

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

Estado do Rio Grande do Sul

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 37	n. 77	p. 1-207	jan./jun. 2016
------	--------------	-------	-------	----------	----------------

JOSÉ IVO SARTORI

Governador do Estado

JOSÉ PAULO CAIROLI

Vice-Governador do Estado

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL

Procurador-Geral do Estado

CRISTIANO BAYNE

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

LEANDRO AUGUSTO NICOLA DE SAMPAIO

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

ANA CRISTINA TÓPOR BECK

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

ROSELAINÉ ROCKENBACH

Corregedora-Geral da PGE

MELISSA GUIMARÃES CASTELLO

Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Euzébio Fernando Ruschel

(Presidente)

Melissa Guimarães Castello

Guilherme Valle Brum

Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues

Jose Luis de Bolzan Moraes

Ricardo Antônio Lucas Camargo

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia

Secretária-Executiva

Bibliotecária CRB10/1343

Tiago Everling

Analista Jurídico

Impressão e Acabamento

Editora e Gráfica Caxias

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979) - . - Porto Alegre : PGE, 1979-

v.; 21 cm.
Semestral.

Publicação interrompida de 2008 a 2010.

Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n. 1-23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catálogo na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

Procuradoria-Geral do Estado do RS

Av. Borges de Medeiros, 1555 – 16. Andar

90110-901 Porto Alegre/RS

Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652

E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br

Site: <http://www.pge.rs.gov.br>

Pede-se permuta

Piedese canje

We ask exchange

On demande échange

Wir bitten um austausch

Si richiede lo scambio

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 7

DOCTRINA

Princípios Constitucionais como Parâmetro de Controle da Administração Pública: como garantir legitimidade

The Control of the Public Administration Based in the Relevant Constitucional Legal Principles: how to ensure legitimacy?

Daniela Copetti Cravo..... 9

As Procuradorias de Estado no Brasil e o Conselho de Estado Francês: breve estudo comparativo

The Brazilian State Attorney and the French Council of State: brief comparative study

Fernanda Figueira Tonetto..... 35

Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas: limites materiais de suas decisões e extensão de suas atribuições constitucionais

The Control of Public Administration by the Court of Audits: material limits of its decisions and the extension of its constitutional attributions

André Silva Gomes..... 61

A Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada

The Claim Preclusion

Rodrigo Krieger Martins..... 93

O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica Previsto nos Arts. 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105/2015) e as Execuções Fiscais

The Disregard of Legal Entity Incident Provided for Articles 133-137 of the New Civil Procedure Code (law n. 13.105/2015) and the Tax Enforcements

Thiago Holanda González.....137

O Ajuizamento de Ações Coletivas Passivas como Estratégia Processual para o Enfrentamento das Demandas de Medicamentos

Defendant Class Actions as Procedural Strategy to Face the Demands of Drugs

Aretê dos Santos Vargas.....169

Subsídio e Gratificações Incorporadas: garantia constitucional do direito adquirido

Subsidy or Allowance and Incorporated Bonuses: constitutional guarantee to vested rights

Paulo Cesar Velloso Quaglia Filho.....187

EDITORIAL

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul chega ao seu número 77 com expressiva contribuição de Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul. Os colegas se empenharam para escrever artigos nas mais diversas áreas do direito público.

A Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul Fernanda Figueira Tonetto contribui com um estudo comparativo entre as Procuradorias de Estado no Brasil e o Conselho de Estado Francês, trabalho que é fruto de seu período de estudos na França, em que atualmente cursa o programa de Doutorado em Direito da Sorbonne, com apoio da PGE/RS.

Os Procuradores Rodrigo Krieger Martins, Thiago Holanda González e Aretê dos Santos Vargas abordam temas na área do direito processual civil, a evidenciar a relevância da matéria para o dia-a-dia da Procuradoria do Estado. Rodrigo analisa a eficácia preclusiva da coisa julgada, Thiago escreve artigo sobre o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e Aretê estuda as ações coletivas passivas como estratégia para enfrentar as demandas de medicamentos.

Analisando os direitos do servidor público, o Procurador do Estado do Rio Grande do Sul Paulo Quaglia escreve sobre a possibilidade de manutenção das gratificações de direção, chefia e assessoramento, regularmente já incorporadas.

A Revista conta também com dois artigos na área de controle da administração pública. Daniela Copetti Cravo, mestre e doutoranda em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, escreve sobre os princípios constitucionais como parâmetro de controle da administração. Já o advogado e mestrando em direito pela UFRGS André Silva Gomes analisa o papel de controle exercido pelo Tribunal de Contas.

Os temas abordados são de indiscutível atualidade e utilidade para o exercício da advocacia pública, de modo que desejo uma proveitosa leitura da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Melissa Guimarães Castello

Procuradora do Estado

Coordenadora da Procuradoria de Informação,

Documentação e Aperfeiçoamento Profissional – PIDAP.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO PARÂMETRO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: COMO GARANTIR LEGITIMIDADE?

*THE CONTROL OF THE PUBLIC ADMINISTRATION
BASED IN THE RELEVANT CONSTITUCIONAL LEGAL
PRINCIPLES: HOW TO ENSURE LEGITIMACY?*

Daniela Copetti Cravo¹

Aprovado em: 11.4.2016

Recebido em: 15.3.2016

Resumo: O constitucionalismo contemporâneo pode ser identificado como o momento de tentativa de reconexão entre direito e moral, nomeadamente após as péssimas experiências positivistas de uma cientificidade do direito calcada na neutralidade, na pureza e na objetividade. A dificuldade nessa busca por superação recai, justamente, nos meios para tanto, ou seja, como possibilitar que a ciência jurídica seja permeável a valores morais. Nesse paradigma, entre outros destaques, enfatiza-se o papel dos princípios, já que é a partir desses que se permite a realização de uma leitura moral da Constituição.

Abstract: The contemporary constitutionalism can be identified as a model where legal reasoning combines a intersection between law and morality. Public Law studies, mainly of Constitutional Law, have significantly advanced concerning the interpretation and application of constitutional norms, as the foundation for the application of the constitutional order. This constitutional approach gained strength while the Positivist presumptions of a scientific model of rules, fixed on the premisses of neutrality, purity (non-valuation) and objectivity, failed to solve hard cases and to offer a safe way for legal decision-making model. Today's permanent relevance of the distinction between principles and rules, overcame the positive difficulty

¹ Mestre e Doutoranda em Direito pela UFRGS.

E isso tem grande impacto na atuação da administração pública: passa-se a falar em juridicidade, na observância da Lei e do Direito, e não mais na estrita legalidade. Paralelamente, o controle da administração também passa a ser influenciado pelo papel assumido pelos princípios, nomeadamente os constitucionais, deixando de lado aquele controle clássico, de natureza estritamente legal. No entanto, justamente pela natureza e essência dos princípios, esse controle enfrenta algumas dificuldades, em que o ônus argumentativo esperado é ainda mais complexo. Destarte, o objetivo desse trabalho é responder a esses problemas, inerentes ao controle da administração pública com parâmetro em princípios constitucionais, por meio do método indutivo, que utiliza como base um caso judicial específico, qual seja, o do fechamento de uma indústria de cigarros pela Receita Federal.

Palavras-chave: Controle da Administração Pública; Parâmetros; Princípios Constitucionais

of the past precisely in the means to achieve the reconnection, i.e., how to make the juridical science permeable to moral values.

In this scenario, among other highlights, this paper emphasizes the role of the legal principles, since these are a relevant tool towards a moral interpretation and application of the constitution. The role of the principles also impacts on the performance of the Public Administration, which shall observe the model of norms as well as the application of the new constitutional order that recognizes the role of the legal principles.

That being said, this paper recognizes that the accountability of the public administration also takes a new level in administrative decision-making due legal reasonig, leaving aside the positivist model of rules and restrict observation of legal norms. However, precisely because of the nature and essence of the principles, which has grown in jurisprudence and case study law, we think that the administration's public role in legal control faces a clear lack of conceptual distinctions to manipulate the normative spices, which requires a rigid argumentative burden.

Thus, this case study law aims to respond to some of these problems, inherent's on the control of the public administration in Brazil based in the relevant constitutional

legal principles. This paper is, thus, supported on an inductive method, which uses as a specific case law, namely the closure of a tobacco industry by the Federal Tax Authority.

Keywords: Control of the Public Administration; Parameters; Constitutional Principles

Sumário: 1 Introdução. 2 Princípios constitucionais como parâmetro de controle. 2.1 Constitucionalismo contemporâneo. 2.2 Consagração dos princípios (e seus reflexos na administração pública) 3 Problema da operacionalização do controle. 3.1 Operacionalização do controle (caso indústria cigarros). 3.2 Como garantir legitimidade? 3.2.1 Hierarquia material normas constitucionais. 3.2.2 Argumentos não institucionais. 4 Considerações finais. Referências

1 INTRODUÇÃO

Recente caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo indústria de cigarros² é um caso paradigmático, servido, pois, como um bom exemplo para análise do controle que é exercido pelo poder judiciário em face da administração pública, tendo como parâmetro substancial – senão único – princípios jurídicos. Ou seja, faz-se uma acareação entre a conduta praticada pela administração e a conduta que foi mediamente visada pelo princípio, a fim de se constatar, no âmbito judiciário e não no de autotutela administrativa, se essas duas condutas estão em consonância, a fim de confirmar a legalidade e legitimidade do ato.

No mencionado caso, uma indústria de cigarros localizada no Estado do Rio de Janeiro teve suas atividades interrompidas em definitivo por ato administrativo de efeito concreto implementado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Esse ato foi embasado em um antigo Decreto-Lei da década de 70, que – posteriormente a essa data de edição – sofreu certas reformas, essas já sob o manto da Constituição Federal de 1988.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 550.769. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 22 de maio de 2013.

O fulcro central do julgado diz respeito à grave ingerência estatal sobre atividade econômica e profissional lato sensu presente no caso, bem como à vagueza da norma que serviu de substrato à prática do ato, que foi contestado judicialmente. Assim, as questões que se colocam seriam as seguintes: pode-se contestar a validade desse ato com base em princípios, já que administração pública, ao cassar o registro especial da indústria de cigarros, teria ferido princípios fundamentais e sensíveis da República e dos indivíduos, tais como a livre iniciativa e o livre exercício do trabalho, ofício ou profissão?

E, assim sendo possível, como garantir que um controle da administração pública, que tem como parâmetro princípios, seja legítimo? Quais são os cuidados que devem ser observados pela administração, quando estiver revendo seus atos, ou pelo judiciário – especialmente esse – para que não haja uma arbitrariedade, considerando a certa insegurança, decorrente de sua inerente abstração, que pode ser trazida pelos princípios jurídicos? E, nesse sentido, há *standards* a serem seguidos nesse controle embasado em princípios, a fim de não se vulnerar o sobreprincípio do Estado Democrático de Direito, permitindo o *accountability* da plateia?

Exatamente por não ser algo fácil de se delimitar e sistematizar, buscou o presente trabalho embasar-se no referido caso julgado pela Corte Suprema, a qual possui papel fundamental na institucionalização final da interpretação da Constituição e na sustentação do Estado Democrático de Direito, apesar de que não se pode esquecer que a interpretação da Carta Magna cabe a todos, em uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição³.

Coube ao Supremo Tribunal Federal definir os mecanismos de calibração aplicáveis ao controle da administração cujo parâmetro são princípios, a fim de verificar no caso concreto se a supressão às liberdades constitucionais, positivadas por meio de princípios, poderiam ser legitimadas efetivamente pelo valor invocado pela administração como embasador do ato praticado, qual seja, a arrecadação tributária extrafiscal, destinada ao combate do fumo, numa tentativa de concretização do princípio da promoção à saúde e do princípio da livre concorrência, ambos com sede constitucional.

Esse pode ser considerado um *hard case* justamente porque o ato administrativo foi, por um lado, contestado com base no princípio da livre

3 HÄBERLE, Peter. *Heremênutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

iniciativa, do exercício livre do trabalho, ofício e profissão e da proporcionalidade e, por outro, defendido no princípio da promoção da saúde e da livre concorrência (artigo 196 e artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal).

Assim, o objetivo desse trabalho é responder a esses problemas inerentes ao controle da administração com parâmetro em princípios constitucionais, por meio do método indutivo, que utiliza como base um caso judicial específico. Para tanto, propõe-se a divisão desse trabalho em duas partes: a primeira, que busca solidificar uma concepção mais constitucionalista, em sua faceta contemporânea, nomeadamente na reconexão da ordem constitucional com valores por meio de princípios; e abordar a força normativa desses últimos e o seu papel como parâmetro de controle da administração pública. A segunda parte, por sua vez, foca, a partir de um caso paradigmático, nas possíveis armadilhas geradas pelo parâmetro de controle da administração pública com base em princípios, visando a identificar e sistematizar quais seriam os cuidados necessários para se evitar a ocorrência de possíveis incoerências e arbitrariedades não só pela administração pública, quando na execução de seus atos ou do seu autocontrole, mas especialmente pelo judiciário, quando exerce jurisdicionalmente o papel de controlador.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO PARÂMETRO DE CONTROLE

2.1 Constitucionalismo Contemporâneo

A nova fase constitucionalista é apresentada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento⁴ como a reconexão entre direito e moral, que emerge a partir das péssimas experiências positivistas de uma cientificidade do direito calcada na neutralidade, pureza e objetividade. Para tanto, elenca-se os seguintes baluartes:

- a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópicos, teorias da

4 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

argumentação etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Essa última faceta, que diz respeito à saliência do Poder Judiciário, é bem enfatizada por Michael Mandel⁵:

Representative institutions have been demoted from the sovereign entities with legally unlimited power of the nineteenth century and much of the twentieth to institutions hemmed in by legally enforceable constitutional limitations, most characteristically found in "rigid" Charters and Bills of Rights. These are enforced by judicial or quasi-judicial bodies of every imaginable shape and size, national and international tribunals that do not only enforce the law but actually determine it. Montesquieu's fundamental distinction between legislatures making and judges applying the law has become not only obsolete but actually unintelligible. ²The result has been a "legalization of politics" which increasingly moves the locus of political activity out of the parliaments and into the courts⁶.

No Brasil, a temática do neoconstitucionalismo tem como um dos autores de maior expoência o Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, em decorrência da grande difusão e aplicação de seu trabalho intitulado de Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito⁷. Esse se tornou uma inevitável referência

5 MANDEL, Michael. A Brief History of the New Constitutionalism, or "How We Changed Everything so That Everything Would Remain the Same. *Israel Law Review*, n.º 32.2, 1998, p. 250-300.

6 Tradução livre autora: "Instituições representativas (legislativo) foram rebaixadas do rol das entidades soberanas com poder legalmente ilimitado do século XIX e grande parte do século XX, tornando-se instituições cercadas por limitações constitucionais aplicáveis, mais caracteristicamente encontradas em "rígidas" Cartas e Declarações de Direitos. Essas são implementadas por entidades judiciais ou quase-judiciais de todas formas e tamanhos, nacionais ou tribunais internacionais, que não dão o cumprimento da lei, mas na verdade a determinam. A distinção fundamental de Montesquieu entre legislativo fazendo a lei e juízes aplicando-a, tornou-se não só obsoleta, mas, sim, ininteligível. O resultado tem sido uma "judicialização da política" que cada vez mais move o locus da atividade política para fora dos parlamentos e para dentro dos tribunais.

7 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – O

para o tema, sendo utilizado e citado na maioria dos trabalhos que lhe são posteriores.

Luís Roberto Barroso⁸, em tal artigo, apresenta o neoconstitucionalismo, ou novo direito constitucional, como o fenômeno desenvolvido no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, que trouxe as seguintes mudanças ao plano teórico do direito: (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição, (ii) a expansão da jurisdição constitucional, (iii) a nova interpretação constitucional e (iv) a judicialização das questões sociais.

Muito embora o trabalho de Luís Roberto Barroso⁹ seja muito bem aceito por grandes juristas e por tribunais pátrios, não se pode deixar de mencionar as substancias críticas tecidas a esse. Nesse sentido, cita-se os argumentos apresentados por Dimitri Dimoulis¹⁰, que afirma que nenhum dos elementos citados por Luís Roberto Barroso¹¹ são suficientes para definir o que seria neoconstitucionalismo.

Primeiro, com relação ao reconhecimento da força normativa da Constituição, Dimitri Dimoulis¹² assinala o seguinte:

Essas considerações indicam que se a reivindicação—afirmação da força normativa suprema da Constituição está presente nos discursos constitucionais e na prática institucional desde o início do constitucionalismo no século XVII, não é possível denominar essa tendência de “neoconstitucionalismo”, pois não se verifica nenhuma inovação.

Segundo, Dimitri Dimoulis¹³ observa, no que toca à expansão da jurisdição constitucional e tutela dos direitos fundamentais, que:

Do ponto de vista histórico—cronológico, não há rupturas na realização do controle de constitucionalidade nos Estados constitucionais modernos. Verifica—se tão somente a tendência quantitativa de fortalecimento do controle judicial concentrado em detrimento do controle difuso

Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 58/2007, p. 129 - 173, Jan - Mar / 2007.

8 *Idem*.

9 *Idem*.

10 DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). *Artigo Direito GV*, 2008.

11 BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, *loc. cit.*

12 DIMOULIS, Dimitri. *op. Cit.*, p.8.

13 DIMOULIS, Dimitri. *op. cit.*, *loc. cit.*

e diminuindo o espaço reservado ao legislador. Podemos assim concluir que nem o controle judicial concentrado nem a maior tutela dos direitos fundamentais (e muito menos a conexão causal desses dois elementos) podem ser vistos como traços peculiares do neoconstitucionalismo.

Terceiro, e por fim, Dimitri Dimoulis¹⁴ arrebatada a questão da “nova” interpretação constitucional com base em princípios, cláusulas gerais e ponderação:

Na primeira edição da “Teoria pura do direito” em 1934, Kelsen utilizava os seguintes termos: “A interpretação da lei não leva necessariamente a uma única decisão como a única correta, porém pode levar a várias, todas de igual valor (...), mesmo se uma só entre elas se tornará direito positivo através da decisão judicial (...). A criação de uma norma individual mediante execução da lei é, na medida em que preenche o quadro da norma geral, uma função de vontade (Willensfunktion)”. Seria Kelsen também um neoconstitucionalista por ter afirmado o papel criativo do juiz e criticado a “ilusão da segurança jurídica”?

Críticas também são feitas por Lenio Streck¹⁵, para quem, no Brasil, as premissas teórico-interpretativas do neoconstitucionalismo foram deveras mal empregadas, o que resultou em um direito da loteria do protagonismo judicial, decorrente dos seguintes fatos:

É necessário reconhecer que as características desse neoconstitucionalismo acabaram por provocar condições patológicas, que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Observe-se que, escandalosamente, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo¹⁶.

Exatamente pela existência de contrassensos, os quais recebem guarida no manto do termo “neoconstitucionalismo”, que esse trabalho adere à terminologia de Lenio Streck, qual seja, Constitucionalismo Contemporâneo¹⁷.

14 DIMOULIS, Dimitri. *op. cit.*, *loc. cit.*

15 STRECK, Lenio. Contra o Neoconstitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

16 *Ibidem*, p. 12.

17 *Ibidem*, p. 9-27.

A esse respeito, pontua Dimitri Dimoulis¹⁸:

O rótulo “neoconstitucionalismo” gera controvérsias. Há adeptos incondicionais dessa corrente, críticos que reconhecem certas vantagens cognitivas ao neoconstitucionalismo e autores que consideram a proposta neoconstitucionalista como “desastrosamente errada”.

Mas, no que se caracteriza esse tal constitucionalismo contemporâneo? Segundo Lenio Streck¹⁹, esse pode ser associado, no plano mundial, a novas perspectivas decorrentes do pós-guerra, ou melhor, do pós-*auschewitz*, e, no âmbito latino-americano, ao constitucionalismo decorrente da redemocratização de países dessa regionalidade. Utiliza-se esse termo, portanto, no que toca à abordagem de um direito democraticamente produzido, consubstanciado em uma constituição normativa.

Em adição a esse posicionamento, Dimitri Dimoulis²⁰ coloca que o mais importante, deixando de lado a confusão entre os termos “constitucionalismo” e “neoconstitucionalismo”, é considerar, como bem reverbera a doutrina estrangeira, a relevância da Constituição e de seus princípios e direitos fundamentais na aplicação do direito. Nesse sentido, não haveria muita novidade, mas tão somente uma insistência da doutrina na necessidade de realizar as reivindicações do movimento constitucionalista.

Não obstante, não se pode esquecer a íntima ligação do constitucionalismo contemporâneo com os princípios, nomeadamente o papel desenvolvido por esses na leitura moral da Constituição²¹. Vejamos a sua força normativa, no sentido de servirem como parâmetro de controle da administração pública²².

2.2 Consagração dos Princípios (e seus Reflexos na Administração Pública)

Como é cediço, a norma jurídica não se confunde com o texto legal, sendo, na verdade, o resultado da interpretação desse, consoante leciona

18 DIMOULIS, Dimitri. *op. cit.*, *loc. cit.*

19 STRECK, Lenio. *op. cit.*, *loc. cit.*

20 DIMOULIS, Dimitri. *op. cit.*, *loc. cit.*

21 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, *loc. cit.*

22 *Idem.*

Friedrich Muller²³. Para que essa transformação de textos em normas jurídicas atenda às necessidades de clareza e previsibilidade exigidas pela Ciência, necessário se faz, segundo Humberto Ávila²⁴, que as categorias jurídicas sejam mensuradas e utilizadas apropriadamente.

Nessa senda, problema há, ainda conforme leciona Humberto Ávila²⁵, quando categorias diferentes são explicadas como uma única espécie, como vêm ocorrendo com os princípios, que passam a significar tudo e, por isso mesmo, terminam por não significar nada²⁶.

Ressalva-se que não se trata de uma distinção meramente terminológica, mas sim de uma exigência de clareza conceitual:

quando existem várias espécies de exames no plano concreto, é aconselhável que elas também sejam qualificadas de modo distinto. A dogmática constitucional deve buscar clareza também porque ela proporciona maiores meios de controle da atividade estatal²⁷.

Com base nisso, como se pode definir princípios jurídicos, bem como de que forma esses podem servir de parâmetro para controle da administração? Decisiva contribuição à definição dos princípios foi dada por Ronald Dworkin²⁸, que teve como pontapé inicial um ataque ao positivismo jurídico, especialmente por meio de um exame das concepções de Hart²⁹.

Afirma Ronald Dworkin³⁰:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra jurídica é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

23 MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

24 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 17.

25 *Idem*.

26 ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 175.

27 ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, p. 17.

28 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

29 *Ibidem*, p. 27 e p. 35.

30 *Ibidem*, p. 39.

Já com relação aos princípios³¹:

Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.

(...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou de importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.

Essa caracterização dos princípios é complementada por Robert Alexy³², no seguinte sentido:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Assim, com base na concepção de Robert Alexy³³, pode-se dizer que a ponderação de princípios só ocorre no caso concreto. Nesse sentido, esses, diferentemente das regras, não contêm um mandamento definitivo, mas apenas um mandamento *prima facie*.

Analisando criticamente as concepções acima, tidas como dominantes na ciência jurídica, Humberto Ávila³⁴ propõe uma sistematização da diferenciação por meio dos seguintes critérios: (i) a natureza do comportamento prescrito, (ii) a natureza da justificação, e (iii) a medida de contribuição para a decisão.

A esse respeito, Humberto Ávila³⁵ elucida que, no que toca à natureza do comportamento prescrito, os princípios são finalísticos, estando associados imediatamente a um estado ideal de coisas e mediadamente a condutas. Já as regras prescrevem imediatamente condutas.

31 *Ibidem*, p. 40 e p. 42.

32 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 90.

33 *Idem*.

34 ÁVILA, Humberto. *op. Cit.*, p. 95-101.

35 *Ibidem*, p. 95-101.

Com relação à natureza da justificação, no caso das regras, “o aplicador deve argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correspondência da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte”³⁶. Já no dos princípios, “o elemento descritivo cede lugar ao elemento finalístico, devendo o aplicador, em razão disso, argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido”³⁷.

Por fim, no que diz respeito à medida da contribuição para a decisão, pode-se concluir que as regras contribuem de forma exclusiva nessa. Já os princípios, de maneira não integral para a adoção da solução adequada para o caso.

Portanto, valendo-se dessa grande distinção, tem-se que os princípios são a expressão do fenômeno da ressurgência dos valores, isto é, da superação do legalismo estrito e da consagração dessa tão importante espécie normativa. E isso tem grande impacto na atuação da administração pública: passa-se a falar em juridicidade, na observância da Lei e do Direito e não mais na estrita legalidade.

Juarez Freitas coloca que “o Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como o Estado das Escolhas administrativas legítimas”³⁸. Na mesma linha, coloca Gustavo Binjenbojm³⁹: “discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um resíduo de legitimidade”.

E, evidentemente, essas escolhas legítimas não estão calcadas apenas em regras, mas também nos princípios constitucionais:

Abolida, assim, a escravatura a modelos calcados apenas em regras, toma a dianteira o compromisso com a vitalidade do sistema constitucional, em cujo seio, avultam princípios, objetivos e direitos fundamentais dotados de aplicabilidade direta e imediata, sem menosprezo às regras⁴⁰.

36 *Ibidem*, p. 97.

37 *Ibidem*, p. 98.

38 FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 9.

39 BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.114.

40 FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo:

Também se fala, nesse contexto, em bloco de legalidade, segundo Alexandre Aragão⁴¹:

Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à “lei e ao Direito”, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, Parágrafo único, 1). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo. A ação da Administração se rege por fins teleológicos inescusáveis e por princípios indestrutíveis que regem sua conduta com tanto ou mais vigor que as disposições legais.

Esse novo paradigma reflete necessariamente no modelo de controle da administração pública, em que, no lugar de controle estritos, passa-se a vivenciar um controle de natureza constitucionalista e principialista. Ocorre que, justamente pela natureza e essência dos princípios, esse controle enfrenta algumas dificuldades, em que o ônus argumentativo esperado é mais complexo.

3 PROBLEMA DA OPERACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE

3.1 Operacionalização do Controle (Caso Indústria Cigarros)

Tendo em vista as características próprias dos princípios, responsáveis por distingui-los das regras, há um certo impasse na operacionalização do controle com parâmetro em princípios, especialmente quando diante do controle do exercício⁴² da administração pública. Para melhor ilustrarmos essa questão, escolhe-se o paradigmático caso da Indústria de Cigarros,

Malheiros Editores, 2009, p. 30.

41 ARAGÃO, Alexandre. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica de Direito Público Contemporâneo. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1-22.

42 MAFFINI, Rafael. Discricionariedade Administrativa – Controle de Exercício e Controle de Atribuição. R. *Proc.-Geral Mun.* Juiz de Fora – RPGMJF, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./dez. 2012, p. 257-271.

estampado no Recurso Extraordinário de n.º 550.769/RJ⁴³, julgado em maio de 2013, tendo como Relator o Ministro Joaquim Barbosa.

No caso, o Supremo Tribunal Federal reputou constitucional a rigorosa exigência de regularidade fiscal para manutenção do registro especial de fabricação e comercialização de cigarros, prevista no DL n.º 1.593/1977, art. 2º, inciso II. A exigência, nos termos do Acórdão, por maioria, estaria em conformidade com princípios constitucionais, quais sejam, o da livre iniciativa e o da promoção à saúde.

Interessante ponto nesse julgamento diz respeito à possível configuração da atuação da administração como sanção política, o que torna o julgado ainda mais interessante. Segundo Alessandro Cardoso e Rafael Costa, é entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal a não legitimidade das sanções políticas⁴⁴, que são aquelas restrições desproporcionais ao exercício de atividades profissionais ou econômicas aplicadas com a finalidade de coagir o pagamento de tributos.

No caso, a Secretaria da Receita Federal concedeu à parte American Virginia Indústria Comércio Importação e Exportação de Tabacos o prazo de dez dias para regularização da situação fiscal da empresa, isto é, para o recolhimento de todos seus débitos, mesmo aqueles com exigibilidade suspensa.

Em face de tal exigência, a American Virginia Indústria Comércio Importação e Exportação de Tabacos ajuizou medida cautelar preparatória perante a Justiça Federal da 2ª Região, a fim de assegurar o direito de exercício da atividade econômica, tendo, posteriormente e ao fim, o caso chegado ao STF. Segundo a parte demandante, o previsto no artigo 2º, inciso II, do Decreto-lei 1.593/1977 seria nada menos que uma sanção política não recepcionada pela Constituição, especialmente considerando o previsto nos artigos 5º, XIII e LIV, e 170 desta, já que o Estado estaria adotando medidas vedatórias à sua liberdade de iniciativa econômica, no intuito de atingir seus objetivos arrecadatórios.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 550.769. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 22 de maio de 2013.

44 CARDOSO, Alessandro Mendes; COSTA, Rafael Santiago. Cancelamento do Registro Especial das Empresas Fabricantes de Cigarros: Análise Crítica do Entendimento Firmado no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 550.769. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 231, p. 7-24, 2014.

Desse pequeno relato dos fatos, percebe-se que o cerne do caso diz respeito à correta interpretação do artigo 2º, inciso II, do Decreto-Lei 1.593/1977, com base nos princípios constitucionais, para saber, ao fim, se a conduta da administração seria legítima ou não. Esse dispositivo normativo prevê o seguinte:

Art. 2 O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

II - não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal; (Redação dada pela Lei nº 9.822, de 1999)

Da leitura do texto, como bem anota o Ministro Joaquim Barbosa, percebe-se que inexistente um mecanismo de calibração interno da gravidade da hipótese que leva ao fechamento do estabelecimento industrial. A sua redação, segundo o Ministro, é até menos proporcional e razoável do que a anterior⁴⁵:

A redação do mesmo dispositivo, anterior à Lei 9.822/1999, ainda que ambígua, referia-se à “inidoneidade manifesta ou [ao] descumprimento reiterado de obrigação tributária principal”, índices mais proporcionais e razoáveis ao exame do empreendimento como estrutura voltada ao contumaz e infundado inadimplemento tributário.

Surge, assim, uma obrigação mais gravosa ao intérprete da lei, no sentido de extrair do texto a correta norma, com base nos fins e no estado de coisas propostos, os quais devem estar alinhados com o sistema constitucional. Assim, deve ser feita uma avaliação da correlação entre os efeitos da conduta implementada com base no Decreto-Lei e a realização do estado de coisas exigido pelos princípios constitucionais.

O Relator com base nisso entendeu que a norma que permite que a administração cancele o registro especial existe para situações extremas e de grave desequilíbrio concorrencial. Portanto, a administração, ao cancelar o registro, teria atuado de acordo com o princípio da defesa da concorrência, o que torna, nesse caso, válida a sua atuação. Em voto vista, o Ministro

45 BRASIL.*op. cit.*, *loc. cit.*

Ricardo Lewandowski seguiu o posicionamento do Relator, afirmando que a atuação da administração foi devida, eis que o descumprimento das obrigações tributárias pela indústria de cigarros afrontava o princípio constitucional da livre concorrência.

Em voto divergente, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que a promoção à saúde, tendo em vista que cigarros são altamente nocivos à saúde humana, não pode ser tida como finalidade apta a amparar a previsão do art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1977. Ponderou ademais que⁴⁶:

Na prática, a aplicação da medida representa uma verdadeira pena de morte da pessoa jurídica, máxime nos casos em que o objeto social da pessoa jurídica confunde-se com a atividade que justifica a exigência do regime especial, ou seja, a fabricação de cigarro. Nessas hipóteses, ter-se-ia algo semelhante à decretação da extinção da pessoa jurídica, por meio de ato administrativo.

Concluiu o Ministro Gilmar Mendes que prováveis efeitos anticoncorrenciais do descumprimento da legislação tributária não podem justificar a medida prevista no Decreto-Lei. Na verdade, entendeu o Ministro que a atuação da administração violou o princípio constitucional da proporcionalidade, da livre iniciativa e do devido processo legal.

O Ministro Marco Aurélio, em consonância com o expressado pelo Ministro Gilmar Mendes, destacou que não se trata da proteção à saúde, porque, caso se tratasse, isto é, se houvesse uma atividade proibida, não se estaria nem mesmo a discutir o alcance da norma regedora da espécie. E, de forma decisiva, entendeu que a medida adotada pela administração foi sim desproporcional.

No entanto, por maioria, o STF entendeu que a conduta da administração, com base no Decreto-Lei, estaria de acordo com o princípio da livre concorrência. O ponto crucial que pode ser extraído desse acórdão é a grande insegurança jurídica que existe por traz de um controle da administração calcado em princípios. Percebe-se que tanto os Ministros que consideram legítimo o fechamento da indústria, quanto os Ministros que não o consideram proporcional, invocaram princípios para defender tais posicionamentos, o que nos revela a grande fragilidade desse parâmetro de controle. Como, então, se poderia garantir legitimidade?

46 BRASIL. *op. cit.*, *loc. cit.*

3.2 Como Garantir Legitimidade?

Como se pode perceber da análise de um caso prático de controle da administração desempenhado pelo poder judiciário tendo como parâmetro princípios, esse controle, se não estiver fundado em argumentos claros e logicamente estruturados, pode ser bastante subjetivo, e, por conseguinte, até mesmo não legítimo. Como garantir uma maior legitimidade a esse controle embasado em princípios constitucionais?

Nesse ponto, importante lembrar que se os princípios, por um lado, são importantes porque permitem um diálogo moral, bem como uma fácil adaptação às mudanças sociais sem necessidade de alterações formais tão frequentes em seu texto⁴⁷, por outro, quando aplicados sem uma técnica adequada, ocasionam insegurança jurídica, com uma redução da previsibilidade do Direito, especialmente no que toca à sua clareza, prejudicando o desenvolvimento de uma sociedade plenamente livre e democrática.

Eis que surge, então, a necessidade de buscar sistematizar racional e logicamente como se deve dar o controle da administração com base em princípios. Evidente, entretanto, que essa sistematização deve partir de uma visão bastante realista sobre as capacidades institucionais. Assim evidenciam Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento⁴⁸:

Nesta perspectiva, uma boa teoria não é aquela que parte da idealização da figura do intérprete, mas a que se baseia numa visão mais realista sobre as suas capacidades institucionais. Por exemplo, uma teoria hermenêutica construída a partir de uma imagem romantizada do juiz pode produzir maus resultados quando manejada por magistrados de carne e osso que não correspondam àquela idealização, em razão do risco elevado de que errem na sua aplicação. Pode ser preferível adotar uma teoria alternativa, que talvez não permita ao juiz excepcional mostrar todo o seu talento e sabedoria para chegar a um resultado ótimo, mas que minimize as chances de erros graves pelos juízes menos capazes. No cômputo geral, pode-se ganhar com isso. E o mesmo vale para os legisladores, dirigentes de agências reguladoras e todos os demais intérpretes da Constituição.

47 SOUZA NETO, *op. cit.*, *loc. cit.*

48 *Ibidem*, p. 329.

Ato contínuo, não se pode cair no erro do ceticismo de reconhecer as fraquezas institucionais, nomeadamente a falibilidade judicial, a fim de esvaziar totalmente a capacidade dos juizes de determinar direitos institucionais das partes e decidir casos difíceis, por meio de teorias sobre a intenção legislativa (interpretação teleológica) e sobre princípios jurídicos. Pelo contrário, reconhece-se, com apoio em Ronald Dworkin⁴⁹, que juizes são o grupo específico com maior capacidade de argumentação moral para realizar o papel de julgar casos difíceis.

Malgrado, a exemplo do poderia ocorrer até mesmo com Hércules⁵⁰, um juiz filosófico, de capacidade, sabedoria, paciência, e sagacidade sobre-humanas, registra-se aqui o lembrete de Ronald Dworkin⁵¹: qualquer juiz pode muito bem errar nos juízos políticos que emite e, por isso mesmo, deve decidir os casos difíceis com humildade.

Com base nisso e apresentadas as devidas ponderações, quais os ensinamentos que podemos colher (e aqui sistematizar) da teoria da argumentação, os quais podem ser considerados adequados e úteis na difícil tarefa de controlar a administração pública por meio dos princípios constitucionais? Ou como bem expressa Alexandre Aragão, qual a metodologia adequada, à luz da Teoria da Argumentação, para limitar a subjetividade do julgador e do administrador público, tendo como marco uma constituição pluralista⁵²?

Evidente que a resposta a tais indagações está longe de ser simples e acessível. No entanto, pretende-se, por meio de diversas colações, fazer um aparato geral do que poderia ser observado quando da utilização de princípios.

3.2.1 Hierarquia Material Normas Constitucionais

Primeiramente, o interprete deve primar pela supremacia dos direitos fundamentais quando esses estiverem em confronto com valores gerais de interesse público, não expressamente previstos e excepcionados em regras. Trata-se do reconhecimento da existência de uma hierarquia material

49 DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 203.

50 *Ibidem*, p. 165.

51 *Ibidem*, p. 203.

52 ARAGÃO, Alexandre. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica de Direito Público Contemporâneo. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1-22.

entre as normas constitucionais, consoante explicam Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmiento⁵³:

A inexistência de hierarquia formal entre as normas constitucionais não impede, porém, que se reconheça entre essas normas uma *hierarquia material*. Há normas mais importantes do que outras. O direito à vida e o princípio da dignidade humana possuem, por exemplo, um peso abstrato maior do que o princípio da eficiência administrativa e o direito de propriedade. Essa hierarquia material deve ser especialmente considerada em casos de conflitos normativos, em que se recorre à ponderação de interesses.

Veja-se que a hierarquia formal, que permitiria o controle de constitucionalidade entre normas constitucionais originárias, como bem desenvolveu Otto Bachof⁵⁴, não é reconhecida no nosso sistema. Sobre o tema, teve o STF a oportunidade de assim se manifestar:

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. (STF - ADI: 815 DF, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 28/03/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-05-1996)

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário. (STF - ADI-AgR 4097 DF, Relator Min. Cezar Peluso, data de julgamento: 08/10/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 07-11-2008)

Desta feita, segundo a leitura feita pelos autores⁵⁵, será dado maior peso a certos princípios de forma abstrata. No entanto, lembra-se que a

53 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 329.

54 BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

55 *Idem*

prevalência de um sobre o outro somente se estabelece na situação concreta, já que os princípios, na análise de Robert Alexy⁵⁶, constituem um dever de otimização.

Nessa linha de raciocínio, o maior peso atribuído abstratamente a um princípio preponderará a depender dos elementos concretos, da intensidade e do modo de como é afetado. A título de exemplo, cita-se:

A prevalência abstrata do direito à vida sobre o direito ao lazer não legitima o Estado, por exemplo, a proibir terminantemente a prática de esportes arriscados, como o paraquedismo ou o montanhismo⁵⁷.

Esse patamar superior, que é apenas *prima facie*, é bem observado em nossa Constituição, quando estabelece, por exemplo, princípios sensíveis, os quais são acompanhados de instrumento necessário de tutela, a intervenção federal, e princípios fundamentais, aos quais atribui a característica de cláusula pétrea.

Essa prioridade abstrata, a título de exemplo, é frequentemente levantada e trazida à baila quando da declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias com a utilização de modulação de efeitos. O argumento que se coloca é que os direitos fundamentais deveriam ter prioridade abstrata em face da fazenda pública.

3.2.2 Argumentos Não Institucionais

Além disso, em segundo lugar, tem-se o problema da invocação de argumentos não institucionais para legitimar a conduta da administração. Sobre isso, Alexandre Aragão introduz:

É ainda comum a invocação do ‘interesse público’ como meio de justificar qualquer medida restritiva das liberdades públicas, como uma tentativa de fazer prevalecer um argumento não institucional sobre um feixe harmônico de argumentos institucionais, calcados diretamente em regra jurídica positiva e objetiva, que já pondera, de maneira previamente determinada pelo Constituinte ou pelo Legislador, o valor ‘interesse público’ com o da ‘liberdade’⁵⁸.

56 ALEXY, Robert. *op. cit., loc. cit.*

57 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 329.

58 ARAGÃO, Alexandre. *op. cit.*, p. 17.

Na decisão acima, viu-se que a conduta da administração foi justificada com base em argumentos no sentido de promoção à saúde ou até mesmo de arrecadação fiscal. A invocação de argumentos não institucionais é possível, no sentido de não violar o sobreprincípio do Estado Democrático de Direito? E o que seriam argumentos institucionais e não institucionais?

Humberto Ávila⁵⁹ leciona que, caso os argumentos sejam identificáveis segundo um critério formal e objetivo, o argumento será institucional, referenciando o papel específico do juiz em um Estado Democrático de Direito e possibilitando o controle intersubjetivo da argumentação, isto é, oferecendo ao auditório um fundamento que possa ser objetivamente reconhecido.

Por terem uma maior capacidade de objetivação, esses argumentos, em uma escala de hierarquização, estariam acima dos não institucionais, os práticos, que incluem questões políticas, sociais e econômicas. Para Humberto Ávila⁶⁰, seria nesse último onde os argumentos consequencialistas estariam localizados, já que esses fazem apelo a qualquer outro elemento que não ao próprio ordenamento jurídico.

Destarte, primeiro deve-se buscar interpretar as normas com base em elementos institucionais, utilizando-se dos não institucionais apenas subsidiariamente. Trata-se de um consequencialismo fraco. Sob outra linha, pode-se defender que o consequencialismo seja aplicado apenas quando visar a promover o fim último da norma, estando assim vinculado a um consequencialismo moderado, como defende Diego Werneck Arguelhes⁶¹. Ainda, cita-se a alternativa proposta por Neil Maccormick⁶² de que os requisitos de objetividade da decisão que leva em consideração consequências devem estar delimitados e determinados no próprio ramo específico do Direito ao qual a decisão está relacionada.

Como se pode observar da leitura do Acórdão do caso⁶³ analisado no presente trabalho, não é possível identificar um cuidado pelos Ministros quando invocaram argumentos não institucionais a fim de justificar a mais drástica

59 ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n.19, p. 157, 2001.

60 *Idem*.

61 ARGUELHES, Diego. *Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização*. XIV Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2005.

62 MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

63 BRASIL. *op. cit.*, *loc. cit.*

conduta possível da administração em face de um agente econômico privado, que é a cassação de seu registro especial e o seu consequente fechamento.

Assim, não é que os argumentos não institucionais não possam ser levados em consideração. Esses podem ser sim considerados, desde que cotejados com outros métodos de interpretação que lhes sejam superiores, tais como a interpretação teleológica e sistemática. Nesse sentido, cita-se a celebre expressão de Eros Grau⁶⁴ de que não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo contemporâneo pode ser identificado como o momento de tentativa de reconexão entre direito e moral, nomeadamente após as péssimas experiências positivistas de uma cientificidade do direito calcada na neutralidade, na pureza e na objetividade. A dificuldade nessa busca por superação recai, justamente, nos meios para tanto, ou seja, como possibilitar que a ciência jurídica seja permeável a valores morais.

Nesse paradigma, entre outros destaques, enfatiza-se o papel dos princípios, já que é a partir desses que se permite a realização de uma leitura moral da Constituição. E isso tem grande impacto na atuação da administração pública: passa-se a falar em juridicidade, na observância da Lei e do Direito e não mais na estrita legalidade.

O exercício da atividade administrativa, destarte, passa a ser desempenhado por meio de escolhas legítimas, calcadas no sistema constitucional. Esse, por sua vez, não se resume apenas em regras, mas também em princípios.

Consequentemente, esse novo paradigma reflete no modelo de controle da administração pública, em que no lugar de controles estritos, coloca-se um controle de natureza constitucionalista e principialista. Ocorre, por outro lado, que, justamente pela natureza e essência dos princípios, esse controle enfrenta algumas dificuldades, em que o ônus argumentativo esperado é mais complexo.

Conforme visto a partir do caso concreto, o controle da administração pública calcado em princípios pode gerar uma grande insegurança jurídica. Notou-se posicionamento divergente tanto de Ministros que consideraram

64 GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

a conduta da administração legítima com base no princípio constitucional da livre concorrência, quanto de Ministros que entenderam que a conduta vulnerava o princípio da proporcionalidade e o da livre iniciativa, ambos também com sede constitucional.

Uma tentativa de sistematização de solução para esse problema é o que se buscou desenvolver nesse trabalho, no sentido de mostrar quais são os mecanismos existentes ao interprete jurídico para que se possa garantir uma maior legitimidade ao controle da administração pública. Isso, evidentemente, sem subestimar, por um lado, a grande capacidade de argumentação moral dos juízes para julgar casos difíceis; e sem, por outro, ignorar a possibilidade de erro, no qual até mesmo o juiz Hércules poderia incorrer.

O que se pode concluir é que os princípios, quando utilizados como parâmetro de controle, devem vir acompanhados de argumentos claros e logicamente estruturados, a fim de se afastar - o mais realisticamente possível - a subjetividade. Destarte, afirma-se que o interprete deve primar pela supremacia dos direitos fundamentais quando esses estiverem em confronto com valores gerais de interesse público, não expressamente previstos e excepcionados em regras. Trata-se do reconhecimento da existência de uma hierarquia material entre as normas constitucionais, que deve primar pelos valores mais fundamentais aos cidadãos.

Além disso, deve-se ter muito cuidado com a invocação de argumentos não institucionais para legitimar a conduta da administração, cuidado esse que não se observou quando do julgamento do caso da indústria de cigarros. Ressalva-se, todavia, que não é que os argumentos não institucionais não possam ser levados em consideração. Esses podem ser sim considerados, desde que cotejados com outros métodos de interpretação que lhes sejam superiores, tais como a interpretação teleológica e a sistemática.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

ARAGÃO, Alexandre. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica de Direito Público Contemporâneo. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1-22.

ARGUELHES, Diego. *Argumentação Conseqüencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização*. XIV Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2005.

ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 19, p. 157, 2001.

_____. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

_____. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 58/2007, p. 129 - 173, Jan - Mar / 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117-169.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 550.769. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 22 de maio de 2013.

CAMARGO, Manuela Oliveira. *Proporcionalidade e Razoabilidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO – SBDP, 2005.

CARDOSO, Alessandro Mendes; COSTA, Rafael Santiago. Cancelamento do Registro Especial das Empresas Fabricantes de Cigarros: Análise Crítica do Entendimento Firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 550.769. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 231, p. 7-24, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). *Artigo Direito GV*, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FREITAS, Juarez. *Discricionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAFFINI, Rafael. Discricionabilidade Administrativa – Controle de Exercício e Controle de Atribuição. *R. Proc.-Geral Mun. Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./dez. 2012, p. 257-271.

MANDEL, Michael. A Brief History of the New Constitutionalism, or “How We Changed Everything so That Everything Would Remain the Same. *Israel Law Review*, n.º 32.2, 1998, p. 250-300.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio. *Contra o Neoconstitucionalismo*. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

AS PROCURADORIAS DE ESTADO NO BRASIL E O CONSELHO DE ESTADO FRANCÊS: BREVE ESTUDO COMPARATIVO

THE BRAZILIAN STATE ATTORNEY AND THE FRENCH COUNCIL OF STATE: BRIEF COMPARATIVE STUDY

Fernanda Figueira Tonetto

Recebido em: 15.8.2016

Aprovado em: 31.8.2016

Resumo: O presente estudo propõe-se a comparar os aspectos comuns que unem e as discrepâncias que separam duas instituições que são de fundamental importância para a manutenção da ordem jurídica em Estados com tradições que ao mesmo tempo se assemelham e se distanciam. Trata-se do Conselho de Estado francês e das Procuradorias de Estado brasileiras, no que tange às funções de aconselhamento e às funções de juiz administrativo. Partindo de uma abordagem histórica e de um método comparativo, se buscará explicar essas prerrogativas em ambas as instituições, com vistas a propor o desenvolvimento de algumas potencialidades no que tange à prestação de consultoria e ao contencioso administrativo

Abstract: This study aims to compare the commonalities that unite and discrepancies that separate two institutions that are of fundamental importance for the maintenance of law in states with traditions that are similar and differ at the same time. It is about the French Council of State and the Brazilian State Attorney, with regard to advisory functions and administrative functions of judge. From a historical approach and a comparative method, it will seek to explain these prerogatives at both institutions, to propose the development of some potentialities of consulting and administrative litigation activities that can be played by the State Attorney, especially in the Rio Grande do Sul State.

que pode ser desempenhado pela Procuradoria do Estado, em especial no Estado do Rio Grande do Sul.

Palavras-chave: Procuradoria de Estado; Conselho de Estado; Consultoria Jurídica do Governo; Controle de Legalidade – Administrative Litigation.

Keywords: State Attorney; Council of State; Government Legal Counsel; Legality Control - Control of Public Administration.

Sumário: 1 Introdução. 2 Primeira parte: o Conselho de Estado Francês. 2.1 Algumas linhas sobre a formação evolutiva do Conselho de Estado. A. O Conselho do Rei. B. O Conselho de Estado como instituição autônoma e independente. 2.2 As principais competências do Conselho de Estado. A. Função de aconselhamento. B. Função de juiz administrativo supremo. 3 Segunda parte. As procuradorias de Estado no Brasil. 3.1 As competências comuns entre as procuradorias de Estado no Brasil e o Conselho de Estado na França. A. Função de aconselhamento. B. Função de juiz administrativo. 3.2 As competências latentes da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul. A. Função de aconselhamento *summus gradus*. B. Contencioso Administrativo em potencial. 4 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio propõe-se a fazer um estudo comparativo entre algumas das funções desempenhadas pelas Procuradorias do Estado brasileiras naquilo que são semelhantes às missões institucionais do Conselho de Estado francês.

Instituição tradicionalmente encarregada de prestar consultoria jurídica ao governo, desde a monarquia, passando pelo império até a república dos dias de hoje, o Conselho de Estado é também a espinha dorsal do contencioso administrativo, sistema peculiar de solução de controvérsias que visa à preservação da pureza da teoria da separação dos poderes e que impede o conhecimento pelo Poder Judiciário de todo e qualquer litígio decorrente das relações entre os cidadãos e a administração pública.

Essas duas missões institucionais do Conselho de Estado que são a função consultativa e a função de juiz administrativo supremo, hoje bem consolidadas, podem ser comparadas com prerrogativas que de mais a mais assume a Procuradoria do Estado no Brasil, tanto no que se refere à prestação de consultoria jurídica à administração pública, quanto no que se refere ao seu papel correicional, que muito se assemelha com o contencioso administrativo francês, guardadas algumas proporções e diferenças.

Muito embora na França muitas das atribuições do Conselho de Estado se assemelhem, nesse aspecto, às missões institucionais da Advocacia-Geral da União no Brasil, em virtude das matérias tratadas, a comparação é também passível de ser feita com as Procuradorias de Estado, porquanto questões que no Brasil são da competência do Procurador do Estado, são na França igualmente de competência do Conselheiro de Estado.

Isto porque a França, apesar de ser um país federativo (dividido em regiões) como o Brasil (dividido em Estados-membros), não possui uma instituição em nível estadual ou municipal que faça as vezes do que seria a Procuradoria do Estado. Assim, o Conselho de Estado francês, quer no exercício da função consultativa, quer no exercício da função de juiz administrativo, é levado a conhecer matérias tanto de nível federal quanto de nível estadual ou municipal, facilitando, portanto, a sua comparação quer com a carreira da Advocacia-Geral da União (que não será aqui abordada) quer com a carreira da Procuradoria-Geral do Estado.

Além de comparar as duas instituições, Conselho de Estado e Procuradoria do Estado, o presente ensaio propõe-se a analisar algumas das prerrogativas latentes desta em comparação com as prerrogativas já consolidadas daquela, partindo da premissa de que ambas possuem como missão histórica o aconselhamento de governo, bem como o dever de facilitar a execução das políticas públicas por aquele eleitas, dentro dos limites da legalidade.

Para se cumprir os objetivos propostos nesse ensaio, o método de abordagem será o histórico-comparativo, analisando-se primeiramente como se consolidaram as funções do Conselho de Estado francês ao longo dos séculos, chegando-se aos dias de hoje, bem como quais são as características que o marcam.

A partir desta análise, se buscará comparar a semelhança dessas atividades com algumas das atribuições da Procuradoria do Estado no

Brasil para, ao fim, a partir da experiência retirada da instituição mais antiga, fazer algumas proposições acerca do fortalecimento da função de aconselhamento e da função de juiz administrativo especificamente para a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, a partir do que permitem os textos legais atualmente em vigor.

2 PRIMEIRA PARTE: O CONSELHO DE ESTADO FRANCÊS

Falar sobre o Conselho de Estado francês exige a abordagem primeiramente da sua formação evolutiva (I), porquanto se trata de instituição cujas origens remontam à Idade Média e à época da monarquia e que foi moldada pelo transcurso do tempo, sendo esse o caminho necessário para que se possa compreender de que maneira foram se consolidando suas principais competências (II).

2.1 Algumas Linhas sobre a Formação Evolutiva do Conselho de Estado

De origem que remonta à Era Medieval, o atual Conselho de Estado possui duas fases históricas bem distintas, podendo ser divididas em (A) Conselho do rei, cuja tradição colaborou para a consolidação das competências do que hoje se conhece por (B) Conselho de Estado enquanto Instituição autônoma e independente, cuja relevância reforça-se à época do império napoleônico e se enraiza na república.

A – O CONSELHO DO REI

As origens do Conselho de Estado remontam à história de monarquia francesa e à época em que o rei possuía um poder absoluto. Mas embora dotados de amplos poderes para decidir acerca dos mais diversos assuntos que diziam respeito ao reino, ainda não estruturado sob a forma de Estado, os reis utilizavam-se de um sistema de aconselhamento com vistas à tomada de decisão, em um período em que a monarquia ainda lutava para se impor diante das poderosas estruturas feudais.

É assim que na Idade Média a denominada *curia regis* foi sendo constituída de figuras importantes próximas do rei, os quais lhe auxiliavam tanto na

administração do reino quanto no exercício da justiça. Essas referências ao conselho do rei começam a ser encontradas especialmente a partir do século XII no reinado de Luis VII, em uma conhecida referência sua em que afirma “*Interventu etiam illorum qui di nostro consiglio erant*”¹. Nessa época, o rei costumava solicitar o ponto de vista de figuras importantes, como membros do clero, barões e de seus sucessores.

A partir do século XIII, o Conselho do Rei começa a se especializar, surgindo então o Parlamento, encarregado de gerir alguns assuntos relacionados à justiça, e a Câmara de Contas, dotada de funções contábeis. Passaram a existir duas espécies de membros, os denominados *maîtres de requêtes* e os *conseillers d’État*, sendo que os primeiros reportavam as questões administrativas e judiciárias ao Conselho e os segundos deliberavam juntamente com o rei.

A expressão *Conselho de Estado* somente apareceu no século XVI, durante o reinado de Henrique III, possuindo então não somente as funções de governo interior do reino, mas também as funções relacionadas ao contencioso administrativo. É no entanto sob o reinado de Luis XIV que o Conselho de Estado ganha novos contornos, sendo que somente a partir do século XVII passaram a existir advogados atuando perante o Conselho, constituindo um corpo próprio. No entanto, a Instituição ainda servia como aparato de aconselhamento do monarca, cuja última palavra a ele cabia.

Às vésperas da Revolução Francesa, surgiram algumas inovações na estrutura do Conselho de Estado, sendo em 1777 a criação do Comitê contencioso de finanças e, em 1789, o Comitê contencioso de departamentos, consistente em uma separação em ministérios relacionada aos mais diferentes assuntos atachados à sua competência.

B – O CONSELHO DE ESTADO COMO INSTITUIÇÃO AUTÔNOMA E INDEPENDENTE

A partir de 1790, coloca-se em prática na sua plenitude a teoria da separação dos poderes que se consolidava na Europa, de tal sorte que houve uma bem demarcada separação entre a autoridade administrativa e a autoridade judiciária. Desse modo, todo e qualquer assunto relacionado à

1 Termo em latim que em francês significa “*après l’intervention de ceux de notre Conseil*”, ou seja, “após a intervenção daqueles que compõem nosso Conselho”.

administração do Estado passou a ser submetido única e exclusivamente ao Conselho de Estado, culminando com a criação, em 1799, de uma jurisdição particular. É assim que se fortalece na França o denominado contencioso administrativo, sendo de competência de julgamento pelo Conselho de Estado as questões envolvendo a administração pública, não oponíveis em nenhuma hipótese ao Poder Judiciário.

Com esse espírito a Constituição de 13 de dezembro de 1799 organiza o Conselho de Estado, que ora recebe uma dupla missão: de um lado, de participar da redação de textos de lei importantes e, de outro, solucionar litígios ligados à administração pública.

Foi nesse período, agora não mais monárquico, mas imperial, que o Conselho de Estado francês ganhou grande espaço, especialmente em função da preparação dos Códigos Napoleônicos. Em seguida, com o Imperador Napoleão III, a partir de 1852, a Instituição adquire ainda maior prestígio, criando uma jurisprudência administrativa rica.

Com o advento da Terceira República, em especial por meio da Lei de 24 de maio de 1872, o Conselho de Estado adquire enfim a estrutura existente até os dias de hoje, instalando-se então no Palais-Royal em 1875.

Durante a II Guerra Mundial, a França se dota de um conselho jurídico, criando-se uma Comissão de Legislação e um Comitê de Contencioso que funciona por alguns meses, sucedido pelo Comitê jurídico criado em Alger em 1943 e que continua a funcionar paralelamente ao Conselho de Estado, substituindo-o no que pertine ao exame de textos legislativos. É somente em 1945 que este comitê desaparece, fazendo nascer uma nova formação consultiva ao Conselho de Estado, denominada Comissão permanente. Essa função é criada pela Portaria de 31 de julho de 1945, consolidando a competência consultiva do Conselho de Estado porquanto regida pela exigência de consulta obrigatória atinante a todo e qualquer projeto de lei, cuja obrigatoriedade se estende até os dias de hoje.

O período subsequente à II Guerra Mundial e a retomada das atividades do Conselho de Estado foi de organização da jurisdição administrativa. Em 1953, os tribunais administrativos sucedem os conselhos de prefeitura, recebendo uma competência bastante alargada, uma vez que seus membros tornaram-se juízes de direito comum das questões de primeira instância do contencioso administrativo ao passo que o Conselho de Estado tornou-se juiz de apelação dessas questões.

Com a Constituição de 1958, a Instituição ganha ainda maior evidência diante de um texto expresso contendo os diferentes casos de consulta obrigatória do Conselho de Estado.

Por fim, completando a ordem jurisdicional atualmente existente, a lei de 31 de dezembro de 1987 cria as Cortes Administrativas de apelação, atualmente em número de oito, competindo ao Conselho de Estado, desde então, atuar como Corte de Cassação desasas novas Cortes, por isso passando a ser chamado de juiz administrativo supremo.

2.2 As Principais Competências do Conselho de Estado

A partir de sua conformação atual, edificada ao longo de alguns séculos, pode-se dizer que o Conselho de Estado exerce duas missões históricas, quais sejam, a função de aconselhamento do governo (A) e a função de julgamento de litígios decorrentes de atos administrativos, constituindo-se na coluna vertebral do contencioso administrativo, porquanto exerce a função de juiz administrativo supremo (B).

A – FUNÇÃO DE ACONSELHAMENTO

A função de aconselhamento releva da Constituição da França, cujos artigos 37, 38 e 39 determinam a obrigatoriedade de parecer prévio do Conselho de Estado para os projetos de lei cuja origem é do Poder Executivo e, desde a reforma constitucional de 23 de julho de 2008, o Conselho de Estado pode também ser demandado pelo Presidente da Assembleia Nacional ou do Senado acerca de uma proposição de lei elaborada pelos parlamentares.

A obrigatoriedade de parecer consultivo também se dá nas hipóteses de modificação de decretos anteriores à Constituição de 1958 e projetos de normas de hierarquia inferior às leis que comportem disposições que normalmente adviriam de normas superiores.

Para outros casos, o governo é livre para mencionar ou não em um decreto a obrigação de consultar o Conselho, sendo que se o menciona, a consulta se torna obrigatória. No entanto, o governo recorre seguidamente a esta garantia que constitui o parecer do Conselho, ainda que não se trate de um caso de obrigatoriedade.

De todo modo, acionado o Conselho, desde sua chegada ao Palais-Royal, o projeto é enviado a uma das seções administrativas², em função do Ministério a que a norma está vinculada. O Presidente dessa seção afeta o projeto a um de seus membros que servirá como relator, o qual terá uma função primordial: após tomar conhecimento do conteúdo do projeto, convocando uma ou várias reuniões com os representantes dos ministérios concernidos, podendo requerer o envio de peças complementares a fim de melhor confeccionar seu parecer.

Assim que o relator assume sua posição sobre um texto legal, o mesmo toma a forma de um texto do relator, anexado de suas razões pelas quais o modificou, bem como de um texto de apresentação em que analisa as finalidades do projeto, sua economia e as questões jurídicas dele advindas.

A análise pelo Conselho de Estado repousa sobre alguns aspectos particulares do texto. Primeiramente, devem ser analisadas todas as questões relacionadas à legalidade, começando pela conformidade às normas constitucionais, sejam elas advindas da própria Constituição, sejam elas decorrentes dos princípios decorrentes da jurisprudência do Conselho constitucional. Em seguida, o Conselho de Estado realiza o controle de convencionalidade sobre o texto, verificando se o mesmo encontra-se conforme às convenções internacionais assinadas pela França, bem como às diretivas da União Europeia.

Ainda no que pertine ao controle da legalidade das normas, o relator irá igualmente analisar se o texto respeita os princípios gerais do direito, tratando-se de princípios de hierarquia elevada e que se sobressaem em especial da própria jurisprudência do Conselho de Estado (igualdade perante o serviço público, garantia dos direitos de defesa, direito a uma vida familiar normal) e do Conselho constitucional, aportando uma atenção particular às garantias formais das liberdades públicas³.

2 São as seguintes as seções administrativas: a seção do interior tem por missão examinar os projetos de textos relativos aos princípios constitucionais, liberdades públicas, regime de pessoas, poderes públicos e estabelecimentos de utilidade pública; a seção de finanças examina projetos de textos relativos a finanças, como impostos, taxas, questões orçamentárias, contábeis, econômicas e financeiras; a seção de trabalhos públicos tem por finalidade analisar os textos relacionados à proteção do meio ambiente, habitação, urbanismo, minas e energia, comunicações, transporte, propriedade e domínio públicos, utilidade e segurança públicas, agricultura, caça e pesca; a seção social tem por missão examinar os projetos de textos relativos à saúde, seguridade e ação social, trabalho e emprego; e a seção de administração se ocupa dos projetos que tratam da defesa, organização e gestão da administração e dos agentes públicos.

3 LATOURNERIE, Dominique. *Le Conseil d'État*. Paris : Dalloz, 2005, pp. 17-18.

Sobre o controle de convencionalidade, tem-se consagrado de forma crescente a questão da análise da compatibilidade das normas internas com o direito internacional e o direito comunitário. Trata-se de uma evolução marcada pela decisão contenciosa *Nicolo*, de 1989, em que o Conselho de Estado admitiu a eventualidade de rejeitar a aplicação de uma lei incompatível com um tratado internacional, mesmo que a lei interna seja posterior ao tratado. Assim, esse controle destina-se a proteger em especial os direitos humanos, dando-se atenção particular à Convenção europeia de direitos humanos, aos pactos das Nações Unidas e à jurisprudência da Corte de Strasbourg. Além disso, desde 2003 o Conselho de Estado é consultado sobre as proposições de atos comunitários em curso de negociação no seio da União Europeia, proposições essas que podem ter um impacto importante sobre o direito interno, inclusive com modificação eventual da Constituição.

Afora esse largo controle de legalidade feito sobre o texto, o Conselho tem competência para efetuar um controle de oportunidade, pertencendo-lhe a faculdade de se assegurar se as disposições do projeto bem respondem às finalidades que o governo se propõe a cumprir, incumbindo-lhe chamar a sua atenção acerca das dificuldades que a aplicação da nova norma pode encontrar, uma vez que a análise pelo Conselho de Estado tem também por finalidade auxiliar o governo a aprovar o melhor texto normativo possível para atender seus próprios objetivos.

Feito todo esse diagnóstico, seja de legalidade, seja de oportunidade, o texto enviado pelo Poder Executivo deixa de ser utilizado, passando as discussões subseqüentes a serem feitas tendo como base o texto do relator. Discutida e aprovada a nova redação no âmbito do Conselho de Estado (e dependendo da complexidade do projeto, discutido no seio da assembleia geral do Conselho, na presença de todos os conselheiros de Estado), o texto é enviado ao governo.

Além dos pareceres sobre os projetos de normas que o governo solicita ao Conselho de Estado, este também elabora pareceres sobre questões do governo, com fundamento no artigo L. 112-2 do Código de justiça administrativa francês⁴.

4 Code de Justice Administrative Français. Article L. 112-2 « Le Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative.

Os pedidos de pareceres formulados pelo Poder Executivo (ou pelas coletividades de ultra-mar francesas, regidas pelos artigos 74 e 77 da Constituição francesa) podem ter por objeto questões jurídicas ou são concernentes a uma política pública. Nesses casos, os pareceres são feitos por uma das cinco seções administrativas do Conselho de Estado (interior, finanças, trabalhos públicos, social e administração) em função da origem do texto examinado. Da mesma forma, eles são posteriormente analisados pela Assembleia geral do Conselho de Estado para as questões mais delicadas e complexas.

Na prática, esses pareceres do Conselho de Estado fazem um balanço sobre o Estado de direito. Eles determinam o quadro que o Conselho de Estado estima ser o melhor a fim de garantir a viabilidade e a segurança jurídica necessárias a uma ação do governo, possuindo largo alcance em virtude das matérias tratadas.

Além disso, o governo pode submeter ao Conselho de Estado uma questão que coloque um problema jurídico particular a fim de que por ele seja elucidada.

Como exemplos, podem ser citadas inúmeras situações, das mais comuns às mais polêmicas.

Menciona-se questionamentos como relacionados ao limite de idade de dirigentes de estabelecimentos públicos estatais, após a reforma da lei da aposentadoria⁵, à constitucionalidade de tributo sobre rendas elevadas⁶, ou ao conceito de “carência manifesta” de uma empresa, o qual enseja uma série de consequências jurídicas em matéria tributária⁷.

Disponível em: <https://goo.gl/m927X6>. Acesso em 11. Ago. 2016.

5 Avis n° 387.104 – 6 décembre 2012: o Conselho de Estado é consultado acerca do alcance do artigo 7 da lei n° 84-834/84, modificada relativa ao limite de idade no setor público, precisamente quanto à qual a idade a ser aplicada. Disponível em: http://www.conseil-etat.fr/content/download/3400/10228/version/1/file/avis_387104.pdf. Acesso em 12. Ago. 2016.

6 Avis n° 387402 – 21 mars 2013: O Conselho de Estado é consultado sobre as condições de constitucionalidade de uma contribuição sobre renda elevada, análoga à contribuição inicialmente prevista pelo artigo 12 da lei de finanças de 2013 e declarada contrária à constituição por decisão do Conselho Constitucional (Decisão de n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012). Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/content/download/4041/12151/version/1/file/avis-2013-%E2%80%93-fin-387402.pdf>. Acesso em 12. Ago. 2016.

7 Avis n° 385.088 - 24 mai 2011: Consulta ao Conselho de Estado acerca do conceito de “carência manifesta”, cujas consequências jurídicas em matéria tributárias são diversas, na hipótese em que uma empresa registra perdas por decorrência de uma operação conforme a seu objeto social, embora traduzindo um risco excessivo que uma melhor organização do controle interno teria podido evitar. Disponível em http://www.conseil-etat.fr/content/download/1603/4837/version/1/file/385088_avis.pdf. Acesso em 12. Ago. 2016.

O Conselho de Estado se pronuncia também sobre questões jurídicas que ensejam grande controvérsia, como foi o caso do questionamento sobre a compatibilidade do porte do véu islâmico em razão do princípio da laicidade da escola pública⁸, início da discussão que possibilitou a aprovação da lei que proibiu o porte de símbolos religiosos nos prédios públicos franceses, em níveis municipal, estadual e federal. Este foi igualmente o caso, em 1996, quando se colocou ao Conselho de Estado a questão da existência, por certas categorias de estrangeiros em situação irregular, de um direito à regularização⁹.

B – FUNÇÃO DE JUIZ ADMINISTRATIVO SUPREMO

A jurisdição administrativa, ou contencioso administrativo, é uma originalidade francesa. Na França coexistem duas ordens jurisdicionais, e embora seja a jurisdição administrativa bem menos conhecida que a jurisdição judiciária, possui ela um papel essencial em matérias que tocam diretamente a vida das pessoas, tais como eleições locais, permissão de construir, tributação, proteção de liberdades públicas.

A questão da separação das funções do Estado teve seu berço na França com Montesquieu e continua sendo pedra de toque do regime jurídico francês, encontrando-se no âmago do sistema do contencioso administrativo. É por isso que não se entende admissível que o Poder Judiciário possa decidir questões que são da seara de decisão exclusiva do Poder Executivo. Por essa razão, desde a implementação da teoria da *séparation des pouvoirs*, matérias de natureza administrativa são de competência de julgamento do Conselho de Estado, juiz supremo do contencioso administrativo. Para o regime jurídico francês, qualquer estrutura diversa seria colocar a separação dos poderes apenas em nível teórico, ou o mesmo que sepultá-la.

Mesmo com toda a reforma ocorrida após a Revolução Francesa¹⁰, não se alterou a separação da competência do Poder Judiciário no que tange

8 Avis n° 346.893 – 27 novembre 1989. Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/content/download/635/1933/version/1/file/346893.pdf>. Acesso em 12. Ago. 2016.

9 Avis n° 359 622 - 22 août 1996. Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/content/download/640/1948/version/1/file/359622.pdf>. Acesso em 12. Ago. 2016.

10 « *Tout en s'abandonnant sans mesure à sa haine contre les institutions de l'ancien régime, l'Assemblée constituante sentait, sans peut-être en bien saisir la raison, que la justice administrative était une institution nécessaire.* » DARESTE, R. *Études sur les origines du contentieux administratif en France*. Paris : Auguste Durand Libraire Éditeur, 1855, p. 86.

à impossibilidade de julgamento de matérias afetas ao Poder Executivo, justamente devido à importância sacramental dada à separação dos poderes.

A *loi du 24 août 1790* trouxe em seu corpo a reafirmação do princípio da separação das autoridades administrativas e judiciárias, cabendo à jurisdição administrativa a anulação ou a reforma de decisões tomadas, no exercício das prerrogativas do poder público, pelas autoridades que exercem o Poder Executivo, seus agentes, as coletividades territoriais e os órgãos públicos localizados sob sua autoridade ou seu controle.

Desde 1987, o Conselho Constitucional francês reconheceu a separação dos poderes como sendo princípio fundamental reconhecido pelas leis da república¹¹, declarando inconstitucional uma lei que transferia ao Poder Judiciário o contencioso das decisões advindas do conselho da concorrência. Essa declaração de inconstitucionalidade da lei se deve ao fato de que o contencioso dessas decisões deve ficar afeto ao contencioso administrativo, reconhecido o valor constitucional da separação dos poderes.

Atualmente, a justiça administrativa na França propicia que o juiz administrativo anule ou reforme decisões tomadas pelo Estado, condene uma pessoa pública a pagar uma indenização, assegurando a garantia dos direitos da pessoa e das liberdades públicas no seu dia-a-dia, constituindo-se no guardião do Estado de direito na relação das pessoas com as autoridades públicas.

Para bem cumprir esse mister, existem na França quarenta e dois Tribunais Administrativos e oito Cortes Administrativas de apelação¹², cabendo ao Conselho de Estado o papel de juiz de cassação dos dois anteriores. Mas o Conselho de Estado é também juiz de primeira instância no que concerne a algumas decisões cujos litígios são de importância particular.

Aos Tribunais Administrativos e às Cortes Administrativas de apelação, que possuem uma competência residual de direito comum, se somam as jurisdições administrativas especializadas, consistentes na Corte de contas, Corte de disciplina orçamentária e financeira, Comissão central de auxílio social, Conselho superior da magistratura em matéria disciplinar, Seções

11 Décision 224 DC du 23 janvier 1987. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1987/86-224-dc/decision-n-86-224-dc-du-23-janvier-1987.8331.html>. Acesso em 13. Ago. 2016.

12 Disponível em : <http://www.conseil-etat.fr/Tribunaux-Cours/La-jurisdiction-administrative>. Acesso em 13. Ago. 2016.

disciplinares de ordem profissional e a Corte nacional de direito de asilo. O controle de cassação sobre essas decisões é também exercido pelo Conselho de Estado.

Segundo informações oficiais¹³, em dez anos, o número de casos levados ao juiz administrativo aumentou noventa e seis por cento, sendo em cento e sessenta e quatro por cento o aumento perante as Cortes administrativas de apelação. Nesse sentido, os domínios tradicionais do contencioso administrativo tais como impostos, contratos administrativos, funções públicas e polícia administrativa são de extrema importância. Da mesma forma, a multiplicação de autoridades públicas e a renovação de políticas públicas acabam por traduzir e alargar o campo de aplicação do direito público e do domínio de competência do juiz administrativo.

Esse campo de aplicação, no que tange ao controle de legalidade feito na seara da jurisdição administrativa, possui algumas nuances. De um lado, o juiz administrativo possui competência e legitimidade para anular o ato por ausência de legalidade; de outro lado, não pode ele se substituir totalmente à administração porquanto essa missão não lhe é permitida pela Constituição ou pela tradição republicana, não podendo paralisar a ação da administração, esta sim investida de missões de interesse geral, tais como assegurar a ordem pública e fazer funcionar os serviços públicos.

No que tange à verificação da legalidade¹⁴, o direito administrativo francês propõe um controle denominado sistemático. Cabe ao juiz administrativo analisar os motivos invocados pela administração e para o caso de estes não serem verificados, a legalidade não está satisfeita. Em seguida, o controle sistemático propõe o controle dos motivos de direito, que compreende três espécies: o controle normal (verificação dos fatos invocados lhes comparando com o direito aplicável), o controle mínimo (controle sobre erro de direito ou erro de fato, ou desvio de poder) e o controle máximo (controle sobre interesses dos cidadãos que são superiores aos da administração, como é o caso do exercício das liberdades públicas).

Quanto aos efeitos da anulação dos atos da administração, os mesmos são em geral retroativos. A esse respeito, porém, no contencioso administrativo

13 *Idem*.

14 FLORENT, Blanco. *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires Aix-Marseille, 2010.

francês existe a figura da *modulação de efeitos da anulação do ato administrativo*. A esse respeito, é bastante elucidativa a decisão 11 mai 2004¹⁵, que trata do poder reconhecido ao juiz administrativo de modular no tempo os efeitos de uma anulação contenciosa. Entende a jurisdição administrativa que se a anulação de um ato administrativo significa em princípio que este ato é reputado como nunca tendo existido, mas o ofício do juiz pode concluir, excepcionalmente, quando as consequências de uma anulação retroativa forem manifestamente excessivas para os interesses públicos e privados afetados, pela modulação no tempo dos efeitos da anulação que ele pronuncia.

Na função de juiz administrativo do Conselho de Estado, faz-se sentir em grande medida também a construção de significações pela jurisprudência administrativa, como no que diz respeito à discussão sobre princípios elevados à seara constitucional, tais como o da dignidade humana, ao conteúdo do poder de polícia e ao conceito de ordem pública.

Em uma só decisão, nesse sentido, o Conselho de Estado, reconhecendo o princípio da dignidade humana como componente da ordem pública¹⁶, julgou o alcance do poder de polícia.

Trata-se da Decisão n° 1136727 du 27 octobre 1995¹⁷, em que o Conselho de Estado, por sua Assembleia do contencioso, entendeu que a atração de « *lancer de nains* »¹⁸ que conduz a utilizar uma pessoa com deficiência física como se fosse um projétil, apresentando-a como tal, ofende, por seu objeto, a dignidade da pessoa humana, caso em que a sua proibição havia sido ilegal, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares.

Reconhecendo às autoridades de polícia municipal o poder de proibir espetáculos suscetíveis de perturbar as consciências por conterem ofensas à dignidade da pessoa humana, o Conselho de Estado demonstrou por sua jurisprudência que a ordem pública não poderia se definir como puramente

15 Décision n° 255866, du 11 mai 2004. Disponível em <https://goo.gl/wz83UX>. Acesso em 13. Ago. 2016.

16 A salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra toda forma de escravização ou degradação já havia sido elevada à linha de valor constitucional pelo Conselho constitucional por meio da Decisão n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, p. 100.

17 Disponível em <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=9&fond=DCE&text=Commune+de+Morsang-sur-Orge&Page=3&querytype=simple&NbEltPerPage=4&Pluriels=True>. Acesso em 13. Ago. 2016.

18 Lançamento de anões.

material e exterior, mas recoberta por uma concepção humana, a qual os poderes públicos devem fazer respeitar. A esse propósito é interessante observar que na mesma decisão, deixou o Conselho de consagrar a moralidade pública como um componente da noção de ordem pública, deixando portanto de interpretar demasiado largamente os poderes de polícia da autoridade administrativa.

A jurisprudência administrativa do Conselho de Estado é também importante acerca da responsabilidade do Estado¹⁹, da superioridade dos tratados sobre as leis²⁰ e da obrigação da administração de anular atos administrativos ilegais²¹, tendo sempre sido de vanguarda no que toca à criação de teorias e institutos em matéria de direito administrativo, como foi o caso do desenvolvimento da *théorie du bilan*, ou teoria do balanço, apreciada por ocasião do *affaire de Ville Nouvelle-Est*²², em que analisou a desapropriação em razão de utilidade pública.

O Conselho de Estado considerou que uma operação somente pode ser legalmente declarada de utilidade pública se as lesões à propriedade privada, o custo financeiro e eventualmente os inconvenientes da ordem social que ela comporta não são excessivos em comparação ao interesse que ela representa. Com esse raciocínio, colocou-se a partir de então em balanço as vantagens do projeto com seus inconvenientes, quer se tratem de seu custo, de suas repercussões sobre o meio ambiente e de suas consequências sobre a propriedade privada.

19 Décision du 10 avril 1992 – Affaire Epoux V.

20 Décision du 20 octobre 1989 – Affaire Nicolo.

21 Décision du 3 février 1989 – Affaire Compagnie Alitalia. Ver : GUYOMAR, Mattias. *Vingt ans après, d'Alitalia (1989) à Perreux (2009), juge du droit commun de l'application du droit de l'Union européenne*. Paris : Dalloz, 2016.

22 No ano de 1966, o governo havia decidido criar, à leste da cidade de Lille, um novo conjunto urbano comportando um complexo universitário destinado a acolher mais de trinta mil estudantes, além de uma nova cidade de vinte a vinte e cinco mil habitantes, o que teria um custo, à época, de um bilhão de francos e demandaria a expropriação e demolição de uma centena de casas habitadas. A operação havia sido decretada de utilidade pública e uma associação demandou ao Conselho de Estado sua anulação, sob o argumento de que a destruição das casas não seria de utilidade pública. Tradicionalmente, o juiz administrativo, até então, verificava se a operação era de utilidade pública *in abstracto*, sem levar em conta os inconvenientes do projeto. Na espécie, a assembleia do contencioso, considerando o conjunto do projeto, considerou que a necessidade de destruir algumas casas não desnatura o caráter de utilidade pública. No controle de balanço, o juiz administrativo experimenta um aumento em suas competências porquanto analisa a importância das ofensas à propriedade privada, os inconvenientes da ordem sociais e a outros interesses públicos, sem contudo controlar a escolha operada pela administração.

Trata-se de jurisprudência assentada no Conselho de Estado, utilizada tanto em hipóteses de manutenção dos atos administrativos²³, tanto em hipóteses de anulação²⁴.

Enfim, são inúmeras as hipóteses em que o contencioso administrativo francês tem se mostrado à frente na produção da jurisprudência, cabendo esse protagonismo ao Conselho de Estado, cuja postura proativa tornou-se ao longo dos séculos cada vez mais indispensável ao Poder Executivo na implementação de seu plano de governo, de um lado voltado às questões de oportunidade eleitas por cada gestor, mas de outro lado asseguradas pela observância de aspectos de legalidade e de exequibilidade, garantidores de segurança jurídico-financeira.

3 SEGUNDA PARTE: AS PROCURADORIAS DE ESTADO NO BRASIL

Em uma análise quantitativa, as Procuradorias de Estado no Brasil possuem um número de competências muito mais ampla do que o Conselho de Estado francês. Esse ensaio, no entanto, limitando-se a fazer um estudo comparativo dessas competências, irá se restringir a analisar aquelas atribuições que se assemelham, que são justamente as funções consultiva e a função de juiz administrativo que possui o Procurador do Estado.

Para bem cumprir a análise comparativa, não se faz necessário aqui explorar a evolução das Procuradorias do Estado no Brasil, cujo histórico já é bastante conhecido de todos, trazendo mais proveito, isto sim, partir para a análise das competências que são comuns entre a Procuradoria-Geral do Estado no Brasil e o Conselho de Estado na França (I), para posteriormente analisar-se as competências latentes da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul (II).

23 Ass. 28 mars 1997, *Fédération des comités de défense contre le tracé est de l'autoroute A 28*, p. 123.

24 Embora menos incidentes os casos de anulação, porquanto a teoria do balanço há longa data possui um papel preventivo no seio da administração pública francesa, já que o Conselho de Estado é em geral consultado por meio de sua seção de trabalhos públicos no que tange às declarações de utilidade pública declaradas pelo governo, algumas operações são objeto de anulação, como foi o caso dos trabalhos de construção da autoestrada A400, cujo custo financeiro, de mais de 2,6 bilhões de francos para 35 quilômetros, foi considerado como excedente ao interesse público, tendo em vista o tráfego de veículos esperado (Ass. 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres*, p. 120).

3.1 As Competências Comuns entre as Procuradorias de Estado no Brasil e o Conselho de Estado na França

Entre as competências das Procuradorias de Estado no Brasil encontram-se em geral o exercício da representação judicial do Estado, a prestação de consultoria jurídica à administração pública, o patrocínio de ações civis públicas e ações de improbidade administrativa, o desenvolvimento de advocacia preventiva compreendida a elaboração de diplomas normativos, a realização de processos administrativo-disciplinares e a representação da administração pública perante os Tribunais de Contas e Tribunais Internacionais.

Para melhor comparar algumas dessas competências com as desempenhadas pelo Conselho de Estado francês, as mesmas serão aqui classificadas em função de aconselhamento (A) e função de juiz administrativo (B).

A – FUNÇÃO DE ACONSELHAMENTO

Dentre as funções de aconselhamento desempenhadas pelas Procuradorias dos Estados no Brasil encontram-se mais sedimentadas a prestação de consultoria jurídica à administração pública e a elaboração de diplomas normativos.

Por meio da atividade de consultoria, o Procurador do Estado efetua proposições jurídico-normativas e dela se serve a fim de promover a unificação da jurisprudência administrativa do Estado, conforme prevê, no Estado do Rio Grande do Sul, o artigo 7º da Lei Complementar Estadual nº 11.742/2002²⁵.

A atividade de consultoria jurídica, com assento constitucional no Estado do Rio Grande do Sul por força do artigo 115 da Constituição Estadual²⁶, constitui-se em função privativa do Procurador do Estado, como

25 Art. 7º. As autarquias estaduais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas com participação do Estado, assim como suas respectivas subsidiárias, as fundações de direito público e as demais fundações instituídas ou mantidas pelo Estado e, ainda, as concessionárias e permissionárias de serviço público estadual ficam adstritas à observância da jurisprudência administrativa do Estado, no que couber.

26 Art. 115. Competem à Procuradoria-Geral do Estado a representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, além de outras atribuições que lhe forem cometidas por lei, especialmente: I – propor orientação jurídico-normativa para a administração pública, direta e indireta; II – pronunciar-se sobre a legalidade dos atos da administração estadual; III – promover a unificação da jurisprudência administrativa do Estado; IV – realizar processos administrativos

já decidiu a Corte Suprema brasileira, em decisão de caráter vinculante, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4261/RO²⁷, proposta pela Associação Nacional dos Procuradores do Estado – ANAPE.

Por assim ser, qualquer prestação de orientação jurídica à administração pública que não por Procurador do Estado constitui-se em usurpação de função pública, porquanto configurado o desempenho de atividade privativa da advocacia pública sendo exercido por sujeito outro que não o investido constitucionalmente para esse mister.

A usurpação de função pública, registre-se, configura crime contra a administração pública, previsto pelo artigo 328 do código penal²⁸, sendo aconselhada ao Procurador do Estado a iniciativa da *notitia criminis* em tomando conhecimento da prestação de orientação jurídica à administração pública por pessoa diversa de membro componente da carreira, sem prejuízo da promoção de ação de improbidade administrativa tanto contra o agente prestador da consultoria jurídica indevida quanto contra o membro do Poder Executivo eventualmente solicitante da orientação.

Já no que pertine à elaboração de diplomas normativos, a tradição brasileira ainda não se encontra suficientemente amadurecida no sentido da homogeneidade

disciplinares nos casos previstos em lei, emitindo pareceres nos que forem encaminhados à decisão final do Governador V – prestar assistência jurídica e administrativa aos Municípios, a título complementar ou supletivo; VI – representar os interesses da administração pública estadual perante os Tribunais de Contas do Estado e da União.

27 EMENTA. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ACESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada. 2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. 3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. 4. Ação que se julga procedente. Supremo Tribunal Federal. Min. Ayres Brito. DJ 154 de 20.08.2010.

28 Usurpação de função pública. Art. 328 - Usurpar o exercício de função pública: Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa. Parágrafo único - Se do fato o agente auferir vantagem: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

da participação do Procurador do Estado no âmago do processo legislativo, com vistas à garantia da observância da convencionalidade e da constitucionalidade das normas.

Isto se deve, primeiramente, ao sistema federativo de Estado que confere autonomia aos Estados-membros inclusive na organização interna de cada poder, compreendido o Poder Legislativo, respeitados alguns limites, mas sobretudo ao elevado grau de transitoriedade da cada legislatura, sabidamente regida pelo princípio da unidade.

Dessas duas características decorre que a análise da constitucionalidade dos textos legislativos (e pouco se fala ainda no Brasil em análise de convencionalidade) é em geral realizada internamente, por meio das denominadas comissões, encarregadas daquele mister que na França incumbe ao Conselho de Estado, como convocar membro do Poder Executivo para prestar esclarecimentos sobre o teor do texto em análise e fazer novas proposições a respeito de sua redação.

A situação ainda é agravada em decorrência do que postula o princípio da unidade da legislatura, porquanto cada uma delas tem assegurada absoluta independência, extinguindo-se ao final de cada legislatura todas as comissões temporárias anteriores, e com elas todas as suas assertivas, e, muito embora subsistindo as comissões permanentes, a renovação de seus membros confere-lhes uma certa solução de continuidade.

Não há, nesse sentido, como ocorre no sistema francês, obrigatoriedade de análise pela Procuradoria do Estado dos projetos de normas de autoria do Poder Executivo, nada impedindo que a Procuradoria seja diretamente demandada pelo governo de elaborar um projeto de lei de sua autoria, ou mesmo que um Procurador do Estado seja afetado a Secretarias de Estado estratégicas, com vistas, seja a elaborar esses textos, seja a conceder seu parecer acerca de sua constitucionalidade, como o que se começa a consolidar a uma função institucional típica de aconselhamento ao governo.

B – FUNÇÃO DE JUIZ ADMINISTRATIVO

O contencioso administrativo, tal como foi edificado pelo sistema jurídico francês, não é conhecido no Brasil, porquanto os litígios decorrentes de atos administrativos são resolvidos pelo Poder Judiciário, e não por um juiz administrativo.

Não se pode nem mesmo afirmar que no Brasil atualmente se adote a teoria da separação dos poderes, porque mesmo que concebida com um sistema de freios e contrapesos, que tanto inspirou a Constituição americana de 1787, no sentido de que as decisões de um poder possam ser controladas por outro, o ativismo judiciário brasileiro está a demonstrar a total supremacia de um poder sobre outro, a imiscuir-se um sobre assuntos que seriam de decisão privativa de outro.

Em um sistema que adote a separação de poderes, mesmo havendo freios e contrapesos, não se admitiria ao Poder Judiciário, por exemplo, decidir o orçamento da secretaria da saúde, ou a construção de uma estrada, interferindo no orçamento da secretaria de obras, ou definir quantas vagas devem ser abertas neste ou naquele estabelecimento prisional ou em uma escola, obstaculizando um planejamento anterior sob a premissa de que este planejamento é mal versado e, mais grave ainda, sob a premissa de que a receita pública é ilimitada.

Se a inquietação dos filósofos iluministas do século XVIII era a de controlar os poderes do rei, simbolizado então por Luis XIV, possivelmente a inquietação dos dias de hoje possa ser encontrar limites para uma nova monarquia que nasce frente aos quase ilimitados poderes decisórios do juiz, para o que o contencioso administrativo pode trazer algumas soluções.

Como afirmado anteriormente, a teoria da separação dos poderes na França adquiriu uma significação particular, que o próprio Conselho constitucional denominou de concepção francesa da separação dos poderes, porquanto resta proibido ao Poder Judiciário conhecer dos litígios afetos à administração. Entende-se dessa forma porque as decisões tomadas pelo Poder Executivo emanam de autoridades eleitas pelo sufrágio universal que agem em nome do interesse geral, por isso a instituição de uma jurisdição administrativa perante a qual os atos da administração possam ser contestados, distinta da autoridade judiciária.

Pois uma pequena demonstração do que pode ser o contencioso administrativo já existe de forma bastante consolidada nas Procuradorias de Estado brasileiras, ainda que com algumas nuances, justamente no que se refere à atribuição do Procurador do Estado de conduzir e emitir seu parecer em processos administrativo-disciplinares, cujo objeto é a apuração de ilícitos funcionais praticados pelo agente público vinculado ao Poder Executivo, com vistas a responsabilizá-lo por infração que praticou no exercício do cargo público que ocupa ou da função pública que exerce.

Trata-se de verdadeiro exercício do contencioso administrativo, porquanto regido pelos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, tratando-se de verdadeira garantia constitucional, insculpida no artigo 5º, inciso LV, da CF, encontrando no Procurador do Estado, enquanto autoridade processante, um agente assegurado de sua observância.

Especificamente no Estado do Rio Grande do Sul, a disciplina do processo administrativo-disciplinar encontra-se na Lei Estadual nº 10.098/94, sendo de atribuição do Procurador do Estado a atuação como autoridade processante nas infrações sujeitas, em tese, à aplicação de pena de demissão. O Procurador do Estado possui também competência para emitir pareceres em todos aqueles processos administrativos-disciplinares que forem encaminhados ao Governador do Estado para decisão final.

Trata-se de uma espécie de semente do contencioso administrativo no Brasil, de prerrogativa impenhorável da Advocacia Pública que, se bem que sujeita a decisão final ao controle do Poder Judiciário, a mesma limita-se apenas a questões de legalidade, portanto de difícil reforma haja vista o compromisso do Procurador do Estado com a observância das leis.

3.2 As Competências Latentes da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul

Embora em maior número sejam as funções da Procuradoria do Estado se comparadas com as funções institucionais do Conselho de Estado francês, naquelas prerrogativas que ambas as instituições se assemelham (função de aconselhamento e função de julgamento), pode-se afirmar encontrar-se a atividade de consultoria e de contencioso administrativo mais consolidada e sedimentada na França do que no Brasil, e isto se dá muito seguramente em razão do próprio decurso do tempo, já que o Conselho de Estado francês existe desde a Idade Média e somente ao longo dos séculos foi podendo afirmar-se enquanto instituição.

Assim, se comparadas ambas as instituições, é também possível afirmar que as Procuradorias de Estado brasileiras encontram-se em avançado nível de evolução, especialmente considerando que não possuem sequer um século de existência e já desempenham funções que pelo Conselho de Estado passaram a ser cumpridas após mais de quatro séculos, como é o caso do contencioso administrativo.

A experiência da instituição mais antiga pode, no entanto, servir como inspiração, tantas são as missões latentes da Procuradoria do Estado, aqui considerando especificamente o caso do Estado do Rio Grande do Sul.

Nesse sentido, a especialização e o fortalecimento institucionais podem levar a um crescimento da função de aconselhamento em sua máxima possibilidade (A), havendo na Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul bastante evidenciado um contencioso administrativo em potencial (B).

A – FUNÇÃO DE ACONSELHAMENTO *SUMMUS GRADUS*

Para bem encontrar um caminho a seguir, a Procuradoria de Estado enquanto instituição política deverá apontar-se como órgão de aconselhamento do governo. Este é seu perfil institucional.

Se remontarmos à história da advocacia pública do Brasil, a encontraremos nas Ordenações Afonsinas, cujo Livro I, Título VIII (*sic*), já mencionava o *Procurador de Nossos Feitos*, patrono dos direitos da Coroa portuguesa²⁹, mencionado ainda nas Ordenações Manuelinas (Livro I, Título XI)³⁰ e posteriormente referido nas Ordenações Filipinas, agora dividido em *Procurador dos Feitos da Coroa* (Livro I, Título XII) e *Procurador dos Feitos da Fazenda* (Livro I, Título XII)³¹.

É essa a tradição histórica da Advocacia Pública, a de aconselhamento do Rei, ou de conselheiro do governo, um aconselhamento que serve para garantir segurança jurídica às opções de execução da política pública do Poder Executivo, sem se imiscuir no juízo de oportunidade e conveniência dessa escolha, mas com possibilidade de adentrar-se na análise da exequibilidade das opções adotadas.

Essa é uma primeira potencialidade que merece ser apontada no que tange à execução da função de aconselhamento: a Procuradoria do Estado exerce um papel de conselheiro de Estado, a quem o governo deve recorrer na qualidade de *partenariat* enquanto viabilizador seguro de suas opções políticas.

29 Universidade de Coimbra. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>. Acesso em 13. Ago. 2016.

30 Universidade de Coimbra. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/11ind.htm>. Acesso em 13. Ago. 2016.

31 Universidade de Coimbra. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em 13. Ago. 2016.

A segunda potencialidade da função consultativa da Procuradoria do Estado é a prestação de assistência jurídica aos Municípios, a título complementar ou supletivo, faculdade essa que lhe é outorgada pela legislação estadual.

Trata-se de importante lacuna a ser preenchida pela Advocacia de Estado, de exercício de função consultativa há muito exercida pelo Conselho de Estado, cuja jurisprudência pode servir para demonstrá-la como pilar da consolidação dessa prerrogativa.

B – CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EM POTENCIAL

No que toca às potencialidades da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, são ainda maiores as possibilidades de extensão do contencioso administrativo.

Encontram-se entre as atribuições institucionais do Procurador do Estado a promoção do procedimento de controle de legalidade, o exercício da função correicional no âmbito da administração pública direta e indireta (desde que não invadidas as competências das corregedorias já instituídas) e o regimento do procedimento administrativo de indenização extrajudicial em face de danos decorrentes de atos da administração pública estadual.

Consiste o controle de legalidade em mecanismo de monitoramento dos atos dos agentes públicos que supostamente ajam em desacordo com a legalidade ou a probidade administrativa, incumbindo ao Procurador do Estado a instauração de expediente administrativo de apuração dos fatos, solicitando do agente a prestação de informações, podendo propor a retificação do ato conjugada com a elaboração de orientações ou mesmo a instauração de processo administrativo-disciplinar a fim de buscar uma punição mais severa de seu autor.

O exercício de função correicional, que pode ser realizado por meio do procedimento do controle de legalidade, é possível de ser viabilizado, da mesma maneira por outros procedimentos administrativos como averiguações preliminares ou sindicâncias e que merece ser fortalecido enquanto exercício de verdadeira atividade de contencioso administrativo, da qual não participa o Poder Judiciário.

A possibilidade de reger o processo administrativo de indenização extrajudicial em face de danos decorrentes de atos da administração pública

estadual depende de regulamentação própria para que seja colocada em prática pela Procuradoria do Estado, já se encontrando em considerável nível de desenvolvimento, por exemplo, no âmbito da advocacia pública municipal, como ocorre na cidade de São Paulo³² ou nas Juntas Administrativas de Indenizações da cidade de Porto Alegre, criadas pelo Decreto 12.619/99.

Nesse sentido, constitui um grande avanço a entrada em vigor da lei estadual nº 14.794/2015³³, a qual institui o Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação, integrado ao sistema de Advocacia de Estado, e que cria no âmbito da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul uma verdadeira jurisdição administrativa, contendo uma instância ordinária (Câmaras de Conciliação e Mediação), e uma instância recursal (Conselho de Mediação Administrativa), cujas decisões fazem coisa julgada administrativa, conforme dispõe seu artigo 7º, §2º (*A transação administrativa homologada implicará coisa julgada administrativa e renúncia a todo e qualquer direito objeto da controvérsia*).

Nessa ordem de ideias, no sentido de ter-se a Procuradoria do Estado como protagonista de um incipiente contencioso administrativo no Brasil é que se pode inclusive começar a discutir a possibilidade de solução dos litígios de natureza fiscal em âmbito apartado do Poder Judiciário.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Instituição que remonta ao século XII, o antigo Conselho do rei, atual Conselho de Estado acumula duas missões institucionais: a função de aconselhamento, na qual obrigatoriamente analisa projetos de textos legais cuja iniciativa é do Poder Executivo e resolve questões jurídicas que lhe são submetidas; e a função de juiz administrativo supremo, em que atua na qualidade de órgão decisório último na estrutura do contencioso administrativo.

Por seu turno, as Procuradorias do Estado no Brasil possuem um número de competências quantitativamente maior se comparadas ao Conselho de Estado, inobstante menos consolidadas as funções consultativa e de juiz administrativo, embora presentes.

Como função de aconselhamento, as Procuradorias de Estado no Brasil prestam consultoria jurídica à administração pública, de forma privativa,

32 Lei Estadual nº 14.141/2006

33 Com disposições semelhantes à Lei federal nº 13.140/2015, que dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

tratando-se de atividade que somente por ela pode ser prestada, sob pena de configuração de usurpação de função pública.

No que tange à elaboração de textos normativos, inexistente a obrigatoriedade no Brasil de análise dos mesmos pela Procuradoria do Estado a fim de que se faça a verificação de sua conformidade com o texto constitucional ou mesmo com as convenções internacionais assinadas pelo Brasil, muito embora exista a possibilidade de elaboração de minutas de projetos de lei pela Procuradoria-Geral do Estado, para normas de iniciativa do Poder Executivo.

No que toca à função de juiz administrativo, as Procuradorias de Estado brasileiras tem sua função mitigada por certo em virtude da inexistência do sistema de contencioso administrativo na ordem jurídica brasileira, ainda que esse contencioso se faça sentir discretamente entre as atribuições do Procurador do Estado, em especial no exercício do processo administrativo-disciplinar.

Trazendo a experiência do Conselho do Estado francês e tomando-se como parâmetro as prerrogativas legais, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul possui uma série de potencialidade no que concerne ao exercício das funções de aconselhamento e das funções de juiz administrativo.

Quanto às primeiras, cumpre-lhe assumir-se como verdadeiro Conselho de Estado, no sentido de órgão auxiliar do Poder Executivo no cumprimento de seu plano de governo de forma segura, o que significa fazê-lo nos limites da legalidade.

Além disso, cumpre reforçar sua potencialidade de prestação de assistência jurídica aos Municípios, a título complementar ou supletivo, relegada a segundo plano, para não dizer esquecida, mas que pode representar ganho de espaço no cenário político.

Quanto às funções de juiz administrativo, merecem fortalecimento a função correicional que pode ser exercida pela Procuradoria do Estado, a possibilidade de reger o processo administrativo de indenização extrajudicial em face de danos decorrentes de atos da administração pública estadual, devendo ganhar grande espaço o Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação, podendo-se começar a discutir a possibilidade de solução dos litígios de natureza fiscal em âmbito administrativo.

Se a preocupação de Montesquieu era a de controlar a monarquia e se graças a sua teoria surgiu o contencioso administrativo na França e com ele limitaram-se os poderes do rei, é somente com o fortalecimento de um contencioso administrativo no Brasil e de sua espinha dorsal – a advocacia pública - que se pode controlar a nova monarquia brasileira.

REFERÊNCIAS

BONICHOT, Jean-Claude. *Les Grandes arrêts du contentieux administratif*. Paris : Dalloz, 2016.

CASSIA, Paul. *Les grands textes de procédure administrative contentieuse*. Paris : Dalloz, 2016.

CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE FRANÇAIS. Disponível em <https://goo.gl/m927X6>. Acesso em 11. Ago. 2016.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>. Acesso em 14. Ago. 2016.

CONSEIL D'ETAT. Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/>. Acesso em 14. Ago. 2016.

DARESTE, R. *Études sur les origines du contentieux administratif en France*. Paris : Auguste Durand Libraire Éditeur, 1855.

FLORENT, Blanco. *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires Aix-Marseille, 2010.

GUYOMAR, Mattias. *Vingt ans après, d'Alitalia (1989) à Perreux (2009), juge du droit commun de l'application du droit de l'Union européenne*. Paris : Dalloz, 2016.

LATOURNERIE, Dominique. *Le Conseil d'État*. Paris : Dalloz, 2005.

LEGIFRANCE. Le service public de la diffusion du droit. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000524023>> Acesso em 13. Ago. 2016.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant, Baron de la Brède et de. (1689-1755). *Œuvres Complètes de Montesquieu* (Ed. 1857)/ Charles-Louis de Secondant. Avec des notes de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, Servan, La Harpe, et., etc. Paris : Hachete Livre, 2014.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Disponível em <http://www.uc.pt/>. Acesso em 14. Ago. 2016.

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS: LIMITES MATERIAIS DE SUAS DECISÕES E EXTENSÃO DE SUAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS

*THE CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION BY THE COURT
OF AUDITS: MATERIAL LIMITS OF ITS DECISIONS AND THE
EXTENSION OF ITS CONSTITUTIONAL ATTRIBUTIONS*

André Silva Gomes¹

Recebido em: 17.6.2016

Aprovado em: 31.8.2016

Resumo: O presente estudo se propõe a analisar a atividade de controle da Administração Pública realizada pelo Tribunal de Contas, especificamente no que se refere aos seus limites materiais. Nesse sentido, é feita uma exposição das atribuições constitucionais do Tribunal de Contas, bem como da natureza jurídica da instituição e de suas decisões, passando por um exame da sua situação institucional perante os três Poderes da República. Em seguida, passa-se para a análise tópica dos aspectos concernentes aos limites do exercício do poder de controle e fiscalização. Para tanto, é feita uma abordagem focada em três aspectos: inicialmente, quanto ao tipo de controle exercido, analisando se este é técnico ou político; posteriormente, quanto

Abstract: This study intends to analyze the activity of control of Public Administration performed by the Court of Audits, specifically on what concerns its material limits. On that regard, there is an initial exposition of the constitutional attributions of the Court of Audits, as well as of the legal nature of its decisions, including an examination of its institutional situation vis-à-vis the three Power of the Republic. Afterwards, there is the topical analysis of the aspects concerning the limits to the exercise of the power of control and fiscalization. In order to do so, there is an approach focused on three aspects: firstly, regarding the type of control performed, analyzing if its a technical or a political one; Secondly, regarding

1 Advogado. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e pós-graduado em nível de Especialização em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

ao momento de exercício do controle, verificando se este é prévio ou posterior aos atos da Administração; e finalmente, quanto à extensão do poder de controle em si, investigando quais poderes estão compreendidos para o exercício de suas atribuições.

Palavras-chave: Tribunal de Contas; Atribuições; Controle da administração; Poderes; Limites.

the moment of control, verifying if its previous or subsequent to the act of the Administration; Thirdly, regarding the extent of the Power of control itself, investigating which powers are comprehended to the exercise of its attributions.

Keywords: Court of Audits; Attributions; Control of administration; Powers; Limits.

Sumário: 1 Introdução. 2 Atribuições constitucionais e natureza jurídica do Tribunal de Contas. 2.1 Atribuições e competências do Tribunal de Contas na constituição federal. 2.2 Natureza jurídica do exercício das competências constitucionais. 2.3 Situação institucional perante o poder legislativo. 3 Limites endógenos ao controle exercido pelos tribunais de contas: limiar dos poderes de fiscalização. 3.1 Quanto ao tipo (controle técnico ou político?). 3.2 Quanto ao momento (controle prévio ou posterior?). 3.3 Quanto à extensão (quais poderes possui?). 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública, assim entendida como o conjunto de estruturas, aparatos, atividades e funções realizados e utilizados pelo Estado com a finalidade de implementar e alcançar os seus fins sociais, tem como elemento estrutural e necessário de sua existência o exercício de poder institucional. Conforme determinado pela Constituição Federal, tal poder, em sua origem material, emana do povo (art. 1º, parágrafo único), e é parcialmente – e em grande medida – praticado pelas instituições concebidas para torná-lo coeso, racional e eficiente, por meio da outorga de seu exercício a representantes democraticamente eleitos, como é próprio do sistema de democracia representativa.

Este poder, contudo, necessita indispensavelmente de controle, que é tradicionalmente categorizado nas modalidades chamadas de *controle interno* – exercido pela própria Administração Pública – e *controle externo* – exercido

por outros entes públicos através de alguma função institucional precípua ou acessória². No presente estudo, será dado enfoque à atividade de controle externo da Administração Pública exercida pelos Tribunais de Contas.

A importância de tal abordagem é de fácil compreensão, uma vez que o Tribunal de Contas tem assumido, com relação à Administração Pública, um destaque cada vez maior na relação institucional, na medida em que a consolidação da democracia cria um cenário propício à atuação efetiva das instituições, sobretudo as que visam a evitar o exercício desregrado do poder público.

Desde o seu surgimento no Brasil pela atuação de Ruy Barbosa através do Decreto 966-A de 1890, o Tribunal de Contas assumiu a função institucional de fiscalização da atuação da administração pública no tocante, particularmente, à destinação de verbas públicas. As diferentes etapas pelas quais o Brasil passou em sua evolução resultaram em diferentes conformações institucionais ao Tribunal de Contas. A historiografia demonstra que, sob a égide de regimes antidemocráticos, houve uma considerável redução de seu papel de controle, subordinando-o aos interesses daqueles que controlavam o aparato do Estado.

Em contrapartida, o advento do ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição Federal de 1988 assegurou um ambiente de estabilidade institucional e democrática, permitindo aos Tribunais de Contas a realização desembaraçada de suas funções e atividades de fiscalização.

De outro lado, a relevância do tema se desvela ainda mais quando se percebe que o poder de controle é tão importante quanto e talvez até mais delicado do que o próprio poder controlado, uma vez que age de modo a limitá-lo, e, exercido de maneira desmedida, pode até mesmo imobilizar injustamente a atividade da Administração Pública na persecução de seus fins.

Diante disso, o exame a ser realizado no presente trabalho será estruturado em duas partes: num primeiro momento, pretende-se analisar os Tribunais de Contas enquanto instituição, sobretudo no que diz respeito à conformação que lhes foi dada pela Constituição Federal. Para este fim, serão investigadas suas atribuições e competências no contexto do controle da Administração, para que se possa melhor compreender sua natureza jurídica e situação perante os Poderes da República.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 953

Numa segunda etapa, serão analisados os limites de tais poderes de controle dos Tribunais de Contas no exercício de suas funções constitucionais. Nesse sentido, será feita uma abordagem pautada pela investigação tópica dos referidos poderes, e ordenada pelo tipo de controle exercido, pelo conteúdo material de sua abrangência e pelo aspecto temporal de seu exercício.

Com isso, espera-se contribuir para o estudo voltado à delimitação do limite da atuação dos Tribunais de Contas em sua atividade de controle externo da Administração Pública.

2 ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS E NATUREZA JURÍDICA DO TRIBUNAL DE CONTAS

2.1 Atribuições e Competências do Tribunal de Contas na Constituição Federal

A Constituição Federal, em seu art. 71, faz menção às atribuições institucionais do Tribunal de Contas, estipulando que a ele caberá o dever de auxílio ao Congresso Nacional em sua atividade de controle externo. Ali são elencadas as diferentes atribuições e competências da instituição, bastando não mais do que uma breve análise para constatar a sua multiplicidade e variação.

As atividades elencadas possuem grande variação em termos de conteúdo, e abrangem algumas de caráter específico e acessório, como a prestação de Informações ao Poder Legislativo (art. 71, VII). Por outro lado, há aquelas de maior amplitude e que dizem respeito à atividade fiscalização e controle exercida diretamente pelo Tribunal, notadamente a competência para *apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio* (art. 71, I) e para *julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta* (art. 71, II).

Para o fim a que se propõe o presente estudo, será dado enfoque a estas duas últimas hipóteses de atuação do Tribunal de Contas, a começar por uma tentativa de estabelecer a diferenciação conceitual entre uma e outra.

A respeito disso, convém destacar a posição defendida por Odete Medauar, no sentido de que, enquanto a competência estampada no art. 71, I, da Constituição Federal possui um caráter meramente opinativo e de cunho auxiliar, a segunda implicaria uma decisão dotada de poder efetivamente decisório.³ Tal distinção entre as modalidades de atuação é tradicionalmente conceituada, com relação ao objeto da apreciação do Tribunal de Contas, através das categorias *contas de governo* e *contas de gestão*.⁴

A primeira (*contas de governo*) diz respeito às contas do Presidente da República, prestadas anualmente e apreciadas exclusiva e privativamente pelo Congresso Nacional (art. 49, IX, CF), configurando a hipótese do art. 71, I. A natureza da manifestação realizada pelo Tribunal de Contas nessa situação efetivamente possui um caráter não vinculante, eis que consubstanciada na prolação de um parecer cuja finalidade precípua seria a de municiar o Poder Legislativo, a quem incumbe a decisão final acerca da aprovação de tais contas.

Contudo, convém ressaltar que, apesar de seu caráter auxiliar, a manifestação do Tribunal de Contas mediante prolação de parecer na hipótese do art. 71, I, é indispensável para a devida apreciação das contas do chefe do Poder Executivo. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 261⁵, afirmou serem inconstitucionais quaisquer disposições legislativas estaduais que visassem à dispensa total ou eventual do parecer prévio dos Tribunais de Contas estaduais no julgamento das contas de Governador ou Prefeito.

Já a segunda categoria (*contas de gestão*) diz respeito às contas prestadas por administradores de recursos públicos em sentido mais amplo, cujo julgamento é realizado definitivamente pelo Tribunal de Contas respectivo, configurando a hipótese do art. 71, II. A abrangência desta categoria de apreciação pelo Tribunal de Contas se denota pela extensa designação presente na locução normativa, e possui caráter inequivocamente terminativo e soberano em sua apreciação, não estando sujeito a posterior ratificação do Poder Legislativo.

3 MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 27, n. 108, jan/mar 1990, p. 111

4 COSTA, Alexandre Massarana da. Julgamento de Contas Públicas: Competência dos Tribunais de Contas, Atos de Gestão e de Governo e Inelegibilidade. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 21 de ago. de 2012. p. 2

5 STF, Plenário, Relator Min. Gilmar Mendes, 14.11.2002

O Supremo Tribunal Federal já apresentou de maneira reiterada o entendimento de que o exercício da competência do art. 71, II, pelo Tribunal de Contas não fica de maneira alguma subordinado ao crivo do Legislativo. Inclusive, no julgamento da ADI 3715⁶ o Plenário da Corte julgou inconstitucional a Emenda Constitucional n. 16/2006 à Constituição Estadual de Tocantins, em que se pretendia instituir dispositivo prevendo a possibilidade de interposição de recurso ao Plenário da Assembleia Legislativa contra a decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado no exercício de tal competência.

Assim, são estas as principais competências institucionais do Tribunal de Contas no que diz respeito ao exercício direto de sua atribuição fiscalizadora, seja no sentido de auxílio ao Poder Legislativo, seja no sentido de efetiva apreciação e decisão final acerca de contas públicas. Tal competência para apreciação e decisão em caráter derradeiro acerca do emprego e gestão de recursos públicos leva a um questionamento já tradicional na doutrina concernente à possível natureza jurisdicional do Tribunal de Contas, que passará a ser analisado no item a seguir.

2.2 Natureza Jurídica do Exercício das Competências Constitucionais

Um tradicional debate no que concerne à atuação do Tribunal de Contas diz respeito à natureza de sua atividade no exercício da competência estampada no art. 71, II, da CF. Especificamente, trata-se da discussão sobre se o Tribunal de Contas é dotado de caráter jurisdicional no desempenho de sua função de julgamento das contas de gestão.

O posicionamento segundo o qual o Tribunal de Contas desempenharia atividade jurisdicional em sua atividade encontra alicerce em uma interpretação sistemática da Constituição. Sob este ponto de vista, o emprego do vocábulo “*judgar*” no art. 71, II, estabeleceria um paralelo com as demais ocasiões em que a Carta Política faz uso da mesma expressão, sendo todas elas referentes a situações em que há investidura de poder

6 STF, ADI 3715, Plenário, Relator Min. Gilmar Mendes, 21.08.2014

jurisdicional.⁷ Nesse sentido, se a expressão referida for empregada apenas quando a apreciação de fatos e proferição de decisão se derem em caráter de prestação jurisdicional, esta seria uma de tais hipóteses.⁸

Outro elemento apontado por tal posição é no sentido do caráter definitivo da decisão proferida, como defende, por exemplo, Seabra Fagundes. Segundo o autor, a unicidade do Poder Jurisdicional possui exceções – citando como exemplo o julgamento do Presidente da República pelo Senado Federal nos casos de cometimento de crime de responsabilidade –, de modo que não estranharia ao ordenamento jurídico tal investidura ao Tribunal de Contas. Fagundes argumenta, nesse sentido, que haveria inequívoca investidura em parcial exercício de função judicante ao Tribunal de Contas, embora com uma restrição em termos de amplitude, visto que sua atividade jurisdicional se restringiria às hipóteses materialmente previstas no art. 71, II da Constituição. Para reforçar seu ponto, o autor defende a impossibilidade do Poder Judiciário rever as decisões proferidas pelo TC, em seu mérito.⁹

No entanto, tais argumentos são amplamente contestados. De fato, o entendimento majoritário na doutrina é no sentido de que o Tribunal de Contas efetivamente não possui caráter jurisdicional.

Ruy Cirne Lima, por exemplo, apresenta uma divisão conceitual entre dois tipos de atividade relacionadas à apreciação jurídica de situações. São elas as atividades de *iurisdictio*, atinente a *dizer o direito*, ou seja, analisar uma situação, qualificá-la juridicamente e apontar suas consequências e efeitos jurídicos, e a atividade de *iudicium*, que seria o *julgamento* propriamente dito.¹⁰ Nesse sentido, aponta que os Tribunais de Contas realizam a primeira, mas não a segunda. Suas decisões são efetivamente terminativas e não são passíveis de revisão em seu mérito, mas isso não implica a investidura em atividade jurisdicional.

7 A expressão “julgar” é utilizada na estipulação das competências do Poder Judiciário em seus diferentes Tribunais, nos artigos 102, 105, 108, 124 e 125, e na designação da competência do Senado Federal para julgar diversas autoridades da República por crimes de responsabilidade (art. 52, I e II)

8 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 139

9 FAGUNDES, *O controle...*, p. 142

10 CIRNE LIMA, Ruy. A Jurisdição do Tribunal de Contas. *Anais do III Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil*, 1978, p. 4

Seguindo por uma linha semelhante, Ricardo Lobo Torres afirma que o Tribunal de Contas exerce atos típicos da função jurisdicional, mas apenas em sentido material, dando o exemplo do julgamento imparcial mediante os princípios de processo justo, observância do contraditório e da ampla defesa, em paralelo com a *iurisdictio* apontada por Cirne Lima. Contudo, não possui a função jurisdicional em sentido formal, ou seja, a investidura na incumbência de prolação de uma decisão para solver uma dada questão jurídica, de forma análoga à atividade de *iudicium*.¹¹

José Cretella Júnior, por sua vez, aponta uma suposta esterilidade no debate apontado. Partindo de uma interpretação histórica, ele aponta que o emprego do verbo “julgar” é uma atecnia por parte do Constituinte, cometida reiteradamente ao longo da história constitucional do Brasil, ensejando uma discussão sem razão de ser. O autor vai além, afirmando que a Constituição de 1946 inclusive dispunha, em seu art. 76, que “o Tribunal de Contas tem a sua sede na Capital da República e *jurisdição* em todo o território nacional”.¹² Apesar do uso de tais expressões, Cretella Júnior defende que o Tribunal de Contas conduziria apenas e tão somente uma atividade administrativa de verificação de contas públicas, carecendo dos elementos definidores da atividade jurisdicional, tal como a atuação mediante provocação.

Tal entendimento não é infundado. Com efeito, o mero uso da expressão “*julgar*” não tem o condão de, automaticamente, configurar como jurisdicional a atividade praticada por uma determinada instituição. Embora dotadas de um núcleo mínimo de significação do qual o intérprete não pode se afastar, as expressões e termos utilizados nas locuções textuais da Constituição e das leis estão sujeitos ao processo de interpretação que, além de uma etapa de conhecimento, pressupõe, também, etapas de reconstrução e adscrição de significado¹³.

Por conta disso, da mesma forma que o vocábulo “*casa*”, utilizado no art. 5º, XI, é entendido como abarcando outros locais – como escritórios¹⁴ – o

11 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 219

12 CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das Decisões do Tribunal de Contas. In: *Revista dos Tribunais*, v. 631, 1988, p. 18

13 GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 412, e também ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. In: *Revista Direito Tributário Atual*, n. 29, São Paulo, 2013, p. 204
14 STF, HC 106.566 2ª Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, 16/12/2014

vocábulo “*judgar*” não pode ser entendido como necessariamente remetendo à atividade jurisdicional, sobretudo considerando que a expressão possui conteúdo semântico prévio consideravelmente mais amplo do que aquele referente à atividade judicante.

Nesse sentido, basta considerar que processos administrativos são objeto de efetivo julgamento, também sob o crivo das garantias processuais de contraditório e ampla defesa, sem que isso implique que estejam investidos de poder jurisdicional. Com efeito, o próprio dispositivo constitucional que prevê que as decisões do Tribunal de Contas que resultem em imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo implica seu afastamento da atividade jurisdicional. Isso porque a própria necessidade que a Constituição tem de atribuir esta eficácia à decisão do Tribunal de Contas demonstra que ele contrasta com as instituições do Poder Judiciário, cujas decisões são, por definição, formadoras de título executivo, a despeito de explicitação no texto constitucional. Por consequência, se depreende que tal título executivo possui caráter extrajudicial, eis que diverso daqueles produzidos pelo Poder Judiciário.

Em razão disso, o Tribunal de Contas efetivamente não possui caráter jurisdicional no desempenho de sua competência do art. 71, II, da Constituição. Por conta disso, se constitui numa instituição mais próxima à figura dos tribunais administrativos do que propriamente do Poder Judiciário, embora não idêntica, eis que ressalvada a impossibilidade de sua decisão de mérito ser revisada judicialmente.

2.3 Situação Institucional perante o Poder Legislativo

O terceiro e último aspecto de análise acerca da natureza do Tribunal de Contas diz respeito à sua situação no contexto do três Poderes da República, especificamente no tocante ao Poder Legislativo.

Evidentemente, a partir da análise realizada nos itens antecedentes, se constata sem maiores dúvidas que o Tribunal de Contas não integra os Poderes Executivo e Judiciário. Não integra o primeiro porque é justamente este o objeto da fiscalização realizada pelo TC, a título de controle *externo* da Administração, sendo logicamente impossível que se cogite de uma imiscuição

entre os dois. E tampouco faz parte do segundo porque sua atividade não se confunde com a prestação jurisdicional, própria das instituições judiciárias.

Resta, portanto, averiguar sua relação com o Poder Legislativo, especificamente no que diz respeito a se o Tribunal de Contas se constitui em parte que lhe integra ou em instituição autônoma e de atuação independente.

Utilizando uma interpretação pautada por um critério sistemático e histórico, percebe-se que, originalmente, o Tribunal de Contas não era formalmente vinculado a nenhum dos Poderes da República. A Constituição de 1891 apenas previa sua existência no Título das Disposições Gerais, em um único artigo.

A Constituição de 1934 acentuou a autonomia do Tribunal de Contas. Com efeito, nos Capítulos III, IV e V, dispunha sobre os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, e, em seguida, no Capítulo VI, versava sobre os “*Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais*”, em que estava incluído o Ministério Público e também o Tribunal de Contas. Com isso, marcava-se claramente a independência da instituição.

A divisão temática dada pela Constituição de 1937 não seguiu a estruturação clássica entre Títulos, Capítulos e Seções, optando por uma simples listagem das instituições e órgãos da República, dentre os quais estava o Tribunal de Contas, sem qualquer tipo de assinalação designando, ou mesmo indicando, vinculação a qualquer um dos Poderes.

A Constituição de 1946, por sua vez, optou por uma forma peculiar de alocação do Tribunal de Contas no texto constitucional. Separados das disposições concernentes aos Poderes e demais instituições, os dispositivos acerca do Tribunal de Contas foram incluídos na Seção VI, denominada “*Do Orçamento*”, em que se dispunha justamente sobre a formação e execução das despesas governamentais, incluindo o regramento sobre a fiscalização realizada pela Corte de Contas.

A partir desse ponto, as demais Constituições passaram a situar o Tribunal de Contas junto aos enunciados prescritivos concernentes ao Poder Legislativo. A Constituição de 1967 inaugurou esta tendência, eis que no Capítulo VI “*Do Poder Legislativo*” incluía-se a Seção VII “*Da Fiscalização Financeira e Orçamentária*”, iniciando-se a listagem das atribuições e competências do Tribunal de Contas. A Constituição de 1988, por fim, repete a estruturação tópica da ordem constitucional anterior, estabelecendo o Tribunal de Contas

no Capítulo atinente ao Poder Legislativo, especificamente na Seção IX “*Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária*”.

Percebe-se, então, que ao longo da história do Tribunal de Contas houve um deslocamento de sua localização tópica no texto constitucional no sentido de aglutinar seu regramento ao do Poder Legislativo. No entanto, convém questionar: isso basta para considerá-lo como parte deste?

O questionamento não é facilmente respondido. Isso porque, de um lado, é inegável que, com o passar do tempo, o Poder Constituinte entendeu por bem aproximar o Tribunal de Contas do Poder Legislativo, a título de racionalização e coordenação das atividades de fiscalização, chegando ao ponto de sequer reservar-lhe espaço próprio no texto constitucional.

Por outro lado, a natureza da atividade do Tribunal de Contas, a despeito das alterações sofridas em termos de suas competências, manteve-se essencialmente a mesma, desde o seu advento no ordenamento jurídico brasileiro, ainda no século XIX. Dessa forma, mantendo-se a sua razão de ser e seu papel institucional, não parece adequado entender que a mera previsão textual no capítulo dedicado ao Poder Legislativo, desacompanhada de uma profunda e expressa inovação acerca de sua natureza, possa tê-lo tornado parte deste.

Acerca disso, Ricardo Lobo Torres aponta que o Tribunal de Contas não integra nenhum dos três Poderes da República. Sua atuação se dá em caráter auxiliar ao papel interconectado e mutuamente controlado de cada um. Longe de equipará-la a um quarto Poder, Torres aponta apenas o caráter auxiliar da instituição, sem que penda para qualquer um dos três.¹⁵

De forma semelhante, porém mais acentuada, Carlos Ayres Britto afirma a independência institucional do Tribunal de Contas. Para ele, o TC não integra nenhum dos Poderes, e tampouco é subalterno a eles, argumentando que o uso da expressão “auxílio” no art. 71 não implica posição subalterna. Nesse sentido, equipara-o ao Ministério Público, da seguinte maneira:

Além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de

15 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 210

certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia. Donde o acréscimo de idéia que estou a fazer: quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo “com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71), tenho como certo que está a falar de “auxílio” do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro.

As proposições se encaixam. Não sendo órgão do Poder Legislativo, nenhum Tribunal de Contas opera no campo da subalterna auxiliaridade. Tanto assim que parte das competências que a Magna Lei confere ao Tribunal de Contas da União nem passa pelo crivo do Congresso Nacional ou de qualquer das Casas Legislativas Federais (bastando citar os incisos III, VI e IX do art. 71). O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II.¹⁶

Nesse sentido, o autor chega à conclusão de que o Tribunal de Contas é instituição que atua de forma coordenada com o Poder Legislativo de forma harmônica, independente e equiparada.¹⁷

Assim, na esteira do que mencionam os referidos autores, a conclusão mais adequada parece ser no sentido da independência do Tribunal de Contas com relação ao Poder Legislativo. Antes de ser entendido como órgão integrante ou vinculado, ele toma feições de instituição independente e condutora de atividade autônoma, cuja realização se dá em coordenação com a função fiscalizadora própria do Legislativo.

A forma como se dá essa atividade coordenada passará a ser examinada na segunda parte deste estudo, em que serão analisados os limites do exercício das competências constitucionais do Tribunal de Contas, a partir de uma abordagem temática ordenada por tipo, momento e formas de atuação.

16 BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 9, dez/2001, p. 3

17 *Idem*, p. 6

3 LIMITES ENDÓGENOS AO CONTROLE EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: LIMAR DOS PODERES DE FISCALIZAÇÃO

3.1 Quanto ao Tipo (controle técnico ou político?)

Estabelecidas as premissas gerais concernentes à função e situação institucional e jurídica do Tribunal de Contas, convém analisar os limites materiais de sua atuação sob um ponto de vista endógeno. Assim será dado enfoque aos limites não decorrentes de seu confronto de competência perante a atuação de outros entes, mas sim do limiar de extensão de sua capacidade de controle e fiscalização.

Um ponto de fundamental importância no estudo da extensão e limite do poder de controle do Tribunal de Contas diz respeito ao tipo de controle exercido, vale dizer, através de que modo tal controle deverá ser precipuamente realizado. Os tipos de controle das contas públicas da Administração são tradicionalmente categorizados como o *controle técnico* e o *controle político*.

Hodiernamente é bastante assente a noção de que o controle exercido pelo Tribunal de Contas é de natureza técnica, ao passo que o controle exercido pelo Poder Legislativo é de natureza política. A exemplo disso, destaca-se o seguinte excerto de Paulo Soares Bugarin, reportando-se ao controle exercido simultaneamente por ambas as instituições:

Tal dualidade de órgãos competentes para o exercício do controle externo de natureza parlamentar ou legislativa faz com que se considere haver uma dualidade material-funcional nas duas modalidades de controle exercidas, podendo-se dizer que uma – a que está a cargo exclusivo do Congresso Nacional – tem um conteúdo essencialmente político-institucional, enquanto que a outra – exercida privativamente por órgão técnico constitucionalmente dotado de amplas e específicas competências, o Tribunal de Contas da União, na esfera federal – tem conteúdo marcadamente técnico, administrativo e jurisdicional, também chamado de controle financeiro.¹⁸

18 BUGARIN, Paulo Soares. O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 41

Bugarin aponta a duplicidade das modalidades de controle como uma característica própria e ínsita do sistema das funções das instituições. Ao passo que o Congresso Nacional seria o responsável pelo controle político, o controle técnico caberia ao Tribunal de Contas. A cada um seria dada uma incumbência previamente estabelecida pelo Poder Constituinte.

Contudo, há outra forma de se entender a dualidade de atribuições. Há quem entenda que o controle externo deve ser, por definição, técnico – ou tão técnico quanto possível – em todas as situações. Uma vez que se trata de observância às normas atinentes à atividade da Administração, seu controle deveria, ao menos em tese, ater-se à aferição de obediência ou desobediência a tais comandos.

Contudo, como tal controle seria exercido precipuamente pelo Poder Legislativo, que é composto por parlamentares que atuam de acordo com variadas pautas políticas, haveria uma contaminação política no exercício de tal controle. Essa contaminação não seria algo próprio do controle externo, mas sim uma externalidade, um fenômeno contingente não desejável, porém inevitável. Nesse contexto, ao Tribunal de Contas caberia o controle técnico como uma forma de amenizar, contrabalancear esta contaminação, municiando os responsáveis pelo controle político com elementos técnicos para mitigar a motivação política exclusiva.

Tal é, por exemplo a oposição de José Afonso da Silva:

O controle externo é feito pelo Congresso Nacional. Daí deflui que se contamine de inegável teor político, que é amenizado pela participação do Tribunal de Contas, órgão eminentemente técnico.

Isso denota que o controle externo dos Tribunais de Contas há de ser primordialmente de natureza técnica ou numérico-legal.¹⁹

De qualquer forma, seja qual for a posição para explicar a razão de ser do fenômeno de controle político, é possível, pela análise da doutrina majoritária, chegar à conclusão de que: (i) efetivamente existem estas duas facetas de controle, (ii) seus âmbitos de implementação são absolutamente separados e inconfundíveis, porém complementares, e (iii) no que diz respeito ao controle das contas públicas, uma cabe ao Poder Legislativo (controle político), e outra ao Tribunal de Contas (controle técnico).

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 760

Com efeito, a não imiscuição entre a técnica jurídica e motivações políticas é um dos preceitos mais difundidos no estudo do Direito, e muitas vezes se traduz na posição de que, no âmbito da apreciação técnica (seja ela jurídica, contábil, econômica, etc.) não há espaço para posições politicamente motivadas, ou para pretensão de revisão de tais posições a pretexto de aplicação de critérios técnicos.

Contudo, tal realidade nem sempre se verifica. Contrariamente, há, na tradição jurídica brasileira, uma constante sobreposição entre ambas as esferas de atuação, consubstanciada em recorrentes situações em que o controle pretensamente técnico adentra no campo político sob a pretensão de promover alguma retificação técnica.

Cite-se, a exemplo desse fenômeno, a judicialização do direito à saúde. O art. 196 da CF afirma que a saúde deverá ser garantida “*mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”. O Poder Executivo, então, através de uma margem de atuação permitida por critérios de conveniência e oportunidade, estrutura um sistema de saúde universal, em que se incluem uma série de tratamentos e medicamentos a serem fornecidos, escolhidos com base em critérios técnicos, levando em consideração as necessidades majoritárias e os recursos limitados. O STF, contudo, a pretexto de realizar análise técnica da situação, entende que o contexto configura violação ao suposto direito subjetivo à saúde, que deve ser prestado universalmente e individualmente, a despeito da implementação de todo um sistema para tal fim²⁰. Portanto, a escolha política de atuação da Administração Pública é tratada como se fosse não mais do que má técnica jurídica.

Além disso, pode-se mencionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, apesar dos critérios de relevância e urgência para edição de Medida Provisória sejam de cunho político, cuja análise e sopesamento incumbem ao Poder Executivo, é possível sua revisão pelo Poder Judiciário se tais situações efetivamente não se verificarem.²¹ Assim, fica evidente que há uma clara intervenção entre as esferas técnica e política, uma vez que, se por um lado se afirma a sua independência, por outro a

20 STF, RE 855178, Plenário, Relator Min. Luiz Fux, 05/03/2015

21 STF, RE 217162, 2ª Turma, Relator Min. Carlos Velloso, 14/12/1998 e ADI 162, Plenário, Rel. Min. Moreira Alves, 14/12/1989

invasão da esfera técnica, a pretexto de corrigir eventual “atecnia” cometida pela política, é amplamente aceita.

A realidade dos Tribunais de Contas não é exceção. Efetivamente, ocorre uma transposição entre os âmbitos de controle técnico e político no âmbito da atuação da Corte de Contas. Isso ocorre, no mais das vezes, em razão da forma como é feita a análise das contas públicas. Em vez de uma averiguação pautada pelos preceitos atinentes à probidade administrativa, responsabilidade fiscal e balanço orçamentário, frequentemente o resultado de tal análise é influenciado pela afinidade político-partidária entre membros do Tribunal e o chefe do Poder Executivo.

A exemplo disso, basta considerar o histórico de aprovação das contas de gestão do Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Na avaliação das contas prestadas referentes ao ano de 2010, por exemplo, ficou demonstrado que o Governo estadual realizou gastos em propaganda e publicidade 43% além da dotação orçamentária, e não cumpriu os percentuais mínimos previstos na Constituição Estadual para os investimentos nas áreas de educação e saúde. Apesar de serem flagrantes as violações às mais básicas normas da correta gestão dos recursos públicos, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) aprovou as contas prestadas.²²

Em razão disso, é possível perceber que os Tribunais de Contas de fato exercem um controle que não se cinge ao aspecto técnico da avaliação. O que resta saber é se tal fato configura uma situação patológica e indesejável, porquanto violadora da função precípua do Tribunal de Contas, ou se configura cenário esperável e condizente com a sua função.

Aparentemente, a situação de utilização de critérios políticos na avaliação de controle externo pretensamente pautados por critérios meramente técnicos parece ser inescapável quando se constata a forma como será composta a instituição que realizará tal controle. Com efeito, dos nove Ministros do TCU, por exemplo, seis são indicados pelo Congresso Nacional, um pelo Presidente da República, e dois são escolhidos entre auditores e membros do Ministério Público que funciona junto ao TCU (art. 73, CF).

22 Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Estado disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/contas_estaduais/contas_governador/pp_2010.pdf>

Assim, há o seguinte cenário: membros do Congresso Nacional, entidade que realiza o controle *político*, que votam e deliberam com base em critérios *políticos*, são responsáveis pela nomeação daqueles que integrarão a entidade que realiza o controle *técnico*. Com isso, é natural que, na realização de suas funções, os membros do Tribunal de Contas, escolhidos com base em critérios políticos, sejam politicamente influenciados em suas deliberações. Se a composição politicamente orientada – e a indicação de 2/3 de uma instituição por membros do Congresso Nacional naturalmente será, ao menos em parte, pautada por critérios políticos – é característica da própria da instituição, não se pode mais afirmar que a ela incumbe a realização de um controle exclusivamente técnico. Dessa forma, antes de ser uma desvirtuação de sua atividade, é possível e plausível que seja apenas uma faceta de sua atuação.

Nesse sentido, Carlos Ayres Britto propõe uma análise de conciliação entre a função política e a função técnico-administrativa do Tribunal de Contas, da seguinte forma:

Daqui se infere que as Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei. Tal como se dá com a natureza jurídica de toda pessoa estatal federada, nesta precisa dicção constitucional: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos desta Constituição” (art. 18, caput, negrito à parte). E salta à razão que se os Tribunais de Contas não ostentassem dimensão política não ficariam habilitados a julgar as contas dos administradores e fiscalizar as unidades administrativas de qualquer dos três Poderes estatais, nos termos da regra insculpida no inciso IV do art. 71 da Carta de Outubro (salvante as contas anualmente prestadas pelo Chefe do Poder Executivo). Sequer receberiam o nome de “Tribunais” e nunca teriam em órgãos e agentes judiciários de proa o seu referencial organizativo-operacional.²³

Nesse diapasão, propõe-se que, em vez de se entender o Tribunal de Contas como realizador de um controle externo pautado por uma análise exclusivamente política, é preferível compreender sua atividade como algo mais amplo, por duas razões.

23 BRITTO. *O Regime...* p. 10

Em primeiro lugar, porque a tentativa de categorizar o Tribunal de Contas como realizador de um controle técnico, a partir de uma divisão conceitual binária decorrente apenas de convenção doutrinária, inevitavelmente resultará num divórcio entre plano teórico e plano prático, eis que a práxis das Cortes de Contas evidencia em larga escala uma realidade diversa daquela que tradicionalmente se aponta como o dever-ser de sua atividade, já que suas deliberações são, em grande parte, políticas. Em segundo lugar, a concepção da instituição na carta constitucional já previa que os seus membros seriam escolhidos como resultado de um processo deliberativo de nomeação política, eis que realizado por membros do Congresso Nacional.

Assim, ao invés de se apontar uma separação estanque entre o controle técnico e o controle político, parece ser mais condizente com a prática e com a conformação constitucional a constatação de que tanto o Poder Legislativo quanto o Tribunal de Contas realizam um controle misto. A diferença entre ambos é o caráter preponderante de cada um: ao passo que o Poder Legislativo realiza um *controle político tecnicamente informado*, o Tribunal de Contas realizará um *controle técnico politicamente informado*.

3.2 Quanto ao Momento (controle prévio ou posterior?)

Analisada a questão envolvendo a natureza do tipo de controle realizado pelo Tribunal de Contas no exercício de suas funções constitucionais, passa-se à apreciação do elemento temporal de tal atividade, vale dizer, do momento em que o Tribunal de Contas deve exercer seu poder de fiscalização.

Ao longo da história constitucional brasileira foram atribuídas ao Tribunal de Contas diversas conformações no que diz respeito ao momento do exercício de sua atividade fiscalizadora, que usualmente foi vinculada ao viés político adotado no contexto da elaboração de cada Constituição. A Constituição de 1934 foi a primeira a estabelecer um sistema de controle prévio pelo Tribunal de Contas. Em seu art. 101, estipulava que “*os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas*”. Com isso, a Carta Política daquela época fez clara opção por um sistema de

controle estrito e prévio, inclusive vinculando a validade dos referidos contratos à ratificação do Tribunal de Contas.

A Constituição de 1937, escrita no contexto de um regime antidemocrático e autoritário, foi em sentido diametralmente oposto. Poucas são as disposições constitucionais acerca da Corte de Contas, apenas prevendo genericamente sua função fiscalizatória, e delegando sua regulação à legislação infraconstitucional. Embora tenha sido recebido o Decreto n. 4.536/22, que estipulava o Código de Contabilidade da União, a legislação específica sobre o Tribunal de Contas foi editada apenas na ordem constitucional seguinte. Dessa forma, engessava-se tanto a atuação *ex ante* quanto *ex post* do Tribunal de Contas, permitindo ao Poder Executivo uma atuação desamarrada.

A Constituição de 1946 reinstituíu o sistema inaugurado em 1937. Inclusive, a locução normativa foi reproduzida integralmente, no art. 77, §1º. Contudo, foi adicionada uma disposição nova, no sentido de que “*a recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional*”. Esta nova conformação trazia consigo uma relevante alteração: embora efetivamente coubesse ao Tribunal de Contas a deliberação inicial sobre se deveria ou não ser registrado o contrato que implicasse despesa ou receita da União, a última palavra seria do Poder Legislativo, na hipótese de negativa.

Tal mudança não é irrelevante. Se por um lado estava reinstituído o sistema de controle *prévio*, tal controle não era mais *autônomo*, eis que, se exercido no sentido de cerceamento do ato da Administração, estaria sujeito à manifestação posterior do Congresso Nacional. Em que pese não representasse uma ruptura radical – uma vez que a própria definição da tripartição de Poderes atribui ao Poder Legislativo a função precípua de controle do Poder Executivo –, esta alteração abriu caminho para a alteração que seria feita pela ordem constitucional posterior.

A Constituição de 1967 voltou a relegar ao Tribunal de Contas a uma posição de menor destaque na atividade de controle e fiscalização da Administração. Contudo, enquanto a Constituição de 1937 atrofiava tanto o Poder Legislativo quanto o Tribunal de Contas, a de 1967 deslocava essa competência inteiramente ao Poder Legislativo, que ainda possuía atribuições constitucionais relevantes. Com isso, extinguiu-se novamente

o sistema de controle prévio, atribuindo ao Tribunal de Contas um papel meramente auxiliar.

A Constituição Federal de 1988, dando a conformação já analisada na primeira parte deste estudo, reinstalou as competências próprias do Tribunal de Contas, mas não reinseriu o dispositivo que estipulava o controle prévio de atos da Administração Pública. A utilização de uma interpretação histórica, no sentido de que a menção feita na Constituição anterior e não repetida na vigente implicaria a supressão do conteúdo normativo do novo ordenamento jurídico²⁴, leva à conclusão de que o sistema de controle prévio antes exercido pelo Tribunal de Contas foi afastado pela vigente ordem constitucional, da mesma maneira que, utilizado por Cretella Jr., levou-o à conclusão de que o Tribunal de Contas, no exercício de sua atividade, não possui caráter jurisdicional²⁵.

Esta posição, de fato, é adotada pelo próprio Tribunal de Contas da União, que na sua Súmula n. 87 afirma:

Com o sistema de controle externo, instituído pela Constituição de 1967 e disciplinado em legislação ordinária pertinente, não compete ao Tribunal de Contas da União julgar ou aprovar previamente contratos, convênios, acordos ou ajustes celebrados pela Administração Pública.

Além disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 916, se posicionou no mesmo sentido²⁶. A referida ação versava sobre a Lei Ordinária Estadual 6.209/1993, do Mato Grosso do Sul, cujo conteúdo dispunha que todos os contratos celebrados entre o Governo do Estado e empresas particulares dependeriam de registro prévio junto ao Tribunal de Contas do Estado, que teria o dever de exarar parecer sobre o tema, inclusive no sentido de vetá-los. Apreciando a questão, mencionou o Min. Joaquim Barbosa:

O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de

24 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001, p. 17

25 CRETELLA JÚNIOR. *Natureza...* p. 17

26 STF, Plenário, Relator Min. Joaquim Barbosa, 02/02/2009

competência da Função Executiva. 3. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público.

Dessa forma, se constata uma tendência clara no sentido de que o poder de controle prévio do Tribunal de Contas foi extinto com o advento da ordem constitucional de 1967, e jamais foi retomado. À instituição, portanto, incumbiria apenas e tão somente o controle posterior de seu objeto de análise.

Contudo, é preciso fazer uma ressalva. Em que pese se possa entender pela não recepção do sistema de controle prévio a partir de uma interpretação histórica, convém ressaltar que o método da interpretação teleológica é o mais tradicionalmente utilizado na análise das funções e poderes dos Tribunais de Contas, uma vez que a Constituição, ao estipular as funções e competências da instituição, deixa espaço para uma forma de análise interpretativa pautada justamente pelas finalidades. E se uma interpretação teleológica não permite, por um lado, que se chegue a uma conclusão pela efetiva existência de um sistema de controle *prévio* – assim entendido como aquele em que o Tribunal de Contas aprecia seu objeto antes da realização do ato da Administração –, ela permite, por outro, que se constate a possibilidade um controle *preventivo* – assim entendido como aquele em que o Tribunal de Contas possui a capacidade de, cautelarmente, suspender determinados atos da Administração, sem no entanto analisá-los em caráter definitivo.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 24.510²⁷, reconheceu que o Tribunal de Contas possui um poder geral de cautela, que se consubstancia em prerrogativas institucionais decorrentes das próprias atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas para seu adequado funcionamento e alcance de suas finalidades. Naquela oportunidade, o STF aplicou a teoria dos poderes implícitos, no sentido de que, se eram estampadas tais e quais finalidades e competências, o Tribunal de Contas, em razão deste fim, deveria logicamente estar munido da capacidade dar-lhes efetividade.

Assim, denota-se que, se por um lado o controle exercido pelo Tribunal de Contas é, em via de regra, posterior, a partir da exclusão do controle

27 STF, Plenário, Relatora Min.^a Ellen Gracie, 19.03.2004

prévio anteriormente existente, a vigente interpretação constitucional dada pelo STF entende que é possível um controle preventivo, ou seja, a título de apreciação sumária para fins de provimento cautelar de suspensão de atos administrativos – sem que isso importe uma apreciação definitiva do ato.

3.3 Quanto à Extensão (quais poderes possui?)

Por fim, passa-se à análise de quais poderes o Tribunal de Contas detém para o exercício de sua função de controle externo, e em que medida. Com efeito, se o Tribunal de Contas é uma instituição cuja finalidade é a fiscalização da Administração, é essencial compreender quais poderes estão abrangidos para a sua efetividade.

Ocorre que, conforme já mencionado, a Constituição estipula a finalidade e as competências da Corte de Contas, sem no entanto explicitar todas as suas capacidades. Disso decorre que a forma mais usualmente utilizada para averiguar a extensão de tais poderes é pautada por uma interpretação teleológica da Constituição. Nesse sentido, já foi mencionado no presente estudo o entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual é aplicável a teoria dos poderes implícitos, no sentido de que, ainda que não tenham sido expressamente mencionadas na Constituição, o Tribunal de Contas possui uma série de prerrogativas para fazer valer seu papel de fiscalização, pontuando que entender de modo diverso implicaria a situação inusitada em que a Constituição teria outorgado competências sem tê-lo municiado das ferramentas para realizá-las.

Nesse sentido, o STF já afirmou que o Tribunal de Contas possui poderes para determinar às instituições fiscalizadas que apresentem documentos, prestem informações e comuniquem dados que eventualmente sejam requisitados. Tal posição foi firmada no julgamento da ADI 2361, em que se reputou inconstitucional lei estadual do Ceará que pretendia assegurar à Administração local a prerrogativa de não entregar documentos e se recusar a prestar informações ao TCE-CE.²⁸

Além disso, a teoria dos poderes implícitos levou ao entendimento de que o Tribunal de Contas tem a prerrogativa autônoma para declarar a inidoneidade de empresa privada a título de penalidade para fins de

28 STF, Plenário, Relator Min. Marco Aurélio de Mello, 24.09.2014

incapacidade de participação de licitações. Em que pese essa prerrogativa já estivesse positivada na legislação (art. 46 da Lei 8.443/92), havia controvérsia sobre sua manutenção no ordenamento jurídico após o advento de previsão idêntica outorgada à própria Administração Pública, consoante a Lei de Licitações (art. 87 da Lei 8.666/93).²⁹

Ainda, tal critério interpretativo foi utilizado também em decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello no MS 32.494. Na ocasião, tratava-se de pedido de medida liminar para suspender a eficácia de decisão proferida em procedimento no âmbito do TCU em que se determinou a desconsideração da personalidade jurídica de empresa licitante para aplicar a pena de inidoneidade à pessoa jurídica que detinha o controle acionário da empresa licitante. Apesar de ponderar que tal prerrogativa estaria, *prima facie*, em harmonia com as competências do TCU, o Ministro deferiu a liminar pleiteada para suspender a penalidade.³⁰

Em que pese a aplicação liberal que o Supremo tem feito de tal critério interpretativo, essa forma de análise e aplicação das normas constitucionais deverá necessariamente ser orientada pelos postulados normativos de proporcionalidade e razoabilidade, a fim de que haja uma harmonia e coordenação entre a finalidade da norma e seus efeitos, bem como uma devida consonância entre seu conteúdo as situações fáticas específicas a serem exploradas.³¹

Por exemplo, a prerrogativa do Tribunal de Contas para quebra do sigilo bancário é um tema em que já houve mais de um paradigma doutrinário em razão de uma interpretação teleológica. Originalmente, a quebra do sigilo bancário era regulada pela Lei 4.595/64, em seu art. 38, outorgando ao Poder Legislativo tal prerrogativa, quando houvesse motivos relevantes. Parte da doutrina entendia que, apesar da disposição legislativa mencionar apenas o ente político, o Tribunal de Contas era também destinatário dessa capacidade. Tal entendimento, que pode ser exemplificado pela posição de Wremyr Scliar, era embasado em duas prerrogativas: em primeiro lugar, o Tribunal de Contas, por auxiliar o Poder Legislativo em sua atividade

29 STF, Plenário, Relator p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, 21.05.2015

30 STF, Relator Min. Celso de Mello. 11.11.2013

31 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 227

de fiscalização, seria parte deste, e destinatário das mesmas prerrogativas institucionais, e, em segundo lugar, a Constituição teria garantido apenas a inviolabilidade de domicílio e sigilo de comunicação, sem sua eficácia jurídica ao sigilo bancário.³²

Contudo, a referida posição não aparenta ser a mais adequada, visto que se trata de situação em que há desmedida liberalidade na outorga de prerrogativas ao Tribunal de Contas, por uma série de motivos. De início, cabe mencionar a mudança do cenário legislativo. Com o advento da Lei Complementar 101/2001, houve um regramento mais minucioso das situações em que a quebra de sigilo bancário poderia ser autorizada, mantendo-se a prerrogativa do Poder Legislativo, em determinados casos. Não obstante, houve uma alteração do paradigma doutrinário, no sentido de que, conforme já exposto neste estudo, o Tribunal de Contas não integra o Poder Legislativo, constituindo instituição autônoma, destinatária de regramento próprio, e não detentora das mesmas prerrogativas institucionais. Por esse motivo, a previsão de quebra do sigilo bancário não alcança a Corte de Contas.

Ademais, é possível verificar uma mudança no paradigma cultural da interpretação. Em que pese a ordem constitucional vigente tenha inaugurado um ordenamento jurídico contrastante com o anterior – eis que abertamente democrático, inclusivo e garantidor de prerrogativas fundamentais individuais e coletivas – seu surgimento se deu após mais de vinte anos de vigência de um sistema antidemocrático e centralizador. Foi sob tal cenário anterior que ganhou espaço o pretenso “*princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*”, o que fez com que muitas das primeiras interpretações da CF/88 fossem realizadas sob o influxo daquele período em que pouca era a eficácia dos direitos individuais frente ao Estado. Contudo, a estabilização da ordem democrática no vigente ordenamento jurídico, somada à análise crítica do “*princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*”³³ viabilizaram uma

32 SCLIAR, Wremyr. A Ação Fiscalizadora do Tribunal de Contas e o Sigilo Bancário. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Ano IX, n. 14, jun/1991, p. 111-115

33 ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set/out/nov, 2007.

reinvenção da forma de se entender as atuações e capacidades do Poder Público, incluindo-se aí o Tribunal de Contas.

Nesse sentido, o próprio Supremo entendeu, no julgamento do MS 22.801, que a quebra do sigilo bancário por determinação do Tribunal de Contas, em que pese idealmente condizente com suas finalidades constitucionais, não era prevista em atribuição específica na legislação, sendo inviável a interpretação extensiva da LC 101/2001, justamente em razão dos princípios constitucionais de proteção da intimidade.³⁴ Com isso, o STF demonstrou que, a despeito de sua tendência de expandir as prerrogativas da Corte de Contas, o confronto com as garantias individuais pautado pelo exame de proporcionalidade efetivamente resulta numa limitação dos poderes do Tribunal de Contas.

4 CONCLUSÃO

A análise realizada se prestou a averiguar a natureza jurídica e as características do Tribunal de Contas enquanto instituição responsável pelo controle externo da Administração Pública, focando na forma como se implementa a fiscalização da gestão de recursos públicos. Para isso, desenvolveu-se uma análise voltada, num primeiro momento, à situação institucional do Tribunal de Contas, e, num segundo momento, à natureza e modalidades de controle exercido pela Corte de Contas, bem como seus limites.

Nessa linha, verificou-se que o Tribunal de Contas é instituição que auxilia o Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública, mediante o exercício das competências elencadas no art. 71 da Constituição. Dentre estas, destacam-se duas: primeiro, a atividade eminentemente acessória, na forma de prolação de parecer sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República (análise das contas de governo), cuja deliberação final caberá ao Congresso Nacional. Segundo, a atividade autônoma de julgamento das contas de administradores e demais responsáveis por valores públicos (análise das contas de gestão), proferindo decisão final que não está sujeita à posterior ratificação de qualquer outra instituição.

34 STF, Plenário, Relator Min. Menezes Direito, 14.07.2007

Quanto à natureza das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas, estas não possuem caráter de prestação jurisdicional. O uso na Constituição da expressão “*judgar*” para qualificar a atividade do art. 71, II, não implica que a Corte de Contas integre a esfera do Poder Judiciário, inclusive porque tal terminologia não implica necessariamente o significado de exercício de atividade judicante. Sua função, embora pressuponha a prolação de decisão mediante procedimento em contraditório, se distingue das características próprias da prestação jurisdicional.

Ademais, no que diz respeito a sua situação institucional, o Tribunal de Contas não integra o Poder Legislativo e, apesar de ser-lhe designada a função de auxílio na atividade de controle externo da Administração Pública, tal tarefa não implica nem mesmo sua subordinação. Ao invés, há uma atuação independente, autônoma e coordenada entre a Corte de Contas e o Congresso Nacional (ou Assembleia Legislativa, ou Câmara de Vereadores), desempenhando tarefas especificamente diversas, mas voltadas para o mesmo fim.

A partir das premissas estabelecidas quanto à sua competência e situação institucional, foram analisados três aspectos concernentes ao *limite* do controle exercido pelo Tribunal de Contas. No tocante ao *tipo*, constatou-se que este não pode ser considerado exclusivamente técnico. A despeito do senso comum teórico que usualmente categoriza o controle externo entre político – realizado pelo Poder Legislativo – e técnico – realizado pelo Tribunal de Contas –, a observação tanto da conformação constitucional da composição do Tribunal de Contas quanto da prática usual da deliberação da Corte permite constatar que tais atividades não ocorrem de maneira estanque. Assim, a atuação do Tribunal de Contas deve ser entendida como sendo um controle técnico, mas politicamente informado – sem, no entanto, poder desbordar para o arbítrio.

Já quanto ao *momento* de controle, a história constitucional do Brasil indica que, no passado, já foi feita a opção pelo sistema de controle prévio pelo Tribunal de Contas. Contudo, tal prática não foi uniformemente adotada e reiterada pelos ordenamentos jurídicos subseqüentes, muito em razão de estar sujeita aos sabores da vontade política vigente. A ordem constitucional de 1988, repetindo o paradigma estabelecido em 1967, aboliu tal sistemática. Contudo, o afastamento do sistema de controle prévio não veio a prejudicar

a viabilidade do controle preventivo, materializado na prerrogativa de deferimento de medidas cautelares por parte da Corte de Contas.

Por fim, no tocante à *extensão material* dos poderes abrangidos, é possível constatar que o método mais usualmente aplicado para interpretar o alcance das prerrogativas do Tribunal de Contas é o emprego da interpretação teleológica, pautada pelos fins a que se presta enquanto instituição fiscalizadora. Isso leva, no que concerne ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, a uma tendência alargadora da compreensão de seus poderes e capacidades. Contudo, a aplicação de postulados de proporcionalidade e razoabilidade, sobretudo levando em consideração a eficácia protetiva e limitadora dos direitos fundamentais, tem servido para modular esta tendência.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ubiratan. A Ação Preventiva e Corretiva dos Tribunais de Contas. In: *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 32, n. 90, out/dez 2001, p. 239-252

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001

_____. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. In: *Revista Direito Tributário Atual*, n. 29, São Paulo, 2013

_____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set/out/nov, 2007.

_____. *Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

_____. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013

_____. Função Controlada do Tribunal de Contas. In: *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 99, jul. 1991. p. 160-166

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 9, dez/2001

BUGARIN, Paulo Soares. *O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993

CIRNE LIMA, Ruy. *A Jurisdição do Tribunal de Contas*. Anais do III Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, 1978

CITADINI, Antônio Roque. O Controle do Tribunal de Contas. In: *Licitações e Contratos Administrativos: coletânea de estudos*. São Paulo : NDJ, 1998. p. 209-224

COELHO, Marina Morena Alves. O Controle Externo das Licitações e

dos Contratos dos Tribunais de Contas. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 72, n. 3, ano XXVII, jul/set 2009, p. 49-73

COSTA, Alexandre Massarana da. Julgamento de Contas Públicas: Competência dos Tribunais de Contas, Atos de Gestão e de Governo e Inelegibilidade. In: *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 21 de ago. de 2012.

COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. As Funções Jurisdicional e Opinitiva do Tribunal de Contas. In: *Fórum Administrativo*. Ano 1, n. 08, out/2001. p. 1051-1066

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 27. Porto Alegre: PGE, 1971

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das Decisões do Tribunal de Contas. In: *Revista dos Tribunais*, v. 631, 1988, p. 14-23

CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. Eficácia das Decisões dos Tribunais de Contas. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 81, vol. 685, nov 1992, p. 7-14

DIAS, Isaías Costa; ALENCAR, Evaldo Lopes de. Os Tribunais de Contas e o Sigilo Bancário, In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 28, 1992, p. 113-123

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. Decisões dos Tribunais de Contas: Eficácia de Título Executivo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 29, n. 113, jan/mar 1992, p. 331-344

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Competência dos Tribunais de Contas para Sustação de Contratos. In: *Forum Administrativo – Direito Público*, n. 16. Belo Horizonte: Forum, 2002, p. 732-735

_____. Os Limites do Poder Fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, n. 142, abr/jun 1999, p. 167-189

FERRAZ, Luciano. Poder de coerção e poder de sanção dos Tribunais de

Contas – competência normativa e devido processo legal. In: *Revista Dialogo Jurídico*, n. 13, abr/mai 2002

FREITAS, Juarez. *Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas*. Cuiabá: Instituto Ruy Barbosa, 2013

_____. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011.

JAYME, Fernando. A Competência Jurisdicional dos Tribunais de Contas do Brasil. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 45, n. 4, out/dez 2002, p. 143-191

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

KNIJNIK, Danilo. O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo e Constitucional. *Revista do Ministério Público*. N. 35. Porto Alegre, procuradoria geral de justiça, 1995

LAUBÉ, Vitor Rolf. Considerações acerca da Conformação Constitucional do Tribunal de Contas. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 29, n. 113, jan/mar 1992, p. 307-327

MAFFINI, Rafael. Atos administrativos sujeitos a registro pelos tribunais de contas e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. In: *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v.3, n.10, jul. 2005, p. 143-163

_____. *Direito Administrativo*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MARANHÃO, Jarbas. Origem dos Tribunais de Contas: Evolução do Tribunal de Contas no Brasil. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 29, n. 113, jan/mar 1992, p. 327-330

MARTINS-COSTA, Judith. A Competência dos Tribunais de Contas para Determinar a Sustação de Contrato Ilegais: extensão e alcance da regra do art. 71, §§ 1º e 2º da Constituição Federal. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 68, jul/dez 1992, p. 33-35

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3 ed. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2014

_____. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 27, n. 108, jan/mar 1990, p. 101-126

MOREIRA, Pedro da Silva. *Eficácia normativa dos princípios constitucionais : o caso do direito à saúde*. Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 74 f., 2010

PASCOAL, Valdecir. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. In: *Revista do Tribunal de Contas da União*, v.115, 2009, p. 103-118

PAULSEN, Leandro. *Segurança Jurídica, Certeza do Direito e Tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende; EDELSTEIN, André Fabian. Sustação de Contratos Administrativos pela Câmara Municipal – Necessidade de parecer prévio pelo Tribunal de Contas. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 6, 2000, p. 140-144

ROCHA, Lincoln Magalhães da. Caráter Técnico-Político das Decisões dos Tribunais de Contas. In: *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 78, 1998, p. 35-40

SCLIAR, Wremyr. A Ação Fiscalizadora do Tribunal de Contas e o Sigilo Bancário. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Ano IX, n. 14, jun/1991, p. 111-115

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012

SILVA JÚNIOR, Bernardo Alves da. O Exercício do Poder Cautelar pelos Tribunais de Contas. In: *Revista do Tribunal de Contas da União*, v.113, 2008, p. 33-40

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

_____. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

VIEIRA, Raimundo de Menezes. Tribunal de Contas: Jurisdição Especial. In: *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, v. 12, 1982. p. 4-25

A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

THE CLAIM PRECLUSION*

Rodrigo Krieger Martins**

Recebido em: 15.8.016

Aprovado em: 31.8.2016

Resumo: Quando é proferido um julgamento de mérito definitivo, todas as alegações que foram arguidas ou que poderiam ter sido entre aquelas partes se tornam irrelevantes. Como uma garantia constitucional, a coisa julgada e sua eficácia preclusiva previnem uma parte insatisfeita de tentar litigar novamente a questão uma segunda vez, mas também possuem limites e condições.

Palavras-chave: Eficácia preclusiva da coisa julgada; Coisa julgada e seus limites; Processo civil e Constituição.

Abstract: When a final judgement on the merits is conclusive, all the claims that were litigated or that could have been in that suit between that parties becomes irrelevant. As a constitutional guarantee, the *res iudicata* and his claim preclusion prevents a dissatisfied party from trying to litigate the issue a second time, but also have limits and conditions.

Keywords: Claim preclusion; Res iudicata and his limits; Civil procedure and constitutional law.

Sumário: 1 Introdução. 2 Premissas necessárias e institutos correlatos. 2.1 Preclusão, coisa julgada formal e coisa julgada material. 2.2 Considerações sobre a coisa julgada. 2.3 Limites subjetivos da coisa julgada. 2.4 Limites objetivos da coisa julgada. 3 A eficácia preclusiva da coisa julgada. 3.1 Definição e função no sistema jurídico. 3.2 Conformação legal do instituto. 3.3 Conteúdo e alcance. 4 Meios de impugnação da coisa julgada e a doutrina da relativização. 5 Constituição, processo civil e coisa julgada. 6 Conclusões.

* Trabalho de conclusão apresentado em 2015 como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Processo Civil pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio grande do Sul. Orientador: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero

** Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

1 INTRODUÇÃO

Fato há muito constatado pela doutrina jurídica é o constante tensionamento entre os desejos de justiça e segurança jurídica.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira observa, acerca da relação entre “direito material e pacificação, duas grandezas de igual intensidade”, que “a prevalência de um ou de outro aspecto depende dos valores imperantes em determinada sociedade e das condições concretas vigorantes para a administração da justiça”.¹ E registra ele, em outra passagem, que “o processo, cuja finalidade fundamental é a realização do direito, traz em si ao mesmo tempo o risco de aniquilamento do próprio direito”, aspecto fundamental de que se deu conta Hegel, “ao enfrentar a aporia entre segurança e justiça, pois vislumbra na dialética do processo íntima contradição pela qual este, que começa por ser um meio, passa a se contrapor como algo exterior ao seu fim, podendo até se transformar no seu contrário, tornando-se fim em si mesmo”.²

Nessa intermediação, o processo civil possui função de alta relevância, pois, como dito por Luiz Guilherme Marinoni, o constitucionalismo contemporâneo atribui à jurisdição o dever de “tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto”.³

Não há como não se concordar com José Carlos Barbosa Moreira quando afirma ele que, entre os riscos de se comprometer a segurança da vida social e o de consentir na eventual cristalização de injustiças, prefere o ordenamento assumir o segundo.⁴

Para atender a essa necessidade prática de assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado é que existe o instituto da coisa julgada.⁵

No entanto, isto por si só não é suficiente para dar solução ao problema em toda sua completude pois, além daquilo que conhecido em juízo foi

1 **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 169.

2 **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 174.

3 **Curso de processo civil**: volume 1, teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2014, p. 143.

4 **A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro**. In: **Temas de direito processual**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, Primeira série, p. 99.

5 *Idem*. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 416, junho 1970, p. 10.

quando do julgamento de mérito, há, ainda, aquilo que poderia ter sido alegado mas não o foi.

Há, como dito por Araken de Assis, a “necessidade prática de afastar, no futuro, um novo processo tendo por causa aquela porção da lide pré-processual excluída, voluntariamente, da primeira relação processual”, sendo isto o que preside a instituição normativa da eficácia preclusiva da coisa julgada.⁶ Disto é que se ocupa o presente estudo.

2 PREMISSAS NECESSÁRIAS E INSTITUTOS CORRELATOS

Não há como se falar da eficácia preclusiva da coisa julgada sem que antes se faça uma abordagem de seus antecedentes lógicos e formais. Aqui, portanto, necessário seja estabelecida sua relação e distinção diante de outros institutos relevantes, bem como seja traçado um panorama acerca de seu pressuposto, a própria coisa julgada, e de seus limites.

2.1 Preclusão, Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material

Como observam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, toda a marcha processual se ordena sob o critério da preclusão, sendo esta, ainda, o pressuposto essencial para a coisa julgada.⁷ É ela um dos mecanismos destinados a impedir a repetição da prática de atos processuais ou retorno a fases e atos já praticados.⁸ Consiste, conforme definição de Chiovenda, na perda, ou extinção ou na consumação de uma faculdade processual.⁹

Isto pode ocorrer porque a parte não observou a oportunidade e ocasião própria para realização do ato processual, a implicar na preclusão temporal, porque realizou ato processual com a faculdade incompatível, o que consiste na preclusão lógica, ou porque já exercitou validamente a faculdade, gerando a preclusão consumativa.¹⁰

6 **Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada.** Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 44, ano XV, novembro 1988, p. 39.

7 **Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p. 628.

8 *Ibidem, loc. cit.*

9 *Ibidem, loc. cit.*

10 *Ibidem, p. 629-630.*

Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira esclarecem que a coisa julgada tem como pressuposto a preclusão consumativa em relação ao órgão judicial, pois com a prolação da sentença o juiz não tem mais jurisdição para aquela fase do processo, do que surge a irretratabilidade da decisão e, ainda, a preclusão temporal em relação ao poder das partes de manifestar inconformidade com a decisão, a gerar sua inimpugnabilidade.¹¹

Ainda conforme Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, além de ser seu pressuposto, a coisa julgada é por muitos considerada a preclusão por excelência, capaz de gerar efeitos mesmo para fora do processo onde ocorre.¹²

E, em se tratando de coisa julgada, é de reiterada acolhida a distinção entre aquilo que se denominou coisa julgada formal e coisa julgada material. Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, “dá-se a primeira quando a sentença só se torna imutável no âmbito do processo em que foi proferida”, com o que não há óbice que em outro processo se profira nova decisão com o mesmo objeto, ocorrendo a segunda “quando a imutabilidade da sentença prevalece ainda em relação a processos distintos”.¹³

A partir desta distinção se pode ver que a eficácia preclusiva somente pode ser gerada pela coisa julgada material, pois esta é a única que pode se impor também frente a processos futuros.

Mas esta distinção é imprecisa e equivocada, pois coisa julgada material e formal não são espécies do mesmo gênero e, em verdade, esta nada mais é que preclusão, como dão conta Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

5. O art. 467, primeira parte, fala em *coisa julgada material* para definir aquilo que preferimos chamar simplesmente de coisa julgada. Com essa atitude, insinua a existência de uma *coisa julgada formal*, que seria a regulada no art. 467, segunda parte, e no art. 6º, § 3º, da LICC (“chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”). Trata-se, no entanto, de opção terminológica censurável: a coisa julgada forma-se rigorosamente apenas quando a *res é judicata*, isto é, apenas quando há exame de mérito definitivo da

11 **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012, p. 273.

12 *Ibidem*, p. 628.

13 **Ainda e sempre a coisa julgada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 416, junho 1970, p. 14.

controvérsia. Daí que a expressão “coisa julgada material”, de um lado, é tautológica, porque o adjetivo *material* nada acrescenta. De outro, a locução *coisa julgada formal* é uma *contraditio in terminis*, na medida em que não há coisa julgada se ocorre apenas a inimpugnabilidade da decisão sem o exame do mérito da controvérsia. Por essa razão, é mais adequado falar simplesmente em coisa julgada e preclusão, deixando-se de lado a confusa terminologia adotada pelo direito brasileiro para cuidar do tema.¹⁴

Precisas também são as observações de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart quanto ao ponto:

Quando se alude à indiscutibilidade da sentença judicial fora do processo, portanto em relação a outros feitos judiciais, o campo é da *coisa julgada material*, que aqui realmente importa e constitui, verdadeiramente, o âmbito de relevância da coisa julgada. Já indiscutibilidade da decisão judicial verificada dentro do processo remete à noção de *coisa julgada formal*. A coisa julgada formal, como se nota, é *endoprocessual*, e se vincula à impossibilidade de se rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada. Já a coisa julgada material é *extraprocessual*, ou seja, seus efeitos repercutem fora do processo.¹⁵

Assim, parece acertada a conclusão de que a verdadeira coisa julgada é a coisa julgada material, bem como que a chamada coisa julgada formal com ela não se confunde, sendo ela uma modalidade de preclusão, a última do processo de conhecimento, a tornar insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida.¹⁶

2.2 Considerações sobre a Coisa Julgada

Ao longo do largo tempo de vigência do Código de Processo Civil muito se dissentiu acerca da definição legal de coisa julgada então contida

14 **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012, p. 273-274.

15 **Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p 632.

16 *Ibidem*. **Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p 628.

em seu art. 467, a denominar coisa julgada material a eficácia a tornar imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.¹⁷

Havia já antes o § 3º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil a chamar por coisa julgada a decisão judicial de que já não caiba recurso. Esta definição, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, há de ser afastada por “obviamente insatisfatória” e “demasiado simplificadora”, permitindo saber quando começa a existir coisa julgada, o que é apenas o aspecto cronológico, mas nada informando sobre a essência do fenômeno e sobre o modo como ele atua, deixando “na sombra o aspecto ontológico da coisa julgada”.¹⁸

A ilustrar a controvérsia, Sérgio Gilberto Porto anota que o instituto da coisa julgada difere da soma dos termos contidos na referida redação legal, bem como que não se encontra nos mais diversos idiomas vocábulo capaz de traduzir sua concepção e, ainda, que seu conceito tem variado no tempo e no espaço, citando divergências entre países e que, mesmo no Brasil, a visualização da primeira metade do século não se identifica com as atuais concepções.¹⁹

Daniel Francisco Mitidiero descreve a evolução das teorias sobre a coisa julgada.²⁰ A mais antiga, com raízes no direito romano e que chegou a contar com acolhida na legislação francesa, italiana e espanhola de outrora, considerava a coisa julgada como uma presunção *jure et de jure* de verdade, tendo hoje apenas valor histórico.²¹ No que se pode denominar como um passo mais adiante, há a orientação originária de Savigny, também originária da concepção romana, para quem a autoridade da coisa julgada seria uma ficção de verdade a proteger as sentenças definitivas de ataques e modificações, entendimento que também remanesce apenas para registro histórico.²²

17 MITIDIERO, Daniel Francisco. **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva**. In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 194-201.

18 **Ainda e sempre a coisa julgada**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 416, junho 1970, p. 10-11.

19 **Coisa julgada civil**. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 2ª edição, 1998, p. 43.

20 **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva**. In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 192-201.

21 *Ibidem*, p. 193-194.

22 *Ibidem*, 2004, p. 194.

Estas concepções estão superadas porque, como pontuam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a coisa julgada não se liga ontologicamente à noção de verdade, não a representando nem constituindo ficção ou presunção de verdade, mas tratando-se “de uma opção do legislador, ditada por critérios de conveniência, que exigem a estabilidade das relações sociais, e conseqüentemente das decisões judiciais”.²³

A norma contida no mencionado art. 467 da legislação de 1973 adotou a teoria que concebe a coisa julgada como eficácia sentencial, atitude doutrinária de origem alemã que, conforme Daniel Francisco Mitidiero, “identifica sem maiores pudores a coisa julgada com a eficácia da sentença, especificamente com seu efeito declaratório”, entendimento este que contou, no Brasil, com a simpatia de Pontes de Miranda e Celso Neves, dentre outros tantos.²⁴ Seria, pois, a coisa julgada um efeito da sentença.

Porém, esta concepção, antes mesmo de ser acolhida no Código de Processo Civil que logo seria editado, mereceu a severa crítica de José Carlos Barbosa Moreira nos idos de 1970, no sentido de que a “fórmula prevalecte entre os alemães padece de um radical vício de empostação, o de deslocar para o campo dos efeitos da sentença a declaração que lhe integra (e em alguns casos lhe exaure) o conteúdo”, pois “a sentença não produz uma declaração: contém-na e até se pode dizer que nela consiste, exclusivamente ou não”.²⁵

Liebman já havia apresentado sua oposição a este ponto de vista, dizendo haver nele um erro lógico, pois a coisa julgada não seria o efeito da sentença, mas sim uma qualidade dos efeitos da sentença. Para o eminente processualista, “a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina dominante, mas sim modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado”.²⁶ Assim, os efeitos

23 **Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p. 635.

24 **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva.** In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 194-196.

25 **Ainda e sempre a coisa julgada.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 416, junho 1970, p. 11.

26 MITIDIERO, Daniel Francisco. **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva.** In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil:**

da sentença é que possuiriam um novo elemento qualificador, de modo que a coisa julgada seria uma qualidade destes seus efeitos.

José Carlos Barbosa Moreira assevera assistir razão a Liebman em “fixar-se no ângulo da imutabilidade, para dele, e só dele, visualizar a coisa julgada”, mas que, apesar do passo decisivo, não conseguiu “libertar-se, ele mesmo, do peso de um equívoco em má hora feito tradição”, de modo que não chegou a assentar a independência entre autoridade e eficácia, identificando a coisa julgada com uma qualidade da sentença e seus efeitos.²⁷

E, efetivamente, não há como se resistir ao peso dos argumentos de Barbosa Moreira, notadamente quando recorda que mesmo diante da sentença em uma ação renovatória de aluguel, nada impede as partes, de comum acordo, de modificarem “modificarem o aluguel fixado, alterarem esta ou aquela cláusula, e até porem fim à locação”, ou, ainda, que aqueles judicialmente separados podem restabelecer a sociedade conjugal, e, mais contundentemente, que o efeito executório, peculiar à sentença condenatória, já nasce com o normal destino de se extinguir, pois cumprida espontaneamente ou executada esta, cessa o efeito.²⁸

Registra Daniel Francisco Mitidiero que, embora mereça alguns reparos, a orientação de que a coisa julgada seria uma qualidade dos efeitos da sentença gozou de eloquente reputação e, para Araken de Assis, estas idéias de Liebman constituem o ponto de partida do conceito atual de coisa julgada no direito brasileiro.²⁹

Ovídio Araújo Baptista da Silva assevera que se pode concluir, com Liebman, que a coisa julgada “não é um *efeito*, mas uma *qualidade* que se ajunta não, como ele afirma, ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, tornando-a imutável, e sim apenas ao efeito declaratório, tornando-o indiscutível (que é o meio de a declaração tornar-se imutável) nos futuros

primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 196-197.

27 **Ainda e sempre a coisa julgada.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 416, junho 1970, p. 12.

28 **Ainda e sempre a coisa julgada.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 416, junho 1970, p. 12.

29 **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva.** In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 197.

juízos”.³⁰ Seria, pois, a coisa julgada a qualidade do efeito declaratório da sentença.³¹

De acordo com Daniel Francisco Mitidiero, a eficácia sentencial há de ser decomposta em força e efeito, sendo aquela algo interno e esta externo, correspondendo, ainda, a primeira ao que Ovídio Araújo Baptista da Silva denomina eficácia e José Carlos Barbosa Moreira de conteúdo.³² Afirma, com amparo em Araken de Assis e Barbosa Moreira, ser equivocado atribuir imutabilidade aos efeitos, pois estes podem sofrer mutação, e o que deve receber a imutabilidade é a força, algo contra o que não podem rebelar-se as partes.³³ Sustenta que a autoridade da coisa julgada, sendo ela a sua indiscutibilidade, sua imunidade a discussões juridicamente relevantes, recai sobre determinada força da sentença, revestindo-a, qualificando-a e outorgando-lhe uma estabilidade especial.³⁴ Aponta, porém, divergência acerca de qual força da sentença receberia esta qualidade, pois para Barbosa Moreira esta seria imprimida não apenas à declaração, mas a todo o conteúdo decisório da sentença, enquanto que para Ovídio Araújo Baptista da Silva a coisa julgada agrega-se apenas ao efeito declaratório, no que seria apoiado por Araken de Assis, a dizer que tudo em coisa julgada gira em torno da declaração.³⁵

Conforme Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, somente o efeito declaratório é que pode, efetivamente, tornar-se imutável em decorrência da coisa julgada, pois se ela representa a certificação dada pela jurisdição a respeito da pretensão de direito material exposta pelo autor, somente isto pode transitar em julgado.³⁶ Esclarecem, ainda, que todas as sentenças possuem algo de declaratório, de modo que a coisa julgada toca no elemento declaratório das sentenças declaratórias, mas

30 **Curso de processo civil**: volume 1, processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição, 2005, p. 468.

31 *Ibidem*, p. 469.

32 *Ibidem*, p. 198.

33 *Ibidem*, p. 198-199.

34 *Ibidem*, p. 198.

35 **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva**. In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 200-201.

36 **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p. 638.

também naquele das sentenças condenatórias, constitutivas, executivas e mandamentais.³⁷

Deste modo, dizendo que o objeto da indiscutibilidade é a declaração produzida pelo órgão jurisdicional na sentença, Daniel Francisco Mitidiero conceitua a coisa julgada como “uma qualidade da força declaratória, incrustada na sentença de mérito, destinada a produzir a indiscutibilidade dessa certificação judicial”.³⁸

Ou, como dito pelo mesmo doutrinador, desta vez na companhia ilustre de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a coisa julgada constitui a *qualidade* que envolve a regra constante do *dispositivo* da *sentença de mérito transitada em julgado*”, sendo o grau mais alto de *indiscutibilidade* e *imutabilidade* que a ordem jurídica reconhece a qualquer decisão judicial, uma *proteção processual* que é outorgada a seu conteúdo.³⁹ A eficácia da sentença constitui sua aptidão para produção de efeitos, e pode ser produzida independentemente do trânsito em julgado de modo que a coisa julgada não é eficácia da sentença e nem seu efeito, mas sim uma qualidade que “denota o estado de indiscutibilidade e imutabilidade do conteúdo constante do dispositivo da decisão de mérito transitada em julgado”, ou, ainda, “uma *qualidade* que envolve o *conteúdo da sentença*”.⁴⁰

A reconhecer, finalmente, que a coisa julgada não consiste em eficácia da sentença, o art. 502 do Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, corrige o problema conceitual que continha o diploma processual anterior em seu art. 467.⁴¹ Agora, nos termos do art. 502 do Código de 2015, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, e não a sua *eficácia*, pois “eficácia e autoridade da sentença são conceitos diferentes”, como bem observado por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero⁴², e a eficácia preponderante da

37 *Ibidem*, *loc. cit.*

38 *Ibidem*, p. 201.

39 **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012, p 271.

40 *Ibidem*, p. 274-275.

41 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 133.

42 *Ibidem*, *loc. cit.*

sentença não se confunde com a autoridade que eventualmente possa lhe seguir.⁴³

A eficácia, como discorre Sérgio Gilberto Porto, difere da autoridade, pois representa uma qualidade do que é eficaz, ou seja, aquilo que produz um efeito, a consistir em resultado, em consequência.⁴⁴ Já autoridade representa a possibilidade de a sentença se impor perante todos, a capacidade vinculativa decorrente da estatalidade do ato.⁴⁵

Ressalta José Carlos Barbosa Moreira que o obstáculo não consiste na imutabilidade ou indiscutibilidade do *feito*, mas na imutabilidade e incontrovertibilidade da *sentença mesma*, ou da norma jurídica nela anunciada.⁴⁶

Possui a coisa julgada função negativa e positiva. A primeira se caracteriza como um impedimento, uma proibição a que se discuta no futuro a declaração transitada em julgado⁴⁷ ou, ainda, uma defesa a impedir o novo julgamento daquilo que já fora decidido em juízo.⁴⁸ A segunda corresponde à utilização da coisa julgada propriamente em seu conteúdo, tornando-o imperativo para o segundo julgamento⁴⁹, de modo que vincula a decisão pretendida a outra já proferida⁵⁰, ou seja, os juízes de causas subsequentes à declaração proferida e transitada em julgado no processo anterior.⁵¹

Ressalte-se, como oportunamente recordam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que a declaração judicial somente é apta a receber a qualidade de coisa julgada se tiver intensidade para tornar-se definitiva,

43 MITIDIERO, Daniel Francisco. **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva**. In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 185.

44 **Coisa julgada civil**. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 2ª edição, 1998, p. 47.

45 *Ibidem*, p. 46.

46 **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 28, ano X, julho 1983, p. 28.

47 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p. 638; PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 2ª edição, 1998, p. 57.

48 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: volume 1, processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição, 2005, p. 471.

49 *Ibidem*, *loc. cit.*

50 PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 2ª edição, 1998, p. 57.

51 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p. 638.

pois a declaração calcada na provisoriedade, como nas ações cautelares, ou em cognição rarefeita, como na jurisdição voluntária ou no processo de execução, não é apta a tanto porque não visa, em essência, a produção de definitividade.⁵²

Importante registrar, ainda, que a coisa julgada é fenômeno típico e exclusivo da atividade jurisdicional⁵³ e envolve tão somente o *dispositivo* da sentença de mérito, pois sua função é a proteção ao comando que regula a vida das partes, desimportando a fundamentação da decisão⁵⁴, conforme art. 504 do Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, a repetir a redação do art. 469 do diploma processual objeto anterior. Assim, no que é pertinente à coisa julgada, possui a fundamentação relevo apenas para auxiliar na interpretação do *decisum*, a bem demarcar o seu alcance⁵⁵, o que, como se exporá adiante, nem de longe é tarefa desprezível quando se trata de perquirir a extensão da eficácia preclusiva.

2.3 Limites Subjetivos da Coisa Julgada

Observam Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que, como uma densificação do direito fundamental contida no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, de inegável inspiração democrática, já previa o art. 472 do Código de 1973 a restrição no sentido de que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.⁵⁶

De se observar que este trecho da anterior redação legal é, agora, repetido pelo art. 506 do Código de Processo Civil de 2015. Havia na redação anterior a ressalva de que a sentença produziria coisa julgada em relação a terceiros, em causa relativa ao estado de pessoa, se fossem eles citados, que não foi reproduzida. Mas esta supressão não se pode ter como expressiva ou como determinante de uma alteração de rumos. Isto porque

52 **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p. 639.

53 *Ibidem*, p. 638.

54 MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012, p. 276.

55 *Ibidem*, p. 271.

56 *Ibidem*, p. 287.

não se tratava de uma exceção, mas, sim, de uma confirmação da regra contida na primeira parte, de modo que somente se citados os terceiros vincular-se-iam à coisa julgada e, em tendo sido citados, deixam de ser terceiros e passam a ser partes no processo.⁵⁷

Deste modo, reforçada está a direta assertiva de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart de que, “em princípio, portanto, tomando-se a regra geral, tem-se que somente as partes (e seus sucessores, por inferência lógica) ficam acobertadas pela coisa julgada”, já que foram os sujeitos do contraditório que resultou na edição da solução judicial.⁵⁸

No entanto, como advertem Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tendo-se presente que os direitos e relações jurídicas não vivem isolados na relidade, “afirmar que a coisa julgada não atinge terceiros, porém, não significa afirmar que a sentença não pode ter qualquer influência sobre as suas esferas jurídicas”.⁵⁹ E, já a partir da separação da eficácia da sentença da autoridade da coisa julgada surge também a bifurcação da questão quanto à influência do julgado sobre terceiros⁶⁰, formulando-se uma distinção entre terceiros interessados e terceiros indiferentes.⁶¹

Os terceiros juridicamente indiferentes, sujeitos de alguma relação jurídica compatível com a sentença, como observa Ovídio Araújo Baptista da Silva, recebem os seus efeitos, mas eles se mostram irrelevantes para atingir a relação jurídica de que o terceiro seja titular⁶², pois, como recorda o mestre, a coisa julgada é apenas e simplesmente uma qualidade do efeito declaratório da sentença.⁶³

Já os terceiro interessado, aquele que tem interesse jurídico na causa, decorrente da existência de alguma relação jurídica que mantém, conexa ou dependente, em face da relação jurídica deduzida em juízo, é ele admitido a

57 MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012, p. 287.

58 **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p. 642.

59 *Ibidem*, loc. cit.

60 *Ibidem*, loc. cit.

61 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p. 642.

62 **Curso de processo civil**: volume 1, processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição, 2005, p. 475.

63 *Ibidem*, loc. cit.

participar do processo em razão da existência deste seu interesse, intervindo quando menos na condição de assistente simples.⁶⁴

Concluindo que somente as partes precisam da coisa julgada, pois somente elas possuem a legitimidade que lhes permitiria levar ao infinito o conflito de interesses, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart nos dão conta que embora terceiros possam sofrer efeitos da sentença de procedência, é certo que a autoridade da coisa julgada não os atinge⁶⁵, não se podendo confundir a força de recrudescimento decorrente da coisa julgada com a “imutabilidade derivada da natureza das coisas, captada pelo processo pelo mecanismo da legitimação das partes”.⁶⁶

Ou, nas palavras de Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, os terceiros que mantém relações jurídicas conexas àquela situação jurídica julgada pela sentença não são atingidos pela coisa julgada, mas sim pela sua eficácia reflexa, o que lhes permitiria participar do processo, querendo.⁶⁷

2.4 Limites Objetivos da Coisa Julgada

Conforme Ovídio Araújo Baptista da Silva, sendo a coisa julgada a qualidade adquirida pelo efeito declaratório da sentença, pesquisar a extensão de seus limites objetivos é determinar o alcance que esta declaração pode efetivamente possuir, ou seja, estabelecer sobre que pontos ou questões litigiosas operou-se a coisa julgada.⁶⁸

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart apontam que, se a coisa julgada agrega-se à declaração contida na sentença, é certo que ela atingirá apenas a sua parte dispositiva, pois não existe propriamente julgamento no relatório ou na fundamentação, mas tão somente no dispositivo.⁶⁹

64 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 643.

65 **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p. 644.

66 *Idibem*, p. 645.

67 **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012, p. 287-288.

68 **Curso de processo civil**: volume 1, processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição, 2005, p. 480.

69 *Idibem*, p. 645.

Essa conclusão encontrava respaldo no art. 469 do Código de 1973, persistindo sua validade também diante da redação do art. 504 do novo diploma processual, a prever que “não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”, nem “a verdade dos fatos”, estabelecida como seu fundamento.

No entanto, como adverte Ovídio Araújo Baptista da Silva, embora apenas o *decisum* adquira a condição de coisa julgada, “nunca os motivos e os fundamentos da sentença que, como *elementos lógicos* necessários ao julgador, para que ele alcance o *decisum*, devem desaparecer ou tornar-se indiferentes ao alcance da coisa julgada, não obstante continuem a ter utilidade como elementos capazes de esclarecerem o sentido do julgado”.⁷⁰

Os motivos, embora não adquiram autoridade de coisa julgada, devem ser tomados em consideração para que se possa compreender o verdadeiro e completo alcance da decisão⁷¹, pois através deles é que se define o conteúdo e alcance da própria decisão.⁷²

Ovídio Araújo Baptista da Silva, com amparo em Chiovenda, demonstra ser a *causa petendi* parte integrante da demanda e, assim, passível de trânsito em julgado, distinguindo-se dos fundamentos da sentença.⁷³

Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira asseveram que para se apurar os limites objetivos da coisa julgada há que se ter presente quais as questões que efetivamente integram o mérito da causa⁷⁴, bem como que na linguagem do Código de 1973, o conceito de lide equivalia ao mérito da causa, conforme art. 128 então vigente, registrando-se, ainda, ser este um dos temas mais discutidos em doutrina e ausência de precisão com que foi mencionado em referido dispositivo e também no art. 468.⁷⁵

70 **Curso de processo civil**: volume 1, processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição, 2005, p. 480.

71 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**: com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 159.

72 PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil**: v. 6, tomo I, do processo de conhecimento, arts. 444 a 495. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 197.

73 **Curso de processo civil, volume 1: processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição, 2005, p. 481.

74 **Curso de processo civil: volume 2: processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 281.

75 *Ibidem*, p. 282.

O mesmo Daniel Mitidiero, desta vez em trabalho monográfico, relata que Francesco Carnelutti definia a lide como um litígio que teria contornos delimitados pré-processuais, o que tornaria possível falar-se em processos de lides parciais e totais, enquanto Enrico Tullio Liebman restringia o conceito de lide apenas ao que efetivamente foi transposto pelas partes ao processo, desenhando-se no pedido do autor.⁷⁶ Deste modo, o art. 128 do Código de 1973 perfilha o entendimento de Liebman e, de outro lado, ao admitir em seu art. 468 seja julgada *parcialmente a lide*, contempla o entendimento de Carnelutti, mas que a noção ofertada por aquele é a “única capaz de solucionar adequadamente importantes problemas ligados à coisa julgada, aos seus limites objetivos e à eficácia preclusiva”.⁷⁷

Mas o mesmo autor não tem a celeuma como resolvida, e aponta erro basilar no conceito de Liebman, decorrendo este de sua teoria da ação, ao ter a lide como “conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios”, pois o réu não age materialmente, apenas reage, não formulando qualquer pedido⁷⁸, pelo que propõe a seguinte modo de caracterização do objeto litigioso:

Como já adiantamos, cremos que o centro de gravidade do processo gira em torno da ação material afirmada. De efeito, se analisarmos o Código de Processo Civil, veremos que para definir a ocorrência de coisa julgada ou de litispendência o Código refere o conceito de ação material (art. 301, §§ 1º e 2º), o que nos deixa em condições de aceitar esta noção como alternativa possível para caracterizar o mérito do processo; de outro lado, o próprio conteúdo do art. 128, se entendido de forma adequada, pode endossar nossas conclusões: “o juiz decidirá a lide nos limites sem que foi proposta”. Ora, o que se propõe em juízo? Exerce-se pretensão à tutela jurídica (“ação” processual), afirmando-se a existência de ação material; propõe-se, justamente, que o Estado decida acerca da existência ou não da ação material agitada *in status*

76 **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva.** In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 183.

77 *Ibidem*, p. 184.

78 MITIDIERO, Daniel Francisco. **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva.** In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 184.

assertionis. Em sendo assim, temos como convenientemente explicitado nosso ponto de vista, prestando-se a ação material, em estado de mera assertiva, a configurar o objeto litigioso do processo.⁷⁹

Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustentavam, assim, que esta alusão a uma possibilidade de julgamento parcial da lide constante do art. 468 do Código de 1973 deveria ser desconsiderada.⁸⁰ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero apontaram a conveniência de sua supressão do novo Código de Processo Civil então em elaboração.⁸¹

O Código de Processo Civil de 2015 substituiu a expressão *lide* por *mérito* em seus arts. 141 e 503, de modo que o juiz decidirá agora o “mérito nos limites propostos pelas partes” e a decisão que “julgar parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”.

Pode-se, portanto, afirmar que valorizada restou a inexorável ligação existente entre o mérito da causa, objeto da pronúncia judicial, e limites objetivos da coisa julgada, pois o mérito da causa demarca as questões que devem ser enfrentadas pelo juízo e que não poderão mais ser discutidas pelas partes após o trânsito em julgado.⁸²

De outra banda, observam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que a imutabilidade da coisa julgada protege a declaração judicial apenas enquanto as circunstâncias fáticas e jurídicas da causa permanecerem as mesmas, vez que inseridas estão elas na causa de pedir da ação.⁸³ Deste modo, quando as circunstâncias de fato de fato ou de direito forem alteradas de modo que passem a compor nova causa de pedir, haverá ensejo para uma nova ação diferente da anterior e, assim, despreocupada com a coisa julgada imposta sobre a anterior decisão.⁸⁴

79 *Ibidem*, p. 184-185.

80 **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012, p. 282.

81 **O projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 133.

82 MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Opus citatum*, p. 283.

83 **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p. 646.

84 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p. 647.

Aponta Antonio Carlos de Araújo Cintra que a autoridade preclusiva da coisa julgada não é colocada em risco em situações relativas a fatos supervenientes, pois “não se pode falar em eficácia preclusiva da coisa julgada nas situações em que a autoridade desta não for colocada em risco, inclusive aquelas relativas a fatos supervenientes”.⁸⁵

Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, observando que toda coisa julgada nasce sob a cláusula *rebus sic stantibus*, referem-se a este ponto como seu limite temporal, pois a coisa julgada somente vinculará enquanto permanecerem inalterados os pressupostos fático-jurídicos que determinaram sua formação.⁸⁶ No mesmo sentido, afirma Adroaldo Furtado Fabrício que, “rigorosamente, todas as sentenças contêm implícita a cláusula *rebus sic stantibus*”.⁸⁷

Desta maneira, a superveniência de modificação de fato ou de direito ou a aplicação dos critérios de identificação das demandas permitirá nova discussão judicial, pois “é dado nuclear do conceito de *res judicata* que esse alcance se contenha nos limites da lide e das questões decididas”.⁸⁸ Portanto, não se estará examinando a mesma lide, como dito pelo art. 471 do Código de 1973 e repetido pelo art. 505 do diploma de 2015, mas sim lide diversa, vez que diversos são os fatos daqueles já examinados.

Há que se fazer, ainda, a ressalva de que a coisa julgada não impede que fatos novos ou novo regramento legal posteriores à sua formação possam produzir os seus normais efeitos para frente, respeitando-se os seus limites temporais.⁸⁹

3 A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

3.1 Definição e Função no Sistema Jurídico

As questões que não foram efetivamente decididas não se enquadram dentro dos limites objetivos da coisa julgada, mas, como observam Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, isso não significa que essas

85 **Comentários ao código de processo civil:** tomo IV, arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 309.

86 **Curso de processo civil:** volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012, p. 279.

87 **A coisa julgada nas ações de alimentos.** Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 52, p. 25.

88 *Ibidem*, p. 26-27.

89 MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Opus citatum*, p. 281.

questões possam ser livremente debatidas em processo posterior tendente à violação da autoridade do julgado.⁹⁰

Há, ao lado dos limites objetivos do julgado uma outra camada de proteção do julgado⁹¹, um elemento protetor da decisão judicial, a chamada eficácia preclusiva da coisa julgada, também denominada antigamente de julgamento implícito⁹², tendo por finalidade proteger o resultado prático útil do processo ao seu vencedor.⁹³

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, “a eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz”, a fazer com que percam elas “toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada”.⁹⁴

Pontes de Miranda, ao comentar o art. 474 do Código de Processo Civil de 1973, aponta que, tendo a sentença de mérito transitado em julgado, “a decisão tem a eficácia de não mais se poder pensar em alegações que poderiam ter sido feitas e não o foram, ou que obscura ou erradamente foram feitas, em benefício da parte que foi omitente, ou errou no concebê-las ou dar-lhes a devida exposição”, não importando se a parte era interessada na rejeição ou no acolhimento do pedido.⁹⁵

Assim, em razão da exigência de certeza e segurança nas relações jurídicas, ao que atende a coisa julgada, impondo que o direito se desinteresse da sorte do litigante negligente que, embora podendo suscitar outras defesas, limitou-se a alegar apenas uma ou algumas delas, nas palavras de Ovídio Araújo Baptista da Silva, esta deve “cobrir tanto as questões controvertidas no processo quanto as demais a respeito das quais os litigantes hajam guardado

90 MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012, p. 283.

91 *Ibidem*, *loc. cit.*

92 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p. 647.

93 MITIDIERO, Daniel. **Abrangência da coisa julgada no plano objetivo**: segurança jurídica. Revista de Processo, São Paulo, v. 184, p. 321.

94 **A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro**. In **Temas de direito processual**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, Primeira série, p. 97.

95 **Comentários ao código de processo civil**: tomo V, arts. 444 a 475. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, p. 211-212.

silêncio, não obstante pudessem ser objeto de controvérsia, por serem questões pertencentes àquela lide”.⁹⁶

Sinala Antonio Carlos de Araújo Cintra que o efeito preclusivo da coisa julgada tem a “função específica de preservar a autoridade da coisa julgada adquirida por sentença anterior, afastando a possibilidade de subsequente impugnação desta medida mediante alegações ou defesas não apreciadas no processo em que foi proferida”.⁹⁷

Sua finalidade, conforme Sérgio Gilberto Porto, é ampliar o alcance dos limites objetivos da coisa julgada, de modo que, para tal propósito, considera-se decidida matéria não expressada por qualquer das partes e não debatida pela sentença, mas tida por pertinente à lide posta à apreciação.⁹⁸

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero bem apontam que os limites objetivos da coisa julgada apanham todas as questões efetivamente decididas pelo juízo constantes do mérito da causa, enquanto a eficácia preclusiva alcança “todas as questões que, embora deduzidas pelas partes, não foram efetivamente decididas, e aquelas deduzíveis concernentes ao objeto litigioso do processo”.⁹⁹ Ou seja, o que foi decidido está sob os limites objetivos da sentença, e o que, sendo concernente ao objeto litigioso, deveria ou poderia ter sido será atingido pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

E a razão lógica de ser foi bem apontada por José Frederico Marques, ao dizer que “se essas questões, mesmo quando não apresentadas, sofrem os efeitos da *res judicata*, claro que *a fortiori* transitarão em julgado se discutidas ou focalizadas no processo”.¹⁰⁰

Mas isto não é feito de modo absoluto e irrestrito, a vedar qualquer nova discussão sobre tudo que alguma relação guardar com o caso anteriormente levado a juízo, pois, como adiante se verá, possui o instituto termos e limites.

96 **Curso de processo civil**: volume 1, processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição, 2005, p. 481.

97 **Comentários ao código de processo civil**: tomo IV, arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 309.

98 **Comentários ao código de processo civil**: v. 6, tomo I, do processo de conhecimento, arts. 444 a 495. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 223.

99 **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 453.

100 **Manual de Direito Processual Civil**: volume III, processo de conhecimento, 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 238.

3.2 Conformação Legal do Instituto

O Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 474, preceituou que “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

Observa Daniel Mitidiero que a lógica do deduzido e do dedutível, mote deste dispositivo, está já presente na consciência dos juristas desde o processo civil romano clássico.¹⁰¹

Sérgio Gilberto Porto relata que o dissenso quanto ao instituto já nasce na tentativa de identificar a origem do dispositivo em questão, descrevendo que para Egas Monis de Aragão sua inspiração seria o art. 305 do CPC do Vaticano, enquanto Ovídio Araújo Baptista da Silva e José Carlos Barbosa Moreira encontram origem no parágrafo único do art. 287 do CPC de 1939, inspirado no art. 290 do chamado projeto Mortara que, por sua vez, tem por fonte primária projeto elaborado por Carnelutti, e, ainda, Araken de Assis sustenta que ele se afeiçoa aos §§ 616 e 767, III, da ZPO alemã.¹⁰² E conclui, após, lhe parecer impossível desvincular o dispositivo de sua origem tedesca, identificando, então, relação histórica entre o art. 474 de 1973 e o 287 de 1939.¹⁰³

José Carlos Barbosa Moreira asseverou que “ao art. 287, parágrafo único, do Código de 1939 corresponde, no de 1973, o art. 474”.¹⁰⁴

No entanto, como demonstra Araken de Assis, o art. 474 não reproduz o art. 287, parágrafo único, do CPC de 1939, “que dispunha coisa bem diversa”, a considerar decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão, referindo que ao *caput* do art. 287 daquele Código se relacionaria o art. 468 do CPC de 1973, “em versão melhorada” e que face ao disposto no art. 469 do então vigente diploma processual, as premissas não tinham participação na “imutabilidade própria da coisa julgada, dispondo,

101 **Abrangência da coisa julgada no plano objetivo: segurança jurídica.** *Revista de Processo, São Paulo, v. 184, p. 320.*

102 **Sobre o propósito e alcance do artigo 474, do CPC.** *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Síntese, v. 1., n. 1, setembro/outubro 1999, p. 43-44.*

103 *Ibidem, loc. cit.*

104 **A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro.** *In Temas de direito processual, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, Primeira série, p. 102.*

a lei, assim, em sentido inverso ao parágrafo único do art. 286”.¹⁰⁵ Cita, ainda, a interpretação dada por Buzaid àquela regra primitiva de que o julgamento implícito as questões de resolução “logicamente necessária para chegar à solução” contida no provimento jurisdicional, sendo, pois, ela dotada de contornos moderados, de modo que não haveria como se reconhecer a eficácia preclusiva como originária do art. 287, parágrafo único, do Código de 1939.¹⁰⁶

Alexandre de Paula, ao comentar o art. 474 do diploma processual de 1973, afirma que “não continha o Código reformado disposição similar”.¹⁰⁷ Na mesma linha, Sergio Sahione Fadel, em obra publicada já no ano seguinte ao advento do Código de 1973, disse ao comentar o referido art. 474 que “doutrina e jurisprudência, no regime processual anterior, reputavam possível que parte vencida viesse a reabrir discussão em torno da mesma relação, sempre que variassem os fundamentos do pedido”.¹⁰⁸ Descreve após que, até então, o autor que tinha seu pedido negado pelo juiz por se entender não lhe assistir a razão invocada, “volvía então a mesma parte, com idêntica pretensão, fundamentando seu pedido, desta vez, em outro motivo”, com o que “muitos entendiam que, aí, a autoridade da coisa julgada não se exacerbaria, porque, por outros argumentos, a parte poderia alcançar idêntico objetivo”.¹⁰⁹

Daniel Mitidiero expõe que ao parágrafo único do art. 287 do Código de 1939 afeiçoa-se mais ao art. 469, II, do que ao 474 do diploma de 1973, na medida em que as *premissas* aludidas no primeiro dispositivo se traduziram por *motivos* no sistema posterior, como notado foi por Ovídio Araújo Baptista da Silva e Araken de Assis.¹¹⁰ Relata, ainda, que Antonio Carlos de Araújo Cintra e, ao que parece, Pontes de Miranda, deixam de filiar o parágrafo único do

105 **Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada.** *Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 44, p. 38.*

106 *Ibidem, p. 39.*

107 **Código de processo civil anotado: volume 2, arts. 270 a 565, do processo de conhecimento.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, 1998, p. 1910.

108 **Código de processo civil comentado: arts. 444 a 645, tomo III.** Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974, p. 45.

109 FADEL, Sérgio Sahione. **Código de processo civil comentado, arts. 444 a 645, tomo III.** Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974, p. 45.

110 **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva.** In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 212.

art. 287 de 1939 ao art. 474 de 1973.¹¹¹ E, após, identifica que referido art. 474 muito se assemelha ao art. 305 do Código de Processo Civil do Vaticano, bem como que, diante da ZPO alemã, a doutrina tende a identificar o efeito de exclusão do julgado, na maioria dos casos, nos §§ 323, II e 767, II.¹¹²

No entanto, é fato que Enrico Tullio Liebman sustentava que referido art. 287, parágrafo único, haveria de se estender não apenas ao que foi discutido e julgado, mas até à questão que podia ser discutida num processo, mas de fato não o foi.¹¹³

Ainda que não possa ser associado diretamente ao art. 287, parágrafo único, de 1939, como bem pondera Araken de Assis, “fica claro o espírito que presidiu ao nascimento do art. 474 do CPC, vale dizer, a necessidade prática de afastar, no futuro, um novo processo tendo por causa aquela porção da lide pré-processual excluída, voluntariamente, da primeira relação processual”.¹¹⁴

O Código de Processo Civil de 2015 adota dispositivo que em nada inova ou acrescenta diante de seu antecessor, prevendo no art. 508 que “transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”.

Com isso, desperdiçou-se a oportunidade de se afastar de vez dúvidas e discussões remanescentes quanto ao seu alcance, e que permanecem mesmo identificada orientação dominante, restando desatendido o alerta doutrinário quanto a esta oportunidade.¹¹⁵

3.3 Conteúdo e Alcance

Sérgio Gilberto Porto adverte que, dentro das questões conexas à coisa julgada, um dos temas de maior relevo e significativamente polêmico seria justamente o alcance da disposição contida no art. 474 do então vigente

111 *Ibidem*, p. 213.

112 *Ibidem*, p. 215.

113 **Estudos sobre o processo civil brasileiro**: com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 161.

114 **Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 44, novembro 1988, p. 39.

115 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 134.

Código de Processo Civil, a instituir sua eficácia preclusiva, com o propósito de “ampliar os limites objetivos da coisa julgada, considerando-se, assim, pois, decidida matéria não expressada e não debatida pela sentença”.¹¹⁶

Daniel Francisco Mitidiero, também ao relatar a árdua questão que é “precisar o objeto desse efeito de exclusão que emana da coisa julgada”, descreve a existência de dois alvitres. O primeiro, amparado pela maioria dos doutrinadores, sustenta que as alegações e defesas que se devem ter por superadas jamais podem extravasar o objeto do processo. O segundo afirma que a eficácia preclusiva da coisa julgada alcança também causas de pedir alheias à ação material aventada em juízo, vez que partindo-se do conceito de lide carneluttiano, com dimensão pré-processual e não coincidente com o conteúdo processual, de modo que deve o processo ser utilizado para resolver a lide em sua totalidade, de modo que toda a lide pré-excluída também deve ser julgada da mesma sorte que sua porção que invocado em juízo foi.¹¹⁷

O art. 508 do Código de Processo Civil de 2015 mantém, no que pertine ao presente estudo, o já preceituado pelo art. 474 de 1973, de modo que, com o trânsito em julgado da decisão de mérito, consideram-se deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que poderiam ter sido opostas tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

Mantida que foi a redação tão controvertida, é correto dizer que se mantém a relevância do dissenso, pelo que a discussão ainda é atual e merece a devida atenção.

Sérgio Gilberto Porto descreve a existência de dissenso sobre o alcance da regra em questão, pondo de um lado respeitáveis doutrinadores que pretendem atribuir à eficácia preclusiva da coisa julgada uma maior extensão, nominando Ovídio Araújo Baptista da Silva e Araken de Assis e, em sentido diverso, Egas Moniz de Aragão e José Carlos Barbosa Moreira.¹¹⁸

116 **Sobre o propósito e alcance do artigo 474, do CPC.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, setembro/outubro 1999, p. 39.

117 **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva.** In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 218.

118 **Sobre o propósito e alcance do artigo 474, do CPC.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, setembro/outubro 1999, p. 43.

Examinando-se as sempre admiráveis obras de Ovídio Araújo Baptista da Silva, se constata que, em verdade, seu posicionamento não pode ser reduzido a uma assertiva tão direta a conclusiva. Ele próprio adverte que estabelecer em cada lide em particular as questões tidas como pertinentes e dedutíveis pelas partes, de modo que em processo futuro não possam elas servir de base para se infirmar a coisa julgada em seus resultados práticos, “a primeira vista poderia parecer simples, oferece extrema dificuldade, a ponto de mostrar-se, em certos casos, insolúvel”.¹¹⁹

Ao tratar do tema, o mestre sempre se reportou a diversos exemplos e hipóteses para esclarecer seu posicionamento, diversas vezes apontando contradições e perplexidades.¹²⁰ Advertiu, ainda, que “estes exemplos poderiam ser multiplicados ao infinito, como facilmente se percebe, mas sempre haveria uma zona imprecisa na determinação do sejam a *causa petendi* e os fundamentos.”¹²¹

Porém, como linha geral, apontou que a principal dificuldade para delimitar os limites objetivos da coisa julgada “está em que a determinação deste resultado importa em delimitar, com rigor, os contornos da própria lide, de modo a distingui-la de outras”, de modo que se penetra no problema da identidade de ações e não se pode evitar as questões referentes ao “objeto litigioso” ou “pretensão processual”.¹²² De um lado, para a denominada “teoria da substanciação” os fatos, integrantes da causa petendi que seriam, ao serem substituídos por outros gerariam uma outra demanda. De outro, para a “teoria da individualização”, os fatos não teriam esta mesma importância decisiva na determinação da *causa petendi*, sendo assim possível modificarem-se os fatos sem que isto a modifique e, assim, sem que a demanda se transforme.¹²³

119 **Curso de processo civil**: volume 1, processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição, 2005, p. 488.

120 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro**. In: **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 4ª edição, 2003, p. 103-135, e **Curso de processo civil**: volume 1, processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição, 2005, p. 481-490.

121 **Curso de processo civil**: volume 1, processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição, 2005, p. 491.

122 *Ibidem*, p. 488-489.

123 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: volume 1, processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição, 2005, p. 491.

Conclui, contudo, que “ao contrário, porém, do que se possa imaginar, nosso Código não se filia à corrente doutrinária da substanciação, como de resto não acolhe a doutrina contrária, radical, da individualização, mesmo porque, modernamente, as duas posições radicais são rejeitadas”. Com apoio em Pontes de Miranda, assevera que “os princípios que se extraem de nosso sistema correspondem a uma atenuação da teoria da substanciação, pois a lei exige que os fatos sejam expostos como fundamento do pedido, mas tão-só os atos essenciais”.¹²⁴

Valendo-se do magistério de Schwab, célebre processualista alemão, aponta que o efeito de exclusão causado pela coisa julgada atingirá toda a cadeia de fatos similares, “mas não abrangerá os fatos que não guardem relação com o material do primeiro processo, vale dizer que correspondam a uma pretensão discrepante da exposta na primeira demanda”, de modo que não é só o pedido que importa, mas o pedido convenientemente interpretado, no que se há de recorrer aos fatos, a abranger fatos e relações jurídicas deduzidas ou deduzíveis.¹²⁵

Para Ovídio Araújo Baptista da Silva, esta seria a fórmula correta para interpretar as regras aparentemente antinômicas dos arts. 468 e 474 do Código de Processo Civil então vigente, concluindo, adiante, que “as questões que hão de ficar decididas, na forma da concepção do art. 468, serão as pertinentes à demanda proposta, ficando estabelecido que cada demanda terá uma configuração peculiar, com a estrutura que o autor lhe emprestou, de modo que a sentença há de abrangê-la integralmente, sejam ou não deduzidas as alegações e defesas pertinentes”.¹²⁶

Em um posicionamento que se poderia identificar como uma interpretação mais ampliativa ao instituto, há Araken de Assis, para quem a eficácia preclusiva “visa manter a segurança e a estabilidade da resposta do órgão jurisdicional ao pedido formulado pelo autor, o qual, por definição, contém e dimensiona a lide existente entre as partes”.¹²⁷ Ou seja, o ponto central da questão é o *pedido*, em apego ao texto legal.

124 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro**. In: **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 4ª edição, 2003, p.134.

125 *Ibidem, loc. cit.*

126 *Ibidem, loc. cit.*

127 **Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 44, novembro 1988, p. 38.

Justifica seu entendimento já na origem da redação introduzida pelo art. 474 do Código de 1973 pois, como já exposto anteriormente, conteria ele tratamento normativo diverso do contido no art. 287 do diploma processual anterior, e que então foi revogado. Teria havido, então, intencional e arrazoada ampliação a proteger o pedido que discutido foi na demanda já decidida:

[...] Se, porém, à vista do art. 474, e da sua origem, alguma coisa parece razoável, esta reside na intenção de ampliar o contexto e os limites da coisa julgada para o fito de resguardar a imutabilidade da resposta judicial ao 'pedido'. Por outro lado, a palavra 'alegações', simétrica a 'defesas', conjuga-se com a parte final, vale dizer, deve ser capaz de embasar o 'acolhimento' do pedido. E o elemento, na demanda, hábil para ensejar a procedência – o verbo 'acolher' possui este preciso significado no art. 268, I, do CPC – do pedido é exatamente a causa pëtendi! Nem se compreenderia, de resto, que à 'defesa', que cabe ao réu alegar, segundo o art. 300 do CPC, se contrapusesse não a causa, e, sim, singelas 'alegações', vale dizer, os argumentos que a compõem. De modo que, por este lado, o art. 474 do CPC abrange as causas do autor e as defesas do réu não deduzidas. Vale notar que, na interpretação conservadora do artigo, se admite, entretanto, a abrangência dentro da eficácia preclusiva das 'questões' não decididas. Nada impede a preclusão, nesta linha de raciocínio, e resgatado o verdadeiro alcance da regra, das 'causas' também inapreciadas na sentença.¹²⁸

E demonstra, ainda, a conformação de seu entendimento ao sistema jurídico pátrio e a existência de similar no direito alemão:

O resultado não deve escandalizar ninguém. Não se convive tranquilamente com a prescrição e a decadência, que, em última análise, provocam consequências nefastas aos direitos nefastos? Não se tolera, também, a própria coisa julgada como instituto vocacionado antes à segurança jurídica do que à justiça? Entre nós, o art. 474 deriva da imprópria noção de processo ou de lide parcial; e de outros dispositivos, espalhados no Código, revelam o compreensível propósito do legislador de aproveitar o processo para resolver a lide em sua integralidade, vale dizer, na sua dimensão pré-processual. O art. 73 do CPC, por exemplo, autoriza sucessivas denúncias da lide, e, assim, permite que em processo único se dirimam várias lides, ou, talvez, os diferentes aspectos da lide total. Bem conseqüente, então, que o art. 474, projetando o futuro, aproveite o processo para extinguir totalmente a lide entre as partes. Da conveniência, ou não, de semelhante solução exacerbada de economia processual, ou de 'garantia' tão extensa e intensa à coisa julgada não cabe tratar aqui. Todavia, não se afigura lícito ignorar as

128 ASSIS, Araken de. **Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 44, novembro 1988, p. 40-41.

implicações corretas da eficácia preclusiva da coisa julgada no direito brasileiro.

O art. 474 do CPC brasileiro afeiçoa-se aos §§ 616 e 767, III, da ZPO alemã. Não calha, portanto, o argumento ad terrorem de que nenhum sistema jurídico conhecido, nos seus piores delírios, conheceria a volatilização de *causae petendi*. Esta consumação efetivamente ocorre para assegurar a estabilidade do resultado contido na resposta judicial ao ‘pedido’ ou à resolução daquela ‘lide’, parcial ou integral, pouco importa.¹²⁹

Mas ressalva ele que, no que se refere à identificação do objeto litigioso, a tríplice identidade vigora para cumulação, modificação da demanda e litispêndência, de modo que nada impede, por exemplo, ajuíze o autor nova demanda ainda quando em curso a primeira ação a trazer causa diversa “que, do contrário, ficaria recoberta da eficácia preclusiva”.¹³⁰

E, ainda, conclui que “não se ostenta absoluta a exclusão de um segundo processo”, pois o instituto da eficácia preclusiva da coisa julgada “reclama alguns temperamentos dentro da sua função precípua”.¹³¹ Em se tratando de sentença de improcedência exigir-se-ia, em primeiro lugar, que a demanda comportasse a causa petendi, de modo que com relação a uma cognição sumária, onde obstada foi a discussão de certa causa, não haveria sua aplicação, o que tampouco ocorreria quando da causa não tivesse conhecimento o autor ou, ainda, “não for coeva à primeira demanda”, ou seja, quando a causa de pedir da demanda posterior não tiver sido contemporânea àquela contida na anterior. E, sendo de procedência a demanda, dizendo ser rigorosa a acolhida da eficácia preclusiva pelos tribunais de então, obtempera pela preservação daquelas exceções que não foram conhecidas em razão da eventual sumariedade da cognição.¹³²

Como se pode ver, mesmo o ponto de vista que busca outorgar maior alcance ao instituto não é absoluto e registra diversas ressalvas.

De outra parte, Egas Moniz de Aragão sustenta que as *alegações e defesas* que ficam cobertas pela coisa julgada são as que se contêm no objeto do processo, ou seja, no pedido do autor qualificado pela causa de pedir.¹³³ O que

129 *Ibidem*, p. 41-42.

130 ASSIS, Araken de. **Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 44, novembro 1988, p. 42-43.

131 *Ibidem*, p. 43.

132 *Ibidem*, p. 44.

133 **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 1992, p. 327.

estiver fora disto escapa ao alcance da eficácia preclusiva da coisa julgada. E, reputando ser perigosíssima, revela ele sua preocupação com a imutabilidade sem que sobre a alegação ou defesa tenha recaído a sentença, pois poderá impedir o interessado de submeter ao Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, garantia contida no inciso XXXV do art. 5º da Constituição e que ostenta o mesmo nível da que assegura a própria coisa julgada, prevista no inciso XXXVI do mesmo dispositivo.¹³⁴ Credita a solução deste ponto a Machado Guimarães, no que teria sido seguido por Barbosa Moreira, a dizer que o efeito preclusivo da coisa julgada atua no confronto com a lide julgada naquele processo, mas não com outra, objeto de novo processo, nada impedindo ao interessado propor a alegação ou defesa omitida em um novo processo, em que outra seja a lide.¹³⁵

De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, a eficácia preclusiva da coisa julgada só opera em processos nos quais se ache em jogo a *autoritas rei iudicatae* adquirida por sentença anterior, limitação esta que resulta da função instrumental do instituto, pois não haveria sentido em empregar o meio quando não se trate de assegurar a consecução do fim a que ele se ordena.¹³⁶ Afirma, então, que “isso significa que a preclusão das questões logicamente subordinantes apenas prevalece em feitos onde a lide seja a *mesma* já decidida, ou tenha solução dependente da que se deu à lide já decidida”, de modo que fora dessas raias ficam abertas à livre discussão.¹³⁷

Sérgio Gilberto Porto professa que a extensão a ser atribuída à eficácia preclusiva da coisa julgada passa, primeiro, pela matéria atinente à identificação de demandas ou individuação de ações, somente se podendo admitir a existência de coisa julgada se houver, entre uma e outra demanda, identidade de partes, pedido e causa. E, para definição desta, remete-se à majoritária teoria da substanciação pura, onde o conteúdo da causa de pedir é definido pela relação jurídica afirmada, pelos fatos que a compõem e pelo interesse de agir, de modo que o instituto ora em estudo limita-se a consumir

134 *Ibidem, loc. cit.*

135 ARAGÃO, Egas Moniz. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 1992, p. 327-328.

136 **A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro**. In **Temas de direito processual**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, Primeira série, p. 102.

137 *Ibidem, loc. cit.*

o deduzido e o dedutível nos parâmetros da lide, ou seja, sem que altere ou extrapole qualquer dos elementos individualizadores das demandas.¹³⁸

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sustentam que apenas as questões relativa à *mesma causa de pedir* ficam cobertas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, sendo todas as demais dedutíveis em demanda posterior. Para esta conclusão, retomam o art. 287, parágrafo único, do Código de 1939 que, aprimorado, teria resultado no instituto tal qual hoje vigente, e dizem ser uma questão de lógica que a eficácia preclusiva da coisa julgada não é capaz de tornar indiscutível qualquer alegação, mas tão somente aquelas relacionadas com o *thema decidendum* da demanda, ou seja, aquelas vinculadas ao pedido, às partes e à causa de pedir oferecidos na ação.¹³⁹

Para o mesmo Luiz Guilherme Marinoni, desta vez em obra elaborada conjuntamente com Daniel Mitidiero, “a eficácia preclusiva da coisa julgada apanha tão somente alegações de fato não essenciais que circundam as alegações de fato essenciais”, pois o instituto não poderia alcançar causas de pedir estranhas ao processo em que transitada em julgado a sentença de mérito, atingindo tão somente as questões relativas à mesma causa de pedir, de modo que todas as demais são dedutíveis em demandas posteriores. E concluem, em síntese, que “constitui o âmbito de incidência da eficácia preclusiva da coisa julgada: a) as questões que, nada obstante suscetíveis de conhecimento de ofício pelo juiz, por ele não foram examinadas; b) as questões arguidas pelas partes, mas não efetivamente decididas pelo juiz; e c) as questões que não foram arguidas pelas partes, mas que poderiam ter sido, por dizerem respeito ao mérito da causa”.¹⁴⁰

Pode-se, portanto, constatar a ampla acolhida que o posicionamento mais restritivo possui na maioria da doutrina nacional. No entanto, isto não é o suficiente para que se possa ter o tema por pacificado.

Primeiro, porque, como visto, o Código de Processo Civil de 2015 mantém a redação que tanta polêmica ensejou. E o legislador o fez

138 **Comentários ao código de processo civil**: v. 6, tomo I, do processo de conhecimento, arts. 444 a 495. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 231-232.

139 **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011, p. 649-650.

140 **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 453-454.

intencionalmente, advertido que foi ao longo do processo legislativo, como já exposto.

Segundo, porque o entendimento ampliativo contou com recente acolhida em texto legal, ao prever o art. 98, § 4º, da Lei nº 12.529/2011 que “na ação que tenha por objeto decisão do Cade, o autor deverá deduzir todas as questões de fato e de direito, sob pena de preclusão consumativa, reputando-se deduzidas todas as alegações que poderia deduzir em favor do acolhimento do pedido, não podendo o mesmo pedido ser deduzido sob diferentes causas de pedir em ações distintas, salvo em relação a fatos supervenientes”. Ainda que o dispositivo seja de visível inconstitucionalidade, como apontado de modo irresponsável pela doutrina¹⁴¹, o simples fato de seu advento formal já demonstra a necessidade de reafirmação dos limites do instituto.

Mas não é apenas isto, pois a ciência jurídica está em constante elaboração e questiona o que se tem por estabelecido.

Sobre o instituto, veja-se a reflexão de Antonio do Passo Cabral:

Pelo exposto neste tópico, a eficácia preclusiva reflete uma parte da teoria da coisa julgada em franca contradição com o restante do modelo clássico: trata-se de uma preclusão que projeta a vinculatividade da coisa julgada para além do pedido e para outros processos. Ao mesmo tempo, é uma parte da teoria da coisa julgada à margem do objeto do processo e fora do conceito clássico de preclusão. E as inconsistências do instituto sugerem a necessidade de reformulação deste ponto do sistema de estabilidades.

2.4.1.4.2. A indevida análise do efeito preclusivo das omissões

Mas talvez a maior crítica que se possa fazer à eficácia preclusiva da coisa julgada é que, através dela, estabelece-se uma ampla preclusão, gerada por atos omissivos, sem um exame apurado a respeito de se a omissão pode ser vista ou não como um ato voluntário. Como veremos adiante, embora defendamos, dentro da atual moldura do contraditório, que também os atos omissivos geram vínculos preclusivos, para que esta vinculação seja observada, mister se faz que as omissões possam ser caracterizadas como fruto de atividades programadas. No exemplo

141 MITIDIERO, Daniel Franciso; CORREA Jr, Gilberto Deon; CARNEIRO, João Geraldo Piquet. **CADE, título executivo extrajudicial e direito de ação: três tópicos para o debate sobre o art. 98 da Lei n. 12.529/2011**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 916, p. 348-356, 2012; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

da eficácia preclusiva, para que haja estabilidade decorrente de um ato omissivo, deveria haver uma análise sobre se as omissões são *conclusivas* em indicar que a inação da parte em apresentar certas alegações revela uma opção consciente.¹⁴²

De outra parte, reforçando que para a doutrina tradicional lide, mérito e objeto do processo representam uma única e idêntica realidade definida a partir da demanda proposta, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes afirma que se a eficácia preclusiva ficar restrita à mesma demanda, o instituto será irrelevante na prática, sendo, portanto, necessário superar esta e propor um significado que sirva ao alcance dos objetivos definidos em lei.¹⁴³ Para tanto, propõe ideia que noticia não ser ainda difundida entre os juristas brasileiros, a definir a eficácia preclusiva da coisa julgada como o “impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado, na medida da incompatibilidade”.¹⁴⁴ E esclarece:

[...] tal como demonstrado na presente proposta de reconstrução do significado da eficácia preclusiva, concebê-la como impedimento à propositura de demandas distintas e incompatíveis com a coisa julgada é a única alternativa para atribuir relevo prático ao instituto, além de ser a fórmula que melhor atende às finalidades dos arts. 471, *caput* e 474 do Código de Processo Civil. De qualquer modo, tomando como referência a obra de Barbosa Moreira, o conceito proposto não traz propriamente uma maior amplitude à eficácia preclusiva. Ao propor a distinção entre lide e demanda, afirmar que a lide é mais ampla e concluir que a eficácia preclusiva protege a coisa julgada em face de todas as demandas que se refiram à mesma lide, o jurista carioca cria um modelo que, em seu sentido prático, servirá justamente a vedar a propositura de demandas incompatíveis com a coisa julgada.

Para deixar claro o significado do conceito proposto, cabe ressaltar que a concepção da eficácia preclusiva como impedimento à propositura de demandas incompatíveis não promove o alargamento dos limites objetivos da coisa julgada. A imutabilidade não se estenderá às defesas deduzidas ou dedutíveis pelo demandado. A matéria referente a tais

142 **Coisa julgada e preclusões dinâmicas:** entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Bahia: Editora Juspodium, 2ª edição, 2014, p. 163.

143 LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109-110.

144 *Ibidem*, p. 110-112.

defesas poderá ser livremente apresentada em outros processos, sem que haja qualquer vínculo decorrente da coisa julgada. A restrição imposta pela eficácia preclusiva operará exclusivamente para resguardar a coisa julgada no confronto com uma demanda incompatível, na exata medida da incompatibilidade e sem haver a extensão dos limites objetivos da coisa julgada à situação jurídica incompatível.¹⁴⁵

Daí porque o tema relativo ao conteúdo e ao alcance do instituto permanece como terreno fértil para debates e digressões.

Deste modo, cabe aqui retomar a reflexão formulada por Ovídio Araújo Baptista da Silva aos primeiros anos da vigência do Código de Processo Civil de 1973 de que, “na realidade, mesmo nos casos em que o legislador tente fugir das controvérsias, evitando tomar posições ante assuntos polêmicos, não se pode ter dúvida de que, por trás de sua aparente neutralidade, subjaz toda uma carga ideológica a que nenhum legislador, em qualquer tempo e lugar, se pode furtar”, dem como a repetição de sua inafastável conclusão, no sentido de que, “naturalmente, caberá, agora, aos intérpretes da nova lei a tarefa de enriquecer-lhe o sentido, dando novos conteúdos a seus preceitos, na medida em que o tempo e as necessidades sociais o exigam”.¹⁴⁶

4 MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA E A DOCTRINA DA RELATIVIZAÇÃO

Observa Rodolfo de Camargo Mancuso que com a imutabilidade do julgado “há sempre o risco de que uma decisão menos justa se torne definitiva e como tal se imponha às partes”.¹⁴⁷

Mas, em verdade, o mesmo sistema jurídico que garante a estabilidade da coisa julgada também fornece meios para que possa ser ela superada sob certas circunstâncias.

Assevera Antonio do Passo Cabral que, tradicionalmente, o único meio para desfazer a coisa julgada seria a ação rescisória, demanda de natureza

145 *Ibidem*, p. 112-113.

146 **Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro**. In: **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 4ª edição, 2003, p.103-104.

147 **Coisa julgada, “collateral estoppel” e eficácia preclusiva “secundum eventum litis”**. Tribunal em revista, revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, ano II, nº 8, dezembro/2000, p. 72.

constitutiva negativa cujo objeto são a rescisão e a revisão do julgamento anterior, admitida em até dois anos a contar do trânsito em julgado.¹⁴⁸ José Carlos Barbosa Moreira afirma que as hipóteses legais de rescindibilidade da sentença não configuram exceções à regra, pois, ao se fazer o reexame da matéria já decidida, agora por ocasião do *iudicium rescissorum*, “já não existe o obstáculo da coisa julgada, removido no *iudicium rescidens*, e portanto já não há que cogitar de eficácia preclusiva”.¹⁴⁹

Na aguda assertiva de Alexandre de Paula, “contra o arnês da coisa julgada só reconhece o Código um dardo eficiente: a ação rescisória”.¹⁵⁰

No entanto, além da ação rescisória, como instrumentos dotados de previsão legal para quebrar a coisa julgada, Antonio do Passo Cabral aponta a possibilidade do manejo de ação anulatória diante de sentença meramente homologatória, e a oposição à execução fundada em título executivo inconstitucional.¹⁵¹

Notícia, ainda, como meios atípicos, pois não dotados de previsão legal mas admitidos como aptos a quebrar a coisa julgada: a *querela nulitatis*, demanda autônoma e sem prazo destinada a atacar vícios procedimentais graves; a propositura de uma ação revisional genérica fundada na alteração de circunstâncias a tornar a discussão fora dos limites temporais da *res iudicata*; o ajuizamento de nova demanda sobre o mesmo objeto na qual não mais seria aceita a exceção de coisa julgada; e a resistência à execução não necessariamente implementada pelos embargos, mas também por uma simples alegação *incidenter tantum*, pela via das exceções.¹⁵²

Porém, a mais intensa polêmica surge em torno da possibilidade de relativização da coisa julgada material independentemente de ação

148 **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Bahia: Editora Juspodium, 2ª edição, 2014, p. 109.

149 **A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro**. In **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1988, Primeira série, p. 103.

150 **Código de processo civil anotado**: volume 2, arts. 270 a 565, do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, 1998, p. 1910.

151 *Ibidem*, p. 110-111.

152 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Bahia: Editora Juspodium, 2ª edição, 2014, p. 112-113.

rescisória.¹⁵³ Tema extremamente polêmico na doutrina, conta ele com ferrenhos opositores de um lado e ardorosos defensores de outro.¹⁵⁴

Como bem sintetiza Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, são duas as teses que defendem a relativização a permitir excepcionada seja a eficácia preclusiva da coisa julgada: a primeira, de fundo *técnico jurídico*, exclui a autoridade do julgado nos casos em que a decisão seja inconstitucional ou em que a lei na qual se apoiou haja sido ou venha a ser julgada inconstitucional, e a segunda, *axiológica*, busca amparo na regra da proporcionalidade para negar a rigidez da coisa julgada quando a eficácia da sentença colidir com algum valor que no caso concreto se mostre mais elevado que a segurança jurídica.¹⁵⁵

Antonio do Passo Cabral registra a acolhida pela jurisprudência da doutrina pela relativização da coisa julgada a permitir a renovação de ação de investigação de paternidade em razão do advento da tecnologia a permitir exame de DNA e, ainda, quanto ao pagamento de grandes quantias em sede de desapropriação quando erros graves geraram distorções no campo do direito material, mas não visualiza uma tendência ampliativa na jurisprudência, pois presentes também julgados a manter a intangibilidade da *res iudicata*.¹⁵⁶

Quanto ao ponto, razão parece assistir a Sérgio Luís Wetzel de Mattos quando afirma que a coisa julgada é regra constitucional, que deve ser fielmente observada, sob pena de insegurança nas relações jurídicas, e que as hipóteses de atenuação do rigor da autoridade da coisa julgada são apenas aquelas expressamente previstas pelo legislador.¹⁵⁷ Deste modo, a relativização somente seria possível por meio de ação rescisória, embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, na forma dos arts. 485, 475-L, §1º, 741, parágrafo único, todos do CPC de 1973¹⁵⁸ e

153 MARINONI, Luiz Guilherme. **Relativizar a coisa julgada material?** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 830, dezembro de 2004, p. 54.

154 CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de direito processual civil**. São Paulo: Editora Atlas, 25ª edição, 2014, p. 529.

155 **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127-128.

156 **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Bahia: Editora Juspodium, 2ª edição, 2014, p. 116-117.

157 **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 247.

158 *Ibidem*, loc. cit.

que encontram continuidade nos arts 966, 525, § 12, 535, § 5º, do CPC de 2015, respectivamente.

5 CONSTITUIÇÃO, PROCESSO CIVIL E COISA JULGADA

Observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que, em plano superior, a Constituição visa a solucionar os problemas de relacionamento entre a ordem legal, justiça e liberdade, bem como que “se o direito processual civil não pode e não deve ser considerado de forma isolada, mas sim englobado, como visto, nas idéias e concepções predominantes em determinada sociedade, a ordem constitucional apresenta-se em grande parte como o desaguadouro natural dessas condicionantes”.¹⁵⁹

Este relacionamento entre processo civil e Constituição, como nos dá conta Daniel Mitidiero, vem já do início do século XX, embora então se limitasse a uma perspectiva ligada tão somente ao funcionamento do Estado, no que se evoluiu, após a Segunda Guerra Mundial, ao reconhecimento da necessidade de ver-se o cidadão dotado de garantias frente ao arbítrio estatal.¹⁶⁰

Este posicionamento teve importante acolhida pela doutrina brasileira nas décadas de 1970 e 1980, a permitir a identificação de uma primeira constitucionalização do processo civil, movida pelo ideário de limites ao Estado. Em tempos mais recentes é possível identificar o estabelecimento de uma segunda constitucionalização, desta vez centrada na ideia de Estado Constitucional, a compreender o processo a partir dos direitos fundamentais, sendo compromisso do Estado Democrático de Direito dar tutela aos direitos sob uma perspectiva dos direitos fundamentais.¹⁶¹

Não há portanto, como se dissociar Constituição e processo civil. E, neste contexto, também a coisa julgada recebe importante tratamento.

159 **Do formalismo no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 83.

160 **As relações entre o processo civil e a constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 915, 2012, p. 51-52.

161 **As relações entre o processo civil e a constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 915, 2012, p. 51-52.

Isto ocorre não apenas em razão da referência direta contida no art. 5º, inciso XXXVI, a prever que a lei não prejudicará a coisa julgada, mas também porque, como visto, é ela um dos institutos que guarnecem a segurança jurídica, estando esta a lhe exigir respeito.¹⁶²

É bem verdade que o texto da Constituição não contém menção direta a direito à segurança jurídica. E, também na legislação comparada, afiança Antonio do Passo Cabral ser rara a existência de uma norma previdente nestes termos, registrando, ainda, que embora seja possível vê-la incorporada ao conteúdo de outros dispositivos constitucionais específicos, apenas muito recentemente é que a idéia de segurança jurídica ingressou no texto constitucional, trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ao se prever no art. 103-A, §1º, o objeto da então instituída súmula vinculante.¹⁶³

Conforme Luiz Guilherme Marinoni, a segurança jurídica assume as figuras de princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental, pois a Constituição brasileira refere-se à segurança como um valor fundamental, dando-a como inviolável em seu art. 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Afirma que, ainda que a Constituição não fale de um direito à segurança *jurídica*, diversos dispositivos a tutelam, como o princípio da legalidade, a inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, o princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal e a irretroatividade da lei penal desfavorável, previstos nos incisos II, XXXVI, XXXIX e XL do mencionado art. 5º.¹⁶⁴

Humberto Ávila demonstra que a segurança jurídica é, do ponto de vista normativo, uma preferência da própria Constituição de 1988:

A justificativa inicial já é fornecida pelo próprio ordenamento constitucional: ele próprio atribui fundamentalidade à segurança jurídica. Com efeito, a menção a esta última já é feita no seu preâmbulo. De um lado, o preâmbulo institui um Estado Democrático destinado a “assegurar”, isto é, a “tornar seguros” tanto os direitos sociais e individuais quanto os valores, dentre

162 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Direitos fundamentais processuais**. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2014, p. 759.

163 **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Bahia: Editora Juspodium, 2ª edição, 2014, p. 305-306.

164 **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2013, 119-120.

os quais o próprio valor “segurança”. De outro lado, o mesmo preâmbulo qualifica a liberdade, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça, e também a “segurança”, como “valores supremos” da sociedade. Essa sociedade, por sua vez, além de fraterna, pluralista e sem preconceitos, deve ser fundada na “harmonia social” e comprometida, na “ordem” interna e internacional, com a solução “pacífica” das controvérsias. Considerando-se que a expressão “segurança jurídica”, como será examinado ao longo deste texto, é associada aos ideais de determinação, de estabilidade e previsibilidade do Direito, dentre outros, verifica-se, portanto, que, já no preâmbulo, a CF/88 demonstra grave preocupação com a segurança jurídica mediante a utilização de termos como “segurança”, “assegurar”, “harmonia” e “ordem”.

A CF/88 contém, igualmente, referências diretas e indiretas à “segurança”. No título referente aos “Princípios Fundamentais”, ela institui um Estado Democrático de Direito (art. 1º), doutrinariamente associado, conforme será demonstrado, à ideia de segurança jurídica. No título relativo aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, ela não só prevê o direito fundamental à “segurança” (art. 5º, *caput*) como também estabelece uma série de “garantias”, isto é, de “instrumentos assecuratórios” de direitos. Em vários âmbitos normativos, institui numerosas “garantias” e “limitações” ao exercício do poder, tradicionalmente compreendidas como elementos parciais da segurança jurídica, de que são exemplo a legalidade (art. 5º, II, e art. 150, I), a irretroatividade (art. 150, III, “a”) e a anterioridade (art. 150, III, “b”).¹⁶⁵

Como constatado por Antonio do Passo Cabral, é majoritário o entendimento de que a cláusula do Estado de Direito é a sede normativa da qual deriva a segurança jurídica, pois para que possa ele ser estruturado tem que haver segurança, sendo uma exigência sua a existência de regras gerais, claras, conhecidas por todos, constantes no tempo e não incoerentes entre si.¹⁶⁶

Daí porque, quanto à coisa julgada e, via de consequência, à sua eficácia preclusiva, há inegável disciplina constitucional pela sua manutenção e estabilidade.

Mas também a Constituição fornece pautas para que se possa compreender o alcance e conteúdo do instituto da eficácia preclusiva, permanecendo válida e atual a observação de Egas Moniz de Aragão no sentido de que deve ser o

165 ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 33-34.

166 **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Bahia: Editora Juspodium, 2ª edição, 2014, p. 305-306.

instituto analisado de modo ser compatibilizado com o art. 5º, inciso XXXV, a prever que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.¹⁶⁷

E, ainda, há que se rememorar a ponderação de Sérgio Gilberto Porto de que a eficácia preclusiva tem por fito ampliar os limites objetivos da coisa julgada, de modo a serem açambarcadas também as alegações e defesas dedutíveis mas que não foram deduzidas, mas que isso não implica no consumo de todas as causas aptas a dar suporte à pretensão, pois não se pode suprimir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art. 5º, inciso XXXV, da CF). Assim, o instituto limita-se a consumir alegações e defesas nos parâmetros da lide deduzida, ou seja, sem que se altere qualquer dos elementos individualizadores da demanda.¹⁶⁸

É sob a conjugação destes dois aspectos que a eficácia preclusiva da coisa julgada há de ser visualizada. Por um lado é intangível¹⁶⁹ e, de outro, não pode ultrapassar os limites da lide, pois assim se estaria a obstar o exame judicial de lesão ou ameaça a direito.

6 CONCLUSÕES

Por tudo que se expôs, notadamente do exame do texto constitucional, se tem que permanece válida a assertiva de José Carlos Barbosa Moreira no sentido de que entre o risco de comprometer a segurança da vida social e o de consentir na eventual cristalização de injustiças prefere o ordenamento assumir o segundo.¹⁷⁰

A tutelar a segurança jurídica, é o resguardo da coisa julgada uma garantia constitucional. Isto, contudo, não a exime de sofrer as impugnações e afastamentos que o próprio sistema jurídico expressamente permite.

167 **Sentença e coisa julgada.** Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992, p. 325.

168 **Sobre o propósito e alcance do artigo 474, do CPC.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Síntese, v. 1., n. 1, setembro/outubro 1999, p. 46; e **Comentários ao código de processo civil:** v. 6, tomo I, do processo de conhecimento, arts. 444 a 495. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 233.

169 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 247.

170 **A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro.** In **Temas de direito processual**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, Primeira série, p. 99.

Nessa mesma linha, também aquilo que poderia ter sido arguido na lide, mas não o foi, encontra-se encoberto e pacificado pela eficácia preclusiva da coisa julgada, tratando-se de instituto que guarda congruência lógica com a *res iudicata*.

O Código de Processo Civil de 2015, ao manter em seu art. 508 dispositivo que não expunge as controvérsias surgidas sob a vigência do art. 474 do Código de 1973, permite a manutenção do dissenso, desperdiçando valiosa oportunidade. Tampouco se pode perder de vista a edição do art. 98, § 4º, da Lei nº 12.529/2011, a prever hipótese ampliativa do instituto quando a maioria da doutrina em outro sentido se inclina, ainda que se possa visualizar de plano sua inconstitucionalidade, pois revela a atualidade do debate. Isto, contudo, não enfraquece a doutrina então majoritária, vez que o entendimento de que a eficácia preclusiva da coisa julgada não atinge causas de pedir estranhas ao processo encontra amparo no texto constitucional, mas precisamente no inciso XXXVI do art. 5º.

Sendo a eficácia preclusiva da coisa julgada um instituto com tamanhas implicações, por óbvio, não poderia nem ser absoluto, nem estar imune a dissensos e novas construções doutrinárias. Nessa linha, se avoluma o entendimento que a vê como o impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado, na medida de sua incompatibilidade, o que lhe outorga uma maior amplitude.

A eficácia preclusiva da coisa julgada, vista a partir do texto constitucional, se encontra sob a influência direta de dois preceitos que merecem ser devidamente conjugados. De um lado há de se assegurar a intangibilidade da *res iudicata* e, de outro, sua força não pode ultrapassar os limites da lide a alcançar causas de pedir estranhas, vez que obstado estaria o exame judicial de lesão ou ameaça a direito.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 44, ano XV – novembro 1988, p. 25-44.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Bahia: Editora Juspodium, 2ª edição, 2014.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de direito processual civil**. São Paulo: Editora Atlas, 25ª edição, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao código de processo civil**: tomo IV, arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A coisa julgada nas ações de alimentos**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 52, ano XVIII – julho 1991, p. 5-33.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de processo civil comentado**: arts. 444 a 645, tomo III. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**: com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, Bushatsky, 1976.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Coisa julgada, “collateral estoppel” e eficácia preclusiva “secundum eventum litis”**. Tribunal em revista, revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, nº 8, dezembro/2000, p. 72-84.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: volume 1, teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2014.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2013.

_____. **Relativizar a coisa julgada material?** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 830, dezembro de 2004, p. 55-73.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2011.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____; _____. **Direitos fundamentais processuais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; _____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2014.

_____; _____. **O projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**: volume III, Processo de conhecimento, 2ª parte. São Paulo: Editora Saraiva, 1974.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzels de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**: tomo V, arts. 444 a 475. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974.

MITIDIERO, Daniel. **Abrangência da Coisa Julgada no Plano Objetivo**: Segurança Jurídica. Revista de Processo, São Paulo, v. 184, p. 309-328, 2010.

_____. **As relações entre o processo civil e a constituição na**

primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 915, p. 50-59, 2012.

_____. **Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva.** In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 181-230.

_____; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de processo civil:** volume 2, processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012.

_____; CORREA Jr, Gilberto Deon; CARNEIRO, João Geraldo Piquet. **CADE, título executivo extrajudicial e direito de ação: três tópicos para o debate sobre o art. 98 da Lei n. 12.529/2011.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 916, 2012, p. 343-365.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro.** In **Temas de direito processual**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, Primeira série.

_____. **Ainda e sempre a coisa julgada.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 416, junho 1970, p. 9-17.

_____. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada.** Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 28, ano X – julho 1983, p. 15-31.

PAULA, Alexandre de. **Código de processo civil anotado:** volume 2, arts. 270 a 565, do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, 1998, p. 1910.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil.** Rio de Janeiro: AIDE, 2ª edição, 1998.

_____. **Comentários ao código de processo civil:** v. 6, tomo I, do processo de conhecimento, arts. 444 a 495. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Sobre o propósito e alcance do artigo 474 do CPC.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Síntese,

v. 1., n. 1, setembro/outubro 1999, p. 39-47.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**: tomo IV, arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: volume 1, processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição, 2005.

_____. **Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro**. In: **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Editora Forense, 4ª edição, 2003, p.103-137.

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PREVISTO NOS ARTS. 133 A 137 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105/2015) E AS EXECUÇÕES FISCAIS

*THE DISREGARD OF LEGAL ENTITY INCIDENT PROVIDED
FOR ARTICLES 133-137 OF THE NEW CIVIL PROCEDURE
CODE (LAW N. 13, 105 / 2015) AND THE TAX ENFORCEMENTS*

Thiago Holanda González¹

Recebido em: 22.1.2016

Aprovado em: 11.4.2016

Resumo: O presente trabalho pretende investigar a aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil às execuções fiscais. O incidente é manifestação da intenção do legislador de alinhar o Código de Processo Civil à Constituição Federal de 1988, no que concerne à observância de princípios como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Não obstante, as execuções fiscais são regidas por lei específica - Lei nº 6.830/80 -, que, a despeito de não haver sido editada na vigência da atual Constituição, estabelece importantes parâmetros de proteção ao crédito público, enquanto manifestação econômica

Abstract: This work intends to investigate the applicability of the disregard of legal entity incident envisaged in arts. 133-137 of the New Civil Procedure Code to tax enforcements. The incident is a manifestation of the legislature's intention to align the Civil Procedure Code to the Constitution of 1988, with respect to compliance with principles such as due process, the wide defense and the contradictory. Nevertheless, tax enforcements are governed by specific law - Law No. 6830/80 - which, despite not having been published during the term of the current Constitution establishes important protection parameters of public resources, while economic manifestation of

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Advocacia Pública pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE).

do interesse público, sem descuidar da observância dos princípios constitucionais processuais. A Lei nº 6.830/80, ao longo dos anos, foi-se adequando à Constituição por intermédio da interpretação que lhe foi sendo conferida pelos Tribunais. Desse modo, analisam-se as hipóteses distintas de redirecionamento de uma execução fiscal - execução de crédito tributário e não tributário; redirecionamento para sócio-gerente, sócio sem poderes de gerência, terceiro e sociedade integrante de grupo econômico - para, a partir disso, definir-se em quais casos se está a tratar de desconconsideração da personalidade jurídica e como se dará a aplicação da legislação processual em cada hipótese.

Palavras-chave: Direito processual civil; Novo Código de Processo Civil. *Disregard doctrine*; Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Execução Fiscal.

Sumário: 1 Introdução. 2 A desconconsideração da personalidade jurídica. 3 As execuções fiscais e o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. 3.1 As execuções fiscais de crédito tributário e a responsabilidade prevista no art. 135 do CTN. 3.2 As execuções fiscais de crédito não tributário. 3.3 A responsabilidade de sociedades, de terceiros e de sócios sem poderes de gerência em razão da configuração de grupo econômico. 4 Conclusão.

public interest, without neglecting the observance of procedural constitutional principles. Law No. 6830/80, over the years, was up adapting to the Constitution through the interpretation that was being given to him by the courts. Thus, we analyze the different scenarios of redirection of tax enforcements - tax credit and no tax credit; redirection to managing partner, partner without powers of management, third person and society member of the economic group - to, from there, to define which cases applies disregard of legal entity and how will the application of procedural legislation for each one.

Keywords: Civil procedural law; New Civil Procedural Code; Disregard doctrine; Disregard of legal entity incident; Tax enforcement.

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), mais que uma lei aplicável ao processo civil em uma visão estrita, pretende-se uma lei voltada à disciplina processual não penal. É nítida no Novo Código a preocupação em estabelecer um modelo de processo consentâneo com o Estado Democrático de Direito tal qual fundado na Constituição Federal de 1988. Isso porque grande parte da legislação processual brasileira, sobretudo as leis estruturantes de cada ramo do processo, foi edificada durante períodos ditatoriais: o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973), a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/1943), o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), a Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1980) e o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941) são exemplos disso.

Logo no art. 1º do Novo Código de Processo Civil há referência expressa à necessidade de ordenação, disciplina e interpretação, não só do Código, mas do processo civil, "(...) conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código". Mais adiante, o art. 15 prevê que "Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente"².

Diante dessa característica do Novo Código de Processo Civil, naturalmente se passará a conviver com dúvidas acerca da aplicação de alguns mecanismos trazidos pela nova legislação processual a hipóteses específicas vivenciadas nas diversas searas do processo. O presente trabalho visa a analisar uma dessas hipóteses, qual seja a forma de aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei nº 13.105/2015 às execuções fiscais.

² É interessante notar que o legislador, além de estabelecer a já conhecida aplicação *subsidiária* do Código de Processo Civil, aponta à aplicação *supletiva* do Novo Código. Maria Helena Diniz define supletivo como "1. O que completa. 2. O que é subsidiário. 3. O que supre lacuna." (DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. V. 4. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 574). Diante dessa definição, bem como diante da utilização das duas palavras - *supletiva* e *subsidiária* -, pode-se entender que o legislador pretendeu conferir ao Novo Código Civil a função de *completar* os demais ramos do processo civil (entendido como o processo não penal) e mesmo o processo administrativo, impondo uma leitura dessa legislação à luz de suas premissas, notadamente aquelas que guardam relação com o Estado Democrático de Direito.

As execuções fiscais são regidas pela Lei nº 6.830/1980, que traz um rito específico para a cobrança dos créditos da Fazenda Pública. Como observa Mauro Luís Rocha Lopes, “*só a ela é dado o privilégio de poder constituir unilateralmente o título executivo que irá lastrear a execução fiscal, passando os créditos fazendários, a partir de sua inscrição em dívida ativa, a gozar de presunção relativa de liquidez e certeza*”³. Ocorre que os créditos passíveis de cobrança por meio da execução fiscal possuem regimes distintos, haja vista que decorrem de diferentes tipos de atividade estatal. Para uma análise processual, geralmente é suficiente a classificação de tais créditos em tributários e não tributários, apontando-se as peculiaridades dos ritos quando se trata de uma ou de outra modalidade. No entanto, neste trabalho, faz-se necessária uma reflexão acerca da possibilidade de aplicação do incidente de descon sideração conforme seja o fundamento de direito material utilizado para a responsabilização de terceiros.

Para se atingir o objetivo proposto e se conferir sistematicidade ao estudo, partir-se-á de uma análise da descon sideração da personalidade jurídica e do procedimento previsto no Novo Código de Processo Civil para sua aplicação. Posteriormente, verificar-se-á, tanto sob o enfoque processual quanto sob o enfoque material, se as hipóteses de redirecionamento das execuções fiscais tributárias e não tributárias decorrem da aplicação do instituto e se exigem a aplicação do incidente previsto na lei processual.

2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A possibilidade de criação de pessoas com personalidade jurídica própria consiste em uma das principais ferramentas de incentivo ao empreendedorismo. O princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica permite que as pessoas invistam parcela de seu patrimônio para a realização de uma atividade econômica, submetendo-se aos riscos do mercado sem a ameaça de que eventual insucesso implique a perda de seu patrimônio pessoal. Entretanto, por vezes, há um desvio de função quanto à autonomia da pessoa jurídica. Criam-se pessoas jurídicas para alcançar fins ilícitos, burlar normas ou eximir os sócios de obrigações a eles impostas pela legislação. Observa Suzy Elizabeth Cavalcante Koury:

3 LOPES, Mauro Luís Rocha. **Processo Judicial Tributário: execução fiscal e ações tributárias**. 8 ed. Niteroi: Editora Impetus, 2012, p. 3.

A função do instituto pessoa jurídica de limitar os riscos empresariais, através do reconhecimento da sua existência como distinta da existência de seus membros, que objetiva, principalmente, estimular o desenvolvimento das atividades econômicas e contribuir para o desenvolvimento social, não é evidentemente ilegítima; todavia, a sua utilização pode ter, em alguns casos, esse caráter.

Com efeito, todo instituto jurídico corre o risco de ter sua função desviada, ou seja, utilizada contrariamente às suas finalidades. Esse desvio de função consiste na falta de correspondência entre o fim perseguido pelas partes e o conteúdo que, segundo o ordenamento jurídico, é próprio da forma utilizada.⁴

A partir da identificação dessa realidade, foi desenvolvida a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual se permite que seja afastada a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios. Os sócios passam a responder com seu patrimônio pessoal por dívidas e obrigações contraídas pela pessoa jurídica. Como afirma Flávio Tartuce, “o escudo, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás dele, o sócio ou administrador”.⁵ Para o objeto do presente trabalho, é suficiente o enfoque na hipótese clássica da teoria, qual seja a desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio dos sócios ou administradores, tomando-se como pressuposto a utilização abusiva da pessoa jurídica, haja vista que é este o caso típico enfrentado nas execuções fiscais.⁶ O Código Civil assim incorporou a *disregard doctrine*, por meio do disposto em seu art. 50:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

4 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (Disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 70.

5 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011, p. 135.

6 Nas relações de consumo e no direito ambiental, tem-se valido da chamada *teoria menor da "disregard doctrine"*, segundo a qual é suficiente que a separação patrimonial afigure-se como obstáculo à satisfação de credores (art. 28, §5º, CDC, e art. 4º, Lei nº 9.605/1998). Há, ainda, a *desconsideração inversa da personalidade jurídica*, com ampla aplicação em processos que envolvem direito de família. Nesse caso, o sócio atribui à sociedade bens particulares para se eximir de obrigações a ele dirigidas enquanto pessoa física.

A leitura do art. 50 do Código Civil nos diz que, salvo as hipóteses previstas na legislação especial, a desconsideração da personalidade jurídica (i) depende da existência de *abuso da personalidade jurídica*, caracterizado pelo *desvio de finalidade* ou pela *confusão patrimonial*⁷, (ii) pode ser *provocada incidentalmente* em processo judicial⁸, (iii) pode atingir bens de *administradores ou sócios*⁹ e (iv) apenas tem efeitos para *certas e determinadas obrigações*, mantendo-se a separação patrimonial para as demais obrigações e relações jurídicas que envolvam a pessoa jurídica¹⁰.

Ao contrário do Código de Processo Civil de 1973, que nada dispunha acerca da forma de se requerer a desconsideração da personalidade jurídica em um processo, o Novo Código de Processo Civil, nos arts. 133 a 137, criou o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

7 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. AgRg no AREsp 651421/RS. Rel. Min. Raul Araújo. DJe 16/09/2015.

8 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. REsp 1096604/DF. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 16/10/2012.

9 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. AgRg no AREsp 462831/PR. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 25/08/2014.

10 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. REsp 1169175/DF. Rel. Min. Massami Uyeda. DJe 04/04/2011.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

A previsão de um rito específico para a declaração da desconsideração da personalidade jurídica em um processo judicial, com determinação de citação do sócio e a abertura da fase de instrução voltada a investigar, especificamente, se estão presentes os pressupostos da desconsideração, guarda nítida relação com o alinhamento do Novo Código à Constituição Federal de 1988 e com a necessidade de se garantir às partes o contraditório¹¹. Por outro lado, reforça-se a proteção ao princípio da autonomia da pessoa jurídica, dificultando-se que, de modo açodado, se chegue ao patrimônio dos sócios ou administradores.

No que pese a convergência do Novo Código de Processo Civil com os princípios constitucionais, trata-se de uma lei geral, com aplicação supletiva e subsidiária a leis que trazem ritos especiais a determinados tipos de processos. Neste ponto, é fundamental que se tenha presente que a existência de procedimentos especiais justifica-se pela necessidade de adequação do processo ao direito material que por meio dele se busca a realização¹², considerando-se, ainda, a natureza dos interesses envolvidos. Diante dessa premissa, passa-se a analisar se é possível a utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das execuções fiscais.

11 "O processo é um instrumento de composição de conflito - pacificação social - que se realiza sob o manto do contraditório. O contraditório é inerente ao processo. Trata-se de princípio que pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão. Aplica-se o princípio do contraditório, derivado que é do devido processo legal, nos âmbitos jurisdicional, administrativo e negocial" (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 45).

12 Acerca do princípio da adequação, explica Fredie Didier Jr.: "Inicialmente, a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiossincrasias do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de encarar este fenômeno" (Id. *Ibid.*, p. 51).

3 AS EXECUÇÕES FISCAIS E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

As execuções fiscais são regidas pela Lei nº 6.830/80¹³. Trata-se de procedimento judicial especial por meio do qual a Fazenda Pública pode buscar a satisfação dos seus créditos, a partir de título executivo extrajudicial.¹⁴ A Fazenda Pública, unilateralmente, inscreve seus créditos tributários e não tributários em dívida ativa e constitui o respectivo título executivo extrajudicial, a certidão de dívida ativa (CDA)¹⁵. A partir disso, caso não haja o pagamento na fase administrativa, a cobrança judicial dá-se, diretamente, por meio da execução da CDA, seguindo-se o procedimento especial previsto na Lei nº 6.830/80. Um dos principais atributos da CDA é a presunção de certeza e de liquidez quanto às informações nela contidas. A presunção de certeza e de liquidez da CDA encontra fundamento no próprio regime

13 Art. 1º A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

14 "Ao referir 'cobrança judicial' não se refere à ação de cobrança, como ação de conhecimento que busque a formação de um título executivo judicial consubstanciado em sentença condenatória. Diferentemente, prevê a constituição, pela própria Fazenda Pública, de um título executivo extrajudicial com suporte no qual venha, então, deduzir pretensão de cobrança - no sentido de buscar a satisfação compulsória - do montante a ela devido, ou seja, de execução". (PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Direito Processual Tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 144).

15 A Lei nº 6.830/80 prevê uma série de requisitos que devem constar do termo de inscrição de dívida ativa e da certidão de dívida ativa: "Art. Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. [...] § 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter: I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida; IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo; V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida. § 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.

jurídico dos atos administrativos. Por se tratar de um ato administrativo que encerra procedimento administrativo de constituição do crédito tributário, sobre ela incide o atributo da presunção de legitimidade.¹⁶

A natureza do título executivo guarda intrínseca relação com o procedimento especial da execução fiscal. Por meio dela se justifica a legitimidade do sujeito passivo indicado na CDA e a busca imediata de patrimônio do executado, tão logo seja procedida à citação, diferindo-se eventual defesa do devedor¹⁷. Deve-se observar que, ainda que editada em 1980, é sólida a compatibilidade da Lei nº 6.830/80 com a Constituição Federal de 1988, sobretudo em razão das constantes interpretações da referida lei realizadas pelos Tribunais nas execuções fiscais a eles submetidas. Essa constatação nos leva à fixação de uma premissa: o fato de o Novo Código de Processo Civil ter sido edificado em consonância com a Constituição Federal de 1988 desde sua gênese não impõe a incorporação acrítica de suas

16 "A relevância da presunção de legitimidade do ato administrativo reside na geração de efeitos vinculantes para terceiros. A autoridade administrativa dispõe de poderes para gerar unilateralmente atos jurídicos oponíveis a terceiros, sem que haja necessidade de participação do interessado ou do Judiciário. No direito privado, todo ato jurídico se presume legítimo *relativamente* apenas em relação a quem o produziu" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 409).

17 TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REDIRECIONAMENTO DO PLEITO EXECUTIVO AO SÓCIO-GERENTE. SÓCIO CUJO NOME CONSTA NA CDA. ÔNUS DA PROVA PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DO ART. 135 DO CTN. DO SÓCIO. VÍCIOS NA CDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido, pacificamente, que "a) se o nome dos corresponsáveis não estiver incluído na CDA, cabe ao ente público credor a prova da ocorrência de uma das hipóteses listadas no art. 135 do CTN; b) constando o nome na CDA, prevalece a presunção de legitimidade de que esta goza, invertendo-se o ônus probatório (orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.104.900/ES, sob o rito dos recursos repetitivos)" (AgRg nos EDcl no AREsp 419.648/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/2/2014, DJe 19/3/2014). 2. Não tendo a ora recorrente se desincumbido do onus probandi com o fito de afastar as hipóteses previstas no art. 135 do CTN que autorizam a responsabilidade pessoal do sócio em executivo fiscal, o entendimento firmado na origem não pode aqui ser revisto ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que a aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade, conduz ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, medida inexequível na via da instância especial, tendo em vista o óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. AgRg no AREsp 708225/DF. Rel. Min. Humberto Martins. DJe 01/09/2015).

normas a sistemas processuais especiais que, a despeito de terem surgido sob panorama constitucional diverso, foram recepcionados pela nova ordem constitucional e receberam interpretações por parte da jurisprudência à luz dos princípios constitucionais. Defende-se, aqui, que a incorporação de regras trazidas pelo Novo Código de Processo Civil aos procedimentos especiais não deve ser feita sob o mero argumento da atualidade e da vocação democrática do Novo Código, devendo-se, sim, analisar com seriedade sua aplicação subsidiária e supletiva aos ritos específicos.

Feitas as considerações acima, passa-se a investigar se é possível a aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137 do Novo CPC) às execuções fiscais. Em razão das várias formas de redirecionamento de uma execução fiscal para os sócios ou para os administradores, bem como em decorrência das distintas naturezas de créditos que podem ser cobrados por meio desse procedimento especial, acredita-se que conclusões corretas não prescindem de um estudo do direito material que estabelece normas de responsabilidade. Alguns questionamentos evidenciam essa necessidade: em se tratando de uma execução fiscal tributária, há normas que regem a responsabilidade tributária do sócio-gerente ou do administrador no Código Tributário Nacional. Nesse caso, estar-se-ia diante de uma hipótese clássica de desconconsideração da personalidade jurídica? Em se tratando de sócio de sociedade de responsabilidade limitada que não possui poderes de administração ou de gerência, é possível a sua responsabilização, caso se demonstre haver confusão patrimonial ou abuso de personalidade jurídica? Nesse caso, estar-se-ia diante de uma hipótese clássica de desconconsideração da personalidade jurídica? Do mesmo modo, em se tratando de execução de dívida ativa não tributária, eventual responsabilização de sócio-gerente decorre exclusivamente da *disregard doctrine*? Seria possível a responsabilização do sócio sem poderes de gerência e de terceiros?

Perceba-se que somente a partir de reflexões sobre as normas de direito material que envolvem as diferentes hipóteses de responsabilidade de sócios (com e sem poderes de gerência), tanto em obrigações tributárias quanto em obrigações não tributárias, poder-se-á chegar a conclusões sérias acerca da aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica às execuções fiscais. Ao contrário do que aqui se defende, alguns autores e profissionais da área jurídica têm justificado a aplicabilidade ou

a inaplicabilidade do incidente de desconconsideração com base em critérios genéricos, unicamente processuais ou mesmo de ordem prática. Em defesa da plena aplicação do incidente às execuções fiscais, assim expõem Caio de Sá Dal'Col e Lívia Dalla Bernardina Abreu:

Nesse contexto, percebe-se, pois, que a responsabilidade tributária dos sócios referida no art. 135 do CTN insere-se no âmbito da desconconsideração da personalidade jurídica. Assim como o art. 50 do CC/2002 deve ser aplicado nos casos que envolvam direitos civis por meio do novel incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, o art. 135 do CTN deve ser aplicado nas execuções fiscais também pelo incidente de desconconsideração de personalidade jurídica.

Ademais, por não existir na LEF (Lei nº 6.830/80) qualquer previsão no que diz respeito ao procedimento a ser tomado nas hipóteses de redirecionamento da execução e, sendo o Código de Processo Civil ser aplicado *[sic]* subsidiariamente à Lei nº 6.830/80, deve ser aplicado o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Por conferir ao possível atingido pela medida o direito de se manifestar e contribuir para a decisão do magistrado em incluí-lo ou não no processo em curso, de forma a evitar a prática de arbitrariedades, a utilização do novo incidente se faz imprescindível para proteger as garantias do cidadão.¹⁸

As críticas às ideias acima expostas são de várias ordens: (i) primeiramente, não se pode afirmar, sem uma análise aprofundada, que a responsabilidade tributária dos sócios referida no art. 135 do CTN configura hipótese da *disregard doctrine*; (ii) o Código Tributário Nacional não se aplica a todas as execuções fiscais, mas somente àquelas que visam à cobrança da dívida ativa tributária; (iii) a ausência de previsão literal e expressa na Lei nº 6.830/80 não é suficiente para se concluir que uma norma do Código de Processo Civil guarda compatibilidade com o rito especial; (iv) não se pode tomar como imprescindível o incidente de desconconsideração - forma processual - para que se considere observado o princípio contraditório, já tendo sido o rito da execução fiscal submetido ao crivo da jurisprudência sob a égide da Constituição Federal de 1988 sem que se consolidasse entendimento por sua inconstitucionalidade neste particular.

18 ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). **Advocacia Pública**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 72-73.

De outra banda, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) divulgou 62 (sessenta e dois) enunciados voltados a orientar a Magistratura acerca da aplicação do Novo Código de Processo Civil. Entre os enunciados aprovados está o de nº 53, que a seguir se transcreve: “*O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015*”.¹⁹ A Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região também divulgou enunciados extraídos de debates travados no Fórum de Execuções Fiscais (FOREXEC). Interessa-nos, neste trabalho, o enunciado nº 6: “*A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015*”.²⁰

Conquanto os dois enunciados sejam uníssonos no sentido da inaplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica às execuções fiscais, carecem de fundamentação razoável que justifique o entendimento firmado. No caso do enunciado nº 53 da ENFAM sequer restou referido um fundamento determinante para a posição adotada. Já na conclusão oriunda do FOREXEC, embora explicitado que a previsão do art. 135 do CTN não se trata de hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, e que, por isso, o incidente trazido pelo art. 133 do Novo Código de Processo Civil não deve ser aplicado às execuções fiscais, não se apresenta solução para as diferentes hipóteses de redirecionamento em uma execução fiscal, nem se atenta para a circunstância de que também existem execuções fiscais de créditos não tributários.

Apresentado o panorama acima, passa-se a analisar a aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no Novo Código de Processo Civil às execuções fiscais.

19 ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. **O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2015.

20 ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. **Enunciados do Fórum de Execuções Fiscais de 2015: os impactos do novo Código de Processo Civil na execução fiscal**. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/enunciadosforexec2015.pdf>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2015.

3.1 As Execuções Fiscais de Crédito Tributário e a Responsabilidade Prevista no art. 135 do CTN

O artigo 135, III, do CTN, é o fundamento legal utilizado, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, para as hipóteses de redirecionamento de uma execução fiscal tributária ao sócio-gerente ou administrador da sociedade executada.²¹ Parte da doutrina confere ao dispositivo interpretação bastante restritiva. Primeiramente, defende que somente seria possível a responsabilização do sócio-gerente pelas *obrigações tributárias que resultem, de forma imediata, de um ato por ele praticado* com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Sustenta que o artigo apenas se aplicaria às hipóteses em que, *por dolo*, o sócio-gerente atuasse *em prejuízo da sociedade*, exorbitando os poderes que lhe são conferidos pela lei, pelo estatuto ou pelo contrato social. Por fim, conclui que, em razão da referência a uma responsabilidade *pessoal*, quando houvesse a responsabilização do sócio-gerente com base neste dispositivo, estaria excluída a responsabilidade da sociedade - contribuinte -, sobretudo se considerado seu prejuízo decorrente da atuação exorbitante do sócio-gerente. Nesse sentido é a doutrina de Renato Lopes Becho:

Conforme exposto, entendemos que a melhor compreensão para o art. 135 é considerá-lo correlato ao art. 158 da Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas). Significa dizer que, quando os responsáveis tributários realizaram atos *lícitos contra* o interesse do contribuinte e que signifiquem descumprimento da legislação que liga um e outro (contribuinte e responsável), esses responderão pessoalmente pelos créditos tributários decorrentes de seus atos. Nos termos como positivado pelo legislador, como o responsável terá agido *contra os interesses do contribuinte*, este será excluído da ação de cobrança (responsabilidade *pessoal* do terceiro).²²

Sacha Calmon Navarro Coêlho também adota a posição acima exposta. Contudo, acrescenta em seus argumentos a existência de um viés de proteção

21 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...] III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

22 BECHO, Renato Lopes. **Responsabilidade tributária de terceiros: CTN, arts. 134 e 135**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102.

ao Fisco no dispositivo.²³ Com a devida vênia, não se pode concordar com a interpretação restritiva feita pelos eminentes autores. A persistir esse entendimento, haverá um esvaziamento do âmbito de incidência da norma, bem como se reduzirão significativamente as formas de proteção do crédito tributário. Note-se que a interpretação empreendida atribui ao dispositivo a incidência sobre uma hipótese que pouco se observa na prática, qual seja o posicionamento do sócio-gerente contra a empresa para a obtenção de benefícios particulares. A experiência prática no acompanhamento de execuções fiscais revela que a aplicação do art. 135, III, do CTN, ocorre porque o sócio-gerente atua para eximir a sociedade de suas obrigações tributárias. Convergem, assim, os interesses do sócio e da sociedade, em prejuízo do Fisco.

A referência à *personalidade* da responsabilidade do sócio-gerente, conforme prevista na lei, não implica a *exclusividade* que parte da doutrina identifica. Apenas se diz que, nas hipóteses ali previstas, o patrimônio pessoal das pessoas indicadas será atingido, sem que isso signifique que o contribuinte estará eximido da responsabilidade pelo cumprimento da obrigação tributária. Logo, há uma ampliação da responsabilidade, para que o Fisco, lesado pela conduta do sócio - repise-se, com interesse convergente com o da sociedade - tenha a possibilidade de buscar a satisfação de seu crédito tanto no patrimônio da sociedade quanto no patrimônio do sócio-gerente. Interpretar a lei de forma diversa é incentivar a atuação fraudulenta de agentes mal intencionados, que facilmente se desfariam de seus bens e suportariam as execuções fiscais, desviando da sociedade as consequências do descumprimento de suas obrigações tributárias.

O art. 158 da Lei nº 6.404/76, utilizado como reforço argumentativo na exposição do Professor Renato Lopes Becho, assim dispõe:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

- I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
- II - com violação da lei ou estatuto.

23 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 638.

A primeira parte do artigo observa, naturalmente, o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas. O administrador, ao exercer a “apresentação” da sociedade, não se vincula, enquanto pessoa física, às obrigações contraídas. A segunda parte do dispositivo, por sua vez, estipula a possibilidade de o administrador responder pelas obrigações contraídas com culpa ou dolo, ou fora dos poderes a ele conferidos, que tenham causado prejuízo à sociedade. Ocorre que, mesmo nessa hipótese, sob a ótica externa, ou seja, da responsabilidade da pessoa jurídica perante o terceiro de boa-fé que com ela contraiu a obrigação, a responsabilidade da companhia é mantida, reservando-se para o plano interno - *interna corporis* - a análise da responsabilidade pessoal do administrador. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SOCIEDADE ANÔNIMA. DIRETORIA. ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODER E FORA DO OBJETO SOCIAL DA COMPANHIA (ATOS ULTRA VIRES). RESPONSABILIDADE INTERNA CORPORIS DO ADMINISTRADOR. RETORNO FINANCEIRO À COMPANHIA NÃO DEMONSTRADO. ÔNUS QUE CABIA AO DIRETOR QUE EXORBITOU DE SEUS PODERES. ATOS DE MÁ GESTÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. DEVER DE DILIGÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE DOLO E CULPA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RESSALVAS DO RELATOR.

1. As limitações estatutárias ao exercício da diretoria, em princípio, são, de fato, matéria interna corporis, inoponíveis a terceiros de boa-fé que com a sociedade venham a contratar. E, em linha de princípio, tem-se reconhecido que a pessoa jurídica se obriga perante terceiros de boa-fé por atos praticados por seus administradores com excesso de poder. Precedentes. 2. Nesse passo, é consequência lógica da responsabilidade externa corporis da companhia para com terceiros contratantes a responsabilidade interna corporis do administrador perante a companhia, em relação às obrigações contraídas com excesso de poder ou desvio do objeto social. 3. Os atos praticados com excesso de poder ou desvio estatutário não guardam relação com a problemática da eficiência da gestão, mas sim com o alcance do poder de representação e, por consequência, com os limites e possibilidades de submissão da pessoa jurídica - externa e internamente. Com efeito, se no âmbito externo os vícios de representação podem não ser aptos a desobrigar a companhia para com terceiros - isso por apreço à boa-fé, aparência e tráfego empresarial -, no âmbito interno fazem romper o nexo de imputação do ato à sociedade empresarial. Internamente, a pessoa jurídica não se obriga por ele, exatamente porque manifestado por quem não detinha poderes para tanto. Não são imputáveis à sociedade exatamente porque o são ao administrador que exorbitou dos seus poderes. 4. Portanto, para além dos danos reflexos

*eventualmente experimentados pela companhia, também responde o diretor perante ela pelas próprias obrigações contraídas com excesso de poder ou fora do objeto social da sociedade. [...]*²⁴ (Grifo nosso)

Veja-se, assim, que perante terceiros é mantida a responsabilidade da pessoa jurídica, ainda que o ato do qual decorra o prejuízo haja sido praticado com excesso de poderes ou com culpa ou dolo pelo administrador. Portanto, o sistema existente no Direito Empresarial não constitui fundamento razoável para que se defenda que, perante o Estado, nas obrigações tributárias, a aplicação do art. 135 do CTN exclui a responsabilidade da sociedade pelo tributo e a exigibilidade da exação na execução fiscal. Desse modo, segue-se, aqui, a doutrina de Ricardo Lobo Torres, que rechaça o entendimento de que a responsabilização do sócio-gerente, nos termos do art. 135, III, CTN, exclui a da pessoa jurídica. Confira-se:

Outra coisa é a responsabilidade de que cuida o art. 135. Nela existe a solidariedade *ab initio*, e o responsável se coloca junto do contribuinte desde a ocorrência do fato gerador. Pouco importa, nesses casos, que o contribuinte tenha ou não patrimônio para responder pela obrigação tributária. A Fazenda credora pode dirigir a execução contra o contribuinte ou o responsável.²⁵

Ainda no que toca à interpretação do art. 135 do CTN, deve-se esclarecer, na esteira da doutrina de Hugo de Brito Machado, que mesmo que a redação do artigo mencione a responsabilidade do sócio-gerente por obrigações *resultantes* de atos praticados com excesso de poder ou por infração à lei, estatuto ou contrato social, a restrição da hipótese aos casos em que a obrigação tributária já nasce em decorrência direta de atos irregulares representaria injustificável redução no alcance da norma jurídica.²⁶ Há, contudo, que se avaliar o *grau da infração* praticada para se verificar a responsabilidade do sócio-gerente. Nesse diapasão, entende-se que o mero inadimplemento do tributo não configura razão suficiente

24 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 1.349.233/SP. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 05/12/2015.

25 TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 238.

26 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 169.

para o redirecionamento da execução fiscal ao sócio²⁷. Destaca-se, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido ora defendido, tanto em relação à manutenção da sociedade quando do redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente, quanto no que concerne à possibilidade de redirecionamento em razão de atos posteriores ao nascimento da obrigação tributária.²⁸

Apresentada a matriz do redirecionamento da execução fiscal tributária para o sócio-gerente em decorrência da prática de ato com excesso de poderes ou com infração à lei, ao estatuto ou ao contrato social, conforme a norma extraída do art. 135, III, CTN, deve-se investigar se a hipótese consiste em uma manifestação positivada da *disregard doctrine*.

O Código Tributário Nacional define os sujeitos passivos da obrigação tributária, que podem ser *contribuintes* ou *responsáveis*. Nos termos do art. 121, I, CTN, contribuinte é o sujeito passivo que “*tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador*”. Por sua vez, o art. 121, II, CTN, estabelece que o sujeito passivo é responsável quando, “*sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei*”. Sobre a matéria, esclarece Luciano Amaro:

[...] a identificação do *sujeito passivo da obrigação principal* (gênero) depende apenas de verificar quem é a *pessoa que, à vista da lei, tem o dever legal de efetuar o pagamento da obrigação*, não importando indagar qual o tipo de relação que ela possui com o fato gerador. Qualquer que seja o liame em razão do qual tenha sido posta no polo passivo da obrigação principal, ela recebe a designação genérica de *sujeito passivo da obrigação principal*.²⁹

O próprio Código Tributário Nacional traz hipóteses de responsabilidade tributária. É o que ocorre no art. 135, inciso III, cujo âmbito de aplicação foi acima demonstrado. Destarte, por se tratar de disposição expressa de lei que atribui a terceiro - ainda que, no caso, juntamente com o contribuinte - a responsabilidade pelo pagamento do tributo, entende-se haver um vínculo

27 Súmula nº 430 do Superior Tribunal de Justiça: "O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente".

28 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp 1.455.490/PR. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe 25/09/2014.

29 AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 298.

direto, criado pela lei, entre o sócio-gerente e a obrigação tributária, não se podendo falar que a responsabilidade tributária de que ora se trata decorre de uma manifestação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Não há, portanto, relação entre o redirecionamento da execução fiscal fundado na responsabilidade do sócio-gerente ou do administrador por obrigações tributárias pela prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou de estatutos e a *disregard doctrine*. Trata-se, sim, de hipótese de sujeição passiva tributária decorrente de lei (art. 121, II, c/c art. 135, III, ambos do CTN). Por conseguinte, não se deve observar o rito do incidente de desconsideração da personalidade jurídica trazido pelo Novo Código de Processo Civil. Confira-se, no mesmo sentido, a conclusão de José Aurino de Melo Filho:

Em todo caso, como o incidente trata, apenas, da responsabilização em razão da desconsideração da personalidade jurídica em sentido estrito (conforme disciplina o artigo 50 do Código Civil e outras normas específicas, que prescrevem a desconsideração em nichos delimitados, como o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor), não de outras formas de responsabilização dos sócios, que não exigem a desconsideração, entendemos que não se aplica no caso de responsabilização em razão da dissolução irregular, que não é realizada com base no art. 50 do CC (nem em normas de ramos do direito específicos), mas, sim, no caso de débitos tributários, do art. 135, II, do Código Tributário Nacional [...]. Como o NCPC limita a aplicação do incidente aos casos de desconsideração, e não se tratando a responsabilidade por débitos fiscais em razão da dissolução irregular caso de desconsideração da personalidade jurídica; mas, sim, de responsabilização “*do sócio, nos termos da lei*”, inaplicável, aqui, o incidente, devendo-se ser mantida a sistemática atual, de pedido por simples petição nos autos da execução fiscal.³⁰

Diante do que se expôs no presente tópico, chegam-se às seguintes conclusões parciais: (i) o fundamento legal para o redirecionamento da execução fiscal de crédito tributário para o sócio-gerente é o art. 135, III, CTN, que deve ser interpretado segundo os seguintes vetores: (i.1) a referência à *pessoalidade* da responsabilidade do sócio-gerente, conforme prevista na lei, não implica a *exclusividade* que parte da doutrina identifica,

30 MELO FILHO, José Aurino de (Org.). **Execução Fiscal Aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal**. 4 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 450-51.

mas sim que, nas hipóteses ali previstas, o patrimônio pessoal das pessoas indicadas será atingido, sem que isso signifique que o contribuinte estará eximido da responsabilidade pelo cumprimento da obrigação tributária; (i.2) a responsabilidade do sócio-gerente não se limita às obrigações tributárias que decorram diretamente de seus atos praticados com excesso de poder ou por violação à lei, ao contrato social ou ao estatuto; (i.3) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido das conclusões (i.1) e (i.2), tanto em relação à manutenção da sociedade quando do redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente, quanto no que concerne à possibilidade de redirecionamento em razão de atos posteriores ao nascimento da obrigação tributária; (ii) não há relação entre o redirecionamento da execução fiscal fundado na responsabilidade do sócio-gerente ou do administrador por obrigações tributárias pela prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou de estatutos e a *disregard doctrine*, sendo o redirecionamento, nesse caso, consequência da sujeição passiva tributária decorrente de lei (art. 121, II, c/c art. 135, III, ambos do CTN); (iii) por não consistir em manifestação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, na hipótese de redirecionamento da execução fiscal de que ora se trata não se deve observar o rito do incidente trazido pelos arts. 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil.

3.2 As Execuções Fiscais de Crédito não Tributário

A execução fiscal é o procedimento previsto em lei por meio do qual a Fazenda Pública executa os créditos tributários e não tributários inscritos em dívida ativa e constantes de título executivo extraído unilateralmente: a certidão de dívida ativa (CDA). No tópico anterior, procedeu-se à análise da aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica às execuções fiscais de créditos tributários, chegando-se à conclusão de que o rito previsto nos arts. 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil não deve ser utilizado para o redirecionamento para os sócios-gerentes ou para os administradores nessa modalidade de execução fiscal. Passa-se, aqui, a perquirir se o incidente aplica-se às execuções fiscais de créditos não tributários.

A análise da aplicabilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica às execuções fiscais não tributárias passa, necessariamente, pela identificação na legislação de fundamento autônomo para o redirecionamento, que represente hipótese distinta do *desvio de finalidade* ou da *confusão patrimonial*, pressupostos da *disregard doctrine* contidos no art. 50 do Código Civil. É dizer: faz-se mister pesquisar se há fundamento legal específico a imputar ao sócio-gerente ou ao administrador a responsabilidade pelo pagamento do débito contraído em nome da sociedade.

Há dois dispositivos legais - um dos quais já trabalhado alhures - que trazem fundamento legal para o redirecionamento da execução fiscal não tributária para o sócio-gerente ou para o administrador. O primeiro deles - art. 10 do Decreto nº 3.708/19 - trata da responsabilidade do sócio gerente da sociedade por quotas de responsabilidade limitada; já o segundo - art. 158 da Lei nº 6.404/76 - trata de igual responsabilidade no âmbito das sociedades anônimas.³¹

Como bem observa João Aurino de Melo Filho, as regras acima transcritas prescrevem a responsabilidade do sócio-gerente, sem afastar a da pessoa jurídica, em razão de atos específicos por ele praticados, não se confundindo com a desconconsideração da personalidade jurídica, que tem pressupostos próprios.³² Logo, verificada a prática de ato com excesso de poderes ou infração à lei, a estatuto ou a contrato social, exsurge a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal de crédito não tributário ao sócio-gerente, que passa a responder solidariamente com a sociedade pelos débitos contraídos. Repisa-se, aqui, o que já se disse quando da análise empreendida quanto aos créditos tributários: a reparação de eventuais prejuízos causados à sociedade ocorre no plano interno, podendo a sociedade, os demais sócios ou os acionistas reaverem os prejuízos decorrentes da má-

31 Decreto nº 3.708/19, art. 10. Os socios gerentes ou que derem o nome á firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e illimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei.

Lei nº 6.404, art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto. [...]

32 Id. Ibid., p. 451.

atuação do sócio com poderes de gerência; no plano externo, ou seja, diante de terceiros em face dos quais as dívidas foram contraídas - entre eles a Fazenda Pública -, deve-se proteger a aparência de legitimidade da atuação do sócio-gerente, bem como a boa-fé do terceiro. Isso implica que poderá a Fazenda Pública dirigir sua cobrança *tanto em face da sociedade quanto em face do sócio-gerente ou do administrador*.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento, em sede de recurso especial representativo da controvérsia, no sentido da possibilidade de redirecionamento de execução fiscal de dívida ativa não tributária em virtude de dissolução irregular de pessoa jurídica, *utilizando como fundamento legal o art. 10 do Decreto n° 3.078/19 e o art. 158 da Lei n° 6.404/76*. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA EM VIRTUDE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ART. 10, DO DECRETO N. 3.078/19 E ART. 158, DA LEI N. 6.404/78 - LSA C/C ART. 4º, V, DA LEI N. 6.830/80 - LEF. [...] 3. *É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. A regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 à 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002 - onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência - ou na forma da Lei n. 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei. 4. Não há como compreender que o mesmo fato jurídico “dissolução irregular” seja considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o seja para a execução fiscal de débito não-tributário. “Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio”. O suporte dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é dado pelo art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e art. 158, da Lei n. 6.404/78 - LSA no âmbito não-tributário, não havendo, em nenhum dos casos, a exigência de dolo. [...]”³³ (Grifou-se)*

Portanto, é possível acrescentar as seguintes conclusões parciais: (iv) há fundamento legal próprio para a responsabilização dos sócios-gerentes e dos administradores por débitos não tributários contraídos pela sociedade em face de terceiros, com pressupostos específicos para referida responsabilização,

33 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. REsp 1.371.128/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. DJe 19/09/2014.

retirados do art. 10 do Decreto n° 3.708/19 e do art. 158 da Lei n° 6.404/76, não se tratando referida responsabilização de manifestação da *disregard doctrine* e, sendo assim, (v) não deve ser utilizado o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil para que se proceda ao redirecionamento das execuções fiscais de créditos não tributários aos sócios-gerentes e aos administradores de sociedades limitadas³⁴ e de sociedades anônimas.

3.3 A Responsabilidade de Sociedades, de Terceiros e de Sócios sem Poderes de Gerência em Razão da Configuração de Grupo Econômico

Os grupos econômicos são integrados por pessoas jurídicas distintas, em tese com patrimônios próprios, incomunicáveis entre si e entre elas e seus sócios. Sobre essa forma de ligação societária, ensina Suzy Elizabeth Cavalcante Koury:

O grupo de empresas visa à realização da concentração, assegurando uma unidade de direção entre pessoas jurídicas que chegam a ser dependentes umas das outras, sem que suas personalidades sejam verdadeiramente afetadas. Com efeito, a personalidade jurídica de cada uma das empresas do grupo revela a autonomia formal das unidades que o compõem, apesar de elas visarem aos mesmos objetivos e encontrarem-se, na realidade, submetidas à unidade de direção.³⁵

A doutrina estabelece uma série de classificações entre as modalidades de grupos econômicos, podendo-se, contudo, destacar a existência de *grupos de fato*, nos quais há uma relação de controle ou coligação entre sociedades, e os *grupos de direito*, em que a composição de esforços é formalizada por uma convenção registrada na Junta Comercial.³⁶ Faz-se, ainda, importante distinção entre *grupos de coordenação*, que se caracterizam pela unidade de

34 Nos termos do art. 980-A, §6º, CC, em redação dada pela Lei n° 12.441/2011, "*Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas*". Destarte, também em relação à empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) são válidas as conclusões a que se chega.

35 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. Op. Cit., 2011, p. 62.

36 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. v. 2. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 502.

direção entre sociedades juridicamente autônomas, com relações de índole igualitária, voltadas à harmonização da política empresarial, e *grupos de subordinação*, nos quais prevalece a unidade de controle, com a dominação de controle da atividade da subordinada.³⁷

Conquanto se reconheça a importância dos grupos econômicos para a potencialização da produtividade e do lucro, bem como para a racionalização dos custos³⁸, não se pode negar que as relações estabelecidas entre as sociedades que os compõem, bem como entre elas e seus sócios, consistem em grande desafio para a definição da sujeição passiva das obrigações tributárias contraídas pelas sociedades. Por vezes os grupos são utilizados para fraudar credores, com a concentração dos débitos em pessoa jurídica em situação de insolvência e dos créditos em pessoa jurídica com saúde financeira e operacional e vasto patrimônio. Casos há em que a concentração de ativos é feita nas pessoas físicas dos sócios, deixando-se a sociedade sem bens idôneos para a satisfação de eventuais execuções.

Na realidade, cada grupo econômico apresenta nuances em seu arranjo estrutural e operacional que impõem uma análise detida na fiscalização do cumprimento das obrigações tributárias de cada sociedade integrante e da movimentação escritural, patrimonial e financeira dentro do grupo. Para o objetivo deste estudo, deve-se perquirir a possibilidade e a extensão da responsabilidade por créditos cobrados em uma execução a outras sociedades integrantes de um grupo econômico, ou a pessoas físicas - sócios ou não - que escondem em seu nome patrimônio da sociedade empresária, bem como se, nesses casos, o fundamento jurídico para o redirecionamento da execução é a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. A partir disso, poder-se-á verificar a via processual adequada para a caracterização do grupo econômico e, sobretudo, se o incidente trazido pelos arts. 133 a 137 do Novo Código Civil deve ser utilizado.

Analisando-se os dispositivos até então utilizados para fundamentar a responsabilidade de terceiros por débito da sociedade (art. 135, III, CTN; art. 10, Decreto nº 3.708/19 e; art. 158, Lei nº 6.404/76), percebe-se que seu âmbito de aplicação limita-se às hipóteses de responsabilização de

37 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. Op. Cit., 2011, p. 63.

38 Id. Ibid., p. 62.

sócios-gerentes ou de administradores em decorrência de atos praticados com excesso de poderes ou com violação à lei, ao estatuto ou ao contrato social.

A leitura do Código Tributário Nacional fornece, em seu art. 124, I, ferramenta para a responsabilização de sociedades integrantes de grupos econômicos. Nos termos da redação do dispositivo, “São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”. No entanto, quanto à aplicação do art. 124, I, CTN, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento segundo o qual a solidariedade apenas se faz presente quando as sociedades integrantes do grupo econômico realizam conjuntamente a situação configuradora do fato gerador. Confira-se a seguinte ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. EXISTÊNCIA DE CONGLOMERADO FINANCEIRO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 124, I, DO CTN. NÃO-OCORRÊNCIA. SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA. EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. INEXISTÊNCIA. DESPROVIMENTO. 1. A comprovação de que o BANCO e a ARRENDADORA MERCANTIL constituem partes de uma única organização econômica está atrelada aos aspectos fático-probatórios da causa, cujo reexame é inviável em sede de recurso especial, tendo em vista a circunstância obstativa decorrente do disposto na Súmula 7/STJ. 2. “Na responsabilidade solidária de que cuida o art. 124, I, do CTN, não basta o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, o que por si só, não tem o condão de provocar a solidariedade no pagamento de tributo devido por uma das empresas” (HARADA, Kiyoshi. “Responsabilidade tributária solidária por interesse comum na situação que constitua o fato gerador”). 3. Agravo regimental desprovido.³⁹ (Grifou-se)

Desse modo, à luz da interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o art. 124, I, CTN, não fornece, por si só, fundamento legal para o redirecionamento da execução fiscal a sociedades de um mesmo grupo econômico ou aos sócios sem poder de gerência. Nesses casos, o fator

39 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. AgRg no Ag 1.055.860/RS. Relatora Ministra Denise Arruda. DJe 26/03/2009.

determinante para a responsabilização consiste na existência de *confusão patrimonial* entre as sociedades integrantes do grupo e entre elas e seus sócios, bem como o *abuso da personalidade jurídica*, haja vista que o princípio da autonomia da pessoa jurídica é utilizado com o intuito de dificultar o adimplemento das obrigações tributárias e de cometer fraudes.⁴⁰

Ora, como o pressuposto fático para a responsabilização das sociedades integrantes do grupo econômico e de sócios sem poder de gerência é a confusão patrimonial e o abuso de personalidade jurídica, incide à hipótese a regra do art. 50 do Código Civil, que trata da *disregard doctrine*. Desse modo, entende-se que, quando formulado requerimento de redirecionamento com base nesse fundamento, no âmbito de uma execução fiscal, deve ser observado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil. Não obstante, há importantes ponderações a serem feitas em consideração à sistemática do processo tributário. O reconhecimento de grupos econômicos de fato, com

40 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. GRUPO ECONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELO PAGAMENTO DAS OBRIGAÇÕES FISCAIS. PRETENSÃO DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. A contribuinte pretende, com o seu Recurso Especial, que seja afastado o reconhecimento da existência do grupo econômico e, por conseguinte, a sua responsabilidade solidária, pelo adimplemento das obrigações tributárias devidas pela empresa União Serviços Comerciais S.A., sob o argumento de que não fora comprovada a confusão patrimonial e/ou o desvio de finalidade, exigidos pelo art. 50 do Código Civil. II. A Corte de origem, com lastro no art. 50 do Código Civil, firmou o posicionamento de que seria viável a responsabilização solidária das empresas integrantes do mesmo grupo econômico pelo pagamento das dívidas fiscais, quando comprovado o abuso de personalidade jurídica das sociedades. Asseverou, ainda, que, no caso dos autos, a documentação colacionada foi hábil a comprovar o abuso da personalidade jurídica das sociedades União Serviços Comerciais S.A. (antiga Kohlbach S.A.) e Kcel Motores e Fios Ltda. (antiga Kolhbach Condutores Eletrolíticos Ltda.), consubstanciado na *confusão patrimonial*, sobretudo diante da constatação de que as sociedades possuíam idêntico quadro societário e, além disso, compartilhavam instalações e empregados. III. Dessarte, tal como consignado na decisão ora agravada, somente com o reexame do conjunto fático-probatório dos autos seria possível verificar a não ocorrência do abuso da personalidade jurídica, reconhecido pelo Tribunal de origem, de forma a se afastar a caracterização do grupo econômico e, por conseguinte, a responsabilidade solidária que foi atribuída à ora agravante. IV. Assim, é de se reconhecer a incidência da Súmula 7 do STJ, como óbice ao processamento do Recurso Especial. V. Agravo Regimental improvido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. AgRg no AREsp 561.328/SC. Relatora Ministra Assusete Magalhães. DJe 20/08/2015). (Grifou-se)

sujeição do patrimônio de sociedades e, por vezes, de sócios e de terceiros a obrigações em face da Fazenda Pública, não se dá apenas no âmbito de uma execução fiscal. Para essa finalidade, é comum o manejo da *ação cautelar fiscal*, procedimento previsto pela Lei nº 8.397/1992, como se pode extrair da leitura da seguinte ementa de julgado recente do do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. GRUPO ECONÔMICO. RECONHECIMENTO LIMINAR. INCLUSÃO DO ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE. MANUTENÇÃO DA MEDIDA. PODER GERAL DE CAUTELA. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. *A análise dos quadros societários, demonstrando a correlação entre empresas e sócios, com atuação no mesmo ramo de restaurante e galeteria, explorando a marca em sistema de franquia, gerida pelos mesmos membros da família, ao longo dos anos constituindo débitos tributários impagos, permite reconhecer a formação de grupo econômico das empresas, incluindo-se também escritório de contabilidade e contador, o qual é sócio de uma das empresas. Aplicação do art. 4º e parágrafos da Lei nº 8.397/92. Medida determinada com base no poder geral de cautela do Juiz, presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora. Possibilidade de aprofundamento dos fatos analisados pela prova a ser produzida.* BLOQUEIO DE RECEBÍVEIS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. CABIMENTO. REDUÇÃO DO PERCENTUAL. PRESERVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. Possível o bloqueio sobre recebíveis de cartões de crédito e débito, no caso concreto reduzido ao percentual de 20% sobre as vendas da executada, equivalendo à penhora de dinheiro, considerando-se o sistema de repasse das operadoras. Impossibilidade de constrição sobre a totalidade de recebíveis de cartões de crédito ou débito, medida que inviabilizaria o exercício da atividade empresarial, o que é vedado, não podendo a busca de meios de arrecadação pode corresponder à total paralisação do devedor. Precedentes do TJRS. Agravo desprovido.⁴¹ (Grifo nosso)

A existência de um procedimento específico de natureza cautelar, voltado a evitar que o devedor se exima do pagamento de sua obrigação perante a Fazenda Pública, seja por meio de condutas fraudulentas (art. 2º, II e V, “b”, da Lei nº 8.397/1992, por exemplo), seja em razão de má gestão (como ocorre nas hipóteses do art. 2º, III e VI, da Lei nº 8.397/1992), estabelece um âmbito de proteção ao crédito público dentro do sistema processual que não pode ser ignorado com o advento da nova legislação

41 ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. 22ª Câmara Cível. Agravo nº 70063945109. Relator Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro. DJe 02/04/2015.

processual geral. No procedimento da ação cautelar fiscal, chamam-se à atenção dois dispositivos que deixam evidente a preocupação do legislador em garantir o crédito público: (i) o art. 4º, *caput*, que dispõe que “*A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação*” e; (ii) o art. 7º, *caput*, segundo o qual “*O Juiz concederá liminarmente a medida cautelar fiscal, dispensada a Fazenda Pública de justificação e de prestação de caução*”.

Note-se que, de acordo com a jurisprudência acima trazida, embora se estivesse a tratar de ação cautelar fiscal, restou consignado que a indisponibilidade de bens de sociedades, sócios e terceiros decorre do *poder geral de cautela do Juiz*, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, bem como que a decretação da medida cautelar - ainda que em sede de liminar - não impede o *aprofundamento dos fatos analisados pela prova a ser produzida*. Ora, o poder geral de cautela transcende o processo cautelar, podendo-se manifestar também nas fases de conhecimento e de execução. Por meio dele o Magistrado tem o poder-dever de garantir que, ao final do procedimento, a parte terá acesso ao bem da vida pleiteado ou, no caso de uma execução fiscal, o Estado terá condições de satisfazer o crédito inadimplido com os bens daqueles que devam responder pela execução. Não se pode admitir, assim, que sob o argumento de se possibilitar uma ampla discussão acerca da possibilidade de se redirecionar o feito para outras sociedades, sócios e terceiros, a Fazenda Pública se veja impossibilitada de adotar medidas que garantam o crédito exequendo. Destaque-se que, para o deferimento da medida cautelar, sobretudo do pedido liminar, é necessária a demonstração, em sede de cognição sumária, dos pressupostos fáticos e jurídicos para a responsabilização pretendida. Posteriormente, não se confirmando em cognição exauriente as alegações do Ente Público, poderá o Juiz determinar seja cessada a ordem de indisponibilidade de bens. Frise-se que essa dinâmica, conquanto aqui lida sob a ótica das execuções fiscais e das cautelares fiscais, é geral e diz respeito ao funcionamento do sistema processual como um todo.

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) simplificou o procedimento para concessão de medidas cautelares. Sob a denominação de tutela provisória, os provimentos de antecipação de tutela e cautelares passaram a ser tratados em conjunto, admitindo-se sua concessão tanto em

caráter antecedente quanto incidental (art. 294). Vale pontuar que a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada por qualquer medida idônea para a asseguaração do direito (art. 301). Embora não haja uma designação expressa da existência de um *processo cautelar*, tal qual previsto no Código de Processo Civil de 1973, reforçou-se o poder geral de cautela do Juiz, que continua com o poder-dever de assegurar o resultado prático do processo por meio da adoção das medidas cautelares necessárias.

Destarte, é preciso ressaltar que, conquanto se reconheça a aplicabilidade do incidente de desconsideração às execuções fiscais quando se pretende o redirecionamento de uma execução fiscal a outra sociedade, a sócio sem poderes de gerência ou a terceiro, em decorrência do reconhecimento de grupo econômico de fato em que estejam presentes os pressupostos do art. 50, CC, deve ser assegurada a possibilidade de utilização de medidas cautelares para garantia do adimplemento do crédito público, inclusive a indisponibilidade de bens. Logo, mesmo que em curso a execução fiscal, permanece aberta a via da ação cautelar fiscal incidental (Lei nº 8.397/1992) e a adoção de medidas cautelares no âmbito da própria execução.

A partir do estudo feito acima, obtêm-se em acréscimo às anteriores as seguintes conclusões: (vi) no caso de redirecionamento de uma execução fiscal a outra sociedade, a sócio sem poderes de gerência ou a terceiro em decorrência do reconhecimento de grupo econômico de fato com fulcro nos pressupostos do art. 50, CC, deverá ser suscitado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137 do NCPC); (vii) no entanto, ainda que em curso a execução fiscal, permanece aberta a via da ação cautelar fiscal incidental (Lei nº 8.397/1992) e a adoção de medidas cautelares no âmbito da própria execução para que, sem que se tenha que esperar todo o curso do incidente, possam-se decretar medidas que garantam o resultado útil da execução, inclusive a indisponibilidade dos bens das pessoas em relação às quais se pretende o redirecionamento.

4 CONCLUSÃO

Neste trabalho, propôs-se a analisar se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica trazido pelos arts. 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil aplica-se às hipóteses de redirecionamento de execuções fiscais,

regidas pela Lei nº 6.830/80, a sócio-gerente, sócios sem poderes de gerência, terceiros e sociedades integrantes de grupo econômico. Tal incidente consiste na abertura de uma fase de defesa e de instrução, antes que se profira qualquer decisão no sentido de se admitir ou não descon sideração da personalidade jurídica em um caso concreto. Como as execuções fiscais são regidas por lei específica - Lei nº 6.830/80 - e são utilizadas tanto para a cobrança de créditos tributários quanto para a cobrança de créditos não tributários, bem como diante do fato de que a responsabilização de cada uma das pessoas acima identificadas possui fundamento jurídico distinto, passou-se a analisar a legislação que serve de base para cada hipótese de redirecionamento de uma execução fiscal tributária e não tributária, buscando-se identificar em que caso a responsabilização teria por fundamento a aplicação da *disregard doctrine*. A partir disso, foi possível realizar a análise do tratamento processual a ser conferido em cada uma das hipóteses estudadas.

Em se tratando de redirecionamento de execução fiscal de crédito tributário para sócio-gerente, o fundamento legal para o redirecionamento é o art. 135, III, CTN, que deve ser interpretado segundo os seguintes vetores: (i) a referência à *personalidade* da responsabilidade do sócio-gerente, conforme prevista na lei, não implica a *exclusividade* que parte da doutrina identifica, mas sim que, nas hipóteses ali previstas, o patrimônio pessoal das pessoas indicadas será atingido, sem que isso signifique que o contribuinte estará eximido da responsabilidade pelo cumprimento da obrigação tributária; (ii) a responsabilidade do sócio-gerente não se limita às obrigações tributárias que decorram diretamente de seus atos praticados com excesso de poder ou por violação à lei, ao contrato social ou ao estatuto; (iii) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido das conclusões (i) e (ii), tanto em relação à manutenção da sociedade quando do redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente, quanto no que concerne à possibilidade de redirecionamento em razão de atos posteriores ao nascimento da obrigação tributária; (iv) não há relação entre o redirecionamento da execução fiscal fundado na responsabilidade do sócio-gerente ou do administrador por obrigações tributárias pela prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou de estatutos e a *disregard doctrine*, sendo o redirecionamento, nesse caso, consequência da sujeição passiva tributária decorrente de lei (art. 121, II, c/c art. 135, III, ambos do CTN); (v) por não

consistir em manifestação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, na hipótese de redirecionamento da execução fiscal de que ora se trata não se deve observar o rito do incidente trazido pelos arts. 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil.

No que concerne às execuções fiscais de crédito não tributário (vi) há fundamento legal próprio para a responsabilização dos sócios-gerentes e dos administradores por débitos não tributários contraídos pela sociedade em face de terceiros, com pressupostos específicos para referida responsabilização, retirados do art. 10 do Decreto n° 3.708/19 e do art. 158 da Lei n° 6.404/76, não se tratando referida responsabilização de manifestação da *disregard doctrine* e, sendo assim, (vii) não deve ser utilizado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil para que se proceda ao redirecionamento das execuções fiscais de créditos não tributários aos sócios-gerentes e aos administradores de sociedades limitadas e de sociedades anônimas.

Quanto à responsabilidade de sociedades, de terceiros e de sócios sem poderes de gerência em razão da configuração de grupo econômico, com fulcro do art. 50, CC, seja em execução fiscal de crédito tributário seja em execução fiscal de crédito não tributário, (viii) deverá ser suscitado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137 do NCPC); (ix) no entanto, ainda que em curso a execução fiscal, permanece aberta a via da ação cautelar fiscal incidental (Lei n° 8.397/1992) e a adoção de medidas cautelares no âmbito da própria execução para que, sem que se tenha que esperar todo o curso do incidente, possam-se decretar medidas que garantam o resultado útil da execução, inclusive a indisponibilidade dos bens das pessoas em relação às quais se pretende o redirecionamento.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). **Advocacia Pública**. Salvador: Juspodivm, 2015.

BECHO, Renato Lopes. **Responsabilidade tributária de terceiros: CTN, arts. 134 e 135**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. v. 2. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. v. 4. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. **Enunciados do Fórum de Execuções Fiscais de 2015: os impactos do novo Código de Processo Civil na execução fiscal**. Disponível em: < <http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/enunciadosforexec2015.pdf>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2015.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. **O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*Disregard doctrine*) e os grupos de empresas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Processo Judicial Tributário: execução fiscal e ações tributárias**. 8 ed. Niteroi: Editora Impetus, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO FILHO, José Aurino de (Org.). **Execução Fiscal Aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal**. 4 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Direito Processual Tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

O AJUIZAMENTO DE AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS COMO ESTRATÉGIA PROCESSUAL PARA O ENFRENTAMENTO DAS DEMANDAS DE MEDICAMENTOS

DEFENDANT CLASS ACTIONS ACTIONS AS PROCEDURAL STRATEGY TO FACE THE DEMANDS OF DRUGS

Aretê dos Santos Vargas¹

Recebido em: 11.1. 2016

Aprovado em: 11.4.2016

Resumo: A condição de Estado demandado nas ações de saúde tem restringido a análise da prova técnica apresentada, tendo em vista, principalmente, a situação de urgência que normalmente permeiam esse tipo de ação. Busca-se nesse trabalho apresentar a possibilidade de discussão da ausência de provas quanto à eficácia clínica dos medicamentos postulados através de ações coletivas passivas. A ideia é utilizar-se desse novo expediente processual, ainda pouco aprofundado pela doutrina brasileira, como estratégia processual para defesa das políticas públicas vigentes, garantindo uma análise mais aprofundada dessa matéria pelo judiciário em uma única ação na qual estaria adequadamente representada toda a

Abstract: The statehood demanded in health care has restricted the analysis presented technical evidence with a view mainly to emergency situations that usually permeate this kind of action. The aim is to present this paper for discussion of the lack of evidence on the clinical effectiveness of medicines postulated by defendant class actions. The idea is to be used this new procedural device, still little depth by Brazilian doctrine, as procedural strategy for defense of existing public policies, ensuring further consideration of this matter by the judiciary in a single action in which would be adequately represented the whole community of users of the object of the cause drug without the urgency and

1 Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

coletividade de usuários do fármaco objeto da causa, sem que a urgência e o risco à saúde restrinjam a análise da prova técnica a ser produzida no curso da demanda.

Palavras-chave: Ações coletivas passivas; Política pública; Estratégia processual.

Sumário: 1 Introdução. 2 As dificuldades da defesa da política pública de saúde em demandas individuais. 3 A ação coletiva passiva como estratégia processual para viabilizar o enfrentamento dos argumentos técnicos da defesa do Estado. 4 As principais preocupações da viabilidade e efetividade da ação coletiva. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As ações de saúde vêm tomando proporções incomensuráveis por todo o território brasileiro. A urgência da pretensão e os direitos a serem protegidos são, de certa forma, obstáculos para uma adequada formação de um processo em efetivo contraditório.

Levando em consideração as conveniências que a não pessoalização da causa traria à defesa das Políticas Públicas vigentes, o presente trabalho tem como objetivo apresentar uma nova estratégia processual para o enfrentamento dessas ações quando verificada força probatória na tese técnica formulada pelo Estado que seria o ajuizamento de ações coletivas passivas.

Para exposição do tema, traz-se uma breve análise doutrinária sobre as ações coletivas passivas, considerando as posições contrárias e as posições favoráveis à sua aplicação a partir da legislação processual em vigor. Em prosseguimento, serão apresentadas as diversas vantagens consideradas no ajuizamento das ações coletivas passiva, bem como as principais questões a serem estudadas para propiciar a viabilidade e a efetividade desse instrumento processual para o fim de resguardo das Políticas Públicas de Saúde.

the risk to health restricting the analysis of technical evidence to be produced in the course of demand.

Keywords: Defendant class actions; Public policy; Procedural strategy.

2 AS DIFICULDADES DA DEFESA DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE EM DEMANDAS INDIVIDUAIS

A crescente multiplicação das ações judiciais cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos não integrantes na lista do SUS e a consolidação da jurisprudência regional e nacional da solidariedade dos Entes da Federação para o fornecimento do objeto da lide induziram à Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul a modificar sua abordagem na defesa dessa modalidade de ação sanitária.

Há alguns anos, a defesa de mérito do Estado do Rio Grande do Sul é amparada na análise técnica quanto à eficácia do medicamento pleiteado para o tratamento da doença alegada.

Em um trabalho em parceria com a Secretaria Estadual de Saúde, é elaborado pela equipe técnica da referida Secretaria um parecer para cada processo analisando a situação clínica apresentada, os estudos científicos existentes sobre o medicamento postulado, as justificativas técnicas para a não incorporação do fármaco na Política Pública ou os requisitos a serem observados para o fornecimento de acordo com os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde vigentes.

A partir das conclusões do parecer é que se direciona a defesa do Estado, ou pela possibilidade de substituição do medicamento postulado por outro integrante da lista do SUS, ou pela necessidade de observância da refratariedade aos demais medicamentos constantes em Protocolo Clínico, ou pelo uso fora das condições aprovadas pela ANVISA, ou, também, pela falta de estudos científicos randomizados suficientes que comprovem a eficácia do medicamento.

Muito embora a total coerência da defesa do Ente Estatal, uma vez que pautada em prova técnica, o resultado processual, não obstante os claros avanços já vivenciados ao longo desses anos, ainda se mostra muito tímido, havendo, ainda, pouca receptividade do Poder Judiciário quanto à necessidade de uma análise mais aprofundada sobre os argumentos científicos apresentados.

Diversas são as motivações que dificultam a maior satisfatoriedade na análise da alegação técnica apresentada pelo Ente Estatal. Dentre as dificuldades, pode-se destacar o volume impactante de ações de saúde que diariamente são distribuídas em todo o Estado, a escassez da estrutura de pessoal do Poder Judiciário (principalmente a incompletude da equipe

médica do Departamento Médico Judiciário), a questão da urgência que inevitavelmente envolve o tema, bem como a importância do bem jurídico tutelado, que, em muitos casos, não se limita à saúde do jurisdicionado, mas também ao direito à vida consagrado na Constituição Federal de 1988, o que, por consequência, causa certo receio ao poder judiciário em negar o fornecimento do medicamento pleiteado.

Certo é, no entanto, que as prescrições dos médicos que assistem aos demandantes dessas ações não podem ser encaradas como prova absoluta do direito pretendido. Havendo tese técnica factível em contraposição ao uso do medicamento, caberia ao Poder Judiciário analisar a prova. E quando não se visse em condições de tal avaliação, considerando a sua insuficiência de conhecimento da área, deveria o magistrado utilizar-se de seus auxiliares para alcançar o seu maior objetivo que é a prolação da decisão justa.

Isso, porém, não é a realidade enfrentada pela Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul. Diante do estado de vulnerabilidade da parte autora, não obstante o deferimento da tutela antecipada, a análise das alegações técnicas são totalmente afastadas, por vezes sob fundamentos vazios (como, por exemplo, que a prescrição do medicamento pelo médico da parte é prova suficiente da necessidade do uso do fármaco, condição essa que não pode ser afastada pelo laudo genérico elaborado pela Secretaria Estadual de Saúde, pois não analisou pessoalmente a parte demandante), esvaziando-se claramente o conteúdo do princípio constitucional do contraditório.

É sabido que a Política Pública de Saúde não é elaborada a partir da análise de cada paciente e suas necessidades individuais. Nem mesmo a ciência médica é assim constituída. ambas são pautadas prioritariamente pelo que se denomina de medicina baseada em evidência.

A Medicina Baseada em Evidência é construída a partir da pesquisa científica, baseada em estudos de pacientes, que busca a precisão de testes diagnósticos e a segurança de procedimentos terapêuticos e preventivos. Portanto, a medicina baseada em evidência vai além da experiência médica e, também, supera a ideia de que o novo é sempre o melhor, uma vez que antes de permitir que o tratamento seja introduzido, o novo recurso é checado a partir de estudos científicos que poderão corroborar a eficiência ou demonstrar a não recomendação do novo medicamento.

A medicina de evidência, portanto, tem um método objetivo, passível de comprovação científica e que não comporta subjetividades.²

O que a defesa estatal pretende demonstrar é que, apesar da análise dos técnicos da Secretaria Estadual de Saúde ser realizada sem a avaliação pessoal do paciente, suas conclusões são fundamentadas em estudos científicos reconhecidos internacionalmente pela ciência médica, as quais não sofreriam alterações em suas conclusões a partir da análise individual do paciente.

Tais considerações ganham maior relevo quando se trata da análise de medicamentos que a ciência médica demonstra enfaticamente a inexistência de evidências científicas do fármaco³.

Não obstante a ciência médica seja no sentido da ineficiência do fármaco, os Entes Federados têm sido compelidos a arcar com o custo dessas medicações em razão da existência de um título judicial que sequer fez a análise das alegações técnicas apresentadas pelo Estado.

Vê-se, claramente, que a dificuldade dessas demandas está na pessoalização da questão em um indivíduo demandante. Desfaz-se todo um trabalho científico prévio, fundamentado em estudos conceituados para dar solução a uma demanda judicial (porque, considerando que a ciência médica aponta a falibilidade da medicação, nem sequer a solução do problema da saúde do paciente se alcançará).

Individualizar a demanda acarreta no esvaziamento da Política Pública de Saúde estabelecida e no acréscimo dos custos ao erário por certas vezes com o custeio de substâncias farmacológicas de, no mínimo, duvidosa eficácia.

2 CARLINI, Angélica Lúcia. Judicialização da Saúde Pública no Brasil, Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.47-64.

3 O caso mais emblemático é a GLICOSAMINA. Conforme Nota Técnica nº 73/2012 do Ministério da Saúde, a Glicosamina é um medicamento, cuja ação principal se faz sobre a cartilagem que reveste as articulações por meio de ação retardadora do processo degenerativo. Metanálise (Wandel et al 2010) comparou o efeito da glicosamina, da condroitina e do placebo em pacientes com osteoartrite no quadril e no joelho e concluiu que tais fármacos, individualmente ou em associação não reduzem a dor articular ou tem efeito no estreitamento do espaço articular quando comparados a placebo. Publicações médicas datadas em 2008 (Sawitzke e colaboradores) e 2006 (Clegg 2006) igualmente concluíram pela ineficácia do medicamento comparado a placebo. Nesse mesmo sentido, o Departamento Médico do Poder Judiciário Estadual do Rio Grande do Sul elaborou parecer considerando “inadequada a prescrição de glicosamina + condroitina para pacientes com artrose devido à falta de evidências científicas consistentes de sua eficácia nessa patologia”. Muito embora todas as provas técnicas internacionalmente reconhecidas da falta de evidências clínicas do tratamento, o Poder Judiciário local mantém sua posição de dar procedência aos pedidos de fornecimento da referida medicação.

Ocorre que a titularidade da ação de saúde não está nas mãos do Ente Federado. A opção pelo ajuizamento de ações individuais vem pautada pela imediatidade do alcance do pleito e a dominante jurisprudência da prova incontestável do receituário médico. Não se verifica, portanto, interesse dos legitimados no ajuizamento de demandas coletivas quando se trata de ações para fornecimento de medicamentos.

Contudo para que seja possível demonstrar ao Poder Judiciário a efetiva lógica, técnica e ciência da Política Pública, necessário seria afastar-se o indivíduo e, conseqüentemente, a urgência da causa para, assim, propiciar um embate jurídico profundo (a partir da efetivação de um contraditório substancial) sobre as questões técnicas que levaram a não inclusão ou mesmo que impedem a inserção de determinado medicamento na Política de Saúde existente.

A partir dessa visão que surge a ideia da utilização das ações coletivas passivas para o enfrentamento das questões até aqui destacadas.

3 A AÇÃO COLETIVA PASSIVA COMO ESTRATÉGIA PROCESSUAL PARA VIABILIZAR O ENFRENTAMENTO DOS ARGUMENTOS TÉCNICOS DA DEFESA DO ESTADO

A tutela jurisdicional coletiva tem como finalidade proporcionar o acesso à justiça, para que se garanta uma solução justa ao litígio da maneira mais econômica. A ação coletiva permite que inúmeras ações individuais idênticas sejam solucionadas por meio de uma única ação judicial.⁴

Nas ações coletivas ativas, a demanda se afirma na “existência de um direito coletivo *lato sensu* (uma situação jurídica coletiva ativa)” e tem como objeto a “certificação, a efetivação ou a proteção a esse direito”. Por seu turno, nas ações coletivas passivas, a demanda é formulada contra uma dada coletividade. O agrupamento de pessoas integrará a lide como

4 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action* Brasileira: Limites Propostos para o “Código de Processos Coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/62-volume-5-numero-2-trimestre-01-04-2014-a-30-06-2014/1436-as-class-actions-como-instrumento-de-tutela-coletiva-de-direitos-obra-de-antonio-gidi-resumo-parcial>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

sujeito passivo da relação jurídica. Assim, enquanto que na ação coletiva ativa, a coletividade aponta como titular de direitos, na demanda passiva, a coletividade surge como titular de um dever ou um estado de sujeição.⁵

Muito tímidos ainda são os estudos acerca da ação coletiva passiva pela doutrina brasileira. Há, inclusive, posições contrárias à ação coletiva passiva, sob o principal argumento da inexistência de legislação específica⁶. Contudo o princípio constitucional da inafastabilidade de qualquer pretensão da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF) impede restringir o direito de ação de alguém contra um grupo sobre o qual pretende exercer algum direito.⁷

Aliás, a previsão legal da legitimação extraordinária (art. 6º do CPC) não pode ser interpretada restritivamente, “a substituição processual (legitimidade extraordinária) é possível ainda que não prevista expressamente no texto legal. Ela decorre da estreita relação da legislação infraconstitucional com a Constituição Federal”.⁸ Dar ao vocábulo *lei* a interpretação restrita de *texto legal*, seria restringir o direito de acesso à justiça, uma vez que estaria o jurisdicionado impedido de demandar, embora tivesse seu direito de ação garantido pela Constituição.⁹ E pensar que a restrição não existiria pelo fato da lei possibilitar a demanda individual, igualmente restringiria o direito constitucional estabelecido, uma pela inobservância do princípio

5 DIDIER JR., Fredie. Situações Jurídicas Coletivas Passivas. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2009. Disponível em <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/78-situacoes-juridicas-coletivas-passivas>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

6 O art. 35 do Código Modelo de Processos Coletivos para a Iberoamericana prevê a ação coletiva passiva quando dispõe “qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2o do artigo 2o deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1o) e se revista de interesse social”.

7 Ibidem

8 WELSCH, Gisele Mazzoni. Ação Coletiva Passiva (Originária). In: José Maria Rosa Tesheiner. (Org.). Processos Coletivos. 1ed. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2012, v. 1, p. 5-323. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6434-acao-coletiva-passiva-originaria>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

9 DIDIER JR., Fredie. Situações Jurídicas Coletivas Passivas. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2009. Disponível em <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/78-situacoes-juridicas-coletivas-passivas>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

da economia processual, outra pela inviabilidade imediata da determinação individual de cada integrante do grupo contra quem se dirige a demanda.

Mais ainda, inviável negar-se a existência das ações coletivas passivas quando a própria realidade está repleta de exemplos de diversas “situações jurídicas coletivas passivas”¹⁰, em que é possível determinar a uma coletividade um dever ou um estado de sujeição indivisível para fins de tutela, mas individualizáveis em sede de executiva. Fredie Didier e Hermes Zaneti destacam alguns casos:¹¹

Em 2004, em razão da greve nacional dos policiais federais, o Governo Federal ingressou com demanda judicial contra a Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal 12, pleiteando o retorno das atividades. Trata-se, indubitavelmente, de uma ação coletiva passiva, pois a categoria “policial federal” encontrava-se como sujeito passivo da relação jurídica deduzida em juízo: afirmava-se que a categoria tinha o dever coletivo de voltar ao trabalho. Desde então, sempre que há greve, o empregador que se sente prejudicado e que reputa a greve injusta vai ao Judiciário pleitear o retorno da categoria de trabalhadores ao serviço.

Há notícia de ação coletiva proposta contra o sindicato de revendedores de combustível, em que se pediu uma adequação dos preços a limites máximos de lucro, como forma de proteção da concorrência e dos consumidores 13.

Em 2008, alunos da Universidade de Brasília invadiram o prédio da Reitoria, reivindicando a renúncia do Reitor, que estava sendo acusado de irregularidades. A Universidade ingressou em juízo, pleiteando a proteção possessória do seu bem. Trata-se de ação coletiva passiva: propõe-se a demanda em face de uma coletividade de praticantes de ilícitos. A Universidade afirma possuir direitos individuais contra cada um dos invasores, que teriam, portanto, deveres individuais homogêneos. Em vez de propor uma ação possessória contra cada aluno, “coletivizou” o conflito, reunindo os diversos “deveres” em uma ação coletiva passiva. A demanda foi proposta contra o órgão de representação estudantil (Diretório Central dos Estudantes), considerado, corretamente, como o “representante adequado” do grupo 14. Neste caso, está diante de uma pretensão formulada contra deveres individuais homogêneos: o comportamento ilícito imputado a todos os envolvidos possui origem comum. Em vez de coletividade de vítimas, como se costuma referir aos titulares dos direitos individuais homogêneos, tem-se aqui uma coletividade de autores de ato ilícito.

10 DIDIER JR., Fredie. Situações Jurídicas Coletivas Passivas. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2009. Disponível em <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/78-situacoes-juridicas-coletivas-passivas>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

11 JR – ZANETE, Hermes; JR – DIDIER, Fredie. Processo Coletivo Passivo. Revista Ciência Jurídicas e Sociais da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 2, p.720.

Nessa mesma perspectiva processual poderiam ser enquadradas as demandas para fornecimento de medicamentos.

O Ente Estatal ingressaria com uma ação contra a coletividade de pessoas, portadoras de determinada doença, que sejam usuários de determinado medicamento (cuja eficácia clínica não seja comprovada pela ciência médica, ou cujo registro na ANVISA não seja para o tratamento da doença, por exemplo) e que não tenham condições financeiras de arcar com o seu tratamento. O objeto da ação seria a declaração da inexistência do dever do Estado em custear o indicado medicamento. A coletividade indeterminada, porém determinável, ficaria sujeita à decisão proferida em sede de ação coletiva.

A inversão da legitimação ativa na ação para fornecimento de medicamentos não integrantes da lista do SUS promove algumas vantagens para o Ente Estatal.

1) A condição do Estado como autor da ação. Muito embora a Constituição Federal esteja afinada com a ideia de processo justo, consubstanciada nos princípios do contraditório e ampla defesa, na prática, a condição de demandado nas ações de saúde provoca sérias restrições à sua defesa processual.

2) A não pessoalização do paciente e, por consequência, o afastamento da urgência e risco à saúde. Afastar a urgência em razão do estado de saúde da parte possibilitaria uma melhor análise judicial das questões técnicas apresentadas pelo Ente Público, facilitando a apresentação dos fundamentos científicos que amparam a não inclusão de determinado fármaco na política pública vigente.

3) A viabilidade da aplicação do contraditório substancial. Na prática judiciária, principalmente na justiça estadual, o Ente demandado tem encontrado diversas barreiras no exercício do seu direito ao contraditório. A ideia construída na jurisprudência de que o laudo do profissional médico que receita o medicamento à parte é prova suficiente e absoluta da necessidade do fornecimento do medicamento, inviabiliza quase que totalmente qualquer tentativa de fazer-se a prova extintiva ou modificativa da pretensão do autor. A ação coletiva igualmente seria um facilitador nesses casos. A prova técnica, elaborada a partir da Política Pública instaurada, tomaria a posição central do litígio, cabendo à coletividade demandada, adequadamente representada,

afastar os argumentos e provas apresentados, o que acarretaria em um aprofundamento da matéria objeto da lide e, até, uma maior segurança do julgador para decidir a causa.

4) A viabilidade da intervenção de *amicus curiae*. Há uma posição doutrinária no sentido da admissão da intervenção de *amicus curiae* nas ações coletivas (Fredie Didier, Cassio Scarpinela Bueno são exemplos). No caso de ações envolvendo Políticas Públicas, em que se mostra evidente o interesse público envolvido na demanda, essa intervenção atípica teria a importante tarefa de dar maior legitimização para a decisão proferida pelo órgão jurisdicional.

5) A Viabilidade da discussão sobre a Política Pública de Saúde vigente. A individualização da causa é praticamente incompatível com o estudo da Política Pública se considerado que a formação desta é baseada nas necessidades sociais de todo um país. A possibilidade de apresentar ao poder judiciário todas as questões que envolvem a implementação de uma Política Pública de Saúde publicizaria essa ciência e proporcionaria ao julgador um maior conhecimento sobre todas as questões que envolvem a decisão de incluir ou não incluir determinado tratamento ao sistema público, situação esta que igualmente auxiliaria em outras tantas demandas de saúde.

6) A formação de um título judicial coletivo. Não obstante todas as questões sensíveis que envolvem a análise da coisa julgada coletiva, o que será tratado no próximo ponto desse trabalho, não se pode deixar de apontar a força como precedente judicial que uma sentença coletiva seria capaz de reproduzir. Mesmo que se entenda pela não aplicabilidade imediata da decisão coletiva contra aquele integrante do grupo que não participou da ação coletiva passiva, uma decisão amparada em prova técnica efetivamente analisada por todos os integrantes da ação coletiva certamente teria condições de tornar-se linha de fundamento para futuras decisões judiciais em ações de saúde individuais de idêntico objeto.

7) Redução de custos ao erário. Muito embora na seara individual certos medicamentos apresentem baixo valor mensal, necessário levar-se em conta que boa parte desses fármacos de baixo ou médio custo são de uso contínuo, por tempo indeterminado, além de tratarem-se por vezes dos medicamentos que envolvem o maior número de ações judiciais (como o

caso da Glicosamina). A procedência em uma ação coletiva passiva poderia garantir a cessão do ingresso de novas ações e, até mesmo, um novo desfecho para as ações em andamento.

4 AS PRINCIPAIS PREOCUPAÇÕES DA VIABILIDADE E EFETIVIDADE DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Um dos temas centrais da análise das ações coletivas passiva, o qual fundamentará, inclusive, a extensão dos efeitos da decisão judicial proferida, é a questão da adequada representatividade da coletividade passiva.

O tema representatividade ganha maior extensão nas ações coletivas passivas do que nas ações coletivas em que a grupo representado é o legitimado da ação, uma vez que “o representante adequado haverá de se desincumbir de uma garantia constitucional da mais absoluta relevância: realizar a defesa (ampla defesa - com todos os meios e recursos a ela inerentes) da coletividade”.¹²

Para José Marcelo Menezes Vigliar, “representante adequado é aquele que tem um *compromisso com a causa* daqueles que representa”. Explica o autor que esse *compromisso* não se restringe às relações processuais, mas abrange “uma série de atividades que deve desenvolver para a sua própria razão de existência”.¹³ Teria legitimidade, portanto, para a defesa dos interesses coletivos “aqueles que tiverem potencial para defendê-los como se fosse o próprio titular destes interesses e direitos”. Verificado pelo juízo a não efetivação dessa defesa, caberá a ele negar essa legitimação.¹⁴

Na visão de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., considerando que as regras do processo coletivo ativo são de aplicação subsidiária ao processo coletivo passivo, qualquer dos legitimados para a tutela coletiva

12 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant Class Action Brasileira: Limites Propostos para o “Código de Processos Coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 318

13 Ibidem

14 WELSCH, Gisele Mazzoni. Ação Coletiva Passiva (Originária). In: José Maria Rosa Tesheiner. (Org.). Processos Coletivos. 1ed. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2012, v. 1, p. 5-323. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6434-acao-coletiva-passiva-originaria>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

teria legitimação extraordinária passiva, contudo imprescindível o efetivo controle jurisdicional dessa representação.¹⁵

A representação adequada, na verdade, passa efetivamente pelo controle judicial. Ao juiz deve ser dada a importante tarefa da análise do efetivo compromisso que o representante guarda com a causa.¹⁶

Tratando-se da análise especificamente das ações coletivas passivas para o fornecimento de medicamentos não se verifica representante mais adequado do que a Defensoria Pública. Considerando sua tarefa precípua da defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, bem como pelo fato de que a grande maioria das ações individuais sobre saúde são propostas por essa instituição, verifica-se sua total capacidade técnica para a promoção da defesa da coletividade demandada.

A efetiva representação adequada tem como principal objetivo promover à coletividade o respeito às suas garantias constitucionais do devido processo legal, da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa, com o fim de alcançar a justa decisão. Somente a partir da correta identificação da classe demandada e a efetiva capacidade do legitimado extraordinário para sua representação é que será possível a vinculação de todos os integrantes dessa coletividade à decisão judicial proferida na ação coletiva passiva.¹⁷ “Se o representante é adequado, deve defender os interessados e o resultado tem que se estender a todos, para evitarmos problemas com o advento da coisa julgada material enfrentados nas ações coletivas ativas.”¹⁸

15 JR – ZANETE, Hermes; JR – DIDIER, Fredie. Processo Coletivo Passivo. Revista Ciência Jurídicas e Sociais da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 2, p.723

16 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant Class Action Brasileira: Limites Propostos para o “Código de Processos Coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 319

17 WELSCH, Gisele Mazzone. Ação Coletiva Passiva (Originária). In: José Maria Rosa Tesheiner. (Org.). Processos Coletivos. 1ed. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2012, v. 1, p. 5-323. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6434-acao-coletiva-passiva-originaria>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

18 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant Class Action Brasileira: Limites Propostos para o “Código de Processos Coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 318

Os efeitos da coisa julgada, aliás, é outro aspecto de grande relevância no que se refere à efetividade da ação coletiva passiva.

José Marcelo Menezes Vigliar defende a ideia de que, se a coletividade é adequadamente representada, a efetiva participação do legitimado extraordinário em contraditório na ação coletiva passiva teria como consequência lógica a adequada e efetiva participação dos representados, não havendo que se falar em negativa de acesso à justiça às pessoas consideradas individualmente, sob pena de esvaziar-se a essência das ações coletivas como forma de promoção da definida por Kazuo Watatanabe “molecularização dos conflitos”.¹⁹

Contudo tal posição sequer é a adotada nas ações coletivas ativas.

A primeira legislação brasileira a tratar sobre coisa julgada no processo coletivo foi a lei da Ação Popular (lei 4717/65). O artigo 18 da referida lei determina que a sentença fará coisa julgada erga omnes nos casos de procedência ou de improcedência, exceto na improcedência por insuficiência de prova.²⁰ Na mesma linha foi a lei de Ação Civil Pública na redação original do seu artigo 16²¹.

O Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90) deu nova disciplina à coisa julgada nas ações coletivas. A legislação passa a tratar a formação e os efeitos da coisa julgada conforme a natureza do direito objeto do litígio. No entendimento de Hugo Nigro Mazzilli, “o CDC disciplinou de forma mais coerente e integrada o fenômeno da coisa julgada nas ações coletivas”²².

Portanto, neste novo contexto legal, os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada nas ações coletivas são de diversas espécies, a depender da natureza do direito material objeto da demanda e do seu resultado. A solução da coisa julgada coletiva será visualizada a partir da análise do direito transindividual tutelado²³, ou seja, haverá diferença no tratamento

19 Ibidem, p. 319

20 LÉPORE, Paulo Eduardo. Extensão subjetiva da coisa julgada no direito processual civil coletivo. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 169, p17

21 Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

22 MAZZILLI, Hugo Nigro. (1950), A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses. 19 ed., São Paulo: Saraiva, p. 499

23 SANTOS, Ronaldo Lima dos. Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. LRT: Legislação

dos efeitos da coisa julgada a medida que a ação tiver por objeto direitos difusos, direitos coletivos ou direitos individuais homogêneos.

Para Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr., a Lei Federal n. 8078/90 “deu atenção direta às garantias individuais, ditando que não serão prejudicadas as ações individuais em razão do insucesso da ação coletiva, sem a anuência do indivíduo (aqui ocorreu, portanto, uma ruptura com a ideia original de que a coisa julgada proveniente de um processo conduzido por um legitimado extraordinário atingiria sempre o substituído)”.²⁴

Assim, com o fim de proteger-se o direito individual do acesso à justiça e do devido processo legal, tem-se por premissa básica que a coisa julgada não pode prejudicar terceiros, limitando-se os efeitos da coisa julgada aos casos em que for benéfica à coletividade. Dessa forma, nas ações coletivas ativas, a sentença de improcedência só produzirá efeitos contra terceiros quando demonstrado que a pretensão era infundada ou quando a ação foi julgada com base em provas concretas trazidas aos autos.

No que se refere às ações coletivas passivas, para que não se desvirtue da legislação aplicável, mesma lógica deve ser aplicada.

Assim, no que se refere às situações jurídicas coletivas difusas ou coletivas *stricto sensu*, posição em que se enquadrariam as ações de saúde e que, por isso merece destaque no presente trabalho²⁵, a sentença de improcedência na ação coletiva passiva sempre fará coisa julgada, uma vez que decisão favorável à coletividade. Já a decisão de procedência somente fará coisa julgada na esfera jurídica individual se baseada em provas que sejam suficientes para formar o convencimento do julgador, com o fim de proteção dos direitos individuais dos integrantes da coletividade, nos moldes do que preconiza o art. 103, §1º do CDC.

do Trabalho, São Paulo:LRT, v. 10, p. 1214

24 DIDIER JR., Fredie et al. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, v. 2, p, 338

25 Com relação aos direitos individuais homogêneos, há uma corrente da doutrina (consubstanciada na pessoa da professora Ada Pergrini) que defende que somete a sentença improcedente faria coisa julgada, podendo os efeitos da decisão coletiva serem afastados na esfera individual, com a justificativa de preservação dos direitos dos indivíduos que não participaram do contraditório. Fredie Didier e Hermes Zaneti, no entanto, entende que essa limitação causaria um esvaziamento na utilidade da ação e que as eventuais ações individuais deveriam fundamentar-se na ausência de adequada representação do legitimado passivo, ausência de adequada notificação para que pudesse apresentar defesas pessoais e matéria jurídica ou prova nova (JR – ZANETE, Hermes; JR – DIDIER, Fredie. Processo Coletivo Passivo. Revista Ciência Jurídicas e Sociais da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 2, p.733).

Nesses termos, “a procedência fundada em distribuição de ônus da prova não possui a autoridade da coisa julgada. O ônus estará sempre com o autor individual, que deverá se esmerar para provar todo o alegado a fim de que se obtenha sentença de procedência com fundamento na prova dos autos”.²⁶

Muito embora esse dever probatório imposto ao demandado (o qual não se afasta do que já determinado pelo art.282 do CPC), há nítida vantagem na propositura da ação coletiva pelo ente federado, uma vez que estará o juiz compelido a análise da prova técnica, que na maioria das ações individuais é afastada pela condição de prova absoluta conferida à prescrição médica, bem como a prolação de uma decisão devidamente fundamentada capaz de afastar o que foi alegado pelo Estado.

Relevante ponderar-se que a ação coletiva serviria de estratégia para casos em que a ciência médica é comprovadamente favorável a alegação do Estado. Disso conclui-se a necessidade de uma análise ponderada a respeito das matérias a serem levadas a juízo através desse instrumento processual.

5 CONCLUSÃO

A ação coletiva passiva é um tema novo para a doutrina brasileira e instigante. A possibilidade do ajuizamento de ações contra determinada coletividade que será titular de um dever ou de uma sujeição desperta novas possibilidades em quadros processuais habituais na prática forense.

É o caso das ações de saúde para fornecimento de medicamentos. Na via ordinária, estaria o Ente Federado compelido a sujeitar-se à condição de demandado da causa, mesmo quando já verificado que essa situação de legitimado passivo prejudicaria a análise das suas teses defensivas em decorrência das características especiais que envolvem tais demandas. No entanto, a via da ação coletiva passiva traz um novo enfoque para essas ações e possibilita uma nova estratégia processual ao Estado para o fim de viabilizar as Políticas Públicas vigentes.

26 WELSCH, Gisele Mazzoni. Ação Coletiva Passiva (Originária). In: José Maria Rosa Tesheiner. (Org.). Processos Coletivos. 1ed. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2012, v. 1, p. 5-323. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6434-acao-coletiva-passiva-originaria>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

O objetivo não é restringir os deveres constitucionais do Estado, mas sim demonstrar os casos que não estariam na esfera da saúde pública em razão da comprovada ineficiência clínica do que está sendo pleiteado judicial. O enfoque é propiciar uma adequada defesa do Estado nas questões em que não se verifica sua responsabilidade para propiciar um melhor aproveitamento do dinheiro público com as demais demandas sanitárias.

REFERÊNCIAS

CARLINI, Angélica Lúcia. *Judicialização da Saúde Pública no Brasil*, Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.47-64.

DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2008.

--- *Situações Jurídicas Coletivas Passivas*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2009. Disponível em <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/78-situacoes-juridicas-coletivas-passivas>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

JR – ZANETE, Hermes; JR – DIDIER, Fredie. *Processo Coletivo Passivo*. Revista Ciência Jurídicas e Sociais da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 2, p.719-736, jul./dez. 2008.

--- *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, v. 4, 2007.

LÉPORE, Paulo Eduardo. *Extensão subjetiva da coisa julgada no direito processual civil coletivo*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 169, p. 09-37, março 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. (1950), *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses*. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Rodrigo Koehler. *As class actiona como instrumento de tutela coletiva de direitos: Obra de Antonio Gidi (resumo parcial)*. Processo Coletivos, Porto Alegre, vol. 5, n.2, 2014. Disponível em <http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/62-volume-5-numero-2-trimestre-01-04-2014-a-30-06-2014/1436-as-class-actions-como-instrumento-de-tutela-coletiva-de-direitos-obra-de-antonio-gidi-resumo-parcial>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas*. LRT: Legislação do Trabalho, São Paulo:LRT, v. 10, p. 1213-1221, outubro 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action Brasileira: Limites Propostos para o “Código de Processos Coletivos”*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *Ação Coletiva Passiva (Originária)*. In: José Maria Rosa Tesheiner. (Org.). *Processos Coletivos*. 1ed. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2012, v. 1, p. 5-323. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6434-acao-coletiva-passiva-originaria>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

SUBSÍDIO E GRATIFICAÇÕES INCORPORADAS: GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADQUIRIDO

SUBSIDY OR ALLOWANCE AND INCORPORATED BONUSES: CONSTITUCIONAL GUARANTEE TO VESTED RIGHTS

Paulo Cesar Velloso Quaglia Filho¹

Recebido em: 19.1.2016

Aprovado em: 11.4.2016

Resumo: O estudo, partindo de uma análise da remuneração mediante subsídio, de sua relação com a regra de teto e da verificação de quais parcelas são por ele absorvidas, conclui, ao final, consubstanciarem-se as gratificações de direção, chefia e assessoramento, regularmente já incorporadas, em direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF/88), fugindo à discussão atinente à inexistência de direito adquirido a regime jurídico, limitando-se, no entanto, ao teto remuneratório.

Palavras-chave: Subsídio; Teto remuneratório constitucional; Gratificações incorporadas; Direito adquirido.

Sumário: 1 Introdução. 2 Subsídio e regra de teto. 3 Gratificações incorporadas e direito adquirido. 4. Conclusões.

Abstract: The study, based on an analysis of pay by subsidy or allowance, its relationship with the wage cap rule and verification of which plots are by it absorbed, concludes, at the end, being the management, leadership and advisory bonuses, regularly already incorporated, vested rights (article 5º, XXXVI, from the CF/88), therefore fleeing the discussion pertaining to the lack of entitlement to legal framework, limited, however, to the wage cap.

Keywords: Subsidy or Allowance; Constitutional wage cap; Incorporated bonuses; Vested rights.

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

1 INTRODUÇÃO

A criação da nova modalidade de remuneração por meio de subsídio, a partir da EC n° 41/2003, obrigatória para os membros de Poder, para os detentores de mandato eletivo, para os Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais (art. 39, § 4°, da CF/88), para os membros do Ministério Público (art. 128, § 5°, da CF/88), para os membros das carreiras da Advocacia Pública e da Defensoria Pública (art. 135 da CF/88) e para as carreiras policiais de que trata o art. 144 da CF/88, e facultativa para os demais servidores estatutários organizados em carreira (art. 39, § 8°, da CF/88), tem gerado, na sua implementação, sérias perplexidades, dúvidas e controvérsias, em especial sobre a abrangência e os reflexos, nas políticas remuneratórias, do conceito de subsídio.

Diante do grande número de estatutos jurídicos a que submetidos os diversos servidores públicos, no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios, cada qual prevendo um sem número de direitos, parcelas, vantagens, etc., inúmeras dúvidas sobre quais as verbas do regime anterior à implementação do subsídio - não obstante a redação do art. 39, § 4°, da CF/88 - coexistem ou podem coexistir no novo paradigma de remuneração em parcela única, produzem questionamentos administrativos, no âmbito dos Tribunais de Contas e dos Conselhos e até mesmo disputas judiciais.

No presente trabalho, a par de se procurar sistematizar um entendimento geral sobre a matéria, uma questão em especial desperta atenção: a da possibilidade de as gratificações de direção, chefia e assessoramento, regularmente já incorporadas pelo servidor, serem mantidas, ou não, sob o regime de remuneração por meio de subsídio.

A fim de tornar mais clara a exposição, optou-se por uma divisão dúplice: parte-se da análise da remuneração mediante subsídio e de sua relação com a regra de teto e se chega à verificação de quais parcelas podem ser cumuladas e se é possível a cumulação com gratificações incorporadas. Tal divisão tem por finalidade uma melhor sistematização do tema, tornando fácil sua assimilação e posterior consulta.

No primeiro tópico, se analisa o que representa a remuneração mediante subsídio, o que este abrange e que espécie de parcelas podem ser ou não com ele cumuladas, bem como a relação destas parcelas com a regra que estabelece o limite remuneratório em cada ente federado.

Na segunda parte, se analisa, a partir da interpretação sobre a natureza do subsídio e de sua cumulatividade com outra verbas, especialmente as vantagens pessoais de caráter subjetivo do tipo *propter laborem*, se é possível que as gratificações pelo exercício de funções extra-cargo, regularmente incorporadas, convivam, sob a tutela do direito adquirido, com o regime de remuneração por meio de subsídio, bem como, por fim, seu efeito sobre o teto remuneratório.

Por fim, chegam-se às conclusões, apresentadas em forma de tópicos, devidamente enumeradas.

Assim, se verá, neste estudo, uma breve reflexão sistematizada sobre subsídio, sua relação com o teto remuneratório e a possibilidade de sua cumulação com outras parcelas remuneratórias, com especial atenção às funções gratificadas incorporadas, esperando que seja de utilidade para os operadores do direito interessados no assunto, e mesmo possa ajudar a trazer subsídios para a discussão no meio jurídico nacional.

2 SUBSÍDIO E REGRA DE TETO

De início, ressalte-se que se trata de matéria extremamente controversa e ainda não plenamente analisada e pacificada, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, de modo que, no presente estudo, trata-se de fazer uma análise geral das questões envolvidas, buscando-se extrair uma conclusão lógica e juridicamente sistematizada.

Dito isso, importante esclarecer a distinção entre subsídio e teto remuneratório, a fim de fixar as premissas básicas para análise da matéria em debate.

O subsídio tem como norma-base constitucional o art. 39, § 4º, da Carta Magna, que assim dispõe:

“Art. 39, § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (g.n.)

Já no que tange ao teto remuneratório, verifica-se que sua base constitucional se encontra no art. 37, inciso XI, da CF/88, *in verbis*:

“Art. 37, XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 41, 19.12.2003)” (g.n.)

Na lição de José Afonso da Silva²:

“Espécies remuneratórias. A EC-19/98 modificou o sistema remuneratório dos agentes públicos, com a criação do subsídio, como forma de remunerar agentes políticos e certas categorias de agentes administrativos civis e os militares. Usa a expressão espécies remuneratórias, como gênero, que compreende: o subsídio, o vencimento (*singular*), os vencimentos (*plural*) e a remuneração.

(...)
O subsídio, agora reincorporado à Constituição por força do art. 5º da EC-19/98, difere substancialmente daquele tipo referido acima, porque: (a) não é forma de retribuição apenas a titulares de mandato eletivo; (b) tem natureza de remuneração, é mesmo considerado pelo novo texto constitucional uma espécie remuneratória; (c) é fixado em parcela única. O subsídio é obrigatório ou facultativo. É obrigatório para detentores de mandato eletivo federal, estadual e municipal (Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e Prefeitos Municipais; Senadores, Deputados e Vereadores), para Ministros de Estado, Secretários de Estado e de Municípios, membros do Poder Judiciário (Ministros, Desembargadores e Juizes), membros de Tribunais de Contas (por força das remissões contidas nos arts. 73, § 3º, e 75), membros do MP Federal e Estadual, Advogados da União, Procuradores de Estado e do Distrito Federal, Defensores Públicos e dos servidores policiais (civis e militares)³. É facultativo, como forma de remuneração de servidores

2 SILVA, J.A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 681-683.

3 Cf. arts. 227, § 2º; 28, § 2º; 29, V e VI; 39, § 4º; 48, XV; 49, VII e VIII; 93, V; 128, § 5º, I, c; 135; e 144, § 9º, de acordo com enunciado da EC-19/98.

públicos organizados em carreira, se assim dispuser a lei (federal, estadual ou municipal, conforme a regra de competência).

Consoante se disse acima, o subsídio é fixado em parcela única, “vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”. A remissão a esses dois incisos do art. 37 significa que: (a) o subsídio, excluído o de mandato eletivo, sujeito a regime próprio, só poderá ser fixado e alterado por lei específica; (b) é assegurada sua revisão anual, que só poderá ser para aumentá-lo, nunca para reduzi-lo, pois sua irredutibilidade é também garantida no art. 37, XV, para ocupantes de cargos e empregos públicos, excluídos os subsídios de mandato eletivo; (c) fica sujeito ao teto que corresponde: (c.1) no âmbito federal, ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; (c.2) nos Estados e Distrito Federal, ao subsídio do Governador, no âmbito do Poder Executivo; e ao subsídio dos Deputados Estaduais no âmbito do Poder Legislativo; e ao subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, incluindo nesse limite os membros do Ministério Público, os Procuradores e os Defensores Públicos; (...)” (g.n.)

Uma primeira conclusão, nesse passo, é a de que o subsídio, aplicável aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, por força do art. 135 da CF/88, deve ser fixado em parcela única.

No entanto, em assim sendo, qual a utilidade da regra de teto? Afinal, à primeira vista e em conclusão apressada, nunca se poderia ultrapassar o valor do subsídio, se nenhuma outra parcela pudesse ser agregada; subsídio e teto, nesse contexto, se confundiriam. Não é o que ocorre, porém.

Com efeito, a única utilidade lógico-jurídica de existir uma regra de teto, a par e diversa da regra de fixação do subsídio, é a previsão da possibilidade jurídica de a remuneração do servidor público (incluindo aquela remuneração fixada na forma de subsídio) ultrapassar o subsídio fixado em lei, e isto pela adição de outras parcelas àquela parcela única, sejam elas de natureza remuneratória ou não.

A questão é: em quais ocasiões isso pode, validamente, ocorrer?

Por primeiro, pertinente a transcrição do seguinte excerto da mesma obra precitada⁴:

“(...)”

O conceito de parcela única há de ser buscado no contexto temporal e histórico e no confronto do § 4º do art. 39 com outras disposições constitucionais, especialmente

4 SILVA, J.A. *op. cit.*, pp. 683-684.

o § 3º do mesmo artigo. Sendo uma espécie remuneratória de trabalho permanente, significa que é pago periodicamente. Logo, a unicidade do subsídio correlaciona-se com essa periodicidade. A parcela é única em cada período, que, por regra, é o mês. Trata-se, pois, de parcela única mensal. Historicamente, subsídio era uma forma de retribuição em duas parcelas: uma fixa e outra variável. Se a Constituição não exigisse parcela única, expressamente, essa regra prevaleceria. A primeira razão da exigência de parcela única consiste em afastar essa duplicidade de parcelas que a tradição configurava nos subsídios. A proibição expressa de acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória reforça o repúdio ao conceito tradicional e elimina o vício de fragmentar a remuneração com múltiplos penduricalhos, que desfiguram o sistema retributivo do agente público, gerando desigualdades e injustiças. Mas o conceito de parcela única só repele os acréscimos de espécies remuneratórias do trabalho normal do servidor. Não impede que ele aufera outras verbas pecuniárias que tenham fundamentos diversos, desde que consignados em normas constitucionais. Ora, o § 3º do art. 39, remetendo-se ao art. 7º, manda aplicar aos servidores ocupantes de cargos públicos (não ocupantes de mandato eletivo, de emprego ou de funções públicas) algumas vantagens pecuniárias, nele consignadas, que não entram naqueles títulos vedados. Essas vantagens são: o décimo-terceiro salário (art. 7º, VIII), que não é acréscimo à remuneração mensal, mas um mês a mais de salário; subsídio noturno maior do que o diurno (art. 7º, IX); salário-família (art. 7º, XII); o subsídio de serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% ao do normal (art. 7º, XVI); o subsídio do período de férias há de ser, pelo menos, um terço a maior do que o normal (art. 7º, XVII). Como se vê, o subsídio, nesses casos, não deixa de ser em parcela única. Apenas será superior ao subsídio normal. Demais, o novo § 7º do art. 39 prevê a possibilidade de adicional e prêmio, no caso de economia com despesas correntes em cada órgão etc., quebrando ele próprio a unicidade estabelecida.”(g.n.)

Também importa ter em mente a lição de Alexandre de Moraes⁵:

“-para efeitos dos limites estabelecidos nos dois itens anteriores, a EC n° 47/05 (CF, art. 37, § 11), expressamente, excluiu as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. Determinou, ainda, como regra de transição (art. 4º, EC n° 47/05), a aplicação de toda legislação definidora de parcelas de caráter indenizatório, enquanto o Congresso Nacional não editar lei específica sobre o assunto.”(g.n.)

As regras constitucionais analisadas estão assim versadas:

“Art. 37 - (...)

§ 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 47, de 2005)”

5 MORAES, A. *Direito Constitucional*, 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 356.

“Art. 39 - (...)

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

Uma segunda conclusão, pois, é a de que a parcela única de que trata a CF/88 quando se refere ao subsídio diz respeito à remuneração pelo trabalho diretamente atinente ao cargo, considerado cargo como um conjunto de atribuições e responsabilidades legalmente estabelecido. Nesse sentido, *v.g.*, são os arts. 19, inciso I, da CE/89 do Estado do Rio Grande do Sul e 3º da LCE/RS nº 10.098/94 – Estatuto dos Servidores do Estado, *in verbis*:

Art. 19 - (...)

I - os cargos e funções públicos, criados por lei em número e com atribuições e remuneração certos, são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos legais; (...)”

“Art. 3º - Cargo público é o criado por lei, em número certo, com denominação própria, consistindo em conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, mediante retribuição pecuniária paga pelos cofres públicos.” (g.n.)

Nesse sentido, ainda, expõe Gustavo Santanna⁶:

“Os cargos e empregos são unidades específicas de atribuições, criados por lei (ou resolução, no caso da Câmara e do Senado, arts. 51, IV e 52, XIII, da CRFB/88), localizadas no interior dos órgãos públicos, com denominação, função e responsabilidades próprias, previstas na estrutura organizacional, distinguindo-se unicamente pelo regime jurídico e tipo de vínculo que liga o agente ao Estado. Logo, não existe cargo sem função.” (g.n.)

Diante disso, o que se deve considerar que o subsídio veio a absorver é a remuneração intrínseca ao regime jurídico compositivo do cargo.

Sobre o regime compositivo da remuneração, encontramos a lição básica, assim fundamentada pelo Procurador do Estado do Rio Grande do Sul aposentado, Mário Bernardo Sesta⁷:

6 SANTANNA, G. *Direito Administrativo*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 145.

7 SESTA, M. B. *Crêterios Constitucionais sobre Remuneração Pública*, publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado, nº 47, 1989, p.36.

“(...)

Tendo em vista o alcance desses critérios, o universo de singularidades formais, representado pelas parcelas pertinentes à remuneração pública, pode ser agrupado em duas grandes categorias.

Na primeira delas, reuniríamos todas as modalidades remuneratórias que respondam a uma causa genérica de pagar e perceber. Aqui se incluem as parcelas igualmente percebidas por todos os funcionários, servidores ou agentes do poder público pertinentes a um mesmo quadro, carreira ou sistema de atividade.

Nessa categoria há dois grupos. Um deles reúne as parcelas de cunho nitidamente contraprestacional que, fora as peculiaridades decorrentes do interesse público, dir-se-iam correspondentes ao “salário” do glossário jurtrabalhista: são os “vencimentos” da maior parte dos funcionários e agentes do poder público; os “subsídios” de alguns dos condutores políticos; as “custas” dos titulares e agentes de determinadas serventias. Outro reúne parcelas que, sem perder o cunho contraprestacional, tem-no circunstanciado por fatores diversos de caráter indenizatório, compensatório ou de estímulo; são as “verbas de representação”, os auxílios transporte, moradia, a gratificação de incentivo à arrecadação - GIA.

Sempre, porém, pagas em dinheiro (art. 37, XI) e percebidas igualmente por todos os membros do mesmo quadro, carreira, etc.

Na segunda categoria, reuniríamos todas as modalidades remuneratórias que respondam a uma causa singular ou específica de pagar e perceber.

Aqui se incluem parcelas aparentemente muito díspares, tais como as “funções gratificadas” em todas as suas espécies, a “estabilidade financeira”, os adicionais por tempo de serviço, os triênios, quinquênios, etc...: o denominador comum é a singularidade da causa de pagar, seja ela subjetiva, como no caso das “funções gratificadas”, seja objetiva, como no caso de todos os adicionais “pro tempore”. (...)”(g.n.)

Complementando, o magistério de Hely Lopes Meirelles⁸:

*“As vantagens pecuniárias podem ser concedidas tendo-se em vista unicamente tempo de serviço, como podem ficar condicionadas a determinados requisitos de duração, modo e forma de prestação de serviço (vantagens modais ou condicionais). As primeiras tornam-se devidas desde logo e para sempre com o só exercício do cargo pelo tempo fixado em lei; as últimas (modais ou condicionais), exigem, além do exercício do cargo, a ocorrência de certas situações, ou o preenchimento de determinadas condições ou encargos estabelecidos pela Administração (...). O que convém fixar é que as vantagens por tempo de serviço integram-se automaticamente ao padrão de vencimento, desde que consumado o tempo estabelecido em lei, ao passo que as vantagens condicionais ou modais, mesmo que auferidas por longo tempo em razão do preenchimento dos requisitos exigidos para a sua percepção, não se incorporam ao vencimento, a não ser quando essa integração for determinada por lei. E a razão dessa diferença de tratamento está em que as primeiras (por tempo de serviço) são vantagens pelo trabalho já feito (**pro labore facto**), ao passo que as outras (condicionais ou modais) são*

8 MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 390.

vantagens pelo trabalho que está sendo feito (pro labore faciendo), ou, por outras palavras, são adicionais de função (ex facto officii) ou são gratificações de serviço (propter laborem) ou, finalmente, são gratificações em razão de condições pessoais do servidor (propter personam). Daí por que quando cessa o trabalho, ou quando desaparece o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens, sejam elas adicionais de função, gratificações de serviço, ou gratificações em razão de condições pessoais do servidor.”

Sistematizando tais lições doutrinárias, se conclui que a remuneração pode ser composta das seguintes parcelas: vencimento básico; parcelas com causa de pagar gerais (igualmente percebidas por todos os servidores pertencentes ao mesmo quadro, p.ex. verbas de representação); e parcelas com causa de pagar individuais ou pessoais, estas de caráter objetivo (p.ex., adicional por tempo de serviço) ou subjetivo (também chamadas condicionais ou modais); subdividindo-se, estas últimas, nos tipos *ex facto officii* (ligadas ao exercício das funções do cargo em caráter especial, p.ex., adicional de insalubridade, periculosidade ou penosidade), *propter personam* (ligadas a condições pessoais do servidor, p.ex., adicionais por qualificação profissional) e *propter laborem* (ligadas ao exercício de funções extra-cargo, p.ex., gratificações de direção, chefia ou assessoramento).

Desse modo, se o subsídio veio a absorver a remuneração intrínseca ao regime jurídico compositivo do cargo, vê-se que tal compreende assim o básico, verbas de representação e toda e qualquer parcela ligada à natureza inerente ao mesmo, tais como vantagens pessoais de caráter objetivo, bem como as de caráter subjetivo, mas ligadas às funções inerentes ao cargo, p.ex., no primeiro caso, adicionais por tempo de serviço e, no segundo, adicionais de insalubridade, periculosidade e produtividade, gratificações de estímulo ou incentivo, etc.

Isso é o que se extrai, aliás, da análise do art. 8º da EC nº 41/2003:

“Art. 8º Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder

Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.” (g.n.)

Por outro lado, estariam excluídas do subsídio as vantagens pessoais de caráter subjetivo (também chamadas de condicionais ou modais), quando do tipo *propter laborem* (decorrentes do exercício de serviços extra-cargo).

Isso porque se tratam de concessões legais que só se operacionalizam em função das condições personalíssimas de cada servidor, em razão do exercício momentâneo de uma determinada função, fora das atribuições inerentes ao cargo, e, conseqüentemente, não poderiam ser universalizadas para os cargos congêneres, de vez que não decorrem do cargo em si, e sim do exercício funcional de cada servidor.

Visto isso, portanto, conclui-se que não se veda a cumulação da remuneração pelo exercício das atribuições e responsabilidades inerentes ao cargo do servidor (remuneração esta, na situação tratada neste estudo, alcançada na forma de subsídio, ou seja, em parcela única), com eventual(ais) remuneração(ões) decorrente(s) do efetivo exercício de outras funções (vantagens pessoais subjetivas, do tipo *propter laborem*, como, *v.g.*, funções de direção, de assessoramento, etc.); nem com parcelas asseguradas constitucionalmente, como direitos sociais (art. 39, § 3º, que remete ao art. 7º, incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX) ou o abono de permanência (art. 40, § 19); e tampouco com parcelas de caráter indenizatório (arts. 37, § 11 c/c 4º da EC nº 47/2005).

Quanto a estes dois últimos tipos de parcelas, há temperamentos no que diz com a aplicação do teto remuneratório: enquanto as parcelas de caráter indenizatório são expressamente excluídas do limite constitucional pelo § 11 do art. 37, o entendimento em relação às demais parcelas asseguradas constitucionalmente (direitos sociais, abono de permanência) é o de que se submetem a tal limitação, porém de forma isolada (ou seja, não cumulada com a remuneração), sob o argumento de que seria incongruente interpretação no sentido de se admitir que a Carta Magna assegurasse tais parcelas, por um lado, e as excluísse, de outro lado, em virtude da regra de teto (em outras palavras, que a Constituição Federal desse com uma mão e tirasse com a outra).

No mais, quanto ao primeiro tipo supra referido (remuneração decorrente do exercício de outras funções extra-cargo), importa registrar que o próprio texto constitucional, no seu art. 37, inciso XI, continua prevendo a existência de diversas espécies remuneratórias e vantagens pessoais, prevendo a possibilidade de sua cumulação – inclusive com o subsídio, limitando o valor máximo de tais cumulações, porém (*rectius*, prevendo um teto)⁹.

3 GRATIFICAÇÕES INCORPORADAS E DIREITO ADQUIRIDO

E, aqui, entra-se na questão específica trazida no presente estudo: as **gratificações de direção incorporadas**, estariam ou não *absorvidas* pelo subsídio?

No particular, parece corolário lógico concluir que, se é possível a cumulação do subsídio com gratificações pelo exercício de outras funções, quando efetivamente estão elas *sendo exercidas*, não se pode simplesmente *excluir* tal cumulação quando esta parcela veio a ser *validamente incorporada* ao patrimônio jurídico do servidor, pelo implemento dos requisitos necessários, em consonância com o que faculta ou facultava a lei (seja, *v.g.*, cf. arts. 102 e 103 da LCE nº 10.098/94, observadas as limitações impostas pelas LCEs nºs 10.530/95 e 10.845/96¹⁰, ou por outro fundamento jurídico), consubstanciando-se em ato jurídico *perfeito* e em um *direito adquirido* pelo agente público (art. 5º, XXXVI, da CF/88).

Até porque, de acordo com a jurisprudência do E. STF, o simples fato da incorporação (quando autorizada por lei) não altera a natureza jurídica desta vantagem, *in verbis*:

“E M E N T A - I. Recurso extraordinário: prequestionamento: irrelevância da ausência de menção dos dispositivos constitucionais atinentes aos temas versados. 1. O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este

⁹ No sentido do que aqui exposto, cite-se, a título de exemplo, as Resoluções nºs 13 e 14/2006 do CNJ e 09/2006 do CNMP. Além disso, o PL nº 03/2011, de autoria da Senadora Gleisi Hoffmann, que visa a regulamentar a aplicação do teto em âmbito federal, também traz regras nessa mesma linha.

¹⁰ Regras aplicáveis no caso dos servidores públicos do Estado do Rio Grande do Sul, *p.ex.*

tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha. 2. É de receber-se com cautela a assertiva de que a fundamentação do voto vencido é irrelevante para a satisfação do requisito do questionamento: quando é patente a identidade das questões constitucionais resolvidas, de modo diametralmente oposto, pelo acórdão recorrido, de um lado, e pelo voto vencido, de outro, a invocação expressa pelo voto dissidente dos dispositivos constitucionais pertinentes às indagações que também o acórdão enfrentou e resolveu é a melhor prova de que a maioria do Tribunal não fez abstração de ditas normas, mas, sim, que lhes deu inteligência diversa. II. Vencimentos do Ministério Público estadual: teto: imunidade à sua incidência das vantagens de caráter individual, ainda que incorporadas. 1. Na ADIn 14, de 28.9.89, Célio Borja, RTJ 130/475, o STF - embora sem confundir o campo normativo do art. 37, XI, com o do art. 39, par. 1., da Constituição - extraiu, da inteligência conjugada dos incisos XI e XII do art. 37, a aplicabilidade, para fins de cálculo dos vencimentos sujeitos ao teto, do mesmo critério do art. 39, par. 1., para fins de isonomia, isto é, o de isentar do cotejo as vantagens de caráter individual. 2. Para esse efeito, constitui vantagem pessoal, e não vencimento, a retribuição percebida pelo titular de um cargo, não em razão do exercício dele, mas, sim, em virtude do exercício anterior de cargo diverso; a chamada incorporação ao vencimento da parcela correspondente não tem o efeito de alterar-lhe a natureza originária, transmutando-a em vencimento, mas apenas o de assegurar-lhe tratamento equivalente ao do vencimento-base, assim, por exemplo, para somar-se a esse e compor a base de cálculo de outras vantagens, que sobre ele devam ser calculados, ou para a aferição do valor dos proventos da aposentadoria; conseqüências essas, cuja compatibilidade com o art. 37, XIV, CF, não se impugnou no caso. 3. Na técnica do recurso extraordinário, quando o acórdão recorrido tem mais de um fundamento suficiente - tanto quanto a falta de impugnação de qualquer um deles pelo recorrente (Sum. 283) - a confirmação de um pelo STF leva ao não conhecimento do RE, ainda que o Tribunal não avalize o outro: irrelevante, assim, no caso, a contestação do recorrente à negativa, pelo acórdão recorrido, da integração do Ministério Público no Poder Executivo e conseqüente submissão dos vencimentos dos seus membros à remuneração dos Secretários de Estado (considerações teóricas a respeito). (RE 141788, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/1993, DJ 18-06-1993 PP-12114 EMENT VOL-01708-04 PP-00654) (g.n.)

No mesmo sentido: RE 285706, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma do STF, julgado em 26/03/2002, DJ 26-04-2002 PP-00080 EMENT VOL-02066-04 PP-00731; RMS 11.459/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA do STJ, julgado em 22/03/2005, DJ 02/05/2005, p. 377.

Com efeito, não se trata, na hipótese, da velha questão atinente à inexistência de direito adquirido a regime jurídico, pacificada na jurisprudência das Cortes Superiores (exemplificativamente: AR 3.593/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2009, DJe 05/02/2010; RE 603453 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENTVOL-02454-06 PP-01501) – entendido como inexistência de direito adquirido à *forma de composição da remuneração*, desde que respeitada a irredutibilidade prevista no art. 37, inciso XV, da Carta Magna.

Não: aqui, resta cristalino, não se trata da forma de composição da remuneração atinente *ao cargo em si*, mas sim à remuneração *extra-cargo*, devida pelo exercício de *outra função*, como acima visto¹¹.

Trata-se, portanto, de *típica hipótese* de respeito ao **direito adquirido**, garantia *fundamental* expressa na CF/88. A esse respeito, transcreve-se, por pertinente, a lição de Sebastião Vieira Caixeta, in *Subsídios e Direitos Adquiridos* (<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8488/subsidios-e-direitos-adquiridos>):

“No recente julgamento do MS 24875, o STF decidiu pela absorção dos vencimentos, das verbas de representação e do adicional de tempo de serviço pelos subsídios. Reconheceu, todavia, a subsistência de vantagens pessoais frente ao novo regime e a preservação da garantia da irredutibilidade remuneratória. Tendo em vista a vocação de o direito novo vigor para o futuro, a mudança de regime é que faz surgir o direito adquirido, ou seja, aquele em que se verificou os requisitos fáticos e jurídicos, com fato aquisitivo específico já configurado por completo. A lei nova ou regime jurídico novo não podem retroagir para impedir a superveniência dos efeitos de direitos que foram legitimamente incorporados ao patrimônio do cidadão. As vantagens pessoais, por exemplo, referentes à incorporação de direção, chefia ou assessoramento (quintos/décimos) ou à vantagem do art. 184 da Lei n. 8.112/1990, que foram incorporadas de acordo com os parâmetros do regime já revogado, subsistem no regime dos subsídios, devendo a parcela correspondente somar-se a estes. Não se trata, nesta hipótese, de direito adquirido ao regime revogado, mas somente a preservação dos efeitos dos direitos incorporados enquanto este vigorava.”

11 Hipótese diversa seria, p.ex., a do caso em que a lei do respectivo ente federado determinasse que a verba, depois de incorporada, assumia *outra* natureza jurídica, como a de uma vantagem *propter personam*, p.ex.; nesse caso, e de acordo com a sistematização acima delineada, parece-nos que a discussão recairia, aí sim, na clássica jurisprudência sobre a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, sendo tal parcela *absorvida* pelo subsídio.

A Emenda Constitucional n. 41, art. 8º, não determinou a absorção pelos subsídios ou a extinção de tais parcelas, que subsistem portanto.

A Constituição, com status de cláusula pétrea, garante abstrata e concretamente os direitos individuais adquiridos. Essa garantia é ainda mais robusta em relação às vantagens pessoais que, nos termos do julgamento da ADI 14, estavam imunes ao teto original da Carta Cidadã, como as decorrentes da aposentadoria e da incorporação de gratificações (quintos/décimos).

É a própria Carta Magna, no art. 37, XI, que reconhece a coexistência dos subsídios com vantagens pessoais, possibilitando, pois, a soma destas com aqueles até o teto. A título de irredutibilidade remuneratória, garantida nos arts. 37, XV, 93, III, e 128, § 5º, I, “c”, da Constituição, deve-se preservar o valor nominal da remuneração percebida antes da fixação dos subsídios.”(g.n.)

Nesse sentido, importa destacar que a alteração do regime compositivo da remuneração do cargo titulado, pela adoção do sistema de subsídio, não impacta *de per se* na questão atinente à admissão de incorporação, em determinadas condições, de uma remuneração relativa ao exercício de função *diversa* daquela inerente ao *próprio cargo*.

Ressalte-se que o entendimento do E. STF em precedentes atinentes à Magistratura (exemplificativamente: RE 611479, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 30/05/2011, publicado em DJe-106 DIVULG 02/06/2011 PUBLIC 03/06/2011; AI 410946 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-81 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-05 PP-00949) não tem pertinência à hipótese concreta, uma vez que, em tais julgados, foram valoradas as circunstâncias objetivas de ter havido alteração voluntária de regime jurídico e de a LOMAN (Lei Complementar nº 35/79) não autorizar a manutenção da vantagem de que ora se cuida (art. 65, § 2º).

Diante disso, outro não é o entendimento cristalizado nas Resoluções que tratam da matéria quanto às carreiras jurídicas, permitindo-se a manutenção da vantagem, como, p.ex., no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a Procuradoria-Geral do Estado (Resolução nº 29/2010, art. 2º, inciso XV¹²), a Defensoria Pública (Resolução nº 01/2009 do CSDPE,

12 “Art. 2º - Estão compreendidas no subsídio dos Procuradores do Estado e por ele extintas todas as parcelas do regime remuneratório anterior, exceto as percebidas ou que vierem a ser percebidas decorrentes de: (...) XV — incorporação de função gratificada ou vantagem a ela legalmente equiparada.”

art. 3º, inciso VI¹³), o Tribunal de Contas (Parecer nº 08/2010) e o Ministério Público (Resolução nº 09/2006 do CNMP, art. 4º, inciso V¹⁴).

Apenas no que pertine à Magistratura não houve tal previsão, tendo em vista o que dispõe a LOMAN (art. 65, § 2º), como visto.

Saliente-se, outrossim, no particular, por derradeiro, que a jurisprudência tem entendido que a soma do subsídio com tais gratificações incorporadas *deve, sim, se limitar pelo teto* - até porque, embora não se classifiquem como remuneração por serviço prestado, se tratam, inegavelmente, de vantagens pessoais, de caráter subjetivo, como antes se viu, as quais, a partir da EC nº 41/2003, estão expressamente englobadas no limite remuneratório do serviço público (art. 37, inciso XI, da CF/88), afastando expressamente antiga jurisprudência do E. STF, firmada na ADI nº 14 (nesse sentido, a título exemplificativo: RE 560067 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-05 PP-00932; RE 466881 ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-05 PP-01039; RE 217203, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 09/12/1997, DJ 20-03-1998 PP-00022 EMENT VOL-01903-08 PP-01609).

13 “Art. 3º – Estão compreendidas no subsídio de que trata o artigo anterior e são por esse extintas todas as parcelas do regime remuneratório anterior, exceto as decorrentes de:

(...)

VI – valores referentes a gratificações já incorporadas quando da entrada em vigor da Lei nº. 13.301/09;”

14 “Art. 4º Estão compreendidas no subsídio de que trata o artigo anterior e são por esse extintas todas as parcelas do regime remuneratório anterior, exceto as decorrentes de:

(...)

V – incorporação de vantagens pessoais decorrentes de exercício de função de direção, chefia ou assessoramento e da aplicação do parágrafo único do art. 232 da Lei Complementar 75 de 1993, ou equivalente nos Estados, aos que preencheram os seus requisitos até a publicação da Emenda Constitucional nº 20, em 16 de dezembro de 1998;”

4 CONCLUSÕES

Isso posto, entende-se que:

1) subsídio e teto remuneratório não se confundem;

2) há parcelas cumuláveis com o subsídio, limitadas ou não pelo teto, sendo que, quando limitadas, podem ser calculadas cumulativamente ou isoladamente em relação ao subsídio para fins de adequação ao teto remuneratório;

3) as gratificações de direção, chefia e assessoramento, regularmente já incorporadas, consubstanciam-se em direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF/88), fugindo à discussão atinente à inexistência de direito adquirido a regime jurídico, limitando-se, no entanto, ao teto remuneratório.

REFERÊNCIAS

CAIXETA, Sebastião Vieira. *Subsídios e Direitos Adquiridos*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8488/subsidios-e-direitos-adquiridos>.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

SANTANNA, Gustavo. *Direito Administrativo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SESTA, Mário Bernardo. Critérios Constitucionais sobre Remuneração Pública. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, nº 47, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

1 - Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão estar de acordo com a linha editorial da RPGE “**Direito Público e Advocacia de Estado**” bem como, respeitar as normas de apresentação da ABNT, dentre as quais destacamos: NBR 6022 (Informação e documentação – Artigos em publicação periódica impressa – Apresentação); NBR 6023 (Informação e documentação – Referências – Elaboração); NBR 6028 (Informação e documentação – Resumo – Apresentação); e NBR 10520 (Informação e documentação – Índice – Apresentação).

1.1 - Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;

b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);

c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;

d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo;

e) as notas de rodapé devem adotar um dos sistemas previstos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (alfabético ou numérico) para fazer citações de obras consultadas. Se a opção for pelo alfabético, as referências devem ser ordenadas no final do artigo em uma única ordem alfabética. Mas caso a opção tenha sido pelo sistema numérico, as referências finais aparecem na mesma ordem numérica crescente;

f) a fonte das notas de rodapé devem vir no tipo Arial, estilo normal, tamanho 9, utilizando

espaço simples entre linhas e alinhamento justificado e deverão ser colocadas ao pé da página de ocorrência;

g) as citações podem ser transcrições literais (citação direta) ou uma síntese do trecho que se quer citar (citação indireta). Tanto num caso como no outro, as fontes devem estar indicadas, não se admitindo transcrições sem a devida referência;

h) as citações diretas que ultrapassarem 5 linhas devem vir em um parágrafo especial, dispensando-se as aspas, separada do parágrafo anterior e posterior por uma linha a mais, fonte do tipo Arial, estilo normal, tamanho 11 e com recuo da margem esquerda igual ao dos parágrafos;

i) as referências bibliográficas seguirão, obrigatoriamente, as normas da ABNT vigentes.

Todos(as) os(as) autores(as) citados(as) no texto, e somente estes(as), devem compor uma lista de referências, no final do texto. A exatidão e adequação destas referências são de exclusiva responsabilidade do(a)s autor(a)(es).

1.2 - Os artigos em formato .doc devem obrigatoriamente apresentar títulos, resumos (máximo 250 palavras) e palavras-chave/descriptores (contendo cinco palavras) em português e inglês. O resumo deve explicar, em um único parágrafo, o(s) objetivos(s) pretendido(s), procurando justificar sua importância (sem incluir referências bibliográficas), os principais procedimentos adotados, os resultados mais expressivos e conclusões.

1.3 – Os artigos devem ser enviados para o seguinte e-mail conselho-editorial@pge.rs.gov.br

Os trabalhos não devem apresentar identificação de autoria no corpo do texto. O nome completo do(s) autor(es) devem constar somente no corpo do e-mail bem como, titulação completa, instituição à qual está vinculado, cargo, e-mail, endereço e telefone para contato.

1.4 - Resenhas, pontos de vista, assim como relatos, comentários e discussão de jurisprudências devem ter no máximo 10 (dez) laudas de igual formatação ao descrito no item 1.1.

1.5 - Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados com a linha editorial da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

Disposições Gerais

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a sequência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(as).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo “sem restrições” ou “devolvidos para reformulações”. Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as ideias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores que tiverem seus trabalhos aprovados receberão a autorização de publicação que deverá ser assinada e enviada para o e-mail do conselho editorial, aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.
