
Poder Judiciário

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.164 - BA

RELATOR: MINISTRO TEORIALBINO ZAVASCKI
RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL
FAZENDA NACIONAL; PROCURADORIA-GERAL DA
FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO: VELA BRANCA HOTÉIS E TURISMO LTDA
ADVOGADO: JOSÉ EDUARDO DORNELAS SOUZA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213D STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da “condição de credora tributária” (ERESP 116.183D SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (ERESP 903.367D SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08D 08.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar

provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de maio de 2009.

MINISTRO TEORIALBINO ZAVASCKI
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORIALBINO ZAVASCKI (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, em mandado de segurança visando à compensação de créditos provenientes do pagamento indevido de contribuição ao PIS e ao FINSOCIAL, decidiu, no que importa ao julgamento do presente recurso, (a) afastar em parte a prescrição, ao argumento de que, tratando-se de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para a ação objetivando a repetição do indébito (e, conseqüentemente, o direito de compensar) é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de cinco anos contados da homologação tácita; (b) declarar a inconstitucionalidade e a conseqüente inexigibilidade da exação em causa (PIS e FINSOCIAL), reconhecendo o direito de compensar os valores a tal título recolhidos, com acréscimos de juros e correção monetária; (c) considerar dispensável, para esse efeito, a juntada dos comprovantes de recolhimento, à consideração de que a “certeza e liquidez deverá ser averiguada pela Administração Pública, no momento do encontro de contas”.

Opostos embargos de declaração, restaram parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes, apenas para sanar omissão quanto à LC 118D 05 (fls. 157-165).

No recurso especial (fls. 169-177), fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação aos seguintes dispositivos: (a) arts. 535 e 458 do CPC, pois mesmo com a oposição dos embargos de declaração, não foram sanadas as omissões apontadas; e (b) arts. 128, 333, I, e 460 do CPC, à consideração de que (I) “a comprovação efetiva dos recolhimentos indevidos como pré-requisito do direito à compensação do indébito decorre da exigência de se obstar a atuação meramente consultiva do Poder Judiciário” (fl. 174) e (II) a prova dos recolhimentos indevidos é pressuposto indispensável ao direito de compensar, de modo que, no presente caso, a inexistência de tal comprovação representa a ausência de prova pré-constituída indispensável ao reconhecimento do direito de compensar, que, em se tratando de mandado de segurança, há de ser líquido e certo.

Sem contra-razões (fl. 197).

Submetido o recurso à sistemática do art. 543-C do CPC (fl. 199), manifestou-se o Ministério Público Federal por seu não-conhecimento (fls. 273D 278).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORIALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. O Tribunal de origem, de forma fundamentada, emitiu juízo acerca das questões

objeto da controvérsia. A alegação de omissão do acórdão reflete, na verdade, mero inconformismo com os termos da decisão, não restando caracterizado o vício da omissão, não se configurando ofensa aos artigos 535 e 458 do CPC.

2. O tema central do recurso especial - necessidade ou não de prova pré-constituída dos recolhimentos indevidos cujo direito de compensar se pretende ver reconhecido por via de mandado de segurança - é tema que diz respeito à natureza da função jurisdicional exercida nessa especial ação constitucional. Duas premissas são importantes para a apreciação do tema. Primeira: a função jurisdicional não se destina a resolver questões fundadas sobre hipóteses teóricas, ou sobre preceitos normativos em tese. Ela se desenvolve sobre situações concretas. É por isso que a norma processual exige como requisito de toda e qualquer petição inicial a indicação dos fatos da causa (CPC, art. 282, III), bem como ela venha acompanhada dos correspondentes “documentos indispensáveis” (CPC, art. 283).

Os fundamentos teóricos dessa exigência são conhecidos. Em toda sentença de mérito, há um componente essencial: a declaração de certeza a respeito da existência ou da inexistência ou, ainda, do modo de ser de uma relação jurídica. Nela haverá, portanto, um juízo que contém “declaração imperativa de que ocorreu um fato ao qual a norma vincula um efeito jurídico” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, s.D d, vol. I, p. 69). Realmente, as relações jurídicas têm sua existência condicionada à ocorrência de uma situação de fato (suporte fático) que atrai e faz incidir a norma jurídica. Esse fenômeno de incidência produz efeitos de concretização do direito, formando normas jurídicas individualizadas, contendo as relações jurídicas e seus elementos formativos: os sujeitos, a prestação, o vínculo obrigacional. Por isso que se diz que, para chegar ao resultado almejado no processo de conhecimento (ou seja, ao juízo de certeza sobre a relação jurídica), é indispensável efetuar o exame “dos preceitos e dos fatos dos quais depende sua existência ou inexistência”, e, “segundo os resultados desta verificação, o juiz declara que a situação existe ou que não existe” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones, op. cit.*, vol. I, p. 68). Trabalhar sobre as normas, os fatos e as relações jurídicas correspondentes é trabalhar sobre o fenômeno jurídico da incidência, e daí a acertada conclusão de Pontes de Miranda: “nas ações de cognição (...) há enunciados sobre incidência (toda a aplicação da lei é enunciado sobre incidência)” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1976, Rio de Janeiro, Forense, tomo IX, p. 27). Não é por outra razão que a petição inicial deve indicar, necessariamente, “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido” (CPC, art. 282, III).

Daí, pois, a razão de se afirmar que a função jurisdicional cognitiva consiste em atividades destinadas a *formular juízo a respeito da incidência ou não de norma abstrata sobre determinado suporte fático*, cuja essência é resumida em: (a) coletar e examinar provas sobre o ato ou o fato em que possa ter havido incidência; (b) verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável àquele suporte fático; e (c) finalmente, declarar as conseqüências jurídicas decorrentes da incidência, enunciando a norma concreta; ou, se for o caso, declarar que não ocorreu a incidência, ou que não foi aquele o preceito normativo que incidiu em relação ao fato ou ato, e que, portanto, inexistiu a relação jurídica afirmada pelo demandante; ou, então, que não ocorreu pelo modo ou na extensão ou com as conseqüências pretendidas. Resulta, desse conjunto operativo, uma sentença identificando a existência ou o conteúdo da norma jurídica concreta, que, transitada em julgado, se torna imutável e passa a ter força de lei entre as partes (CPC, art. 468).

No que se refere ao mandado de segurança, há um requisito adicional: considerando que sua finalidade é fazer juízo sobre direito líquido e certo, exige-se que os fatos, dos

quais decorre o direito afirmado pelo impetrante, sejam incontroversos e demonstrados de plano, mediante prova pré-constituída. É o que determina o art. 1º da Lei 1.533D 51.

3. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites do pedido, ou seja, com os limites do direito tido como violado ou ameaçado de violação pela autoridade impetrada. Nesse aspecto, a jurisprudência do STJ distingue claramente duas situações: a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

Na primeira situação, que tem amparo na súmula 213D STJ (“O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”), a jurisprudência do STJ não exige que o impetrante traga prova pré-constituída dos elementos concretos da operação de compensação (v.g: prova do valor do crédito que dá suporte à operação de compensação contra o Fisco), até porque o objeto da impetração não abrange juízo específico a respeito. Nos precedentes que serviram de base à edição da súmula o Tribunal afirmou a viabilidade de, na via mandamental, ser reconhecido o direito à compensação, ficando a averiguação da liquidez e da certeza da própria compensação (que, portanto, seria realizada no futuro) sujeita à fiscalização da autoridade fazendária. No EDRÉSP 81.218D DF, 2ª Turma, Min. Ari Pargendler, DJ de 17.06.1996, consta do voto condutor do acórdão que “a Egrégia Turma distingue compensação de crédito de declaração de que o crédito é compensável, esta última não dependente de prova pré-constituída a respeito dos valores a serem compensados”. O que se exigia da impetrante, nesses casos, era apenas prova da “condição de credora tributária” (ERESP 116.183D SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

Todavia, para a segunda situação - em que a concessão da ordem envolve juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, ou em que os efeitos da sentença supõem a efetiva realização da compensação -, nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. A questão já foi inclusive objeto de exame nesta 1ª Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência EREsp 903.367D SP, Min. Denise Arruda. Ditos embargos haviam sido interpostos contra acórdão da 2ª Turma, relator o Ministro João Otávio de Noronha, que havia assentado o seguinte: “2. É necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança. 3. Recurso especial improvido”. A Seção confirmou essa orientação, em acórdão assim ementado:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EMBARGOS DESPROVIDOS.

1. Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido da adequação do mandado de segurança para se buscar a declaração

do direito à compensação tributária (Súmula 213D STJ). Tal orientação, entretanto, não afasta a necessidade de observância das condições da ação mandamental, entre elas a existência de prova pré-constituída do direito do impetrante (AgRg no REsp 469.786D RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 27.5.2008; AgRg no Ag 821.244D CE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 3.12.2007; AgRg no REsp 903.020D SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 26.4.2007; REsp 511.641D MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 6.12.2006; AgRg no REsp 861.561D SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006). 2. Embargos de divergência desprovidos” (ERESP 903.367D SP, 1ª Seção, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008).

No seu voto de relatora, a Ministra Denise Arruda trouxe precedentes de ambas as Turmas nesse sentido:

“Esta Corte superior firmou entendimento no sentido da adequação do mandado de segurança para se buscar a declaração do direito à compensação tributária (Súmula 213D STJ). Tal orientação, entretanto, não afasta a necessidade de observância das condições da ação mandamental, entre elas a existência de prova pré-constituída do direito do impetrante. Sobre o tema, convém transcrever lição doutrinária que bem delimita o cabimento do mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo do demandante:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios jurídicos.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança.” (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 36D 37)

É certo que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a compensação de valores pagos indevidamente será realizada pelo próprio contribuinte sob a fiscalização das autoridades administrativas. Contudo, para que seja concedida a segurança e declarado o direito à compensação deve-se demonstrar, de plano, que houve o recolhimento indevido ou a maior.

No mesmo sentido, citam-se os seguintes julgados das Turmas que compõem a Primeira Seção:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA - PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - AUSÊNCIA - REEXAME - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7D STJ.

1. É entendimento deste Tribunal, conforme a inteligência da Súmula 213D STJ, que o mandado de segurança é meio idôneo à declaração do direito à compensação de valores recolhidos a maior no regime de substituição tributária.

2. Todavia, no mandado de segurança, para se declarar o direito à compensação necessário se faz que exista prova pré-constituída do direito para que este se exiba de plano, dispensando para sua comprovação dilação probatória.

3. In casu, o Tribunal de origem entendeu que não está demonstrada a prova pré-constituída do direito à compensação alegado. Com efeito, rever esse posicionamento implica incursão nos autos para se investigar a existência ou não de tais provas. Não se trata, pois, de valor a prova, mas de descobrir sua existência. Incidência da Súmula 7D STJ.

Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 469.786D RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 27.5.2008)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA AUTÔNOMAS. SÚMULA 213D STJ. DEMONSTRAÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, consoante o verbete da Súmula 213 deste STJ.

2. Revela-se inarredável que a parte impetrante providencie, quando da impetração, a juntada dos documentos indispensáveis ao exame da viabilidade da compensação, consoante assente na jurisprudência desta Corte Especial.

(Precedentes: RMS 20.447 - ES, Relator Ministro TEORIALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ de 31 de agosto de 2006; MS 10.787 - DF, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Primeira Seção, DJ de 27 de março de 2006; AgRg no REsp 653.606 - MG, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ de 06 de dezembro de 2004).

3. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no Ag 821.244D CE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 3.12.2007)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRÓ-LABORE. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

I - Embora o enunciado sumular nº 213 desta Corte possibilite a declaração do direito à compensação tributária por meio do mandado de segurança, certo é que tal remédio constitucional

tem por objetivo o resguardo de direito líquido e certo, o que pressupõe a existência de prova pré-constituída do alegado direito. Diante disso, necessária a juntada de documentos que comprovem o recolhimento do tributo que se pretende compensar. Precedentes: AgRg no REsp nº 650.923D MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Rel. pD Acórdão Min. TEORIALBINO ZAVASCKI, DJ de 06D 02D 2006; REsp nº 572.639D MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 05D 12D 2005; REsp nº 579.805D BA, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 19D 09D 2005 e REsp nº 644.417D RS, Rel. Min. TEORIALBINO ZAVASCKI, DJ de 01D 02D 2005. II - No caso dos autos, o Tribunal a quo concluiu pela ausência de prova pré-constituída, na medida em que a impetrante deixou de indicar quem são os interessados, os valores que cada contribuinte pretende compensar, além de não juntar nenhuma guia de recolhimento do tributo em questão, razão pela qual afastou a possibilidade de julgamento do writ.

III - Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 903.020D SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 26.4.2007)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO. COMPROVANTE DO RECOLHIMENTO INDEVIDO. PRECEDENTES.

1. É necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.”

(REsp 511.641D MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 6.12.2006)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. O contribuinte ao postular o direito à compensação na via mandamental deve comprovar a existência do indébito.

2. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 861.561D SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006)

Ante o exposto, deve-se negar provimento aos embargos de divergência.

É o voto.”

4. O caso dos autos não é de simples declaração de compensabilidade, enquadrável na súmula 213D STJ. Mais que isso, agrega-se à pretensão compensatória pedidos que supõem a efetiva realização da compensação: a suspensão da exigibilidade de créditos de PIS e COFINS “no limite dos valores dos créditos a que fazem jus à Impetrante (sic), a ser apresentado ao Fisco, pelo fato do recolhimento indevido efetuado a título de contribuição ao PIS e ao FINSOCIAL”, bem como o fornecimento de “certidões negativas de que a mesma necessitar” (fls. 19). Bem se vê, portanto, que o reconhecimento da liquidez e certeza do direito na amplitude e para os fins pleiteados supõe, segundo o precedentes da Seção, a prova do recolhimento do tributo indevido.

5. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial. Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais (art. 6º da Resolução STJ 08D 08), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ 08D 08.

É o voto.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO PODER JUDICIÁRIO

ÓRGÃO ESPECIAL
REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nº 9/2009
RELATOR: DES. SÉRGIO CAVALIERI FILHO

**LEI DE COTAS PARA INGRESSO NAS
UNIVERSIDADES ESTADUAIS.** Discriminação Positiva.
Ações Afirmativas. Igualdade Formal e Material.
Constitucionalidade.

“Os direitos são os mesmos para todos, mas como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que estas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem (...) mesmo quando a igualdade social se traduz na concessão de certos direitos ou até certas vantagens especificamente a determinadas pessoas – as que se encontram em situações de inferioridade, de carência, de menor proteção – a diferenciação ou a **discriminação positiva** tem em vista alcançar a igualdade e tais direitos ou vantagens configuram-se como instrumentais no rumo para esses fins” (Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, 3ª ed, tomo IV, Coimbra Editora, p. 225). A igualdade somente pode ser verificada entre pessoas que se encontram em situação equivalente, sendo levados em consideração os fatores ditados pela realidade econômica, social e cultural. O princípio da isonomia garante que as normas não devem ser simplesmente elaboradas e aplicadas a todos os indivíduos; vai além na medida em que considera a existência de grupos minoritários e hipossuficientes, que necessitam de uma proteção especial para que alcancem a igualdade real, esta sim uma exigência do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Portanto, a igualdade prevista na Constituição Federal e repetida na Constituição do Estado do Rio de Janeiro é a **igualdade substancial**. Se assim não fosse, ainda estaríamos na época do Império, cuja Carta consagrava o princípio da igualdade, mas permitia a convivência do indigitado princípio com a vergonha do regime escravocrata. A ação afirmativa liga-se por um vínculo inquebrantável ao princípio da isonomia. Ela é o instrumento eficaz a garantir sua concretização no seio da sociedade que, a exemplo da nossa, já nascem marcadas pela desigualdade e pelo preconceito.

Neste contexto, a Lei de Cotas (Lei Estadual nº 5.346/08) surge não como um diploma concessivo de direitos, vez que estes já são assegurados na Constituição e em outros diplomas. A Lei de Cotas, em verdade, é diploma. Neste contexto, a Lei de Cotas (Lei Estadual nº 5.346/08) surge não como um diploma concessivo de direitos, vez que estes já são assegurados na Constituição e em outros diplomas. A Lei de Cotas, em verdade, é diploma concretizador de direitos, de constitucionalidade inquestionável.

Improcedência da representação.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nº 9/2009, em que é representante FLÁVIO NANTES BOLSONARO e representado ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM os Desembargadores que integram o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, em acolher parcialmente a preliminar de inépcia da inicial e também por maioria em julgar improcedente a representação pelas razões que seguem.

O objeto da presente Representação por Inconstitucionalidade é a Lei Estadual nº 5.346, de 11/12/2008, cujo artigo 1º possui a seguinte redação:

“Art. 1º Fica instituído, por dez anos, o sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais, adotado com a finalidade de assegurar seleção e classificação final nos exames vestibulares aos seguintes estudantes, desde que carentes:

I – negros;

II – indígenas;

III – alunos da rede pública de ensino;

IV – pessoas portadoras de deficiência, nos termos da legislação em vigor;

V – filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço.”

Merece destaque inicial que está em discussão na presente representação a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do sistema de cotas instituído pela Lei nº 5.346/08, e não a sua conveniência e oportunidade. Se a referida lei é boa ou má, se vai produzir efeitos positivos ou negativos, se o legislador adotou ou não o melhor critério, não são questões afetas ao Judiciário.

Como bem observou a douta Procuradoria de Justiça em seu lúcido parecer (fls. 695), “O Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade das leis, deve adotar uma postura de respeito às escolhas políticas feitas pelo legislador, só as invalidando quando contrariarem visivelmente a Constituição. Isso ocorre porque os magistrados, diferentemente dos parlamentares, não são eleitos pelo povo. No entanto, para tutelar e defender os direitos de minorias estigmatizadas, as quais tendem a ser alijadas no processo político majoritário, justifica-se que os juizes adotem uma postura mais ativista. O que não é aceitável é um ativismo judicial voltado contra minorias vulneráveis”

Há uma preliminar de inépcia da inicial, argüida pela douta Procuradoria da Justiça, que deve ser acolhida em parte.

O pedido da presente representação de inconstitucionalidade (fls. 21), consiste na declaração de inconstitucionalidade de todos os dispositivos da Lei nº 5.346/08.

Os fundamentos jurídicos do pedido, no entanto, resumem-se à alegação de que a instituição de cotas raciais, previstas no art. 1º, inciso I e II, da Lei 5.346/08, ofende o princípio da isonomia, criando privilégios para negros e índios em detrimento dos demais.

Além disso, os únicos dispositivos impugnados, os quais foram mencionados expressamente às fls. 4/5, foram: art. 1º, incisos I e II, que institui o sistema de cotas para negros e indígenas; o art. 2º, inciso I, que estabelece a porcentagem de 20% das vagas para negros e indígenas; e o § 3º, art. 1º, que admite a adoção do sistema de autodeclaração para negros e pessoas integrantes de minorias étnicas.

Dessa forma, o representante permaneceu silente quanto aos demais dispositivos da Lei nº 5.346/08, não apresentando qualquer fundamento para a declaração de inconstitucionalidade da instituição do sistema de cotas para alunos da rede pública de ensino, pessoas portadoras de deficiência e filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço (incisos III, IV e V, art. 1º, Lei nº 5.346/08). Quanto a estes, não haveria nenhuma inconstitucionalidade levantada pelo representante, nem tampouco foi apresentada justificativa para inclusão destes.

Há, portanto, uma inépcia na inicial, por descompasso entre o pedido e a causa de pedir, na forma do art. 295, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil, devendo a inicial ser indeferida quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade de todos os dispositivos da lei, devendo a presente representação prosseguir apenas em relação às cotas raciais previstas nos incisos I e II, do art. 1º, da Lei nº 5.346/08.

Passando ao mérito, cumpre registrar que o principal argumento do representante para declaração de inconstitucionalidade da Lei 5.346/08 consiste na afirmação de que a norma referida estaria estabelecendo privilégio para negros e indígenas, violando-se o princípio da isonomia, inscrito no § 1º do art. 9º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Além disso, o representante aduz que haveria ofensa aos arts. 306 e 307, I, da Constituição Estadual, os quais dispõem que a educação visa à eliminação da discriminação e que deve ser garantida igualdade de condições para o acesso ao ensino. Chega a sustentar que o novo sistema de cotas viola o princípio da isonomia, uma vez que importa em “privilégio de poucos” e em “prejuízo de muitos”, além de fomentar o preconceito e a discriminação de negros e indígenas, os quais seriam taxados de menos capazes.

Igualdade formal e igualdade material.

Na realidade, a Constituição Federal estabelece, no *caput* do art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a todos direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade. No inciso I, do mesmo artigo, reforça-se o princípio da igualdade, assegurando-se a igualdade entre homens e mulheres com direitos e obrigações. Mas em que consiste essa igualdade de todos perante a lei? Em face da desigualdade real, material ou substancial existente entre as pessoas já se proclamou, desde Aristóteles, na Grécia, que a verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Bem depois Dante Alighieri disse que “Direito é proporção real e pessoal de homem para homem”. É o que Jorge Miranda denomina de discriminação positiva nesta primorosa lição: “Os direitos são os mesmos para todos, mas como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que estas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem (...) mesmo quando a igualdade social se traduz na concessão de certos direitos ou até certas vantagens especificamente a determinadas pessoas – as que se encontram em situações de inferioridade, de carência, de menor proteção – a diferenciação ou a discriminação positiva tem em vista alcançar a igualdade e tais direitos ou vantagens configuram-se como instrumentais no rumo para esses fins.”

A denominada isonomia formal não leva em conta a existência de grupos, classes de indivíduos ou categorias que necessitam de uma proteção especial para que alcancem a isonomia material. Isso só pode ser realizado através de leis específicas, como o Código de Defesa do Consumidor que protege o consumidor, o Estatuto do Idoso, as leis que estabelecem reservas de vagas para os portadores de deficiência em concursos públicos etc, visando à supressão das diferenças e desigualdades próprias de cada grupo ou classe de indivíduos. E assim é porque a igualdade somente pode ser verificada

entre pessoas que se encontram em situação equivalente, sendo levados em consideração os fatores ditados pela realidade econômica, social e cultural.

É nesse contexto, igualmente, que surgiu a Lei Maria da Penha como vívido exemplo de ação afirmativa. O legislador brasileiro utilizou o *discrímen* sexo para legislar especificamente e de forma mais rigorosa em favor de um gênero, o feminino, em razão da discriminação histórica praticada contra a mulher, e em razão dos casos de violência doméstica cometidos contra estas serem muitos e crescentes.

O tratamento distinto não se dá unicamente em razão do sexo, como pressuposto, mas em virtude das circunstâncias a que estão sujeitas as mulheres, inclusive em atenção à diferença de força física (em regra), que potencializa a violência.

Em suma, o princípio da isonomia garante que as normas não devem ser simplesmente elaboradas e aplicadas indistintamente a todos os indivíduos; vai além, na medida em que considera a existência de grupos minoritários e hipossuficientes que necessitam de uma prestação especial para que alcancem a igualdade real, esta sim uma exigência do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Ação afirmativa.

Portanto, a igualdade prevista na Constituição Federal e repetida na Constituição do Estado do Rio de Janeiro é a igualdade substancial. Se assim não fosse, ainda estaríamos na época do Império, cuja Carta consagrava o princípio da igualdade, mas permitia a convivência do indigitado princípio com a vergonha do regime escravocrata. Essa igualdade superficial, discriminadora, paradoxal, defendida por aqueles que não vislumbram a sua ineficiência e o seu objetivo único de manutenção de privilégios, não é mais a igualdade que a nossa Constituição Estadual apregoa. A velha parêmia aristotélica, de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, nunca esteve tão nova. A ação afirmativa liga-se por um vínculo inquebrantável ao princípio da isonomia. Ela é o instrumento eficaz a garantir sua concretização no seio de sociedades que, a exemplo da nossa, já nascem marcadas pela desigualdade e pelo preconceito.

Com razão a douta Procuradoria do Estado ao sustentar que beneficiar determinados grupos com cotas é estabelecer um tratamento diverso entre eles e os demais. No entanto, não se pode taxar esta conduta como aquela vedada pelo princípio da igualdade. Ela ocorre, justamente, para se contrapor a situações variadas que geram, outrossim, uma divergência de trato entre grupos sociais. As cotas servem então para fazer um contrapeso a este desequilíbrio tornando esta situação mais equânime, exatamente para garantir a intangibilidade da igualdade em sentido material.

A igualdade formal só se efetiva após a garantia de sucesso da igualdade material, sem o que, não passa de letra morta. Garantir o direito à igualdade sem permitir que este se realize materialmente é a falácia e o dilema dos direitos humanos nos dias de hoje. As ações afirmativas, como já esclarecido, buscam suprir essa lacuna entre o enunciar direitos e o conferir direitos.

É simplismo alegar que a Constituição proíbe *discrímen* fundado em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas etnias. Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de igualdade no que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e ao preenchimento dos espaços de poder.

É simplismo, igualmente, dizer que as cotas nas universidades não são o remédio adequado, que o tratamento a ser dispensado ao problema está em propiciar-se um ensino básico democratizado e de qualidade. É claro que as cotas raciais não constituem a única providência necessária, não são uma panaceia para todos os males. Mas não são mero paliativo, como alguns querem. Contribuirão, sem dúvida, para a formação de uma elite nova, equilibrada em diversificação racial, que em muito concorrerá para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer.

Como bem observou a douta Procuradoria do Estado, a política de cotas, para ser bem compreendida, deve ser posta em suas devidas balizas, sem que se a subestime ou superestime. Deveras, a política de cotas não é a única solução, tampouco é uma enganação. Ela consubstancia-se numa medida necessária e temporária, nem mais, nem menos do que isto.

Defender, como muitos o fazem, que a política de cotas e a melhoria no ensino público de base são ações, em si, excludentes é um erro. O fato é que uma complementa a outra. Se apostarmos todas as nossas fichas só na política de cotas, nos frustraremos, pois, por mais que dela advenham bons resultados, ela não será uma medida temporária, mas permanente, porquanto a fonte dos problemas continua a produzi-los. Por outro lado, se acharmos que só a reforma do ensino básico é capaz de resolver a questão, veremos que na previsão mais otimista de que haveria uma reforma total e imediata na integralidade do ensino público, os seus primeiros resultados somente se produziriam após o advento de uma nova geração (aproximadamente 25 anos), período durante o qual a desigualdade continuaria crescente. Desse modo, as reformas implementadas com vistas à melhoria desta situação seriam insuficientes, pois a desigualdade teria aumentado e nesses 25 anos a realidade já seria outra, mais grave.

O problema, pois, tem de ser enfrentado nas suas duas pontas. É preciso atacá-lo na origem e no destino, conjuntamente. Se a lei de cotas não puder continuar a realizar essa função de contenção imediata e emergencial, os desafios da também necessária reforma do ensino básico serão ainda maiores, bem como o tempo que levaremos para corrigir os graves problemas da desigualdade e da má qualidade da educação em nosso Estado.

É preciso que se entenda que a política de cotas, embora de cunho emergencial e temporário, não é algo paternalista. Ela promove uma transformação social que acelera as outras mudanças que com ela são necessárias para o progresso do Estado. Quando negros e estudantes pobres de escolas públicas ganham a perspectiva de ingressar no ensino universitário eles têm uma alteração em seu comportamento. Ao invés de abandonarem os estudos, por se revelarem inúteis, passam a desejar a conclusão do ensino médio. Assim, começam a exigir maior número de vagas, ao mesmo tempo em que protestam por um ensino de maior qualidade. Cumpre lembrar que a política de cotas não é capaz de inserir todos os seus beneficiários na universidade. Entre eles há também uma competição, pois o número de vagas é pequeno. De tal sorte que ela dá aos seus destinatários a chance de chegar à universidade, mas exige que eles façam por merecê-la. A lei de cotas gera um inconformismo com o ensino oferecido pelo Estado, por uma parcela da população, que compõe a sua clientela, e que sempre se manteve acomodada, pois o estudo era incapaz de lhe abrir portas para o futuro. Em suma, a política de cotas fomenta a busca por uma melhoria na qualidade do ensino público como um todo.

É simplismo, por último, sustentar que a política de cotas raciais poderia ser a origem de um comportamento racial discriminatório, que inaugure em nossa sociedade a segregação e o ódio aos negros.

Com a devida vênia, dizer que a política de cotas ocasionaria o advento de um *apartheid* até então desconhecido no Brasil é o mesmo que negar a nossa própria história. Significa fechar os olhos para a realidade cotidiana de negros humilhados. Imaginar que o ódio racial nasce de uma ação afirmativa é ingenuidade ou ignorância.

Se a previsão diabólica de que se instauraria um conflito aberto entre brancos e negros por conta dessas políticas se concretizasse, ela não representaria nada além do fim da hipocrisia que impera em nossa sociedade. O enfrentamento racial que circunda as previsões dos que não desejam a igualdade, deveras, existiu, desde sempre, em nosso país, e permanece flagrante.

Defender que o racismo no Brasil é despido de violência simboliza a atitude própria daqueles que desconhecem, ou não se importam, com a violência com que os negros são tratados por algumas “autoridades”, que acham normal fechar os vidros do carro quando um negro se aproxima, devido ao estereótipo criado de que negro é criminoso; que estão acostumados a ver negros limpando os seus ambientes de trabalho.

Eles primeiro negam a existência de racismo no Brasil e, depois, dizem que quando ele existe, não traz consigo violência. Mas eles são brancos e compõem a elite. Será que os milhões de negros pobres do nosso país acham que não existe racismo, ou que o racismo brasileiro é pacífico? FLORESTAN FERNANDES, sociólogo de escol, foi um dos primeiros a trazer à luz a verdade dos fatos. E a verdade é que a sociedade brasileira possui um racismo estrutural, tão arraigado que é incapaz de se dar conta dele mesmo, e ao invés de combatê-lo, nega-o. E negando-o continua a propagá-lo, reproduzindo atitudes que já tinha internalizado como naturais.

Esta é uma modalidade sinistra de ação afirmativa de sinal trocado, fonte de perpetuação de desigualdades.

A lei de cotas tem o mérito de trazer para a universidade uma nova lição que é a de ensinar aos estudantes não apenas a olhar o seu país superficialmente, mas, sobretudo, a enxergar o que vêem; a meditar sobre as desigualdades que marcam a sociedade em que vivem; a reparar que não há diferenças entre indivíduos negros ou brancos, pobres ou ricos, deficientes ou não, que justifiquem essas desigualdades; a buscar meios de superar as diferenças, sem desrespeitá-las; a traçar novos rumos para o progresso de toda a população, e não apenas da minoria posta no ápice de nossa pirâmide social.

Nesses anos todos em que a lei de cotas tem vigido em nosso Estado, revelou-se um sucesso. As diversas pesquisas sobre o tema, que se proliferam aceleradamente, apontam todas na mesma direção. Elas demonstram, à exaustão, que os alunos cotistas têm, na maioria dos cursos, um coeficiente de rendimento (CR) maior ou igual ao dos alunos não cotistas, e que os alunos cotistas possuem um menor índice de abandono do curso em relação aos não cotistas, espancando o mito de que eles largariam os estudos por falta de condições de se manter na universidade.

Quer dizer, considerando o objetivo insito à universidade de formação de uma comunidade científica que alavanque o desenvolvimento da sociedade, podemos afirmar que os alunos cotistas despontam como os mais qualificados e interessados em atingir este fim. Lembremos que a verba utilizada para custear as universidades estatais é dinheiro público, e como tal deve se prestar a justificar políticas eficientes de avanço educacional e de inclusão social. É através da lei de cotas que a universidade pública e gratuita encontra sua razão de ser, pois por meio dela alcança essa dupla justificação.

A manutenção da antiga prática, essa sim, paternalista, de o Estado despender vultosa verba para custear apenas os filhos da elite branca é flagrantemente contrária aos princípios da Administração Pública. E sob ótica meramente utilitarista, é um avilte à eficiência.

Pela lei de cotas o Estado do Rio de Janeiro, o primeiro a instituir esta política no Brasil, deu exemplo ao resto do país e demonstrou que o tempo da inércia e da complacência findou. É preciso, pois, ante o novo modelo de constitucionalismo que vivemos, não mais se limitar a editar normas proibitivas de discriminações ou concessivas de direitos. Acima de tudo é necessário que o Estado assuma postura pró-ativa no sentido de atuar para a concretização dessas normas. Nesse sentido, as leis assumem novos contornos. Não precisam apenas estar em consonância com a teoria do ordenamento jurídico; além disso, precisam conformar-se ao ordenamento social vigente. Não basta às leis, em nossos tempos, serem constitucionais, precisam ainda ser efetivas. Nesse cenário, a lei de cotas surge não como um diploma concessivo de direitos, vez

que estes já são assegurados na Constituição e em outros diplomas. A lei de cotas, em verdade, é diploma concretizador de direitos de constitucionalidade indubitosa.

À conta destas considerações e pelas razões do Parecer da douta Procuradoria da Justiça, julga-se improcedente a representação.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 2009.

DES. SERGIO CAVALIERI FILHO
RELATOR