

ano 14 - n. 57 | julho/setembro - 2014
Belo Horizonte | p. 1-262 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Revisão: Lourdes Nascimento
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Luiz Alberto Pimenta

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Daniel Wunder Hachem
Ana Cláudia Finger

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luis Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luis Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Fazenda Pública e juros de mora

Magno Federici Gomes

Pós-Doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-Doutor em Direito Civil e Processual Civil. Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Coordenador do curso de Direito da Faculdade Padre Arnaldo Janssen. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário UNA. Professor Adjunto da PUC Minas. Advogado Sócio do Escritório Raffaele & Federici Advocacia Associada. E-mail: <federici@pucminas.br>.

Resumo: O presente artigo tem o fito de analisar o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 453.740/RJ, no qual restou decidida a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, o qual fixa em 6% (seis por cento) ao ano os juros moratórios devidos aos servidores e empregados públicos nas causas em que houver condenação em desfavor da Fazenda Pública. Com o advento da Lei nº 11.960/09, o referido critério foi uniformizado e passou a valer a qualquer credor do Poder Público. Por meio desta pesquisa, demonstra-se o equívoco do Supremo Tribunal Federal (STF) ao proceder ao julgamento do RE supracitado, por meio da análise dos fundamentos lançados no voto condutor do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Busca-se identificar os princípios constitucionais violados no aludido julgamento, bem como demonstrar a conduta protecionista dos interesses governamentais pela Corte Constitucional, ao pseudoargumento de proteção e supremacia do interesse público.

Palavras-chave: Fazenda Pública. Credor. Juros de mora. (In)Constitucionalidade. Princípio da isonomia.

Sumário: 1 Introdução – 2 Agentes públicos e regência da Lei nº 11.960/2009 – 3 Fazenda Pública – 4 Princípios relevantes – 5 Principais aspectos do voto vencedor proferido no julgamento do RE nº 453.740/RJ – 6 Conclusão – Referências

1 Introdução

A escolha do tema do presente trabalho nasceu da irrisignação quanto às diversas decisões tomadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de proteger os interesses da Fazenda Pública em detrimento dos direitos dos cidadãos brasileiros. Na verdade, o que se percebe do histórico jurisprudencial do STF é uma “adequação” da interpretação dos princípios e da Constituição da República de 1988 (CR/88) aos interesses do Estado, dando a chancela do Poder Judiciário, em muitos casos, as várias mazelas cometidas pelos governos ao longo da história.

É nesse cenário que o STF, ao proceder o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 453.740/RJ, por meio do voto condutor do Relator, Ministro Gilmar Mendes, entendeu pela constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, introduzido pela Medida Provisória (MProv) nº 2.180-35/2001 (renovada pela MProv nº 2.225/2001), que estabelecia que: “os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda

Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de 6% ao ano”¹

No dia 28.02.2007, terminou-se o julgamento do referido remédio processual, após longo debate entre os Magistrados do Corte Suprema. O Ministro Gilmar Mendes dava provimento ao pedido recursal, declarando a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, enquanto a Ministra Cármen Lúcia posicionava-se contrariamente, reconhecendo a inconstitucionalidade do dispositivo legal em tela. Ao final, o Tribunal Pleno do STF acabou por cancelar o voto do Relator, restando vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Carlos Britto, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

O entendimento esposado na decisão do STF possivelmente viola os princípios da isonomia, proporcionalidade e da razoabilidade, mandamentos basilares da CR/88, uma vez que nos débitos tributários aplica-se o percentual de 1% ao mês a título de juros de mora, por força do disposto no art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional (CTN), combinado com o art. 39, §4º, da Lei nº 9.250/95.

Aos particulares, na dicção do art. 406 do Código Civil de 2002 (CC/2002), são assegurados, na ausência de convenção em contrário, os juros de mora, a taxa que estiver em vigor para o atraso do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, o que se traduz, atualmente, na taxa SELIC.

Quando do julgamento do RE nº 453.740/RJ, os particulares, quando credores da Fazenda Pública, faziam jus à aplicação do art. 406 do CC/2002. Todavia, em 2009, com o respaldo da decisão do STF, adveio a Lei nº 11.960, que uniformizou a aplicação dos juros moratórios a qualquer cidadão, não apenas aos servidores e empregados públicos. Assim, a nova redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com texto modificado pela Lei nº 11.960/2009, passou a ser:

Art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.²

Nos dias de hoje, tanto os servidores públicos quanto os particulares, quando credores das Fazendas Públicas, sejam em créditos tributários ou previdenciários, recebem, a título de juros moratórios, a remuneração básica da caderneta de poupança.

Nunca é demais lembrar que a Fazenda Pública já goza de diversas prerrogativas no sistema jurídico brasileiro, com regras processuais específicas, tratamento diferenciado e procedimentos determinados para demandas em que é parte. Tais prerrogativas, possivelmente, decorrem de uma interpretação distorcida do princípio

¹ BRASIL, 1997, art. 1º-F.

² BRASIL, 1997, art. 1º-F.

da supremacia do interesse público sobre o privado, que vem, ao longo do tempo, justificando violações constantes aos direitos dos brasileiros nos litígios em face do Estado.

Cabe ressaltar que tais prerrogativas não são objeto do presente estudo, mas, por vezes, serão analisadas, como se fez na decisão em pauta neste trabalho, como se verá posteriormente.

Desse modo, o presente estudo pretende analisar, à luz dos princípios da isonomia, proporcionalidade e da razoabilidade, o julgamento do RE supramencionado, bem como a constitucionalidade, ou não, do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, por meio do qual o legislador infraconstitucional impôs aos servidores e empregados públicos tratamento diverso daquele dispensado aos demais credores da Fazenda Pública, o que veio a ser agravado e estendido a todos os cidadãos brasileiros por meio da Lei nº 11.960/2009.

O tema proposto será abordado em três fases: na primeira, será introduzido o conceito de servidor público e de Fazenda Pública, de forma a delimitar o alcance da norma declarada constitucional pelo STF até a vigência plena da Lei nº 11.960/2009. Na segunda, será apresentado o conceito de princípio, sua evolução, o reconhecimento de sua força normativa e a definição daqueles que nortearão a futura tese defendida neste estudo. Na última fase, será analisada, ponto a ponto, a decisão prolatada no RE nº 453.740/RJ, utilizando-se dos conceitos apresentados nas partes anteriores para apontar, de forma pormenorizada, o acerto ou não do voto condutor de lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, assim como a eventual (in)constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, inclusive em sua nova redação.

Foram utilizados como instrumentos livros, artigos e legislação específicos sobre o tema, tanto constitucional quanto administrativo e processual. Trata-se, então, de pesquisa teórico-documental, com índole jurídico-propositiva, cujo marco teórico é o neoconstitucionalismo que induz a força normativa dos princípios constitucionais da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade.

2 Agentes públicos e regência da Lei nº 11.960/2009

Os servidores públicos são espécie do gênero agentes públicos.

Para Di Pietro, agente público “é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”³

Os agentes públicos subdividem-se, após as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional (EC) nº 18/98, em quatro categorias, sendo elas os agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público.

³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 476.

Os agentes políticos podem ser definidos como os “titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder”.⁴ Nessa categoria estão apenas o Presidente da República e seu vice, os Governadores, Prefeitos e seus respectivos vices, os Ministros e Secretários estaduais ou municipais, Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores. O vínculo com o Estado não é profissional, mas de natureza política.

Já servidor público, segundo Bandeira de Mello,⁵ é a designação genérica utilizada na CR/88 para englobar, de modo abrangente, aqueles que mantêm vínculos de trabalho, sejam eles cargos ou empregos, com entidades governamentais da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público. Os demais aspectos concernentes aos servidores públicos serão abordados mais adiante, eis que são o cerne da discussão proposta no presente trabalho, pelo menos até o advento da Lei nº 11.960/2009.

Por sua vez, assinala Di Pietro⁶ que os militares abrangem as pessoas físicas, com vínculo estatutário com o Estado, que prestam serviços às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios. Possuem regime jurídico definido em legislação própria, por força dos arts. 42, §1º, e 142, §3º, inciso X, da CR/88, que estabelecem normas sobre ingresso, idade, inatividade, remuneração, prerrogativas, entre outras.

Na lição de Di Pietro,⁷ encartam-se na definição de particulares em colaboração com o Poder Público as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, com ou sem remuneração. Podem fazê-lo por delegação do Poder Público (concessionárias e permissionárias), mediante requisição, nomeação e designação (jurados, grupos de trabalho, prestação de serviços militares ou eleitorais, por exemplo) ou como gestores de negócio, que assumem, espontaneamente, função pública em situações excepcionais.

Conforme acima consignado, no presente trabalho, os servidores públicos merecem especial atenção entre as demais categorias de agentes públicos, porquanto a eles imposta a limitação dos juros de mora pelo legislador infraconstitucional e pelo STF, mediante o julgamento do RE nº 453.740/RJ.

Para Di Pietro, os servidores públicos, em sentido amplo, são as “pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”.⁸ Di Pietro

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 231.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 2004, p. 231-232.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo, 2006, p. 476-478.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo, 2006, p. 476-478.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo, 2006, p. 478.

diz, ainda, que os servidores públicos compreendem os servidores estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários.⁹

Os estatutários têm regime jurídico definido por cada uma das unidades da federação, que possuem a prerrogativa de modificá-lo unilateralmente. Ocupam cargos públicos. As leis a que se submetem são inalteráveis por contrato, ainda que com anuência da Administração Pública, por se tratarem de normas não derogáveis de direito público. Algumas categorias enquadram-se obrigatoriamente como servidores estatutários, tais como os membros da Magistratura, do Ministério Público, do Tribunal de Contas, da Advocacia Pública, da Defensoria Pública e aqueles que desenvolvam atividades típicas de Estado.

Em relação à segunda categoria, a contratação se dá sob a égide da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), com as alterações constantes na CR/88. Em razão da competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, inciso I, CR/88), não é possível aos Estados e Municípios derogar qualquer norma da legislação trabalhista. Cumpre salientar que a Lei nº 9.962/2000 regulamenta as atividades dos empregados públicos, estabelecendo, para eles, o vínculo celetista.

Por fim, os servidores temporários são aqueles contratados por tempo determinado para atender situações excepcionais do serviço público. Não estão vinculados a cargo ou emprego público e se submetem a regime jurídico especial. Destaca-se que a Lei nº 8.745/1993, alterada pela Lei nº 9.849/1999, aplica-se aos servidores temporários, especificando, também, o vínculo celetista.

No que tange à classificação, Bandeira de Mello anota três espécies de servidores públicos, quais sejam, servidores titulares de cargos públicos na Administração Direta, nas autarquias e fundações de direito público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Legislativo, servidores empregados das pessoas suprarreferidas e servidores das pessoas governamentais do direito privado.¹⁰

Na primeira espécie, encontram-se os servidores que se submetem a um regime especialmente concebido para reger a ligação com o Poder Público. Tal regime é o estatutário ou institucional, não tendo índole contratual, eis que não gera direito adquirido entre as partes.

Por sua vez, na segunda espécie enquadram-se aqueles admitidos para função subalternas, os remanescentes do regime anterior, admitidos pelo regime de emprego e os contratados sob vínculo trabalhista, para atenderem a necessidade temporária da Administração.

Já os servidores das pessoas governamentais do direito privado são os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 2006, p. 478-479.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 2004, p. 231-233.

direito privado instituídas pelo Poder Público e sujeitos, obrigatoriamente, ao regime trabalhista.

A despeito da diferença de denominação das categorias de servidores públicos dada por Bandeira de Mello¹¹ e Di Pietro,¹² é possível inferir que os empregados públicos se encontram insertos dentro do conceito de servidor público. Portanto, ao limitar os juros de mora nas ações envolvendo servidores e empregados públicos, percebe-se, de plano, o equívoco do legislador ao tratar como categorias diferentes os servidores públicos e empregados públicos.

Salienta-se que a antiga redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, que aplicava juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano para os servidores e empregados públicos, valeu até a vigência plena da Lei nº 11.960/2009, isto é, em 30.06.2009, quando passou a incidir, para eles e demais cidadãos, sem qualquer exceção, a remuneração básica da caderneta de poupança. Assim, a aplicação prática do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, antes de 30.06.2009, era delimitar os juros de mora em verbas devidas pelas Fazendas Públicas em causas que versavam sobre diferenças de subsídios ou gratificações inadimplidas pelos Poderes Públicos aos seus agentes, em flagrante desrespeito ao princípio constitucional da legalidade (arts. 5º, inciso II, e 37, caput, da CR/88) que deveria subordinar a função administrativa.

Com o advento da Lei nº 11.960, em 30.06.2009, além dos créditos acima mencionados, qualquer quantia pecuniária, seja derivada de relações jurídicas de proteção social, dentro do sistema de Seguridade Social, especialmente a previdenciária, seja decorrente de créditos tributários a favor de contribuintes, passou a ser remunerada, em função de atrasos, pelos índices da caderneta de poupança, em nítido prejuízo aos jurisdicionados.

3 Fazenda Pública

A limitação dos juros de mora, introduzida pelo art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 e ratificada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009, alcança apenas as causas em que há condenação da Fazenda Pública. Logo, resta incólume a necessidade de se conceituar Fazenda Pública, definindo, ainda, os entes e as entidades que a integram.

O termo Fazenda Pública relaciona-se à área da Administração Pública que trata do gerenciamento de finanças. Representa o lado financeiro do ente público e como são fixadas e implementadas suas políticas financeiras públicas. Hoje, pode ser definida como a atuação do Estado em Juízo. É a personificação do Estado, envolvendo as pessoas jurídicas de direito público, em defesa de seus interesses perante o Poder Judiciário.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 2004, p. 231-232.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo, 2006, p. 476-479.

O conceito de Fazenda Pública engloba as pessoas jurídicas de direito público, sendo elas: a União, os Estados membros, os Municípios, o Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações. As autarquias são pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa, com personalidade jurídica própria e atribuições específicas da Administração Pública. Já as fundações de direito público, em conformidade com Bandeira de Mello, “são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm”.¹³ São criadas por lei, com o fito de exercer atividades próprias do Estado, sendo como as autarquias geridas por recursos orçamentários.

Cabe ressaltar, por oportuno, que a Administração Pública da União subdivide-se, nos termos do Decreto-Lei nº 200, em Administração direta e indireta. Acerca do tema, colha-se o ensejo de Bandeira de Mello:

Nos termos do Decreto-Lei nº 200, Administração direta é a que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios (art. 4º, I), e Administração indireta é a que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações Públicas (art. 4º, II).¹⁴

Por sua vez, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não integram o conceito de Fazenda Pública. Na lição de Bandeira de Mello, a empresa pública:

[...] é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de direito privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de direito público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal.¹⁵

Já as sociedades de economia mista são aquelas com a participação do Estado e do particular, criada por lei, com natureza de pessoa jurídica de direito privado, sob a forma de sociedade anônima, sendo as ações com direito a voto, em sua maioria, pertencentes à União ou entidade de sua Administração direta.

Tais entidades não estão incluídas no conceito de Fazenda Pública pela seguinte razão:

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 2004, p. 172.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 2004, p. 142.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 2004, p. 173.

[...] mesmo constituídas por recursos públicos, por serem pessoas jurídicas de direito privado, não gozam da prerrogativa da indisponibilidade de seus bens e portanto, ficam sujeitas à execução como qualquer outra empresa formada exclusivamente por capital particular.¹⁶

É possível concluir, da afirmação acima transcrita, que o regime jurídico a que estão submetidas as entidades da Administração Pública assume particular importância para a inclusão no conceito de Fazenda Pública. O direito privado rege-se pela autonomia de vontade e pela licitude ampla, assim entendida como a permissão para fazer tudo aquilo que não é vedado em lei. Por outro lado, o direito público pauta-se, sobretudo, pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o da legalidade, ficando a atuação do agente público adstrita ao que a lei prescrever. Acerca do tema, trata-se a lume os ensinamentos de Di Pietro:

[...] a expressão regime jurídico é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.¹⁷

Com efeito, o regime administrativo implica diferenciações de prerrogativas e sujeições. Em conformidade com Di Pietro, as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia em relação ao particular, enquanto as restrições impõem a observância da finalidade pública e dos princípios constitucionais que norteiam a atuação do Poder Público.¹⁸

Em suma, pode-se afirmar que integram o conceito de Fazenda Pública tão somente os entes federativos e as entidades da Administração indireta submetidas ao regime jurídico de direito público.

4 Princípios relevantes

A fundamentação para a (in)constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 e, por conseguinte, para que seja demonstrado o eventual equívoco do STF ao realizar o julgamento do RE nº 453.740/RJ, certamente não pode passar ao largo da análise aprofundada dos princípios consagrados na CR/88. Assim, procede-se ao estudo dos princípios aplicáveis à espécie.

¹⁶ SOBRINHO, Délio José Rocha. Prerrogativas da fazenda pública em juízo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 72.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo, 2006, p. 55.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo, 2006, p. 55-56.

É importante consignar a ideia de princípio que, segundo Picazo, citado por Bonavides, deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”. Logo, o mesmo jurista acrescenta que exatamente por isso são “princípios”, ou seja, “porque estão ao princípio”, sendo “as premissas de todo um sistema que se desenvolve de modo geométrico”. Declara, ainda, que os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do “ser”, senão do “dever-ser”, na qualidade de normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade. Prossegue, afirmando que, como princípios de um determinado Direito positivo, eles têm, de um lado, “servido de critério de inspiração às leis e normas concretas desse Direito positivo” e, de outro, de normas obtidas “mediante um processo de generalização e decantação dessas leis”.¹⁹

Outro conceito relevante é o formulado pela Corte Constitucional italiana, em uma de suas primeiras sentenças, datada de 1956, cujos termos passa-se a transcrever:

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.²⁰

Um defeito capital dos conceitos supracitados é a omissão em relação ao traço que qualitativamente constituiu o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, qual seja, a sua normatividade. A força normativa dos princípios restou assim definida por Crisafulli, lembrado por Bonavides:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.²¹

Conforme se vê, os princípios até então tidos como fontes do Direito positivo alcançaram, com a evolução da sociedade e a conseqüente adaptação das doutrinas jurídicas, o status de norma, deixando para trás sua generalidade — princípios gerais de direito — para se firmarem de vez como chave de todo sistema legislativo.

¹⁹ PICAZO apud BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 256.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 2004, p. 256-257.

²¹ CRISAFULLI apud BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 2004, p. 257.

Essa mudança de enfoque ocorreu de forma gradativa com a substituição da carência de normatividade dos princípios gerais de direito existentes à época da velha hermenêutica constitucional, por um reconhecimento efetivo de sua relevância no ordenamento jurídico positivo atual. Com base em Bonavides,²² houve três fases distintas:

A primeira delas é a fase naturalista, que dominou a dogmática dos princípios por um longo período, até o aparecimento da Escola Histórica de Direito. Acreditava-se que os princípios habitavam a esfera abstrata, praticamente desprovidos de normatividade, o que contrastava com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspirava os postulados de justiça.

Já na segunda fase, denominada de positivista, os princípios passam a figurar como fonte normativa subsidiária e não como algo que se sobrepusesse à lei, eis que dela extraída para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo. A Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos culminaram na derrocada do Direito Natural Clássico, promovendo, até a primeira metade do século XX, a expansão doutrinária do positivismo jurídico. Na concepção positivista ou histórica, os princípios gerais de direito equivalem aos que norteiam o Direito positivo, servindo-lhes de fundamento. Porém, integram o ordenamento jurídico no mais baixo grau de hierarquia, com funcionalidade meramente supletiva.

A terceira é a fase pós-positivista, a qual teve como marco os grandes momentos constituintes das décadas finais do século XX. Nessa fase, os princípios passam a ter força normativa plena, com juridicidade idêntica a das regras jurídicas. Assim, as novas Constituições acentuam o caráter axiológico dos princípios, que passam a constituir o pedestal normativo dos novos sistemas jurídicos. Abandona-se, portanto, a doutrina positivista, à medida que os princípios passam a integrar cada vez mais as Constituições, elidindo-se o tratamento abstrato e supletivo a eles dispensado.

Tecidas essas considerações, torna-se importante ao estudo do tema escolhido à análise dos principais princípios concernentes ao julgamento do RE nº 453.740/RJ.

4.1 Princípio da isonomia ou igualdade

O postulado constitucional da isonomia, igualdade ou paridade simétrica constitui o cerne do estudo proposto neste trabalho, eis que a suposta inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 e, por conseguinte, o eventual erro no julgamento do RE nº 453.740/RJ decorrem, em grande parte, de sua inobservância. Dessa maneira, passa-se ao exame detalhado de seu conceito e de suas implicações no ordenamento jurídico pátrio.

²² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 2004, p. 256-258.

4.1.1 Evolução história

Para Cruz, no paradigma medieval, a desagregação do poder romano, consubstanciada nas invasões bárbaras, implicou desenvolvimento de um direito consuetudário baseado nas tradições e costumes de cada um dos povos.²³ A condição social, fixada pelo nascimento, era o elemento fundamental para a fixação de seus direitos e obrigações. A noção de direito natural ligava-se à condição de nascença.

Já no período do constitucionalismo clássico, a igualdade era um conceito meramente formal e abstrato, eis que adstrita ao fim dos privilégios feudais em face do Fisco e às Corporações de Ofício. Nesse período, os direitos da mulher em igualdade de condições com os do homem não eram sequer cogitados.

O rompimento do paradigma da igualdade medieval assume particular importância com o pensamento de Kant, citado por Cruz, ao adotar desenvolver a visão aritmética de igualdade, segundo a qual:

Cada membro desse corpo deve poder chegar a todo o grau de uma condição (que pode advir a um súdito) a que possam levar o seu talento, a sua atividade e a sua sorte, e é preciso que os seus co-súditos não surjam como obstáculo no seu caminho, em virtude de uma prerrogativa hereditária (como privilegiados numa certa condição) para o manterem eternamente a ele e à sua descendência numa categoria inferior a deles. [...] Não pode haver nenhum privilégio inato de um membro do corpo comum, enquanto co-súdito sobre os outros e ninguém pode transmitir o privilégio do estado que ele possui no interior da comunidade aos seus descendentes.²⁴

O pensamento supracitado constituiu importante marco histórico no tocante ao reconhecimento universal e racional dos direitos básicos, considerados como necessários à realização do ser humano. A lógica das necessidades coletivas cedeu, pela primeira vez, espaço às prioridades individuais. A coletividade, até então privilegiada, perdeu espaço em relação ao indivíduo.

Com o advento do paradigma liberal, marcado, sobretudo, pelo humanismo renascentista e o iluminismo francês, foi definitivamente adotada uma postura antropocêntrica, que implicou subversão do fundamento de legitimidade do Estado e da sociedade.

Conforme Cruz, o respeito aos direitos humanos ocupa o lugar dos antigos imperativos da sobrevivência (pré-história) e dos direitos divinos dos monarcas com fundamento para o poder político.²⁵ A igualdade perde, definitivamente, o seu aspecto

²³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 04.

²⁴ KANT apud CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença, 2003, p. 05.

²⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença, 2003, p. 05-09.

geométrico, caracterizada pela divisão de homens em castas, sendo estabelecida a forma aritmética, fundada no tratamento isonômico perante a lei. Nunca é demais lembrar a dimensão histórica da Carta Magna do rei inglês João Sem Terra, dada a sua relevância na luta pela liberdade de expressão religiosa.

Ainda segundo Cruz, apesar da mudança de paradigma que marcou o século XVIII, o século XIX foi caracterizado pela consolidação do regime capitalista imperialista, com uma exploração, sem precedentes, do homem pelo homem.²⁶ Essa época se caracterizou pela formação de grandes conglomerados econômicos e financeiros. Nasceu a produção em escala, com a formação de cartéis, trustes e monopólios. Longas jornadas de trabalho são impostas aos velhos, crianças e mulheres, com o pagamento de remunerações irrisórias, o que culminou na miséria de milhões de pessoas. Esse período também foi caracterizado por uma forte repressão policial aos protestos realizados pelos trabalhadores de então.

Ante o referido contexto, aparece o constitucionalismo social, tendo como marco a Carta Alemã de Weimar,²⁷ que se contrapôs às injustiças acima relatadas. A igualdade, então, ganha novos contornos, com a inclusão dos direitos econômicos e sociais, coletivos e difusos. Nas sábias palavras de Cruz: “a intervenção estatal, rejeitada na visão liberal, passou a ser reclamada com o fito de garantir e prover direitos trabalhistas, previdenciários, sanitários e assistenciais, entre outros”.²⁸

O indivíduo alcança, definitivamente, a condição de credor de prestações positivas do Estado. No Brasil, é de se destacar o aparecimento de legislações sociais, tais como a CLT e as normas concernentes à Seguridade Social, a partir dos socorros públicos previstos na Carta Política do Império de 1824.

Nos ensinamentos de Cruz, nesse período, a igualdade deixa seu aspecto meramente formal, conforme concebido pelos revolucionários franceses, ganhando uma concepção material, com o tratamento privilegiado do hipossuficiente econômica e socialmente.²⁹

Ao avançar mais cinquenta anos na história, um novo constitucionalismo surge, o qual redefiniu, novamente, o princípio da igualdade, cujo foco passou a ser a dignidade da pessoa humana. O núcleo da noção de igualdade deixa de ser seu conteúdo (igualdade material), passando “ao exame dos pressupostos procedimentais que devem ser cumpridos no discurso de produção do Direito”.³⁰ Sob essa perspectiva, impõe-se o direito de participação do cidadão em todas as práticas estatais, sejam elas legislativas, administrativas ou judiciais.

²⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença, 2003, p. 05-09.

²⁷ Datada de 1919.

²⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença, 2003, p. 10.

²⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença, 2003, p. 10-14.

³⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença, 2003, p. 15.

A atual concepção do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito pode ser resumida nas palavras de Galuppo:

Nesse sentido, só garantindo a igualdade é que uma sociedade pluralista pode se compreender também como uma sociedade democrática. Consequentemente, só permitindo a inclusão de projetos de vida diversos em uma sociedade pluralista é que ela pode se autocompreender como uma sociedade democrática [...], mesmo que tais projetos alternativos requeiram, em algumas situações, uma aplicação aritmeticamente desigual do direito, ou seja, justificadas pela produção de mecanismos de inclusão, como no caso das políticas de ação afirmativa.³¹

Assim, a própria concepção de Estado Democrático de Direito passa pelo postulado da isonomia. Nesse sentido, é importante destacar a lição de Dallari, que define o Estado Democrático de Direito como uma organização flexível, que assegura a permanente supremacia da vontade popular, buscando a preservação da igualdade de possibilidades e a liberdade, de forma a promover concretamente uma ordem social justa.³²

A igualdade procedimental do período contemporâneo encontra-se intrinsecamente ligada a ideia de pluralismo, em virtude das particularidades individuais e coletivas dos diversos grupamentos humanos, subdivididos por fatores como a origem, sexo, raça, idade e outros. Portanto, no atual momento, a aplicação da igualdade deve ser levada a termo com a devida observância do papel de transformação social do direito, viabilizando a participação crescente dos cidadãos nos processos decisórios do Estado e da sociedade.

4.1.2 Conceito e aspectos relevantes

O princípio em tela constitui um dos pilares da CR/88, encontrando-se expressamente positivado no caput do art. 5º, que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Essa isonomia é um dos princípios estruturantes dos direitos fundamentais assegurados pelo legislador constituinte. Segundo Canotilho, a paridade simétrica é um pressuposto para a uniformização das liberdades individuais submetidas a um determinado ordenamento jurídico.³³

A afirmação de igualdade perante a lei remete à exigência de isonomia na aplicação do direito. Tal diretriz assume particular importância na aplicação do direito pelos órgãos da Administração Pública e pelos tribunais pátrios.

³¹ GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 210.

³² DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do Estado. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 425.

O princípio da paridade simétrica também vincula o legislador ao editar as leis, eis que: “ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos”³⁴.

É interessante destacar que o princípio da isonomia não pode ficar adstrito à igualdade formal. É preciso delinear também os seus contornos no sentido material, de forma a impedir a sua redução a um postulado de universalização, vez que, nesse caso, permitir-se-ia a discriminação quanto ao conteúdo. Por exemplo, pode-se citar o caso de uma lei que determinasse que todos os negros fossem tratados de forma “igual” em escolas, desde que separadas das escolas reservadas aos brancos. Tal lei atenderia à isonomia no que tange ao tratamento dispensado aos indivíduos negros. No entanto, mostra-se insuficiente para atender a igualdade na esfera material.

Conclui-se, portanto, sem o menor esforço, não ser a igualdade formal elemento suficiente para garantir a implementação eficaz do princípio da isonomia. Impõe-se, também, uma igualdade material por meio da lei, materializada no tratamento igual do que é igual e desigual do que é desigual. Tal critério não contém em si mesmo um juízo de valor sobre a relação de igualdade. No entanto, impede que indivíduos iguais sejam tratados com desigualdade, configurando-se importante elemento contra a aplicação e/ou elaboração arbitrária da lei.

Para Canotilho, o princípio da paridade simétrica não se revela suficiente para a proibição do arbítrio.³⁵ Ele deve vir acompanhado de um fundamento material ou critério material objetivo. Assim, haverá uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear em três premissas, sendo elas: a) um fundamento sério; b) um sentido legítimo; e c) um fundamento razoável para se estabelecer diferenciação jurídica. Percebe-se que o princípio da igualdade não impede que a lei estabeleça distinções. Proíbe, contudo, distinções sem fundamento material suficiente, ou seja, sem qualquer justificação razoável, segundo critérios constitucionalmente relevantes.

Um outro aspecto importante do princípio da isonomia é o que toca à igualdade de oportunidades e de condições de vida. Nesse particular, pode ser considerado como um princípio de justiça social, relacionado com uma política dessa índole, objetivando a consecução dos preceitos constitucionais afetos aos direitos econômicos, sociais e culturais. Relaciona-se, ainda, com a ideia de dignidade social, funcionando como fundamento contra discriminações, objetivas ou subjetivas, mas também como princípio jurídico-constitucional para a compensação das desigualdades, seja por ação ou por omissão. Acerca do tema, assinala Moraes:

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 426.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 426-427.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Desta forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente se protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.³⁶

O princípio da isonomia também se faz presente nas obrigações perante os entes públicos. Nesse particular, Canotilho manifesta-se nos seguintes termos:

O seu sentido tendencial é o seguinte: (1) os encargos públicos (impostos, restrições ao direito de propriedade) devem ser repartidos de forma igual pelos cidadãos; (2) no caso de existir um sacrifício especial de um indivíduo ou grupo de indivíduos justificado por razões de interesse público, deverá reconhecer-se uma indenização ou compensação aos indivíduos particularmente sacrificados.³⁷

Repisem-se as palavras supratranscritas no que se referem ao sacrifício especial de um indivíduo ou grupo de indivíduos, eis que de suma importância ao estudo ora realizado. Sob o prisma do princípio da isonomia, a imposição de determinado “sacrifício” deve, impreterivelmente, estar acompanhado de relevante interesse público e do pagamento de indenização ou de outra forma de compensação. Não era esse, contudo, o caso dos juros de mora dispensado aos servidores e empregados públicos, eis que desprovido de interesse público, assim como de qualquer forma de compensação.

É de se verificar, ainda, que, além das dimensões subjetivas do princípio da igualdade, conforme aquelas antes consignadas, merece destaque a sua dimensão objetiva, qual seja, a de princípio informador de toda ordem jurídico-constitucional. Nesse contexto, o intérprete e a autoridade pública não podem aplicar a lei e os atos administrativos normativos ao caso concreto de forma a ampliar desigualdades arbitrárias. Da mesma forma, o Poder Judiciário deverá pautar a sua função constitucional de dizer o direito pela interpretação única e igualitária da norma. Já o legislador

³⁶ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 31.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 431.

e o executivo, na edição, respectivamente, das leis, atos normativos e medidas provisórias, ficam impedidos de dispensar tratamento abusivamente diferenciado a pessoas que se encontram em situações idênticas.

4.2 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Segundo Di Pietro, este princípio se encontra presente tanto no momento de elaboração da lei, levando em conta os interesses públicos que se deseja tutelar, como no momento da sua execução pela Administração Pública.³⁸ Na elaboração da norma, faz-se necessária a distinção entre direito público e direito privado, uma vez que o direito privado contém normas de interesse individual, enquanto o direito público tem o fito de proteger a coletividade. Tal critério não é absoluto, já que existem regras de direito privado que objetivam defender o interesse público (como no caso do Direito de Família) e de direito público que alcançam a proteção dos particulares (segurança e saúde pública).

Assinala, ainda, Di Pietro, que o direito público começou a se desenvolver com a mudança do paradigma que dominava o Direito Civil, com a prevalência do individualismo, lastreado na ideia do homem como fim único do direito.³⁹ No fim do século XIX, tiveram início diversas reações contra o individualismo jurídico, motivadas pelas mudanças de ordem econômica, social e política, resultantes do individualismo exacerbado. Abandonou-se a postura do Estado de garantidor dos direitos individuais, ganhando força a ideia de um Estado responsável pela promoção do bem-estar social e do bem comum.

Diante da alteração do modelo no papel do Estado, ocorreu uma ampliação das atividades assumidas pelo Poder Público. De igual modo, ampliou-se, de forma contundente, o seu poder de polícia que:

[...] deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo, 2006, p. 59.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo, 2006, p. 59-60.

propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional.⁴⁰

Portanto, percebe-se que o princípio da supremacia do interesse público tem sua sede principal no interesse protegido, que o Estado tem por incumbência tutelar. É um princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Não se encontra em um dispositivo específico da CR/88. Contudo, foi expressamente previsto no art. 2º, caput, da Lei nº 9.794/99. O seu parágrafo único assevera que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa.

O interesse público, por concentrar o interesse coletivo, prevalecerá sobre o interesse particular. Todavia, a Administração Pública está obrigada a respeitar os interesses individuais. Nas palavras de Bandeira de Mello:

[...] o princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a extensão e compostura que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a Constituição ou as leis. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidos pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado.⁴¹

Do exposto, verifica-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tem os seus contornos delimitados pela CR/88, não podendo ser aplicado de forma absoluta pela Administração Pública. Da mesma maneira, encontra-se vinculado a elaboração das leis pelo legislador infraconstitucional. Não se tutela o interesse público quando se violam os direitos individuais e os princípios constitucionais.

Nesse íterim, conforme adverte Bandeira de Mello, nem sempre os interesses defendidos pelo Estado correspondem aos interesses da coletividade, referindo-se à distinção comum na doutrina italiana entre os interesses primários (públicos ou da coletividade, propriamente ditos) e secundários (ou individuais) do Estado.⁴² Esses últimos, normalmente, de cunho econômico, associados com os interesses do Erário. De maneira que:

Interesse público ou primário, é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo, 2006, p. 60.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 2004, p. 88.

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 2004, p. 88-90.

estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa.

Para exemplificar o importante discrimen entre um e outro, comparem-se as seguintes hipóteses. Se o Estado causar danos a terceiros e indenizá-los das lesões infligidas estará revelando-se obsequioso ao interesse público, pois é isto o que determina o art. 37, §6º, da Constituição. Se tentar evadir-se a este dever de indenizar (mesmo consciente de haver produzido os danos), estará contrariando o interesse público, no afã de buscar um interesse secundário, concernente apenas ao aparelho estatal: interesse em subtrair-se a despesas (conquanto devidas) para permanecer mais “rico”, menos onerado patrimonialmente, lançando, destarte, sobre ombros alheios os ônus que o Direito pretende sejam suportados por todos. Tal conduta não é de interesse público, pois interesses secundários só podem ser satisfeitos quando coincidem com interesses primários.⁴³

Portanto, de acordo com esse renomado administrativista,⁴⁴ haveria supremacia apenas quando o Estado encarna os interesses públicos propriamente ditos, ou primários. Em sentido equivalente, para Barroso⁴⁵ convencionou-se dividir o interesse público em primário, caracterizado pelo interesse da coletividade propriamente dito; e o interesse público secundário, caracterizado como o entendimento, por parte do ente estatal, do cumprimento de sua finalidade. Nesse sentido:

Em relação a este tema, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (I) primário — isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social — e (II) secundário, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário. [...]

Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto.⁴⁶

Ao existir conflito entre o interesse público primário e o secundário, deverá prevalecer o interesse público primário, enquanto manifestação da preservação do interesse da coletividade sobre o interesse secundário, que consiste na organização estatal. Conforme leciona Martins, “na hipótese de conflito, o interesse público

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 2004, p. 89-90.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 2004, p. 89-90.

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, p. 1-41, mar./maio 2007.

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil), 2007, p. 30.

primário deva prevalecer sobre o interesse público secundário, que se refere ao aparelhamento administrativo do Estado.”⁴⁷

O Erário constitui a manifestação do interesse público secundário na organização da Fazenda Pública que, em disputa com o interesse particular, a ele não poderá se sobrepor por violação ao princípio da legalidade. Com isso, não constitui regra absoluta a preponderância do interesse público ao interesse da coletividade, devendo ser analisada a situação litigiosa, caso a caso.

4.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade configura-se um dos temas mais relevantes do moderno Direito constitucional. Ele não se encontra expressamente previsto na CR/88 e tem sede material no princípio da igualdade, o qual está expresso no art. 5º, caput, da CR/88, segundo Bonavides.⁴⁸ Todavia, é um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, caracterizando-se pela imposição de uma relação adequada e compatível entre um ou vários fins que se pretenda atingir pela atuação estatal e os meios empregados para alcançá-los.

Assim, Bonavides reconhece a crescente importância do princípio da proporcionalidade como regra de interpretação.⁴⁹ No autorizado dizer de Barroso, ele funciona “[...] como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”.⁵⁰

Guerra Filho, igualmente, entende que se deve lançar mão da proporcionalidade no caso de colisão entre princípios, “[...] para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o ‘princípio dos princípios’: o princípio da proporcionalidade”.⁵¹

Para Barroso, razoabilidade e proporcionalidade podem ser tratadas como um e único princípio:

Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis.⁵²

⁴⁷ MARTINS, Gláudiana Rosa Mendes. A advocacia pública do processo civil. Revista da Escola da Advocacia Geral da União, ano 4, p. 1-26, fev. 2004.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 2004, p. 260-265.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 2004, p. 260-265.

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 373.

⁵¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, n. 82, p. 71-91, abr./jun. 1996.

⁵² BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 2008, p. 373.

Ávila, por sua vez, classifica a proporcionalidade como um postulado, não um princípio, cuja análise envolve a verificação de três aspectos: adequação, necessidade e proibição de excessos (ou proporcionalidade em sentido estrito), distinguindo-o do postulado da razoabilidade, enquanto dever de equidade, congruência e equivalência.⁵³ Assim:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização dos seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e fim, tal com o faz o postulado da proporcionalidade.⁵⁴

Adota-se, no presente estudo, a expressão princípio da proporcionalidade. Contudo, a abordagem considera os três aspectos levantados por Ávila⁵⁵ — adequação, necessidade e proibição de excessos — dada a sua precisão para a solução do problema proposto.

Como bem compreendido por Binbenojm, havendo tratamento diferenciado estabelecido por lei, os juros moratórios devidos pela Fazenda Pública devem ser submetidos ao teste da proporcionalidade para análise da sua constitucionalidade, isto é:

[...] as hipóteses de tratamento diferenciado conferido ao Poder Público em relação aos particulares devem obedecer aos rígidos critérios estabelecidos pela lógica do princípio constitucional da igualdade. É dizer: qualquer diferenciação deve ser instituída

⁵³ “A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições dá-se o nome de postulados. [...] Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com as outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122).

⁵⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, 2008, p. 159.

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, 2008, p. 159-162.

por lei, além de sujeitar-se, no seu contexto específico e na sua extensão, ao teste da proporcionalidade.

Portanto, para que um privilégio em favor da Administração Pública seja constitucionalmente legítimo, é mister que:

(I) compressão do princípio da isonomia, isto é, a discriminação criada em desfavor dos particulares seja apta a viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;

(II) o grau ou medida da compressão da isonomia, isto é, a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;

(III) por fim, o grau ou medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo.⁵⁶

Pretende-se, dessa forma, a fim de se verificar se os juros devidos pela Fazenda Pública atendem ao princípio da proporcionalidade, questionar se esse instrumento promove o fim de resguardo ao interesse público, se, entre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover tal finalidade, não haveria outro menos limitador de direito fundamental e se as vantagens trazidas pela existência do referido instituto compensam as desvantagens provocadas ao princípio da igualdade, na esteira dos questionamentos feitos por Ávila.⁵⁷

No âmbito do controle constitucional, é de se destacar que a aferição da proporcionalidade das leis, principalmente daquelas restritivas de direitos, exige que o exame de constitucionalidade seja realizado à luz da jurisdição constitucional e política. Afirma Mendes que:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente

⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 155-156.

⁵⁷ Ver ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, 2008, p. 161-162. De forma bastante prática, Alexandrino e Paulo (2006) explicam que o requisito da adequação conduz o administrador a “[...] perquirir se o ato por ele praticado mostra-se efetivamente apto a atingir os objetivos pretendidos (alcançará o ato os fins almejados?)” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 125), ao passo que o requisito da necessidade diz respeito à exigibilidade das medidas: “será que não haveria um meio menos gravoso à sociedade e igualmente eficaz na consecução dos objetivos visados (não está desmedida, excessiva, desnecessária, desproporcional, a medida adotada? Os mesmos fins não poderiam ser alcançados com medida mais prudente, mais branda, menos restritiva?” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo, 2006, p. 125).

fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.⁵⁸

A análise da proporcionalidade de uma lei deve ser realizada sobre uma rigorosa ponderação entre a intervenção para o atingido e os objetivos do legislador ao elaborar a norma. Não basta verificar se as restrições estabelecidas na lei foram realizadas de acordo com os requisitos expressos na CR/88. Cumpre, também, indagar se as condições impostas são compatíveis com a proporcionalidade.

Haverá quebra do princípio da proporcionalidade sempre que os meios destinados a realizar um fim não forem apropriados ou quando a desproporção entre os instrumentos e o escopo for evidente.

Este princípio permite ao juiz graduar o peso da norma, em uma determinada incidência, não permitindo que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça ao caso concreto. É certo que a utilização da proporcionalidade pode estimular o Poder Judiciário a arrogar poderes que, efetiva ou aparentemente, estejam entregues aos demais poderes constitutivos do Estado, em flagrante ativismo judicial. Contudo, este é um risco inerente ao controle de constitucionalidade existente no sistema jurídico pátrio.

A título de esclarecimentos, controlar a constitucionalidade significa averiguar a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Constituição. Pode ser exercido de forma preventiva ou repressiva. Assevera Dezen Júnior que o controle preventivo tem o fito de impedir que uma norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico pátrio, atuando durante o processo de elaboração da lei ou norma, impedindo que processo legislativo seja finalizado e, por conseguinte, que a lei ou norma entre em vigor.⁵⁹ Essa forma de controle compete aos poderes Executivo e Legislativo, em regra geral. Por sua vez, o controle repressivo, busca expurgar do ordenamento jurídico a norma editada em afronta ao Texto Constitucional, sendo, precipuamente, exercido pelo Poder Judiciário. É provocado a partir da efetiva vigência da norma ou da lei.

5 Principais aspectos do voto vencedor proferido no julgamento do RE nº 453.740/RJ

Da leitura do acórdão objeto deste estudo, observa-se a tentativa de justificar a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, antes da redação da Lei nº 11.960/2009, por meio de outros privilégios outorgados pelo legislador infraconstitucional à Fazenda Pública. A fundamentação jurídica explanada no voto condutor

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 72.

⁵⁹ DEZEN JÚNIOR, Gabriel. *Direito constitucional*. 16. ed. Brasília: Vestcon, 2001, p. 153.

do Ministro Gilmar Mendes se inicia justamente com a citação do art. 188 do Código de Processo Civil (CPC), que confere à Fazenda Pública prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. Merece destaque o fato de o legislador infraconstitucional, desconhecendo, em mais uma oportunidade, o conceito de Fazenda Pública, haver estendido, por meio da Lei nº 9.469/97, igual prazo às autarquias e fundações públicas. Acontece que, como visto, o conceito de Fazenda Pública já engloba as fundações públicas e autarquias dos entes federados. Portanto, desnecessária a extensão promovida pela Lei nº 9.469/97.

Oportuna, aqui, a transcrição do trecho mencionado no parágrafo precedente, de forma a viabilizar um exame mais depurado do tema:

O atentado à isonomia consiste em se tratar desigualmente situações iguais, ou em se tratar igualmente situações diferenciadas, de forma arbitrária e não fundamentada. É na busca da isonomia que se faz necessário tratamento diferenciado, em decorrência de situações que exigem tratamento distinto, como forma de realização da igualdade.

É o caso do art. 188 do Código de Processo Civil, que dispõe:

“computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.

Razões de ordem jurídica podem impor o tratamento diferenciado. O Supremo Tribunal Federal admite esse tratamento, em favor da Fazenda Pública, enquanto prerrogativa excepcional (AI-AgR 349477/PR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 28.02.2003). Esta Corte, à vista do princípio da razoabilidade, já entendeu, por maioria, que a norma inscrita no art. 188 do CPC é compatível com a CF/88 (RE 194925- ED-EDV EMB.DIV. NOS BEM. DECL. NO RE, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ, 19.04.02). Com efeito, a Fazenda Pública e o Ministério Público têm direito a prazo em dobro para recursos (RE nº 133.984, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ, 15.12.98).⁶⁰

Os prazos diferenciados se aplicam em qualquer tipo de procedimento, inclusive no processo cautelar, cuja finalidade precípua é assegurar a efetividade do processo em razão dos efeitos deletérios do tempo. Até mesmo na condição de assistente, seja ela simples ou litisconsorcial, a Fazenda Pública goza de tais prerrogativas.

Cabe ressaltar que, na assistência simples, o interveniente participa de alguma relação jurídica com a parte assistida, ajudando-a na obtenção de sentença favorável. Não promove a defesa de direito próprio. No entanto, na assistência litisconsorcial o terceiro assume a posição de assistente na defesa direta de direito próprio, coadjuvando o assistido para evitar que a sentença produza efeitos na relação jurídica que o liga a parte adversa daquela que assiste.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 453.740/RJ. EMENTA: Recurso Extraordinário. Conhecimento. Provimento. 2. Juros de Mora. 3. Art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997. 4. Constitucionalidade. Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, 28 fev. 2007. Diário de Justiça eletrônico nº 087 (Ementário nº 2286-14), Diário de Justiça nº 164, Brasília, 24 ago. 2007, p. 56.

Theodoro Júnior, na mesma esteira do entendimento adotado no âmbito do STF, justifica a prerrogativa do art. 188 do CPC da seguinte forma:

Tendo em vista as notórias dificuldades de ordem burocrática que se notam no funcionamento dos serviços jurídicos da Administração Pública, manda o art. 188 que sejam computados em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer, quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.⁶¹

Noutra via, apesar do notório saber jurídico do doutrinador supracitado, a burocracia e a complexidade da estrutura da Administração Pública não podem servir de justificativa para a incompetência e ineficiência dos órgãos públicos. Não podem passar ao largo da tutela jurisdicional estatal os mandamentos da eficiência e da celeridade procedimental, ainda mais se considerados os avanços tecnológicos que agilizam as manifestações dos representantes da Fazenda Pública, tais como internet, fax e e-mail.

Ademais, o corpo jurídico responsável pela representação da Fazenda Pública percebe, sobretudo no âmbito federal, remuneração bem acima da média de um advogado da iniciativa privada. Tal situação revela que a Administração Pública não se encontra impossibilitada de prover os seus quadros com profissionais aptos a assegurar a defesa do interesse público em tempo condizente com a desejada duração razoável do processo, consagrada no art. 5º, inciso LXXVIII, da CR/88, segundo o qual “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de tramitação”.⁶² Na verdade, a referida prerrogativa nada mais é do que uma desculpa ao não aparelhamento, modernização e desburocratização dos órgãos responsáveis pela representação da Fazenda Pública em Juízo. Salienta-se que as citadas afirmações não importam em análise profunda sobre a constitucionalidade do art. 188 do CPC, o que merece posterior investigação.

Além disso, embora o parâmetro da igualdade seja relacional, a comparação deveria ser procedida com base em institutos jurídicos de mesma natureza, não a prerrogativa processual do prazo diferenciado, de índole puramente instrumental, e o patamar dos juros moratórios, fixado por norma infraconstitucional de conteúdo material, segundo o art. 406 do CC/2002.⁶³ De modo que outras prerrogativas

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005, v. 1, p. 279.

⁶² BRASIL, 1988, art. 5º, inciso LXXVIII.

⁶³ A interpretação do STF acabou levando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a proferir acórdão reconhecendo a natureza jurídica instrumental (ou processual) da Lei nº 11.960/2009, especialmente do seu art. 5º, que modificou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, o que não condiz com a melhor técnica interpretativa, conforme argumentos antes lançados. Nesse sentido: EMENTA: Processual civil e administrativo. Recurso especial. Servidor público. Verbas remuneratórias. Correção monetária e juros de mora devidos pela Fazenda Pública.

instrumentais,⁶⁴ entre elas o reexame necessário (art. 475 do CPC), a suspensão de segurança (art. 15 da Lei nº 12.016/2009), os honorários de sucumbência diferenciados (art. 20, §4º, do CPC) e outras não se prestam a justificar a constitucionalidade dos juros de mora em patamar distinto ao cobrado pela própria Administração Pública de seus devedores.

De volta aos fundamentos expendidos pelo Ministro Gilmar Mendes, torna-se imperioso transcrever as considerações tecidas acerca do princípio da isonomia, verbis:

O conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da igualdade pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva segundo Maurer a uma inconstitucionalidade relativa (relative Verfassungswidrigkeit) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada (die Unterschiedlichkeit der Regelung).

A análise exige, por isso, modelos de comparação e de justificação.

Se a Lei trata igualmente os credores da Fazenda Pública, fixando os mesmos níveis de juros moratórios, inclusive para verbas remuneratórias, não há falar em inconstitucionalidade do art. 1º-F, da Lei nº 9.494, de 1997.

Se os trata de modo distinto, porém justificadamente, também não há cogitar de inconstitucionalidade da norma legal aqui discutida.

Lei nº 11.960/09, que alterou o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97. Natureza processual. Aplicação imediata aos processos em curso quando da sua vigência. Efeito retroativo. Impossibilidade. 1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei nº 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas "condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza", quais sejam, "os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança". 2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp nº 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei nº 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência. 3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei nº 9.494/97, alterada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso. 4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente. 5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei nº 11.960/09 no período subsequente a 29.06.2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do tempus regit actum. 6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução nº 8/STJ. 7. Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo nº 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP nº 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97, alterada pela Lei nº 11.960/09, aqui tratada. 8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei nº 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. REsp nº 1205946/SP. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Brasília, 19 out. 2011. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, 02 fev. 2012 (REPRO 206/434)].

⁶⁴ Repita-se, aplicáveis apenas dentro dos processos em que a Fazenda Pública é parte ou interveniente.

Por fim, justificar-se-ia a identificação de inconstitucionalidade no art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997, se comprovada a existência de tratamento não razoável.

A análise da situação existente indica não haver qualquer tratamento discriminatório, no caso, entre os credores da Fazenda Pública, que acarretam prejuízo para servidores e empregados públicos.⁶⁵

Com efeito, acertado o trecho ora colacionado no tocante à relatividade do postulado da isonomia. O princípio da igualdade já foi analisado neste trabalho. Contudo, por constituir o cerne da matéria jurídica tratada no acórdão proferido no julgamento do RE nº 453.740/RJ, novas considerações se fazem necessárias à construção da tese defendida neste artigo.

O princípio da isonomia pode ser visto tanto como exigência do tratamento igualitário, quanto como proibição de tratamento discriminatório. Por ser princípio norteador, tanto da atividade jurisdicional, quanto da construção legislativa, a indevida relativização do princípio da isonomia oferece problemas, mormente quando a lei institui privilégios ou perseguições, despidendo-se de sua função precípua, que é a de ser instrumento regulamentador da vida social.

Na lição de Dantas, citado por Moraes, a relatividade do princípio da isonomia foi assim abordada:

Quanto mais progredirem e se organizarem as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta triagem a tarefa do Poder Judiciário.⁶⁶

No caso, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 instituiu uma discriminação arbitrária, assegurando à Fazenda Pública o privilégio de pagar juros de 6% (seis por cento) ao ano nos processos em que litiga. Não se vislumbra, entretanto, qualquer justificativa

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 453.740/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, 28 fev. 2007. Diário de Justiça eletrônico nº 087 (Ementário nº 2286-14), Diário de Justiça nº 164, Brasília, 24 ago. 2007, p. 56.

⁶⁶ DANTAS apud MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, 2005, p. 33.

razoável para a concessão de tal privilégio. Da mesma maneira a nova redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com texto modificado pela Lei nº 11.960/2009, que determinou a remuneração básica da caderneta de poupança, a título de juros moratórios, a qualquer credor das Fazendas Públicas.

Ainda que se admita serem distintas as situações dos entes públicos e privados, nada justifica a concessão desse privilégio para a Fazenda Pública, não podendo ser acolhida a tese de que o tratamento diferenciado encontra lastro na diferença existente entre empregadores privados, que visam lucro, e empregadores públicos, que buscam o interesse da coletividade.

A própria Fazenda Pública nos débitos tributários cobra dos sujeitos passivos das exações o percentual de 1% (um por cento) ao mês a título de juros de mora, conforme se infere da leitura do art. 161 do CTN: “se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês”.⁶⁷

Vale lembrar que os juros de mora visam a remunerar o atraso na satisfação do crédito, impondo sanção ao devedor pelo cumprimento intempestivo de sua obrigação. Nesses termos, ao se constituir os juros de mora uma penalidade imposta ao devedor, que retarda a execução de uma obrigação e não uma remuneração do capital, não se justifica o fato de o legislador adotar postura mais permissiva no tocante ao atraso da Fazenda Pública. Por tais fundamentos, a Lei nº 11.960/2009 também padece de inconstitucionalidade, já que sua finalidade teleológica foi empregar índice que remunera capital⁶⁸ como sanção pelo inadimplemento das obrigações pecuniárias do Poder Público, o que modifica o instituto material dos juros moratórios, transforma-o em figura jurídica atípica sem qualquer respaldo argumentativo e sem qualquer força sancionatória.

Não há, pois, como se distanciar a situação em exame da paridade simétrica, princípio constitucional regente de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

É importante ainda assinalar que o art. 406 do CC/2002 consignou, em consonância com o art. 161, §1º, do CTN, que os juros devidos pelas partes contratantes são os mesmos adimplidos nos pagamentos à Fazenda Pública (12% ao ano). A justificativa de tal imposição, no direito material, não foi outra senão igualar o tratamento dado pelo CTN às disposições regulatórias da vida civil.

A motivação da norma insculpida no art. 406 do CC/2002 desnuda ainda mais a injustificável distinção de tratamento conferida aos servidores e empregados públicos e, hoje, a qualquer jurisdicionado credor do Poder Público. Absolutamente despida de qualquer critério, a norma em exame ganha contornos de inconstitucionalidade, na medida em que o devedor comum, pessoa física, servidora ou empregada

⁶⁷ BRASIL, 1966, Art. 161.

⁶⁸ Como dito anteriormente, os índices da caderneta de poupança.

pública, é obrigado a suportar juros de 12% (doze por cento) ao ano, enquanto a Fazenda Pública, nas mesmas circunstâncias, respondia a uma taxa anual de apenas 6% (seis por cento) e, hoje, menos ainda com a remuneração básica da caderneta de poupança.

Ademais, mais uma vez alberga-se a Fazenda em detrimento do contribuinte. Que não se invoque o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como fundamento de validade deste privilégio, porque a taxa de juros reduzida importa em proteção exclusiva do Erário, isto é, o interesse público secundário, em flagrante desrespeito aos princípios da legalidade e da moralidade. Minimizar os efeitos da mora do Estado no pagamento de seus débitos, incentivando o atraso no adimplemento de suas obrigações, que normalmente já se sujeitam a demorados processos judiciais e satisfação por precatórios (art. 100 da CR/88), não constitui, nem de longe, interesse público. Ao revés, o interesse público seria atendido sempre que as obrigações estatais advindas da inobservância da lei e do cumprimento das decisões judiciais fossem adimplidas da forma mais célere possível. Lembre-se que, no caso dos servidores, empregados públicos e beneficiários de autarquias previdenciárias, os efeitos nefastos da mora são agravados pelo caráter alimentar das verbas devidas.

Salienta-se que, em função da inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com texto modificado pela Lei nº 11.960/2009, também não se aplicaria o critério da especialidade em antinomia de normas jurídicas (art. 2º, §2º, da Lei de Introdução do Código Civil – LICC), ante o efeito repristinatório tácito do controle de constitucionalidade concentrado, acaso manejado, e do critério hierárquico do difuso.

No mais, o Ministro Gilmar Mendes, no afã de promover a defesa dos interesses da Fazenda Pública, talvez remontando à época em que era Advogado da União, olvidou-se inclusive do objeto do Recurso Extraordinário de sua relatoria. Enfatizou, em sua manifestação, que a Fazenda Pública aplica, a título de juros de mora, o mesmo percentual estampado no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, nos casos de indenização pagas em dinheiro por desapropriação para reforma agrária, lastreada no interesse social e, até mesmo em percentual mais módico, nos casos em que o pagamento da indenização se dá por título da dívida agrária. Veja-se excerto do acórdão proferido no RE nº 453.740/RJ, referente aos casos ora relatados:

O art. 184 da Constituição Federal determina que na desapropriação para reforma agrária, por interesse social, deve se liquidar as benfeitorias úteis e necessárias em dinheiro. A terra nua, por sua vez, é liquidada mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária.

Em relação às indenizações em dinheiro, o Poder Público historicamente remunerou juros moratórios com os mesmos níveis fixados pela Lei nº 9.494, de 1997. É o caso do art. 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41, na redação da Medida Provisória nº 2.183-56/2001, que dispõe:

“nas ações a que se refere o art. 15-A, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos a razão de até 6% ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição”.

No que se refere às indenizações em títulos da dívida agrária, emitidos para desapropriação, a partir de 5 de maio de 2000, os juros moratórios são remunerados em 3% ao ano para a indenização de imóvel com até 70 módulos fiscais, em 2% ao ano para indenização de imóvel com área acima de 70 e até 150 módulos fiscais, bem como em de 1% ao ano para indenização de imóvel com área acima de 150 módulos fiscais (art. 5º, §3º, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001). Módulo fiscal é expressão empregada no Decreto Executivo 84.685, 6 de maio de 1980, que regulamentou a Lei nº 6.746, de 10 de dezembro de 1979, que tratava de Imposto Territorial Rural. O módulo fiscal varia em cada Município, é expresso em hectares, e leva em conta o tipo de exploração predominante. No caso presente, não se vê que os juros atribuídos aos débitos da Fazenda Pública para com seus servidores sejam inferiores aos pagos aos demais credores do Estado. Pelo contrário, são superiores, em se tratando de juros moratórios devidos nas indenizações liquidadas com títulos de dívida agrária.⁶⁹

Nesse particular, registra-se a impossibilidade da comparação realizada pelo Ministro Relator. O substrato para tal assertiva reside na própria definição de desapropriação, assim conceituada por Di Pietro:

[...] o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.⁷⁰

Conforme se vê, a desapropriação tem a prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social como requisito inafastável para que seja realizada. Não há como imputar ao particular a perda de sua propriedade sem a imprescindível presença do interesse público, no caso o primário, da coletividade ou também denominado de propriamente dito. Aqui não se fala de interesse público secundário ou individual do Erário, como quis fazer crer o Ministro Relator ao trazer à baila situação totalmente diversa à dos juros de mora.

Assaz relevante, aqui, a lembrança das três modalidades de desapropriação previstas no Texto Constitucional, sendo duas delas em decorrência de descumprimento da função social da propriedade, seja ela urbana (art. 182, §4º, da CR/88)

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 453.740/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, 28 fev. 2007. Diário de Justiça eletrônico nº 087 (Ementário nº 2286-14), Diário de Justiça nº 164, Brasília, 24 ago. 2007, p. 56.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo, 2006, p. 145.

ou rural (art. 186 da CR/88). Já a terceira encontra assento na norma insculpida no art. 243 da CR/88, que versa sobre a expropriação de glebas de terras em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas. Na dicção do art. 2º da Lei nº 8.257/1991, plantas psicotrópicas “são aquelas que permitem a obtenção de substância entorpecente proscria, plantas estas elencadas no rol emitido pelo órgão sanitário competente do Ministério da Saúde”.⁷¹

Vale destacar, ainda, nesta última hipótese, que o expropriado não fará jus a qualquer tipo de indenização e nem juros de mora, dada a relevância do interesse público envolvido, qual seja, o combate ao tráfico de drogas e entorpecentes.

Frisa-se, novamente, que em todos os casos de desapropriação há, indubitavelmente, a presença do interesse público primário. É da relevância desse interesse que sobressalta a razão a ensejar, nestes casos, o pagamento de juros de mora em percentuais inferiores ao cobrado pela Fazenda Pública nos débitos tributários. Todavia, certamente não é esse o caso dos servidores, empregados públicos e credores em geral. Daí decorre a impossibilidade da comparação levada a efeito pelo Ministro Gilmar Mendes.

Os juros de mora aplicáveis aos precatórios, objeto de parcelamento, também foram citados para fundamentar a decisão exarada no Recurso Extraordinário analisado neste estudo, consoante se infere do trecho abaixo transcrito:

Ainda, a Lei nº 11.178/2005, que trata de diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2006, por exemplo, indica critério para inclusão de dotações destinadas ao pagamento de precatórios parcelados a fixação de “juros legais, à taxa de 6% a/a (seis por cento ao ano), [aos quais] serão acrescidos aos precatórios objeto de parcelamento, a partir da segunda parcela, tendo como termo inicial o mês de janeiro do ano em que é devida a segunda parcela” (inciso VI do art. 25 da Lei nº 11.178/2005).⁷²

Todavia, em nada justificou a situação dos juros de mora devidos aos agentes públicos. Ao contrário, parece ter simplesmente revelado a ocorrência de mais uma inconstitucionalidade cometida pelo legislador infraconstitucional, em proteção ao Poder Público. O credor da Fazenda Pública, além de se sujeitar a morosa sistemática do precatório, é “presenteado” com a modesta taxa de 6% (seis por cento) ao ano no que se refere aos juros de mora no adimplemento de seu direito previamente declarado pelo Poder Judiciário. Sob o prisma da proporcionalidade e da igualdade, mostra-se inaceitável a norma estatuída no art. 25, inciso VI, da Lei nº 11.178/2005,

⁷¹ BRASIL, 1991, art. 2º.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 453.740/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, 28 fev. 2007. Diário de Justiça eletrônico nº 087 (Ementário nº 2286-14), Diário de Justiça nº 164, Brasília, 24 ago. 2007, p. 56.

sobretudo porque, diferentemente dos casos de desapropriação, não se vislumbra interesse público primário suficiente a justificar tal disposição legal, salvo a efetividade do processo e sua duração razoável (art. 5º, inciso LXXVIII, da CR/88), que seria outro fundamento para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, e também do art. 25, inciso VI, da Lei nº 11.178/2005.

Ademais, a questão colocada a exame e decisão no RE nº 453.740/RJ diz respeito à disparidade entre os juros de mora devidos quando a Fazenda Pública ocupa a condição de credora ou devedora na relação obrigacional. Já era de conhecimento de todos que, na condição de devedora, a Fazenda Pública remunerava em menores percentuais a sua mora no adimplemento de suas obrigações. É justamente isso o que se questionava no supracitado Recurso Extraordinário.

Com efeito, os exemplos registrados pelo Ministro Relator só serviram para realçar o tratamento antagônico dado pelo legislador aos cidadãos e ao Estado no tocante à mora no cumprimento de suas obrigações. Em nada justificaram a concessão da prerrogativa instituída pelo art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 à Fazenda Pública, inclusive com a alteração promovida pela Lei nº 11.960/2009.

Por fim, insta transcrever o trecho final da fundamentação exposta no RE nº 453.740/RJ:

Poder-se-ia argumentar que, em relação inversa, isto é, na eventual cobrança que a Fazenda tenha em relação a servidores, cobraria juros mais elevados. Em verdade, sobre o tema não há norma específica. A Administração Federal informou que tais hipóteses estão limitadas a casos de dívida remanescente do servidor, nas mais diversas hipóteses.

Não há cobrança de juros de mora, por parte do Estado, na hipótese de restituição de valores recebidos indevidamente, bem como não há também na hipótese de ressarcimento por danos causados ao Erário, devidos pelo servidor.

Nesses casos, se a cobrança se faz administrativamente, não há cobrança de juros. É possível, porém, que haja inscrição do débito em dívida ativa e se venha a efetivar a cobrança com juros diferenciados.

Daí porque entender cabível, obiter dictum, na qual se explícita que o art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997, também deverá ser observado pela Fazenda Pública, na cobrança de seus créditos, decorrentes de verbas remuneratórias indevidamente pagas a servidores e empregados públicos, fixando-se juros moratórios em 6% ao ano, de modo que crédito e débito tenham tratamento idêntico, entre a Fazenda Pública e seus empregados e servidores, no tocante à fixação de juros moratórios.

Assim, conheço do recurso e voto, no mérito, por seu provimento, dada a inequívoca constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997.⁷³

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 453.740/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, 28 fev. 2007. Diário de Justiça eletrônico nº 87 (Ementário nº 2286-14), Diário de Justiça nº 164, Brasília, 24 ago. 2007, p. 56.

No texto ora transcrito, o próprio Ministro Gilmar Mendes fornece os subsídios para a desconstituição de sua frágil tese jurídica. É que, de fato, não há norma específica sobre eventual cobrança que a Fazenda Pública possa fazer em desfavor dos servidores e empregados públicos. Nesse cenário, conforme já delineado no bojo desta pesquisa, assume particular importância a disposição contida no art. 406 do CC/2002, segundo a qual:

Quando os juros de moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de imposto devidos à Fazenda Nacional.⁷⁴

Nesses termos, como inexistente norma específica na cobrança judicial promovida pela Fazenda Pública em desfavor de seus servidores e empregados, os juros de mora serão devidos à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

A possibilidade de inscrição em dívida ativa de débitos de qualquer cidadão, inclusive os servidores e empregados públicos, decorrentes de parcela remuneratória percebida indevidamente, sepulta, de vez, a argumentação esposada no voto condutor do Recurso Extraordinário em comento. Ora, se tais débitos são passíveis de inscrição em dívida ativa e posterior propositura de execução fiscal, certo é que a taxa de juros de mora será prescrita pelo art. 161 do CTN, o qual também estabelece a taxa de 1% (um por cento) ao mês. Assim, desfaz-se, no caso, a reciprocidade apregoada pelo Ministro Relator no tocante ao débito e ao indébito tributário, vez que, na posição de devedor, exige-se dos contribuintes, a título de juros de mora, a taxa de 12% (doze por cento) ao ano, enquanto a Fazenda Pública, nas mesmas circunstâncias, responde apenas pelos índices remuneratórios básicos da caderneta de poupança, isso a partir de 30.06.2009, cujas condenações são sempre impostas em processos judiciais. Portanto, insubsistentes as razões de decidir dos votos vencedores do STF, devendo prevalecer o posicionamento minoritário.

6 Conclusão

O acórdão proferido no RE nº 453.740/RJ, trazido a lume neste trabalho, exemplifica bem a dicotomia entre a missão constitucional do STF e suas decisões.

A explicação para tal fato pode residir na conjuntura política-jurídica que envolve a composição do STF, lastreada na forte influência do Poder Executivo na mais alta corte judiciária do país, em clara vulneração ao princípio da separação dos poderes, o que parece merecer outro estudo mais aprofundado e que ultrapassa os limites

⁷⁴ BRASIL, 2002, art. 406.

deste artigo. Neste cenário, o que se assiste, sobretudo nas causas que envolvem interesses governamentais, especialmente do Erário, é uma ditadura constitucional, com o abandono da justiça e a exacerbação da proteção dos interesses estatais, fantasiados de interesse público.

Vale lembrar que o objetivo da separação dos poderes não é outro senão o da contenção do poder, alcançado através de um sistema de freios e contrapesos, equilibrando o exercício das funções estatais, por meio do adequado controle de um poder pelo outro. Evita-se, assim, a tirania de um determinado poder estatal, garantindo, por outro lado, a desejada autonomia no exercício das competências outorgadas pela CR/88 aos poderes constituídos.

No Brasil, a autonomia dos poderes, estampada no art. 2º da CR/88, encontra-se seriamente abalada, sobretudo no Poder Judiciário, vez que os Ministros da Excelsa Corte são, nos termos do parágrafo único do art. 101 da CR/88, nomeados pelo Chefe do Poder Executivo que, por óbvio, considerando-se o cenário político brasileiro, não outorga tal atribuição aqueles que poderão colocar em risco os interesses defendidos pelo governo, mas, como dito, esse fato necessita de análise mais detalhada.

Nesse contexto, é difícil imaginar que as decisões tomadas no âmbito do STF tenham como norte o princípio da imparcialidade, quando colocados em jogo os interesses individuais do Poder Executivo e, principalmente, de sua Fazenda Pública em Juízo. Daí provavelmente decorre o desvirtuamento da missão constitucional do STF, que vem, em muitas situações, “adequando” a exegese constitucional ao interesse político-econômico que permeia a sociedade brasileira, o que se extrai da discussão efetivada pelos Ministros no julgamento do RE nº 453.740/RJ, transcrita no acórdão.

Não seja esquecida a decisão que julgou constitucional a cobrança da contribuição previdenciária dos servidores aposentados e pensionistas, inclusive daqueles que já se encontravam na inatividade ou que percebiam pensão à época da edição da EC nº 41/2003, em aparente afronta ao princípio da segurança jurídica e do direito adquirido, o que também será objeto de trabalho próprio para se verificar o acerto ou não do decisum.

Ao se estudar o caso do julgamento do RE nº 453.740/RJ, a questão posta a exame pode ser resumida ao tratamento díspar, no tocante aos juros de mora, dado ao cidadão e ao Estado, levando-se em conta a posição assumida na relação obrigacional. Se credor o cidadão, os juros de mora são pagos segundo a remuneração básica da caderneta de poupança, isso a partir de 30.06.2009. Antes desta data e a partir da vigência plena do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, somente os servidores e empregados públicos recebiam, quando credores, à taxa de 6% (seis por cento) ao ano. Se qualquer deles for devedor da Fazenda Pública, a mora será gravada pela taxa de 12% (doze por cento) ao ano.

Conforme já delineado no presente trabalho, a igualdade formal, consagrada no art. 5º da CR/88, só poderá ser derogada quanto existir situação fática a ensejar o tratamento desigual entre as partes envolvidas na relação jurídica. Não se pode

dar efetividade ao princípio da igualdade, tanto sob o prisma formal, quanto sob o prisma material, sem se levar em conta a desigualdade existente na relação dos direitos tutelados.

Em relação aos juros de mora devidos aos cidadãos, qual seria a justificativa para o beneplácito dispensado pelo legislador infraconstitucional à Fazenda Pública, ao elaborar a norma estatuída no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, inclusive com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009? Há interesse público a ser tutelado quando o Estado fica em mora no cumprimento de suas obrigações perante os jurisdicionados?

Ora, a resposta a essas questões não exige maiores divagações. Não há justificativa razoável para essa diferenciação. Em um Estado efetivamente democrático, como se propõe a ser o Estado brasileiro, não deve existir essa divisão tão profunda entre Estado e cidadão, entre interesse público e privado. Muitas vezes, o interesse público e privado constituem faces de uma mesma moeda, caminhando lado a lado, como no caso dos juros de mora, vez que o que se busca é o adimplemento das obrigações da maneira mais rápida e efetiva.

Sob o prisma da isonomia, é de se verificar que na relação entre a Fazenda Pública e o particular há, de fato, um desequilíbrio. No entanto, o desequilíbrio existente aponta no sentido contrário ao caminho que atualmente é trilhado pelo legislador infraconstitucional e pelas cortes judiciais, sobretudo o STF, qual seja, o da proteção exacerbada da Fazenda Pública. Repise-se que a Fazenda Pública não é a parte frágil da relação jurídica tutelada pelo art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997. A Lei nº 11.960/2009 acabou por ampliar a desigualdade a todo e qualquer cidadão, amparada pela análise anterior do STF sobre o tema, e padece dos mesmos vícios apontados ao dispositivo legislativo anterior.

Assim, sem qualquer razão a iniciativa no sentido de se conferir tratamento mais complacente à Fazenda Pública nos atrasos no adimplemento de suas obrigações, especialmente as de natureza alimentar.

Nem todo interesse que o Estado defende reveste-se da natureza de interesse público primário, ou seja, da coletividade. Tampouco se pode olvidar que o conceito de interesse público engloba todos os valores consagrados constitucionalmente, dentre os quais a igualdade das partes, a duração razoável do processo e a efetividade dos provimentos jurisdicionais, seriamente comprometidos pela existência da norma diferenciadora sobre os juros moratórios.

Conclui-se, dessa forma, que a imposição de juros moratórios em taxa inferior à do art. 406 do CC/2002 revela-se um meio desproporcional para proteção dos fins colimados pelo legislador, em evidente ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

Apesar do conceito de paridade simétrica ser relacional, o modelo comparativo deveria ser efetuado por institutos jurídicos com natureza de direito material, sede dos juros de mora, em situações equivalentes e sem o vício da mesma inconstitucionalidade que se imputa ao dispositivo questionado. Assim, justificar

a constitucionalidade com base em norma que possui o mesmo teor da impugnada, e que não está sendo analisada no julgamento, nada mais faz do que reforçar o desacerto da decisão.

Os juros de mora diferenciados a menor fomentam o adimplemento intempestivo das decisões judiciais e, nesses termos, não atendem ao requisito da adequação.

Sob a ótica da necessidade, também é desproporcional o referido instituto em relação aos fins colimados, ante a proteção exclusiva do interesse público secundário (Erário).

Tampouco se pode presumir que, em toda e qualquer situação, a Fazenda Pública é hipossuficiente financeiramente em relação ao particular, a merecer tutela especial em Juízo e uma redução dos juros moratórios.

Dessarte, nada obstante se possa eventualmente admitir, no estágio atual, a razoabilidade de alguns casos com juros pagos com taxa inferior, como nas hipóteses de desapropriação, pelo interesse público primário constatado, não se justifica a existência da diferenciação em todas as demandas em face do Poder Público, como meio necessário a tanto.

Sob o enfoque da proporcionalidade propriamente dita (ou proibição de excessos), não se chega a outra conclusão, posto que sancionar o cidadão pelo inadimplemento de suas dívidas e compensar as Fazendas Públicas, por remuneração do capital inferior a taxas aplicadas pelo mercado, transforma o instituto material dos juros de mora em figura jurídica atípica desproporcional e sem qualquer força sancionatória.

Em suma, o acórdão trazido à baila neste estudo demonstra, claramente, que a Excelsa Corte vem se olvidando de sua missão constitucional, promovendo, sob o falso manto do interesse público, a defesa dos interesses do Poder Executivo. Tal situação recomenda uma nova discussão constitucional acerca da autonomia do STF, sobretudo no tocante à sua composição, sob pena da mais alta corte judiciária do Brasil se tornar um braço da Advocacia Geral da União, bem como uma possível revisão do entendimento apresentado neste texto mediante mutação constitucional, que ora se sugere.

Public Administration and Interest Rates

Abstract: This paper aims to analyze the trial of the extraordinary appeal (RE) nº 453.740/RJ, where left decided the constitutionality of Law's nº 9.494/1997, article 1º-F, which fixed at 6% (six percent) per annum the moratory interest rates on owed to public servants and public employees in cases where there is conviction in detriment to the State. Through the present study, that demonstrated the error of the Brazilian Supreme Court (STF) to proceed with the extraordinary appeal trials above, through the analysis of the foundations laid by the rapporteur's Minister Gilmar Ferreira Mendes vote. The aim is to identify the violated constitutional principles in the aforementioned trial, as well as demonstrating the conduct of protectionist government interests by the Constitutional Court, founded on the pseudo-argument of protection and supremacy of public interest.

Key words: Public Administration. The creditor. Interest rates. (Un) Constitutionality. Isonomy principle.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 217-A (III), 10 dez. 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tradução oficial para o português por United Nations High Commissioner for Human Rights. 1948. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2008.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, p. 1-41, mar./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-9-mar%c7o-2007-luiz%20roberto%20barroso.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 117-169.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.
- BRASIL. Código Civil; Código de Processo Civil; Código Comercial; Constituição Federal; Legislação Civil, Processual civil e Empresarial. Organização Yussef Said Cahali. 13. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292p.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, 09 nov. 1992.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, 09 set. 1942.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 1º maio 1943.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 2004.
- BRASIL. Lei nº 11.178, de 20 de setembro de 2005. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2006 e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 set. 2005.
- BRASIL. Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009. Altera e acresce dispositivos às Leis nºs 9.639, de 25 de maio de 1998, e 11.196, de 21 de novembro de 2005, para dispor sobre parcelamento de débitos de responsabilidade dos Municípios, decorrentes de contribuições sociais de que tratam as alíneas "a" e "c" do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; bem

como acresce dispositivo à Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para simplificar o tratamento dado às cobranças judiciais da dívida ativa quando, da decisão que ordene o seu arquivamento, tiver decorrido o prazo prescricional; dá nova redação ao art. 47 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para dispensar a apresentação da Certidão Negativa de Débito em caso de calamidade pública ou para recebimento de recursos para projetos sociais, ao art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, para uniformizar a atualização monetária e dos juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, ao art. 19 da Lei nº 11.314, de 03 de julho de 2006, para estender o prazo durante o qual o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes poderá utilizar recursos federais para executar obras de conservação, recuperação, restauração, construção e sinalização de rodovias transferidas para outros membros da Federação, e ao inciso II do art. 8º da Lei nº 11.775, de 17 de setembro de 2008, para prorrogar a data-limite para adesão pelos mutuários de créditos rurais inscritos em Dívida Ativa da União ao parcelamento dos seus débitos; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 30 jun. 2009.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966, retificado em 31 out. 1966.

BRASIL. Lei nº 8.257, de 26 de novembro de 1991. Dispõe sobre a expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 27 nov. 1991.

BRASIL. Lei nº 8.745/93, de 09 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 10 dez. 1993.

BRASIL. Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 27 dez. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da Administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jul. 1997.

BRASIL. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 dez. 1997.

BRASIL. Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 23 fev. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. REsp nº 1205946/SP. EMENTA: Processual civil e administrativo. Recurso especial. Servidor público. Verbas remuneratórias. Correção monetária e juros de mora devidos pela Fazenda Pública. Lei nº 11.960/09, que alterou o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97. Natureza processual. Aplicação imediata aos processos em curso quando da sua vigência. Efeito retroativo. Impossibilidade. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Brasília, 19 out. 2011. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, 02 fev. 2012 (REPRO 206/434).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 453.740/RJ. EMENTA: Recurso Extraordinário. Conhecimento. Provimento. 2. Juros de Mora. 3. Art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997. 4. Constitucionalidade. Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, 28 fev. 2007. Diário de Justiça eletrônico nº 087 (Ementário nº 2286-14), Diário de Justiça nº 164, Brasília, 24 ago. 2007, p. 56. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=482092>>. Acesso em: 26 jul. 2012.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do Estado. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DEZEN JÚNIOR, Gabriel. Direito constitucional. 16. ed. Brasília: Vestcon, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, n. 82, p. 71-91, abr./jun. 1996.
- MARTINS, Gláudiana Rosa Mendes. A advocacia pública do processo civil. Revista da Escola da Advocacia Geral da União, ano 4, p. 1-26, fev. 2004. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_IV_fevereiro_2004/Glaudiana%20-%20Advocacia%20Publica.PDF>. Acesso em: 07 jul. 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- SOBRINHO, Délio José Rocha. Prerrogativas da fazenda pública em juízo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005, v. 1.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GOMES, Magno Federici. Fazenda Pública e juros de mora. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 219-256, jul./set. 2014.

Recebido em: 30.07.2012
Aprovado em: 08.07.2014