origem comum[68].

Ora, tais afirmações se baseiam em estudos não aprofundados no que diz com a História do Direito brasileiro, que partem de bibliografia distorcida

68 OMMATI, Fides Angélica. *Advocacia pública: algumas reflexões*. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14039-14040-1-PB.htm>. Acesso em 12 mai. 2011.

ao longo dos anos e, noutros casos, ao introduzir estudos sobre a Advocacia de Estado, se limitam a examinar tal instituição apenas a partir da Constituição de 1988 ou, nas hipóteses em que há maior elasticidade temporal, da Carta Republicana de 1891.

Na verdade, ocorre o inverso. A Advocacia de Estado, como a primeira dentre as atuais Procuraturas Constitucionais a ter contornos definidos no Estado brasileiro, foi a matriz para o nascimento do Ministério Público e da Defensoria Pública, formando as Procuraturas Constitucionais como são conhecidas atualmente, consequência da natural especialização da burocracia estatal, a fim de torná-la mais eficiente.

CONCLUSÕES

Desde a colonização portuguesa em terras brasileiras, a partir de 1500, o Brasil se sujeitava às normas impostas por Portugal. Nessa época a jurisdição se dava por meio das capitanias hereditárias, tendo sido instituído, em 1548, o Governo Geral do Brasil, organizando-se a Administração Pública e a Justiça na colônia, concentrando-se o poder político e administrativo na pessoa do Governador-Geral ou Vice-Rei, que era assessorado juridicamente pelo Ouvidor-Geral, que também exercia a atividade jurisdicional, direta ou indiretamente, atuando em correição sobre as atividades dos juízes ordinários.

Simultaneamente, na metrópole, vigiam as Ordenações Afonsinas, de 1446, em que se previu a figura do Procurador dos Nossos Feitos, que tinha como atribuição defender judicialmente os direitos da Coroa, preservando o patrimônio e os bens reais, e fiscalizar os interesses da Coroa em causas particulares, além de suplementar a atuação dos Ouvidores da Corte de Suplicação e atuar nos processos da Justiça, das viúvas, dos órfãos e das pessoas miseráveis, sem levar deles dinheiro, acumulando, assim, atividades de da Advocacia de Estado, Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública.

Já com a vigência das Ordenações Manuelinas, em 1521, foi criado o cargo de Promotor da Justiça da Casa de Suplicação, com atuação nos crimes na Casa de Suplicação e do Cível, seguindo o Procurador dos Nossos Feitos com funções de representação judicial do Estado, fiscal dos interesses da Coroa em feitos de terceiros. Ademais, foi-lhe concedida nova atribuição para atuasse como guardião da jurisdição do Reino, diante de eventual usurpação por parte da Igreja, exercendo, pois, competências próprias de Advocacia de Estado e de Ministério Público. No tocante à defesa dos necessitados, e à atuação suplementar como Ouvidor da Casa de Suplicação, nada dispuseram as Ordenações Manuelinas.

Em 1603, com as Ordenações Filipinas, de 1603, manteve-se o cargo de Promotor da Justiça da Casa de Suplicação e dividiu-se em dois o posto de Procurador dos Nossos Feitos: Procurador dos Feitos da Coroa e Procurador dos Feitos da Fazenda, cabendo ao primeiro as funções básicas do Procurador dos Nossos Feitos e ao último a atuação em matéria fiscal, impulsionando judicialmente os feitos apreciados previamente pelo Conselho da Fazenda.

Ainda sob a União Ibérica, o crescimento das atividades econômicas no Brasil ensejou a criação da Relação do Estado do Brasil, em 1609, na cidade de Salvador, sede da colônia, composta por dez Desembargadores, dentre eles o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, que voltou a exercer de forma plena as atribuições de Advocacia de Estado, antes cindidas, ao lado das funções de fiscal dos interesses da Coroa em feitos de terceiros e da jurisdição real. E mais: passou a exercer a função de órgão acusador na esfera criminal, pertencente, em Portugal, ao Promotor de Justiça. Em 1751, instituiu-se, com formato idêntico, a Relação do Rio de Janeiro justificada pela distância geográfica frente à população do Sul do Brasil.

Afora a atuação nos órgãos jurisdicionais, os integrantes da Advocacia de Estado atuavam também nas Juntas da Real Fazenda, órgãos administrativos criados a partir da década de 1760, nas quais figuravam ao lado das maiores autoridades, cabendo-lhe realizar a orientação jurídica da Administração Pública dentro do órgão.

Com a transferência da sede da colônia de Salvador para o Rio de Janeiro, a Relação do Rio de Janeiro foi alçada, em 1808, ao *status* de Casa de Suplicação do Brasil, que significou o fim de aproximadamente dois séculos de concentração de poderes pelo Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, dada a criação, na colônia, do cargo de Promotor de Justiça.

Destaque-se que, às vésperas da proclamação da Independência do Brasil, foi criado o cargo de Procurador Fiscal do Real Erário, para efetuar a consultoria jurídica no âmbito extrajudicial junto ao Presidente do Real Erário, e, logo após a instituição do Império do Brasil, foi implantando o Tribunal do Júri em terras brasileiras, com competência para julgar crimes de imprensa, atribuindo-se ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda a função de órgão acusador e *custos legis* quanto a esses delitos, o que durou cerca de um ano, dado o prejuízo às atividades do membro da Advocacia de Estado, repassando-se tais competências ao Promotor das Justiças da Casa de Suplicação.

A Constituição Política do Império do Brazil, de 1824, mencionou o Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, em passagem na qual elencava sua atribuição para atuar na acusação de crimes de competência do Senado, cuja função acusatória não pertencesse à Câmara dos Deputados.

Após a instituição do Império, houve importantes modificações, com a disciplina da atividade dos Procuradores da Fazenda Nacional, para exercer a cobrança da ação executiva contra os devedores da Fazenda Nacional, em 1831. Além disso, foi criado o cargo de Procurador da Fazenda nos Juízos de Primeira Instância, em 1841, bem como o Tribunal do Tesouro Público, em 1850, tendo como seu membro o Procurador Fiscal do Tesouro, com a função de consultoria jurídica das normas tributárias, solução do contencioso administrativo quanto às matérias fiscais e coordenação das lides judiciais sobre a Fazenda, embora não exercesse diretamente a representação do Poder Público em juízo.

Além disso, a proposta de Reforma Judiciária atribuía ao Procurador da Coroa e Fazenda Nacional, a função de julgar nas causas em que não

tivesse interesse a Fazenda Nacional, o que foi previsto também pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871. O Decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874, definiu-lhe atribuições de Ministério Público perante as Relações das Províncias, tanto no âmbito da representação judicial quanto da consultoria jurídica, além de exercer função jurisdicional nesses tribunais.

Portanto, constata-se que, no fim do Império, a Advocacia de Estado já atingia determinado grau de complexidade estrutural, diante de sua especialização, chegando a atuar além de suas funções para contribuir com o aparato estatal, concluindo-se da análise do período colonial e imperial que, desde sua criação no Brasil, a Advocacia de Estado integra o sistema da Justiça, dada sua essencialidade à função jurisdicional do Poder Público, existindo indissociável relação entre tal atribuição e a representação judicial e consultoria jurídica do Estado.

Outrossim, a Advocacia de Estado foi a primeira das Procuraturas Constitucionais brasileiras a ter definidos seus caracteres essenciais, mantendo institucionalmente suas atribuições precípuas durante todo o período colonial e imperial brasileiro, de modo que as demais instituições – Defensoria Pública e, principalmente, o Ministério Público – nasceram a partir do modelo da Advocacia de Estado, tendo se desenvolvido a partir dessa matriz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Capistrano de. *Capítulos de história colonial.* 7. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988.

ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; CASTRO, Caterine Vasconcelos de; TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à Justiça. *In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre,* v. 3, Rio Branco, 2004.

BABILÔNIA, Paulo Álvares. A advocacia pública brasileira no periodo colonial e no império: evolução histórica. *In: Jus Navigandi,* Teresina, ano 15,

n. 2.734, 26 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18112>. Acesso em: 8 mai. 2011

BRASIL. Leis Históricas: Alvará de 10 de maio de 1808. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_25/alvar1005.htm>. Acesso em: 8 mai. 2011.

_____. Constituição Política do Império do Brazil (25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 8 mai. 2011.

_____. Annaes do Parlamento Brazileiro, Segundo Anno da Duodécima Legislatura, sessão de 1864, tomo III. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve & C., p. 179-180.

_____. Lei nº 242, de 29 de novembro de 1841. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=82489&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 8 mai. 2011.

_____. Decreto nº 736, de 20 de novembro de 1850. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=80654&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 8 mai. 2011.

_____. *Novissima Reforma Judiciaria e seus respectivo regulamento: annotados com cerca de cem avisos.* Brasília: Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http:/bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 28 mai. 2011.

_____. Decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=75263&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 8 mai. 2011.

_____. Ministério Público do Estado da Bahia. *IV Centenário do Ministério Público Brasileiro: a história do Ministério Público do Estado da Bahia/1609-2009.* Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/eventos/2009/setembro/dia_03.html>. Acesso em: 15 mai. 2011.

_____. Ministério da Fazenda. Juntas da Real Fazenda. *In: Rede da Memória Virtual Brasileira.* Disponível em: <http://bndigital.bn.br/redememoria/juntafazenda.html>. Acesso em: 10 abr. 2011.

_____. Museu da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Primórdios da Justiça no Brasil.* 12 fev. 2007. Disponível em: <www.tjrj.jus.

br/institucional/museu/pdf/evolucao/primordios_just_bra.pdf>. Acesso em: 2 mai. 2011.
CALMON, Pedro. *História da Civilização Brasileira.* 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935.
CAMARINHAS, Nuno. O aparelho judicial ultramarino português: o caso do Brasil (1620-1800). *In: Almanack Braziliense da Universidade de São Paulo,* n. 9. São Paulo, mai./2009.
CARDOSO, Antonio Pessoa. O Judiciário Na Monarquia. *In: Academia Brasileira de Direito,* jan./2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=>. Acesso em: 25 mai. 2011.
FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.* 3. ed. São Paulo: Globo.
GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. *In: Revista Latinoamericana de Política Criminal,* v. 2, n. 2, Penal y Estado.
GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa duração. *In: Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça.* São Paulo: Fórum.
HESPANHA, António M. Estruturas político administrativas do Império português. *In:* MAGALHÃES, Joaquim Romero de (ed.). *Outro mundo novo vimos.* Catálogo da exposição. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001.
HOMEM, Armando Luís de Carvalho. Os oficiais da Justiça central régia nos finais da Idade Média portuguesa (1279-1521). *In: Medievalista*, n. 6, jul/2009. Disponível em: <http://www2.fcsh.unl.pt/iem/medievalista>. Acesso em: 20 mai. 2011.
LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de Direito Romano.* Edições do Senado Federal, v. 78, Brasília, 2006.
LUGON, Luiz Carlos de Castro. *Ética da Administração Pública em juízo.* Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nov. 2006.
MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. *In:* SADEK, Maria Tereza (Org.). *Uma introdução ao es-*

tudo da Justiça. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.
MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. *In: Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado,* a. 1, n. 1, set./2001, Porto Alegre: Metrópole.
NOVAIS, Fernando A. *Estrutura e dinâmica do antigo sistema colonial: séculos XVI a XVIII.* 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
OMMATI, Fides Angélica. *Advocacia pública: algumas reflexões.* Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14039-14040-1-PB.htm>. Acesso em 12 mai. 2011.
PARANHOS, Paulo. A Casa da Suplicação do Brasil. *In: Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores em História e Genealogia,* a. 4, n. 4, 1997.
PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas* (*fac-simile*). Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas>. Acesso em: 26 abr. 2011.
_____. *Ordenações Manuelinas on-line.* Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas>. Acesso em: 26 abr. 2011.
_____. *Ordenações Filipinas on-line.* Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 26 abr. 2011.
PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo.* São Paulo: Brasiliense, 2000.
ROCHA, Mário Túlio de Carvalho. A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais. *In: Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 223, jan./mar. 2001.
RUSSEL-WOOD, Anthony John R. A dinâmica da presença brasileira no Índico e no Oriente. Séculos XVI-XIX. *In: Topoi,* Rio de Janeiro, set. 2001.
SCHUBSKY, Cássio. Origem fidalga das profissões jurídicas, cap. 4. *In: Revista Consultor Jurídico,* 27 out. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-out-27/justica-historia-origem-fidalga-profissoes-juridicas>. Acesso em: 5 mai. 2011.
SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial.* São Paulo: Perspectiva, 1979.
_____. *Sovereignty and Society in Colonial Brazil. The High Court of Bahia and Its Judges, 1609-1751.* Berkeley and Los Angeles: University of Califor-

nia Press, 1973.
SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica.* São Paulo: Saraiva, 1987.
SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Ministério Público: aspectos históricos. *In: Revista Eletrônica da Procuradoria da República em Pernambuco,* fev/2004. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Revista--Eletronica/2007-ano-5/Ministerio-Publico-aspectos-historicos>. Acesso em: 4 mai. 2011.
STEIN, Stanley J.; STEIN, Barbara H. *A herança colonial da América Latina: ensaios de dependência econômica.* Trad. José Fernandes Dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A advocacia pública e a crise no Estado--Nação. *In: Âmbito Jurídico,* Rio Grande, n. 2, 31 ago. 2000.
WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808).* Renovar: Rio de Janeiro, 2004.
Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5467>. Acesso em: 8 jun. 2011.
WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COMPETÊNCIA COMUM EM MATÉRIA AMBIENTAL

Érico Maurício Pires Barboza[1]

Resumo. *A forma federativa do Estado Brasileiro e a adoção da técnica vertical de distribuição de competências ambientais, dssresultam na existência de competências legislativas concorrentes e de competências administrativas comuns, estas últimas sem contornos precisos, ensejando interpretações equivocadas, como a atribuição de responsabilidade solidária aos Entes Federativos. Mas a interpretação sistemática da Constituição Federal leva à conclusão que competência comum não é competência igual, devendo ser identificado o Ente Federativo pelo princípio da predominância do interesse, podendo os demais cooperar voluntariamente, mediante instrumentos de parceria interfederativa, entendimento confirmado pela legislação infraconstitucional.*

Palavras-chave. *Federação. Competência administrativa comum. Princípio da predominância do interesse. Competências: originária, supletiva e subsidiária.*

Abstract*: The federative form of the Brazilian State and the adoption of the vertical technique of distribution of environmental expertise, resulting in the existence of concurrent legislative powers and joint administrative competences, the last ones without precise contours, allowing for misinterpretations, such as the attribution of joint and several liability to the federal entities. But the systematic interpretation of the Federal Constitution leads to the conclusion that joint competence is not equal competence, it should be identified the Federal Entity by the principle of predominance of interest, and the others may voluntarily cooperate, through instruments of federative partnership, understanding confirmed by the infraconstitutional legislation.*

---

1 *Procurador do Estado do Acre. Especialista em Direito Constitucional e especialista em Direito Processual*

1 INTRODUÇÃO

A forma federativa de Estado, consistente na associação indissolúvel de entes políticos autônomos, formando um único ente político soberano, surgiu nos Estados Unidos da América, através da Convenção da Filadélfia, estando positivada na Constituição em 1787 e tendo como finalidade corrigir as distorções da confederação.

O Brasil adotou a forma federativa de Estado na proclamação da República, em 1889, a qual foi mantida nas Constituições posteriores, conquanto na Constituição de 1967 houvesse apenas simulacro de federação, haja vista os governadores e senadores biônicos, esvaziando os princípios da autonomia e da participação.

A Constituição Federal de 1988 estabelece uma federação de três níveis, abrangendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, embora somente a União seja soberana, dispostos numa relação jurídico-espacial de continência, podendo haver em alguns casos três níveis de interesse sobre a mesma matéria.

Destarte, coexistem no Brasil três ordens jurídicas diversas sobre uma mesma porção territorial — federal, estadual e municipal —, todas com igual hierarquia, impondo a adoção de técnicas de repartição de competências para prevenir os conflitos de interesses e para otimizar a atuação de cada ente federado, conforme Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 755).

Nesse sentido, Raul Machado Horta observa que:

A importância da repartição de competências reside no fato de que ela é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal. A organização federal provém da repartição de competências, pois a repartição vai desencadear as regras de configuração da União e dos Estados, indicando a área de atuação constitucional de cada um [...]. (2010, p. 279)

Uma das técnicas de repartição de competências é a vertical, a qual atribui competência a mais de um Ente Federativo sobre a mesma matéria, criando uma competência complexa, que pode ser administrativa comum ou

legislativa concorrente, porém, enquanto esta possui contornos precisos (CF, art. 24), aquela possui contornos imprecisos (CF, art. 23), propiciando toda sorte de interpretações e muitos equívocos na responsabilização dos Entes Federados.

Sobre a relevância do estudo da repartição de competências em matéria ambiental na federação brasileira, Paulo de Bessa Antunes ressalta que:

> A repartição de competências em matéria ambiental, no atual momento brasileiro, é uma das principais questões a serem resolvidas para que, de fato, a proteção do meio ambiente possa ser efetivada. Entretanto, uma análise fria do atual estado da questão no Brasil, seguramente, nos demonstra que as chamadas "autoridades competentes" não estão muito preocupadas em enfrentar o problema. Em linhas gerais, no nosso modelo constitucional, à competência legislativa corresponderá uma competência administrativa específica. A definição das competências é fundamental, seja do ponto de vista político, seja do ponto de vista da vida prática, para que possamos identificar quais são os entes federativos encarregados da fiscalização das diferentes atividades utilizadores de recursos ambientais em cada caso concreto. O sistema federativo por nós adotado, contudo, é gerador de situações nas quais as características são a indefinição jurídica, a incerteza e a instabilidade. Não é necessária muita perspicácia para que se possa compreender as enormes dificuldades que isso implica para a vida diária de todos [...]. (2007, p. 103)

Portanto, a imprecisão dos limites da competência administrativa comum possibilitava interpretações equivocadas, a exemplo da solidarização dos Entes Federativos quanto ao exercício dessa competência, como se as suas

atribuições fossem iguais, desconsiderando a predominância do interesse, princípio que permite identificar qual é o Ente Federado competente em cada caso, como se pretende aqui demonstrar.

2. REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS

As características essenciais de qualquer federação são a autonomia,[1] que é a equânime distribuição do poder político e do território entre os entes federados, e a participação,[2] que é a equivalente capacidade de influência dos entes federados na formação da vontade do Estado Federal. Essas características, por sua imprescindibilidade, são erigidas a princípios federativos.

Da autonomia decorre a inexistência de hierarquia entre os entes federados, mas âmbitos de atuação distintos, estabelecidos pela Constituição Federal, segundo o interesse predominante, cabendo à União as matérias de interesse nacional; aos Estados, as de interesse seccional;[3] e aos Municípios, as de interesse local, conciliando a pluralidade de interesses sobre a mesma matéria.

Tal acomodação de interesses pelo critério da predominância casual de um interesse constitui o princípio básico da repartição de competências, refinado pelas técnicas horizontal, que atribui competência a apenas um ente federado sobre determinada matéria, e vertical, que atribui competência a mais de um ente federado sobre a mesma matéria.

O sistema de repartição de competências da Constituição Federal de 1988 é sofisticado, conjugando as técnicas horizontal e vertical para definir o interesse predominante,[4] do que resulta a existência de competências enumeradas e residuais paralelamente a competências comuns e concorrentes, a fim de evitar os conflitos e de promover a cooperação interfederativa.

Sob o aspecto legislativo, existem matérias de competência privativa da União (art. 22) e de competência exclusiva dos Municípios (art. 30, I),

cabendo aos Estados a competência residual (art. 25, § 1º); bem como existem matérias de competência concorrente (art. 24), cabendo à União a competência geral (art. 24, § 1º) e aos Estados (art. 24, §§ 2º e 3º) e aos Municípios (art. 30, II) a competência suplementar (completiva e supletiva).

Já sob o aspecto administrativo, existem matérias de competência exclusiva da União (art. 21), dos Estados (art. 25, § 2º) e dos Municípios (art. 30, V); bem como existem matérias de competência comum (art. 23), cabendo a todos Entes Federados, na medida de seus interesses, havendo pluralidade de sujeitos com âmbitos de atuação distintos relativamente ao mesmo objeto, visando reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem-estar coletivo.

Portanto, a repartição constitucional de competências (legislativas e administrativas) observa o princípio da predominância de interesse (nacional, seccional ou local), não havendo hierarquia entre os Entes Federados, porém âmbitos de atuação distintos, a fim de harmonizar os interesses para evitar conflitos e promover a cooperação entre os Entes Federados.

3 REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS AMBIENTAIS

O Estado Federal pressupõe uma relação jurídico-espacial de continência, estando os Municípios contidos nos Estados e ambos contidos na União, daí decorrendo a pluralidade de interesses sobre o mesmo objeto, a exemplo do meio ambiente, razão pela qual a Constituição Federal compartilha a competência em matéria ambiental entre todos os Entes Federados.

Devido à ubiquidade do meio ambiente, a Constituição Federal normalmente atribui *competência legislativa concorrente* (art. 24, VI e VIII) e *competência administrativa comum* (art. 23, VI e VII); excepcionalmente, porém, atribui à União *competência legislativa privativa* (art. 22, IV e XII) e *competência administrativa exclusiva* (art. 21, XIX e XXV) sobre alguns

recursos naturais considerados estratégicos, como as águas e os minérios.

Mas como adverte Paulo de Bessa Antunes, "não é difícil perceber que diversas das matérias que integram a competência privativa da União estão, concomitantemente, arroladas nas competências comum e concorrente dos diversos integrantes da Federação" (2007, p. 106), sendo necessário encontrar a lógica desse sofisticado sistema de repartição de competências.

Portanto, a repartição constitucional de competências em matéria ambiental contempla *competências complexas* (concorrente e comum) e *competências simples* (privativa e exclusiva), interessando a este artigo apenas a *competência administrativa comum*, pois seu sentido e alcance são imprecisos, ensejando muitos equívocos na responsabilização dos Entes Federados.

4 COMPETÊNCIA COMUM EM MATÉRIA AMBIENTAL

4.1 Antes da Lei Complementar nº 140/2011

A competência em matéria ambiental é predominantemente complexa, pois é atribuída em sua maior parte a todos os Entes Federados, cada qual atuando no limite de seus interesses, sob pena de conflitos (positivos e negativos) de competência, bem como de ações desarticuladas (sobrepostas ou contrapostas), gerando ineficiência e desperdício de recursos públicos.

Na *competência legislativa concorrente* há uma repartição expressa de atribuições nos parágrafos do art. 24 da Constituição Federal, podendo os titulares da competência suplementar legislar segundo e além, mas nunca contra a competência geral, pois esta concerne a normas que devem ser uniformes em todo território nacional; aquelas, a normas que devem ser adequadas às peculiaridades estaduais e municipais, não deixando muita margem para dúvidas.

Diversamente, na *competência administrativa comum* não há uma repartição expressa de atribuições, simplesmente dispondo o parágrafo único do

art. 23 da Constituição Federal que "leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional", sem especificar qual seria a competência de cada um.

Tecnicamente não havia margem para dúvida, mesmo na ausência da lei complementar, pois o princípio da predominância do interesse sempre permitiu a identificação do Ente Federado competente, restando aos demais a possibilidade de cooperação voluntária, mediante convênio, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, o que é muito lógico e coerente.

Mas a ausência de uma divisão expressa de atribuições no art. 23, tal qual a existente no art. 24, propiciou interpretações simplistas, pois dissociadas de outros dispositivos constitucionais conexos, como os arts. 3º e 241, todos da Constituição Federal, que se combinam e aprimoram a interpretação constitucional, levando a um resultado mais preciso e coerente.

Isso porque os objetivos da cooperação interfederativa prevista no parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, de promover "o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional", são condizentes com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º da Constituição Federal:

> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, como tais objetivos fundamentais são da República Federativa do Brasil, cabem conjuntamente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (arts. 1º e 18), daí porque o art. 23 da Constituição Federal lhes

atribui competência comum em matérias fulcrais e estabelece em seu parágrafo único a possibilidade de cooperação interfederativa.

Malgrado o parágrafo único do art. 23 remeta à lei complementar o disciplinamento da cooperação interfederativa, o art. 241, também da Constituição Federal, dispõe que:

> A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/1993 disciplina os convênios administrativos e a Lei nº 11.107/2005 disciplina os consórcios públicos, dando eficácia ao art. 241 e, consequentemente, ao parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, concluindo o processo hermenêutico com um resultado plausível, pois permite a identificação do responsável, caso não haja cooperação voluntária, e evita a ações desarticuladas, caso haja cooperação voluntária.

Realmente, segundo José Cretella Junior:

> Competência comum é cooperação administrativa, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento do bem-estar, em âmbito nacional, entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o exercício de funções concomitantes e contínuas, que incidem sobre as matérias constantes dos incisos I a XII do art. 23 da Carta Política de 1988, o auxílio recíproco disciplinado por normas veiculadas por lei complementar federal. Nesta expressão

> "comum" é sinônimo de "concorrente", como o era na Constituição de 1934, art. 10, III (concorrentemente). Trata-se, porém, da "concorrência administrativa". (*Apud* ANTUNES, 2007, p. 108)

O adjetivo "comum" qualifica o substantivo "competência" como plurissubjetivo, sem qualquer alusão ao seu objeto, sendo intuitivo que *competência comum* não é *competência igual*, pois embora os interesses sejam plurais (quanto ao sujeito), possuem abrangência, intensidade e orientação distintos (quanto ao objeto), justamente devido à pluralidade de sujeitos com realidades fáticas e jurídicas díspares, podendo ensejar posturas divergentes.

Destarte, existe uma subdivisão horizontal ínsita à repartição vertical de competências, gerando um escalonamento da competência comum, delimitado pela abrangência e intensidade do interesse de cada Ente Federado, sob pena de contradição entre normas constitucionais[5] e de conflitos positivos e negativos de atribuições, instalando o caos administrativo e federativo.

Outrossim, a finalidade precípua da repartição de competências é justamente atribuir a cada Ente Federado um espaço de atuação próprio, inclusive nas matérias de interesse comum, apenas permitindo nesses casos a atuação conjunta, sem contudo excluir a competência exclusiva fixada pelo princípio da predominância do interesse, em respeito à autonomia federativa.

Vale dizer que se a competência comum fosse competência igual, consequentemente os interesses dos Entes Federados seriam equivalentes, não podendo um prevalecer sobre o outro em nenhuma hipótese, de modo que eventual conflito de competências seria irresolúvel, porém, como ensina Gilmar Ferreira Mendes:

> Se a regra é a cooperação entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, pode também ocorrer conflito entre esses entes, no instante de desempenharem as atribuições comuns. Se o critério da colaboração não

> vingar, há de se cogitar do critério da preponderância de interesses. Mesmo não havendo hierarquia entre os entes que compõem a Federação, pode-se falar em hierarquia de interesses, em que os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos Estados). (2007, p. 774)

Registre-se que a incidência do princípio da predominância do interesse significa que a competência comum é divisível, sendo identificável o Ente Federado competente, com exclusão de todos os demais — o que afasta a solidariedade —, conforme já decidiu monocraticamente o Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal:[6]

> [...] A questão central suscitada nesta causa consiste em saber se a União Federal, agindo por si ou por intermédio do IBAMA, pode, ou não, instituir reservas extrativistas em áreas que compreendem terras pertencentes a um determinado Estado-membro e nas quais tal unidade federada esteja a implantar e a desenvolver projetos da mesma natureza. [...] É certo que os limites de atuação normativa e administrativa das pessoas políticas que compõem a estrutura institucional da Federação brasileira (CF, art. 18, "caput") acham-se predeterminados no próprio texto da Constituição da República, que define, mediante a técnica dos poderes enumerados e residuais, a esfera de atribuições de cada uma das unidades integrantes do Estado Federal, como resulta claro do que dispõem os arts. 21 a 24 da Lei Fundamental. [...] Nesse contexto, cabe, à União Federal, considerada a maior abrangência dos interesses por cuja defesa deve velar, o desempenho de um papel de alto relevo no plano da proteção ambiental e da utilização dos mecanismos inerentes ao fiel adimplemento de tal

> encargo constitucional. [...] Vê-se, portanto, considerada a repartição constitucional de competências em matéria ambiental, que, na eventualidade de surgir conflito entre as pessoas políticas no desempenho de atribuições que lhes sejam comuns – como sucederia, p. ex., no exercício da competência material a que aludem os incisos VI e VII do art. 23 da Constituição –, tal situação de antagonismo resolver-se-á mediante aplicação do critério da preponderância do interesse e, quando tal for possível, pela utilização do critério da cooperação entre as entidades integrantes da Federação [...]. Isso significa que, concorrendo projetos da União Federal e do Estado-membro visando à instituição, em determinada área, de reserva extrativista, o conflito de atribuições será suscetível de resolução, caso inviável a colaboração entre tais pessoas políticas, pela aplicação do critério da preponderância do interesse, valendo referir – como já assinalado – que, ordinariamente, os interesses da União revestem-se de maior abrangência. [...]. (STF, AC 1255 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/06/2006)

Não obstante o exposto, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, comentando o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, assevera que "em relação à lei complementar mencionada no dispositivo, deve ser dito que, enquanto não elaborada, a responsabilidade pela proteção ao meio ambiente é comum e solidária a todos os entes da Federação" (2004, p. 70).

Igualmente, Édis Milaré entende que:

> A forma com a qual as várias instâncias de poder, atendendo ao peculiar interesse de cada uma, cuidarão das matérias enumeradas deverá ser objeto de leis complementares (art. 23, parágrafo único). Enquanto isso não ocorrer, a

> responsabilidade pela proteção do meio ambiente é comum e solidária. (2009, p. 191).

Com efeito, os autores supracitados imputam responsabilidade solidária a todos os Entes Federados pela mora legislativa da União quanto à lei complementar exigida pelo parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, o que não é plausível. Ademais, a competência comum não é competência igual, haja vista que o princípio da predominância do interesse permite identificar o Ente Federativo competente, sobre o qual recai a responsabilidade por eventuais ações e omissões.

Na jurisprudência também se encontram decisões solidarizando os Entes Federados com base na competência comum, a exemplo da decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, segundo a qual "embora seja de competência comum entre os entes da federação atuar em defesa do meio ambiente e da habitação, não se trata de hipótese de litisconsórcio necessário, mas sim, responsabilidade solidária, ensejadora do litisconsóricio facultativo" (TRF5, AI 88082-CE, Rel. Des. Fed. Maximiliano Cavalcanti (Substituto), 3ª Turma, DJe 05/03/2010).

Entretanto, a decisão citada encerra um resultado hermenêutico absurdo, pois se os Entes Federados são solidariamente responsáveis, sendo possível o litisconsórcio passivo facultativo, resulta que um Município poderia ser demandado por uma competência de âmbito nacional, cuja abrangência do interesse impõe a responsabilidade da União, sendo evidente que a finalidade do art. 23, *caput* e parágrafo único, da Constituição Federal não é impor responsabilidade solidária aos Entes Federados, mas estimular a cooperação voluntária.

Além disso, a solidariedade pressupõe a pluralidade de sujeitos relativamente à mesma obrigação, nos termos do art. 264 do Código Civil, o que se traduz em identidade de deveres, idéia avessa à repartição constitucional de competências inerente ao federalismo, preordenada a evitar conflitos e ações desarticuladas, com repetição de gastos e esforços, mas pouca efetividade.

Portanto, mesmo na ausência da lei complementar referida no parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, sempre foi possível a identificação do Ente Federado competente pelo princípio da predominância do interesse, restando aos demais Entes Federados a possibilidade de cooperação voluntária, mediante convênios administrativos ou consórcios públicos, não se justificando os entendimentos que igualavam as suas competências e responsabilidades.

4.2 Depois da Lei Complementar nº 140/2011

A mora legislativa da União quanto ao parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal terminou com a promulgação da Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, a qual disciplina a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios quanto ao exercício da competência comum para a proteção das paisagens naturais notáveis, a proteção do meio ambiente, o combate à poluição em qualquer de suas formas e a preservação das florestas, da fauna e da flora, nos termos dos incisos III, VI e VII do art. 23 da Constituição Federal.

A Lei Complementar nº 140/2011 contempla três diferentes espécies de competências: (a) *competência originária*, consistente nas atribuições próprias da União (art. 7º), dos Estados (art. 8º), dos Municípios (art. 9º) e do Distrito Federal (art. 10), definidas segundo o princípio da predominância do interesse; (b) *competência supletiva*, consistente na substituição do Ente Federativo originariamente competente devido este não possuir órgão ambiental capacitado para desempenhar as suas atribuições (arts. 2º, II, 5º, e 15); (c) *competência subsidiária*, consistente na cooperação voluntária com o Ente Federativo originariamente competente, mediante apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, com o escopo de aumentar a eficiência de suas ações administrativas (arts. 2º, III, e 16).

Ao diferenciar três espécies de competências (originária, supletiva e

subsidiária), a Lei Complementar nº 140/2011 confirma que a competência comum não é competência igual, pois a tripartição exprime diversidade, afastando a singularidade pressuposta pela igualdade, o que fica ainda mais evidente em face dos objetivos elencados no seu art. 3º:

> I - proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo gestão descentralizada, democrática e eficiente;
> II - garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais;
> III - harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente;
> IV - garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais.

Ora, se a competência comum tem como objetivos a gestão descentralizada, o respeito às peculiaridades estaduais e municipais e evitar conflitos de atribuições e sobreposição de ações, resulta que a competência dos Entes Federativos não pode ser idêntica, pois esses objetivos são díspares por natureza, do contrário haveria gestão centralizada, desrespeito às peculiaridades estaduais e municipais, conflitos de atribuições e sobreposição de ações.

Não obstante, os objetivos da competência comum do art. 3º da Lei Complementar nº 140/2011, assim como as finalidades da competência comum do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, estão em harmonia com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil do art. 3º da Constituição Federal, reforçando a idéia de cooperação interfederativa, o

que, aliás, está expresso no art. 6º da Lei Complementar nº 140/2011.

Outrossim, o art. 4º da Lei Complementar nº 140/2011 prevê, sem prejuízo de outros, os seguintes instrumentos de cooperação interfederativa:

> I - consórcios públicos, nos termos da legislação em vigor;
> II - convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público, respeitado o art. 241 da Constituição Federal;
> III - Comissão Tripartite Nacional, Comissões Tripartites Estaduais e Comissão Bipartite do Distrito Federal;
> IV - fundos públicos e privados e outros instrumentos econômicos;
> V - delegação de atribuições de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar;
> VI - delegação da execução de ações administrativas de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar.

Note-se que os instrumentos do art. 4º da Lei Complementar nº 140/2011 condizem com os do art. 241 da Constituição Federal, incluindo ainda outros instrumentos, todos compatíveis com o fim de promover a cooperação interfederativa para alcançar os objetivos da República Federativa do Brasil, corroborando a interpretação de que a competência comum do art. 23 da Constituição Federal alude à cooperação e não à solidariedade entre os Entes Federativos.

Portanto, a Lei Complementar nº 140/2011 só confirmou que, na competência comum, o princípio da predominância do interesse define o Ente Federativo originariamente competente, remanescendo aos demais a possibilidade de cooperação, mediante algum instrumento jurídico de parceria, afastando definitivamente qualquer hipótese de responsabilidade solidária, a

qual nunca existiu efetivamente, decorrendo de uma visão assistemática da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A aparente imprecisão dos limites da competência administrativa comum possibilitava interpretações equivocadas, a exemplo da solidarização dos Entes Federativos quanto ao exercício dessa competência, como se as suas atribuições fossem iguais, desconsiderando a predominância do interesse, princípio que permite identificar qual é o Ente Federado competente em cada caso.

Entretanto, analisando a Constituição Federal e legislação infraconstitucional, mesmo antes da Lei Complementar nº 140/2011, percebe-se que nunca se justificou a solidarização dos Entes Federativos a pretexto da competência comum, pois sempre foi possível identificar qual é o titular originária da competência e a intenção de promover a cooperação interfederativa.

Portanto, a Lei Complementar nº 140/2011 simplesmente corroborou aquilo que já era perceptível através de uma interpretação sistemática da Constituição Federal e de sua legislação complementar, de que a competência comum não é competência igual, pois o contrário ofende o princípio da predominância do interesse e, consequentemente, a autonomia dos Entes Federativos, além de propiciar ações desarticuladas, gerando ineficiência e desperdício de recursos públicos.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David *et al*. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al*. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVAES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

(Endnotes)

1 **NOTAS DE FIM**

Gilmar Ferreira Mendes ensina que "a autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder. Essa descentralização é não apenas administrativa, como, também, política" (2007, p. 754).

2 Marcelo Novelino assevera que "outra nota definidora de uma federação é a participação das vontades parciais na vontade geral (princípio da

OS CONSÓRCIOS E A SUJEIÇÃO À RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS PRATICADOS NO ÂMBITO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO: A PERSONALIZAÇÃO DA PENA

Francisca Rosileide de Oliveira Araújo[1]
Marcos Antonio Santiago Motta[2]

Resumo. *Este artigo, baseado na doutrina e reflexões do aprendizado laborial, apresenta breves considerações sobre a contratação de consórcios para a consecução do interesse público pela Administração, destacando que essa reunião empresarial apresenta contornos específicos, quando se relaciona com a Administração Pública, notadamente o instituto da solidariedade, que no campo da responsabilidade, ganha diferentes relevos de acordo com a seara do direito que o ato praticado no âmbito de um contrato administrativo venha a atingir: penal, civil e administrativamente. Que no campo da responsabilidade civil, para fins de ressarcimento do dano, a solidariedade não deve ser afastada, com fundamento nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade desses mesmos interesses, uma vez que se busca resguardar a coletividade. No campo da responsabilidade administrativa, a sanção deve ser personalizada e aplicada à só empresa causadora do ilícito, por ser de justiça, atender aos objetivos legais e conformar-se com os princípios do Direito Administrativo Sancionador, em*

1 Procuradora do Estado do Acre. Assessora Especial do Gabinete do Procurador-Geral Adjunto. Graduada pela Universidade Federal do Acre. Pós Graduada Latu Sensu em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Acre – UFAC. Pós Graduada Latu Sensu em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE. Pós Graduada em Gestão Pública com Ênfase em Controle Externo pelo Instituto Superior de Formação Continuada – INFOCO.

2 Procurador do Estado do Acre. Membro da Especializada Administrativa. Graduado pela Universidade Federal do Acre. Pós Graduado *Latu Sensu* em Direito Constitucional Formação Para o Mercado de Trabalho pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL/Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - LFG. Pós Graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas Virtual.

especial o previsto no art. 5º, XLV da Constituição Federal.

Palavras-chave: *Consórcio. Responsabilidade solidária. Contrato administrativo. Sanção.*

INTRODUÇÃO

A Administração Pública age para a consecução do interesse público, ou seja, todas as ações realizadas pelo administrador público devem ter como motivação a obediência ao interesse da coletividade. Nesse sentido, a vontade das pessoas que se relacionam com a Administração é sempre secundária e não pode se sobrepor ao interesse público, ao atendimento dos anseios da sociedade, ou melhor dizendo, do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e especialmente nessa condição coletiva.

E para ofertar à coletividade um número significativo de serviços públicos e até mesmo dotar-se de condições para o exercício de sua atividade interna, a Administração Pública vê-se compelida a realizar obras, a utilizar-se de bens e de serviços prestados por terceiros.

Muitas das vezes, de acordo com o vulto e a complexidade do empreendimento, a Administração vale-se do permissivo estatuído no art. 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, contratando um grupo de empresas para a realização do objeto ao invés de contratar uma só, os chamados consórcios de empresas.

Os consórcios, para fins licitatórios, diferentemente do que ocorre no direito privado (§ 1º do art. 278 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) se sujeitam à responsabilidade solidária, conforme previsão do inc. V do art. 33 da Lei nº 8.666/93, de sorte que, durante o certame e na execução do contrato, ficam responsáveis em conjunto pela obrigação assumida, assim como também individualmente por toda a obrigação frente à Administração

Pública.

No que diz respeito aos ilícitos administrativos praticados enquanto reunidas em consórcio, seja durante o certame ou na execução contratual, de igual forma estão submetidas à regra da solidariedade, o que significa dizer que todas podem ser responsabilizadas pelo ato, de acordo com a seara do direito que este venha a incidir: civil, penal e administrativamente.

Isto porque, as condutas violadoras do ordenamento jurídico administrativo, a princípio, são consideradas desprovidas de interesse público já que a Administração Pública e, em última instância, a sociedade não se favorece de fraudes e desvios de recursos públicos, constituindo-se em cláusula exorbitante da Administração a prerrogativa para sancionar aquele que inobservar o contrato administrativo.

Salienta-se, no entanto, que a aplicação de sanção administrativa, em que pese ser um dever-poder da Administração, deve submeter-se a um prévio processo administrativo, alicerçado pelos princípios constitucionais aplicáveis aos procedimentos administrativos punitivos como o da legalidade das infrações e das sanções e seus corolários (tipicidade, irretroatividade e proporcionalidade), o da responsabilidade, presunção de inocência, reconhecimento ao direito de defesa, motivação da decisão e possibilidade de controle jurisdicional.

Como princípios inerentes ao Direito Administrativo Sancionador os princípios da personalização da sanção administrativa e da individualização da sanção devem ser perseguidos pelo administrador público, sob pena de causar injustiça aos que com ele contratam. Maior cuidado deve desenvolver quando contrata consórcio, uma associação entre empresas, disciplinada em lei, contudo sem as características próprias das pessoas jurídicas, uma vez que pessoa jurídica não é.

O que se busca neste artigo, após breves considerações sobre a contratação de consórcio pela Administração e a responsabilidade deste nas diferentes searas do direito, é demonstrar que, mesmo existindo a regra da solidariedade imposta pelo inc. V do art. 33 da Lei de Licitações e Contratos

para fins licitatórios, no que diz respeito à sanção administrativa, esta deve ser aplicada individualmente à empresa ou empresas causadoras da infração devidamente identificadas, em homenagem à justiça e aos princípios informadores do Direito Administrativo Sancionador e não ao consórcio pelo seu conjunto de empresas.

1 A PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIO NAS LICITAÇÕES

Consórcio, consoante a previsão do art. 278 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, constitui-se no modo de organização societária, com vistas à coordenação de interesses autônomos, para o alcance de interesses específicos e comuns.

Para a Consultoria Zênite (2004) "Consórcios são associações corporativas nas quais duas ou mais pessoas jurídicas unem esforços visando concretizar um objetivo específico."

Na definição de Bulgarelli (1984, p. 266 apud MOREIRA, 2005, p. 3), consórcio é a "união de empresas para determinados fins, conservando cada uma a sua personalidade jurídica e autonomia patrimonial".

Trazendo para o direito administrativo, Moreira (2005, p. 3-4) assim se pronuncia:

> Os consórcios que participam de licitação são, na classificação de CARVALHOSA, consórcios instrumentais: o objetivo de sua constituição é o de "habilitar os consorciados – com a soma de seus recursos e aptidões – a contratação com terceiros serviços e obras". É o meio através do qual as empresas potencializam reciprocamente os seus atributos, somando esforços a fim de atingir o objetivo comum (a contratação administrativa e a execução de obra, serviços ou mesmo concessão de serviço público).

Nesse mesmo sentido Zênite WEB Licitações (2004, p. 2), para a qual essa organização se dá para:

> [...] somar capacidade técnica, econômico-financeira e know-how para a participação em determinado procedimento licitatório em que, individualmente, não teriam condições de participar, pela falta de experiência técnica, pela complexidade do objeto ou por não atingir o patamar exigido de comprovação econômico-financeira. Por isso, pactuam uma associação temporária, com a reunião de esforços para a execução de um empreendimento comum (a participação na licitação e a execução do contrato subseqüente).

Há de ser observado, no entanto, para essa finalidade, as disposições do art. 33 da Lei de Licitações e Contratos, que enumera uma série de requisitos para a participação na licitação.

Um dos requisitos que se extrai do **caput** do referido dispositivo é o de que o edital da licitação deve expressamente dispor acerca da participação na licitação de empresas reunidas em consórcio, sem o que isso não será possível. Trata-se de faculdade inserida na esfera da discricionariedade administrativa. Em cada caso, deverá ser avaliada a conveniência e a oportunidade em ampliar a competição do certame por meio da participação de consórcios.

Contudo, há quem entenda que essa discricionariedade, como Sundfeld (1995, p. 131 *apud* ZÊNITE, p. 2), sofre o influxo do princípio da competitividade, inserto no § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, de modo que, da análise do caso concreto, poderá resultar a obrigatoriedade da admissão da participação de consórcios no certame, sob pena de infringência ao referido princípio.

Por outro lado, há de ser elaborado o compromisso de constituição do consórcio (a ser apresentado para fins habilitatórios), que se consagrado

vencedor do certame, deverá ser registrado nos termos da Lei 6.404/76, para fins da contratação, ficando as empresas vinculadas aos seus termos. A omissão de registro pelo consórcio, quando vencedor do certame, acarreta as consequências previstas no art. 64 da Lei nº 8.666/93.

Para Moreira (2005, p. 6), no entanto, esse compromisso

> [...] não pode ser singelo documento de promessa, despido das regras básicas que conformarão o futuro consórcio. Quando menos, deverá prever: o nome do consórcio; as empresas participantes e a respectiva "empresa líder"; a licitação que lhe deu origem; a duração e o endereço do consórcio; as obrigações e responsabilidades a serem assumidas pelo futuro consórcio (e as relativas a cada uma das consorciadas); a forma de administração do consórcio, bem de repartição das futuras despesas e resultados; a representatividade social de cada uma das empresas consorciadas e o modo de deliberação dos interesses comuns (Lei 6.404/76, art. 279).

Nesse sentido, há previsão expressa no art. 462 do Código Civil. Há de ser observada não apenas a indicação da empresa líder, mas também, os requisitos do art. 279 da Lei nº 6.404/76 e o art. 32 da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994.

Importante mencionar a relevância da designação da "empresa líder" que atenda as condições de liderança estabelecidas no edital (os direitos, deveres e atribuições que deverão ser concentrados na e exigidos da empresa líder). Nesses termos, há de ser eleita a empresa que irá representar o consórcio frente à Administração e a terceiros. As empresas consorciadas, então, outorgam um mandato com específicos poderes de administração e representação à empresa líder para representar o consórcio perante terceiros.

Cumpre lembrar que o consórcio não adquire personalidade jurídica,

mesmo com o seu registro na Junta Comercial (parágrafo único do art. 279 da Lei nº 6.404/76), restringindo-se a uma reunião empresarial.

2. DA CONDUTA E SEUS REFLEXOS NAS ESFERAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA PARA AS EMPRESAS QUE CONSTITUEM O CONSÓRCIO

O consórcio, quando no curso da contratação e execução contratual age em desconformidade com o avençado, sofrerá as consequências decorrentes, que poderão ser na esfera penal, civil e administrativa. Segundo Nogueira (2010, p. 3) *"*... O fato, que tende a gerar responsabilidade, pode ser considerado civil, penal ou administrativo, dependendo da natureza da norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente."

Inicialmente pode-se evidenciar que as esferas penal, civil e administrativa são autônomas, o que significa que a apuração nas diversas esferas pode se realizar simultaneamente. Nesse sentido, devem ser refutadas as alegações de empresas de que, em face da apuração na esfera penal, deve ser suspensa a apuração nas esferas civil e administrativa até a conclusão dos trabalhos na esfera penal. Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO IMPETRANTE. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. ATOS DE IMPROBIDADE. INOCÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. MANDADO DE SEGURANÇA.

PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPRESCINDÍVEL.

1. É possível à Administração infligir sanção disciplinar a servidor antes mesmo de julgamento no âmbito criminal, ainda que a conduta que lhe tenha sido atribuída possa ser tipificada, em princípio, como crime. 2. Eventual nulidade processual exige a respectiva comprovação do prejuízo à defesa, o que não ocorreu no presente caso, sendo aplicável à espécie o princípio do *pas de nullité sans grief*. 3. A aferição de inocência do servidor pela alegada inexistência da conduta a ele imputada, é inviável na via eleita, já que demandaria o reexame do conjunto fático-probatório colhido no bojo do processo disciplinar. 4. Recurso ordinário conhecido e desprovido. (RMS 22.978/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2010, DJe 13/12/2010).

2.1 Da responsabilidade penal

No que tange à esfera penal, a responsabilização, em face do princípio da personalização da pena, deverá recair apenas sobre as pessoas físicas envolvidas no ilícito. Para Harger (2010)

Pena é a sanção imposta ao autor de uma infração penal como retribuição à prática de um ato ilícito. Ela consiste na diminuição de um bem jurídico e tem por finalidade

> punir e evitar que novos delitos sejam praticados. Norteia a aplicação da pena o princípio geral de que ela deve ser proporcional ao crime praticado.

Ainda é controversa a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o que inarredavelmente envolve as que não possuem tal personalidade, como os consórcios. No dizer de Nogueira (2010, p. 12) "[...] A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral."

A apuração da responsabilidade penal não compete ao Poder Executivo, mas sim ao Judiciário e a seus órgãos auxiliares.

2.2 Da responsabilidade Civil: O dever de indenizar

A responsabilidade civil é gênero que pode ser dividido em duas espécies: a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana ou extracontratual. Em ambas as espécies de responsabilidade o dever de indenizar decorre de um dever violado. Segundo Venosa (2005, p. 506) "Entendemos por dever o ato ou a abstenção que devem ser observados pelo homem diligente, vigilante, prudente". Estes deveres podem decorrer da transgressão de um dever geral de conduta (responsabilidade extracontratual) ou de um ajuste de vontade firmado entre as partes, um contrato (responsabilidade contratual).

Assim, para que surja o dever de indenizar é necessária a existência de uma conduta antijurídica, ou seja, contrária ao dever geral de conduta ou a um contrato. Além disso, a conduta deve ser imputável a um agente, ainda que terceiro possa responder por essa conduta (VENOSA, 2005, p. 508). Por fim, deve existir nexo causal entre o dano e a conduta em desconformidade com o direito.

Constatada a existência de uma conduta em desconformidade com o contrato firmado entre o consórcio e a Administração Pública, por exemplo,

faturar serviços não prestados, resta comprovado o nexo causal, além de que tal conduta contraria o princípio da boa-fé nos contratos, também aplicado aos contratos administrativos e previsto em diversas passagens da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), especialmente nos arts. 421 e 422: "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Tomando o exemplo acima, certamente aquele que fatura e recebe por serviços não prestados, causando prejuízos à outra parte do instrumento contratual, descumpre a obrigação de guardar os princípios da probidade e boa-fé, pois firmar conluio com servidor da Administração Pública para, causando prejuízo ao erário e à sociedade, receber por serviços não prestados é conduta reprovável contratual e moralmente.

O descumprimento das obrigações contratuais não consiste apenas em falhas na prestação dos serviços avençados, mas abrange também as fraudes contratuais, como no exemplo citado. Acerca do tema, Venosa (2005, p. 408) leciona: "[...] podemos afirmar que esse princípio se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato".

Assim, comprovada a existência de um descumprimento contratual por parte de uma das empresas consorciadas, é cabível a sua responsabilização civil contratual pelos prejuízos causados à Administração, devendo ser acrescido ao valor da indenização as atualizações devidas.

2.2.1 A obrigação de indenizar e a responsabilidade solidária das consorciadas

A solidariedade nas obrigações caracteriza-se pela multiplicidade de credores ou devedores, podendo cada credor exigir a totalidade da obrigação, e obrigando cada devedor ao cumprimento integral da obrigação. Contudo, a solidariedade não se presume, mas decorre da lei ou do contrato (art. 265 do

Código Civil).

O Código Civil, em seu art. 932 traz um rol de pessoas responsáveis pelos atos de outras:

> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
> I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
> II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
> III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
> IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
> V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

O art. 932, por sua vez, estabelece que: "As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos".

O parágrafo único do art. 942 estabelece: "São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932".

Consoante se verifica dos dispositivos supra, o Código Civil contempla no art. 932 um rol de pessoas responsáveis solidariamente por atos de terceiros. A responsabilidade destas pessoas é solidária, conforme determina o parágrafo único do art. 942 e independe de culpa, como estabelece o art. 933. Sendo a solidariedade passiva uma forma de assegurar ao credor o cumprimento integral da obrigação, em regra, a solidariedade independe de

culpa por parte dos devedores solidários.

Nos contratos administrativos, a solidariedade dos consórcios está estabelecida no art. 33, inc. V, da Lei nº 8.666/93:

> "Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:
> (…)
> V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato."

Dessumi-se da leitura do dispositivo supra a responsabilidade solidária dos consórcios nas suas relações com a Administração, seja na fase da licitação, seja na fase de execução do contrato, significando dizer que há entre as empresas consorciadas para com a Administração uma responsabilidade integral por cada uma delas a respeito das obrigações contratadas.

Importa registrar que a natureza consorcial, se homogênea (empresas com área de atuação similar, com qualificações similares e que atuam na prestação dos mesmos tipos de serviços) ou heterogênea (empresas com área de atuação em determinados segmentos de atividade, distintos), não é relevante para a fixação da responsabilidade solidária.

Importante, no entanto, entender o cerne da questão que está na interpretação da expressão "atos praticados em consórcio", constante do art. 33, inc. V, da Lei nº 8.666/93. Ao estabelecer que os integrantes do consórcio respondem solidariamente pelos atos praticados em consórcio, a lei apenas pretendeu excluir da regra da responsabilidade os atos praticados pela empresa fora do consórcio, ou seja, aqueles atos que não decorram do contrato firmado com o consórcio.

É cediço que uma empresa contratada pela Administração por meio de um consórcio pode estabelecer outros contratos que não decorram

do consórcio firmado. Por exemplo, é bem possível que as empresas consorciadas, afora o contrato firmado com a Administração tenham outros contratos com esta, nos quais não figurem em consórcio. A disposição legal em questão, salvaguardou que os atos praticados em outras relações, como esses outros contratos das empresas consorciadas para com a Administração, não induzem à responsabilidade solidária. Todavia, quanto aos atos praticados no bojo do contrato firmado com o consórcio, independentemente de terem sido praticados por uma ou por todas as empresas em conjunto, subsistirá a obrigação solidária de todas as consorciadas.

A razão para essa linha de interpretação é lógica e baseada nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Os contratos administrativos estabelecem uma relação vertical entre a Administração e seus contratados, ao contrário dos contratos em geral, donde essa relação é horizontal. A verticalidade da relação contratual da Administração a coloca em posição de superioridade em relação aos contratados. Essa superioridade visa resguardar o interesse público, em última instância, a coletividade. Assim, não seria lógica a interpretação que estabelecesse que a responsabilidade solidária das empresas contratadas pela Administração via consórcio se restringe, apenas, aos atos praticados conjuntamente. Se nas regras gerais de estipulação de responsabilização solidária contidas no Código Civil (art. 932 c/c arts. 933 e 942, parágrafo único) a responsabilidade solidária estende-se aos terceiros, independentemente de culpa ou de participação direta nos atos, não seria admissível a exclusão de tal regra no que tange aos contratos administrativos.

Assim, obviamente, ao estabelecer que os integrantes do consórcio respondem pelos atos praticados em consórcio, o legislador partiu do pressuposto básico de que todos os atos praticados no bojo de um contrato firmado com um consórcio são praticados em consórcio, pretendendo excluir, apenas, os atos praticados em outras relações jurídicas, que não as decorrentes do contrato firmado com o consórcio.

Interpretação noutro sentido esvaziaria completamente a razão de

ser da solidariedade nos contratos administrativos, pois dificilmente – especialmente em se tratando de consórcios heterogêneos – se teria atos praticados conjuntamente por todas as contratadas.

Ademais, se as empresas consorciadas não participam diretamente da conduta irregular, indiretamente contribuem para que a mesma ocorra, pois se não fosse o consórcio firmado entre as empresas, resultando em um contrato, não haveria relação entre a Administração e a empresa integrante do consórcio causadora do ilícito.

Justen Filho (2009, p. 486-487) ao discorrer sobre a responsabilidade solidária destaca:

> No entanto e para fins de licitação e contratação administrativa, o consórcio produz uma espécie de sociedade de fato, em que todos os atos praticados individualmente se comunicam aos demais consorciados.
>
> […]
>
> Daí por que a solução adotada na Lei nº 8.666 configura-se como compatível com a Constituição. Seria impróprio, até em termos lógicos, encampar a regulação de direito privado. É que a Administração Pública considera, para contratar, o conjunto dos recursos (em acepção ampla) dos diversos consorciados. Produz-se uma soma, em que o importante é o somatório total de bens, recursos financeiros, capacitação técnica etc. - a Administração não toma em vista cada consorciado individualmente. Os consorciados comparecem perante a Administração como uma unidade. Logo, os consorciados devem manter essa unidade, relativamente aos atos que possam gerar sua

> responsabilidade. Haveria contradição em adotar duas soluções diversas, variáveis conforme favorecessem ou não os consorciados. Justamente porque comparecem como unidade perante a Administração, os consorciados devem responder juridicamente como unidade. Significa a necessária responsabilidade solidária dos envolvidos. (grifo do autor)

Assim, a soma das qualidades das empresas para fins de habilitação e participação na licitação, vindo a constituírem-se em consórcio é fator relevante para que a Administração inicie a sua relação com as empresas consorciadas e nos termos do inc. V do art. 33 da Lei nº 8.666/93, disposição expressa da solidariedade deve constar do Instrumento de Constituição do Consórcio, que é parte integrante e prerrequisito contratual.

E não se pode esquecer, em termos de responsabilidade, as disposições do art. 70 da Lei nº 8.666/93 que determina:

> O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Considerando o texto legal, não merecem ser acolhidas teses de que as fraudes somente ocorrem por falta de fiscalização contratual por parte da Administração, pois independentemente do dever de fiscalizar que incumbe à Administração, o contratado tem o dever de cumprir fielmente o contrato, evitando ocasionar danos à Administração e a terceiros. Portanto, os danos causados pelo consórcio, visto que este era o contratado, devem por ele ser ressarcido.

Portanto, fundamentado no inc. V do art. 33 da Lei n. 8.666/93 há como aplicar a solidariedade quando o desvio de conduta de uma das consorciadas causa danos à Administração.

2.2.2 Do ressarcimento pela via administrativa

Ante a comprovação da existência do dano e de seu valor, fixada também a responsabilidade solidária do consórcio contratado para fins de ressarcimento dos danos causados à Administração, deve esta, antes do acionamento do Poder Judiciário, buscar o ressarcimento pela via administrativa.

Nesse sentido, prioriza-se a celebração de acordo, no qual as empresas consorciadas reconheçam o débito para com a Administração e procedam à sua quitação mediante compensação dos valores que estas têm a receber da Administração, descontando-se o restante da garantia contratual, se existente, ou, se insuficientes, mediante recolhimento aos cofres do tesouro.

Na eventualidade de não prosperar o acordo para a quitação do dano causado, poderá a Administração utilizar-se das regras do inc. IV do art. 80, da Lei nº 8.666/93, geralmente reproduzidos nos contratos, que estabelece: "retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração."

Registre-se que os ilícitos, cuja sanção corresponda à prevista no inc. IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93, impõem a rescisão contratual unilateral por descumprimento do contrato, bem como a aplicação do disposto no IV do art. 80 da Lei nº 8.666/93.

Por fim, na inviabilidade do ressarcimento pela via administrativa, a Administração deverá encaminhar os autos ao órgão jurídico responsável pela sua representação para a interposição da medida judicial de cobrança.

2.3 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Na seara administrativa, a sanção administrativa pode ser conceituada

como "[...] medida aflitiva imposta pela Administração Pública em função da prática de um comportamento ilícito." (MELO, 2009, p. 150-151).

No âmbito das relações da Administração com seus contratados as sanções administrativas encontram previsão no art. 87 da Lei nº 8.666/93, no art. 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, quando se tratar de licitação na modalidade pregão e, diante de caso concreto, o que dispuser o instrumento contratual.

Todavia, a lei não determinou de maneira mais objetiva a forma para quantificação da sanção administrativa. Assim, cabe ao administrador, analisando o seu ordenamento jurídico[3], o que estabeleceu no edital e no contrato e os fatos que levaram à conduta a ser sancionada, fixar a sanção aplicável à contratada que praticou o ilícito.

Portanto, deve o administrador, mediante avaliação do dano causado à Administração, dos meios utilizados pela contratada para fraudar o contrato, reiteração da conduta, da predisposição da contratada para ressarcir o dano, fixar, justificadamente, a sanção a ser aplicada[4]. Nessa fixação, privilegia-se uma série de princípios, dentre os quais o da legalidade, do devido processo legal, da proporcionalidade[5], da razoabilidade, da motivação, da ampla defesa, sem descurar de outros correlatos.

---

3 O Estado do Acre editou a Lei nº 2.408, de 22 de dezembro de 2010, que "Dispõe sobre a desconsideração da personalidade jurídica para estender os efeitos das sanções de declaração pública de inidoneidade, suspensão e impedimento de licitar e contratar com a administração pública, às pessoas físicas e jurídicas que especifica" e o Decreto nº 5.965, de 30 de dezembro de 2010, que "Dispõe sobre o procedimento administrativo e a aplicação de sanções por ilícitos administrativos cometidos por fornecedores nas licitações, suas dispensas e inexigibilidades e nos contratos da Administração Pública, no âmbito do Estado do Acre." Disponíveis em <http://www.diario.ac.gov.br.>

4 Estas disposições constam do art. 3º do Decreto Estadual nº 5.965/2010.

5 Nesse sentido o voto proferido pelo Ministro do STJ Franciulli Netto, no julgamento do MS nº 7.311/DF.

2.3.1 Da responsabilidade solidária nas sanções administrativas

Consoante já delineado nos tópicos antecedentes acerca da responsabilidade penal e civil das empresas reunidas em consórcio, a Lei de Licitações não fez distinção em quais esferas essa responsabilização se limitaria, de sorte que até nas sanções administrativas poderia ser aplicada, isto significando que uma empresa poderia vir a ser sancionada sem que tenha cometido o ilícito administrativo, mas pelo simples fato de integrar o consórcio junto com a empresa causadora do ilícito.

Contudo, quanto a essa seara, deve prevalecer a visão ampliada do inciso XLV da Constituição Federal (princípio da personalização da pena), pela qual nenhuma medida que restrinja direitos passe da pessoa do acusado, o que aliada ao teor do art. 278, § 1º da Lei nº 6.404/76 (que dispõe que o consórcio não possui personalidade jurídica, mas apenas as empresas que o compõem), significa que a sanção administrativa não pode ser aplicada às outras empresas que não cometeram o ilícito administrativo, ainda que constituam o consórcio, mas tão só à empresa que o cometeu.

Justen Filho (2009, p. 812), ao discorrer sobre o regime jurídico da penalidade administrativa assevera que

> A doutrina nacional e estrangeira concordam, em termos pacíficos, que as penalidades administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante.

E continua (2009, p. 813-817):

> [...] Nenhum crime pode ser reconhecido e nenhuma sanção pode ser imposta senão em virtude de lei. A legalidade é instituto fundamental tanto do Direito Penal

> como do Direito Administrativo. Logo, não poderia deixar de reconhecer-se que também o Direito Administrativo Repressivo se submete ao dito princípio. Não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade das infrações e sanções.
>
> [...]
>
> A penalidade administrativa encontra-se subordinada também ao princípio do personalismo da sanção, o que significa que a penalidade não pode passar da pessoa do agente. O inc. XLV do art. 5º da CF/88 estabelece que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado..." e essa determinação se aplica no âmbito das penalidades administrativas.

Entendimento no mesmo sentido também esboçou Mello (2009, p. 150-151) quanto ao princípio do personalismo da sanção ao tratar da culpabilidade como um dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador:

> Do princípio da culpabilidade decorre outro o da pessoalidade da sanção administrativa, que veda a imposição ou transmissão da medida sancionadora a terceiros que não participaram da conduta típica. Em poucas palavras: a sanção deve ser imposta tão-somente a quem, com dolo ou culpa strito sensu, realiza a infração administrativa, sendo vedada a punição por fato de outrem.

O Tribunal de Contas da União assim também entendeu. Nesse

sentido votou o Ministro-Substituto Convocado Weder de Oliveira[6], quando do julgamento por aquele Tribunal de representação contra possíveis irregularidades na Concorrência nº 159/2009.

> Quanto às empresas que devem ser declaradas inidôneas, entendo que devem ser punidas somente aquelas que, com base nos elementos integrantes dos autos, trabalharam pela consecução da ilegalidade, ou seja, aquelas que praticaram os atos formais que resultaram na fraude.
>
> [...]
>
> Quanto às demais empresas integrantes dos dois consórcios, não há nos autos elementos que permitem afirmar se participaram ou mesmo se tinham conhecimento da fraude.

Assim, embora entenda que a solidariedade entre as empresas consorciadas deve ser considerada para fins de ressarcimento das obrigações civis - vez que o instituto é típico do Direito Civil -, defende-se, corroborada pela doutrina e jurisprudência pátria, que não há solidariedade para fins de aplicação das penalidades criminais e administrativas, devendo as sanções administrativas (impedimento de licitar, contratar e multa) se restringirem à pessoa jurídica responsável direta pelos atos fraudulentos.

Seria demasiadamente injusto e não se coadunaria com os objetivos legais, a penalização administrativa das consorciadas que não tiveram participação na conduta fraudulenta, devendo estas serem responsabilizadas, solidária e exclusivamente, pelo ressarcimento do dano.

---

6 TCU. Acórdão nº 1340/2011 – Plenário. Sessão 25/05/2011. DOU 01/06/2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública no exercício de sua atividade administrativa ressente-se da necessidade de uma gama de bens e serviços para realizar a oferta de serviços públicos de qualidade a toda a coletividade.

Para suprir essas necessidades a Administração, mediante um processo administrativo, seja com ou sem licitação (dispensa e inexigibilidade) realiza a aquisição de bens e contrata obras e serviços variados de terceiros, que a depender do vulto e complexidade, os terceiros podem estar reunidos em consórcio (uma associação de empresas, que não possui personalidade jurídica), firmando um contrato administrativo.

Para regular estas relações, o legislador dotou-a de meios materiais e institucionais, dentre eles, o poder para apurar, mediante processo administrativo, a prática de condutas fraudulentas no âmbito dos contratos administrativos.

O consórcio, nas licitações, diante das normas do inc. V do art. 33 da Lei nº 8.666/93, submete-se a um regime de solidariedade entre as empresas que o constitui para com a Administração, de sorte que o compromisso firmado com esta última pelo consórcio, a todas as empresas obriga, seja no conjunto ou individualmente. Desta situação, no campo da responsabilidade, a Administração poderá escolher de qual das empresas exigirá o cumprimento da obrigação, assim como impor sanções em caso de descumprimento contratual ou por ilícitos praticados durante a licitação e execução do contrato.

De sua conduta irregular, o consórcio poderá ser responsabilizado na esfera penal, administrativa e civil, sendo que a apuração do ilícito entre as instâncias pode dar-se simultaneamente.

Conquanto se admita que a responsabilidade civil possa ser exigida do consórcio enquanto reunião de todas as empresas que o compõe, em razão do dano ocorrido, para o ressarcimento pecuniário à Administração, o mesmo entendimento não é perfilhado para a sanção administrativa.

Esta última, dado o seu caráter aflitivo, deve recair apenas na ou

naquelas empresas infratoras, sem se comunicar com as que não participaram ou contribuíram para o ilícito, em homenagem à justiça e aos princípios informadores do Direito Administrativo Sancionador, entre eles o previsto no inc. XLV da Constituição Federal, entendimento que já vem sendo reconhecido no âmbito do Tribunal de Contas da União. Como órgão incumbido de realizar a fiscalização no uso dos recursos públicos e harmonizar a interpretação de aplicação da Lei de Licitações e Contratos, este vem se balizando pelos princípios da personalização da pena e proporcionalidade na aplicação de sanções administrativas aos que irregularmente utilizam-se de recursos públicos, posição que filia-se.

REFERÊNCIAS

ACRE. **Decreto n. 5.965, de 30 de dezembro de 2010**. Dispõe sobre o procedimento administrativo e a aplicação de sanções por ilícitos administrativos cometidos por fornecedores nas licitações, suas dispensas e inexigibilidades e nos contratos da Administração Pública, no âmbito do Estado do Acre. Acesso em 11 jul. 2011.
Disponível em <http://www.diario.ac.gov.br>.

_____. **Lei n. 2.408, de 22 de dezembro de 2010**. Dispõe sobre a desconsideração da personalidade jurídica para estender os efeitos das sanções de declaração de inidoneidade, suspensão e impedimento de licitar e contratar com a administração pública, às pessoas físicas e jurídicas que especifica. Acesso em 11 jul. 2011 Disponível em <http://www.diario.ac.gov.br>. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 22.978/BA,** Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 25/11/2010, DJe 13/12/2010.

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, in-

ciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Novo Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

EQUIPE DE REDAÇÃO. **Participação dos Consórcios nas Licitações e sua Contratação**. Zênite WEB Licitações, Doutrina -344/122/ABR/2004. Acesso em 11 jul. 2011.

HARGER, Marcelo. **A utilização de conceitos de Direito Criminal para a interpretação da Lei de Improbidade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2636, 19 set. 2010. Acesso em: 08 ago. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17434>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz. **O Regime Jurídico das Sanções Administrativas.** Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – nº 4 – Ago/Dez 2009. Acesso em 18 jul.2011. Disponível em http://www.oabpr.com.br/revistaeletronica/revista04/149-171.pdf.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas** (considerações em torno do art. 33 da Lei nº 8.666/93). Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia nº 3, ago-set-out, 2005. Acesso em 17.07.2011. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br.>

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Responsabilidade Administrativa *versus* penal:** A função social do Direito Penal e a responsabilidade social. Acesso em 11 jul.2011. Disponível em <http://www.webartigos.com/articles/43422/RESPONSABILIDADE.>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1340/2011 – Plenário**, Relator Ministro Raimundo Carreiro. Revisor Ministro Walton Alencar Rodrigues. Acesso em 10 jul.2011.
Disponível em <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?p=1&doc=1>.
VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Tito Costa de Oliveira[1]

Resumo. *O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário comporta a forma difusa ou incidental e a concentrada ou direta, através da ADI, ADC, ADO e ADPF. Aqui nos interessa a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que é uma inovação da Constituição Federal de 1988 (artigo 102, § 1º), sendo regulada pela Lei 9.882/1999 com a finalidade de proteger "preceitos fundamentais", podendo ser proposta contra ato do Poder Público ou quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, bem como contra decisões judiciais, sendo cabível na hipótese de não existir qualquer outro meio eficaz para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, caracterizando o regime de subsidiariedade a que essa ação constitucional está submetida. O interesse no seu exame decorre relevância atualmente reconhecida acerca da jurisdição constitucional e das possibilidades que essa ação constitucional confere à Advocacia Pública no exercício de suas atribuições constitucionais. O presente trabalho busca examinar esse instrumento do controle concentrado de constitucionalidade através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal, que detém a competência para processar e julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental.*

Palavras-chave: *Constitucionalidade. Controle Concentrado. Arguição. Preceito Fundamental.*

---

1 Procurador do Estado

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade o exame da arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação do controle concentrado de constitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal, cuja análise se dará através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

A Constituição de um País é dotada de superioridade sobre suas demais normas jurídicas, o que se constitui no princípio da supremacia constitucional e representa o alicerce em que se assenta o Estado Democrático de Direito, sendo oportuna a lição de Ivo Dantas:

> desta opção ideológica decorre o *sentido político de Constituição*, expresso em uma *supremacia* que, em última análise, significa uma maior proteção que se confere à matéria constitucional, em conseqüência ocupando posição de destaque frente às demais matérias que formam o ordenamento jurídico.[2]

A Constituição, portanto, possui uma incontroversa primazia em relação às demais normas jurídicas, conforme se extrai do ensinamento de José Afonso da Silva:

> é, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização dos seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.[3]

---

2 DANTAS, Ivo. *Instituições de direito constitucional brasileiro*. 2.ed., Curitiba: Juruá, 2002, p. 137.

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 49.

A partir dessa supremacia constitucional, se impõe o controle de constitucionalidade como ato intelectivo de submeter certa norma ou ato normativo a uma verificação de adequação com o parâmetro constitucional em vigor.

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, portanto, como consequência lógica do sistema constitucional vigente, tanto pode ser exercido por um órgão jurisdicional, como por um órgão político, o que se dá, nessa segunda hipótese, junto à Comissão de Constituição e Justiça de ambas as casas do Congresso Nacional e por meio do veto pelo Chefe do Poder Executivo aos projetos de lei.

Assim, diversos são os caminhos para que se expurgue do ordenamento jurídico normas incompatíveis com a Carta Magna. Contudo, nos interessa o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, a quem é confiado o exercício da jurisdição constitucional, cujo conceito, para José Afonso da Silva, consiste

> [...] na entrega aos órgãos do Poder Judiciário da missão de solucionar os conflitos entre os atos, procedimentos e órgãos públicos e a Constituição. Ou, em sentido mais abrangente: entrega ao Poder Judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais.[4]

Ainda sobre o sentido de jurisdição constitucional, Elia Denise Hammes e Charles Andrade Froehlich sustentam que a ideia inicial envolvida nessa expressão é de que,

> [...] deve existir uma maneira de controlar a constitucionalidade das leis, ou, em outras palavras, deve existir uma maneira de defender a supremacia da constituição. [...]

4 SILVA, José Afonso da; citado por HAMMES, Elia Denise; FROEHLIC, Charles Andrade. *Manual do controle concentrado de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 25.

> É bom lembrar que, entretanto, atualmente, 'jurisdição constitucional' não se confunde simplesmente com 'controle de constitucionalidade', por mais que, nas origens, houve esta reciprocidade. Ao longo do tempo, foi-se reconhecendo outras atribuições ou prerrogativas da jurisdição constitucional, as quais extrapolam os mecanismos formais do controle de constitucionalidade, tais como: a defesa, garantia e efetivação de direitos fundamentais, bem como o controle das regras da democracia e do bom funcionamento dos poderes."[5]

Nesse compasso, analisemos o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, seja pela via difusa ou pela via do controle concentrado através do Supremo Tribunal Federal, a quem é conferido o papel de Corte Constitucional.

2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PELO PODER JUDICIÁRIO

O constituinte de 1988 outorgou ao Supremo Tribunal Federal a condição de Corte Constitucional do Brasil (CF, artigo 102, *caput*), sendo sua função precípua a guarda da Constituição, realizando, dessa forma, o controle de constitucionalidade das leis em geral, seja pela via incidental ou concentrada.

O controle difuso de constitucionalidade é suscitado incidentalmente e o controle concentrado é desencadeado por meio de ação principal.

A inconstitucionalidade decorrente da contrariedade ou a lesão a preceito constitucional pode ser suscitada em via incidental, no caso concreto, ou em via direta, por meio da ação direta de inconstitucionalidade (ADI); da ação direta de constitucionalidade (ADC), da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ou ainda por meio da arguição de descumprimento de

5 HAMMES; FROEHLIC, op. cit., 2009, p. 25.

preceito fundamental (ADPF), através do exame pelo Supremo Tribunal Federal.

Com isso se infere que as normas legais ou atos normativos contrários à Constituição não subsistem, ou seja, aqueles compatíveis com os ditames constitucionais permanecem e efetivamente integram o ordenamento jurídico e os não compatíveis são afastados.

2.1 O mecanismo do controle difuso de constitucionalidade no Brasil

A incompatibilidade entre uma norma legal e a Constituição autoriza que essa incongruência seja arguida perante qualquer Juiz de Direito ou Tribunal, inclusive, no curso da ação, a fim de que se afaste sua incidência em razão da desarmonia com o texto constitucional, conforme ensina Eduardo Appio,

> o controle da constitucionalidade das leis ou atos normativos no Brasil também pode (deve) ser realizado por qualquer Corte ou Magistrado do País. O argumento de que, para se chegar a uma decisão em um processo, o julgador por vezes tem de analisar a constitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo, infunde-lhe o poder-dever de exercer o controle da constitucionalidade na via difusa.
>
> O Fundamento que legitima tal prerrogativa – de suma importância, na medida em que a lei editada, de modo geral expressa vontade dos representantes eleitos – consiste no fato de que o julgador, no exercício de sua função, tem de verificar se a lei é válida no tempo. Considerando que este mesmo julgador, à vista de uma lei derrogada, deve deixar de aplicá-la, na solução do caso concreto que lhe é submetido, o mesmo sucede em relação a uma lei

inconstitucional, diante de sua nulidade genética.[6]

As consequências desse processo é que esse meio de ação incidental só terá efeitos entre as partes, e os juízes e tribunais estarão livres para decidir no caso concreto conforme seu convencimento, que podem ser divergentes.

A matéria poderá chegar ao Supremo Tribunal Federal para apreciar em sede de recurso extraordinário as decisões de única ou última instância que declararam a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, as que tenham contrariado dispositivo da Constituição, ou ainda as que julgaram válida lei local contestada em face da Carta Magna (CF, art. 102, III).

Assim, em grau de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal se manifestará e decidirá por maioria simples e em caráter definitivo pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma legal impugnada.

Desse modo, o controle difuso da constitucionalidade decorre de um sistema jurídico que admite que qualquer Juiz ou Tribunal o realize, mas deixa, por meio da via recursal extraordinária, a última palavra ao Supremo Tribunal Federal.

2.2 O mecanismo do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil

A teoria da inconstitucionalidade das leis pressupõe a Constituição como lei suprema, superior às demais leis, que lhe devem fidelidade e nela encontram a origem de sua validade, bem como que os Poderes do Estado devem estar sujeitos a essa lei maior, com atribuições definidas e competências limitadas.

Ao ultrapassar os limites fixados pela Constituição, o Poder Legislativo passa a exercer poderes que não tem, invade uma competência que lhe não pertence e o que fizer conterá o vício da inconstitucionalidade, impondo o exercício do controle de constitucionalidade.

6 APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 77.

O conteúdo das normas legais deve se harmonizar com os fundamentos da atual ordem constitucional, todavia, em caso contrário, se impõe um processo principal que consiste em tornar ineficazes ou inoperantes as normas que sejam desconformes, colidam ou conflitem com a Lei Fundamental.

A legislação deve ser lida, interpretada e compreendida de acordo com os princípios, ideologias, fundamentos e objetivos da ordem constitucional em vigor e a norma legal que seja colidente com a Constituição se impõe afastar.

Eduardo Appio, ao tratar das características das ações do modelo concentrado, assim se manifesta sobre o tema,

> o processo de controle concentrado é de natureza política, pois a atuação do Supremo Tribunal Federal tem por finalidade assegurar a supremacia da Constituição Federal, a qual expressa um pacto de natureza política. A sentença prolatada no controle concentrado é de natureza declaratória, uma vez que a nulidade *ab origine* impede a produção de efeitos jurídicos válidos, devendo ser declarada pela Corte. Esta sentença, inclusive, possui a natureza dúplice, na medida em prevalece o entendimento objetivo do Supremo Tribunal Federal no que tange a validade da lei impugnada, não estando vinculado ao pedido das partes, podendo declarar a constitucionalidade da lei mesmo que o autor pretenda providência inversa.[7]

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal apreciará, pela via concentrada, a divergência entre a norma legal e o direito constitucional vigente, por meio de uma das ações destinadas a essa finalidade.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal exerce o controle concentrado de constitucionalidade pela via principal, lhe cabendo processar e julgar

7 APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 96.

originariamente a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a declaratória de constitucionalidade (ADC), a de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

O controle de constitucionalidade pela via da ação direta de inconstitucionalidade está expressamente previsto no artigo 102, I, *a* e § 2° e 103 da CF/88, cujo processo é regulado pela Lei nº 9.868/1999.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade tem efeitos *erga omnes* e vinculante contra todos, órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública, bem como *ex tunc*, retroagindo até a origem da norma declarada inconstitucional, nulificando todos os efeitos produzidos.

O Poder Constituinte também dotou nosso sistema da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), objetivando combater a chamada "síndrome de inefetividade das normas constitucionais."[8]

Por sua vez, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) se encontra prevista no artigo 102, I, "a", da CF, conforme alteração introduzida com a Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, e tem por finalidade declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, cujo processo e julgamento estão regulamentados pela Lei nº 9.868/99.

Finalmente, temos a arguição de descumprimento de preceito fundamental, cuja análise mais detalhada faremos a seguir.

2.2.1 Controle concentrado por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF

A arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista no artigo 102, § 1°, da Constituição Federal, para ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

André Ramos Tavares indica o que caracteriza a violação da Constituição como descumprimento de preceito fundamental para fins de cabimento da arguição:

8 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14.ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 306.

> o descumprimento, na Carta de 1988, assemelha-se à noção lata apresentada em nível teórico. Realmente, se com relação à inconstitucionalidade a Constituição refere-se de forma expressa a leis e atos normativos como únicos atos capazes de nela incidir (quando se trata de controle concentrado), o mesmo não ocorreu com o descumprimento, já que quanto a este a Constituição unicamente restringe o parâmetro (há de ser preceito constitucional fundamental), mas não o objeto de controle (com o que a medida restou ampla, a admitir toda forma de descumprimento, dê-se por lei, ato normativo, administrativo ou mesmo material, incluindo-se o de caráter privado).[9]

Prosseguindo, traz a conceituação sobre esse instituto nos seguintes termos:

> a argüição é uma ação judicial, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que desencadeia o denominado processo objetivo, cujo fundamento é o descumprimento de preceito constitucional que consagra valores basilares do Direito pátrio, descumprimento este perpetrado por ato de natureza estatal.[10]

A regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental veio através da Lei n° 9.882, de 3 de dezembro de 1999, cujo art. 1° dispõe sobre as três hipóteses de cabimento: (I) evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; (II) reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; (III) e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal,

9 TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental*. São Paulo: Atlas. 2001, p. 197

10 TAVARES, op. cit., p. 249.

estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Percebe-se, na parte final do dispositivo, a importância da análise desse instituto, pois, restou expressamente previsto sua utilização como forma de controle concentrado para as normas anteriores à Constituição, o que não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, conforme entendimento que vigora no Supremo Tribunal Federal.

Sobre esse aspecto, oportuna a lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

> assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade formular a argüição de descumprimento.
>
> Também essa solução vem colmatar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro. Permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solvidas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante no âmbito de um processo objetivo.[11]

A regulação do convívio entre a Constituição superveniente e a legislação anterior demonstra, em princípio, que as normas jurídicas já existentes não são simplesmente retiradas do mundo jurídico, mas que apenas são revogadas aquelas que se revelam incompatíveis com a nova ordem constitucional, conforme restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal.

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manteve essa mesma

11 MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO. Inocêncio Mártires; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed., revista e atualizada. São Paulo. Saraiva, 2009.

postura, negando às normas anteriores à Constituição apreciação por via da ação direta de inconstitucionalidade, conforme nos ensina Elia Denise Hammes e Charles Andrade Froehlich,

> observa-se, na análise da Lei 9.882/99 a ampliação do objeto do controle de constitucionalidade efetuado pelo STF: pode-se verificar a constitucionalidade de atos normativos municipais e, inclusive, de atos normativos anteriores à Constituição, o que não era admitido por jurisprudência histórica do STF. Antes de a Lei 9.882/99 entrar em vigor, o STF não admitia controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal contrária a CF, bem como também não admitia declarar a inconstitucionalidade do direito anterior à Constituição em vigor.[12]

Destarte, apesar de o Supremo Tribunal Federal não admitir a apreciação de incompatibilidade de norma anterior à Constituição pela via da ação direta de inconstitucionalidade, o legislador dotou a Suprema Corte com essa competência, afirmando que ele deve realizar o controle de constitucionalidade das normas anteriores à Constituição em sede da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental aparece como uma alternativa para o controle concentrado das normas anteriores a Constituição que desrespeitem algum preceito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, exercerá juízo de valor sobre a relevância ou não da matéria proposta, ou seja, passa por seu próprio crivo dizer se o conflito posto é relevante, para fins de ser apreciado por via da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

12 HAMMES, Elia Denise; FROEHLIC, Charles Andrade. *Manual do controle concentrado de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 260.

Com isso, mesmo tendo o legislador atribuído ao Supremo Tribunal Federal a competência para fazer o controle de constitucionalidade de norma anterior a Constituição em sede da arguição de descumprimento de preceito fundamental, há sempre a necessidade prévia de que a Suprema Corte profira decisão para saber se a lide comporta o conceito de relevância exigido.

O Supremo Tribunal Federal pode, ainda, rejeitar o pedido da arguição de descumprimento de preceito fundamental se identificar a falta dos requisitos elencados no artigo 3° da Lei nº 9.882/1999, quais sejam: (I) a indicação do preceito fundamental que se considera violado; (II) a indicação do ato questionado; (III) a prova da violação do preceito fundamental; (IV) o pedido, com suas especificações; e (V) se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Ademais, outras condições estão adstritas para que a arguição de descumprimento de preceito fundamental seja processada: (I) a norma impugnada deve estar violando algum preceito fundamental e (II) se não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, fazendo com que sua admissibilidade esteja condicionada a essa inexistência (Lei n° 9.882/99, artigo 4°, § 1º), o que lhe confere caráter subsidiário.

A natureza da arguição de descumprimento de preceito fundamental pode bem se inferir da análise do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 33, em que discorre sobre a complexidade dessa via de ação e se a expressão preceitos fundamentais deve ter interpretação restritiva ou extensiva, concluindo que:

> destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos

direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um preceito fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confiram densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

[...]

a primeira vista poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz de afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão (recurso constitucional) e no direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático. De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da

> subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão – contido no § 1° do art. 4° da Lei n° 9.882, de 1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global. Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.[13]

Não obstante, há de se levar em conta os demais processos objetivos do nosso ordenamento jurídico, ou seja, cabendo ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade não será admissível a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por outro lado, não se verificando a existência de outro meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

André Ramos Tavares possui posição totalmente contrária, entendendo que esse caráter subsidiário não encontra suporte na Constituição e não se compatibiliza com a natureza da arguição de descumprimento, conforme a seguir:

> não se pode compreender a argüição no sentido de que seria um instrumento processual subsidiário, tal como se dá com o mandado de injunção. Realmente, entende-se que este apresenta caráter residual, por não servir de sucedâneo de outras ações individuais ou coletivas como o mandado de segurança. Já a argüição de descumprimento de preceito fundamental ocupa sua posição específica no sistema constitucional. E o legislador não poderia pretender

13 MENDES, Gilmar Ferreira. ADPF 33, decisão liminar em 25.11.2002. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 25.2.2012.

> negar-lhe essa situação constitucionalmente delineada. Seu cabimento está predeterminado pela Constituição, com o que esta forçou os anteriores contornos do campo específico da ação direta, tal como era prevista até o advento da Constituição de 1988.[14]

Oportunas, ainda, as lições do Ministro Gilmar Mendes em sua decisão na ADPF 33, que assim assinalou:

> [...] ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias.[15]

Desse modo, ainda que o recurso extraordinário possa ser considerado meio eficaz de superar eventual lesão a preceito fundamental, a utilização do controle difuso não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgamento nele proferido, ou seja, decisão com efeitos apenas entre as partes.

A ADPF 33 é muito esclarecedora, pois destaca pontos importantes na caracterização desse instituto como meio adequado para se verificar a

14 TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental*. São Paulo: Atlas. 2001, p. 239.

15 MENDES, Gilmar Ferreira. ADPF 33, decisão liminar em 25.11.2002. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 25.2.2012.

compatibilidade ou não de certa norma anterior com a nova Constituição, e, em caso negativo, a declaração de sua não recepção pela nova ordem constitucional porque com ela incompatível, conforme se extrai da ementa com voto da relatoria do Ministro Gilmar Mendes (publ. DJU de 27.10.2006):

> 1. Argüição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, § 4º , CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88). 2. Existência de ADI contra a Lei nº 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de argüição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. 3. Admissão de *amicus curiae* mesmo após terem sido prestadas as informações 4. Norma impugnada que trata da remuneração do pessoal de autarquia estadual, vinculando o quadro de salários ao salário mínimo. **5. Cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo**. **6. Cabimento de argüição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional).** 7. Requisito

de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. **8. Governador de Estado detém aptidão processual plena para propor ação direta (ADIMC 127/AL, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.12.92), bem como argüição de descumprimento de preceito fundamental, constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de *jus postulandi*.** 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não recepção da norma pela ordem constitucional superveniente**. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente.** 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º,§1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia

> constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, § 4º, I, c/c art. 7º, IV, in fine, da Constituição Federal).[16]

Oportuno destacar alguns casos sob exame pelo Supremo Tribunal Federal que têm relevância para a sociedade brasileira, como a ADPF 54, proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS) buscando a declaração de que a antecipação terapêutica do parto pelas mães grávidas de crianças anencefálicas não seria considerada crime de aborto e nem poderia ser punida, sob a alegação de que a dignidade da mulher e a sua autonomia da vontade, como preceitos fundamentais, estariam sendo desrespeitados.

O Supremo Tribunal Federal em recente pronunciamento de mérito, por maioria de oito votos a favor e dois contra, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, todos do Código Penal.[17]

Outro aspecto a ser destacado é a viabilidade da utilização da ação de descumprimento de preceito fundamental em face de decisão judicial que eventualmente se revele contrária ao interesse público e incorra em violação de preceito fundamental, sendo oportuno citar a ADPF 101 proposta pelo

16 ADPF 33, disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 25.02.2012.

17 ADPF 54, decisão em 12.4.2012. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 13.4.2012.

Presidente da República.

Na ADPF 101 buscou-se a declaração de violação aos preceitos fundamentais consubstanciados no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos dos artigos 196 e 225 da Constituição Federal, por parte de Juízes Federais e Tribunais Regionais Federais que proferiram decisões permitindo a importação de pneus usados, tendo o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 24.6.2009 e por maioria de oito votos a favor e um contra, julgado parcialmente procedente o pedido.[18]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arguição de descumprimento de preceito fundamental ampliou o conceito do controle concentrado de constitucionalidade, pois, a partir da vigência da Lei nº 9.882/1999, foi atribuído competência ao Supremo Tribunal Federal para apreciar, em via direta, o conflito de norma anterior com a Constituição vigente.

Entretanto, ainda há limitação do número de normas que podem ser apreciadas, pois, deve restar caracterizado desrespeito ou ameaça a algum preceito fundamental, bem como a matéria representar questão de relevância.

Embora esse instituto represente uma inovação positiva no nosso sistema jurídico, a realidade nos mostra que tem encontrado dificuldades para se afirmar, pois, são poucas as ADPFs com expressividade no cenário jurídico brasileiro, estando a merecer mais atenção de todos os operadores do direito, a fim de que possa se tornar uma ação de maior amplitude, com vistas ao incremento da supremacia do Ordenamento Jurídico vigente e pleno exercício da jurisdição constitucional.

Como exemplos de utilização no âmbito da advocacia pública, citamos a ADPF 33, proposta pelo Governador do Pará por ofensa ao princípio

18 ADPF 101, disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 13.4.2012

federativo e restrição a autonomia dos Estados prevista no artigo 60, § 4º, I, da Constituição Federal, bem como a ADPF 101, proposta pelo Presidente da República, por violação ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previstos nos artigos 196 e 225 da Constituição Federal, em face de decisões judiciais permitindo a importação de pneus usados.

Com essas considerações, entendemos que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é um instrumento de grande importância para o controle concentrado de constitucionalidade, podendo ser utilizado também no âmbito da advocacia pública na busca da tutela de preceito fundamental visando o incremento ou a blindagem jurídica de políticas de ação administrativa objetivando a defesa do interesse público.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. Controle de Constitucionalidade no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005.

DANTAS, Ivo. Instituições de Direito Constitucional Brasileiro. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2002.

HAMMES, Elia Denise; FROEHLIC, Charles Andrade. Manual do Controle Concentrado de Constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4.ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. ADPF 33, decisão liminar em 25.11.2002. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 25.02.2012.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas. 2002; p. 67.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14.ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

TAVARES, André Ramos. Tratado da Argüição de Preceito Fundamental. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DA PAUTA FISCAL NA COBRANÇA DE ICMS POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE E O SEU EMPREGO NO COMBATE A SONEGAÇÃO E A FRAUDE FISCAL

Felix Almeida de Abreu
Procurador do Estado (AC)
Pós Graduado Lato Sensu em Direito Tributário e em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes (RJ)

Sumário. 1. Introdução **2.** Instrumentos jurídicos que embasam a utilização da pauta fiscal na cobrança do ICMS por substituição tributária "para frente" **3.** Inexistência de diferença entre o arbitramento preconizado pelo art. 18 da Lei Complementar nº 87/1996 e art. 148 do CTN, quando comparado com o arbitramento previsto no art. 14 da Lei Complementar nº 055/97, do art. 13 do Decreto nº 08/98 e na Portaria nº 386/2005 **4.** Traços distintivos entre pauta fiscal e substituição tributária para frente **5.** Posição do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Acre sobre a cobrança do ICMS na substituição tributária para frente com base em pauta fiscal **6.** Entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a cobrança de ICMS com base em pauta fiscal **7.** Pauta fiscal como instrumento de apoio no combate a sonegação e a fraude fiscal **8.** Conclusão **9.** Literatura consultada.

---

1 INTRODUÇÃO

De acordo com a Constituição Federal de 1988, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, nos termos do art. 3º, incisos III e IV, da Constituição Federal, respectivamente.

Para a consecução desses objetivos e de outros programas sociais não incluídos no rol dos objetivos fundamentais, mas que não podem ser delegadas ao particular, o Estado Brasileiro necessita de mais recursos a cada ano que passa.

Disso resulta que o ente público para captar recursos destinados a realização das despesas precisa lançar mão de formas coercitivas de arrecadação para impor aos particulares o pagamento de quantias em dinheiro, entre as quais se menciona o pagamento de impostos.

Os impostos, como se sabe, constituem-se receitas obrigatórias e, seguramente, são as maiores fontes de receitas públicas.

Acontece que, de maneira geral, ninguém gosta de pagar tributo, mesmo porque não se sabe exatamente o seu destino. Por isso, alguns contribuintes assessorados por bons tributaristas se utilizam de alguns artifícios, como é o caso da elisão e da evasão fiscal, a fim de pagarem menos tributos.

A propósito, elisão fiscal é um procedimento lícito, por meio do qual o contribuinte realiza um planejamento fiscal, com o objetivo de pagar menos imposto. Por sua vez, a evasão fiscal consiste numa conduta lícita e preventiva do individuo, abstendo-se de praticar o fato jurídico definido em lei com hipótese de incidência.

Há, ainda, contribuintes que apostam na impunidade e, por isso, não se preocupam com o cometimento de infrações à ordem tributária, entre as quais se destacam a fraude e sonegação fiscal.

Nesse contexto, surge a pauta fiscal, que visa suprir as lacunas deixadas pelo contribuinte malicioso, e que pode se constituir numa ferramenta útil no

combate a fraude e a sonegação.

Com este trabalho, pretende-se analisar a legitimidade da utilização da pauta fiscal na cobrança do imposto sobre circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços, na substituição tributária "para frente", explicitando o conceito e legalidade do referido instituto; estabelecer a distinção entre pauta fiscal e substituição tributária para frente; destacar alguns instrumentos jurídicos que embasam a utilização da pauta fiscal; mostrar a posição do Egrégio Tribunal de Justiça do Acre e do STJ sobre a utilização da pauta fiscal; demonstrar que não há diferença entre o arbitramento preconizado pelo art. 18 da Lei Complementar nº 87/1996 e art. 148 do CTN, quando comparado com o arbitramento previsto no art. 14 da Lei Complementar Estadual nº 055/1.997, no art. 13 do Decreto nº 08/1.998 e na Portaria nº 386/2005.

Por fim, pretende-se demonstrar que a pauta fiscal pode ser utilizada como uma ferramenta de apoio no combate a sonegação e a fraude fiscal previstas na Lei nº. 8.137/90 não só em relação à substituição tributária "para frente", mas também em outros casos em que restar configurado o comportamento malicioso do sujeito passivo, com o propósito de eximir-se do pagamento do tributo.

2. INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE EMBASAM A UTILIZAÇÃO DA PAUTA FISCAL NA COBRANÇA DO ICMS POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 18 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96, ART. 148 DO CTN, ART. 14 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 055/97, ART. 13 DO DECRETO Nº 055/97 E PORTARIA Nº 386/2005. ARBITRAMENTO PELO FISCO. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL REGULAR.

Como se sabe, os entes tributantes só podem criar ou aumentar tributos por meio de lei, em homenagem ao princípio da legalidade, consoante reza o art. 97 do CTN e o art. 150, inciso I, da CF.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal, ao tratar do sistema tributário nacional, traçou os mecanismos necessários para que cada ente da federação pudesse instituir e cobrar seus tributos, fixando-lhes suas respectivas competências, conforme prevê o art. 145 e o art. 155 da CF.

É oportuno mencionar que a Constituição Federal não criou tributos. Limitou-se estabelecer as competências de cada ente publico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para instituir os seus respectivos tributos.

Consabidamente, o ICMS é o tributo que mais interessa aos estados brasileiros por representar a maior fonte de arrecadação destes, daí porque houve uma preocupação do legislador pátrio em limitar o poder de tributar do Estado, o qual encontra seu limite na própria Constituição Federal, conforme dicção dos arts. 150 e 155, *caput,* que atribuíram aos Estados e ao Distrito Federal competência para a sua instituição e cobrança.

Assim, definida a competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir o ICMS e, por outro lado, visando uniformizar os procedimentos a serem adotados na cobrança, a União Federal editou a Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996, Lei de caráter nacional, que estabelece as regras gerais para a instituição e cobrança do ICMS.

Fiéis ao comando acima, os Estados da Federação elaboraram suas leis internas descrevendo suas hipóteses de incidência, definindo seus contribuintes e estabelecendo sua base de cálculo, o que significa dizer que o imposto foi instituído.

A instituição de um imposto se dá pela descrição, na lei, de suas hipóteses de incidências, de seus contribuintes e a definição de sua base de cálculo.

Nesse sentido, o Estado do Acre editou a Lei Complementar Estadual nº. 55/1997, que dispõe quanto ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e de comunicação, e que no art. 24 e s. prevê as hipóteses de cobrança do ICMS por substituição tributária. A dita lei foi regulamentada pelo Decreto nº 008/98, o qual também prevê no art. 29 e s. a cobrança do ICMS por substituição tributária.

A substituição tributária tem previsão constitucional, uma vez que se encontra consagrada no art. 150, §7º, da Constituição Federal e foi introduzida pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993.

Pois bem, analisado o aspecto relativo à legalidade e constitucionalidade da cobrança do ICMS por substituição tributária, passa-se a análise da legalidade da utilização da pauta fiscal na cobrança do ICMS.

A pauta fiscal, assim como a substituição tributária para frente, exige previsão legal, porquanto vai determinar o *quantum* de tributo deve ser recolhido pelo contribuinte, na circulação de mercadoria ou prestação de serviço. Por isso, vincula-se aos princípios que norteiam a administração pública, notoriamente o princípio da legalidade, de forma que não há discricionariedade do agente do fisco no arbitramento do valor do tributo, quando forem consideradas insubsistentes as informações fornecidas pelo contribuinte.

Assim sendo, alguns Estados fizeram constar em suas legislações a previsão da cobrança do ICMS com base em pauta fiscal, como é o caso do Estado do Acre.

A esse propósito, o Estado do Acre editou a Lei Complementar nº 055,

de 9 de janeiro de 1.997, que dispõe quanto à cobrança do ICMS, e no seu art. 14 prevê a utilização da pauta fiscal, ***verbis:***

> Art. 14. Quando o cálculo do imposto tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de mercadorias, bens, serviços ou direitos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado, (...).

A Lei Complementar nº 055/1.997 foi regulamentada pelo Decreto nº 008, de 26 de janeiro de 1.998, que também prevê a utilização da pauta fiscal, conforme dicção do art. 13, ***verbis****:*

> Art. 13. Quando o cálculo do imposto tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de mercadorias, bens, serviços ou direitos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado, (...).

Por último, visando disciplinar o art. 14 da Lei Complementar nº 055/97 e o art. 13 do Decreto nº 055/97, que tratam da pauta fiscal, foi editada a Portaria nº 386/2005, que traz a relação dos produtos com os seus respectivos preços de entrada no âmbito do Estado do Acre.

Ressalta-se que a previsão de utilização da pauta fiscal ínsita na legislação tributária do Estado do Acre obedeceu ao comando traçado no art.

18 da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 148 do CTN, por meios dos quais a União estabeleceu regras gerais a serem observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal.

Dessa forma, o Estado do Acre possui respaldo legal para se utilizar da pauta fiscal, com o propósito de determinar a apuração da base de cálculo e, consequentemente, o valor do ICMS a ser recolhido.

É claro que a utilização da pauta deve ser levada a efeito quando se tornar impossível a apuração do tributo pelas vias normais e, ainda assim, deverá ser tratada com as devidas cautelas, para evitar o agravamento da situação do contribuinte.

Nessa esteira, uma vez apurado o valor do tributo por arbitramento, deverá ser instaurado processo administrativo regular, intimando-se o contribuinte para pagar a quantia ou impugnar o lançamento, assegurando-lhe o direito ao contraditório e a ampla defesa, porquanto o lançamento realizado pelo fisco poderá ser elidido pelo contribuinte, daí porque a pauta fiscal deve ser vista como detentora de presunção relativa.

3 INEXISTÊNCIA DE DIFERENÇA ENTRE O ARBITRAMENTO PRECONIZADO PELO ART. 18 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/1996 E ART. 148 DO CTN, QUANDO COMPARADO COM O ARBITRAMENTO PREVISTO NO ART. 14 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 055/97, NO ART. 13 DO DECRETO Nº 055/97 E NA PORTARIA Nº 386/2005

Com efeito, os arbitramentos se apóiam em resultados de pesquisas realizadas no mercado atacadista ou varejista, onde se dá a internalização das mercadorias ou a prestação dos serviços, com vista à apuração de preços médios das mercadorias ou o valor corrente das prestações de serviços.

O principal objetivo da realização de pesquisas é municiar o fisco de informações que lhe permitem representar com maior fidedignidade o valor da operação ou prestação de serviço, no momento da ocorrência do fato gerador,

de forma que os valores tabelados se aproximem dos valores praticados no mercado, fazendo com que o contribuinte pague o que efetivamente é devido, levando-se em consideração a sua capacidade econômica.

As pesquisas deverão ser realizadas com base em critérios previamente definidos, para evitar que o agente do fisco possa manipular os dados e arbitrar valores inteiramente divorciados do valor da operação, pois, poderia levar a exacerbação da cobrança do tributo para alguns contribuintes, e a minoração da cobrança para ouros, em completa agressão ao princípio da legalidade, igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva.

Nesse passo, o arbitramento que a legislação autoriza é aquele feito com base em critérios previamente definidos aptos para subsidiar a apuração dos preços médios das mercadorias, ou o valor corrente das prestações de serviços, que serão utilizados como paradigma para o cálculo do valor do tributo em relação a todos os contribuintes que estiverem nas mesmas condições de igualdade.

Com isso, evita-se a exacerbação na cobrança do tributo e, ao mesmo tempo, possibilita que contribuintes que estejam em igualdade de condições tenham o mesmo tratamento, o que certamente não ocorreria se não houvesse critérios pré-fixados para a realização de pesquisas, cujos resultados servem para subsidiar o arbitramento.

"A priori", o arbitramento só poderá ser levado a efeito após a ocorrência do fato gerador. Nessa linha, ocorrido o fato gerador - saída de mercadorias ou realização da prestação do serviço-, nasce para o contribuinte à obrigação de recolher o tributo, que se torna líquida e certa com a realização do lançamento.

De fato, é por ocasião do lançamento que o fisco tem a possibilidade de checar a ocorrência do fato gerador, identificar o sujeito passivo, determinar a matéria tributável, identificar a base de cálculo e a alíquota a serem utilizadas, a fim de se chegar ao *quantum* do tributo devido em função do tipo de mercadoria ou da prestação de serviço.

Portanto, é após o lançamento que o fisco tem a possibilidade de confirmar ou refutar as informações fornecidas pelo sujeito passivo. É,

também, após o lançamento que o sujeito passivo tem a oportunidade de pagar a dívida ou impugnar o valor lançado.

Sucede que, em algumas operações comerciais ou prestação de serviços, mesmo restando comprovada a ocorrência do fato imponível, o sujeito passivo omite-se em prestar as informações sobre a operação, ou as informações prestadas não merecem fé, o que em linhas de conseqüência autoriza o fisco a proceder ao arbitramento.

A rigor, não há diferença entre o arbitramento consagrado no art. 18 da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 148 do CTN, quando comparado com o arbitramento prescrito no art. 14 da Lei Complementar nº 055/97, no art. 13 do Decreto nº 055/97 e na Portaria nº 386/2005, uma vez que têm as mesmas finalidades: colocar de lado as informações prestadas pelo sujeito passivo, para apurar, de ofício, o valor do tributo.

4 COM FREQUÊNCIA CONTRIBUINTES QUESTIONAM JUDICIALMENTE A COBRANÇA DE ICMS COM BASE NA UTILIZAÇÃO DE PAUTA FISCAL QUANDO NA REALIDADE A COBRANÇA FOI FEITA POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. CONCEITOS. TRAÇOS DISTINTIVOS ENTRE PAUTA FISCAL E SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE.

Com freqüência, tem-se observado que contribuintes domiciliados no Estado do Acre têm questionado judicialmente a cobrança do tributo com base em pauta fiscal, quando na verdade o fisco se utilizou da cobrança por substituição tributária “para frente”.

De fato, não é tão simples se estabelecer os contornos distintivos entre substituição tributária e pauta fiscal. Por isso, não se critica a confusão feita por alguns contribuintes, sobre o emprego dos dois instrumentos jurídicos.

Acrescenta-se, ademais, que a confusão não se limita aos contribuintes.

Alcançam também alguns legisladores e até operadores do direito, que, às vezes, denominam de substituição tributária progressiva técnicas de cobrança com base em pautas fiscais.

Assim, urge, portanto, que se conheça o significado da palavra pauta fiscal, bem como da substituição tributária para frente, a fim de que se possa identificar os pontos em que se assemelham e se distanciam.

Pauta fiscal é o valor fixado previamente para determinação da base de cálculo do tributo para diferentes mercadorias, quando o sujeito passivo prestar informações que não mereçam fé, ou omitir informações imprescindíveis para o cálculo do valor do tributo.

Segundo **Leandro Paulsen**[1], "o uso da **pauta fiscal** limita-se, enquanto medida extrema, à hipótese de imprestabilidade da escrita contábil e, consequentemente, à impossibilidade de sua aceitação como base de avaliação do fato tributário, o que ocorre nos casos em que a contabilidade é mera ficção documental, a qual não apresenta resultados reais ou impossibilita o seu restabelecimento a partir dos eventos registrados, sendo constituída de documentação inidônea e de lançamentos dissimuladores das corretas mutações financeiras do contribuinte". Com isso, as irregularidades formais ou matérias passíveis de serem sanadas afastam a possibilidade de desclassificação dessa e aferição indireta ou arbitramento da base imponível.

Em síntese, **pauta fiscal** é uma técnica largamente utilizada no direito tributário, colocada à disposição do fisco para a determinação da base de cálculo do tributo, sobretudo nas operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, quando certa a ocorrência do fato imponível, mas duvidosa as informações prestadas pelo contribuinte.

Já a **substituição tributária para frente**, segundo **Luiz Emygdio F. da Rosa JR**[2], consiste em uma forma de antecipação, pela qual o substituto

---

1 PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 9º Edição. 2007, p. 957 a 960.

2 ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de Direito*

deve recolher o tributo que seria devido pelo substituído (contribuinte) em momento posterior do ciclo econômico.

A utilização da pauta fiscal assim como da substituição tributária depende de existência prévia de lei. Por isso, alguns Estados introduziram em suas legislações a previsão da cobrança do ICMS tanto com base em pauta fiscal, como por meio de substituição tributária, como é o caso do Estado do Acre.

A despeito da pauta fiscal e a substituição tributária para frente serem instrumentos jurídicos diferentes, possuem pontos que se identificam.

A semelhança entre os dois instrumentos está no fato de que a base de cálculo real é trocada por uma presumida. Outra semelhança é que ambos os instrumentos podem servir de apoio ao fisco no combate a sonegação e a fraude fiscal.

Quanto às diferenças, na pauta fiscal o sujeito passivo da obrigação é o contribuinte; ao passo que na substituição tributária há a figura do substituto e do substituído. Na pauta fiscal não há antecipação do pagamento do imposto; ao passo que na substituição tributária para frente há a antecipação do recolhimento do tributo. A substituição tributária tem alcance mais restrito, uma vez que a legislação tributária estabelece previamente quais as mercadorias e serviços em que a apuração do tributo se dá por meio desta. Já a pauta fiscal tem alcance mais abrangente, porquanto pode atingir qualquer operação comercial, inclusive as operações que se sujeitam a cobrança por meio de substituição tributária "para frente".

Financeiro & Direito Tributário. Rio de Janeiro. 15 Ed. Renovar. 2001, p.506/511, 694/695.

5 POSIÇÃO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE SOBRE A COBRANÇA DO ICMS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE COM BASE EM PAUTA FISCAL

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Acre, por meio de sua Câmara Cível, em diversas ações, enfrentou o problema da aplicação da pauta fiscal, e firmou entendimento de que **é legitima a cobrança do imposto sobre circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços, tendo como base o valor fixado pelo fisco estadual em pauta fiscal, na substituição tributária "para frente".**

Nesse sentido, veja-se o Acórdão nº 8.471/2010, nos autos da Apelação Cível nº 016650-48.2005.8.01.0001(2009.005378-5), que teve como relatora a Desembargadora Miracele de Souza Lopes Borges, sintetizado nos seguintes termos:

> **Acórdão n. 8.471**
>
> **APELAÇÃO CÍVEL. 0016650 – 48.2005.8.01.0001 (2009.005378 – 5), SAJ-5: 500239**
>
> Relator: Desembargadora **Miracele de Souza Lopes Borges**
>
> Revisor: Desembargadora **Izaura Maria Maia de Lima**
>
> Apelante: **VIVO S/A**
>
> Apelado: **ESTADO DO ACRE**
>
> TRIBUTÁRIO. ICMS. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. SUBSTITUIÇÃOTRIBUTÁRIA. FATO GERADOR PRESUMIDO. **PAUTA FISCAL.** VENDA POR PREÇO INFERIOR AO DE COMPRA. INDIFERENÇA PARA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E SERVIÇOS,QUEDEVESERRECOLHIDOCONFORME TABELA FIXADA PELO FISCOESTADUAL. APELAÇÕES. IMPROVIDAS.

1. Na substituição tributária "para frente", prevista pelo art. 150, § 7º, da Constituição Federal e pelo art. 6º da Lei Complementar 87 /1996, deve o contribuinte-substituto recolher, com base em valor presumido fixado em pauta fiscal, não apenas o tributo por ele devido, mas também antecipar o montante relativo à operação subsequente, a ser realizada pelo substituído, quando da venda da mercadoria para o consumidor final.

2. O fato gerador presumido é definitivo e não dá ensejo a restituição, no caso de venda por preço inferior ao da compra, nem complementação do imposto pago, salvo no caso de sua não realização.

3. A cobrança antecipada do ICMS, instituída pela Lei Complementar Estadual n. 55/97, realizada com base em fato gerador presumido, é legal e não está em confronto com o art. 150, § 7º, da Constituição Federal ou com o art. 6º da Lei Complementar 87/96.

4. São válidos os débitos lançados pelo fisco estadual em decorrência da cobrança antecipada, com fundamento na Lei Complementar Estadual n. 55/97.

Vistos, relatados e discutidos estes Autos, acordam os Membros que compõem a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, à unanimidade de votos, em negar provimento às Apelações n. 2009.005378 – 5 (Embargos do Devedor n. 001.05.016650 – 7), n. 2009.005399 – 8 (Ação Ordinária n. 001.04.027723 – 3) e n. 2010.000256 – 2

(Ação Anulatória n. 001.05.003159 – 8), tudo nos termos do voto da Relatora, que integra o presente Julgado. Custas

pela Apelante.
Rio Branco, 10 de setembro de 2010.

Insta esclarecer que os casos analisados pelo Tribunal de Justiça do Acre tratavam-se da utilização da pauta fiscal nas operações comerciais sujeitas a substituição tributária "para frente", não se tendo encontrado registros de enfretamento do problema da utilização da pauta fiscal em operações não sujeitas a substituição tributária.

Ocorre que a pauta fiscal, pelo próprio conceito, possui abrangência maior que a substituição tributária, porque visa suprir ou preencher o vazio da realidade deixado pelo contribuinte, que não presta as informações devidas, ou as informações prestadas não merecem credibilidade.

Por isso, entende-se que a decisão proferida pela Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Acre na Apelação Cível nº 016650-48.2005.8.01.0001(2009.005378-5) respalda a utilização da pauta fiscal nas operações sujeitas à substituição tributária para frente. Todavia, abre perspectiva para a sua aplicação em outros casos quando, em processo regular, não estiverem comprovados os documentos e informações apresentadas pelo contribuinte.

6 ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A COBRANÇA DE ICMS COM BASE EM PAUTA FISCAL

O Colendo Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades enfrentou a controvérsia sobre a possibilidade da cobrança do ICMS com base em pauta fiscal elaborada pelo Poder Executivo, tendo a 1ª Seção do mencionado Tribunal consolidado entendimento de que é impossível se aceitar a cobrança do ICMS com base no valor da mercadoria apurado em pauta fiscal.

Entretanto, a referida Seção **excepciona a cobrança do tributo com base em pauta fiscal, nos casos em que a ocorrência dos fatos geradores é comprovada, mas os valores ou os preços dos bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não merecem fé, ficando a Fazenda Pública autorizada a arbitrar o preço, dentro de processo regular.**

Nesse sentido, pede-se venia para reproduzir a lapidar decisão da 1ª Seção do STJ, proferida no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 119337MG 1997/0010144-4, que teve como relator o Ministro José Delgado, ***verbis***:

> **Ementa**
>
> PROCESSUAL CIVIL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PAUTA DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. Está consolidado na jurisprudência da 1ª Seção, deste Superior Tribunal de Justiça, que é impossível, segundo as regras do ordenamento jurídico tributário, prestigiar-se a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria apurado em pauta fiscal.
>
> 2. Não merece guarida o argumento da agravante de que o teor do art. 148 do CTN, confere legalidade ao arbitramento da base de cálculo do ICMS, eis que, in casu, não se discutiu, em momento algum, a idoneidade dos documentos e a veracidade das declarações prestadas pelo contribuinte.
>
> 3. "**O art. 148, do CTN, somente pode ser invocado para estabelecimento de bases de cálculo, que levam ao cálculo do tributo devido, quando a ocorrência dos fatos geradores é comprovada, mas o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda**

> **Pública autorizada a arbitrar o preço, dentro de processo regular.** A invocação desse dispositivo somente é cabível, como magistralmente comenta Aliomar Baleeiro, quando o sujeito passivo for omisso, reticente ou mendaz em relação a valor ou preço de bens, direitos, serviços: "... Do mesmo modo, ao prestar informações, o terceiro, por displicência, comodismo, conluio, desejo de não desgostar o contribuinte, etc., às vezes deserta da verdade ou da exatidão. **Nesses casos, a autoridade está autorizada legitimamente a abandonar os dados da declaração, sejam do primeiro, sejam do segundo e arbitrar o valor ou preço, louvando-se em elementos idôneos de que dispuser, dentro do razoável" (**Misabel Abreu Machado Derzi, in 'Comentários ao Código Tributário Nacional', Ed. Forense, 3ª ed., 1998).
>
> 4. Agravo regimental improvido.

7 PAUTA FISCAL COMO INSTRUMENTO DE APOIO NO COMBATE A SONEGAÇÃO E A FRAUDE FISCAL PREVISTAS NA LEI Nº. 8.137/90

No Estado do Acre, tem sido frequente a entrada de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal ou acompanhada de documentação inidônea, o que caracteriza fraude e sonegação fiscal previstas na lei nº 8.137/90.

Nesse particular, a pauta fiscal pode servir de apoio ao fisco no combate a fraude e a sonegação fiscal, uma vez que permite ao agente do fisco desconsiderar a documentação fraudulenta ou suprir a sua falta, para arbitrar o valor do tributo a ser recolhido.

À guisa de ilustração, menciona-se o caso em que uma empresa sediada no Estado do Acre adquiriu na Região Sudeste 46.930 kg de açúcar e 1.200 caixas de caninha pitu (12x965), mercadorias essas que seriam comercializadas no Município de Rio Branco.

Por ocasião do desembaraço aduaneiro, a empresa transportadora declarou que transportava apenas 26.400 Kg de açúcar, omitindo informações quanto ao restante do açúcar. Omitiu também informação quanto à existência de 1.200 caixas de caninha que se encontravam no interior do veículo.

O agente do fisco desconfiou da idoneidade da nota fiscal em razão do volume da carga, determinando que fizesse uma vistoria em toda a mercadoria transportada.

Concluída a vistoria, e realizada a pesagem do açúcar, constatou-se que havia uma diferença a maior de 20.530 Kg entre o valor declarado na nota fiscal nº 26 e o peso real da mercadoria.

Constatou-se, também, que, além dos 46.930Kg de açúcar, o veículo transportava 1.200 caixas de caninha pitu (12x965 mL).

Destarte, constatada a irregularidade pela apresentação de documentação inidônea, como pela omissão de informações, cuja intenção precípua era lesar o fisco, o agente fiscal apoiado na Lei Complementar nº 055/1.997, no Decreto nº 08/1.998 e na Portaria nº 386/2006, desconsiderou as informações fornecidas pelo contribuinte e arbitrou o preço mínimo de entrada da mercadoria em situação irregular no Estado do Acre.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa e do contraditório, foi concedido ao sujeito passivo o prazo de 30 (trinta) dias para impugnar o ato ou pagar o imposto em conformidade com o disposto no art. 19, inciso V, e art. 27, ambos do Decreto Nº. 462/87, que trata do processo tributário administrativo no âmbito do Estado do Acre.

CONCLUSÃO

É legítima a utilização da pauta fiscal na cobrança do ICMS por substituição tributária para frente, porquanto há respaldo na legislação federal e na legislação do Estado do Acre.

O referido entendimento foi chancelado pela Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Acre, na Apelação Cível nº 016650-48.2005.8.01.0001(2009.005378-5), restando consolidado entendimento que é legitima a cobrança do imposto sobre circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços, tendo como base o valor fixado pelo fisco estadual em pauta fiscal na substituição tributária "para frente".

Não há diferença entre o arbitramento consagrado no art. 18 da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 148 do CTN, quando comparado com o arbitramento prescrito no art. 14 da Lei Complementar nº 055/97, no art. 13 do Decreto nº 055/97 e na Portaria nº 386/96, uma vez que todos tratam a pauta fiscal como técnica ou procedimento que visa suprir o vazio da realidade.

Por fim, a pauta fiscal deve ser vista como uma ferramenta que pode servir de apoio ao fisco no combate a fraude e a sonegação fiscal, não só nas operações sujeitas à substituição tributária para frente, mas, também, em relação a outras operações comerciais em que as informações prestadas ou os documentos fornecidos pelo sujeito passivo não mereçam fé.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Editora Livraria do Advogado, 9º Edição, Porto Alegre, 2007, p. 957 a 960.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário, 15 Ed. Renovar, Rio de janeiro, 2001, p.506/511, 694/695.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. ICMS: Anotações à Lei Complementar Nacional nº 87, de 13 de setembro de 1.996, Manaus, 1.998, p. 259/264.

CASTRO BIBER SAMPAIO, Tereza Carolina. Pauta Fiscal e Perversão. Pesquisas Internet.

TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL

Felix Almeida de Abreu
Procurador do Estado (AC)
Pós Graduado Lato Sensu em Direito Tributário e em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes (RJ)

Sumário. 1. Introdução 2. Conceito e fundamento da prescrição intercorrente 3. Termo a quo da prescrição intercorrente em execução fiscal 4. Algumas hipóteses de inocorrência da prescrição intercorrente ainda que transcorrido o tempo em razão da existência de causa impeditiva 5. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Nos sistemas processuais modernos, entre os quais está inserido o brasileiro, o direito de buscar o Poder Judiciário para corrigir lesões ou ameaça a direito do indivíduo foi alçado ao nível de garantia constitucional, porquanto dispõe o art. 5°, XXXV, da Constituição Federal: "A lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito".

Do texto acima, extrai-se que todo individuo que tiver o seu direito lesado, poderá buscar a tutela jurisdicional para corrigir a lesão.

É certo que a lei, de um lado, protege o direito de ação, porém, noutro vértice, estabelece um prazo dentro do qual o indivíduo deverá exercer o seu direito, sob pena de não o fazendo no prazo fixado, fique impedido de fazê-lo posteriormente.

Nessa senda, em se tratando de execução fiscal, ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos contados da data de sua constituição definitiva, nos termos do art. 174 do CTN.

Uma vez proposta à execução fiscal no prazo previsto na lei, fica afastada a prescrição do direito de ação, podendo esta voltar a correr no curso do processo, na forma de prescrição intercorrente, desde que fique caracterizada a inércia do titular e transcorrido o prazo prescricional previsto na lei sem qualquer causa justificadora.

Nesse contexto é que se insere a prescrição intercorrente entendida como um instrumento jurídico, que ocorre dentro do processo. Tem como causa eficiente a inércia e o transcurso do tempo após o ajuizamento da execução, o que a diferencia da prescrição do direito de ação, que ocorre fora do processo, antes do ajuizamento da execução.

A prescrição, seja na forma de perda do direito de ação seja na forma de intercorrência, visa à estabilização das relações sociais, pois é impossível cogitar a possibilidade de uma lide durar *ad eternum*.

Com a edição da Lei nº. 11.051, publicada no dia 30 de dezembro de 2004, que introduziu o §4º, no art. 40, da Lei nº. 6.830/80 e, também, com a edição da Súmula 314 do STJ publicada no dia 8 de agosto de 2006, não há mais dúvidas quanto à positivação da prescrição intercorrente no direito brasileiro.

A discussão que se trava hoje gira em torno de como compatibilizar a aplicação do termo *a quo* da prescrição intercorrente à luz do disposto no §4º do art.40 da Lei de Execução Fiscal com o termo *a quo* da prescrição intercorrente inscrito na Súmula 314 do STJ, considerando-se que é visível a divergência entra ambas.

Outro aspecto que também gera discussão diz respeito à existência de algumas hipóteses que mesmo tendo transcorrido o prazo prescricional, não pode a prescrição ser declarada por ausência de justificação.

Desse modo, o trabalho em pauta tem como objetivo analisar o termo *a quo* da prescrição intercorrente em sede de execução fiscal, à luz do disposto no § 4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80 e na Súmula 314 do STJ, mostrando os pontos de divergência entre o disposto no verbete sumular e o previsto na Lei de Execução Fiscal, enfocando como se conta o prazo prescricional,

declinando algumas hipóteses em que mesmo tendo transcorrido o tempo estabelecido na lei para sua ocorrência, a prescrição não pode ser declarada por ausência de causa eficiente.

2. CONCEITO E FUNDAMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Na lição de Ernesto José Toniolo[1], prescrição intercorrente, em execução fiscal, é empregada para designar a situação na qual a prescrição anteriormente interrompida pela citação do devedor ou pelo despacho do juiz que ordená-la, volta a correr no curso do processo, nele completando o seu prazo.

Para Sakakihara citado por Ernesto José Tinolo, a prescrição intercorrente "é a própria prescrição que, depois de interrompida, pela propositura da execução fiscal, reinicia o seu curso, em razão da inércia culposa da fazenda pública."

Dos conceitos acima se extrai que a prescrição intercorrente prevista no §4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80 e na Súmula 314 do STJ é a mesma prescrição prevista no art. 174 do CTN e nos artigos 189/206 do Código Civil, que trata da prescrição da ação, com o diferencial que a intercorrência ocorre dentro do processo, posterior ao ajuizamento da ação; ao passo que a prescrição da ação prevista no CTN e no Código Civil ocorre fora do processo, antes do ajuizamento da execução.

Assim, proposta a execução fiscal no prazo fixado na lei, fica afastada a prescrição do direito de ação, que pode ocorrer antes do ajuizamento da execução, mas não a elimina em definitivo, podendo voltar a ocorrer no curso do processo, o que se denomina de prescrição intercorrente.

Para a ocorrência da prescrição, seja na forma de intercorrência seja na forma do direito de ação devem se fazer presente a inércia, o transcurso do tempo e ausência de causa eficiente que impeça o reconhecimento da

1 TONIOLO, Ernesto Jose. *A prescrição Intercorrente na Execução Fiscal*. Rio de Janeiro. 2 tiragem, Lumen Juris, 2008.

prescrição, pois, presente esta, a prescrição não pode ser declarada.

O instituto da prescrição encontra seu fundamento de validade em diversos instrumentos jurídicos, entre os quais se menciona o art. 146, III, "b", da CF, que prevê a necessidade de lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributária.

Encontra amparo, também, no art. 174 c/c o art. 156, V, ambos do CTN, que estabelecem o prazo de 5 (cinco) anos para a propositura da ação de cobrança de créditos tributários, bem como nos artigos 189/206 do Código Civil Brasileiro, que prevêem diversas hipóteses em que é possível ocorrer a prescrição, declinando os seus respectivos prazos para o exercício da pretensão.

No que se refere especificamente à prescrição intercorrente, o seu termo *a quo* vem disciplinado no §4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80 e na Súmula 314 do STJ, valendo destacar que o marco inicial da prescrição intercorrente prevista no §4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80 diverge do marco inicial da prescrição prevista na Súmula 314 do STJ.

3 TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM EXECUÇÃO FISCAL

Proposta a execução fiscal, e interrompida a prescrição pelo despacho do juiz que ordenar a citação, conforme estabelece o art. 174, inciso I, do CTN, alterado pela Lei Complementar nº. 118, de 9 de fevereiro de 2005, o prazo prescricional não volta a correr imediatamente.

Na realidade, enquanto o credor continuar diligente no processo, impulsionando o feito e praticando os atos que lhe competem, via de regra, a prescrição ficará adormecida, pois não se pode imputar ao credor eventual entrave na marcha processual quando ele não houver concorrido para tal desiderato.

Contudo, pode acontecer que mesmo o credor continuando diligente em todas as fases do processo, este sofra paralisação por fatos alheios a sua vontade, por exemplo, a execução fica suspensa pela não localização de bens passíveis de penhora, pela não localização do devedor, por manobras abusivas por parte do devedor para não solver o débito, com reflexos na contagem do prazo prescricional. São as chamadas "crises de procedimento", a que se refere Antonio Carlos Costa e Silva, seguindo a doutrina de Carnellute, e que por serem anormais alteram sua tramitação, podendo trazer prejuízos para o credor e para própria justiça, que primam pela justa composição da lide no menor espaço de tempo, porque justiça tardia equivale à injustiça.

Nessas hipóteses, suspenso o curso da execução, o prazo prescricional não volta a correr de plano, pois se inicia, a partir de então, o período regular tolerado pelo procedimento, oportunizando ao credor exequente a realização de diligências a fim de comprovar, em juízo, que se manteve diligente (art. 40, caput, da Lei nº. 6.830/80).

De qualquer modo, mesmo nessas hipóteses, a execução não pode se perpetuar ao infinito, de forma que passado certo tempo, o prazo prescricional volta a correr, o que se denominou de prescrição intercorrente.

Segundo o §4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80, a prescrição intercorrente tem como termo *a quo* a decisão que ordenar o arquivamento dos autos, ou seja, a prescrição é reconhecida ao final do quinto ano, após o transcurso de 1 (um) ano de suspensão, totalizando 6 (seis) anos, a contar do início da suspensão; enquanto que a Súmula 314 do STJ, publicada posteriormente à introdução do §4º da Lei de Execução Fiscal, estabelece como marco inicial da prescrição o transcurso de suspensão do processo executivo por 1 (um) ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente. Dessa forma, a prescrição dá-se após o transcurso de 5 (cinco) anos, a contar do final da suspensão.

Sucede que o §4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80 trata do termo *a quo* da prescrição intercorrente quando houver decisão ordenando o arquivamento dos autos, albergando tanto a prescrição deferida pelo juiz a requerimento

da parte, quanto à prescrição reconhecida de ofício, pelo juiz; ao passo que a Súmula 314 do STJ trata do termo *a quo* da prescrição intercorrente nos casos em que não forem localizados bens penhoráveis, e o juiz determinar, no mesmo despacho, a suspensão do processo de execução por um ano, e o seu arquivamento, após o término da suspensão.

Nessa linha, parece que a Súmula 314 introduziu nova causa da prescrição intercorrente diferente da inércia do credor, qual seja, a prescrição da execução frustrada pela inexistência de bens penhoráveis.

Cumpre-se frisar que a inclusão do §4º, no art. 40, da Lei nº. 6.830/80 veio possibilitar ao juiz conhecer, de ofício, a prescrição intercorrente quando se tratar de direitos patrimoniais, posto que, tratando-se de direitos não patrimoniais a prescrição já era conhecida pelo juiz, de ofício ou a requerimento do executado, na forma prevista no art. 219, §5º, do CPC, aplicável, subsidiariamente, a execução fiscal por força do disposto no art. 1º, da Lei nº. 6.830/80.

Acerca do marco inicial da prescrição intercorrente, o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais enfrentou o problema, no Agravo de Instrumento nº. 1.0024.96.098063-9/001, que teve como relator o Desembargador Edivaldo George dos Santos, manifestando-se conforme o voto resumido na seguinte forma:

> EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - SÚMULA 314 DO STJ - RECONHECIMENTO. Na esteira da Súmula 314 do STJ, deve ser reconhecida a prescrição intercorrente requerida nos autos da execução fiscal, se o processo ficou paralisado mais de 06 anos entre a sua suspensão e o requerimento da exceção de pré-executividade. Reforma da decisão para julgar a exceção procedente e extinguir a execução fiscal. (Agravo de Instrumento 1.0024.96.098063-9/001, Relator: Edivaldo George dos Santos, Data do Julgamento:

> 27.11.2007, Data da Publicação: 15.02.2008, Tribunal de Justiça de Minas Gerais).

Ademais, a Súmula nº. 314 do STJ vem ao encontro da tese do agravante, pois, segundo ela, suspendendo-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente, verbis:

> (...) Com efeito, o STJ entende que a prescrição intercorrente se dá no prazo de cinco anos, após o decurso da suspensão de um ano, em virtude do art. 40 da Lei nº. 6.830/80. Assim, a prescrição é reconhecida no ao final do quinto ano posterior ao período anual de suspensão, ou seja, 6 (seis) anos após a suspensão.

André Leri Marques Soares[2], ao comentar o voto do relator no Agravo de Instrumento acima declinado, assim, manifestou-se:

> ... o relator asseverou que a decisão que determinar o arquivamento da execução fiscal será o termo inicial da prescrição intercorrente somente nos casos de reconhecimento da prescrição, de ofício, pelo magistrado. Quando se tratar de reconhecimento do prazo prescricional por força de requerimento do executado, a prescrição terá início assim que estiver encerrado o período de um ano de suspensão da execução, aplicando-se, nesta hipótese, o entendimento constante da Súmula nº. 314/STJ.

Da leitura do voto no julgamento do Agravo retromencionado, nota-se que o Relator do processo segue entendimento de que há dois termos iniciais para a prescrição intercorrente, conforme seja a prescrição decretada

2 SOARES, André Leri Marques. *Prescrição Intercorrente e a Súmula nº 314/STJ*. Brasília. Revista Jurídica Consulex, n. 286, dez.2008, p. 61-63.

a requerimento do executado; ou de ofício, pelo juiz da causa.

Dessa forma, se a prescrição for decretada de ofício, aplicam-se as regras do § 4º, do art. 40, da Lei nº 6.830/80; se for decretada a requerimento do prescribente, aplicam-se as regras da Súmula 314 do STJ.

Contudo, há que se ressaltar que parte dos doutrinadores sustenta que a Súmula 314 do STJ aplica-se independente de se tratar de reconhecimento da prescrição intercorrente de ofício, pelo juiz, ou a requerimento da parte interessada, havendo apenas um único termo a *quo* do prazo prescricional, qual seja, o término da suspensão da execução fiscal pelo prazo de um ano, que difere do que preceitua o §4º, do art. 40 da LEF.

Os defensores da aplicação do termo *a quo* único, como sendo o constante da Súmula 314, justificam que sua aplicação é necessária nas hipóteses em que não há despacho do magistrado determinando o arquivamento dos autos, pois a inexistência de tal previsão levaria as execuções fiscais à eternização. Por isso, o §4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80 deverá ser interpretado em harmonia com a Súmula 314 e com o art. 174 do CTN, evitando a imprescritibilidade do crédito fiscal.

Entretanto, o entendimento da existência de termo *a quo* único, como sendo o constante da Súmula 314 certamente não é o mais adequado, por não representar a vontade do legislador, por ter "inserido nova causa eficiente da prescrição" e por não prevê o marco inicial da prescrição intercorrente quando inexistir despacho determinando o arquivamento dos autos. A referida Súmula foi editada visando entre outras coisas preencher a lacuna deixada pelo §4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80, que não previu a prescrição a requerimento do interessado, porém, parece não ter alcançado seu objetivo.

Destarte, não havendo previsão legal quanto à unificação do marco inicial da prescrição, seguramente este não poderá ser levado a efeito com base na Súmula 314 do STJ, por não se tratar de súmula vinculante, não ser de aplicação obrigatória nas instâncias inferiores, e por não possuir força para retirar a eficácia do disposto no §4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80, que se encontra em pleno vigor.

Com o propósito de dirimir eventuais dúvidas relativas ao termo *a quo* da prescrição intercorrente em razão da aplicação da Súmula 314 do STJ versus § 4º do art. 40 da LEF, merecem ser anotadas as ponderações perpetradas por André Leri Marques Soares[3], nos seguintes termos:

> o termo a quo do prazo prescricional, preceituado no §4º do art. 40 da LEF deve prevalecer em relação àquele constante da Súmula 314/STJ. A exceção fica por conta dos casos em que o juiz, num mesmo despacho determina a suspensão do processo executivo por um ano e o arquivamento dos autos após o término da suspensão. É que, nesta hipótese, suspensa a execução por um só despacho de suspensão/arquivamento, suspenso estará o prazo prescricional, de modo que tal prazo somente poderá ter início após o encerramento do período de um ano de suspensão do executivo fiscal, incidindo, nesta situação excepcional, a Súmula 314 do STJ.

De outro lado, inexistindo despacho ordenando o arquivamento dos autos, a teor do referido dispositivo legal, não há que se falar em prescrição intercorrente, conforme decisão que se reproduz:

> ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTAS ADMINISTRATIVAS. SUNAB. DESPACHO ORDENADO ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA. PARALISAÇÃO DO EFEITO. MOTIVOS ALHEIOS À ATUAÇÃO DA EXEQUENTE. SÚMULA Nº 106 DO STJ. APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. SETENÇA

3 SOARES, André Leri Marques. *Prescrição Intercorrente e a Súmula nº 314/STJ*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, n. 286, dez.2008, p. 61-63

REFORMADA.

A luz do que dispõe o § 4º do art. 40 da Lei nº. 6.830/80, a contagem do prazo prescricional intercorrente tem como marco inicial a data do despacho que ordena o arquivamento provisório do feito. Não tendo havido, na espécie, despacho determinando o arquivamento dos autos, a teor do citado dispositivo legal, não há se falar em prescrição intercorrente. Precedentes desta Corte. (AC nº 399.681-PB, Primeira Turma, dec. unânime, UJ 21.12.06, p.314, Rel. Des. Federal Francisco Wildo; AC nº 374.981-SE, Segunda Turma, des. por maioria, DJ 21.11.06, p. 858, Rel. Des. Federal Petrúcio Ferreira). Processo 2005830400005766, Rel. Desembargador Federal Edílson Nobre, DJ 15.01.08).

4 ALGUMAS HIPÓTESES DE INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE AINDA QUE TRANSCORRIDO O TEMPO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE CAUSA IMPEDITIVA

A prescrição intercorrente exige a presença dos seguintes requisitos: inércia do credor e transcurso do prazo e, concomitante, a existência de causa impeditiva da prescrição, pois havendo justificação para o não cumprimento dos requisitos anteriormente descritos, embora operado o transcurso de prazo, a prescrição intercorrente não ocorre.

Acerca do assunto, Antonio Luis da Câmara Leal[4] sugere a presença de quatro condições para que ocorra a prescrição: existência de uma ação a se exercer (*actio nata*); inércia do titular da ação em exercê-la; continuidade

4 CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e decadência.* 4 ed. Rio de Janeiro. Forense, 1982, p. 11.

dessa inércia durante certo lapso temporal previsto em lei; ausência de fato ou ato previsto em lei como interruptivo, suspensivo, ou impeditivo do curso do prazo prescricional.

A inércia revela o desinteresse do credor em exercitar o seu direito, num determinado espaço de tempo fixado pela lei, ou seja, o credor age em desacordo com o esperado pelo ordenamento jurídico.

Nessa linha, o ordenamento jurídico estabelece um prazo para que o titular de um direito possa exercê-lo, sob pena de não o fazendo, fique impossibilitado de fazê-lo posteriormente, em face de sua pretensão ficar afetada pela prescrição.

A priori, só se deve cogitar da ocorrência de inércia do credor quando a pretensão ou o direito exista e possa ser exercido. Assim, para caracterizar a prescrição não é suficiente que tenha transcorrido o tempo estabelecido pelo legislador para o exercício da pretensão. É necessário que a pretensão possa ser exercida, ficando caracterizada a inércia e, principalmente, que não se façam presentes as causas que impedem ou suspendem a prescrição, pois, uma vez presente esta se torna abusiva a declaração da prescrição.

Não é despiciendo lembrar que o ajuizamento da execução fiscal afasta temporariamente a inércia do titular e, consequentemente, a prescrição. Porém, o afastamento dá-se apenas no que se refere o direito de exercer a pretensão, não a elimina em definitivo, podendo voltar correr na forma de prescrição intercorrente, que exige do credor deveres, ônus e obrigações.

Entre as obrigações do credor insere-se a realização de diligências que estão ao seu alcance, bem como a provocação daquelas que necessitam da intervenção do Poder Judiciário para serem executadas.

De qualquer sorte, diversas são as hipóteses em que muito embora tenha transcorrido o prazo prescricional e "presente a inércia", a prescrição não pode ser decretada, em razão da existência de causas impeditivas e eficientes, que justificam a inércia do titular e o transcurso do tempo.

À guisa de exemplo, menciona-se os seguintes casos: o processo fica paralisado no aguardo de providência judicial, parcelamento do débito,

oposição de embargos à execução recebido com efeito suspensivo, entre outros.

Nessas hipóteses, os tribunais entendem que estando suspensa a execução ou a exigibilidade do crédito, ficam afastadas as causas da prescrição intercorrente, ainda que operado o transcurso do tempo.

Portanto, para que ocorra a prescrição intercorrente, é necessário que a parte deixe de realizar o seu ônus processual por prazo superior a 5 anos contínuos, não devendo somar-se os períodos fracionados em que o processo esteve suspenso em razão de parcelamento, embargos à execução com efeito suspensivo ou paralisado no aguardo da prática de ato judicial.

Desse modo, a verificação da prescrição intercorrente é sempre retroativa, consistindo num trabalho de buscar, dentro do processo executivo, um lapso contínuo de 5 (cinco) anos, em que se caracterize a inércia da fazenda pública.

CONCLUSÃO

De tudo o que foi visto e analisado, conclui-se que o termo a quo da prescrição intercorrente, na execução fiscal, tem início a contar da decisão que ordenar o arquivamento dos autos, não importando se trata de prescrição reconhecida de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte, e completa-se ao final do lapso contínuo de 5 (cinco) anos, em que fique caracterizada a inércia da fazenda pública, conforme estabelece o §4º, do art. 40, da Lei nº. 6.830/80.

O referido preceito legal diverge do prazo estatuído pela Súmula 314 do STJ, a qual estabelece que a prescrição intercorrente tem início após o transcurso de suspensão de 1 (um) ano do processo executivo, quando não forem localizados bens penhoráveis, e a prescrição for reconhecida pelo magistrado, a requerimento do prescribente, sendo que nessa hipótese o juiz deverá ordenar, no mesmo despacho, a suspensão do processo de execução por 1 (um) ano e o seu arquivamento, após o término da suspensão, findo o

qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

Em ambas as situações descritas acima, o juiz deverá ouvir a Fazenda Pública, oportunizando que esta demonstre eventual existência de causa impeditiva ou suspensiva da prescrição.

A prescrição não poderá ser decretada por ausência de justa causa nas hipóteses em que o processo fica paralisado no aguardo de providência judicial, em razão de parcelamento do débito, da oposição de embargos à execução recebida com efeito suspensivo, ainda que transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos a contar do arquivamento dos autos.

Por outro lado, inexistindo decisão ordenando o arquivamento dos autos, não se pode falar em início do termo *a quo* da prescrição intercorrente.

BIBLIOGRAFIA

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo Judicial Tributário – Execução Fiscal e Ações Tributárias*. Rio de Janeiro. 4 Ed. Lumen Juris, 2007, p. 198-203.

TONIOLO, Ernesto Jose. *A prescrição Intercorrente na Execução Fiscal*. Rio de Janeiro. 2 tiragem, Lumen Juris, 2008.

SOARES, André Leri Marques. *Prescrição Intercorrente e a Súmula nº 314/STJ*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, n. 286, dez.2008, p. 61-63.

BORCSIK, Sandor Krisztan. *A Interrupção da Prescrição.* Brasília, Revista Jurídica Consulex, n. 250, jun.2007, p. 52-56.