



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

ISSN - 0101-1480

Revista da PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS



v. 30 n. 64
julho/dezembro de 2006

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. 30	n. 64	p. 1 - 183	jul./dez. 2006
------	--------------	-------	-------	------------	----------------

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.

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

ISSN 0101-1480

Catologação 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
Procuradoria de Informação, Documentação e
Aperfeiçoamento Pessoal**

Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13. Andar
90119-900 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 autausch
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

GERMANO RIGOTTO

Governador do Estado

ANTÔNIO HOHLFELDT

Vice-Governador do Estado

HELENA MARIA SILVA COELHO

Procuradora-Geral do Estado

JOSÉ CALVINO PIRES MAIA

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

TELMO LEMOS FILHO

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais

LUIZ FELIPE TARGA

Corregedor-Geral da PGE

MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO

Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Helena Maria Silva Coelho
(Presidente)
Carla Maria Petersen Herrlein
Manoel André da Rocha
Márcia Pereira Azário
Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Ricardo Seibel de Freitas Lima

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva
Bibliotecária crb 10/1343



Av. Cel. Aparício Borges, 2199
Fone: (51) 3288-9700
E-mail: editora.tecnica@corag.com.br
www.corag.com.br

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
DOCTRINA	
O Direito à Ampla Defesa e a Processualidade Tributária Ricardo Lobo Torres	9
Responsabilização de Advogado ou Procurador por Pareceres em Contração Direta de Empresa Marcos Juruena Villela Souto	21
Transparência Administrativa e Novas Tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático Têmis Limberger	33
Autonomia das Procuradorias do Estado José Augusto Delgado	49
A Importância das Procuradorias como Órgãos de Assessoramento Jurídico do Estado e a Necessidade de sua Autonomia Gustavo Calmon Holliday	63
Efetividade Processual a Qualquer Custo? João Paulo Fontoura de Medeiros	69
O Processo do Trabalho e as Alterações do Processo Civil, Quanto à Execução de Obrigação de Pagar Quantia Certa Ricardo Fioreze	83
Interpretação Jurídica: algumas teorias, segundo Riccardo Guastini, e sua aplicação a um caso concreto Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho	95
TRABALHOS FORENSES	
Recurso de Revista – CEEE Miguel Arcanjo Costa da Rocha; Ricardo Seibel de Freitas Lima	117

PARECERES

Parecer 14.354

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho 139

Parecer 14.608

Ricardo Seibel de Freitas Lima 147

Parecer 14.639

Ricardo Antônio Lucas Camargo 167

EDITORIAL

Apresentamos o volume nº 64 da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Esse volume marca o encerramento dos trabalhos desenvolvidos pelos Procuradores que integram a atual composição do Conselho Editorial, cujo mandato se encerrará em 31.12.2006.

Quando esse grupo iniciou suas atividades, a Revista da PGE tinha sofrido breve interrupção em sua publicação. A retomada dos trabalhos, então, passou a ser um dos principais focos de nossas atividades, assim como a manutenção da excelente qualidade da Revista, que sempre teve como prioridade disseminar os trabalhos jurídicos dos integrantes da Procuradoria-Geral do Estado, sem prejuízo, naturalmente, da valiosa e imprescindível contribuição advinda dos mais renomados juristas que já publicaram seus trabalhos em nossa Revista.

Essa disseminação do conhecimento nos remete aos ensinamentos de Platão, que no Mito da Caverna (narrado por Platão no livro VII do *Republica*) recomenda que os sábios devem socializar o conhecimento, isto é, 'o conhecimento do sábio deve ser compartilhado com seus semelhantes, deve estar à serviço da cidade. O filósofo cheio de sabedoria e geometria que leva uma existência de eremita, acreditando-se um habitante das ilhas afortunadas, de nada serve. Isso porque a lei não se preocupa em assegurar a felicidade apenas para uma determinada classe de cidadãos (no caso, os sábios), mas sim se esforça para 'realizar a ventura da cidade inteira'. A liberdade que os sábios (o conhecimento dá aos seus portadores a sensação de liberdade) parecem gozar não é para eles 'se voltarem para o lado que lhes aprouver, mas para fazê-los concorrer ao fortalecimento do laço do Estado'".¹

Acreditamos que, de fato, de nada adiantaria realizar um excelente trabalho na defesa diária dos direitos da cidadania, da dignidade humana e do próprio Estado quando seus direitos são violados (pois, nesse caso, é o patrimônio público, que é do povo, que resta atingido), se tal trabalho não fosse levado ao conhecimento de todos, como forma de exemplo, de aprendizado e postura profissional.

Ademais, cremos que a construção de uma Instituição forte transita igualmente pela transparência de suas ações, missão esta também cumprida pela Revista da PGE na medida em que são publicados os Pareceres e algumas das inúmeras peças forenses aqui produzidos.

¹ **Voltaire Schilling.** In <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/caverna.htm>. Acesso em 20.12.2006.

Por fim, resta sem dúvida que um dos mais eficazes meios para a socialização do saber técnico-jurídico que diuturnamente é lapidado na PGE, se dá através da publicação de sua Revista, o que permite que leitores do todo país, e mesmo fora do Brasil, possam se aproximar do trabalho desenvolvido pela Procuradoria-Geral do Estado na defesa tenaz e intransigente do interesse público.

Boa leitura a todos.

Márcia Pereira Azário,
Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional
da PGE/RS, Membro do Conselho Editorial.

O DIREITO À AMPLA DEFESA E A PROCESSUALIDADE TRIBUTÁRIA

Ricardo Lobo Torres*

Sumário. 1. Introdução. 2. O direito à ampla defesa. 3. Novas formas de processualidade fiscal exigem ampla defesa e contraditório. 4. Extensão do direito à ampla defesa. 4.1. O direito à audiência prévia. 4.2. A necessidade de motivação da decisão. 5. A instrumentalidade do processo administrativo fiscal. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O direito à ampla defesa e ao contraditório, expressamente declarado na Constituição Federal, ao se aplicar ao direito tributário provoca significativas mudanças no rumo da processualidade fiscal.

O direito à audiência prévia e à motivação das decisões das instâncias administrativas, ínsitos no direito à ampla defesa e ao contraditório, encontram-se hoje no vértice da nova processualidade tributária, que não mais pode se conter nos limites do esclerosado Decreto n.º 70.235, de 1972, que desde os tempos do autoritarismo vem regulando a matéria.

Parece-nos importante abordar o assunto no livro em homenagem ao Prof. Aurélio Pitanga Seixas Filho, que há tantos anos vem se preocupando com o tema do processo tributário administrativo e sobre ele tem escrito com proficiência.

2 O DIREITO À AMPLA DEFESA

A Constituição Federal de 1988 proclama no art. 5º:

“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A norma constitucional, que deve ser lida em conjunto com a que a antecede – LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido proces-

*Professor Titular de Direito Financeiro na UERJ (aposentado)

so legal” – tornou indiscutível o direito à ampla defesa em sua maior extensão, que até então sofria restrições no Brasil.

Ensina Marçal Justen Filho:¹

“A inovação constitucional do art. 5º, inciso LV, impôs a observância de um devido processo na via administrativa. Assegurou-se aos particulares o direito à ampla defesa, com a garantia inafastável do contraditório. Tornou-se fora de dúvida que a decisão administrativa, sempre que for apta a produzir o sacrifício de interesses ou direitos privados, deverá ser o resultado de um procedimento administrativo, respeitado o princípio do contraditório”.

Não há, por outro lado, dúvida sobre a aplicação do art. 5º, inciso LV, da CF a qualquer tipo de processo administrativo, inclusive ao processo administrativo fiscal.²

3 NOVAS FORMAS DE PROCESSUALIDADE FISCAL EXIGEM AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

A ampla defesa no processo administrativo tributário surge como necessidade das novas formas de processualidade fiscal.

Assiste-se hoje ao florescimento da democracia participativa e do Estado Cooperativo, que se apóia sobretudo em novas formas procedimentais. Já observou E. Schmidt-Assman que “a participação impõe que os que se encontram afetados de uma forma específica por uma determinada decisão tenham tomado parte no processo que a produziu”.³

Por outro lado, a globalização, o desenvolvimento da informática, com a criação do espaço cibernético, e as necessidades de proteção dos interesses do Fisco e dos contribuintes trazem novos desafios no campo do processo administrativo tributário.

Alguns países publicaram os seus Estatutos do Contribuinte, como os Estados Unidos (*Taxpayer Bill of Rights II*, de 1996, complementado pelo *Taxpayer Bill of Rights III*, de 2003), a Espanha (*Ley de Derechos y Garantías de los Contri-*

¹ “Considerações sobre o Processo Administrativo Fiscal”. *Revista Dialética de Direito Tributário* 33: 108, 1998.

² Cf. TORRES, Jessé. *O Direito À Defesa na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 71; MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 78: “A exigência de processo administrativo abrange... também os casos de controvérsia entre administrados (particulares ou servidores) e a Administração; p. ex.: licenças em geral, recursos administrativos em geral, reexame de lançamento-processo administrativo tributário”.

³ *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 118. Prossegue o festejado jurista alemão: “... da concepção do Direito Administrativo que surge dos aspectos ideais da democracia e do Estado de Direito derivam certos impulsos ao desenvolvimento da participação. Neste sentido, devem ser considerados dois grandes âmbitos do debate sobre a participação: de uma parte a participação dos cidadãos, e dos grupos em que eles se organizam, em alguns procedimentos administrativos, usual no âmbito do Direito ambiental e na planificação. De outra parte podem ser assinaladas numerosas formas de cooperação entre o Estado e a Economia, que se cristalizaram em organizações que servem de exemplo para uma idéia de participação avançada. O aspecto das formas de participação reconhecido pela lei vai desde a clássica participação individual, enraizada no Estado de Direito, passando pela participação coletiva por grupos, associações ou representantes até chegar à participação aberta ao público”.

buyentes – LDGC – n.º 1/1998) e a Itália (Estatuto dos Direitos do Contribuinte Italiano (EDC), de 31.07.2000), prevendo novo relacionamento entre as repartições fazendárias e os contribuintes. O tributarista italiano Victor Uckmar propôs os seguintes princípios fundamentais:

“1. o direito a comportamentos de boa-fé por parte da administração; 2. o direito à tutela por excesso de pressão legislativa e à certeza do direito; 3. o direito à informação sobre a interpretação das leis e sobre a consequência do seu próprio comportamento; 4. o direito de ser informado e ouvido; 5. o direito de não ser obrigado a deveres inúteis ou excessivamente dispendiosos com relação aos resultados; 6. o direito à rapidez e oportunidade de ação administrativa no campo fiscal; 7. o direito de não pagar mais do que está previsto em lei; 8. o controle sobre a aplicação da lei; 9. direito à transparência estatística e ao conhecimento dos agregados econômicos tributários; 10. o direito a ser posto no mesmo plano da administração no que se refere aos pagamentos, juros e reembolsos”.⁴

De notar que os Estatutos dos Contribuintes não contêm a declaração de novos direitos fundamentais, senão que se preocupam em explicitar as garantias processuais que cercam o relacionamento entre o sujeito passivo e a Administração Fiscal, tais como os prazos na resposta à consulta, a urbanidade dos funcionários da Fazenda no trato com o público, a presunção de boa-fé do administrado, o dever de informação e esclarecimentos sobre o sentido e o alcance da legislação tributária, etc.

No Brasil o próprio Supremo Tribunal Federal aderiu à ideia do *Estatuto do Contribuinte*.⁵ Mas o projeto brasileiro da Lei de Direitos e Garantias do Contribuinte, enviado ao Congresso Nacional pelo PLC 646, em 1999, até hoje não foi aprovado, demonstrando a dificuldade ainda existente no País para fortalecer as garantias dos direitos dos contribuintes.

Superam-se os *velhos esquemas da processualidade tributária*, como os imaginaram Rubens Gomes de Souza, com a sua concepção orgânica e unitária do processo fiscal,⁶ e Gilberto de Ulhoa Canto, com a sua proposta de unificação das

⁴ El Estatuto del Contribuyente”. *Cartagena* 1-6/10/95; “Los Efectos en Italia del Estatuto del Contribuyente”. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Org.). *Justiça Tributária*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1998, p. 793-797.

⁵ Pet. 1.466-PB, despacho do Min. Celso de Mello, de 28.8.98, DJU de 2.9.98: “ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE. O princípio da anterioridade da lei tributária — imune, até mesmo, ao próprio poder de reforma do Congresso Nacional (RTJ 151/755-756) — representa uma das garantias fundamentais mais relevante outorgadas ao universo dos contribuintes pela Carta da República, além de traduzir, na concreção do seu alcance, uma expressiva limitação ao poder impositivo do Estado”. O Min. Celso de Mello afirmou ainda no seu despacho: “Cabe destacar, neste ponto, na linha do entendimento consagrado pelo acórdão ora impugnado, que a garantia constitucional da anterioridade tributária, mais do que simples limitação ao poder de tributar do Estado, qualifica-se como um dos mais expressivos postulados que dão substância ao estatuto jurídico dos contribuintes, delineado, em seus aspectos essenciais, no texto da própria Constituição da República”.

⁶ “Ideias Gerais para uma Concepção Unitária e Orgânica do Processo Fiscal”. *Revista de Direito Administrativo* 34: 17, 1953: “Chegamos assim a uma concepção orgânica e unitária do processo fiscal, que reúne em um mesmo sistema o procedimento administrativo do lançamento e o procedimento jurisdicional do contencioso. Esta conceituação se justifica pela constatação, de certo modo imediatista, de que as fases ofensiva e contenciosa do processo formativo da obrigação tributária visam ambos a uma mesma finalidade única, a saber, a constituição do crédito tributário a favor do Estado, e reciprocamente a constituição da obrigação tributária contra o contribuinte”.

instâncias administrativas e judicial,⁷ que partiam de modelos rígidos e fechados. O processo fiscal teria início sempre por um ato do contribuinte, que reagia à decisão autoritária do Fisco. A impugnação ao lançamento ou à negativa de restituição do indébito deflagrava o procedimento administrativo fiscal. Esse esquema simplista é incapaz de apreender a complexa conflitualidade desenvolvida entre o Fisco e os contribuintes no Estado Democrático de Direito, que exige a participação e o consenso.

Ficou inteiramente defasado também o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que regulamenta o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal. As regras correspondentes à nova processualidade fiscal estão sendo estabelecidas pela *legislação extravagante*, principalmente a Lei nº 9430, de 1996, com as suas ulteriores modificações, como veremos adiante, ou por alterações do próprio Decreto 70.235/1972, como aconteceu com a previsão da súmula vinculante das decisões do Conselho de Contribuintes (art. 113 da Lei 11.196, de 21.11.2005), medida importante para a transparência do contencioso tributário.

Hoje já se discute inclusive a respeito da possibilidade de recurso aos *meios alternativos* para a solução justa de interesses fiscais.⁸

Ampliou-se o quadro das *compensações financeiras*, figuras antes inexistentes no direito tributário com a envergadura que hoje possuem, o que trouxe a ulterior necessidade de novos ritos processuais para a manutenção do equilíbrio nas relações entre o Fisco e os contribuintes, o que afinal surgiu com a nova redação dada ao art. 74 da Lei 9.430, de 1996, pela Lei 10.833/2003. Facultou-se ao contribuinte apresentar manifestação da inconformidade contra a não-homologação da compensação, cabendo da decisão recurso ao Conselho de Contribuintes.

Desenvolveu-se a legislação dos *preços de transferência*, com o objetivo de concretizar o princípio *arm's length*. A Lei nº 9.430/96 criou presunções, que são relativas, podendo ser desfeitas na procura do lucro real ou das circunstâncias fáticas que cercam as transferências de mercadorias e serviços. As presunções se

⁷ Gilberto de Ulhoa Canto foi incumbido pelo Ministro da Fazenda de elaborar o anteprojeto de lei do processo administrativo tributário. Frustrada a aprovação, o anteprojeto foi ulteriormente publicado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (*Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros* n.º 36, v. 1 e 2. Anteprojeto de Lei Orgânica do Processo Tributário). Nele ficou consignado (v. 1, p. 78): "Como já ficou dito, pensamos que o ponto nevrálgico do processo judicial das controvérsias de natureza tributária se situa na multiplicidade de fases, muitas delas com o caráter de repetição de outras, que presentemente quanto à ação anulatória de débito fiscal, e na lentidão com que flui a ação executiva fiscal. Assim, a meta do anteprojeto, no que pertine ao desenvolvimento de tais modalidades perante o Judiciário, é, como solução definitiva, operar a modificação por via de que seja a ação anulatória decidida em instância única". Ulteriormente a EC 8/77 trilhou o mesmo caminho, criando a possibilidade da ação de revisão fiscal a ser proposta diretamente ao Tribunal Federal da 2ª instância, que não chegou a ser regulamentada.

⁸ Cf. TORRES, Heleno Taveira. "Transação, Arbitragem e Conciliação Judicial como Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos entre Administração e Contribuintes. Simplificação e Eficiência Administrativa". *Revista de Direito Tributário* 86: 40-64, 2003; SILVA, Sérgio André Rocha da. "Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário Brasileiro". *Revista Dialética de Direito Tributário* 122; 90, 2005: "Ao se examinar o sistema tributário brasileiro, verifica-se que a transferência de atividades liquidatárias para os contribuintes assim como a presença cada vez mais constante de conceitos indeterminados nas leis fiscais deram impulso à discussão quanto à utilização de meios alternativos para a solução de controvérsias entre a Fazenda e os contribuintes, ainda que a mesma seja ainda incipiente. Tais meios alternativos compreendem as técnicas arbitrais (*mediação ou conciliação e arbitragem*), bem como a *transação*".

analisam à sombra de princípios jurídicos como os da legalidade, plena produção das provas, busca da verdade material, boa-fé, etc., que não podem deixar de ser sopesados com o princípio da capacidade contributiva. Generalizou-se o ponto de vista de que a Lei 9.430/96 criou presunções *juris tantum*, que admitem prova em contrário.⁹

A doutrina brasileira,¹⁰ apoiada em nova orientação judicial e no trabalho dos administrativistas,¹¹ passou a defender que os incentivos fiscais condicionados a encargos do beneficiário, ainda que inválidos, não poderiam ser revogados, o que gerou nova litigiosidade fiscal, alicerçada no fortalecimento da proteção da confiança do contribuinte.

As *normas antielisivas* introduzidas pela LC 104/2001, que poderiam ter modernizado o direito tributário brasileiro, caíram no vácuo pela falta de regramento das suas garantias processuais. A MP 66/02, que pretendeu discipliná-la, não foi suficientemente criativa para merecer a aprovação legislativa, pois não ousou superar o esquema apertado e atrasado do Decreto 70.235/1972, incapaz de regular com segurança os complexos procedimentos de requalificação dos fatos ou de desconsideração da personalidade jurídica do contribuinte, insitos no combate ao planejamento abusivo. De qualquer forma, o art. 16 da MP 66 acenava que o ato de desconsideração seria precedido de representação do servidor competente para efetuar o lançamento, com a notificação ao sujeito passivo, que teria 30 dias para os esclarecimentos e provas, o que já significava a adesão à garantia da audiência prévia.

O lançamento tributário carece também de novas idéias e reformas, para agasalhar a *discricionarietà administrativa* em alguns dos seus procedimentos, resguardada a ampla defesa dos direitos do contribuinte. A possibilidade da escolha de métodos de investigação, a ponderação de interesses, a necessidade de coarctar os riscos fiscais provocados pelo contribuinte através de práticas abusivas, a permissão para o desvendamento do sigilo bancário dos devedores (LC 105/01), tudo conduz à ampliação do papel da Administração no lançamento e no controle da ocorrência do fato gerador do tributo, simetricamente ao que vem ocorrendo no direito administrativo, tudo na busca da equidade na aplicação do direito tributário. Essas características se aguçam a partir do fenômeno da globalização. Na Itália o tributarista Augusto Fantozzi vem chamando a atenção para uma nova fase da liquidação e cobrança de tributos, na qual o lançamento é visto menos como procedimento para a recuperação de tributos do que como meio para o combate à evasão fiscal e para a garantia contra o comportamento ilegítimo do

⁹ Cf. ROLIM, João Dácio. "As Presunções da Lei 9.430 e os Casos Especiais nos Preços de Transferência". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Tributos e Preços de Transferência*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 43.

¹⁰ Cf. ÁVILA, Humberto. "Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa do Contribuinte". *Revista Tributária e de Finanças Públicas* 42: 100 - 114, 2002; TORRES, Ricardo Lobo. "Anulação de Incentivos Fiscais. Efeitos no Tempo". *Revista Dialética de Direito Tributário* 121: 127-146, 2005.

¹¹ Cf. COUTO E SILVA, Almiro do. "O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção da 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 do Processo Administrativo da União (Lei nº 9784/99)". *Revista de Direito Administrativo* 237: 271-315, 2004.

contribuinte¹²; na mesma linha de argumentação Franco Gallo diz que há uma verdadeira discricionariedade administrativa nos casos em que se imponha a ponderação entre o interesse público e o privado.¹³ Na Argentina, Alejandro Altamirano afirma: “*En el procedimiento tributario pueden apreciarse márgenes de discrecionalidad en el proceso de determinación de oficio, la producción de prueba y su ponderación, en el ejercicio de las facultades de verificación y fiscalización, en los sistemas preventivos*”.¹⁴

Vê-se, pois, que boa parte dos problemas da processualidade fiscal no Brasil decorre da dificuldade em assimilar novos métodos e técnicas surgidas no ambiente do pós-positivismo e em respeitar o direito à ampla defesa e ao contraditório.

4 EXTENSÃO DO DIREITO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO

O direito à ampla defesa e ao contraditório, garantido pelo art. 5º, inciso LV, da CF deve ser compreendido sob a perspectiva das novas formas da processualidade fiscal, o que traz os seguintes corolários, entre outros:

- a) contém o direito à *audiência prévia*;
- b) caracteriza-se também como direito irrestrito de petição e recurso (art. 5º, inciso XXXIV, a, da CF);
- c) exige o duplo grau de jurisdição;
- d) baseia-se na motivação das decisões;
- e) implica o desfazimento dos atos complexos na mesma seqüência da sua construção;
- f) reaproxima a forma processual do conteúdo tributário, na busca da verdade material.

4.1 O Direito à Audiência Prévia

Na democracia deliberativa e no Estado Cooperativo a processualidade fiscal, eminentemente dialógica, baseia-se na possibilidade de *audiência prévia do contribuinte*. Não basta que o cidadão tenha o direito de pleitear a anulação dos atos administrativos abusivos, senão que torna-se necessário que seja ouvido previamente à decisão administrativa que lhe é prejudicial.

Os interesses envolvidos, a significação econômica dos investimentos e a complexidade dos laudos e das perícias técnicas, além das repercussões sobre o mercado, como acontece no caso que se examina, tudo leva à necessidade da prévia audiência do contribuinte.

¹² “I Rapporti tra Fisco e Contribuente nella Nuova Prospettiva dell’Accertamento Tributario”. *Rivista Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze* 1984, parte I, p. 236.

¹³ “La Discrezionalità nel Diritto Tributario”. *Revista de Direito Tributário* 74: 10, s/d.

¹⁴ “La Discrecionalidad Administrativa en el Procedimiento de Determinación Tributaria”. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito Tributário. Homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 245-282.

Alberto Xavier explica:¹⁵

“O direito de ampla defesa reveste hoje a natureza de um direito de audiência (*audi alteram partem*), nos termos do qual nenhum ato administrativo suscetível de produzir consequências desfavoráveis para o administrado poderá ser praticado de modo definitivo sem que a este tenha sido dada a oportunidade de apresentar as razões (fatos e provas) que achar convenientes à defesa de seus interesses.

A expressão “defesa” resulta de o princípio se ter consolidado historicamente nos procedimentos e processos administrativos de tipo acusatório, como os sancionadores – de que o paradigma é o processo disciplinar. Mas daí evoluiu para os procedimentos administrativos de tipo ablatório, tendentes a restringir, de qualquer forma, a liberdade ou a propriedade do cidadão, em relação aos quais não se verifica uma acusação prévia, pelo que a intervenção do particular não vira uma “defesa”, em sentido próprio, mas uma audiência das suas razões”.

No mesmo sentido manifesta-se James Marins:¹⁶

“O *direito a ser ouvido* revela-se como uma das mais importantes manifestações do princípio da ampla defesa.

Não é lícito à administração, no âmbito processual, produzir informações, argumentos ou elementos de fato ou de direito, sem que seja concedida ao contribuinte a oportunidade de se manifestar”.

A administrativista Odete Medauar observa:¹⁷

“A *ouvida dos sujeitos ou audiência das partes*, que se mescla com facilidade aos desdobramentos da ampla defesa, consiste, em essência, na possibilidade de manifestar o próprio ponto de vista sobre fatos, documentos, interpretações e argumentos, apresentados pela Administração e por outros sujeitos. Aí se incluem o direito paritário de propor provas (com razoabilidade) e de vê-las realizadas e o direito a um prazo suficiente para o preparo das observações a serem contrapostas.

No direito pátrio a ouvida dos sujeitos há muito se consagra no processo disciplinar, independentemente de previsão legal expressa do contraditório, sobretudo pela elaboração jurisprudencial e doutrinária... Nos demais processos administrativos, mesmo sem previsão legal específica, o direito de audiência se impõe, por força do inciso LV do art. 5º da CF”.

Na Espanha a *Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes* enumera, no art. 3º, entre os *derechos generales de los contribuyentes* o “*derecho a ser oído en el trámite de audiencia con carácter previo a la redacción de la propuesta de resolución*” e estabelece, no art. 22: “1. *En todo procedimiento de gestión tributa-*

¹⁵ *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7.

¹⁶ *Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 189.

¹⁷ *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 106.

ria se dará audiência al interessado antes de redactar la propuesta de resolución para que pueda alegar lo que convenga a su derecho”. Eugenio Simon Acosta,¹⁸ ao comentar a renovadora lei espanhola, posteriormente absorvida pela *Ley General Tributaria de 2003*, assim se manifestou:

“O trâmite de audiência necessário em todos os procedimentos que afetem os deveres e interesses dos administrados, é uma fase procedimental necessária, estabelecida em garantia do direito constitucional à defesa que, como elemento inerente a sua dignidade, tem toda pessoa. O trâmite de audiência está imposto por outros valores superiores que são incompatíveis com tratar as pessoas como simples objetos (não sujeitos) do obrar administrativo. Este é o contexto em que há que interpretar o artigo 105 da Constituição Espanhola, segundo o qual a lei regulará o procedimento administrativo, “garantindo, quando procedente, a audiência do interessado”.

O direito à prévia audiência está hoje proclamado na Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9784/99):

“Art. 3º – O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

.....
 III – formular objeções e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”.

“Art. 38: O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligência e perícia, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é muito firme no sentido de exigir que os atos anulatórios da Administração sejam precedidos da ampla defesa dos interessados.¹⁹

De notar que não se defende que qualquer ato de lançamento tributário deva ser precedido da audiência prévia dos interessados. O já citado Alberto Xavier observa:²⁰

¹⁸ “Audiencia al Interesado (artículo 22)”. In: *Comentarios a la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 1999, p. 404.

¹⁹ RE 158.543, Ac. da 2ª T., de 30.8.94, Re. Min. Marco Aurélio, RTJ 156: 1042: “Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada”; RE 158.215, Ac. da 2ª T., de 30.04.96, Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 164: 757: “A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais”.

²⁰ *Op. cit.*, p. 8.

“Com efeito, o próprio direito norte-americano, que levou às conseqüências mais avançadas o princípio do *due process of law*, apenas reconhece a necessidade de “audiência prévia” nos casos em que exista uma controvérsia sobre fatos e a discussão contraditória seja o método racional para o seu esclarecimento”.

4.2 A Necessidade de Motivação da Decisão

O direito à ampla defesa e ao contraditório tem entre os seus desdobramentos a necessidade de a Fazenda motivar as suas decisões. *Atos imotivados ou sem fundamento são insustentáveis diante do direito à ampla defesa.*

A Lei nº 9784/99, que disciplina o Processo Administrativo, estabelece:

“Art. 50 – Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”.

O princípio da motivação é aplicável ao direito tributário desde o advento do texto do art. 5º, inciso LV, da CF, ainda que o não proclame a legislação ordinária. Afirma Odete Medaur:²¹

“A ausência de previsão expressa, na Constituição Federal ou em qualquer outro ato legal, não elide, contudo, a exigência de motivar nas atuações administrativas processualizadas, visto configurar decorrência necessária da garantia do contraditório. Nas atuações administrativas norteadas pelo contraditório, tal como determina o inciso LV da CF, impõe-se a motivação das decisões”.

O princípio da motivação pressupõe a existência de *motivos de fato e de direito*, como excelentemente expõe Diogo de Figueiredo Moreira Neto:²²

²¹ *A Processualidade no Direito Administrativo*, cit., p. 111.

²² *Legitimidade e Discricionariedade. Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 44..

“A existência de motivos, tanto os de fato como os de direito, deve estar acima de qualquer dúvida razoável. A presunção de veracidade, que acompanha a ação do Estado, é *juris tantum*, cedendo ante a evidência em contrário; mesmo que não seja alegada, se o juiz se convencer da inexistência de motivos deverá declara-la e anular o ato.

Nenhum ato praticado com fundamento em motivo inexistente serve ao interesse público; a lei não atribui competência para instrumentar a mentira e o engodo”.

Legislação tributária mais evoluída, como *Ley General Tributária da Espanha* (Ley 58/2003), exige claramente a motivação dos atos tributários, não só para a defesa dos interessados como também para preservar a eficiência e a transparência da ação fiscal.²³

5 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

A concepção de processo administrativo está intimamente ligada à de equilíbrio e harmonia com os fins almejados pela própria atividade da Administração.

O processo administrativo, portanto, é visto sobretudo como instrumento da afirmação de direitos fundamentais. Diz Alberto Xavier que “a própria existência de um processo administrativo é assim considerada entre nós como direito ou garantia fundamental”.²⁴

6 CONCLUSÕES

A Constituição Federal assegura, no art. 5º, inciso LX, aos contribuintes, no processo administrativo tributário, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Novas formas de processualidade fiscal, adequadas ao processo econômico da globalização, não previstas no desatualizado e insuficiente Decreto nº 70.235, de 1972, exigem a ampla defesa e o contraditório garantidos pela Constituição de 1988.

A garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório compreende, entre outros, a) o direito do contribuinte à audiência prévia à prática do ato tributário lesivo aos seus interesses; b) a motivação da decisão administrativa.

²³ Cf. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín. *La Motivación de los Actos Tributarios en la Nueva LGT*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 60: “... também a defesa dos interessados foi proclamada de maneira unânime pela doutrina como uma das funções básicas que a motivação desempenha. Isso é lógico, pois, como sabemos, dificilmente pode defender-se em um processo quem não conhece o fundamento da decisão objeto da impugnação”.

²⁴ *Op. cit.*, p. 4.

7 BIBLIOGRAFIA

ACOSTA, Simon. "Audencia al Interessado (artículo 22)". In: Comentarios a la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 1999, p. 404.

ALTAMIRANO, Alejandro. "La Discrecionalidad Administrativa en el Procedimiento de Determinación Tributaria". In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). Direito Tributário. Homenagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 245-282.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín. La Motivación de los Actos Tributarios en la Nueva LGT. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ÁVILA, Humberto. "Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa do Contribuinte". Revista Tributária e de Finanças Públicas 42: 100 - 114, 2002.

COUTO E SILVA, Almiro do. "O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção da 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 do Processo Administrativo da União (Lei nº 9784/99)". Revista de Direito Administrativo 237: 271-315, 2004.

FANTOZZI, Augusto. "I Rapporti tra Fisco e Contribuente nella Nuova Prospettiva dell'Accertamento Tributario". Rivista Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze 1984, parte I, p. 216-240.

GALLO, Franco. "La Discrezionalità nel Diritto Tributario". Revista de Direito Tributário 74: 8-18, s/d.

JUSTEN FILHO, Marçal. "Considerações sobre o Processo Administrativo Fiscal". Revista Dialética de Direito Tributário 33: 108, 1998.

MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial). São Paulo: Dialética, 2001.

MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade. Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ROLIM, João Dácio. "As Presunções da Lei 9.430 e os Casos Especiais nos Preços de Transferência". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Tributos e Preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1999.

SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SILVA, Sérgio André Rocha da. “Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário Brasileiro”. *Revista Dialética de Direito Tributário* 122: 90-106, 2005.

SOUZA, Rubens Gomes de. “Idéias Gerais para uma Concepção Unitária e Orgânica do Processo Fiscal”. *Revista de Direito Administrativo* 34: 14-33, 1953.

TORRES, Heleno Taveira. “Transação, Arbitragem e Conciliação Judicial como Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos entre Administração e Contribuintes. Simplificação e Eficiência Administrativa”. *Revista de Direito Tributário* 86: 40-64, 2003.

TORRES, Jessé. *O Direito À Defesa na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. “Anulação de Incentivos Fiscais. Efeitos no Tempo”. *Revista Dialética de Direito Tributário* 121 : 127-146, 2005.

UCKMAR, Victor. “El Estatuto del Contribuyente”. *XVII jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*. Cartagena 1-6/10/95.

_____. “Los Efectos en Italia del Estatuto del Contribuyente”. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Org.). *Justiça Tributária*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1998, p. 793-797.

XAVIER, Alberto. *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RESPONSABILIZAÇÃO DE ADVOGADO OU PROCURADOR POR PARECERES EM CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA

Marcos Juruena Villela Souto*

INTRODUÇÃO

Cada vez mais se aterroriza o exercício da profissão de advogado, colocando em dúvida a honra e a seriedade de profissionais do direito que se apresentam, ou são chamados, ou, ainda, obrigados a exercerem seu ofício exarando pareceres em matéria de contratos firmados pela Administração Pública – como é o caso dos Procuradores de Estados, que atuam por exigência constitucional (CF, art. 132).

Não raro, os contratos sofrem diversos tipos de questionamentos, políticos, técnicos ou financeiros e se pretende responsabilizar solidariamente os Procuradores ou Advogados que atuam nos processos, muitas vezes, por dever de ofício.

Essas situações não fazem maior distinção entre o que representa o “controle da legalidade” e o “controle da economicidade” ou “controle da legitimidade” e são frequentes nas situações de contratação direta – notadamente quando em jogo os conceitos de inviabilidade de competição ou urgência.

Este breve estudo pretende identificar as distintas responsabilidades entre as tarefas do administrador e as do órgão jurídico, especialmente quando envolvida a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados.

2 A COMPETÊNCIA PARA DECLARAR A URGÊNCIA, NOTÓRIA REPUTAÇÃO OU INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO.

Os pareceres jurídicos que examinam situações de contratação direta, excepcionando a regra geral da licitação, invariavelmente envolvem o exame da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

O “**conceito jurídico indeterminado**” é assim explicado por SÉRGIO GUERRA¹:

“De outro lado, pela técnica de utilização de conceitos jurídicos indeterminados no processo legiferante, as regras para sua adoção não parecem

* Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho; Professor do Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho; Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

¹ GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos atos regulatórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.171.

bem delineadas, não obstante indiquem a sua aplicação em determinados casos concretos.

Nessas circunstâncias, a norma não determina o exato e preciso sentido desses conceitos, haja vista que estes não admitem uma rigorosa e abstrata quantificação ou limitação, somente devendo ser identificados, caso a caso, diante do fato real.”

A interpretação **do dever de bem administrar, feita diante do caso concreto**, deve caber **à autoridade**. Inteira, pois, o dever de administrar.

Como leciona CELSO LUIZ MORESCO²:

“a) Conceito jurídico de conteúdo indeterminado é todo aquele cuja expressão de valor possui textura variável e abertura a que o Direito confere significado próprio. Por isso, afirma-se, que a extensão e o conteúdo são em larga medida incertos;

b) Fundamenta-se na separação de fundações do Estado. O legislador não dispõe de competência (poder) para emitir ordens concretas (atos administrativos), mas apenas ordens gerais e abstratas. Se o fizer – expedir atos administrativos – estará invadindo – e usurpando – a competência da Administração.

Outra razão, de ordem prática, fundamenta a utilização desses conceitos: a impossibilidade real, fática de prever-se toda e qualquer situação possível de ocorrência; (...)”

Por isso, a interpretação desse conceito é **privativa do administrador**, não cabendo, pois, tal valoração aos órgãos de controle da legalidade – salvo no caso de identificação de manifesta irrazoabilidade (como se verá adiante).

Destarte, definida a interpretação do conceito, ao órgão jurídico cabe verificar se a lei abriga a solução encontrada pelo administrador para o seu atendimento. Confira-se, a respeito, a lição de ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL³.

“A decisão de não licitar decorre de uma **valorização subjetiva** da situação e do interesse social envolvido. (...) Não me parece existir dúvida de que prejudicada fica a parcela da sociedade envolvida, direta ou indiretamente, quando, por exemplo, uma obra pública não é posta à sua disposição no prazo adequado; comporta um certo grau de subjetividade e é determinado em cada caso.

(...)

Friso que não é um juízo arbitrário e sim discricionário do qual a Administração emite sobre o interesse social envolvido.”

Também comunga desse entendimento JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES⁴:

² MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. Revista Trimestral de Direito Público nº 14, 1996, págs. 78 a 95.

³ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Ato Administrativo; Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Malheiros, pág. 95 e 96.

⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação. Brasília : Brasília Jurídica, 1995, pág. 361

“... o **administrador** estará obrigado a, pelo menos, motivar a dispensa da licitação, pois, atuando sobre norma permissiva, **com poder discricionário**, deve justificar o não realizar a disputa, uma vez que a motivação é mais relevante precisamente nos chamados atos discricionários.” (g/n)

Cite-se, ainda, RAUL ARMANDO MENDES⁵ :

“O primeiro juízo de avaliações da dispensa ou inexigência, ou parcelamento é do **administrador** que a ordenar; o segundo, da autoridade superior àquele, do órgão ou entidade interessada, que será comunicada do ato, necessariamente justificado, em três dias corridos, seguintes, ao do ser exarado. O Estatuto sinalizou igual prazo para a autoridade superior ratificar o ato de dispensa, inexigibilidade ou parcelamento, sem o que ele não terá eficácia. Se a **autoridade não ratificar** o ato, obviamente as situações referidas nestes artigos não podem concretizar-se. Se o **administrador**, sem aguardar a ratificação, as consubstanciou, responde pela conduta, quer administrativa quer criminalmente, em processo regular, com direito de defesa.”(g/n)

Confira-se, ainda, o ensinamento de ANTONIO ROQUE CITADINI⁶ :

“A contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade, bem como o retardamento de execução contratual, deverão ser sempre adequadamente motivados, informando o **administrador**, com clareza, a situação concreta que o obriga a tal ato, apontando, inclusive, o dispositivo legal que permite tal procedimento.

Deverá o **gestor** apontar as razões da dispensa ou inexigibilidade, de tal forma que a contratação direta seja adequada para a situação de fato enfrentada pela Administração.

*Igualmente terá o **administrador** que justificar a escolha do contrato, posto que não é admitida pela lei a mera escolha que privilegie determinada marca, por protecionismo ou favorecimento. Quanto aos preços contratados, deverá o **gestor** certificar-se indicar que estão conforme os praticados pelo mercado e com outros órgãos da Administração Pública.*” (g/n)

Na mesma linha de pensamento dessas autoridades, que integram ou integram as Cortes de Contas, lecionam, respectivamente, SIDNEY BITTENCOURT⁷, CARLOS PINTO COELHO MOTTA⁸ e JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR⁹ que a autoridade competente para tal interpretação é o **ordenador de despesas**:

⁵ MENDES, Raul Armando. Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Saraiva, pág. 83.

⁶ CITADINI, Antonio Roque. Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas. São Paulo: Max Limonad, 1996, pág. 194.

⁷ BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo. Rio de Janeiro : Lumen Juris, pág. 82.

⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. Belo Horizonte : Del Rey, pág. 138

⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro : Renovar, pág. 180.

*“Trata-se de atividade típica de controle, uma vez que, após a primeira avaliação de hipótese incidente de inviabilidade de competição, realizada pelo **Ordenador de Despesa** no enquadramento, cabe à **autoridade superior** àquele o juízo final, para só aí então ser providenciada a publicação em diário oficial ou seu substitutivo.” (g/n)*

*“Diante, pois, de conduta equivocada de **ordenador que autoriza indevidamente** dispensa ou inexigibilidade, fará a autoridade responsável a devida correção, determinando-se a apuração da responsabilidade “de quem os ordenou”, conforme o artigo 82 da Lei.”. (g/n)*

*“A competência para dispensar a licitação deveria ser sempre do **ordenador da despesa**, que terá de fazê-lo por ato expresse e fundamentado, responsabilizando-se pela regularidade e consequência. (...) (cf. Curso Moderno de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, São Paulo, 1975, p. 133) (...) A expressão “autoridade superior” há de ser, portanto, entendida como aquela diretamente responsável pelo contrato, conforme a melhor doutrina. Na hipótese, como se trata de empresa pública, a seus **dirigentes** compete o conhecimento da matéria, aprovando ou não a dispensa ou a inexigibilidade da licitação...” (g/n)*

Dai porque, em princípio, o controle sobre o ato aplicador de conceito jurídico indeterminado se limita à verificação da presença dos elementos desse ato, não podendo a autoridade controladora substituir o juízo de valor do administrador pelo seu, sob pena de subverter o Sistema de Separação de Poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO¹⁰ reconhece, no entanto, que sobre tal valoração pode ser exercido o controle da legalidade. Todavia, há limites a esse controle, devendo se fazer presente uma “zona de certeza” sobre os motivos ou sobre as finalidades invocadas.

Observado esse limite, milita em favor do administrador a presunção de legalidade, legitimidade e veracidade na chamada “zona cinzenta”, sobre a qual não pode haver substituição da valoração emitida pelo administrador – no exercício da função de administrar – pela valoração do controlador, como expõe MARÇAL JUSTEN FILHO¹¹ :

*“No sistema da Constituição anterior, a fiscalização externa envolvia apenas o exame da legalidade dos atos praticados. O art. 70 da Constituição de 1988 referiu-se à fiscalização da “legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”. Essa redação não conduz à criação de competência para **rever o mérito** dos atos administrativos ou de **invadir o âmbito de liberdade** que incumbia à autoridade que praticou o ato.*

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo : Malheiros, 1992, págs. 29 e 30.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 751-752.

Compete ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas a fiscalização. Logo, não lhes é reconhecido o exercício em nome próprio das atividades de que os outros órgãos estão investidos. **Os órgãos de fiscalização não se substituem aos órgãos fiscalizados, que continuam titulares, com exclusividade, da competência** (discricionária, em alguns casos) **para a prática dos atos.**" (g/n)

"Não cabe ao Tribunal de Contas investigar o mérito dos atos administrativos. A discricionariedade consiste na liberdade para avaliar as conveniências e escolher a melhor solução para o caso, diante das circunstâncias. Por isso, o mérito da atuação discricionária não se sujeita a revisão, nem mesmo pelo Poder Judiciário. Se o mérito do ato administrativo pudesse ser revisto pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, desapareceria a discricionariedade.

Não foi casual, por isso, a ausência de referência constitucional à fiscalização quanto ao mérito, à conveniência ou, mesmo, à discricionariedade. A Constituição alude a legitimidade e economicidade, ângulos complementares da liberdade de atuação do gestor da coisa pública. Cabe aos órgãos de fiscalização verificar se inexistiu desvio de finalidade, abuso de poder ou se, diante das circunstâncias, a decisão adotada não era a mais adequada.

Muito menos cabível seria impugnar a decisão adotada por ter-se revelado, a posteriori, menos adequada do que outra. A economicidade da decisão pode (deve) ser investigada segundo as condições contemporâneas à sua edição. Não pode exigir do gestor da coisa pública o dom sobre-humano do conhecimento do futuro. Não há forma de eliminar o risco de frustração da eficiência da decisão em virtude da imprevisível conjugação de fatos supervenientes.

Quando existam diversas previsões sobre o futuro, entre si incompatíveis e cada qual respaldadas por posições técnico-científicas igualmente respeitáveis, não se poderá reprovar a escolha por alternativa que se revelar inadequada posteriormente. Não se poderá afirmar que o desastre era previsível quando existiam previsões diversas e contraditórias, todas apoiadas em teorias e doutrinas científicas." (g/n).

Essa também é a linha adotada pelo Exmo. Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal EROS GRAU¹², em sede doutrinária:

"Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical.

Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscano, como a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas.

¹² GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.36.

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o Juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe.

O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira [Zagrebelsky].”

Registre-se que o comum tem sido questionar, basicamente, a valoração feita pelo administrador para amparar a contratação direta, o que, efetivamente, escapa aos limites da atuação do órgão jurídico no controle da legalidade.

Em perfeita sintonia com o que aqui se sustenta, aponta DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹³:

As dimensões são, portanto, bem distintas: a legitimidade é muito mais ampla que a legalidade, simplesmente porque é impossível, em qualquer sociedade, que a lei defina exhaustivamente todas as hipóteses do interesse público.

*Assim, por mais extensa, minudente e meticulosa que se expresse qualquer definição jurídica da legalidade, remanescerão sempre miríades de aspectos do interesse público não legislado que, não obstante, por serem legítimos, estarão pendentes de **definições políticas** derivadas **integrativas** que, de alguma forma admitida, deverão ser feitas por quem tenha **competência** e quando surgir a **oportunidade** e a **conveniência** de explicitá-las. (g.n)*

Sobre tal competência, explora KATHERINNE DE MACÊDO MACIEL MIHALIUC¹⁴:

*“Exatamente, consiste a competência discricionária na possibilidade de valoração subjetiva **pelo administrador** de determinados conceitos fluidos ou vagos e na margem de liberdade, a fim de proceder à melhor escolha diante do caso concreto para consecução da finalidade pública.” (g/n)*

(...)

*“dentro dos limites da lei, a escolha da solução a ser adotada só poderá competir ao **agente da Administração**, sendo veemente **vedada a substituição pela valoração** ou ponderação feita pelo Juiz.” (g/n)*

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariade. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 14.

¹⁴ MIHALIUC, Katherine de Macedo Maciel. Discricionariade Administrativa e conceitos jurídicos indeterminados. Rio de Janeiro: Letra legal, 2004, p. 35; 50; 55.

(...)

“Ao intérprete não está atribuída a utilização dos juízos de oportunidade e conveniência, mas tão somente, do de legalidade, pois tanto a interpretação quanto a discricionariedade exigem, na nomenclatura de Azzariti, um “momento subjetivo” ou “intelectivo”, mas apenas a última, além deste primeiro momento intelectual, envolve um momento volitivo e uma capacidade criadora.

À interpretação não se reconhece o elemento criador, os deslindes dessa atividade limitam-se à inteligência e à cognição, pois, embora “haja elemento valorativo e axiológico, este já está implícito na norma interpretada.”¹⁵

Definido, pois, que há um forte elemento subjetivo a critério da autoridade competente, verifica-se que nenhuma interferência sobre essa valoração pode ser produzida quer pelo Judiciário, quer pelo Tribunal de Contas e, menos ainda, no controle prévio, pelos Procuradores e Advogados.

A **justificativa é previamente tomada**, da qual não participa o órgão jurídico. O ato ou valoração do administrador não têm como **motivo** o parecer do Procurador ou Advogado, que, quando muito, atestam que a interpretação dos fatos inerentes à aplicação de um **conceito jurídico indeterminado** é prevista em dispositivo legal, que, por sua vez, exige tal **interpretação** para **execução** da vontade da lei. Não há, no parecer, decisão ou execução, nem motivação (esta, calcada no **fato** e na **interpretação** sobre ele incidente, a cargo da **autoridade**).

3 RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO.

Cabe, pois, examinar, nesse contexto, se haveria fundamento para a responsabilização do advogado, que se limitou a apreciar o cumprimento de requisitos formais, previamente apontados e já decididos pela autoridade competente.

Ora, como explica TÊMIS LIMBERGER¹⁶ sobre os limites de tal atuação:

*“Segundo o entendimento de Seabra Fagundes dentro do terreno da gestão política, que é **função típica do administrador**, não é dado ao juiz interferir; já que isto faria com que o Judiciário se substituísse ao Executivo. Essa liberdade de decisão é onde radica a **responsabilidade do poder político** – por meio do **administrador**, responsabilidade essa que não está afeta ao juiz, que não pode pretender se substituir ao administrador, conforme enuncia Enterra.*

(...)

*Bachof lançou, por volta de 1955, a teoria da margem da livre apreciação, segundo a qual **se reserva à administração uma margem para livre***

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 123.

¹⁶ LIMBERGER, Têmis. Atos da Administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 115-121.

apreciação dos pressupostos de sua atuação. Desta forma, o legislador ao estatuir conceitos jurídicos indeterminados, que envolvem conceitos de valor e de experiência, considerou que não era oportuna uma regulamentação mais precisa e concreta. Desta forma, de nada valeria substituir-se o juízo falível da administração pelo não menos falível juízo do tribunal. Desta forma, Bachof considera que nos conceitos jurídicos indeterminados e na discricionariedade existe uma margem livre de apreciação da administração com responsabilidade exclusiva da administração, enquanto poder autônomo do Estado, que deve permanecer livre de interferência dos tribunais.” (g/n)

Em situação semelhante se pronunciou o plenário do STF¹⁷, em processo conduzido pelo por LUIS ROBERTO BARROSO:

“Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.”

Do corpo do v. Acórdão, se extrai o seguinte ensinamento do eminente Ministro CARLOS VELLOSO:

“Os impetrantes não são administradores públicos, acrescentam, não ordenam despesas públicas e as suas atribuições, no fato impugnado pelo TCU limitaram-se a à elaboração de parecer técnico-jurídico, pelo que é incabível o controle externo do TCU sobre essa atividade técnico jurídica dos impetrantes.”

(...)

“ O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública **não é ato administrativo**. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico jurídica, que orientará o administrador na tomada de decisão, na prática do ato administrativo, que constitui a execução ex officio da lei.”

A decisão traz os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES¹⁸, explicando que:

¹⁷ MS 24073 / DF - DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 06/11/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 31-10-2003

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28ªed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.189.

“Pareceres administrativos são manifestações de órgão técnico sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva.”

Conclui, então:

“Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião qual não está o administrador vinculado, **não pode ser solidariamente responsabilizado com o administrador**, ressalvado, entretanto o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto.”

Esse nexo de causalidade é fundamental para ensejar alguma parcela de responsabilidade a quem quer que seja, como explica MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁹, citando o Acórdão nº 462/2003 do Tribunal de Contas da União, onde o Ilustre Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES foi relator:

“Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário. Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância casual para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.” (g/n)

MARÇAL JUSTEN FILHO²⁰, continuando sua explicação, acrescenta:

“Seguindo essa linha de entendimento, o TCU deixou de responsabilizar o signatário de parecer jurídico favorável a uma contratação posteriormente reputada viciada porque seu conteúdo não se configurava como ‘desarrazoado, omissivo ou tendencioso’, tendo sido elaborado com fundamento em informações não exatas (Acórdão nº 1.616/2003 – Plenário, rel. Min. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI).”

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 379.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 380.

A motivação da **decisão**, tomada pelo **administrador**, é submetida ao mero opinamento do órgão jurídico. Este, de sua parte, não pode colocar em dúvida tais valorações típicas do administrador e recebidas com presunção de legalidade, legitimidade e veracidade.

Dai porque o Egrégio STF, aplicando o que é estabelecido em lei sobre os limites da responsabilização do advogado, assim entendeu, pela pena do Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO²¹:

“Fundamento de maior relevância, entretanto, conducente à concessão writ, é este: o advogado segundo a Constituição Federal, ‘é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.’

Na linha dessa disposição constitucional dispõe o Estatuto do Advogado, Lei 8.906, art. 2º, § 3º:

‘Art. 2º. O advogado é indispensável à administração da justiça.

(...)

§3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.’

O art. 7º proclama os direitos dos advogados, inciso I a XX, prerrogativas e direitos assegurados ao advogado-empregado.

Certo é, e bem esclarece a inicial, ‘que a garantia constitucional de intangibilidade profissional do advogado não se reveste de caráter absoluto. Os advogados – como, de regra, quaisquer profissionais – serão civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, **desde que decorrentes de ato (ou omissão) praticado com dolo ou culpa**, nos termos gerais do art. 159 do Código Civil e, em especial, consoante o disposto no art. 32 da Lei 8.906/94, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. Todavia, acrescenta a inicial, com propriedade, que, “de toda forma, não é qualquer ato que enseja a responsabilização do advogado. É preciso tratar-se de erro grave, inescusável, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Divergência doutrinária ou discordância de interpretação, por evidente, não se enquadram nessa hipótese.”

Ora, o direito não é ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário determinar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave inescusável.” (g/n)

Essa linha já era, de longa data, sustentada na doutrina, como se vê nos ensinamentos de CARLOS PINTO COELHO MOTTA²², citando MARCIO CAMMAROSANO:

²¹ STF, Tribunal Pleno. Mandado de Segurança 24073-3, Ministro Relator Carlos Velloso. D.J. de 31/10/2003

²² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor*. In Fórum administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2002, v.2, nº21, p. 1427.

“E o advogado, servidor público ou não, que tenha emitido parecer sustentável em face dos elementos que devia e podia obter, atuando com prudência, também não pode ser pessoalmente responsabilizado pelo fato de sua opinião jurídica não coincidir com a do órgão, administrativo, político ou judicial.

O advogado que emite parecer exerce advocacia, é seu direito exercer com liberdade - especialmente com liberdade intelectual - sua profissão (Lei nº 8.906/94, art. 7º, I), não reduzindo essa independência a eventual relação de emprego que mantenha, seja qual for (art. 18). E no exercício de sua profissão presume-se sua boa-fé.” (g/n)

E prossegue, afirmando que ²³

“Não cabe pois ao intérprete julgar motivação do parecer - tarefa esta extremamente subjetiva -, mas apenas verificar a ocorrência de intenção deliberada da prática delituosa de prejudicar, ou a ocorrência de imprudência, imperícia, ou negligência, atos estes que são a expressão indicativa do dolo ou culpa a que se referem os dispositivos mencionados; e que devem ser apurados, certamente, mediante contraditório e ampla defesa (art.5º, LV, Constituição Federal).”

Logo, não sendo apontado erro grosseiro, má-fé ou qualquer nexo de causalidade entre o parecer e a decisão, não há qualquer fundamento que justifique a responsabilização solidária dos Procuradores e dos Advogados, pela simples emissão de um opinamento.

4 A FORMALIDADE PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA

Como dito, não é dado aos órgãos e instrumentos de controle de legalidade interferir na valoração e nos critérios de administração.

Para a segurança do contratado quanto à validade do instrumento a ser firmado, a interpretação do conceito jurídico indeterminado deve ser firmada pela **autoridade** competente, **justificada** e **motivada**, informando-se tudo no procedimento administrativo. Mesmo quando autorizada a contratação, sem a prévia licitação, não se autoriza a dispensa do formalismo necessário para garantir a sua lisura.

Indispensável que, em se optando pela contratação direta, sejam atendidos os requisitos formais, ou seja, a caracterização da situação (juízo privativo e de valoração subjetiva do administrador), a razão da escolha do contratado e a justificativa do preço. Após devidamente justificada, a dispensa deve ser ratificada pela autoridade superior e publicada, com posterior remessa do contrato ao Tribunal de Contas.

²³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor*. In Fórum administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2002, v.2, nº21, p. 1425.

Os fatores constantes da justificativa ultrapassam os limites de competência – e de formação – de uma análise jurídica, já que ali deve se demonstrar a **eficiência**, o que é meta-jurídico, isto é, vai além dos aspectos apreciáveis no controle prévio da legalidade.

É claro que nada impede o controle posterior, de **eficiência**, sobre os resultados produzidos. No entanto, além de envolver aspectos que vão além dos **jurídicos**, abrange um conjunto de elementos que o órgão jurídico não dispõe antes da celebração do contrato e sem participar das negociações que levam à sua formação.

CONCLUSÃO

Não há fundamento, na separação de funções e nos vários tipos de controle exercidos sobre os atos e contratos administrativos, que justifique a responsabilidade solidária dos profissionais de Direito pela emissão de pareceres no exercício legítimo da profissão. Salvo na hipótese de erro grosseiro ou má-fé, não se justifica a alteração da orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal para se buscar a responsabilização dos Advogados e Procuradores, criando constrangimentos que em nada auxiliarão o aprimoramento da gestão administrativa, mas, ao revés, só afastarão as pessoas de bem do exercício de tais misteres.

TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E NOVAS TECNOLOGIAS: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático

Têmis Limberger¹

Sumário: 1. Introdução – 2. A importância da informação na sociedade tecnológica – 3. O Estado no contexto atual – 4. Transformações do Estado: a denominada fuga do direito administrativo em direção ao direito privado – 5. O redimensionamento dos controles clássicos do Estado e a denominada cidadania eletrônica ou *cibercidadania* – 6. A transparência relacionada ao princípio da publicidade, ao direito à informação e ao princípio democrático – 7. Considerações finais

“Todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não é suscetível de se tornar pública são injustas” (Kant – A Paz Perpétua, Apêndice II)

1 INTRODUÇÃO

A imprensa veicula constantemente novos escândalos que relatam enormes quantias de dinheiro público que são desviados nas mais diversas Instituições. Todos os episódios têm em comum, no mínimo, dois aspectos: o fato de haver o desvio de vultosas verbas públicas que não têm o emprego adequado com a finalidade pública que lhe era imposta e, recentemente, valer-se das novas tecnologias como forma da resolução do problema, a partir da divulgação das informações por meio eletrônico. Despiciendo dizer que estas quantias apropriadas indevidamente pertencem ao contribuinte, que em última análise representa o dinheiro de todos nós cidadãos. A corrupção é um problema em todos os países, porém naqueles de modernidade tardia², agrava-se ainda mais a situação, porque ainda não se alcançou um nível adequado e homogêneo com relação a setores que são prioritários³ como a: educação, saúde, moradia e previdência. Os direitos funda-

¹ Doutora em Direito pela Universidade Pompeu Fabra em Barcelona, Mestra pela UFRGS, professora do PPG em Direito UNISINOS. Promotora de Justiça / RS.

² STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 122.

³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista do Ministério Público RS*, Porto Alegre, nº 46, p. 59, 2002. Para o autor, o elenco das prestações que compõem o mínimo existencial, comporta variação, conforme quem o elabore. É o patamar sem o qual não há dignidade da pessoa humana. Barroso, dentro da idéia minimalista, inclui os seguintes direitos: renda mínima, saúde básica, educação fundamental e o acesso à justiça (elemento instrumental).

mentais são exigência e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, no entendimento de Ingo W. Sarlet⁴. Assim, a malversação de enormes quantias monetárias, compromete o investimento na implementação dos direitos sociais, pois os serviços não são realizados ou têm um nível insatisfatório de prestação. Esses episódios repercutem socialmente e são nefastos, uma vez que sangram os cofres públicos e comprometem o investimento em demandas prioritárias, causando um descrédito nas instituições públicas. O único aspecto positivo que deve ser ressaltado é a divulgação do fato, visando a tomada de providências.

Dos recentes escândalos, percebe-se algo que é sempre apontado como fator para restabelecer a moralidade pública, a divulgação das contas pela Internet. Depois da notícia do caixa dois das campanhas políticas, agora, os candidatos são obrigados a apresentar a declaração dos valores recebidos, para que seja possível a fiscalização pelo eleitor da movimentação financeira dos candidatos, por meio do *site* do Tribunal Superior Eleitoral. Da mesma forma, após problemas de apropriações indevidas em licitações, a alternativa que se apresenta é o pregão eletrônico para que todo o cidadão possa ter acesso a essa informação. O Tribunal de Contas do Estado disponibiliza os balanços das prefeituras apresentando as contas municipais, disponíveis em meio eletrônico. A Lei de Responsabilidade Fiscal, em seus artigos 48 e 49 aponta o orçamento e a lei de diretrizes orçamentárias como sendo peças necessárias à divulgação da população. As contas deixam de ser uma caixa preta com números facilmente manipuláveis, em que se deslocam verbas de um setor para outro e são publicizadas ao cidadão para que este possa acompanhar as movimentações financeiras, uma vez que ele é o destinatário do uso dos recursos públicos. Ora, desde já se constata um elemento comum, que é a disponibilidade da informação por meio eletrônico.

Deste modo, percebe-se que a informação se torna acessível à sociedade e, portanto, mais democrática. Assim, diante da clássica pergunta da ciência política: quem controla o controlador? Pode-se responder da seguinte forma: o indivíduo por meio da divulgação eletrônica das contas públicas, encontra um novo espaço para o exercício da cidadania.

2 A IMPORTÂNCIA DA INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA

A história da humanidade experimentou importantes mudanças devido a algumas descobertas que permitiram o desenvolvimento da civilização. Uma das primeiras a ser considerada é a escrita, que propiciou às pessoas evoluir de uma comunicação oral a uma comunicação gráfica. Com o advento da escrita, a infor-

⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 84.

A respeito dos direitos fundamentais e proibição de retrocesso, *vide* SARLET. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.85-129.

mação pôde ser guardada e levada a outros lugares, bem como ser armazenada para outras gerações.

Outra conquista significativa na matéria de possibilidades de interação foi a descoberta da máquina a vapor, que significou o nascimento da indústria, do trem e da eletricidade. Uma das conseqüências que daí advêm para o século XX foi a popularização dos livros, devido à diminuição dos custos, e da imprensa.

Atualmente, o acesso de um maior número de pessoas à informática representa um avanço para a comunicação, uma vez que o computador não é somente uma máquina, com seu aspecto tecnológico de última geração, mas também leva consigo a possibilidade de transmitir a informação de uma forma muito veloz. Hoje em dia os computadores não estão mais isolados, mas sim interligados em redes, em conexão com outros computadores. Isso faz com que seus efeitos saiam de um âmbito restrito e sejam transmitidos globalmente e com uma velocidade ímpar, combinando os fatores de tempo e espaço.

A telemática, diferentemente da eletricidade, não transmite uma corrente inerte, mas veicula informação, e, quando corretamente utilizada, significa poder⁵. Pode-se dizer que isso apresenta dois lados: primeiramente, uma vantagem propiciada pela informática, no sentido de armazenar o conhecimento e transmiti-lo de uma maneira veloz. Por outro lado, há o risco de que as liberdades sejam violadas, e tal possibilidade exige a intervenção do poder público, como forma de proteção dos indivíduos.

Uma das características do mundo contemporâneo, destaca Frosini⁶, é a produção, a circulação e o consumo de informação, que, por suas dimensões, não encontra precedentes em outras épocas. Esse autor assevera que a história da informação humana passa por quatro fases⁷. A primeira é caracterizada pela comunicação oral dos povos primitivos. A segunda surge com o alfabeto, que permite a transmissão do conhecimento para outras gerações. A terceira é marcada pela imprensa, que possibilita que a informação seja difundida mais rapidamente a um grande número de pessoas. Já a quarta ocorre com os meios de comunicação de massa, como o rádio, o cinema, a televisão e os computadores.

Todos esses aparelhos modernos hoje integram a nossa vida cotidiana e caracterizam a denominada sociedade de massa, de onde surge o direito à informação, que apresenta um duplo aspecto: informar e ser informado.

⁵ Conforme NORA, Simon; MINC, Alain. *Informe Nora-Minc - La informatización de la sociedad*. Madrid: [S.n.], 1982, p. 18. (Colección Popular).

⁶ FROSINI, Vittorio. Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Banche dati telematica e diritti della persona*, QDC, Padova: Cedam, 1984, p. 30.

⁷ FROSINI, Vittorio. *Cibernética, Derecho y Sociedad*, Madrid: Tecnos, 1982, p. 173 *et seq.* Neste livro, ao tratar dos problemas jurídicos do desenvolvimento da informática e da informação, o autor aponta fases na história da comunicação. Uma primeira seria a palavra oral, a linguagem fonética, em caráter complementar aos gestos. Uma segunda surge com a palavra escrita. Em terceiro lugar, a linguagem matemática, que se complementa com a eletrônica, como um conjunto de sinais simbólicos de palavras e símbolos, por meio das máquinas, configurando-se uma linguagem artificial. A informática representa uma conquista que permite a multiplicação de conhecimento por meio do desenvolvimento científico e social. Tal conhecimento conduz a uma nova forma de poder. O fenômeno do desenvolvimento da informática é comparável com a civilização antes e depois da escrita.

O progresso tecnológico e o direito à informação vão trazer implicações no mundo jurídico em muitos aspectos, *in casu*, o uso das novas tecnologias vai propiciar uma maneira diferente de publicizar os atos da administração, tornando-os mais acessíveis à população.

3 O ESTADO NO CONTEXTO ATUAL

Atualmente, o Estado se encontra em crise, pois foi incapaz de funcionar a partir do esquema liberal clássico em que foi concebido, sem que conseguisse desenvolver um projeto constitucional e político capaz de enfrentar as demandas atuais. Fracassou, portanto, ao não conseguir atender o seu projeto original, por meio de Constituições que limitavam os poderes do Estado e garantiam direitos fundamentais. Deste modo, A administração no Brasil não conseguiu vencer os desafios propostos pelo modelo liberal, e tampouco foi capaz de realizar o Estado Social, de maneira a implementar os direitos sociais; e, atualmente, encontra-se completamente descaracterizado do ponto de vista de um projeto político claro. Como consequência, os serviços públicos não são prestados ou o são de uma forma deficiente e diante da ineficácia dos controles e da fuga do Estado do direito administrativo, que se desenvolveu durante o século XIX e em mais da metade do XX, a corrupção no país cresce de maneira avassaladora e assustadora. No dizer de Lênio Streck⁸ “o que houve (há) é um simulacro de modernidade. (...) Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista com a visão neoliberal. Só que existe um imenso *deficit* social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno⁹.” Visando traduzir as deficiências do projeto político neoliberal, na ausência de realização das etapas anteriores, em especial das tarefas a que se incumbia o Estado Social, José Eduardo Faria¹⁰ denomina o fenômeno de “neofeudalismo”.

Para melhor compreensão deste momento de crise, fazem-se necessárias algumas considerações, a fim de situar a crise do Estado em uma perspectiva histórica.

O Estado Constitucional surge no final do século XVIII e se inter-relaciona com o Estado de direito (com seus mecanismos de controle clássicos) e os direitos

⁸ STRECK, *op. cit.* p. 63.

⁹ O neoliberalismo na América Latina. Carta dos Superiores Provinciais da Companhia de Jesus da América Latina - documento de trabalho, 1996, p. 13, 18 e 19, *apud*, STRECK, *op. cit.*, p. 63.

¹⁰ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 322.

fundamentais. É a função limitadora¹¹ da Constituição, que coincide com a idéia de Constituição escrita¹² e encontra seus expoentes máximos na Constituição dos Estados Unidos (1787) e na Constituição Francesa (1791), que têm duas funções básicas: limitar o poder do Estado e garantir os direitos fundamentais. São Constituições com as características do Estado Liberal, sendo o individualismo sua marca. A Constituição consagra direitos públicos subjetivos¹³. As liberdades são negativas¹⁴, e o cidadão se contenta com que o Estado não interfira na sua liberdade.

A função diretiva surge com o advento do Estado Social a partir da segunda metade do século XIX. Os direitos com cunho individual já não são suficientes, e tem início a questão social. Com o desenvolvimento da indústria, a população, que até então era na sua grande parte camponesa, vem para as cidades, e passa a ser necessário contestar as reclamações de trabalho e da seguridade social. Nessa fase há dois períodos: o anterior e o posterior à Segunda Guerra Mundial.

¹¹ As funções do Estado com relação ao constitucionalismo podem ser divididas no mínimo em três, segundo o Professor Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, p. 179. t. 2). Por primeiro, a função político-institucionalizadora: esse é um período pré-constitucional, no qual não há Constituição tal como se conhece hoje. Começa na Antiguidade, passa pelo absolutismo e se fortalece com o renascimento. A necessidade em toda a sociedade humana de um mínimo de organização política conduz ao aparecimento histórico do Estado. O sentido moderno a que se denomina Estado é uma contribuição de Maquiavel (MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990). Maquiavel é o fundador do realismo político. Estabeleceu a diferença entre política, ética e religião. Separou o político da política. Os gregos já tinham uma concepção de Estado, evidente no pensamento de Platão e de Aristóteles, embora tenham contraponto de idéias. O caráter abstrato de Platão em "A República" (PLATÃO. *A República*. 8. ed. São Paulo: Atena, 1962. Biblioteca Clássica) e caráter do concreto de Aristóteles (ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2002), que, para escrever "A Política", pesquisou instituições de mais de cento e cinquenta Estados - Repúblicas e Monarquias. Suas conclusões não eram oriundas do seu imaginário, mas assim tiradas a partir de soluções concretas das sociedades. Os romanos não teorizaram o Estado, mas desenvolveram uma estrutura de poder: as instituições (a magistratura, o senado, os comícios, com suas formas de poder: Realeza, República e Império). Os romanos não conheciam a noção de direito público subjetivo, o direito romano se funda na *actio*. A palavra latina *ius*, que por vezes é traduzida como "direito", na realidade significava uma "justa relação entre as coisas", VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1957, citado por ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre a Modernidade e a Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 44. Com o absolutismo, o poder público passa por uma fragmentação nas mãos dos senhores feudais. Na Inglaterra (MIRANDA, *op. cit.*, p. 119-120), o absolutismo não é tão forte como em outros países (Espanha, França, etc).

¹² São documentos que antecederam e influenciaram as constituições escritas: a Magna Carta, em 1215, e dois documentos fundamentais: *Petition of Rights*, em 1628, e *Bill of Rights*, em 1689, que começam a desenvolver direitos com relação aos indivíduos. Durante o Renascimento, o homem passa a ser o centro do universo, e os pensadores com essas características desenvolvem suas obras. Nesse contexto, o cidadão reivindica ser titular de direitos, culminando na Revolução Francesa, que, além de um movimento da França, teve o cunho da pretensa universalidade, pelo menos no mundo ocidental.

¹³ A expressão direito público subjetivo, deve-se a Georg Jellinek, (JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven öffentlichen recht, zweite, durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905*. Tübingen: [s.n.], 1919, p. 86 *et seq.*). A classificação dos direitos públicos subjetivos proposta por Jellinek é tripartite. Desta forma, os diferentes estágios da posição do indivíduo frente ao Estado, como forma de limitar o *status* passivo, *status subjectiois*, que consiste na ausência de autodeterminação individual, e portanto, de personalidade, onde há a completa submissão do cidadão com relação ao ente público, são três. A denominação é a seguinte: a) *status* negativo, *status libertatis*, em que o indivíduo é titular de uma esfera de liberdade individual, à margem de intervenção do Estado; b) *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem direito a exigir prestações concretas do Estado; c) *status* ativo, *status activae civitatis*, onde o indivíduo é detentor do poder político e, como tal, tem direito a participar no exercício de poder.

¹⁴ BERLÍN, Isaiah. *Dos conceitos de libertad: Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1988, p. 187-243.

A preocupação social nos textos constitucionais esteve presente pela primeira vez na Constituição do México, em 1917¹⁵. A Constituição de Weimar¹⁶, em 1919, se compromete sobretudo com o ensino público¹⁷, além de prever o direito ao trabalho e à seguridade na vida econômica da Constituição¹⁸. A partir de então, começam as demandas por prestações concretas do cidadão com relação ao Estado.

Depois da aniquilação dos Estados com a Segunda Guerra, foi necessária uma nova organização nas Constituições, que partiu de três textos básicos: a lei Fundamental de Bonn (1949), a Constituição Italiana (1947) e a Constituição Francesa (da V República, do general de Gaulle, de 1958, com a emenda de 1962).

Posteriormente, há o denominado constitucionalismo jovem europeu, inspirado nos três grandes modelos citados anteriormente, que ocorre em Portugal depois da ditadura de Salazar, em 1976, e a Constituição Espanhola de 1978, depois de Franco. Essas são as primeiras cartas que prevêem a utilização da informática e o resguardo dos direitos fundamentais. Nesse contexto, a Constituição do Brasil de 1988 surge depois da ditadura militar e se inspira no constitucionalismo jovem europeu.

O direito público moderno se reaproxima dos valores, em especial da ética no direito¹⁹. De longo tempo os princípios estão no direito, a novidade é sua normatividade. Os princípios constitucionais²⁰ fazem uma síntese de valores no ordenamento jurídico e têm como funções principais, conferir unidade²¹ ao sistema e auxiliar a atividade de interpretação, daí a importância da hermenêutica jurídica. A Constituição passa a ser um sistema aberto de princípios e regras, nos quais os princípios de igualdade, dignidade da pessoa humana, pluralismo político²² e probidade administrativa²³ desempenham um papel central.

¹⁵ A Constituição do México, que ocorreu depois da Revolução de 1910, contempla o direito ao trabalho e a responsabilidade do Estado para garantir uma vida digna a cada um dos cidadãos, com programa social do Estado. Merece referência, também, a Constituição Russa de 1918, depois da Revolução Soviética de 1917, porque em muitos aspectos representou, para o século XX, o mesmo que a francesa significou para o XIX. A Carta incorporou a declaração de direitos do povo operário e explorado, a transformação da ordem social e a ditadura do proletariado. A propósito, vide SANCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Direito Constitucional Comparado*. 7. ed. Madrid: Facultad de Madrid, 1998, p. 370-371.

¹⁶ A Constituição recebe esse nome porque o movimento de idéias socialistas começa na região de Weimar, no Porto de Kiel, em 3 de novembro de 1918, e depois se desloca para as cidades de Stuttgart e Hamburgo, sendo chamada de "coalizão de Weimar", com três objetivos principais: a) forma republicana do Estado, b) tributos com objetivo de alcançar as grandes fortunas e c) socialização das empresas. Esse texto político alemão assim foi conhecido porque a reunião da Assembléia Constituinte ocorreu na cidade de Weimar, conforme SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso Básico de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 79-81, t. 1.

¹⁷ A Constituição de Weimar se preocupa com o ensino obrigatório para todos, até o cumprimento dos 18 anos. Constituição de Weimar, cap. IV, educação e escola, principalmente os arts. 143, 145 e 146 *apud* *Textos Constitucionales*. Barcelona: EUB, 1995, p. 55.

¹⁸ Constituição de Weimar, arts. 157, 158 e 161, p. 59.

¹⁹ É o que os alemães denominam de "retorno Kantiano", HÖFFE, Otfried. *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Modern*, citado por TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 90.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 103. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 2. reimpr. Barcelona: Ariel, 1995, p. 134.

²¹ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 106-118.

²² HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2002.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA. *Democracia, jueces y control de la administración*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 112. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. 4. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 113, v. 1.

A interpretação constitucional possui uma importância fundamental em qualquer Estado Democrático, principalmente com relação aos Estados Democráticos que contam com uma jurisdição constitucional. A Constituição é uma norma qualitativa distinta das demais. Nesse contexto, a obra de Garcia de Enterría²⁴ – A Constituição como norma –, aponta como função da Constituição informar todo o ordenamento jurídico. A Constituição é, assim, a norma fundamental que rege toda a ordem jurídica.

Modernamente, com a prestação de muitos serviços que tradicionalmente eram prestados pelo poder público e passaram à iniciativa privada, os conflitos não mais se situam na polaridade Estado x cidadão, mas nas relações grupo x indivíduo. Isso ocorre porque alguns grupos econômicos possuem poder paralelo ao Estado, decorrente das privatizações, em que muitos serviços públicos são prestados por empresas privadas. O desenvolvimento da *drittwirkung*²⁵, também conhecida por eficácia diante de terceiros ou eficácia horizontal²⁶, é hoje questão principal. Os litígios foram progressivamente se deslocando do plano das relações públicas para o das privadas. O desenvolvimento da eficácia horizontal se constitui na normatização jurídica que tenta compensar as desigualdades. Nessa conjuntura, um novo desafio está proposto ao jurista, uma vez que as relações se tornaram mais complexas e dissimuladas e o poder tende a assumir muitas faces.

García-Pelayo²⁷ utiliza o termo “complexo público-privado”, no sentido de que muitas das funções do Estado são levadas a efeito por entidades privadas ao mesmo tempo que estas não podem cumprir seus fins privados sem participar das decisões estatais. A antiga distinção público e privado cede diante da tendência atual de privatização. Como conseqüência, cada vez mais serviços que eram prestados pelo Estado (saúde, previdência, educação, telefonia, segurança, etc) deixam de ser públicos. Esse fenômeno demanda repensar os temas de direito público. A célebre dicotomia público-privado, que ocorreu no período do Estado Liberal²⁸, deve ser redimensionada nos dias atuais. É a denominada fuga do direito administrativo em direção ao direito privado²⁹. Depois da criação do Estado constitucional, todo o século XIX foi uma construção jurídica no sentido de normatizar os poderes do Estado, o que se percebe ao final do século XX foi justamente o

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.

²⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

²⁶ É necessário fazer uma crítica à expressão eficácia horizontal, pois apesar de as relações situarem-se na esfera privada, não estão necessariamente na mesma categoria, ou seja, não há igualdade na relação. Pode-se citar exemplificativamente a situação de uma grande companhia de telefonia e no outro pólo da relação jurídica, o cidadão que recebe prestação do serviço.

²⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3. ed. Madrid: Alianza, 1982, p. 25.

²⁸ A forma liberal de tratar as relações sociais no período liberal são as distinções entre Estado x sociedade, público x privado, indivíduo x grupo, direito x político, objetivo x subjetivo, etc, que para o debate atual, tem de ser repensadas para uma interpretação não mais contraposta, mas integrada nos conceitos.

²⁹ MIR PUIGPELAT. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2004, p. 158. O autor adota a expressão “huida hacia el derecho privado”, de FLEINER, Fritz. *Institutionen des Verwaltungsrechts*. 8. ed., 1928, p. 326.

desmantelamento destes controles e a ausência de construção de mecanismos eficientes, que de uma condição sólida passaram a líquida, parafraseando Zygmunt Bauman³⁰. Os mecanismos de controle que foram implementados ao longo de séculos são agora destruídos e nenhuma alternativa eficaz é apresentada.

4 TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO: A DENOMINADA FUGA DO DIREITO ADMINISTRATIVO EM DIREÇÃO AO DIREITO PRIVADO

Após a 2ª Guerra Mundial, os Estados começaram a promover um ajuste fiscal por meio do corte de serviços públicos até então prestados. Conseqüentemente, muitas tarefas que eram realizadas pelo setor público passaram a ser desempenhadas pelo setor privado. Deste modo, todo o direito administrativo que tinha se desenvolvido a partir da noção de serviço público, no século XIX, apresenta uma mudança súbita de perfil, sem que novos mecanismos eficientes de fiscalização tenham sido criados. É o que Fritz Fleiner³¹ denominou uma fuga do direito administrativo em direção ao direito privado.

Deste modo, saúde, educação, segurança e previdência, somente para citar algumas áreas prioritárias em termos de prestação social são desempenhadas pela iniciativa privada. Ressalte-se, porém que o setor que é passado à iniciativa privada é o que apresenta a possibilidade de lucro, enquanto os setores deficitários são desempenhados pelo setor público. Somente para exemplificar: no setor da saúde no Brasil, 74,2% dos brasileiros são usuários do SUS³². Deste modo, as pessoas mais necessitadas têm de fazer uso do sistema de saúde pública, enquanto a fatia de 25,8% que tem condições de pagar recorre a um plano de saúde particular. Assim, é falacioso o argumento de que a iniciativa privada se interessa pela prestação do serviço, o que deseja, em realidade, é o serviço com o qual pode auferir lucro, não se interessando com os demais setores que mais necessitam da prestação, mas que não tem condições de pagá-lo. Tal fenômeno repete-se com relação às demais áreas, veja-se a segurança, enquanto o Estado fica com a tarefa árdua da segurança pública em geral, muitas empresas hoje lucram com a vigilância privada, venda de equipamentos de segurança, tais como cerca elétrica, alarmes, etc. Isso faz com que o cidadão gaste enormes quantias com estes utensílios para adquirir uma sensação de segurança e na

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. O autor trabalha com a idéia de que as relações e os produtos de sólidos passaram a líquidos, nesta época. Deste modo, desde as relações afetivas que eram mais duradouras, até as relações de trabalho, que se tornam a cada dia mais precárias e informais e os objetos de consumo, exemplificativamente um copo de vidro e um copo de plástico, tudo isto atesta como as relações e os produtos são mais frágeis. Daí que denomina, utilizando-se da noção de física a passagem do estado sólido para o líquido.

³¹ FLEINER, Fritz. *Institutionem des Verwaltungsrechts*, 8ª ed., 1928, p. 326, *apud* PUIGELAT, *op. cit.*, p. 158.

³² De acordo com a pesquisa mundial sobre saúde, desenvolvida pela OMS e coordenada no país pelo Centro de Informação Científica Tecnológica (CICT) da Fiocruz, em estudo que avalia os sistemas de saúde de 71 nações, consigna que os brasileiros dispensam em média 19% da renda domiciliar mensal com saúde, da parcela da população de 25,8% que têm acesso aos planos de saúde privados, enquanto a maioria 74,2% conta com os serviços do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: <http://www.ministeriodasaude.gov.br> Acesso em: 25nov.2004.

maioria das vezes, a criminalidade se sofisticada, pois ao invés de voltar a violência contra o patrimônio, direciona-se contra a pessoa.

A submissão parcial ao direito privado de administrações encarregadas de funções tipicamente administrativas tem por finalidade liberá-la de rígidos procedimentos administrativos de contratação, de gestão patrimonial, de controle dos gastos e seleção de pessoal, propiciando assim, uma atuação supostamente mais eficiente. Tal argumento também é falacioso, pois quando se conhece o regime dos funcionários públicos, sabe-se que aí não estão os super-salários, mas quando eles decorrem de servidores fora do quadro que acumulam inúmeras vantagens e benefícios.

5 O REDIMENSIONAMENTO DOS CONTROLES CLÁSSICOS DO ESTADO E A DENOMINADA CIDADANIA ELETRÔNICA OU *CIBERCIDADANIA*:

Neste contexto, os típicos elementos do Estado³³: povo, território e poder (soberano), não subsistem. A Internet muda o clássico conceito de território, permitindo que as limitações geográficas sejam superadas no *ciber* espaço. A noção de soberania também perde sua importância, diante da economia globalizada e dos tratados internacionais.

Considerando que os componentes do Estado tidos como essenciais no início do século XX, alteraram-se, impõe-se a reinterpretação, também, da doutrina da Separação dos Poderes. Esta é originária a partir da teoria proposta por Montesquieu³⁴, e permanece até hoje aceita pelos países em que vigora o Estado Democrático de Direito. O autor não utiliza a expressão Separação dos Poderes, porém transmite a idéia de controle recíproco entre os poderes e a idéia da divisão das funções do Estado. Essa idéia de Separação dos Poderes foi incorporada pela Constituição norte-americana e foi expressa no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, influenciando até hoje, os Estados Contemporâneos³⁵.

Esses mecanismos de fiscalização recíproca entre os poderes podem ser denominados controles horizontais de poder, pois se situam no mesmo patamar. Como exemplos de horizontalidade conhecidos em nossa Constituição, pode-se citar: a) o controle do Judiciário sobre os atos oriundos do Poder Legislativo, o controle da constitucionalidade das leis (que não foi abordado por Montesquieu,

³³ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. 2. ed. [reimpr. de la segunda edición alemana (1905) editada por el Editorial Albatros en el año 1954]. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2005, p. 495-625.

³⁴ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 25. (Coleção os Pensadores). Na obra de Montesquieu, encontra-se uma verdadeira revolução metodológica no plano filosófico. Montesquieu é tido como o primeiro sociólogo, uma vez que destituiu da lei a origem divina e colocou-a como, obra da razão humana, da realidade social. Paradoxalmente, não obstante as rivalidades históricas que existiam entre ingleses e franceses, este cidadão francês descreveu o Parlamento Inglês quando viajou para a Inglaterra em 1729. A teoria conhecida como separação dos poderes encontra-se enunciada no Livro XI, denominado da Constituição da Inglaterra.

³⁵ AGESTA, Luis Sanchez. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 7. ed. Madrid: Universidad de Madrid, 1988.

em sua obra, mas que foi desenvolvido a partir do modelo norte-americano e austríaco) art. 102, I, “a”; b) o exercido pelo Poder Legislativo sobre os atos do Poder Executivo, quando proclama os princípios que regem a administração pública, previstos no art. 37, “caput”, da CF e, também, quando julga os crimes de responsabilidade do Presidente da República, art. 86, da CF; c) o Poder Executivo tem o poder sobre os atos de produção legislativa, quando se permite ao Presidente da República que veto os projetos de lei, art. 66, § 1º, da CF; d) o Poder Judiciário pode controlar atos emanados das autoridades públicas, por meio das ações constitucionais : mandado de segurança individual, art. 5º, LIX, e coletivo, art. 5º LXX, *habeas corpus*, art. 5º LXVIII, *habeas data*, art. 5º, LXXII, da CF etc.

Desta forma, é possível propugnar um controle dito vertical, uma vez que se tem buscado a cada dia a democratização do poder. Nesta visualização de controles, seria possível a sociedade fiscalizar os atos praticados pelo Estado nas suas mais diferentes funções. Esta proposição de controles horizontais e verticais foi desenvolvida por Karl Loewenstein³⁶. Para o citado autor os controles horizontais são aqueles que se operam dentro de um determinado poder (intra-orgânico) ou entre diversos detentores de poder (interorgânicos). Os controles horizontais se movem lateralmente, no mesmo aparato de domínio, sendo que os controles verticais³⁷ funcionam em uma linha ascendente e descendente entre a totalidade dos poderes instituídos e a comunidade, por meio de seus componentes.

Nesta linha, merecem ser apontados novos mecanismos de controle. A democracia participativa decorre do Estado Democrático de Direito, que a partir do art. 1º da CF permite uma participação mais direta dos cidadãos nas estruturas de poder³⁸. Como consequência, alguns mecanismos são, desde logo, instituídos: os mecanismos do art. 14 da CF (plebiscito, referendo e iniciativa popular), caráter democrático da gestão da seguridade social, art. 194, VII, da CF, participação da comunidade nas diretrizes do sistema único de saúde, art. 198, III, da CF, participação da população no controle das ações de assistência social e gestão democrática do ensino público, art. 206, VI, da CF.

Visando estabelecer o equilíbrio das contas públicas brasileiras, a Lei de Responsabilidade Fiscal, veio a disciplinar os gastos do administrador público e, ainda, a divulgar a idéia de transparência na gestão fiscal, como forma de conferir efetividade ao princípio da publicidade, norteador da administração pública. Há a conjugação dos princípios da participação popular e publicidade, podendo ser denominado de controle social³⁹.

³⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 33.

³⁷ No entender do autor LOEWENSTEIN, *op. cit.*, sob a denominação de controles verticais, agrupam-se três formas: a) o Federalismo; b) os direitos e garantias individuais e c) pluralismo, onde há: c. 1) grupos institucionalizados (ex: Igreja, partidos políticos, sindicatos e associações, etc), c. 2) manifestações sociológicas-metajurídicas, tais como *lobbies*.

³⁸ Sobre o tema da participação política *vide* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política legislativa, administrativa, judicial* (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

³⁹ FREITAS, Juarez. O princípio da democracia e o controle do orçamento público brasileiro. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 4, N. Esp., p. 11-23, 2002.

Contextualizando a problemática, uma das características da sociedade da informação é a tecnologia, que propicia a transmissão do conhecimento para muitos lugares e de uma maneira muito célere. As administrações públicas são detentoras de um grande número de dados⁴⁰, necessário, portanto, que dentro de critérios legais, esta informação seja acessível à população. Por isso, com muita propriedade Pérez Luño⁴¹ afirma que as relações de cidadania e dos entes públicos sofreram uma profunda transformação devido às novas tecnologias da informação e comunicação, por isso o conceito de cidadania reclama uma redefinição.

A Lei de Responsabilidade Fiscal se pauta pela transparência como norteadora do direito financeiro. Os artigos 48⁴² e 49 compõe o capítulo da transparência, controle e fiscalização da gestão fiscal. A inspiração do texto legal foi concebida a partir da noção de *accountability*⁴³, do direito anglo-saxão. A experiência de direito comparado⁴⁴ aponta no sentido de que os países com informação mais transparente são os que apresentam menores índices de corrupção. Deste modo, valendo-se dos mecanismos de divulgação eletrônica, os dados estarão disponíveis à população. Por isso, na lição de Gilmar Ferreira Mendes⁴⁵, “a idéia de transparência possui a importante função de fornecer subsídios para o debate acerca das finanças públicas, o que permite uma maior fiscalização das contas públicas por parte da sociedade. A busca pela transparência é a busca pela legitimidade.” Assim, o reforço na legitimação democrática da administração veio, principalmente, da crescente descentralização político-administrativa, e da importância que nos últimos anos adquiriu a publicidade dos atos administrativos e a participação dos cidadãos na atuação da administração. Os objetivos perseguidos pela lei de responsabilidade fiscal são: reduzir a dívida pública, adotar uma política tributária nacional, preservar o patrimônio público e promover a transparência da gestão fiscal.

Um dos grandes objetivos das democracias da atualidade é possibilitar uma rede de comunicação direta entre a administração e os administrados que resulte

⁴⁰ GUICHOT, Emilio. *Datos personales y Administración Pública*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

⁴¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciber ciudadanía@ o Ciudadanía@.com?* Barcelona: Editorial Gedisa, 2004, p. 11.

⁴² “Art. 48- São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso ao público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. Parágrafo único: A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão de planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.”

⁴³ PEDERIVA, João Henrique. *Accountability, Constituição e contabilidade*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 140, p. 18, 1998.

⁴⁴ A Finlândia é um dos países com menor índice de corrupção do mundo. Em um estudo realizado pela organização não governamental Transparency International, foram analisados 159 países em 2005. Os países são classificados numa escala de zero a dez. Quanto menor a nota recebida, maior é o índice de corrupção. Desta forma, a Finlândia ficou em 2º lugar (9.6) e o Brasil em 63º (3.7). Disponível em: < >. Acesso em: 24 abr. 2006. Neste país muita informação está disponível na Internet. Até mesmo os dados fiscais não são considerados privados, mas de interesse público, assim é possível a consulta por todos os cidadãos, segundo conferência proferida por Ahti Saarenpä no dia 7 set. 2004, das 11h35min. às 12h05min. (SAARENPA, Ahti. From the Information Society to the legal Network Society, ID-card and electronic services. In: *X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, Santiago do Chile, 6 a 9 de set. 2004).

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Da transparência, controle e fiscalização. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento (Org.). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 335.

em um aprofundamento democrático e em uma maior transparência e eficiência da atividade administrativa.

Constitui-se em um desafio, porque muitos dos cidadãos não têm acesso à internet⁴⁶ ou os que têm, não se interessam em buscar a informação disponível. Por isso Pérez Luño⁴⁷, assinala a importância do exercício de uma cidadania eletrônica ou cibercidadania, responsável e eticamente comprometida com a utilização das novas tecnologias que trabalhe para a construção de uma sociedade mais solidária, justa e democrática. Neste contexto, as novas tecnologias podem exercer um papel fundamental na democratização da informação.

6. A transparência relacionada ao princípio da publicidade, ao direito à informação e ao princípio democrático

A discussão de esfera pública e privada é algo que remonta à Antiguidade, com as especificidades próprias⁴⁸. O Digesto⁴⁹ inicia explicando que existem duas posições no estudo da justiça e do direito: a do público e do privado, afirmando que direito público é o que diz respeito ao estado da república, e o direito privado o que diz respeito aos particulares e estatui a respeito das coisas com utilidades pública e/ou particular (Digesto, 1, 1, 1). Nesta perspectiva, esta diferenciação tem como objetivo estatuir a supremacia do público com relação ao privado (Digesto, 2, 14, 32).

Para os gregos o vocábulo utilizado é *idion*⁵⁰ para expressar o privado, em contraste com *koinón*, que designava o elemento comum. O primeiro vocábulo designa uma existência incompleta e imperfeita com relação à comunidade. Daí deriva o vocábulo *idiótes*⁵¹ que era um homem vulgar, ignorante e sem valor, que somente se interessava por si mesmo. Neste sentido pejorativo, a palavra idiota⁵² permaneceu entre nós para expressar uma pessoa pouco inteligente, ignorante, estúpida, sendo que a associação com a preocupação individual desapareceu.

Da lição dos povos antigos, pode-se extrair que a *res publica*, de longa data, traz em si a noção de que a esfera pública deve publicizar os seus atos. Desta idéia conclui-se a importância do cidadão informar-se. Como decorrência, tem-se a informação como elemento formador da opinião pública. Quando esta não ocorre, há a des-informação e o não cumprimento do princípio democrático.

Hannah Arendt⁵³ ao discutir a esfera do público, inicia reconhecendo que o termo público designa dois fenômenos relacionados: a) o de tudo aquilo que vem

⁴⁶ Exemplificativamente, há mais linhas telefônicas na ilha de Manhattan (Nova Iorque) que em todo o continente africano. Na época, sem a linha telefônica não era possível acessar à Internet. LUÑO, Pérez, p. 91, apud Ramonet I. Nos han roubado una esperanza! En : Internet, un bien o una maldición? El País Digital - Debates, 25/2/1997.

⁴⁷ LUÑO, Pérez. Cibercudani@ ou ciudadani@.com? Barcelona: Gedisa Ed., 2003, p. 101.

⁴⁸ SARTORI, Giovanni. *Teoría democracia*, vol. 2, 1ª reimp. da 1ª ed., Madrid: Alianza Ed, 1997, p. 363. No sentido que a liberdade dos antigos é diferente da liberdade dos modernos.

⁴⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 243.

⁵⁰ SARTORI, Giovanni, *op. cit.*, p. 353.

⁵¹ MACHADO, José Pedro. *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, vol. III, 8ª ed., Lisboa: Livros Horizonte LTDA, 2003, p. 258. A etimologia de Idiota, do grego "idiótes, particular, em oposição a rei, homem público, homem de estado. (...)".

⁵² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 21ª reimp. da 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986, p. 914.

⁵³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 59.

a público e pode ser visto e ouvido por todos; e b) o mundo comum a todos, que para ela não se reduz à natureza, mas ressalta o artefato humano, constituído por coisas criadas que se inserem entre a natureza dos homens, unindo-os e separando-os num *habitat* humano. O primeiro significado é o que compõe a transparência, extrai-se, então, a consequência de que a esfera pública, comum a todos deve vir a público, isto é, ao conhecimento de todos.

Norberto Bobbio⁵⁴, ao tratar das relações da democracia com o poder invisível, estatui que a publicidade é entendida como uma categoria tipicamente iluminista na medida em que representa um dos aspectos da batalha de quem se considera chamado a derrotar o reino das trevas. Utiliza-se, por isso, a metáfora da luz, do clareamento para contrastar o poder visível do invisível. A visibilidade vai fornecer a acessibilidade e a possibilidade de controle dos atos públicos. Daí se origina a polémica do iluminismo contra o Estado absoluto, a exigência da publicidade com relação aos atos do monarca fundados no poder divino. O triunfo dos iluministas tem como resultado o art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁵⁵, que prevê o direito da sociedade de pedir contas a todo o agente público incumbido da administração. Este direito evolui e vem consolidado na Carta dos direitos fundamentais da União Européia⁵⁶, que no art. 41, prevê o direito a uma boa administração.

Quem contribuiu para esclarecer o nexó entre opinião pública e publicidade do poder foi Kant⁵⁷, que pode ser considerado o ponto de partida de todo o discurso sobre a necessidade da visibilidade do poder. No segundo Apêndice à Paz Perpétua intitulado “Do acordo entre a política e a moral segundo o conceito transcendental de direito público”, Kant estatui o seguinte princípio: “Todas as ações relativas ao direito de outros homens, cuja máxima não é suscetível de se tornar pública, são injustas”. Kant⁵⁸ pretende a partir deste enunciado garantir a uniformidade da política e da moral mediante a publicidade.

Bobbio⁵⁹ pergunta: o que se constitui em um escândalo, quando este nasce? Para responder que o momento em que nasce o escândalo é o momento em que se torna público um ato ou uma série de atos mantidos em segredo ou ocultos, na medida em que poderiam ser tornados públicos pois, caso o fossem, não poderiam ser concretizados. Nenhuma administração confiaria um cargo a um servidor que fosse praticar o crime de peculato, concussão, etc.

Assim, o que distingue o poder democrático do poder autocrático é que apenas o primeiro, por meio da livre crítica, pode desenvolver em si mesmo os

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 103.

⁵⁵ RIALS, Stéphane. *Que sais-je? Textes constitutionnels français*. 11e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 5.

⁵⁶ Disponível em <http://www.europa-convention.eu.int/>. Acesso em 31/8/2006.

⁵⁷ Kant *apud* BOBBIO, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁸ Kant *apud* SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 277. No capítulo V, Smend discorre “sobre el problema de lo publico y la cosa publica”.

⁵⁹ BOBBIO, *op. cit.*, p. 105.

anticorpos e permitir formas de desocultamento. A democracia como poder visível, que permite ao cidadão o controle por parte de quem detém o poder.

A informação possui uma nota distinta no Estado Democrático de Direito se comparado ao modelo liberal. Para este último é uma consequência política do exercício de certas liberdades individuais. Nos Estados democráticos, a livre discussão é um componente jurídico prévio à tomada de decisão que afeta à coletividade e é imprescindível para sua legitimação. Por isso, para Ignácio Villaverde Menéndez⁶⁰ no Estado democrático a informação é credora de uma atenção particular por sua importância na participação do cidadão no controle e na crítica dos assuntos públicos. Não se protege somente a difusão, como sucedia no Estado liberal, mas se assegura a própria informação, porque o processo de comunicação é essencial à democracia. O ordenamento jurídico no Estado democrático se assenta no princípio geral da publicidade, devendo o sigilo ser excepcional e justificado. Esse preceito é extraído com base no princípio da publicidade e do direito a ser informado do cidadão.

O enunciado proferido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, não é de publicidade, mas sim de transparência. A partir daí, pode-se perguntar o fundamento da transparência. A primeira indagação a que se submete o jurista, é a tomada de posição, no sentido de tratar-se ou não de um novo princípio⁶¹. A Constituição, em seu art. 37, “caput”, não foi econômica ao enunciar os princípios que regem a administração pública. Ao contrário, poder-se-ia dizer que foi minudente. Embora a transparência não seja expressa dentre os princípios que regem a administração pública, a partir dos já enunciados, deles pode-se extrair. Desta forma, a transparência demonstra ser uma integração do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXIII) e o princípio democrático. A publicidade visa por meio da divulgação do fato, assegurar que o ato foi praticado de acordo com a legalidade, moralidade e os demais preceitos que regem a administração. A publicidade dos atos emanados do Estado, faz-se, ainda, tradicionalmente nos diários oficiais do Estado, com destinatários muito específicos e à grande maioria de pessoas é algo estranho e pouco atrativo. Deste modo, os dados veiculados pelos órgãos públicos por meio eletrônico fazem com que não apenas os agentes que trabalham na burocracia do Estado, mas muitos outros cidadãos se interessem por acessar o conteúdo da informação.

Da publicidade e da informação decorre uma forma de o cidadão poder controlar os atos emanados do Estado e aí reside, também a participação popular.

⁶⁰ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignácio. *Estado democrático e información: El derecho a ser informado y la Constitución Española de 1978*. Junta General del Principado de Asturias: Oviedo, 1994, pp. 33-35.

⁶¹ MILESKI, Hélio Saul. Transparência do poder público e sua fiscalização. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 4, N. Esp., p. 26-27, 2002. A transparência como princípio norteador da ação governamental, inspirada no conceito de *accountability*, procedimento utilizado especialmente nos países anglo-saxônicos – Nova Zelândia, que torna o governo responsável perante a população, em face do desempenho das finanças públicas. A transparência na gestão fiscal é uma exigência do Fundo Monetário Internacional.

Posicionando-se, também a favor do princípio da transparência *vide* TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito brasileiro. *RDA*, Rio de Janeiro, 230: 251-279, 2002.

No dizer de Diogo⁶² a publicidade “é um instituto polivalente da participação política, de amplo espectro subjetivo, pois se estende a toda a sociedade, visando tanto à legalidade quanto à legitimidade, mediante a qual, pela divulgação dos atos do poder público, reconhece-se o direito ao conhecimento formal ou informal das suas tendências, decisões, manifestações e avaliações oficiais”.

A realização do princípio da publicidade, constitui-se em um dever da administração e se complementa com o direito à informação do cidadão. Desta conjugação, tem-se a satisfação dos demais princípios que regem a administração pública. Constata-se que a administração agiu ao amparo da legalidade, busca-se a moralidade e é satisfeita a efetividade, princípios estes todos que servem à realização do Estado Democrático de Direito.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O direito classicamente atua depois do fato ocorrido, ou seja, é estruturado a partir do aspecto repressivo. Essa não é a melhor alternativa, pois o descumprimento da lei já ocorreu, com conseqüências, na maioria das vezes irreparáveis. A apropriação indevida não foge ao tema, pois corre-se atrás do prejuízo. Por isso, ressalta-se o aspecto preventivo com que pode ser atacado o problema mediante a divulgação dos dados públicos.

No Brasil, aos poucos se desenvolve a consciência com relação a importância da preocupação com o orçamento, que existe há muito tempo em outros Estados, como por exemplo, Inglaterra e EUA. O fato de a informação estar mais disponível faz com que haja um maior cuidado com o trato do dinheiro público. Saliente-se, outrossim, que os Estados em que há maior transparência na informação são aqueles em que o nível de corrupção é menor.

A transparência é uma via de mão dupla, de um lado a administração tem o dever de dar publicidade aos seus atos e, por outro, o cidadão tem o direito a ser informado. Deste modo, por meio da informação disponível por meio eletrônico, desenvolve-se um controle preventivo, estimula-se a participação popular, torna-se o exercício do poder mais transparente e, portanto, mais democrático. Evita-se que o cidadão desinformado dos assuntos públicos, constitua-se num *idiótes* (conforme a nomenclatura dos gregos). Com a diminuição dos desvios de dinheiro gerados pela corrupção é possível viabilizar a melhoria das prestações sociais, que podem ser oferecidas à população, ou seja, concretizam-se direitos.

⁶² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.*, p. 103.

AUTONOMIA DAS PROCURADORIAS DOS ESTADOS

José Augusto Delgado*

1 INTRODUÇÃO

As questões jurídicas que envolvem as discussões instauradas em torno da pretensão das procuradorias estaduais serem consideradas autônomas, no exercício das suas atividades administrativas e judiciais, têm sido motivo de preocupação da Ciência Jurídica contemporânea, haja vista buscar assentar postulados e princípios que concorram para a consolidação desse panorama no ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina jurídica, de há muito, tem entendido que os procuradores dos Estados exercem atribuições cercadas de prerrogativas constitucionais.

O referido modo de pensar tem a sua base na interpretação do art. 132 da Constituição Federal, a dizer:

“Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federativas” (Redação que foi dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, que modificou o regime e dispôs sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes públicos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e deu outras providências).

O referido dispositivo constitucional está inserido na Seção II que trata da Advocacia Pública. Esta Seção II, por sua vez, integra o Capítulo IV que compreende as Funções Essenciais à Justiça, integrante do Capítulo III que cuida do Poder Judiciário.

A interpretação do mencionado regramento posto na Carta Maior não pode ser feita de modo a considerá-lo como não integrante do sistema determinado para o funcionamento do Poder Judiciário.

* Ministro do STJ. Acadêmico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Acadêmico da Academia Brasileira de Direito Tributário. Doutor Honoris Causa da Universidade Estadual do RN. Professor de Direito Público (Administrativo, Tributário e Processual Civil). Professor UFRN (aposentado). Ex-professor da Universidade Católica de Pernambuco. Sócio Honorário da Academia Brasileira de Direito Tributário. Sócio Benemérito do Instituto Nacional de Direito Público. Conselheiro Consultivo do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. Integrante do Grupo Brasileiro da Sociedade Internacional do Direito Penal Militar e Direito Humanitário. Professor convidado da UNICEUB, no Curso de Especialização em Direito Público.

A organização das Procuradorias dos Estados foi colocada ao lado, em posição de horizontalidade, do Ministério Público (Seção I) e da Advocacia e da Defensoria Pública (Seção III).

As atribuições dos Procuradores dos Estados são, conseqüentemente, por vontade constitucional, consideradas como funções essenciais ao funcionamento da Justiça, o que lhes elevam a nobreza maior de instituição permanente e independente, com função específica de representação judicial das unidades federativas do Brasil, bem como de consultoria jurídica, o que os transforma, por defenderem os Estados, em advogados da cidadania, por somente com esta assumirem o compromisso de bem servir no campo que a Constituição lhes reservou.

Aos Procuradores dos Estados, por outro ângulo, são aplicáveis o princípio constitucional da sua indispensabilidade na defesa judicial dos entes federados, pelo que estão protegido pela imunidade atribuída aos advogados. São mensageiros e, ao mesmo tempo, soldados defensores das liberdades públicas e do patrimônio estatal. Lutam pelas garantias instituídas pela ordem jurídica, pautando as suas ações na valorização da dignidade humana e no fortalecimento da cidadania.

Por outro lado, uma análise das manifestações já tornadas públicas pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamentos emitidos sobre o posicionamento dos Procuradores do Estado no contexto jurídico, permite que se apresente, em forma de enunciados, o quadro seguinte:

a) O art. 132 da Constituição Federal operou uma inderrogável imputação específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura nos cargos a serem exercidos, depende de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, conforme assinalado na ADIN n. 881-1, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo do STF, n. 68.

b) Não pode a Constituição Estadual prevê a impossibilidade de inamovibilidade dos Procuradores, em face da relevância de suas funções (ADIN n. 1.246/PR, Rel. Min. Moreira Alves, Informativo n. 8).

c) “O princípio da razoabilidade, a direcionar no sentido da presunção do que normalmente ocorre, afasta a exigência, como ônus processual, da prova da qualidade de Procuradores do Estado por quem assim se apresente e subscreve ato processual. O mandato é legal e decorre do disposto nos artigos 12 e 132, respectivamente, do Código de Processo Civil e da Constituição Federal” (STF – 2ª Turma, RE n. 192.533-1 (São Paulo), Rel. Min. Marco Aurélio).

d) O Supremo Tribunal Federal reconhece constitucional dispositivo legal que cria Procuradoria-Geral das Assembléias Legislativas, com funções destacadas das atribuídas à Procuradoria-Geral do Estado (ADIN 175, RTJ, 154/14).

e) O Poder autônomo (mesmo não personalizado) poder criar assessoria jurídica própria (ADIN 825, julgada em 22.04.1993)¹.

¹ As citações jurisprudenciais citadas foram extraídas da obra “Constituição Federal Interpretada”, da autoria de Alexandre de Moraes, Ed. Atlas, 2002.

f) “A representação judicial do Estado, por seus procuradores, deriva da lei, dispensada a juntada de mandato, diferentemente das autarquias e sociedades de economia mista, cujos advogados deverão juntar procuração” (STF, RDA, 179/158).

g) “Não ofende a Constituição Federal dispositivos de Cartas Estaduais que conferem aos Procuradores do Estado prerrogativas de foro, atribuindo ao Tribunal de Justiça a competência para processá-los e julgá-los nos crimes comuns e de responsabilidade, observada a regra do art. 125, § 1º)² .

O quadro formado pelas idéias doutrinárias e jurisprudenciais acima destacadas nos levam a configurar uma sistemática presente na Constituição Federal que aponta, de modo incontrovertido, para a configuração autônoma das Procuradorias Judiciais dos Estados na organização da estrutura estatal.

2 A ATUAÇÃO RELEVANTE DAS PROCURADORIAS DOS ESTADOS ACENA PARA A SUA AUTONOMIA. APOIOS À ESSA PRETENSÃO

Consagrado está, segundo o nosso entendimento, em face da integração das Procuradorias dos Estados no Capítulo III da Constituição e do seu reconhecimento de ser atividade essencial à atividade Judiciária, o propósito do legislador constituinte de considerá-las como instituições independentes, autônomas, com princípios próprios que regem os seus destinos.

Os Procuradores, no campo de suas atribuições definidas na Carta Magna, possuem prerrogativas constitucionais explícitas e implícitas, todas vinculadas aos postulados da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da eficiência, da razoabilidade, da proporcionalidade, da precaução e da ponderação, fortes esteios do regime Democrático.

A vinculação de suas funções a estes princípios gera, conseqüentemente, a caracterização da necessidade de seus órgãos serem autônomos na organização estatal, nivelando-se ao Ministério Público e aos Defensores Públicos.

Essas prerrogativas constitucionais implícitas foram estudadas, com profundidade, por Marco Túlio de Carvalho Rocha, Procurador do Estado de Minas Gerais, em trabalho intitulado “A Unicidade Orgânica da Representação Judicial e da Consultoria Jurídica do Estado de Minas Gerais”, publicado na Revista de Direito Administrativo n. 223, Rio de Janeiro, pp. 169-197, janeiro/março de 2001. O que escreveu o mencionado autor, pela excelência do conteúdo, determina que seja feita uma apresentação, embora resumida, do pensamento exposto.

Em síntese, podemos concluir que, conforme anunciado por Marco Túlio de Carvalho Rocha, são prerrogativas constitucionais implícitas dos Procuradores dos Estados as seguintes:

² CF Art. 125: “Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição”. Parágrafo 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição dos Estados, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”.

- a) a função de controle da legalidade dos atos da Administração Pública;
- b) a independência funcional.

Portanto, ao lado das prerrogativas explícitas que são as de representar judicialmente o Estado e prestar-lhe consultoria, estão as implícitas que contribuem para o fortalecimento da instituição.

Por outro ângulo, há de ser cultuado o pregado por Diogo de Figueiredo Mendonça Neto, no artigo “As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais”, publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dezembro de 1991, pp. 25 e segs, onde estão proclamados os princípios constitucionais informativos das Procuradorias dos Estados: essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade de autonomia administrativa e autonomia de impulso.

Segundo Diogo de Figueiredo Mendonça Neto, no artigo citado, esses princípios informam que:

“A *essencialidade* está afirmada na própria designação constitucional das funções. Elas não podem deixar de existir, com as características e roupagem orgânica que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça.

A *institucionalidade* também resulta evidente da própria criação constitucional; explícita, no caso do Ministério Público (art. 127), da Advocacia Geral da União (art. 131) e da Defensoria Pública, e implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (art. 132).

A *igualdade* decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essenciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as desempenham.

A *unidade*, que consiste na inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada procuratura, está explícita no art. 127, § 1º, ao tratar do Ministério Público, e no art. 127, § 1º, quando faz menção à Advocacia Geral da União; implícita, para os Procuradores de Estado e do Distrito Federal e para a Defensoria Pública, conforme revelação dos arts. 132 a 134.

A *organicidade unipessoal* decorre da fundamental e genérica condição de advogado, estabelecida no artigo 133 da Constituição. Cada agente das procuraturas constitucionais é um órgão individual, para empregar nomenclatura de Marcello Caetano, com sua natureza institucional. Isso está explícito para os Procuradores dos Estados e Distrito Federal (art. 132), mas fica implícito para os demais membros das procuraturas constitucionais.

A independência funcional *diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado em tudo o que tange ao exercício das funções essenciais à justiça.*

A *inviolabilidade* é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos agentes públicos das procuraturas constitucio-

nais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro direito, o agente nelas investido. O princípio ficou explícito genericamente, no artigo 135 da CF, para todas as funções essenciais à justiça, mas há garantias específicas de vitaliciedade e de inamovibilidade que privilegiam os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ainda assim, a mobilidade dos membros da Advocacia Geral da União e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal não poderá ser arbitrária, mas, ao contrário, sempre com motivação transparente, para que não encubra os mascarados atentados à independência funcional e à inviolabilidade de seus agentes.

A *autonomia administrativa* consiste na outorga, às procuraturas constitucionais, da gestão daqueles meios administrativos necessários para garantir-se-lhes a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo, de cuja estrutura administrativa se vale. Trata-se, portanto, de uma condição constitucional para que prevaleçam, na prática, todos os demais princípios, tal como a Carta Política de 1988 veio a reconhecer também como imprescindível a expandir a auto-administração do Poder Judiciário (art. 96, I, II e III, e 99). Da mesma forma, para o Ministério Público, o alcance dessa autonomia está definido explicitamente no artigo 127, § 2º, deixando-se implícito, o princípio, no tocante às demais procuraturas, para ser considerado nas respectivas Constituições e leis orgânicas, conforme o caso.

A *autonomia de impulso*, por fim, é o princípio fundamental da atuação das procuraturas constitucionais. Ele preside e orienta o poder-dever desses órgãos de tomar todas as iniciativas que lhes são abertas pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento e a defesa dos interesses que lhes forem confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela juridicidade, desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, de fiscalização, esta de ofício, e de atividades postulatórias, tudo conforme os âmbitos de competência funcional e territorial próprios a cada uma delas”.

Após descrever as características dos princípios acima anunciados, Diogo de Figueiredo Mendonça Neto, prega que o único limite imposto à atuação dos Procuradores dos Estados é a própria ordem jurídica. Cabe-lhes defender a ordem jurídica tendo como balizas as regras, os princípios e os postulados dessa própria ordem jurídica.

No contexto das considerações que estão sendo desenvolvidas no sentido da defesa da autonomia institucional das Procuradorias dos Estados, não podemos deixar de registrar a lição de José Afonso da Silva, ao interpretar o art. 132 da Constituição Federal, em sua obra “Comentário Contextual à Constituição”, Editora Malheiros, 2ª. edição, 2006:

“A carreira de procurador do Estado e do Distrito Federal foi institucionalizada em nível de Constituição Federal. Isso significa a institucionalização dos órgãos estaduais de representação e de consultoria dos Estados, uma vez que os procuradores, a que se incumbe essa função no art. 132

da Carta Magna, hão de ser organizados em carreira dentro de uma estrutura administrativa unitária em que sejam todos congregados.”

Na linha do que estamos defendendo, merece somar o entendimento de Bernardo Cabral exposto no parecer que apresentou a respeito da Reforma do Poder Judiciário, quando relator da mesma. Disse o ilustre senador de então e jurista de ontem e de hoje:

“Estou convencido de que o atrelamento orçamentário das Procuradorias ao Executivo, quase que às raias da dependência e da subserviência, transformam os advogados do Estado em advogados do detentor do poder no Estado, e não é essa a inspiração da razão de ser e de atuar das Procuradorias. A autonomia financeira é a alforria das Procuradorias, que poderão dedicar-se à defesa administrativa e judicial da coisa pública, desvinculados das vontades e imposições do eventual detentor da chefia do Executivo, zelando pelo respeito à Constituição e às leis, e não viabilizando, com verniz jurídico, as determinações do detentor do mandato popular. É sempre bom lembrar que o bem público é indisponível, e assim também o é a sua defesa”.

Embora a manifestação acima não tenha feito qualquer referência à autonomia administrativa e funcional, há de ser considerada como um avanço a reconhecer a necessidade da autonomia financeira.

Gustavo Calmon Holliday, Procurador do Estado do Espírito Santo, em artigo intitulado “A IMPORTÂNCIA DAS PROCURADORIAS E SUA FUNÇÃO”, disponibilizado via internet, site: <http://www.apes.org.br>, pronunciou-se sobre o assunto fazendo as afirmações que passam a ser transcritas:

“De certa forma, os Procuradores de Estado são advogados de todos os cidadãos, uma vez que têm como objetivo-fim A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO.

Nesse sentido concluiu José Roberto de Moraes, no artigo AS PRERROGATIVAS E O INTERESSE DA FAZENDA PÚBLICA: *No momento em que a Fazenda pública é condenada, sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente essa massa de recurso que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade, a autoridade pública é mera administradora.*

Diante de tal premissa, ou seja, de que os procuradores defendem o patrimônio da coletividade, inclusive promovendo a cobrança dos créditos da Fazenda Pública, não se pode conceber que o ‘Escritório de Advocacia dos cidadãos’ tenha um contingente insuficiente e que os seus profissionais sejam mal-remunerados, pois, inevitavelmente, o prejuízo será do próprio erário que arcará com as conseqüências deletérias de tal situação.

É óbvio que, com um número insuficiente de procuradores, a qualidade técnica do trabalho desenvolvido é comprometida, refletindo-se diretamente na reputação pessoal desses profissionais, cujo trabalho não pode ser realizado com a dedicação devida e tampouco poderão desculpar-se futuramente sob a alegação de excesso de serviço.

É preciso adotar mecanismos, em nível constitucional, que impossibilitem aos administradores desvirtuar as finalidades dos órgãos públicos. Conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles, 'toda atividade do administrador público deve ser orientada para o bem comum da coletividade. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilicito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade'.

Todavia, e lamentavelmente, na prática a realidade é muito diferente. Na maior parte desses Órgãos, o quadro é deficiente, a remuneração é baixa e a estrutura é inadequada. Possivelmente esse quadro pode ser explicado pela inexperiência administrativa. A QUEM PODERIA INTERESSAR UMA ASSESSORIA JURÍDICA DEFICIENTE?

Mesmo orgulhosos por desempenharem atividade de especial relevância, a baixa remuneração, a deficiência estrutural e o alto volume de processos a que os procuradores de todas as Unidades Federadas estão submetidos, tem acarretado a evasão para outros cargos menos atribulados. Tradicionalmente, os Procuradores de Estado são profissionais respeitados no meio jurídico e, inafastavelmente, devem ser aprovados em concursos públicos de provas e títulos altamente concorridos. Juristas de expressão nacional como Sérgio Ferraz, Carlos Ary Sundfeld, Michel Temer, Maria Sylvia Di Pietro, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Luís Roberto Barroso são Procuradores de Estado”.

A seguir, conclui pela pregação da autonomia administrativa, financeira e funcional como a via necessária para a instituição alcançar o fortalecimento que necessita.

Afirma:

“5. A AUTONOMIA COMO SOLUÇÃO

Para se evitar os desvios de finalidade e o conseqüente enfraquecimento das instituições, é preciso promover as modificações necessárias nas Constituições, de maneira que o administrador fique impossibilitado de alterar toda uma estrutura para atender interesses menores.

Conforme ressaltou Seabra Fagundes, *‘O que importa principalmente em uma Constituição não é se resume ela em texto breve. O que se deve aspirar é que ela atenda, no seu bojo, às várias relações ou situações que, segundo as condições político-sociais do país, mereçam ser disciplinadas com exatidão e de modo a perdurarem no tempo, para que os poderes do Estado não as possam desconhecer, ferir ou deturpar’*.

Em 1998, por meio da Emenda nº 19/98, a Constituição Federal teve o título da Seção II, do Capítulo IV, do Título IV, alterado para ADVOCACIA PÚBLICA, em substituição a Advocacia-Geral da União, elevando-se as Procuradorias ao status constitucional.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes, na obra Comentários à reforma administrativa, Editora RT, escreveu: *‘A Emenda Constitucional nº 19/98 determinou a correção da rubrica relativa a Seção II do Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, substituindo a expressão Advocacia-Geral da União por Advocacia Pública. Tal modificação elegeu definitivamente as Procuradorias Gerais dos Estados, inclusive, em órgãos de nível constitu-*

cional, no que procedeu com acerto em vista do papel de especial relevância que desempenham aqueles profissionais’.

Dando continuidade à necessidade de evolução e aprimoramento das relações jurídicas e das instituições, está tramitando no Congresso Nacional uma nova PEC, Proposta de Emenda Constitucional que dá às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal autonomia funcional e administrativa.

Essa proposta inclui o §2º no art. 132 da CF, que está redigido da seguinte forma: *‘As Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal são asseguradas autonomia funcional e administrativa, e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99. §2º.*

Trata-se de um avanço sem precedentes. Finalmente, as Procuradorias passariam a gerir seus próprios recursos, podendo realizar, por conta própria, os concursos públicos para preenchimento das vagas existentes e aparelhar os órgãos.

Somente com a almejada independência as Procuradorias ficariam livres das vicissitudes ideológicas dos administradores que se sucedem de quatro em quatro anos, podendo, enfim, reestruturar esses Órgãos de forma a cumprirem plenamente sua atribuição constitucional que é, em última análise, a preservação do interesse e do patrimônio público’.

Há, entre tantos outros documentos defendendo a autonomia financeira, funcional e administrativas das Procuradorias, o posicionamento exposto nesse sentido pela Associação Nacional dos Procuradores do Estado – ANAPE, em ofício dirigido ao Congresso Nacional, por ocasião da Reforma do Poder Judiciário, onde estão expressadas as mais convincentes razões para o acolhimento dessa pretensão.

Eis o seu conteúdo:

“O texto constitucional vigente, promulgado em 1988, organizou as carreiras Jurídicas estatais e, marcadamente, definiu o papel do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública – arts. 127 a 130, 131 a 132 e 133.

A Constituição Federal, ao definir essas instituições como funções essenciais à Justiça, atribuiu ao Ministério Público a defesa da ordem Jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; à Advocacia Pública – exercida no nível federal pela Advocacia da União e, no plano estadual, pelas Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal –, a representação Judicial e a consultoria Jurídica das respectivas unidades federadas; e a Defensoria Pública a defesa dos menos favorecidos, ou seja, pobres na forma da lei.

Os órgãos da Advocacia Pública tiveram reforçado, desse modo, a sua missão Institucional tradicional de representar os entes federativos, garantindo sempre a legalidade da sua atuação administrativa. Nessa perspectiva, a função constitucional das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal engloba a defesa do patrimônio público, inclusive contra os eventuais abusos de poder promovidos pelos governantes, no exercício do seu mandato.

Também ao exercer a representação judicial da unidade federada, cumpre ao Procurador de Estado responder isentadamente às ações propostas contra a Fazenda Pública e promover, quando necessário, as medidas judiciais cabíveis para a defesa do interesse do ente federativo, não na perspectiva dos detentores do poder, mas na salvaguarda do interesse e do patrimônio públicos.

Nessa perspectiva, a autonomia das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal é fator preponderante para que se garanta uma representação Judicial pautada pela técnica e respeito à lei.

Também no exercício de sua função consultiva, as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal funcionam como órgão de balizamento e orientação jurídica para todos os órgãos da Administração Pública, constitucionalmente vinculada aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Sendo, pois, a primeira instância de controle de legalidade dos atos da Administração Pública, as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal atuam de forma preventiva, realizando o controle interno da legalidade das práticas administrativas, promovendo um exame prévio da legitimidade dos atos a serem praticados, conferindo-lhes a necessária legitimidade e coibindo as práticas perniciosas.

Mesmo com a existência desse controle, que não exclui aqueles exercidos pelo Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas, constatam-se ainda assim abusos por parte dos detentores do poder, com graves e sérios prejuízos à coletividade, com repercussão no erário. Daí a necessidade do aprimoramento da atuação das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, condicionada à autonomia perseguida na denominada Reforma do Poder Judiciário.

A inserção das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal no texto constitucional foi festejada pelos mais ilustres juristas pátrios, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, José Afonso da Silva, Celso Antônio Bandeira de Mello, dentre outros.

Dentro desse contexto, a autonomia funcional, administrativa e financeira das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal representa fator indispensável para que a sua função institucional seja alcançada e preservada de eventuais interferências políticas promovidas pelos titulares do poder, no exercício dos seus mandatos.

O caráter fundamental dessa atuação das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal não exclui nem minimiza a presença e efetividade da atuação do Ministério Público que, enquanto fiscal da aplicação da lei, certamente não detém essa prerrogativa de maneira exclusiva, tornando-se mais complexo e efetivo o controle de legalidade quando, paralelamente exercido pelos órgãos da Advocacia Pública, que detém igualmente essa função institucional.

O bom desempenho das funções constitucionais pelo Ministério Público – hoje senso comum – não afasta a atuação das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, igualmente comprometidas com o controle da legalidade dos atos administrativos, que necessitam, para exercer de forma eficaz o seu **múnus** público, da necessária autonomia administrativa, funcional e financeira.

A experiência histórica demonstra que, apenas a partir de sua efetiva independência orçamentária e financeira, tornou-se possível ao Poder

Judiciário e ao próprio Ministério Público exercerem, com efetividade, a sua função constitucional.

Em busca desse desiderato, o Congresso Nacional tem buscado aperfeiçoar as carreiras essenciais à justiça. Tome-se, por exemplo, o tratamento isonômico concedido quanto ao subteto previsto na Emenda Constitucional nº 41/2004, que distingue as carreiras essenciais à justiça das demais carreiras de Estado.

Outro, é o tratamento isonômico previsto na Emenda Constitucional nº 68/2003, que trata da idade mínima para exercício das carreiras previstas nas funções essenciais à justiça.

Por essa mesma razão, não pode prevalecer o entendimento de se retirar à autonomia conquistada pelas Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal no texto original da denominada Reforma do Poder Judiciário, resultante de um acordo de liderança na Câmara, visando tão-somente o aprimoramento da administração pública, que configuraria um inadmissível retrocesso ao bom desempenho da função institucional da Advocacia Pública, consoante advertiu o eminente Senador Bernardo Cabral, Relator do Projeto de Emenda Constitucional, quando de sua apreciação:

“Estou convencido de que o atrelamento orçamentário das Procuradorias ao Executivo, quase que às raias da dependência e da subserviência, transformam os advogados do Estado em advogados do detentor do poder no Estado, e não é essa a inspiração da razão de ser e de atuar das Procuradorias. A autonomia financeira a alforria das Procuradorias, que poderão dedicar-se à defesa administrativa e judicial da coisa pública, desvinculados das vontades e imposições do eventual detentor da chefia do Executivo, zelando pelo respeito à Constituição e às leis, e não viabilizando, com verniz jurídico, as determinações do detentor do mandato popular. É sempre bom lembrar que o bem público é indisponível, e assim também o é a sua defesa.

Em razão disso, é de todo improcedente pensar que atingiremos a maturidade institucional com instituições fracas e dependentes, subalternas aos mínimos interesses que não sejam aqueles previstos na Carta Magna. Com o fortalecimento das Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal, não se pretende enfraquecer nem retirar do governante qualquer de seus poderes ou prerrogativas, almeja-se buscar um maior equilíbrio entre os ideais políticos e a legalidade, por vez tão esquecida.

As Procuradorias Estaduais e a do Distrito Federal já possuem as autonomias administrativa e funcional em suas Leis Orgânicas, e algumas também possuem a financeira (RJ, DF, MS, RN). Entretanto, esse dispositivo sendo elevado à categoria constitucional, sedimentaria, definitivamente, inclusive na doutrina e jurisprudência, a condição de agentes políticos que detêm os Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Ademais, é típico dos regimes democráticos o fortalecimento das instituições que prestam atividades de Estado, sendo um contrasenso tal posição.

O medo ou receio dos governadores improcede por completo. A autonomia financeira – já que as outras duas existem infraconstitucionalmente – não vem acompanhada da temida independência – somente concedida ao órgão Ministério Público –, despregando as Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal do Poder Executivo, muito menos contempla o poder de iniciativa legislativa para fixar seus próprios subsídios ou criar cargos, por exemplo.

A chamada autonomia financeira nada mais é do que a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei, sujeito ao crivo do Legislativo e do Executivo, além do repasse a cada dia 20 do mês, em duodécimos, dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias. Isto quer dizer que as Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal deixarão apenas de mendigar recursos para manter-se, sem ter, por exemplo, seus telefones cortados, xerox quebrada, ausência absoluta de material de expediente, como acontece em alguns Estados da federação.

O Ministério Público é o defensor da sociedade, a Defensoria Pública dos pobres, na forma da lei, e as Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal defendem os Estados e o DF, além de integrarem o Capítulo IV. Das Funções Essenciais à Justiça. Portanto, indaga-se: Qual o motivo do tratamento diferenciado dentre as funções essenciais à justiça? Por que somente os procuradores dos Estados e do Distrito Federal não podem ter autonomia?

A Câmara dos Deputados teve essa sensibilidade, que pareceu faltou a CCJ do Senado, mas que, certamente, não será compactuada pelo Plenário, uma vez que a atividade do Procurador de Estado e do Distrito Federal é relevante ao estado e ao governo, além de ser um instrumento de fortalecimento para o Estado Democrático de Direito, em razão do controle Interno da legalidade e moralidade administrativa que exerce.

Com essas considerações, a Associação Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPE espera contar com o apoio de Vossa Excelência para que seja mantida a autonomia das Procuradorias Geral dos Estados e do Distrito Federal (§ 2º do art. 132 e art. 168 do texto da PEC nº 29/00), aprovada pela Câmara Federal, por proposta do PMDB, para continuarmos lutando em busca de um Brasil mais justo, democrático e fraterno. Brasília, 13 de maio de 2004. – **Omar Coelho de Mello**, Presidente”

Como sabido, a reivindicação acima não foi inserida na EC n. 45, permanecendo a autonomia financeira, funcional e administrativa nas configurações até então existentes, isto é, deficitária em relação aos anseios da cidadania.

O fato da EC n. 45 não haver acolhido a autonomia financeira, funcional e administrativa das Procuradorias dos Estados não serve de motivo para que a pregação das idéias nesse sentido sejam esmorecidas. Pelo contrário. Fortalecidos devem ser os movimentos em prol da autonomia, com instalação de seminários sobre o assunto, publicações de trabalhos doutrinários e investigações científicas a bem demonstrar que o fortalecimento das Procuradorias dos Estados reverte em uma garantia para tornar cada vez mais rígida a estrutura do Estado Democrático de Direito.

3 AUTONOMIA E RESPONSABILIDADES. Código de Ética

É evidente que, atualmente, os membros das Procuradorias dos Estados, embora não garantidos pela autonomia constitucional financeira, administrativa e funcional, desempenham as suas atribuições com compromissos selados aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, do respeito à dignidade humana e à valorização da cidadania.

O movimento pela autonomia deve caminhar, contudo, para o seu fortalecimento, aliado a posicionamentos que cada vez mais determinem a obrigatoriedade de cumprimento dos princípios axiológicos, em sua extensão maior, pelos procuradores.

Entendemos de máxima eficácia, para o momento contemporâneo, a defesa por todas as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, com apoio da Associação Nacional e das Associações locais, de um projeto de lei que estabeleça um Código de Ética exclusivamente para a atuação dos Procuradores, a exemplo do que existe para os advogados e para a magistratura (Lei Orgânica da Magistratura).

Este Código de Ética, devidamente institucionalizado pela transparência da lei, definindo atribuições a Conselhos para fiscalizar as suas determinações, contribuiria para fortalecer a instituição em toda a sua plenitude e marcará a diferenciação em sua natureza como entidade necessária, autônoma, às funções administrativas da Justiça.

O mencionado Código de Ética dos Procuradores dos Estados conviveria, de modo harmônico, com o Código de Ética dos Advogados, sendo aplicado às situações explícitas por ele prevista.

A sua base de constituição, segundo nosso entendimento, deve considerar, entre outros, os aspectos seguintes:

- a) regras deontológicas fundamentais especialmente voltadas para a atuação dos Procuradores;
- b) disposições destinadas ao envolvimento dos Procuradores com o Estado e a fixação de limites para esses relacionamentos;
- c) disciplinação do sigilo profissional dos Procuradores e da sua compatibilidade com o interesse público;
- d) determinações sobre a publicidade dos atos inerentes às atividades judiciais e de consultoria;
- e) estabelecimentos de deveres de urbanidade;
- f) composição do tribunal de ética e disciplinar;
- g) procedimentos a serem adotados para apurar infrações éticas;
- h) ditames que consagrem a preservação de uma conduta honrosa, nobre e digna, zelando pelo seu caráter de essencialidade, indispensabilidade e voltada para proteção do interesse público.;
- i) incentivos para uma atuação com destemor, independência, honestidade, lealdade, dignidade, veracidade e boa-fé;
- j) idem de atitudes voltadas para o aperfeiçoamento pessoal e profissional, contribuindo, permanentemente, para o aperfeiçoamento da Ciência Jurídica;
- k) outras disposições concernentes aos objetivos de um Código de Ética.

4 CONCLUSÕES

Pregamos, como acima demonstrado, a autonomia financeira, administrativa e funcional das Procuradorias dos Estados, porque, nos meus 41 anos de

exercício de magistratura, completados em 27 de abril de 2005, somos testemunha ocular, presente, diuturna, da seriedade, do esforço, da dignidade, da entrega profissional sem outros compromissos senão o de ver o direito ser bem aplicado, com que os Procuradores dos Estados exercem as suas atribuições.

Não fazemos distinções. Os Procuradores do Norte, os Procuradores do Sul, os Procuradores do Nordeste, os Procuradores do Sudoeste, os Procuradores de todas as Regiões deste nosso Brasil, na defesa dos direitos da cidadania e da dignidade humana, que são os direitos do Estado, têm desenvolvido com as convicções jurídicas que constroem e com o esforço desmedido que empregam as atribuições que lhe são confiadas pelo Estado, em nome do povo.

Somos testemunhas presentes, repetimos, de que os Procuradores dos Estados, na concepção que possuem de que não são empregados dos Chefes dos Poderes, porém, súditos diretamente vinculados aos anseios da cidadania, cumprem, de acordo com os comandos constitucionais, especialmente, os dogmas da moralidade, as atividades inerentes à defesa do direito posto em Juízo.

Observamos exteriorizar em todas as suas ações, o compromisso que assumiram e que cumprem de lutar pela Justiça em nome do cidadão; de defenderem o Estado quando violado o direito que lhe é assegurado, pois, assim fazendo estão defendendo o patrimônio do povo. Demonstram sentir, com intensidade, a necessidade de imposição de segurança jurídica. Crêem no presente com o pensamento voltado para a construção de um futuro melhor para o Brasil, onde a dignidade impere em todos os relacionamentos, quer públicos e privados.

No dia a dia de nossas atividades de julgador, sentimos os Procuradores dos Estados transmitirem, a todos os instantes, valores que se aproximam do pensado por Norberto Bobbio, quando afirmou que “Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder.” (Norberto Bobbio, em sua obra “A Era dos Direitos”, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Ed. Campus, pg. 69).

Realmente, não temos tempo a perder. Os Procuradores dos Estados do Brasil, por terem essa conscientização, unem-se aos propósitos do Poder Judiciário, dos advogados, de todos os operadores do direito, para valorizarem os anseios dos estamentos sociais que compõem a Nação, tudo com o objetivo de dias melhores serem construídos no amanhã, com o fortalecimento da entrega da prestação jurisdicional voltada para o homem injustiçado, com o respeito ao postulado da moralidade, com a lei sendo interpretada e aplicada em prol da igualdade, da fraternidade, da consecução das esperanças, do fortalecimento das instituições, do encontro da estirpação das desigualdades sociais, da guarda da segurança pública, do engrandecimento dos valores dos núcleos familiares e educacionais, enfim, do modo como todos nós sonhamos e queremos como seja a Nação brasileira: retrato fiel de um Estado Democrático de Direito onde todos os postulados que o sustentam sejam obedecidos.

A IMPORTÂNCIA DAS PROCURADORIAS COMO ÓRGÃOS DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO DO ESTADO E A NECESSIDADE DE SUA AUTONOMIA.

Gustavo Calmon Holliday*

Sumário: 1. Introdução; 2. As limitações constitucionais e a representação judicial e consultoria jurídica dos Entes Federados; 3. Da necessidade de aprimoramento; 4. A importância das Procuradorias e a sua função; 5. A Autonomia como solução; 6. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento tecnológico e a globalização, o mundo passou a conviver com uma acelerada transformação, em especial os países em desenvolvimento. A Constituição, sendo a própria estrutura jurídica de um país, deve acompanhar essas transformações sem vilipendiar as garantias e os direitos fundamentais já conquistados e, ao mesmo tempo, propiciar o aperfeiçoamento das instituições para que cumpram os seus objetivos, buscando sempre o bem-estar da coletividade.

A Constituição brasileira, em particular, vem sofrendo diversas modificações, entre as quais destacamos a reforma administrativa introduzida pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.

Todavia, a Constituição Federal ainda merece alguns reparos, principalmente com relação à autonomia das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal.

2 AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS, A REPRESENTAÇÃO JUDICIAL E CONSULTORIA JURÍDICA DOS ENTES FEDERADOS.

Com a proclamação da República, e inspirado na Constituição norte-americana de 1787, o Brasil, por meio da Constituição Federal de 1891, adotou a forma federativa de Estado. A federação consiste na união de coletividades regionais autônomas que são chamados de Estados federados, Estados-membros ou apenas Estados. Esses entes possuem autonomia político-administrativa com relação à União, e organizam-se pelas Constituições e leis que adotarem.

*Procurador do Estado do Espírito Santo.

Apesar de possuírem autonomia, os Entes Federados devem, obrigatoriamente, observar os Princípios e as Normas Gerais previstos na Constituição Federal.

Constata-se, dessa forma, que o poder constituinte dos Estados é limitado pela Carta Magna, onde estão previstas proibições explícitas e, também, as disposições que determinam a observância de Princípios que deverão ser adotados na sua organização constitucional e normativa. É o que a doutrina denomina de poder constituinte derivado-decorrente.

O Supremo Tribunal Federal, na ADIN 216/PB, tendo como Relator o Min. Celso de Mello, dispôs:

“Se é certo que a nova Carta Política contempla um elenco menos abrangente de princípios constitucionais sensíveis, a denotar, com isso, a expansão de poderes jurídicos na esfera das coletividades autônomas locais, o mesmo não se pode afirmar quanto aos princípios federais extensíveis e aos princípios constitucionais estabelecidos, os quais, embora disseminados pelo texto constitucional, posto que não é tópica a sua localização, configuram acervo expressivo de limitações dessa autonomia local, cuja identificação – até mesmo pelos efeitos restritivos que deles decorrem – impõe-se realizar.”

Relativamente às determinações compulsórias, destacamos a **previsão de a representação judicial e a assessoria jurídica dos Estados e do Distrito Federal serem realizadas pelos Procuradores dos Estados, conforme disposto no artigo 132 da CF.**

As Procuradorias dos Estados são instituições vinculadas ao Poder Executivo as quais têm a relevante atribuição constitucional de promover a consultoria e a representação judicial dos Estados-membros e do Distrito Federal, conforme prevê o mencionado artigo 132 da CF, nos seguintes termos: *Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.*

Em linguagem de fácil compreensão, pode-se afirmar que as Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal são como grandes escritórios de advocacia, responsáveis pelo assessoramento jurídico do Estado, com atuação nas esferas administrativa e judicial.

Diante dessa imposição, qualquer disposição que preveja a representação judicial e a assessoria jurídica dos Estados e seus Órgãos por quem não tenha sido investido no cargo de Procurador do Estado, aprovado em concurso público de provas e títulos, será inconstitucional.

O STF já se manifestou sobre a questão na ADIN 881, quando o Relator, Min. CELSO DE MELLO, fundamentando seu voto, afirmou: “*O conteúdo normativo do art. 132 da Constituição da República revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-á a atuação funcional dos integrantes da Procuradoria-Geral*

do Estado e do Distrito Federal. Nele contém-se norma que, revestida de eficácia vinculante e cogente para as unidades federadas locais, não permite conferir a terceiros — senão aos próprios Procuradores do Estado e do Distrito Federal, selecionados em concurso público de provas e títulos — o exercício intransferível e indisponível das funções de representação estatal e de consultoria jurídica do Poder Executivo. (...) A exclusividade dessa função de consultoria remanesce, agora, na esfera institucional da Advocacia Pública, exercida, no plano dos Estados-membros, por suas respectivas Procuradorias-Gerais e pelos membros que as compõem.

Essa prerrogativa institucional, que é de ordem pública, encontra assento na própria Constituição Federal. Não pode, por isso mesmo, comportar exceções e nem sofrer derrogações que o texto constitucional sequer autorizou ou previu”.

O Min. NÉRI DA SILVEIRA se expressou da seguinte forma: “Penso que o art. 132 da Constituição quis, relativamente à Advocacia de Estado, no âmbito dos Estados-membros e do Distrito Federal, conferir às Procuradorias não só a representatividade judicial, mas, também, o exame da legalidade dos atos, e o fez com a preocupação de atribuir essa função a servidores concursados e detentores do predicamento da efetividade. O grande objetivo foi o exame da legalidade dos atos do Governo, da Administração Estadual, a ser feito por um órgão cujos ocupantes, concursados, detenham as garantias funcionais. Isso conduz à independência funcional, para o bom controle da legalidade interna, da orientação da administração quanto a seus atos, em ordem a que esses não se pratiquem tão-só de acordo com a vontade do administrador, mas também conforme a lei.

Não quis a Constituição que o exame da legalidade dos atos da Administração Estadual se fizesse por servidores não efetivos. Daí o sentido de conferir aos Procuradores dos Estados – que devem se compor em carreira a ser todos concursados – não só a defesa judicial, a representação judicial do Estado, mas também a consultoria, a assistência jurídica. De tal maneira, um Procurador pode afirmar que um ato de Secretário, do Governador não está correspondendo à lei, sem nenhum temor de poder vir a ser exonerado, como admissível suceder se ocupasse um cargo em comissão”.

Não obstante a clareza do art. 132 da CF quanto à obrigatoriedade do exercício das funções de representação estatal e de consultoria jurídica pelos Procuradores de Estado, entendemos que essa exigência não foi suficiente o bastante para assegurar a necessária independência desses órgãos na defesa do interesse público.

3 DA NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO

Como já afirmado anteriormente, as constituições necessitam ser modificadas, seja para acompanhar as transformações sociais, seja na busca do aperfeiçoamento das instituições, e deverão ser realizadas por intermédio do Poder Constituinte Derivado Reformador, por meio das emendas constitucionais.

Conforme acentuou Fábio Konder Comparato; *“Sem dúvida, a ordem constitucional de um Estado deve ser instituída para durar e sobrepujar aos entrecortes políticos e econômicos que compõem a tessitura da vida em sociedade. Mas, naturalmente, isso não significa que Constituição de um país subdesenvolvido, no limiar do século XXI, possa visar à perenidade.”*

A Constituição Federal vigente foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e até a presente data houve mais de cinquenta emendas constitucionais, o que confirma a mutabilidade do direito.

De acordo com José Afonso da Silva, na Obra Curso de Direito Constitucional, ***a Constituição tem por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantia dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.***

Nesse contexto, e no âmbito da Organização Administrativa dos Estados-Membros e do Distrito Federal, deduz-se que as Procuradorias necessitam de atenção especial, haja vista as relevantes atribuições que lhes são confiadas.

4 A IMPORTÂNCIA DAS PROCURADORIAS E SUA FUNÇÃO

De certa forma, os Procuradores de Estado são advogados de todos os cidadãos, uma vez que têm como objetivo-fim A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO.

Nesse sentido concluiu José Roberto de Moraes, no artigo AS PRERROGATIVAS E O INTERESSE DA FAZENDA PÚBLICA: *“No momento em que a Fazenda pública é condenada, sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente essa massa de recurso que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade, a autoridade pública é mera administradora.”*

Diante dessa premissa, ou seja, de que os procuradores defendem o patrimônio da coletividade, inclusive promovendo a cobrança dos créditos da Fazenda Pública, não se pode conceber que o “Escritório de Advocacia dos cidadãos” **tenha um contingente insuficiente e que os seus profissionais sejam mal-remunerados, pois, inevitavelmente, o prejuízo será do próprio erário, que arcará com as conseqüências deletérias de tal situação.**

É óbvio que, com um número insuficiente de procuradores, a qualidade técnica do trabalho desenvolvido é comprometida, refletindo-se diretamente na reputação pessoal desses profissionais, cujo trabalho não pode ser realizado com a dedicação devida e tampouco poderão desculpar-se futuramente sob a alegação de excesso de serviço.

É preciso adotar mecanismos, em nível constitucional, que impossibilitem que os administradores venham a desvirtuar as finalidades desses órgãos públicos.

Conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles, **“toda atividade do administrador público deve ser orientada para o bem comum da coletividade. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.”**

Todavia, e lamentavelmente, na prática a realidade é muito diferente. Em alguns Estados, o quadro é deficiente, a remuneração é baixa e a estrutura é inadequada. Possivelmente, e queremos crer nisso, essa situação advém da **inexperiência administrativa. A QUE PODERIA INTERESSAR UMA ASSESSORIA JURÍDICA DEFICIENTE?**

Mesmo sendo orgulhosos por desempenhar atividade de especial relevância, a baixa remuneração, a deficiência na estrutura administrativa e o alto volume de processos a que os procuradores de todas as Unidades Federadas normalmente são submetidos, têm acarretado a indesejada evasão para outras carreiras jurídicas, menos instáveis e melhor remuneradas.

Tradicionalmente, os Procuradores de Estado são profissionais respeitados no meio jurídico e, obrigatoriamente, devem ser aprovados em concursos públicos de provas e títulos altamente concorridos. Juristas de expressão nacional como Sérgio Ferraz, Diogo Figueiredo Moreira Neto, Carlos Ary Sundfeld, Michel Temer, Maria Sylvia Di Pietro, Carmem Lúcia Antunes Rocha e Luís Roberto Barroso, dentre outros, são Procuradores de Estado.

5 A AUTONOMIA COMO SOLUÇÃO

Para se evitar os desvios de finalidade e o conseqüente enfraquecimento das instituições, é preciso promover as modificações necessárias na Constituição, de maneira que o administrador fique impossibilitado de alterar toda uma estrutura para atender interesses menores.

Conforme ressaltou Seabra Fagundes, **“O que importa principalmente em uma Constituição não é se resume ela em texto breve. O que se deve aspirar é que ela atenda, no seu bojo, às várias relações ou situações que, segundo as condições político-sociais do país, mereçam ser disciplinadas com exatidão e de modo a perdurarem no tempo, para que os poderes do Estado não as possam desconhecer, ferir ou deturpar.”**

Em 1998, por meio da Emenda nº 19/98, a Constituição Federal teve o título da Seção II, do Capítulo IV, do Título IV, alterado para ADVOCACIA PÚBLICA, em substituição a Advocacia-Geral da União, elevando-se as Procuradorias ao *status* constitucional.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes, na obra “Comentários à reforma administrativa, Editora RT, escreveu: *“A Emenda Constitucional nº 19/98 determinou a correção da rubrica relativa a Seção II do Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, substituindo a expressão Advocacia-Geral da União por Advocacia Pública. Tal modificação elegeu definitivamente as Procuradorias Gerais dos Estados,*

inclusive, em órgãos de nível constitucional, no que procedeu com acerto em vista do papel de especial relevância que desempenham aqueles profissionais.”

Dando continuidade à necessidade de evolução e aprimoramento das relações jurídicas e das instituições, está tramitando no Congresso Nacional uma nova PEC-Proposta de Emenda Constitucional que dá às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal autonomia funcional e administrativa.

Essa proposta inclui o §2º no art. 132 da CF, que está redigido da seguinte forma: *Às Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal são asseguradas autonomia funcional e administrativa, e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99. §2º.*

Trata-se de um avanço sem precedentes. Finalmente, as Procuradorias passariam a gerir seus próprios recursos, podendo realizar, por conta própria, os concursos públicos, o provimento dos vagos, promoção, assim como o re-aparelhamento de suas instalações.

6 CONCLUSÃO

Somente com a almejada independência as Procuradorias ficariam livres das vicissitudes ideológicas dos administradores que se sucedem de quatro em quatro anos, podendo, enfim, reestruturar esses Órgãos de forma a cumprirem plenamente sua atribuição constitucional que é, em última análise, a preservação do interesse e do patrimônio públicos.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva: 2001.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Comentários à Reforma Administrativa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26ª edição, São Paulo: Editora Malheiros: 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12ª edição. São Paulo: Malheiros: 1996.

SUNDFELD, Fundamentos de Direito Público. 2ª edição. São Paulo: Malheiros: 1996.

TORRES, Ricardo Lobo (organizador). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

EFETIVIDADE PROCESSUAL A QUALQUER CUSTO?

João Paulo Fontoura de Medeiros*

Sumário: Introdução. O processo como serviço público; Efetividade processual a qualquer custo? **Conclusão.**

INTRODUÇÃO

Na esteira do ressaltado noutra oportunidade, incumbe notar que todo e qualquer exercício de hermenêutica, que tenha por objeto a exegese de uma norma jurídica, é tarefa que exige cautela redobrada, principalmente em virtude de se ter de partir da premissa de que se reserva à Constituição, em um sistema constitucional como o nosso, uma imperiosa posição de supremacia sobre as demais regras integrantes do ordenamento jurídico.¹

Dada a relevância de que, em nosso modelo constitucional, revestem-se as normas contidas na Carta Magna da República Federativa do Brasil, não se pode deixar de tê-las em mente no momento de efetuar a exegese de determinada regra integrante da ordem jurídica.

Cientes de tudo isso e da circunstância de o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal trazer consigo a imprescindibilidade de uma atividade jurisdicional² efetiva, de sorte que a tutela a ser prestada se mostre adequada ao caso

*Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Procurador do Banco Central do Brasil durante os anos de 2003 e 2004. Tutor do Curso de Especialização em Direito Processual Civil, promovido pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, durante os anos de 2002 e 2003. Assessor Jurídico Efetivo da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul durante o ano de 2003. Pós-graduado "lato sensu" em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

¹ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Exegese do inciso VI do artigo 84 da Carta Magna. In *CDROM da Revista Forense*, vol. 368; in *Revista Forense*, vol. 375. São Paulo, Forense, setembro e outubro de 2004, pág. 63 e segs.

² Seguindo-se a trilha deixada por Degenkolb e de Polz, a exemplo do que se fez em estudo anterior (MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público*. Curitiba, Editora Juruá, 2005), vê-se que a pretensão à tutela jurisdicional há de ser vista como um direito constitucionalmente assegurado (Orientando-se por esse norte: ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milão, 1962, 1ª ed., pág. 90; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo, Editora Saraiva, 1994, 17ª ed., pág. 184; TUCCI, Rogério Lauria. *Da ação e do processo civil na teoria e na prática*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, 2ª ed., pág. 27; TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, pág. 161; WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen I. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, pág. 46). Nunca é demais ressaltar que a detenção do monopólio² do poder de "dizer o direito", a teor do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna, faz nascer para o Estado o correlato dever de prestar a tutela jurisdicional, sempre que a sua concessão é exigida por quem se mostra autorizado a tanto (Orientando-se por esse norte: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994, 10ª ed., pág. 252; COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, tradução de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, 3ª ed., p. 15; ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milão, 1962, 1ª ed., pág. 90; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo, Editora Saraiva, 1994, 17ª ed., pág. 184; SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, pág. 713; TOURINHO

concreto e suficientemente apta à justa resolução desse,³ há de se verificar se é possível dar ao artigo 285-A do Código de Processo Civil uma interpretação que, sem o colocar em rota de colisão com tal consequência da detenção do monopólio⁴ do poder de “dizer o direito”,⁵ dê o devido respeito a outros valores igualmente previstos em nossa Lei Maior, a exemplo do que se dá com o devido processo legal e o contraditório.

O PROCESSO COMO SERVIÇO PÚBLICO

Em estudo anteriormente efetuado,⁶ verificou-se que inicialmente se enxergou o processo como um contrato,⁷ devido à circunstância de as partes se comprometerem a “*accipere iudicium*”⁸ por intermédio da “*litiscontestatio*”.⁹ A necessida-

FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo, Editora Saraiva, 2002, 4ª ed., revista e atualizada., pág. 103; TUCCI, Rogério Lauria. *Da ação e do processo civil na teoria e na prática*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, 2ª ed., pág. 27; TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, pág. 161; WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen I. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, pág. 46. De idêntico norte se serviu Ovidio Araújo Baptista da Silva, ao destacar que o “...monopólio da jurisdição criou ao Estado o dever de prestar jurisdição e a seus súditos o direito e a pretensão a serem ouvidos em um tribunal regular e que lhes preste justiça.” (SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume I. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 17). Semelhante explanação nos é dada por Fábio Gomes, em comentários nos seguintes termos: “Organizado o Estado e estabelecida a sua ordem jurídica, o que implica a imposição de regras de conduta a serem observadas pelos cidadãos, automaticamente estará proibida a estes a defesa ou a realização própria (autotutela) dos interesses sob a proteção do direito. Em outras palavras, entendemos a vedação à autotutela pressuposto inafastável à organização e à própria existência do Estado. Em decorrência dessa proibição surge, também como pressuposto, o dever-poder do Estado de prestar jurisdição a todos quantos proibiu autodefenderem-se.” (GOMES, Fábio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 252). Em idêntico sentido: BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE Editora, 2002, 3ª ed., págs. 93 e 95; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo, Editora Saraiva, 2002, 4ª ed., revista e atualizada., pág. 105).

³ Nesses termos: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público*. Curitiba, Editora Juruá, 2005, págs. 112 e 113

⁴ MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Barcelona, José Maria Bosch Editor, 1992, quinta edición, pág. 58.

⁵ Assim afirmamos em: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Da pretensão à tutela jurídica e dos aspectos referentes à relação jurídica processual, in *CDROM da Revista Forense*, vol. 355, 2001. A esse respeito: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo, Editora Saraiva, 1999, 2ª ed., pág. 31; SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume I. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 26; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo, Editora Saraiva, 2002, 4ª ed., revista e atualizada., pág. 205. Complementando esses singelos e resumidos dizeres acerca da jurisdição, Manuel Galdino Paixão Júnior a define como a “...atividade de declarar e fazer atuar o direito do caso concreto” (PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. *Teoria Geral do Processo*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2002, pág. 20).

⁶ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público*. Curitiba, Editora Juruá, 2005, págs. 201 a 203.

⁷ Cf. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de direito processual penal*, volume 1. São Paulo, Editora Saraiva, 1977, pág. 322.

⁸ Nesse sentido: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, 10ª ed., pág. 276.

⁹ Nessa linha: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, 10ª ed., pág. 22; KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle e revisão de Maria Armada de Saint-Maurice, Lisboa, Edição de Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pág. 445.

Ao definir a “*contestatio*”, Fritz Schulz proferiu: “*La expresión litis contestatio, se usa para designar el momento final del procedimiento in iure y aun de todo el procedimiento.*” (SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1960, pág. 14).

Gaston May orientou-se por idêntico norte, ao asseverar: “*Après la litis contestatio, l’instance entrait dans sa seconde phase, le iudicium.*” (MAY, Gaston. *Éléments de Droit Roman*. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, dix-huitième édition, pág. 614).

de de se enfrentar o tema sob prisma diverso adveio do fato de a referida teoria ter se tornado frágil no momento em que se percebeu que em nada depende das partes a sua submissão ao decidido em Juízo.¹⁰ Aliando-se tal circunstância à dificuldade de catalogar o processo como “delito” ou “quase-delito”, percebe-se o porquê de se ter se socorrido à figura do “quase-contrato” com o intuito de se poder elucidá-lo,¹¹ em tentativa que igualmente restou infrutífera, a teor do ressalvado noutra oportunidade,¹² em decorrência de não se ter “...*uma idéia segura do que pudesse significar esta figura*”.¹³

Com o fim da insistência em querer ver o processo como instituto de Direito Privado¹⁴ e com a publicação do estudo intitulado “*Die Lehre von den Processeinreden und die Prozessvoraussetzungen*”, de Oskar Von Büllow,¹⁵ sedimentou-se a noção de que o processo é uma relação jurídica de natureza pública, distinta da de direito material que é encaminhada à apreciação do órgão jurisdicional,¹⁶ constatação que jamais teve por intuito desmerecer as teorias de James Goldschmidt,¹⁷ Elio Fazzalari¹⁸ e Jaime Guasp,¹⁹ cuja leitura se revela obrigatória para a compreensão do instituto do processo.

Sem embargo do enorme mérito que se tem de atribuir à teoria elaborada por Oskar Von Büllow,²⁰ tivemos a oportunidade de, em estudo a respeito da natureza jurídica do processo,²¹ sustentar quebra de paradigma destinada a conferir-lhe feição de “...*serviço público constitucionalmente colocado à disposição dos*

¹⁰ Assim também: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, 10ª ed., pág. 277.

¹¹ Nessa linha: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, 10ª ed., pág. 278; COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 3ª ed., pág. 61.

¹² MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público*. Curitiba, Editora Juruá, 2005, págs. 203 a 204.

¹³ PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. *Teoria Geral do Processo*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2002, pág. 140.

¹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, 10ª ed., pág. 278.

¹⁵ BÜLLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires, EJEJA, 1964.

¹⁶ BÜLLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires, EJEJA, 1964, p. 1 e segs. Tecendo comentários acerca do tema: BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE Editora, 2002, 3ª ed., págs. 28 e 29; ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação - Direito de demandar*. Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1942, 2ª ed., págs. 39 e 42; TORNAGHI, Hélio. *A Relação Processual*. São Paulo, Editora Saraiva, 1987, 2ª ed., pág. 8.

¹⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires, 1961, pág. 64 e segs.

¹⁸ A respeito: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994, 10ª ed., pág. 283.

¹⁹ GUASP, Jaime *apud* PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. *Teoria Geral do Processo*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2002, pág. 144.

²⁰ BÜLLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires, EJEJA, 1964.

²¹ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público*. Curitiba, Editora Juruá, 2005, págs. 209 a 235.

que dele porventura necessitem,²² e reclamem o seu desempenho mediante o exercício da “actio”,²³ por que o Juiz se desincumbe da função de dizer o direito para o caso concreto encaminhado à sua apreciação.”²⁴

EFETIVIDADE PROCESSUAL A QUALQUER CUSTO?

Justamente por se estar diante de “...serviço público²⁵ que se destina a entregar a tutela jurisdicional a quem a invoque por meio do exercício do direito²⁶ constitucionalmente assegurado²⁷ a que se deu a denominação de ação”,²⁸ tem-se

²² Nunca é demais lembrar que o serviço público, por sua essência, tem por intuito “... la satisfacción de besoins collectifs jugés essentiels.” (WIGNY, Pierre. *Droit Administratif: Principes Généraux*. Bruxelles, Editions Bruylant, 1953, pág. 27). Em semelhantes dizeres, Jean Rivero assim se pronuncia a propósito: “Le service public est une forme de l’action administrative dans laquelle une personne publique assume la satisfaction d’un besoin d’intérêt général.” (RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris, Précis Dalloz, 1975, 7ª edição, pág. 423). Emitindo semelhante ressalva: CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, II. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, sexta edição atualizada, pág. 425; DUEZ, Paul e DEBEYRE, Guy. *Traité de Droit Administratif*. Paris, Librairie Dalloz, 1952, pág. 535; FLORINI, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*, tomo II. Argentina, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, segunda edição atualizada, reimpressão, pág. 210; GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuario y del administrado*, tomo 2. Belo Horizonte, Del Rey, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, quinta edição, VI-34; JUAN, Eduardo Barrachina. *Lecciones de Derecho Administrativo*, II. Barcelona, PPU, pág. 804; LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, Troisième Édition, pág. 208; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1976, 3ª edição, pág. 335; OCANA, Luis Morell. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II. Pamplona, Aranzadi Editorial, 1999, cuarta edición, pág. 146; PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de Derecho Administrativo*, volumen II. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2000, segunda edición, pág. 310; PELLICER, José A. López. *Lecciones de Derecho Administrativo*, II. Murcia, Diego Marín Librero-Editor, 1998, segunda edición, pág. 113.

²³ A respeito do exercício do direito de ação e das conseqüências que dele decorrem: ASSIS, Araken de. *Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 40; BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE Editora, 2002, 3ª ed., pág. 95; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994, 10ª ed., pág. 245; SATTI, Salvatore e PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. Padova, Cedam, 2000, tredicesima edizione, a cura di Carmine Punzi, p. 128 e 129; SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, pág. 713; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo, Editora Saraiva, 2002, 4ª ed., revista e atualizada, pág. 103.

²⁴ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público*. Curitiba, Editora Jurua, 2005, pág. 225.

²⁵ Sempre lembrando que, na esteira de Laubadère, valemo-nos da concepção material de serviço público (in RIBEIRO, Manoel. *Direito Administrativo*, 2º volume. Salvador, Editora Itapoã Ltda., 1964, págs. 72 e 73). Nesse ponto, é de se observar que Eduardo Barrachina Juan assim se manifesta acerca do serviço público: “El servicio público es una actividad prestada por la Administración pública, que regulada por el Derecho público, tiende a satisfacer una necesidad de carácter general.” (JUAN, Eduardo Barrachina. *Lecciones de Derecho Administrativo*, II. Barcelona, PPU, pág. 807).

²⁶ in WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen I. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, pág. 46. Discorrendo acerca do tema: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994, 10ª ed., págs. 248 e 249; ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação - Direito de demandar*. Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1942, 2ª ed., págs. 40 e 58; GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*, volume I. São Paulo, Editora Bookseller, Tradução de Lisa Pary Scarpa, 2003, 1ª ed., pág. 16; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. e GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, 3ª ed., revista e atualizada, pág. 109; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo, Editora Saraiva, 2002, 4ª ed., revista e atualizada, pág. 105. Analisando o direito abstrato de agir idealizado por Degenkolb, Guilherme Estellita assim o descreve: “...se dirige contra o Estado. É um direito subjetivo público, porque incide no exercício de um poder público.” (ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação - Direito de demandar*. Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1942, 2ª ed., pág. 53).

²⁷ Nessa linha: ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milão, 1962, 1ª ed., pág. 90; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo, Editora Saraiva, 1994, 17ª ed., pág. 184; TUCCI, Rogério Lauria. *Da ação e do processo civil na teoria e na prática*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, 2ª ed., pág. 27; TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, pág. 161; WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen I. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, pág. 46.

²⁸ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público*. Curitiba, Editora Jurua, 2005, pág. 233.

de levar em conta que não é lícito ao Juiz se abster de se desincumbir do dever-poder²⁹ de prestá-la,³⁰ em conformidade com o consubstanciado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Haja vista o caráter constitucional de que se reveste a questão atinente à (in)constitucionalidade do artigo 285-A do Código de Processo Civil, uma vez que diz respeito à (in)observância de princípios consagrados em nosso texto constitucional, notadamente valores consubstanciados nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º da Lei Maior, faz-se mister avaliar se é viável conferir à regra consubstanciada no *caput* do dispositivo infraconstitucional supracitado uma interpretação que lhe permita ter uma convivência harmoniosa com a Carta Magna.³¹ Até mesmo porque, em um sistema constitucional como o nosso, reserva-se à Constituição uma posição de supremacia sobre as normas infraconstitucionais integrantes da ordem jurídica.³²

Por sinal, há de se aliar a supremacia constitucional à premissa levantada por Juarez Freitas, no sentido de que “...a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação”,³³ donde se percebe que urge conferir à regra consubstanciada no *caput* do artigo 285-A do Código de Processo Civil uma interpretação que lhe permita ter uma convivência harmoniosa não só com a Carta Magna, mas também com as demais normas jurídicas integrantes do sistema.

Dito isso, incumbe notar que o artigo 285-A do Código de Processo Civil traz consigo autorização para que o Juiz, em se tratando de matéria unicamente de direito e contrária a julgados de total improcedência por ele anteriormente preferi-

²⁹ Essa designação é fruto de estudo efetuado por Celso Antônio Bandeira de Mello a que nos reportamos em ensaio anteriormente realizado (MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Exegese do inciso VI do artigo 84 da Carta Magna. *In CDROM da Revista Forense*, vol. 368; *in Revista Forense*, vol. 375. São Paulo, Forense, setembro e outubro de 2004, pág. 63 e segs.). Esse, após deduzir que “(...) o poder, na competência, é a vicissitude de um dever” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2001, 14ª ed., pág. 125), optou por definir a competência como “(...) o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, pág. 34).

Igualmente revelando-se atentos à obrigatoriedade de exercício da competência: MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid, Editorial Trivium S.A., 1999, vigésima edición, pág. 155; PELLICER, Jose A. Lopez. *Lecciones de Derecho Administrativo*, I. Murcia, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1987, pág. 222.

³⁰ À semelhança do que defendemos no tocante à Administração Pública (MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Exegese do inciso VI do artigo 84 da Carta Magna. *In CDROM da Revista Forense*, vol. 368; *in Revista Forense*, vol. 375. São Paulo, Forense, setembro e outubro de 2004, pág. 63 e segs.).

³¹ Elucidativa é a lição de Luís Roberto Barroso a respeito do instituto da interpretação conforme a Constituição (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo, Editora Saraiva, 1999, 3ª ed., pág. 180 e segs.).

³² Manifestando-se a respeito do tema, Luís Roberto Barroso teceu comentário deste teor: “Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo, Editora Saraiva, 1999, 3ª ed., pág. 156). Nesse mesmo sentido: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armênio Amado Edit., Trad. João Baptista Machado, 1979, 4ª ed., pág. 310; MALUF, Sahid. *Curso de Direito Constitucional*, volume 2º. São Paulo, Sugestões Literárias S.A., 1970, 5ª ed., pág. 46; RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Edit. Saraiva, 1970, pág. 41; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1992, 9ª ed., pág. 47; TUCCI, Rogério Lauria. e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 1.

³³ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo, Malheiros Editores, 2002, 3ª ed., revista e ampliada, págs. 75 e 275.

dos em outros casos idênticos, dispense a citação do réu e profira sentença em que simplesmente os reproduza com o escopo de julgar a circunstância concreta encaminhada à sua apreciação.

Uma análise meramente perfunctória do teor do *caput* do artigo 285-A do Código de Processo Civil já traz à tona uma perceptível antinomia em relação ao preceituado no artigo 474 do mesmo diploma legal. Diz-se isso porque este estabelece que “...reputar-se-ão deduzidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”, o que nos leva a inferir que não basta que se trate de “*outros casos idênticos*”, porquanto é possível que se apresentem argumentos que, esquecidos pelos autores dos anteriores pedidos “*de total improcedência*”, tenham o condão de dar destino diverso às causas sujeitas à incidência daquele dispositivo legal.

Nesse ponto, há de se lembrar, com fulcro em Norberto Bobbio, que “...o Direito não tolera antinomias”,³⁴ motivo por que essas “...não **devem** existir”,³⁵ tendo-se de, na esteira de Celso Antônio Bandeira de Mello, “...entre alternativas de interpretação, adotar aquela que se apresenta como mais ajustada à inteireza do texto onde se encontra regra sub examine, aquela que não contravém a princípios básicos e que não se choca com absurdos ou inconveniências óbvias.”³⁶

O certo é que dificilmente não se percebe inconstitucionalidade, por afronta ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, na impossibilidade de se levar à apreciação jurisdicional argumento que, por ser inédito, não tenha sido levado em consideração no julgamento de questão antes examinada em sede de “*outros casos idênticos*”.

Não se desconhece que surgirão alegações no sentido de que a referida objeção pode ser facilmente levantada sob a argüição de que há de se conferir ao artigo 285-A do Código de Processo Civil interpretação que reconheça a sua incidência tão-somente sobre as circunstâncias em que não só se trate de “*casos idên-*

³⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, Editora UNB, 1999, 10ª ed., pág. 81.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília, Editora UNB, 1999, 10ª ed., pág. 110. Vide: DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo, Editora Saraiva, 2000, 6ª ed., pág. 26; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, págs. 254 e 255. No entender de Alexandre Pasqualini, o interior do sistema traz solução para toda e qualquer antinomia, “...o que pode auxiliar decisivamente na tarefa de busca da melhor exegese para o caso.” (PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico: Uma introdução à interpretação sistemática do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999, pág. 107). A propósito, leia-se: “As normas, que entram para constituir um ordenamento, não ficam isoladas, mas tornam-se parte de um sistema, uma vez que certos princípios agem como ligações, pelas quais as normas são mantidas juntas de maneira a constituir um bloco sistemático.” (T. Perassi. *Introduzione alle scienze giuridiche*. 1953, p. 32 apud BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, Editora UNB, 1999, 10ª ed., pág. 75).

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, pág. 195. Na lição de Rafael Bielsa, lê-se que “...la interpretación de la ley es el conocimiento consciente de la norma, **del valor y del fin de ella**” (BIELSA, Rafael. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1954, segunda edición, aumentada, pág. 22). Nesse ponto, merece destaque o afirmado por Rogério Gesta Leal, no sentido de que “...os juízes não mais podem contentar-se com simples deduções a partir da observância fria e matemática dos textos legais, porém necessitam reportar-se desde a letra da lei à intenção que guiou a sua redação, à vontade do legislador, e interpretar a norma de acordo com aquela vontade, já que o que conta é o fim a ser perseguido, o espírito mais do que os termos rígidos das regras.” (LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 1999, 2ª ed., pág. 85).

ticos”, mas também de equivalentes argumentos a embasarem tais pretensões de direito material.

Nada obstante a negativa de vigência ao artigo 319 do Código de Processo Civil e ao inciso II do artigo 330 do mesmo diploma legal possa ser afastada pela indiscutível constatação de que a justiça há de ser concebida “... *como o norte a ser seguido pelo Direito*”,³⁷ ainda que o réu não o esteja perseguindo, uma vez que o Jurista deve ter em mente o único propósito de “*faire régner la Justice*”,³⁸ revelar-se inadmissível que se negue ao réu a possibilidade de fazer uso da prerrogativa prevista no inciso II do artigo 269 do Código de Processo Civil.

Nessa ordem de idéias, revela-se inviável ignorar a inconstitucionalidade de que se reveste, por afronta ao princípio da separação de poderes consubstanciado no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, a decisão judicial que, nos termos do *caput* do artigo 285-A do Código de Processo Civil, julga improcedente pedido que, conquanto tenha sido julgado totalmente improcedente em “*outros casos idênticos*”, venha sendo acolhido pelo Poder Público, em virtude da adoção de novo posicionamento, em processos que estejam tramitando na esfera administrativa.

Ora, nada impede que o Poder Público, a despeito de estar se saindo vencedor em demandas judiciais que versem sobre idênticos pedido e causa de pedir, mude seu posicionamento em âmbito administrativo e passe a acolhê-los em tal esfera. Em tais circunstâncias, sujeitar-se-á ao alcance da mácula de inconstitucionalidade, por inobservância do princípio consagrado no artigo 2º da Carta Magna, o Órgão Jurisdicional que, ignorando o intuito do Poder Público de reconhecer a procedência do pedido na forma prevista no inciso II do artigo 269 do Código de Processo Civil, vier a “*reproduzir*” sentença, “*de total improcedência*” do pleito, proferida “*em outros casos idênticos*”, nos termos do *caput* do artigo 285-A desse diploma legal.

Conquanto possam vir a reconhecer que a afronta ao preceituado no artigo 214 do Código de Processo Civil, e a correspondente nulidade decorrente de ausência de citação do demandado, pode ser afastada sob o argumento de que, com a adoção da prerrogativa prevista no *caput* do artigo 285-A desse, estará o Juiz decidindo o mérito “... *a favor da parte*” a quem aproveita a declaração de nulidade, nunca se poderá permitir afronta à bilateralidade do processo, atinente ao contraditório consagrado no inciso LV do artigo 5º da Lei Maior.³⁹ Daí por que se

³⁷ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público*. Curitiba, Editora Juruá, 2005, pág. 104. Cf. RADBRUCH. *Introdução a La Filosofia del Derecho*. Tradución de Wenceslao Roces, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, pág. 43. De mesmo entendimento: BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias sobre a Justiça: Apontamentos para a história da Filosofia do Direito*. Editora Juarez de Oliveira, 2000, pág. 2; FERRAZ JÚNIOR. *Introdução ao estudo do Direito*. 1994, 2ª ed., pág. 358.

³⁸ PICARD, Edmond. *Le Droit Pur*. Paris, Ernest Flammarion Éditeur, Bibliothèque de Philosophie scientifique, 1920, p. 303. À semelhança do que ressaltamos noutro estudo (MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público*. Curitiba, Editora Juruá, 2005, pág. 105), é de se notar que se trata de finalidade que se justifica em decorrência de se estar diante de valor que se situa entre as virtudes primeiras das atividades humanas (RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e de Lenita M. R. Esteves, São Paulo, Martins Fontes, 1997, pág. 4).

³⁹ A respeito da “bilateralidade do processo”: DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo: Introdução ao Direito Processual Constitucional*. Volume I. Curitiba, Juruá Editora, 2003, pág. 169.

revela inconstitucional e, como tal, sujeito a recurso e ação rescisória,⁴⁰ por afronta ao princípio do contraditório, o provimento judicial que, impondo-se arbitrariamente, dispensa a citação e simplesmente “reproduz” o teor de sentença “*de total improcedência*” que tenha sido proferida “*em outros casos idênticos*”, nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, sequer se preocupando o Juiz em verificar, junto ao próprio réu, se a sua vontade é a de ver o pedido do autor ser julgado improcedente.

E o que se dirá dos casos em que o autor ingressa em Juízo para não se ver privado de um bem cuja posse lhe está sendo turbada ou esbulhada “*por ato de apreensão judicial*”, a exemplo do que ocorre em sede de embargos de terceiro?⁴¹ É evidente que a aplicação da regra prevista no artigo 285-A do Código de Processo Civil, com o indeferimento de plano da petição inicial ajuizada com fundamento no artigo 1.046 do mesmo diploma legal, atenta contra o estabelecido no inciso LIV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que determina que ninguém será privado de seus bens “*...sem o devido processo legal*”. Cuida-se de constatação que se apresenta ainda mais nítida na hipótese de o órgão Jurisdicional ter se amparado, para o julgamento dos “*outros casos idênticos*” em que se tenham proferido sentenças “*de total improcedência*”, em raciocínio jurídico totalmente equivocado no tocante à apreciação das turbações ou dos esbulhos levados à apreciação judicial em sede de demandas anteriormente promovidas com fundamento no artigo 1.046 do Código de Processo Civil. Jamais se esqueça que o “devido processo legal”, como bem assevera Raquel Fernandez Perrini, exige a presença de uma “*...efetiva realização da justiça, por meio de outras garantias a ela relacionadas*”,⁴² a exemplo do que ocorre com o “*...livre acesso à jurisdição*”.⁴³

À semelhança das situações anteriormente enfrentadas, muitas outras poderiam ter sido lembradas ao longo do presente estudo, motivo por que se revela imprescindível que a aplicação do artigo 285-A do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei n.º 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, seja cercada de cuidados de forma a não o revestir de inconstitucionalidade decorrente de afronta a valores consagrados em nossa Carta Magna.

⁴⁰ OLIVEIRA, Robson Carlos. Ação rescisória de sentença baseada em Lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, via controle difuso de constitucionalidade: Crítica à Súmula 343 do STF. In NERY JR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e assuntos afins*. V. 9. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006. págs. 536 a 538.

⁴¹ Lembre-se que os “embargos de terceiro” não estão livres de se referirem a matérias exclusivamente de direito (A esse respeito: RODRIGUES, Ruy Zach. *Embargos de Terceiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 121), a exemplo do que pode ocorrer em discussão a respeito da abrangência da impenhorabilidade do bem de família (RODRIGUES, Ruy Zach. *Embargos de Terceiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, págs. 48 e 49).

⁴² PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da Justiça Federal Comum*. São Paulo, Editora Saraiva, 2001, pág. 03.

⁴³ PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da Justiça Federal Comum*. São Paulo, Editora Saraiva, 2001, pág. 03.

À GUIA DE CONCLUSÃO

Não será surpresa se surgirem alegações no sentido de que as alterações propostas pela Lei n.º 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, justificam-se incondicionalmente em virtude da necessidade de cada vez mais se trazer efetividade ao processo judicial. Também não se desconhece a possibilidade de virem a defender as inovações trazidas pelo artigo 285-A do Código de Processo Civil, sob o argumento de que devem ser plenamente integradas ao meio jurídico em prol da economia processual. Sem dúvida alguma, encontrar-se-ão bem amparados os que seguirem esse caminho, porquanto há muito se vem observando, na esteira de Humberto Theodoro Júnior, que “... os juristas da área voltaram suas bússolas para a idéia de efetividade”.⁴⁴

Sem querer desmerecer tais argumentos e jamais se tendo por intuito impor ao leitor um entendimento “neste” ou “naquele” sentido, compreende-se que não se revela viável que a busca pela efetividade processual implique, por meio de interpretação acrítica e alheia à necessária cautela de que há de se revestir toda e qualquer exegese de uma norma jurídica, “passar por cima” de garantias e direitos consagrados em nossa Lei Maior pelo legislador constituinte.

Do contrário, qual será o próximo passo a ser tomado em prol da efetividade processual? O reconhecimento da possibilidade de serem proferidas sentenças de procedência sem a oitiva da parte ré? Será esse o caminho?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo, Editora Saraiva, 1999, 3ª ed.

BIELSA, Rafael. Derecho Constitucional. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1954, segunda edición, aumentada.

BITTAR, Eduardo C. B. Teorias sobre a Justiça: Apontamentos para a história da Filosofia do Direito. Editora Juarez de Oliveira, 2000.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, Editora UNB, 1999, 10ª ed.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Execução. Rejeição dos embargos do devedor. Relevância do recurso de apelação. Perigo de dano de difícil reparação. Atribuição de efeito suspensivo ao recurso. In *Revista dos Tribunais*, Ano 87, v. 785, setembro de 1998, Ed. Revista dos Tribunais, p. 134 apud MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência*. Curitiba, Juruá Editora, 2003, pág. 149. Também se mostraram atentos a essa tendência: CARPI, Federico. *La Provvisoria Esecutorià della sentenza*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, pág. 12; CHIAVARIO. *Processo e garanzia della persona*. Milano, 1976, pág. 229.

BOSCHI, José Antônio Paganella. Ação Penal. Rio de Janeiro, AIDE Editora, 2002, 3ª ed.

BÜLLOW, Oskar Von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Buenos Aires, EJE, 1964.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, II. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, sexta edición actualizada.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo, Malheiros Editores, 1994, 10ª ed.

COUTURE, Eduardo J. Introdução ao Estudo do Processo Civil, tradução de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, 3ª ed.

DANTAS, Ivo. Constituição e Processo: Introdução ao Direito Processual Constitucional. Volume I. Curitiba, Juruá Editora, 2003.

DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. São Paulo, Editora Saraiva, 2000, 6ª ed.

DUEZ, Paul e DEBEYRE, Guy. Traité de Droit Administratif. Paris, Librairie Dalloz, 1952.

ESTELLITA, Guilherme. Direito de ação – Direito de demandar. Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1942, 2ª ed.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. São Paulo, Editora Saraiva, 1999, 2ª ed.

FERRAZ JÚNIOR. Introdução ao estudo do Direito. 1994, 2ª ed.

FIORINI, Bartolomé A. Derecho Administrativo, tomo II. Argentina, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, segunda edición actualizada, reimpresión.

FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. São Paulo, Malheiros Editores, 2002, 3ª ed., revista e ampliada.

GOLDSCHMIDT, James. Direito Processual Civil, volume I. São Paulo, Editora Bookseller, Tradução de Lisa Pary Scarpa, 2003, 1ª ed.

_____. Principios generales del proceso. Buenos Aires, 1961.

GOMES, Fábio. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuario y del administrado, tomo 2. Belo Horizonte, Del Rey, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, quinta edición.

KASER, Max. Direito Privado Romano. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle e revisão de Maria Armanda de Saint-Maurice, Lisboa, Edição de Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra, Armênio Amado Edit., Trad. João Baptista Machado, 1979, 4ª ed.

JUAN, Eduardo Barrachina. Lecciones de Derecho Administrativo, II. Barcelona, PPU.

LAUBADÈRE, André de. Manuel de Droit Administratif. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, Troisième Édition.

LEAL, Rogério Gesta. Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 1999, 2ª ed.

MALUF, Sahid. Curso de Direito Constitucional, volume 2º. São Paulo, Sugestões Literárias S.A., 1970, 5ª ed.

MAY, Gaston. Éléments de Droit Roman. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, dix-huitième édition.

MATEO, Ramón Martín. Manual de Derecho Administrativo. Madrid, Editorial Trivium S.A., 1999, vigésima edición.

MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Exegese do inciso VI do artigo 84 da Carta Magna. In CDROM da Revista Forense, vol. 368; in Revista Forense, vol. 375. São Paulo, Forense, setembro e outubro de 2004, págs. 63 e segs.

_____. *Da pretensão à tutela jurídica e dos aspectos referentes à relação jurídica processual*, in CDROM da Revista Forense, vol. 355, 2001.

_____. *Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público. Curitiba, Editora Juruá, 2005.*

MENDEZ, Francisco Ramos. Derecho Procesal Civil, tomo I. Barcelona, José Maria Bosch Editor, 1992, quinta edición.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. Filosofia y Derecho en Norberto Bobbio. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1976, 3ª edição.

NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e assuntos afins. V. 9. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OCAÑA, Luis Morell. Curso de Derecho Administrativo, tomo II. Pamplona, Aranzadi Editorial, 1999, cuarta edición.

OLIVEIRA, Robson Carlos. Ação rescisória de sentença baseada em Lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, via controle difuso de constitucionalidade: Crítica à Súmula 343 do STF. In NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e assuntos afins. V. 9. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. Teoria Geral do Processo. *Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2002.*

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica e Sistema Jurídico: Uma introdução à interpretação sistemática do Direito. *Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999.*

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. Principios de Derecho Administrativo, *volumen II. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2000, segunda edición.*

PELLICER, José A. López. Lecciones de Derecho Administrativo, *II. Murcia, Diego Marín Librero-Editor, 1998, segunda edición.*

PERRINI, Raquel Fernandez. Competências da Justiça Federal Comum. *São Paulo, Editora Saraiva, 2001.*

PICARD, Edmond. Le Droit Pur. *Paris, Ernest Flammarion Éditeur, Bibliothèque de Philosophie scientifique, 1920.*

RADBRUCH. Introducción a La Filosofía del Derecho. *Traducción de Wenceslao Roces, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.*

RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. *Tradução de Almiro Pisetta e de Lenita M. R. Esteves, São Paulo, Martins Fontes, 1997.*

RIBEIRO, Manoel. Direito Administrativo, *2º volume. Salvador, Editôra Itapoã Ltda., 1964.*

RIVERO, Jean. Droit Administratif. *Paris, Précis Dalloz, 1975, 7ª edition.*

RODRIGUES, Ruy Zach. Embargos de Terceiro. *São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.*

ROCCO, Alfredo. La sentenza civile. *Milão, 1962, 1ª ed.*

RUSSOMANO, Rosah. Curso de Direito Constitucional. *São Paulo, Edit. Saraiva, 1970.*

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, *v. I. São Paulo, Editora Saraiva, 1994, 17ª ed.*

SATTA, Salvatore e PUNZI, Carmine. Diritto Processuale Civile. *Padova, Cedam, 2000, tredicesima edizione, a cura di Carmine Punzi.*

SCHULZ, Fritz. Derecho romano clásico. *Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1960.*

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. *São Paulo, Malheiros Editores, 1992, 9ª ed.*

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil, *volume I. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.*

_____. *GOMES, Fábio*. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, 3ª ed., revista e atualizada.

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

TORNAGHI, Hélio. A Relação Processual. São Paulo, Editora Saraiva, 1987, 2ª ed.

_____. Instituições de direito processual penal, volume 1. São Paulo, Editora Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo, Editora Saraiva, 2002, 4ª ed., revista e atualizada.

TROCKER, Nicolò. Processo Civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, pág. 161;

_____. *CRUZ E TUCCI, José Rogério*. Constituição de 1988 e processo. São Paulo, Saraiva, 1989

TUCCI, Rogério Lauria. Da ação e do processo civil na teoria e na prática. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, 2ª ed.

WACH, Adolf. Manual de Derecho Procesal Civil, volumen I. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

WIGNY, Pierre. Droit Administratif: Principes Généraux. Bruxelles, Editions Bruylant, 1953.

O PROCESSO DO TRABALHO E AS ALTERAÇÕES DO PROCESSO CIVIL, QUANTO À EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA*

Ricardo Fioreze**

I INTRODUÇÃO

Dando continuidade às reformas do Código de Processo Civil, foram incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio as Leis 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006.¹

As alterações agora propostas, assim como aquelas introduzidas anteriormente, notadamente a partir de 1992, buscam tornar o processo civil um autêntico instrumento de realização do direito e, assim, concretizar a promessa constitucional de efetividade da jurisdição como garantia fundamental do cidadão.²

Os objetivos visados pelas alterações introduzidas no processo civil não compreendem aqueles que mantêm proximidade com o processo do trabalho. Várias alterações anteriormente promovidas no processo civil reproduzem princípios e normas há muito adotados no processo do trabalho, como, por exemplo, a realização de citação pela via postal, como regra (CPC, art. 221, inc. I, e 222; CLT, art. 841, § 1º), a realização de audiência tendente à obtenção de conciliação (CPC, art. 331; CLT, art. 843 e 846) e a recorribilidade diferida de decisões interlocutórias, como regra (CPC, art. 522; CLT, art. 893, § 1º).

Não é exagero afirmar, portanto, que os princípios e normas que orientam o processo do trabalho vêm inspirando muitas das alterações introduzidas no processo civil.

Não se pode deixar de reconhecer, contudo, que as alterações introduzidas no processo civil, quando reproduzem princípios e normas próprios ao processo do trabalho, vêm sendo acompanhadas de aperfeiçoamentos que, ao menos segundo a concepção positivista do direito, não se estendem expressamente ao processo do trabalho. Ou seja, o legislador vem se inspirando no processo do trabalho sem, como contrapartida, dotá-lo de alterações que ele igualmente reclama.

* Palestra promovida no dia 22 de setembro de 2006, pela Procuradoria-Geral do Estado do RS – PIDAP.

** Juiz do Trabalho Titular da Vara de Trabalho de Encantado-RS. Professor de Direito Processual do Trabalho na Fundação Escola da Magistratura do Trabalho/RS.

¹ Com termo inicial de vigência, respectivamente, em 24/06/2006, 09/05/2006, 09/05/2006 e 19/05/2006.

² Constituição da República, art. 5º, inc. XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – e LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Em razão desta omissão, das inovações introduzidas no processo civil algumas acabam não se aplicando ao processo do trabalho – como, por exemplo, a dispensa de prova pericial quando as partes, na petição inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos que o juiz considere suficientes à elucidação da controvérsia (CPC, art. 427), inaplicável ao processo do trabalho, ao menos quando a controvérsia envolver a sujeição do empregado a condições de trabalho insalubres e perigosas (CLT, art. 195, § 2º), e a eliminação da liquidação por cálculo (CPC, art. 604), modalidade mantida no processo do trabalho (CLT, art. 879, *caput*) –, enquanto, em relação a outras, surgem razoáveis dúvidas sobre sua incidência no processo do trabalho – como, por exemplo, as restrições ao reexame necessário (CPC, art. 475, §§ 2º e 3º), em contraposição à necessidade de reexame sempre que a decisão seja parcial ou totalmente contrária à Fazenda Pública (Decreto-lei 779/1969, art. 1º, inc. V).

Por meio deste estudo busca-se avaliar, então, se as alterações introduzidas, em particular, pela Lei 11.232/2005 – que, em síntese, disciplina o cumprimento de obrigação de pagar quantia certa estabelecida em decisão judicial – inovam no processo do trabalho e, por extensão, se a ele se aplicam.

Pretende-se, também, e como fim último, acrescentar modestas contribuições ao debate em torno do tema.

II INCIDÊNCIA SUPLETIVA DE DISPOSIÇÕES DO PROCESSO CIVIL NO PROCESSO DO TRABALHO

A incidência de disposições próprias ao processo civil no processo do trabalho encontra-se autorizada no art. 769 da CLT, desde que as normas disciplinadoras deste não tratem da matéria e, também, que com estas – e, em realidade, também com os princípios que orientam o processo do trabalho – não apresentem incompatibilidade as disposições cuja aplicação subsidiária se pretenda.

Na execução, entretanto, a incidência de disposições reguladoras do processo civil somente é viável caso as normas estabelecidas na Lei 6.830/1980 não se mostrem suficientes ao tratamento da matéria, porquanto, segundo o art. 889 da CLT, “Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”, enquanto, conforme o art. 1º da Lei 6.830/1980, “A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União [...] será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.

Ainda que por via indireta – ou seja, quando a Lei 6.830/1980 não se mostre suficiente ao tratamento da matéria –, a incidência, na execução promovida no processo do trabalho, de disposições próprias ao processo civil não dispensa a observância dos requisitos exigidos no art. 769 da CLT, norma que encerra comando geral sobre a aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho.

III ALTERAÇÃO PRINCIPAL INTRODUZIDA PELA LEI 11.232/2005

Não é nova a preocupação com os meios que permitam alcançar ao credor o “bem da vida” – ou seja, tornar concreto o direito – reconhecido em decisão judicial. Basta ver que alterações anteriormente introduzidas no processo civil buscaram aperfeiçoar os meios capazes de assegurar o cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, quando impostas em decisão judicial (CPC, art. 461 e 461-A).

Também não são novas as dificuldades enfrentadas quando se busca tornar concreto o direito reconhecido em decisão judicial, situação explicável porque a entrega do “bem da vida” ao credor, quando não há colaboração do devedor – hipótese que constitui a regra –, exige do juiz o deslocamento de um plano abstrato, onde ele transita com a mera finalidade de dizer o direito – conduta própria ao processo de conhecimento –, para um plano real, onde ele transita com a finalidade de praticar atos concretos, sem os quais não se pode pensar em modificar situações fáticas.

A perceptível diferença entre estes planos influenciou o processo civil a ponto de nele consagrar-se a conhecida dualidade “processo de conhecimento” e “processo de execução”, caracterizada pela existência de um intervalo entre a sentença proferida no primeiro e a instauração do segundo – e, por extensão, de uma nova relação processual – por iniciativa do credor.

A Lei 11.232/2005 rompe com este modelo, ao introduzir alterações que tornam meras fases do próprio processo de conhecimento a liquidação – sendo ela necessária, obviamente – e a execução – agora denominada cumprimento da sentença – de obrigações de pagar quantia certa, evitando a paralisação do processo após a prolação da sentença e possibilitando, se assim requerer o credor, a imediata execução correspondente.

A alteração, reveladora da instituição de um processo sincrético – em que à função cognitiva, própria ao processo de conhecimento, é agregada a correspondente eficácia executiva – agora também com relação a obrigações de pagar quantia certa, não produz reflexos no processo do trabalho. Neste, o procedimento, embora também integrado por disposições que sugerem a dualidade “processo de conhecimento” e “processo de execução”,³ prevê que na mesma relação processual, inclusive por iniciativa do próprio juiz diretor do processo, sejam praticados, em seqüência à prolação da sentença, os atos necessários ao seu cumprimento.⁴ Nada

³ CLT, art. 789 – “[...] as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão [...]” – e 789-A – “No processo de execução são devidas custas [...]”.

A despeito destas disposições, outras também contidas na CLT autorizam entender que a execução, ao menos quando fundada em título executivo judicial, se trata de simples fase do procedimento. Neste sentido, a alínea “f” do art. 712 estabelece que “Compete especialmente aos secretários das Juntas de Conciliação e Julgamento [...] promover o rápido andamento dos processos, especialmente na fase de execução [...]”, e a própria execução, entendida como o conjunto das disposições que a disciplinam, é tratada no Capítulo V, que integra o Título X, este destinado a regular o denominado “Processo Judiciário do Trabalho”.

⁴ CLT, art. 878: “A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ‘ex officio’ pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente [...]”.

mais natural, aliás, tratando-se de procedimento orientado pelo princípio da simplicidade e, pois, avesso a exigências de ordem burocrática.

Embora a Lei 11.232/2005 não inove no processo do trabalho com a principal alteração que introduz no processo civil, cabe avaliar se o mesmo ocorre com as modificações pontuais por meio dela também incorporadas ao ordenamento jurídico.

IV LIQUIDAÇÃO DA OBRIGAÇÃO

No processo do trabalho, o procedimento destinado à liquidação de obrigação de pagar quantia certa estabelecida em sentença, tal como parcialmente disciplinado na CLT (art. 879), não é afetado pelas alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005 – as quais, mesmo quanto ao processo civil, consistem em mera remuneração das disposições então vigentes, e, no que efetivamente inovam, estabelecem que a decisão que julga a liquidação se sujeita a ataque por meio de agravo de instrumento (CPC, art. 475-H).

A dependência do processo do trabalho em relação ao processo civil, no que respeita à liquidação de obrigação de pagar quantia certa, permanece restrita à disciplina procedimental que envolve as modalidades arbitramento e por artigos, mas, ainda nestas hipóteses, não alcança o meio de impugnação cabível contra a respectiva decisão, o qual, no processo do trabalho, independentemente da modalidade de liquidação utilizada, se encontra previsto no § 3º do art. 884 da CLT.

Referido meio, conhecido por impugnação à sentença de liquidação:

a) conforme prevê o § 3º do art. 884 da CLT, tem o seu exercício diferido para o mesmo momento em que pode ser formulada a oposição à execução – esta mediante embargos à própria execução (*caput* do art. 884 da CLT) e embargos à penhora (parte inicial do § 3º do art. 884 da CLT) –, salvo, obviamente, quando a liquidação seja julgada “improcedente” – pelo fato de chegar-se a resultado “zero” ou não restarem provados os artigos de liquidação –, caso em que o seu exercício é imediato;

b) legítima ao seu exercício qualquer das partes – obviamente quando presente o necessário interesse –, de modo que tanto para o credor (e não somente para este, como vem revelando a prática) quanto para o executado é o meio adequado a buscar a discussão das matérias avaliadas pela sentença de liquidação – com relação ao devedor, a dicção contida no § 3º do art. 884 da CLT, no sentido de que “Somente nos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença de liquidação”, deve ser interpretada como sendo “Somente na oportunidade própria aos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença de liquidação”;

c) pode ser exercido ainda que no curso da liquidação seja utilizada a faculdade prevista no § 2º do art. 879 da CLT – abertura de prazo, às partes, para manifestação sobre a conta –, procedimento que convive com – e, não, que exclui – o estabelecido no § 3º do art. 884 da CLT, porque visa a evitar que matérias que

não tenham sido alegadas no prazo assinado para manifestação sobre a conta – obviamente entre aquelas que se sujeitam à preclusão –⁵ sejam invocadas, posteriormente, mediante o exercício da impugnação à sentença de liquidação; e

d) o seu exercício, caso seja utilizada a faculdade prevista no § 2º do art. 879 da CLT no curso da liquidação, subordina-se também à indicação, no prazo assinado para manifestação sobre a conta, dos valores objeto da discordância – e, por extensão, a contrário senso, da indicação do valor que o executado entende correto (em simetria com a regra prevista no § 2º do art. 475-L do CPC).

V ATOS INICIAIS VISANDO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Entre as alterações introduzidas no processo civil pela Lei 11.232/2005, são significativas as que envolvem os atos processuais iniciais que visam ao cumprimento da sentença que impõe obrigação de pagar quantia certa.

O modelo hoje vigente – em que, ajuizada a ação de execução, o devedor é citado para, no prazo de vinte e quatro horas, efetuar o pagamento da dívida ou nomear bens à penhora (CPC, art. 652), atendida a ordem preferencial (CPC, art. 655), sob pena de seguir-se a penhora de bens, tantos quantos bastem ao pagamento do valor da condenação (CPC, art. 659) – passa a consistir no automático curso de prazo legal de quinze dias, com termo inicial coincidente com o momento em que a decisão judicial se torne exequível, para que o devedor voluntariamente cumpra a obrigação, mediante o pagamento da quantia devida, sob pena de sofrer ela acréscimo de multa, de dez por cento, e, a requerimento do credor – mantendo-se, pois, indispensável a iniciativa deste –, proceder-se à imediata penhora de bens que sejam por este indicados.

O modelo hoje vigente no processo civil é bastante próximo ao adotado no processo do trabalho. Neste, embora dispensada a iniciativa do credor, os atos iniciais visando ao cumprimento de obrigação de pagar quantia certa estabelecida em decisão judicial consistem na citação do devedor para, no prazo de quarenta e oito horas, efetuar o pagamento da dívida ou garantir a execução (CLT, art. 880), mediante depósito, à disposição do juízo, da quantia correspondente, atualizada e acrescida de despesas processuais, ou nomeação de bens à penhora, observada a ordem estabelecida no art. 655 do CPC (CLT, art. 882), sob pena de, não ocorrendo o pagamento ou a garantia da execução, seguir-se a penhora de tantos bens quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora (CLT, art. 883). No processo do trabalho, portanto, permite-se ao devedor, caso não efetue o pagamento da dívida, nomear bens à penhora com

⁵ Em síntese, escapam à preclusão: o erro evidente (material); a inobservância de limites impostos no título executivo; e a inobservância de disposições legais que possam ser aplicadas no momento da liquidação, quando silente, a respeito, o título executivo. Neste sentido, observadas as devidas adequações, o entendimento consagrado na OJ 2/TST-Pleno: “O pedido de revisão dos cálculos, em fase de precatório, previsto no art. 1º-E da Lei nº 9.494/97, apenas poderá ser acolhido desde que: [...] b) o defeito nos cálculos esteja ligado à incorreção material ou à utilização de critério em desconformidade com a lei ou com o título executivo judicial [...]”.

a finalidade de garantir a execução, sem que o débito se sujeite a qualquer acréscimo além daqueles previstos em sentença (normalmente restritos a juros de mora e atualização monetária).

As inovações introduzidas no processo civil, quanto aos atos iniciais tendentes ao cumprimento de obrigação de pagar quantia certa estabelecida em decisão judicial, apresentam inegável pertinência com o processo do trabalho, já que este, como regra, tem por objeto créditos revestidos de natureza alimentar, cuja satisfação, portanto, exige a adoção de providências ainda mais eficazes.

Esta pertinência não é suficiente, contudo, a respaldar a irrestrita incidência das alterações ora examinadas.

A necessidade de concretização da promessa constitucional de efetividade da jurisdição não autoriza a desconsideração de outros princípios constitucionais igualmente aplicáveis ao processo, como é o caso do princípio do devido processo legal, o qual, dirigido especialmente ao Estado enquanto responsável pela atividade jurisdicional, impõe subordinação a procedimento especificado em lei.

Conforme já salientado, o procedimento previsto na CLT estabelece que o devedor seja citado para, no prazo de quarenta e oito horas, efetuar o pagamento da dívida ou garantir a execução, mediante depósito da quantia correspondente ou mediante nomeação de bens à penhora. Certamente contravém tal disciplina a alteração introduzida pela Lei 11.232/2005, que, consoante igualmente já referido, assegura primeiro ao credor, caso não seja efetuado o pagamento espontâneo da obrigação, indicar bens à penhora. Assim, a incidência, no processo do trabalho, da norma contida no § 3º do art. 475-J do CPC encontra óbice intransponível na regra estabelecida no art. 889 da CLT.

Diverso é o destino que se deve dar à norma objeto da parte inicial do *caput* do art. 475-J do CPC, que institui, na linha que vem orientando outras reformas do processo civil, voltadas à obtenção do resultado específico – ou seja, o mesmo resultado que se obteria caso a obrigação fosse cumprida espontaneamente, independentemente de intervenção judicial –, típico meio de coerção patrimonial, cuja utilização seja capaz de, ao exercer pressão psicológica sobre a vontade do devedor, convencê-lo a cumprir a obrigação. Conquanto inicialmente destinada à obtenção de cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, a medida, ao menos a partir da vigência da Lei 10.444/2002, que alterou o § 3º do art. 273 do CPC, passou a ser admitida para obtenção do cumprimento de decisão antecipatória dos efeitos da tutela de mérito envolvendo obrigação de pagar quantia certa, e agora é definitivamente consagrada como apta, igualmente, à obtenção do cumprimento de obrigação de pagar quantia certa imposta em decisão resolutória de mérito – com a diferença de que, aqui, o seu valor foi previamente fixado pelo legislador, enquanto lá, deve ser fixado pelo juiz, em obediência aos critérios de suficiência e compatibilidade com a obrigação (CPC, art. 461, § 4º).

Porque disciplinada por preceito que não contravém as disposições previstas no Título X da CLT – ao contrário, com elas se compatibiliza perfeitamente –, aplica-se ao processo do trabalho a multa instituída no art. 475-J do CPC. Aliás,

não seria lógico recusar a aplicação da medida quanto a decisões finais, se vem sendo ela admitida em situações que exijam o cumprimento de decisão antecipatória dos efeitos da tutela de mérito.

Outrossim, a incidência da multa estabelecida no art. 475-J do CPC, no processo do trabalho, não é prejudicada pela necessidade de, num primeiro momento, assegurar ao devedor o direito de nomear bens à penhora. Basta que sejam adotadas providências que harmonizem os respectivos procedimentos, sugerindo-se, para tanto:

a) tratando-se de quantia já líquida, que a decisão resolutória de mérito que imponha o cumprimento da obrigação alerte expressamente o devedor sobre a incidência da multa caso o pagamento não seja efetuado no prazo de quinze dias e, também, sobre o termo inicial do prazo (CLT, art. 832, § 1º), sem prejuízo da realização da citação a que se refere o art. 880 da CLT; e

b) tratando-se de quantia ilíquida, que, promovida a correspondente liquidação, a citação a que se refere o art. 880 da CLT, além da finalidade que lhe é peculiar, alerte expressamente o devedor sobre a incidência da multa caso o pagamento não seja efetuado no prazo de quinze dias, agora contado da realização da citação.

Naturalmente, também se aplica ao processo do trabalho a regra posta no § 4º do art. 475-J do CPC, que exclui da incidência da multa, quando se tratar de pagamento parcial efetuado no prazo de quinze dias, o valor assim adimplido.

Ainda a propósito dos atos iniciais tendentes ao cumprimento da sentença, não inovam no processo do trabalho, entre aquelas que compõem o art. 475-J do CPC, as disposições contidas:

a) na parte final do *caput* – a requerimento do credor, expedição de mandado de penhora e avaliação – e no § 5º – arquivamento dos autos, não sendo requerida a execução no prazo de seis meses –, porquanto a execução e a expedição de mandado de penhora, no processo do trabalho, são promovidas de ofício e, portanto, dispensam a iniciativa do credor; e

b) na parte inicial do § 1º – realização de avaliação, concomitantemente à apreensão e depósito do bem sujeito à penhora –, procedimento igualmente já adotado no processo do trabalho.

VI OPOSIÇÃO À EXECUÇÃO

Alterando o regramento que cuida da oposição à execução, quando se tratar de obrigação de pagar quantia certa estabelecida em sentença, a Lei 11.232/2005 prevê que:

a) intimado da penhora, o executado pode oferecer impugnação, no prazo de quinze dias (CPC, art. 475-J, § 1º), e, por meio dela, alegar falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia, inexigibilidade do título, penhora incorreta ou avaliação errônea, ilegitimidade das partes, excesso de execução, e qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, nova-

ção, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença (CPC, art. 475-L);

b) a impugnação fundada em excesso de execução subordina-se à imediata declaração do valor que o executado entende correto, sob pena de rejeição liminar da medida (CPC, art. 475-L, § 2º);

c) o oferecimento da impugnação, como regra, não suspende a execução, mas o efeito suspensivo pode ser concedido desde que sejam relevantes os fundamentos invocados na medida e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação (CPC, art. 475-M);

d) mesmo que atribuído efeito suspensivo à medida, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos (CPC, art. 475-M, § 1º);

e) concedido o efeito suspensivo, a impugnação é instruída e decidida nos próprios autos e, caso contrário, em autos apartados (CPC, art. 475-M, § 2º); e

f) a decisão que julga a impugnação é recorrível por meio de agravo de instrumento ou, quando decretar a extinção da execução, apelação (CPC, art. 475-M, § 3º).

Embora a disciplina introduzida pela Lei 11.232/2005 não contenha previsão específica, a impugnação, não sendo rejeitada liminarmente, pode ser contrariada pelo credor, já que a aplicação subsidiária do art. 740 do CPC, que assegura ao credor a possibilidade de impugnar os embargos, no prazo de dez dias, encontra-se autorizada pelo art. 475-R do CPC.

O processo do trabalho, também no particular, pouco é afetado pelas alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005, porque conta com disciplina própria aplicável à oposição à execução. Assim, no processo do trabalho:⁶

a) ciente da garantia da execução ou da penhora de bens, o executado pode opor embargos à execução propriamente dita, no prazo de cinco dias (CLT, art. 884, *caput*), e, por meio deles, alegar o cumprimento da decisão, quitação ou prescrição da dívida, quando superveniente à sentença (CLT, art. 884, § 1º), e inexistência do título executivo judicial, quando fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tida por incompatível com a Constituição Federal (CLT, art. 884, § 5º);⁷

⁶ Ressalvado o cabimento de exceção de pré-executividade, admitido pela doutrina e jurisprudência, mas cujo exame, em especial quanto a matérias invocáveis e procedimento a ser observado, não é adequado aos limites do presente estudo.

⁷ Prevalece, em doutrina e jurisprudência, entendimento no sentido de que não é taxativo o rol de matérias previsto, em especial, no § 1º do art. 884 da CLT, de modo que é possível também invocar outras, agora previstas no art. 475-L do CPC, como ilegitimidade de partes, excesso de execução, quando não oriunda de excesso de liquidação – porquanto, neste caso, a matéria deve ser alegada por meio de impugnação à sentença de liquidação –, e qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, quando superveniente à sentença, além daquelas arroladas no § 1º do art. 884 da CLT. Em princípio, não pode ser invocada, em embargos à execução, a falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia (CPC, art. 475-L, inc. I), porque o revel, no processo do trabalho, deve ser intimado da sentença (CLT, art. 852) e, por extensão, deve invocar o vício por meio de recurso ordinário.

b) ciente da penhora de bens, o executado pode opor embargos à própria penhora (CLT, art. 884, § 3º, parte inicial), no mesmo prazo de cinco dias (CLT, art. 884, *caput*), e por meio deles alegar qualquer matéria relacionada ao ato de constrição (impenhorabilidade, erro de avaliação, etc.);

c) ciente da garantia da execução ou da penhora de bens, o executado pode, ainda no mesmo prazo de cinco dias (CLT, art. 884, *caput*), e conforme já salientado anteriormente, impugnar a sentença de liquidação (CLT, art. 884, § 3º);

d) qualquer das medidas utilizadas pelo executado suspende a execução, nos limites da(s) matéria(s) invocada(s) (inteligência dos art. 885, 886 e 888 da CLT);

e) ao credor é assegurado impugnar, no prazo de cinco dias, a(s) medida(s) utilizada(s) pelo executado (CLT, art. 884, *caput*); e

f) a(s) medida(s) utilizada(s) pelo executado e, se for o caso, também a impugnação à sentença de liquidação formulada pelo credor, são julgadas na mesma sentença (CLT, art. 884, § 4º), a qual é recorrível por meio de agravo de petição (CLT, art. 897, alínea “a”).

VII EXECUÇÃO PROVISÓRIA

No que respeita à execução provisória, as modificações introduzidas no processo civil pela Lei 11.232/2005, além daquelas que decorrem da necessidade de readequação topográfica das disposições já existentes, consistem:

a) na instauração subordinada à iniciativa do credor (CPC, art. 475-O, inc. I);

b) no aproveitamento da mesma relação processual para promover a liquidação, em princípio pela modalidade arbitramento, dos prejuízos que haja suportado o executado quando sobrevenha acórdão que modifique ou anule a sentença exequenda (CPC, art. 475-O, inc. II);

c) na possibilidade de dispensa de caução, como subordinante do levantamento de depósito em dinheiro ou da prática de atos que importem alienação da propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, também, além da hipótese até então admitida,⁸ quando se tratar de crédito decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, se o exequente demonstrar situação de necessidade, e quando o recurso pendente corresponder a agravo de instrumento de competência do Supremo Tribunal Federal, salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação (CPC, art. 475-O, § 2º, inc. I e II); e

⁸ No caso de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade.

d) o seu processamento não mais se faz por meio de “carta de sentença”, porquanto são revogadas as disposições que a previam (Lei 11.232/2005, art. 9º) – embora, na prática, pouco se altere, já que o processamento permanece não prescindindo da formação de autos apartados que contenham um mínimo de peças extraídas dos autos principais (CPC, art. 475-O, § 3º).

Na disciplina prevista na CLT, é autorizada, tratando-se de decisão contra a qual não tenha sido interposto recurso dotado de efeito suspensivo, a instauração de execução provisória (art. 876), mediante a prática dos atos correspondentes, mas somente até a penhora (art. 899). Quanto ao mais, incidem no processo do trabalho as normas próprias ao processo civil – como, aliás, já se aplicavam aquelas anteriores ao regime da Lei 11.232/2005 –, cabendo ainda salientar:

a) embora o art. 878 da CLT, ao autorizar a instauração da execução por iniciativa do juiz, não faça distinção entre definitiva e provisória, é recomendável que neste último caso se proceda exclusivamente por iniciativa do credor, porque este é responsável pela reparação dos danos que o executado venha a sofrer em razão da promoção de execução caso haja necessidade de restituírem-se as partes ao estado anterior (CPC, art. 475-O, inc. I);

b) conquanto o art. 899 da CLT autorize a prática de atos executivos somente até a penhora, não o contravém a prática de atos tendentes ao levantamento de depósito em dinheiro e que importem alienação de propriedade, quando for prestada caução suficiente e idônea (CPC, art. 475-O, inc. III), porque, em tese, a prestação de caução importa em oferecimento de garantia capaz de assegurar a restituição das partes ao estado anterior; e

c) por extensão, sendo aplicável a previsão que autoriza a prática de atos tendentes ao levantamento de depósito em dinheiro e que importem alienação de propriedade, quando for prestada caução suficiente e idônea, incidem as regras que excepcionam a exigibilidade de caução (CPC, art. 475-O, § 2º, inc. I e II – esta última, obviamente restrita a hipóteses de interposição de agravo de instrumento perante o Supremo Tribunal Federal).

Ademais, o mesmo fundamento que no processo do trabalho justifica, em execução provisória, a prática de atos tendentes ao levantamento de depósito em dinheiro e que importem alienação de propriedade – qual seja, a prestação de caução capaz de assegurar a restituição das partes ao estado anterior –, ampara a incidência, também, da regra contida no § 1º do art. 475-M do CPC, que, em situações em que a utilização de medidas de oposição à execução importe na suspensão do procedimento, faculta ao credor requerer o prosseguimento da execução, desde que preste caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz, nos próprios autos.

VIII EXECUÇÃO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Sem modificar o atual meio de oposição à execução promovida em face da Fazenda Pública – mantidos os embargos, que devem ser opostos no prazo previsto

no art. 730 do CPC –, a Lei 11.232/2005 altera a redação do art. 741 do CPC, que passa a arrolar as matérias passíveis de discussão: falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; inexistência do título; ilegitimidade das partes; cumulação indevida de execuções; excesso de execução; qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; e incompetência, suspeição ou impedimento do juiz da execução.

As modificações introduzidas no processo civil, no aspecto, são tênues – em realidade, resultam da necessidade de compatibilizar as disposições existentes à nova sistemática estabelecida, em especial, pelos art. 475-J, 475-L e 475-P do CPC – e repercutem no processo do trabalho, na exata medida com que refletem as disposições contidas no art. 475-L do CPC, conforme antes avaliadas – e, naturalmente, observadas as devidas adequações –, tendo em vista que o processo do trabalho conta com disciplina própria acerca da oposição à execução, a qual não distingue, aos menos quanto às matérias invocáveis, a natureza jurídica do executado.

IX JUÍZO COMPETENTE

A Lei 11.232/2005, ao tratar do juízo funcionalmente competente para processar os atos tendentes ao cumprimento da sentença, traz como novidade a possibilidade de o credor optar pelo juízo do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou pelo juízo do atual domicílio do executado (CPC, art. 475-P, parágrafo único).

A inovação não incide no processo do trabalho, porquanto contravém a disposição inserta no art. 877 da CLT, a qual define a competência funcional em favor do “Juiz ou Presidente do Tribunal que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio”.

Além de a matéria encontrar-se disciplinada na CLT, no processo do trabalho, conforme salientado anteriormente, o momento em que a sentença de liquidação pode ser impugnada coincide com o momento em que pode ser formulada a oposição à execução e, caso sejam utilizadas ambas as medidas, elas devem ser julgadas na mesma sentença. Nesta hipótese, a incidência, no processo do trabalho, da inovação introduzida no processo civil apresentaria a inconveniente necessidade de os autos do processo retornarem ao juízo que proferiu a sentença de liquidação, para apreciação da correspondente impugnação.

X DEMAIS DISPOSIÇÕES

Incidem no processo do trabalho, sem restrições, as disposições contidas no art. 475-Q do CPC, inclusive no que respeita às poucas modificações introduzidas

pela Lei 11.232/2005 em relação ao regime anterior, conforme disciplinado no revogado art. 602 do CPC,⁹ o qual também se aplicava ao processo do trabalho de forma irrestrita. Assim:

a) quando a condenação ao pagamento de indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, pode ordenar ao devedor a constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da obrigação (CPC, art. 475-Q, *caput*);

b) os bens integrantes do capital garantidor do cumprimento da obrigação (imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial) são inalienáveis e impenhoráveis enquanto durar a obrigação do devedor (CPC, art. 475-Q, § 1º);

c) a constituição do capital pode ser substituída pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz (CPC, art. 475-Q, § 2º);

d) a modificação nas condições econômicas autoriza a redução ou aumento da prestação (CPC, art. 475-Q, § 3º);

e) a obrigação mensal pode ser fixada tomando por base o salário-mínimo (CPC, art. 475-Q, § 4º); e

f) cessada a obrigação mensal, deve ser liberado o capital, cessado o desconto em folha ou canceladas as garantias prestadas (CPC, art. 475-Q, § 5º).

⁹ “Art. 602. Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento. § 1º Este capital, representado por imóveis ou por títulos da dívida pública, será inalienável e impenhorável: I - durante a vida da vítima; II - falecendo a vítima em consequência de ato ilícito, enquanto durar a obrigação do devedor. § 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital por caução fidejussória, que será prestada na forma dos arts. 829 e segs. § 3º Se, fixada a prestação de alimentos, sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte pedir ao juiz, conforme as circunstâncias, redução ou aumento do encargo. § 4º Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará, conforme o caso, cancelar a cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade ou exonerar da caução o devedor.”

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: ALGUMAS TEORIAS, SEGUNDO RICCARDO GUASTINI, E SUA APLICAÇÃO A UM CASO CONCRETO

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho*

1 Introdução 2 A Interpretação Jurídica por Riccardo Guastini 3
Exposição de caso concreto 4 Aplicação das teorias da interpretação
jurídica no caso concreto. Referências bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo abordar algumas teorias da interpretação, consoante expostas por Riccardo Guastini, relacionando-as, no que pertinente, com a hermenêutica proposta por Hans-Georg Gadamer, para, após, demonstrar sua aplicação a um caso concreto específico.

Primeiramente, pois, será exposta a lição de Guastini a respeito das teorias da interpretação jurídica. Logo após, será trazida controvérsia que foi objeto de Parecer na Procuradoria-Geral do Estado, o qual envolveu claramente o emprego de atividade interpretativa. Ao final, será destacada a espécie de interpretação empregada para solução do caso concreto apontado.

2 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA POR RICCARDO GUASTINI

Riccardo Guastini, em sua obra “Das Fontes às Normas”, trata com percu- ciência o tema relativo à interpretação jurídica, o qual pretendemos agora abordar, com base no citado autor.

2.1 Conceitos de Interpretação Jurídica

Primeiramente, adverte Guastini que o termo interpretação não contém um significado unívoco entre os juristas. Ao contrário. Desmembra o autor tal signifi- cação em cinco itens, conforme a seguir exposto.

(a) Em sentido estrito, o termo interpretação é utilizado nas hipóteses em que se pretende atribuir significado a um texto que é obscuro e contestado, sendo

*Procuradora do Estado do RS.

duvidosa sua aplicação ao caso concreto. “Nesta acepção, em suma, ‘interpretação significa mais ou menos: decisão em torno do significado não de um texto qualquer em qualquer circunstância, mas (somente) de um texto obscuro numa situação de dúvida”.

Tal conceito de interpretação está presente no pensamento metodológico que se exprime nas máximas “*In claris non fit interpretatio*” e “*Interpretatio cessat in claris*”, ou seja, não ocorre interpretação quando o texto é claro, não apresentando dúvidas. Esta acepção do termo interpretação pode estar embasada em duas suposições, como explicitado por Guastini.

A primeira suposição possível é a de que se deve distinguir entre dois tipos de formulações normativas. As formulações normativas que têm significado claro e não controverso e aquelas cujo significado é equívoco e causa perplexidade; apenas essas últimas exigiriam interpretação.

A segunda suposição possível é a de que se deve distinguir entre dois tipos de casos particulares. Há casos em que não há dúvidas sobre a aplicação da norma (controvérsias cuja solução é pacífica). Outros há, contudo, que suscitam dúvidas ou controvérsias quanto à aplicação de determinada norma. Os primeiros tipos de casos particulares são aqueles conhecidos como “claros” ou “fáceis”; os do segundo, como casos “dúbios” ou “difíceis”. Somente os casos difíceis seriam passíveis de interpretação; os casos fáceis não a requerem.

(b) Já em sentido lato, o termo interpretação é utilizado em qualquer hipótese em que se pretenda atribuir significado a uma formulação normativa, independentemente de sua natureza dúbia ou controversa. Portanto, todo texto requer interpretação. Diz Guastini que, mesmo tratando-se de um caso “fácil”, em que se atribui um significado óbvio ao texto, tal significado é dependente de uma interpretação, pois, incluir ou excluir dado caso concreto do âmbito de aplicação de uma certa norma, mesmo se a coisa for pacífica, pressupõe, de alguma maneira, interpretação. Logo, dá-se interpretação não só diante dos casos difíceis, mas também dos fáceis, porquanto a interpretação é pressuposto necessário da aplicação.

Destaca Guastini que, de acordo com essa segunda concepção, a interpretação e a tradução são processos similares. Ambas tratam-se de reformulações de textos. “Traduzir significa reformular um texto numa língua diferente daquela em que ele é formulado. ‘Interpretar’ significa reformular um texto, não importando se na mesma língua em que é formulado ou em outra. A interpretação jurídica é tipicamente reformulação dos textos normativos das fontes. (...) assim, na interpretação jurídica, o intérprete produz um enunciado, pertencente à sua linguagem, que ele assume ser sinônimo de um enunciado distinto pertencente à linguagem das fontes”.

A primeira concepção de interpretação – em sentido estrito – coloca de lado a componente volitiva ou decisória das operações doutrinárias e jurisprudenciais. Para tal modo de ver, as fontes diferenciam-se em “claras” (de significado pacífico) e “obscuras” (de significado dúbio). Somente a atribuição de significado a uma fonte “obscura” requer valorações, escolhas, decisões, ao passo que a atribuição

de significado a uma fonte “clara” seria atividade cognoscitiva, consistente em descobrir um significado preexistente num determinado texto, sem ter de decidir qual significado (dentre vários possíveis) convém àquele dado texto. Essa visão considera que a atribuição de significado a um texto “claro” é algo suscetível de ser verdadeiro ou falso.

Usualmente, essa concepção traz consigo a opinião falaciosa de que as palavras têm um significado próprio, intrínseco, que independe dos diversos modos de utilizar e de entender as próprias palavras, constituído previamente em relação aos modos de usá-las e entendê-las. Assim, toda palavra “tem” o seu significado.

Ao contrário, a segunda concepção de interpretação – em sentido lato – subentende que atribuir um significado a um texto sempre requer valorações, escolhas e decisões. Em nenhuma hipótese a interpretação pode ser entendida como uma atividade cognoscitiva, pela simples razão de que não existe o tal “significado próprio” das palavras: as palavras têm apenas o significado que lhe é atribuído por quem as usa e/ou por quem as interpreta.

Por outro lado, há que se destacar que a distinção entre textos “claros” e “obscuros” é discutível, porque clareza e obscuridade não podem ser qualidades intrínsecas de um texto, as quais precederiam a interpretação. As próprias clareza e obscuridade são fruto de interpretação, na medida em que essa é a atribuição de significado a um texto. Ora, somente depois de interpretar um texto poder-se-á dizer se ele é claro ou obscuro. Ademais, pode haver controvérsia com relação à própria clareza ou obscuridade do texto: um texto pode ser claro para uma pessoa e obscuro para outra. Assim, a clareza, ao invés de excluir toda controvérsia, pode, ela inclusive, constituir objeto de controvérsia.

Por fim, ressalta-se que os adeptos do primeiro conceito de interpretação normalmente tendem a identificar textos legislativos e normas, entendendo que todo texto ou fragmento de texto exprime uma norma. A norma pode ser clara ou obscura, mas, de qualquer forma, é preexistente à atividade interpretativa. Assim, a interpretação, para essa concepção, tem normas como objeto.

A seu turno, os adeptos do segundo conceito de interpretação tendem a distinguir textos legislativos de normas: as normas são o significado dos textos. Logo, a interpretação não tem como objeto normas, mas textos. Interpretar é decidir o significado de um texto legislativo, é produzir uma norma. As normas são, pois, produtos dos intérpretes.

(c) Em sentido muito lato, interpretação é termo algumas vezes utilizado para referir-se genericamente ao conjunto do trabalho dos juristas, que inclui, além da interpretação propriamente dita (em sentido estrito ou em sentido lato), também outras operações, como, por exemplo, a identificação das fontes do direito válidas e a chamada “sistematização” do direito. A sistematização do direito abrange uma série de operações diversas, como a integração do direito, a solução de antinomias e a exposição “sistemática” (ordenada) da disciplina jurídica de uma dada matéria.

(d) Algumas vezes, o termo interpretação pode ser também empregado para designar um tratamento dos textos jurídicos percebido como incorreto ou manipulatório. Nesses casos, o termo é utilizado para sugerir que determinada norma não é entendida e aplicada segundo seu significado “natural”, mas, ao contrário, alterada ou distorcida.

Nesses contextos, o uso do termo interpretação prende-se à primeira concepção, de que interpretação seria atribuição de significado em situações de dúvida. Supõe-se que um texto claro não necessita de interpretação, sendo a interpretação uma falsificação do significado “próprio” das palavras. Assim, se a lei é clara, não há razão para interpretá-la.

(e) Por fim, ocasionalmente, o termo interpretação é utilizado, de maneira inconveniente, como sinônimo de aplicação, especialmente no que se refere à interpretação judicial.

Contudo, o termo aplicação, normalmente, é empregado com sentido diverso. Primeiramente, qualquer sujeito pode interpretar, ao passo que aplicar é reservado somente a alguns sujeitos, designados para tanto: principalmente juízes e funcionários administrativos. Em segundo lugar, e principalmente, interpretação e aplicação são atividades que têm objetos diferentes: a interpretação tem por objeto (não normas, mas antes) textos normativos, enquanto que a aplicação tem como objeto normas em sentido estrito (entendidas como o conteúdo de sentido dos textos normativos). Logo, a aplicação não coincide com a interpretação, pois a pressupõe. Em terceiro lugar, o termo aplicação, principalmente se referido aos órgãos jurisdicionais, designa um conjunto de operações que incluem, junto à interpretação propriamente dita, quer a qualificação de um caso particular concreto, quer a decisão de uma controvérsia específica.

2.2 Teorias da Interpretação Jurídica

Hodiernamente, deparamo-nos com três teorias diferentes (isto é, famílias de teorias) da interpretação: (a) teoria cognitiva (ou formalista); (b) teoria cética; (c) teoria intermediária. Nesse contexto, o vocábulo “teoria” refere-se a um discurso sobre aquilo que *é* a interpretação; coisa diversa são as doutrinas sobre aquilo que *deve ser* a interpretação (sobre os métodos que os intérpretes devem adotar, às metas que devem perseguir).

Cada teoria dessas pode ser representada como um modo particular de entender os enunciados interpretativos, ou seja, os enunciados da forma padrão: “O texto T significa S”. A seguir, analisaremos cada uma dessas teorias, consoante examinado por Guastini.

(a) A teoria cognitiva sustenta que a interpretação é uma atividade do tipo cognoscitivo: interpretar é averiguar (empiricamente) o significado objetivo dos textos normativos e/ou a intenção subjetiva de seus autores (os legisladores). Para esta teoria, os enunciados dos intérpretes são enunciados do discurso descritivo, portanto, pode-se deles averiguar a verdade ou a falsidade.

Tal concepção baseia-se em suposições falaciosas, de que as palavras contêm um significado “próprio”, intrínseco, que não depende do uso das próprias palavras, mas da relação “natural” entre palavra e realidade; ou na crença de que as autoridades normativas tenham uma “vontade” unívoca e reconhecível como os indivíduos. Nesse passo, o objetivo da interpretação seria simplesmente “descobrir” esse significado objetivo ou essa vontade subjetiva, preexistente. Considera-se, ademais, que todo texto normativo admite somente uma interpretação “verdadeira”.

Normalmente, os adeptos da teoria cognitiva da interpretação acreditam que todo sistema jurídico é necessariamente completo (sem lacunas) e coerente (sem antinomias), de maneira que toda controvérsia assente-se sempre sob o domínio de uma - e de somente uma - norma preconstituída.

Em razão do caráter cognoscitivo da interpretação e da necessária completude e coerência do direito, não haveria qualquer espaço para a discricionariedade judicial: as decisões judiciais são determinadas exclusivamente por normas preexistentes.

À evidência, a teoria cognitiva da interpretação está estreitamente ligada à doutrina da separação dos poderes, ao princípio de sujeição do juiz à lei e ao mito da certeza do direito. Embora tal teoria, difundida na dogmática juspositivista do século XIX, esteja hoje desacreditada entre os juristas cautos, influencia ainda o pensamento jurídico comum e o estilo argumentativo dos tribunais. Ademais, algumas concepções vinculadas a essa teoria sobrevivem na filosofia do direito contemporânea, como, por exemplo, a tese segundo a qual toda questão de direito admite somente uma “resposta justa”.

Trata-se de uma teoria formalista da interpretação, segundo a qual a interpretação não é uma atividade de decisão, mas de conhecimento. Desenvolve um formalismo argumentativo, desconsiderando os fatos envolvidos, os interesses em jogo e os efeitos previsíveis de uma dada escolha interpretativa.

(b) A teoria cética (ou valorativa) sustenta que a interpretação é atividade de valoração e de decisão, não de conhecimento. Baseia-se na idéia de que não existe o significado “próprio” das palavras, pois toda palavra pode ter ou o significado que lhe incorporou o emissor, ou aquele que lhe incorpora o usufrutuário, e a coincidência entre ambos não é garantida.

Para essa teoria, um texto admite uma pluralidade de entendimentos, e as diversas interpretações dependem das diversas posturas valorativas dos intérpretes. Além disso, nos sistemas jurídicos modernos, não há legisladores individuais cuja vontade possa ser averiguada com métodos empíricos; nem existe uma “vontade coletiva” dos órgãos corporativos.

Em decorrência, os enunciados interpretativos (“O texto T significa S”) não são nem verdadeiros nem falsos. Esses enunciados têm a mesma estrutura das definições estipulativas, isto é, daquelas definições que não descrevem o uso efetivo de um certo termo ou expressão, mas se propõem a conferir a esse termo ou expressão um significado de preferência a outros.

Sob essa ótica, as normas jurídicas não preexistem à interpretação, senão que são o seu resultado. Os adeptos dessa teoria normalmente acreditam que os sistemas jurídicos não são necessariamente nem completos nem coerentes. Assim, diante de uma lacuna ou de uma antinomia, os juizes criam direito novo, agindo como legisladores, não havendo, pois, uma separação nítida entre os poderes judiciário e legislativo.

Na literatura contemporânea, essa teoria é sustentada pelas correntes do “realismo jurídico” (norte-americano, escandinavo, italiano). Entretanto, essa teoria não leva em conta os vínculos e limites objetivos, aos quais estão fatalmente sujeitas as escolhas dos intérpretes. Esses vínculos dependem da circunstância de que, em todo ambiente cultural dado, os usos lingüísticos correntes admitem uma gama, ainda que vasta, de qualquer maneira limitada, de significados possíveis para toda expressão dada. As atribuições de significado que não se inserem dentro dessa gama são dificilmente sustentáveis, sujeitas à crítica e fadadas ao insucesso. Ademais, entre os hábitos lingüísticos difundidos estão incluídas, se existirem, as interpretações já creditadas e consolidadas de um certo texto normativo.

Trata-se de uma teoria não formalista da interpretação, que entende seja a interpretação atividade de decisão do intérprete, tomada com base nas suas valorações. Nessa interpretação, desenvolve-se um antiformalismo argumentativo, baseado no uso de argumentos que fazem expressa referência aos valores ou fins (éticos, políticos, etc) do intérprete, e que orientam a decisão; bem como no uso de argumentos que fazem expressa referência às previsíveis conseqüências (por exemplo, econômicas) das alternativas interpretativas. Ao fim e ao cabo, trata-se da argumentação de tipo utilitarista, empregada por alguns expoentes da escola de “law and economics” (análise econômica do direito).

A teoria cética da interpretação guarda estreito parentesco com a hermenêutica proposta por Hans-Georg Gadamer.

Hans-Georg Gadamer é o grande expoente da denominada Filosofia Hermenêutica, a qual se desenvolve no século XX na esteira da fenomenologia de Edmund Husserl (1859-1938) e, especialmente, com base na obra de Martin Heidegger (1889-1976). A principal obra de Gadamer, publicada nos anos de 1960, é *Verdade e Método*. O elemento diferenciador da filosofia hermenêutica é deixar de tratar a dimensão hermenêutica como uma espécie de recurso metodológico das ciências humanas, para entendê-la como o próprio fator distintivo do homem como ser-no-mundo, dando-lhe, portanto, um caráter ontológico.

A hermenêutica gadameriana é essencialmente histórica, e Gadamer busca no pensamento de Heidegger e na sua hermenêutica da facticidade os elementos principais para sua concepção.

“Susan Heckman (1986) sugere três elementos do pensamento de Heidegger que são fundamentais para apontar o seu legado na obra de Gadamer e, no meu entender, representa toda a questão central de sua hermenêutica histórica gadameriana. Em primeiro lugar, seguindo as idéias de Heidegger acerca da noção

de que o tempo é o horizonte do ser, onde é salientado o caráter finito e histórico do eis-aí-ser, deixa-se de lado a discussão de Edmund Husserl acerca da dicotomia sujeito-objeto, segundo a qual o sujeito é 'retirado' do mundo como espectador que não tem nele lugar, e se desloca, na ontologia heideggeriana, a atenção em direção aos modos por meio dos quais os seres humanos existem no mundo e a maneira como as coisas são nele encontradas; em Gadamer, a incorporação disso se dá como 'historicidade da compreensão'.

Em segundo lugar, ele extrai de Heidegger a idéia de 'estrutura de antecipação' da compreensão, origem da noção gadameriana de pré-conceito. Em terceiro e último lugar, Gadamer (re)utiliza, de forma positiva e necessária, a noção romântica de 'círculo hermenêutico' do modo como Heidegger o compreendeu, dedicando-se a descrever o seu funcionamento interno".¹

A noção de pré-conceito ou pré-juízo é vital na concepção gadameriana de hermenêutica. Para Gadamer, os pré-conceitos não podem ser deixados de lado pelo sujeito, o que seria impossível. Ao contrário: é a partir dos pré-juízos, informados pela tradição, que é possível a compreensão de algo.

Assim, o "eu", com toda sua bagagem (composta de pré-juízos históricos) entra em diálogo com o "tu" – a coisa que se quer compreender –, havendo o que Gadamer chama de "fusão de horizontes". "A noção de pré-conceito sugere a idéia de que o intérprete não é uma tábula rasa no sentido lockeano; ao contrário, inserido em uma tradição, o intérprete põe em jogo os seus próprios preconceitos na tentativa de fazer justiça à proclamação da verdade do texto, ultrapassando, desse modo, o seu ponto de vista inicial e isolado e a sua preocupação com a individualidade do autor".²

Dá-se, pois, um diálogo entre o intérprete e o texto, onde a linguagem aparece como mediadora do presente e do passado. A estrutura da experiência toma a forma de um diálogo, essencialmente hermenêutica.

Assim, para Gadamer, não há a dicotomia entre sujeito (intérprete) e objeto (texto), como sustentado pela interpretação em sentido estrito. Existe, isto sim, um processo dialético, em que o intérprete, munido de seus pré-conceitos históricos, vai ao texto para, abrindo-se ao seu conteúdo, compreender seu significado. A interpretação, nesse sentido, não é mera operação de conhecimento do significado preexistente do texto, mas sim uma atividade em que há fundamental participação do intérprete, com atuação valorativa e discricionária.

Esta concepção da compreensão informada pelos juízos prévios vem de Heidegger, cujo pensamento é seguido por Gadamer, que diz:

"Heidegger empreendeu uma descrição fenomenológica plenamente correta ao revelar a estrutura prévia da compreensão na presumida 'leitura'

¹ COSTA, Jean Carlo de Carvalho. "Hans-Georg Gadamer: Notas Introdutórias à Hermenêutica Filosófica Contemporânea. In Revista Fragmentos de Cultura, v. 14, n° 5, maio 2004, Goiânia, p. 897/912.

² COSTA, ob. Cit., p. 904

daquilo que 'está ali'. Ele também deu um exemplo de que dali surge uma tarefa. Em *Ser e Tempo*, concretizou na questão pelo ser o enunciado universal, elevado a um problema hermenêutico (cf. *Ser e tempo*, vol. II, p. 104s). Para explicitar a situação hermenêutica da pergunta pelo ser segundo a posição prévia, visão prévia e concepção prévia, examinou criticamente a questão por ele dirigida à metafísica, em momentos decisivos da história da metafísica. Com isso, acabou fazendo o que a consciência histórico-hermenêutica exige para todos os casos. Uma compreensão efetuada com consciência metodológica não buscará simplesmente confirmar suas antecipações, mas tomar consciência delas, a fim de controlá-las e com isso alcançar a compreensão correta a partir das coisas elas mesmas. É o que pensa Heidegger, quando exige que na elaboração da posição prévia, visão prévia e concepção prévia se 'assegure' o tema científico a partir das coisas elas mesmas.

Na analítica de Heidegger, portanto, o círculo hermenêutico ganha uma significação totalmente nova. A estrutura circular da compreensão manteve-se, na teoria que nos precedeu, sempre nos quadros de uma relação formal entre o individual e o todo ou de seu reflexo subjetivo: a antecipação divinatória do todo e sua explicitação conseqüente no caso singular. Segundo esta teoria, portanto, o movimento circular oscilava no texto e acabava suspenso com sua completa compreensão. A teoria da compreensão culminava num ato divinatório que se transferia totalmente ao autor e, a partir dali, procurava dissolver tudo que é estranho ou causava estranheza no texto. Heidegger, pelo contrário, reconhece que a compreensão do texto permanece sempre determinada pelo movimento pré-aprensivo da compreensão prévia. O que Heidegger descreve dessa forma não é outra coisa do que a tarefa de concretização da consciência histórica".³

Em *Ser e Tempo*, anota Heidegger:

"A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concretização da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que 'está' no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já 'põe', ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia."⁴

Assim, Gadamer, na esteira de Heidegger, resgata a importância da tradição como integrante dos preconceitos, tidos como válidos e úteis na empreitada da compreensão. Isto importa uma significativa mudança de perspectiva em relação à

³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. Petrópolis, RJ: ed. Vozes, 2ª ed., 2004, p. 76-77

⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, vol I, 14 ed. Rio de Janeiro: ed. Vozes, 2005, p. 264-265

visão iluminista, que separava razão e preconceito. Elucida Custódio Luís S. de Almeida: “O Iluminismo difundiu a idéia de uma oposição radical entre preconceito e razão que se estendeu à autoridade e à tradição como fontes dos pré-juízos. Por isso é que a reabilitação dos pré-juízos implica resgatar a autoridade e a tradição da grave deformação a que foram submetidas. Mas Gadamer reconhece que se deve fazer uma diferenciação entre os pré-juízos injustificados e os justificados e, para tanto, ‘a hermenêutica ensinará a usar corretamente a razão’ na distinção entre os preconceitos ilegítimos – condicionamentos que se referem a uma barreira individual que se opõe à compreensão e que, portanto, são irracionais –, e os preconceitos legítimos – os que são resultado da realidade histórica e, nesse sentido, não apenas são racionais, mas são, também, o fundamento da validade da razão”.

(c) A terceira teoria, intermediária entre as duas anteriores, sustenta que a interpretação é, algumas vezes, atividade cognoscitiva, outras, atividade de decisão. A teoria, portanto, busca conciliar as outras duas.

Essa teoria destaca que quase todos os textos normativos possuem uma “trama aberta” (são dotados, pois, de indeterminação, de vagueza), formulados que são em linguagem natural, com termos classificatórios gerais. Assim, por exemplo, é difícil enquadrar alguém no conceito de “jovem”, pois, o conceito abarcaria qual limite de idade? Da mesma forma, pode ser difícil verificar a incidência de uma certa norma sobre determinada controvérsia. Todo texto normativo terá, pois, um “núcleo luminoso” e, em torno dele, uma “zona de penumbra” indefinida.

Se assim é, pode-se concluir que, em relação a toda norma, há casos “fáceis”, que, sem sombra de dúvidas, caem no seu âmbito de aplicação, como também casos marginais, ditos “difíceis”, em relação aos quais é controvertida a aplicação da norma, pois esses casos caem na “zona de penumbra”. Nesse passo, quando os juízes aplicam uma norma a casos fáceis, não exercem qualquer discricionariedade; exercem-na, contudo, quando aplicam, ou deixam de aplicar, uma norma nos casos difíceis, situados na “zona de penumbra”, eis que, nesses casos, a decisão da controvérsia exige uma escolha entre, no mínimo, duas soluções alternativas.

Portanto, não é verdadeiro que as decisões judiciais sejam sempre tomadas com base em normas pré-constituídas, como entendido pela teoria cognoscitiva; mas também não é verdadeiro que em qualquer decisão o juiz atue discricionariamente, como apregoado pela teoria cética. Como visto, a atividade jurisdicional enfrenta as duas espécies de atividade interpretativa.

Para essa teoria, é possível distinguir entre “descobrir” o significado de um texto normativo e “atribuir” significado a um texto normativo. Quando está na zona de penumbra, resolvendo um caso dúbio, o intérprete tem de decidir o significado do texto; quando resolve um caso claro, diversamente, o intérprete simplesmente descreve, descobre o significado do texto. Assim, há dois tipos de enunciados interpretativos: quando o significado que o intérprete atribui cai no “núcleo”, o enunciado interpretativo é verdadeiro, sendo resultado de mera descrição. A seu

turno, quando o significado atribuído cai na área de “penumbra”, o enunciado interpretativo não é nem verdadeiro nem falso, pois é o resultado de uma decisão discricionária.

Essa teoria pressupõe que a distinção entre casos fáceis e casos difíceis é uma distinção objetiva, não sendo resultado de alguma decisão interpretativa. Entretanto, pode-se argumentar que os intérpretes atuam discricionariamente não só quando decidem controvérsias que caem na “zona de penumbra”, mas também quando decidem se uma controvérsia cai, ou não, no “núcleo luminoso”. Logo, seriam fruto de decisões interpretativas as próprias fronteiras incertas entre “núcleo” e “penumbra”, sendo a própria “penumbra” resultado da discricionabilidade dos intérpretes.

Por fim, destaca Guastini que as três teorias anteriormente abordadas não consideram a possibilidade de haver uma multiplicidade de “jogos interpretativos”, que se regem por regras distintas. Assim, diferentes categorias de intérpretes realizam atividades interpretativas distintas. O juiz fiel, legalitário, tenderá a perguntar qual o “verdadeiro” significado da lei, aproximando-se da teoria cognitiva ou da intermediária. Já o advogado teria uma postura completamente distinta diante da lei: ao invés de indagar qual seu verdadeiro significado, procuraria manipular as formulações normativas de forma que melhor conviesse aos interesses de seu cliente, aproximando-se da teoria cética. Logo, se cada uma dessas categorias de sujeitos joga um jogo interpretativo distinto, é lícito perguntar-se se é possível e sensata uma teoria “geral” da interpretação que pretenda abarcar atividades interpretativas tão heterogêneas.

3 EXPOSIÇÃO DE CASO CONCRETO

Proponho-me, agora, a expor controvérsia enfrentada na Procuradoria-Geral do Estado acerca da competência da Brigada Militar para atuar repressivamente no combate às infrações ambientais. A celeuma cingia-se, fundamentalmente, na definição de competência – ou não – da Brigada Militar para proceder à lavratura de autos de infração ambiental.

Para resolução do caso, fez-se necessário o exame de toda legislação pertinente, procedendo-se à atividade interpretativa das normas, às quais tinha-se de atribuir um significado, ou, simplesmente, descrevê-lo, mediante mera atividade cognoscitiva.

Essa interpretação, portanto, deveria seguir por uma das trilhas acima mencionadas por Guastini: ou seria uma interpretação formalista, baseada na teoria cognoscitiva, ou seria uma interpretação não-formalista, fundada na teoria cética ou intermediária. Quer dizer: duas distintas posturas poderiam ser adotadas. Uma postura formalista, que desconsideraria quaisquer valores e conseqüências envolvidos na interpretação do texto normativo; ou uma postura não-formalista, que levasse em conta valorações e avaliação de resultados acarretados pelo significado que se atribuisse ao texto normativo.

Na espécie, empregou-se uma interpretação não-formalista, seguindo-se o entendimento de que a atribuição de significado ao texto implica que se façam valorações e escolhas, nunca descurando-se dos resultados práticos que dessa interpretação poderão advir. Mais. O que informa essas valorações e escolhas que o intérprete faz ao atribuir o significado ao texto? Entendemos, na esteira de Gadamer, que o intérprete, ao entrar em contato com o texto a ser interpretado, não o faz como se fosse uma folha em branco, senão que imbuído de todos os pré-conceitos ou pré-juízos que possui sobre o tema, fixados em sua mente por força da tradição, já que o homem é um ser histórico.

Nesse passo, reporto, a seguir, o Parecer proferido no caso em questão, analisando a aplicação das teorias da interpretação expostas por Guastini e Gadamer na resolução do caso concreto.

“PARECER N°

BRIGADA MILITAR. COMPETÊNCIA PARA LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. SUCESSIVOS DIPLOMAS LEGAIS.

Vem a exame desta Procuradoria-Geral expediente em que se questiona a competência da Brigada Militar para lavrar auto de infração ambiental e aplicar as penalidades no âmbito das infrações à legislação do meio ambiente.

Inaugura o expediente requerimento de dispensa de ajuizamento de execução fiscal formulado pelo Procurador do Estado lotado em Caxias do Sul ao Coordenador da Procuradoria do Interior, sob o fundamento de que inexistente amparo legal para realização dessas atividades pela Brigada Militar, em vista de que a Lei n° 10.330/94, que estabeleceu o Sistema Estadual de Proteção Ambiental, em seu art. 27, inciso III, tão-somente prevê como atribuição da Brigada Militar a lavratura de auto de constatação, e que na Lei n° 10.991/97, que regulou a Organização Básica da Brigada Militar, restou preconizado que outras atribuições a serem desenvolvidas deverão ser previstas em lei. Por fim, aduz que a Resolução 006/99 da CONSEMA não poderia, pelas razões expostas, delegar à Secretaria da Justiça e da Segurança (Batalhão de Polícia Ambiental), através de convênio, o desempenho da fiscalização administrativa e policiamento ambiental estadual.

Foram juntados acórdãos que corroboram o entendimento exposto, bem como a legislação pertinente ao caso.

Ao exame da questão, o Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos, após longo arrazoado, manifestou-se pela existência de base legal para que a BM proceda à lavratura de auto de infração ambiental.

Remetido o expediente à Equipe de Defesa da Procuradoria Fiscal, foi exarado entendimento de que se trata de matéria afeta à Procuradoria de Domínio Público examinar, por ser objeto de apreciação a legalidade do procedimento realizado pela BM (lavratura de auto de infração ambiental) e não os aspectos finan-

ceiro-fiscais decorrentes das Certidões de Dívidas Ativas. Por fim, foi encaminhada a consulta a esta Especializada.

É o breve relatório.

Cuida-se, no caso, de analisar a existência, no arcabouço normativo, de previsão legislativa para a realização de lavratura de auto de infração pela Brigada Militar, no que tange à proteção ambiental.

O meio ambiente saudável é direito de todos, incumbindo ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo, conforme previsto no art. 225 da Constituição Federal:

“Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Parágrafo 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

...

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

É também na Carta Federal que a instituição Brigada Militar tem assento, com expressa previsão no art. 144, inciso V e parágrafo 5º, *verbis*:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

...

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

...

Parágrafo 5º - Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil”. (grifou-se).

Em consonância com a Carta Federal, a Constituição do Estado assim dispõe, em seu artigo 129:

“Art. 129 – À Brigada Militar, dirigida pelo Comandante-Geral, oficial do quadro da Polícia Militar, do último posto da carreira, de livre escolha, nomeação e exoneração pelo Governador do Estado, incumbem a polícia ostensiva, a preservação da ordem pública, a guarda externa dos presídios e a polícia judiciária militar.” (grifou-se).

As normas constitucionais, portanto, referem-se à proteção da ordem pública, expressão à qual se deve buscar dar o devido alcance. Há muito no direito pátrio o termo ordem pública ganhou elástico significativo, tornando-se paradigmática a definição dada pelo então Presidente do Tribunal Regional Federal, após Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Néri da Silveira, de que nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas (TRF, Suspensão de Segurança nº 4.405-SP, DJU 07/12/1979).

Seguindo essa mesma orientação, a doutrina também espousa conceito amplo de ordem pública. Veja-se o magistério de ODETE MEDAUAR:

“No Direito Civil a expressão é utilizada quando se estabelecem limites à autonomia da vontade privada ante valores que o ordenamento quer preservar, (...) por exemplo em matéria de capacidade das pessoas, em matéria de disposição de bens. No âmbito administrativo, sobretudo para fins de exercício do poder de polícia, ordem pública significa um mínimo de condições essenciais a uma vida social adequada e pacífica. Além dos aspectos clássicos da segurança dos bens e das pessoas, da salubridade e da tranqüilidade, abarca também aspectos econômicos (contra alta absurda de preços, ocultação de gêneros alimentícios), ambientais (combate à poluição) e até estéticos (proteção de monumentos e paisagens)”. (*In* Direito Administrativo Moderno, 2ª ed., 1998, p. 351)

No mesmo sentido, o entendimento de ÁLVARO LAZZARINI:

“A noção de ordem pública é extremamente vaga e ampla, não se tratando apenas da manutenção material da ordem na rua, mas também da manutenção de uma certa ordem moral, o que é básico em Direito Administrativo, porque, como sustenta, a ordem pública é constituída por mínimo de condições essenciais à uma vida social conveniente, formando-lhe o fundamento à segurança dos bens e das pessoas, à salubridade e à tranqüilidade, revestindo, finalmente, aspectos econômicos (luta contra os monopólios, açambarcamento e a carestia) e, ainda, estéticos (proteção de lugares e monumentos)” (*In* Estudos de Direito Administrativo, 2ª ed., Ed. RT, SP, 1999)

Nessa perspectiva, visualizado o conceito de ordem pública em sua ampla dimensão, abrangendo um meio ambiente equilibrado, temos que a competência da Brigada Militar, relativamente à manutenção da ordem pública, estende-se aos aspectos ambientais.

Com efeito. No plano infraconstitucional, a questão relativa ao poder de polícia em matéria ambiental, no âmbito estadual, foi regulada pelo Código Florestal, que adveio através da Lei nº 9.519/92 e estabelecia como um dos objetivos específicos da política florestal *o exercício do poder de polícia florestal no território estadual*, atividade esta, que, por disposição do art.4º, constituía-se passível de ser objeto de convênio a ser firmado com pessoas jurídicas de direito público e privado.

Posteriormente, foi editado o Decreto n° 34.974/93, que atribuiu à Brigada Militar o exercício da Polícia Florestal, prevendo expressamente a competência para a lavratura de auto de infração e aplicação das sanções e penalidades administrativas constantes na legislação florestal. Assim, a contar deste comando normativo, havia regular previsão para que a Brigada Militar desempenhasse a função fiscalizatória.

Após, em 1994, surgiu a Lei n° 10.330, que dispôs sobre a organização do Sistema Estadual de Proteção Ambiental, quando então se aludiu à Brigada Militar como órgão de proteção ao meio ambiente, o que se deduz do art. 5°, inciso IV, *verbis*:

“Art. 5° - Compõem o Sistema Estadual de Proteção Ambiental:

(...)

IV – os órgãos responsáveis pela gestão dos recursos ambientais, preservação e conservação do meio ambiente e **execução da fiscalização das normas de proteção ambiental, como órgãos executores.**”
(grifo nosso)

A seguir, nos art. 26 e 27, no mesmo diploma, no título que trata Da Proteção ao Meio Ambiente, consta expressamente prevista a competência da Brigada Militar para efetuar o policiamento ostensivo visando à proteção ambiental.

Nesse particular, passou a Brigada Militar a integrar efetivamente o Sistema de Proteção, como órgão incumbido da fiscalização do meio ambiente, estando sua atuação voltada para o cumprimento das disposições protetivas da legislação ambiental. Assim, nos aludidos dispositivos da Lei n° 10.330/94, constaram as atribuições da BM, da seguinte forma:

“Art. 26 – A Polícia Ostensiva de Proteção Ambiental será exercida pela Brigada Militar nos estritos limites da lei.

Parágrafo único – As ações da Brigada Militar deverão, de preferência, atender ao princípio da prevenção, objetivando impedir possíveis infrações relacionadas com o meio ambiente.

Art. 27 – Para o exercício de suas atribuições, compete também à Brigada Militar:

I – auxiliar na guarda das áreas de preservação permanente e unidades de conservação;

II – atuar em apoio aos órgãos envolvidos com a defesa e preservação do meio ambiente, garantindo-lhes o exercício do poder de polícia, do qual, por lei, são detentores;

III – lavrar autos de constatação, encaminhando-os ao órgão ambiental competente.”

Uma leitura açodada das normas acima transcritas poderia levar o intérprete à conclusão de que o policiamento a ser desenvolvido pela Brigada Militar na seara

ambiental se restringiria à realização de uma atividade de cunho preventivo e auxiliar, não abarcando a ação repressiva, em que estaria inserida a aplicação de auto de infração. Certo é que a norma expressamente estatuiu como atribuição da Brigada Militar a lavratura de *auto de constatação*, que se poderia considerar até como uma medida coibitória, mas que não prescindiria da remessa dos autos a determinados órgãos, para a formalização da infração e aplicação das penalidades.

Todavia, as normas da Lei 10.330/94, inseridas que estão dentro do ordenamento jurídico, devem ser interpretadas de modo sistemático, guardando, pois, compatibilidade com as demais normas sobre a espécie, notadamente as normas constitucionais, que fundam todo o sistema.

A propósito da interpretação sistemática, com relevo ao princípio da hierarquização axiológica, explicita JUAREZ FREITAS:

“(…). Neste prisma, o conceito esposado (a) elucida a exigência teleológica e operacional do princípio hierárquico-axiológico que confere sentido unitário à vontade da Constituição, construída (mais do que descoberta) no círculo hermenêutico, que acontece tópica e sistematicamente; (b) robustece a necessidade de, sob o ângulo da coerência, realizar uma interpretação conforme a Constituição, justamente para assegurar a aludida hierarquização – mais do que lógica, eminentemente teleológica –, observando-se que o diferenciador do sistema jurídico radica no primado principiológico-valorativo; (c) aponta princípios e objetivos, em face dos quais – em caso de incompatibilidades internas – devem as normas infraconstitucionais guardar a função instrumental, tendo em vista a realização superior da Constituição e a preponderância dos direitos fundamentais em relação às leis; (...)”. (*In A Interpretação Sistemática do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002).

Nesse passo, como já dito anteriormente, a Constituição Federal – assim como a Estadual – expressamente atribui à Brigada Militar competência para a manutenção da ordem pública, essa entendida em sentido lato. Em consonância com o mandamento constitucional, em 1997, foi promulgada a Lei 10.991, que estabeleceu a Organização Básica da Brigada Militar, especificando as competências daquele órgão e sua estruturação. O aludido diploma, no que concerne ao presente caso, assim dispõe:

“Art. 3º – Compete à Brigada Militar:

I – executar, com exclusividade, ressalvada a competência das Forças Armadas, a polícia ostensiva, planejada pela autoridade policial-militar competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos;

II – atuar preventivamente, como força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presuma ser possível a perturbação da ordem pública;

III – atuar repressivamente, em caso de perturbação da ordem pública e no gerenciamento técnico de situações de alto risco;

- IV – exercer atividade de investigação criminal militar;
 - V – atuar na fiscalização e controle dos serviços de vigilância particular no Estado;
 - VI – executar o serviço de prevenção e combate a incêndio;
 - VII – fiscalizar e controlar os serviços civis auxiliares de combate a incêndio;
 - VIII – realizar os serviços de busca e resgate aéreo, aquático e terrestre no Estado;
 - IX – executar as atividades de defesa civil no Estado;
 - X – desempenhar outras atribuições previstas em lei. (grifo nosso)
- (...)"

Note-se que a previsão normativa contida no inciso III do diploma legal em questão comporta uma diversidade de atividades que a Brigada Militar pode e deve exercer repressivamente, voltando-se ao resguardo e à preservação da ordem pública em geral, conceito dentro do qual se inclui a integridade do meio ambiente.

Por evidente, não se poderia subtrair da Brigada Militar uma atividade que lhe é inerente – preservar a ordem pública nos seus diversos aspectos –, o que implica competências não só preventivas, mas também repressivas, abarcando a hipótese de realizar o policiamento ambiental com as devidas lavraturas de autos de infração.

Importa, ainda, destacar que o Decreto nº 39.840/99 conferiu àquele órgão (BM) expressamente a faculdade de lavrar auto de infração e aplicar penalidades, agora no tocante às infrações contra a flora, *verbis*:

"Decreto nº 39.840, de 26 de novembro de 1999.

Regulamenta o Fundo de Desenvolvimento Florestal, e dá outras providências.

O Governador do Estado do Rio Grande do Sul, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 82, inciso V, da Constituição do Estado, e tendo em vista a Lei nº 9.519, de 21 de janeiro de 1992, que institui o Código Florestal Estadual, e a Lei nº 11.362, de 29 de julho de 1999, que dispõe sobre a Secretaria do Meio Ambiente,

DECRETA:
(...)

Art.9º – A Brigada Militar do Estado poderá lavrar autos de infração e aplicar penalidades por infração contra a flora."

No mesmo diapasão, a Resolução CONSEMA nº 006/99 e o Termo de Convênio firmado em 2000, entre a Secretaria do Meio Ambiente, a Fundação Estadual de Proteção Ambiental – FEPAM, a Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul – FZB, o Departamento de Recursos Hídricos – DRH, a Secretaria de Estado da Justiça e da Segurança com interveniência da Brigada Militar, expressamente conferiram à BM atribuições de polícia ambiental.

Recentemente, o Código Estadual do Meio Ambiente, Lei nº 11.520, promulgado em 03 de agosto de 2000, expressamente referendou a atuação da Brigada Militar na seara repressiva, corroborando entendimento anteriormente esposado, quando aludiu no art. 116, ao tratar Dos Procedimentos, que:

“Art. 116 – O auto de infração será lavrado pela autoridade ambiental que houver constatado, na sede da repartição competente ou no local em que foi verificada a infração, devendo conter:
(...)”

Como se constata do dispositivo acima transcrito, aquela autoridade ambiental que realizar a constatação do ilícito poderá lavrar o auto de infração correspondente. Assim, sendo a BM (Batalhão de Polícia Ambiental) órgão exercente da função fiscalizatória integrante do Sistema Estadual de Proteção Ambiental e detendo a atribuição para lavrar o auto de constatação, conforme Lei 10.330/94, igualmente, dispõe de competência para a lavratura do auto de infração ambiental.

Ressalte-se que o Código Ambiental Estadual foi editado em 2000, afigurando-se como lei posterior à Lei 10.3330/94, que organiza o Sistema Estadual de Proteção Ambiental, de modo que suas normas derogam as anteriores que com ela conflitam, conforme art. 2º, par. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil. Sendo assim, *ad argumentandum*, se antes do advento do Código Ambiental – Lei 11.520/2000 – pairava alguma dúvida acerca da competência da Brigada Militar para lavrar auto de infração ambiental, depois da sua edição, em face do comando do art. 116, que atribui competência à autoridade ambiental que houver constatado a infração para lavrar o respectivo auto (auto de infração), dúvida agora não mais pode existir a respeito da competência da BM para lavrar não só autos de constatação, como também de infração.

Por fim, em consonância com a Lei de Organização Básica da Brigada Militar e com o Código Ambiental, em 04 de fevereiro de 2004, foi editado o Decreto nº 42.871, que regulamenta a primeira lei citada, assim dispondo a respeito da Polícia Ambiental:

“Art. 45 – Ao Batalhão de Polícia Ambiental compete cumprir e fazer cumprir a legislação ambiental, representar a Brigada Militar nas atividades atinentes à área e promover o intercâmbio com outros órgãos governamentais, por intermédio da proposição de convênios estruturando-se em:

(...)”.

Nesse passo, à vista do contexto normativo acima exposto, concluo pela competência da Brigada Militar para atuar na repressão às infrações ambientais, com a lavratura do respectivo auto de infração.

É o Parecer.

Porto Alegre, 10 de outubro de 2005.

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho
Procuradora do Estado
Ref. Exp. 051601-10.00/04-8”

4 APLICAÇÃO DAS TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO

Na resolução da controvérsia posta no Parecer acima transcrito, empregou-se a teoria não-formalista de interpretação. Com efeito. Na espécie, se tivesse sido utilizada a teoria formalista ou cognitiva, poder-se-ia afirmar que, de acordo com os artigos 26 e 27 da Lei 10.330/94, faleceria competência à Brigada Militar para lavrar autos de infração ambiental e aplicar penalidades respectivas. Poder-se-ia dizer que os textos normativos em questão eram claros ao estabelecer competências para atuação na seara preventiva, explicitamente conferindo poderes ao órgão para lavratura de autos de constatação, tão-somente. Estariam, pois, excluídos os autos de infração, no exercício da atuação repressiva no combate às infrações à ordem pública, na esfera ambiental.

Esse tipo de interpretação estaria fundada no conceito de interpretação em sentido estrito, ou seja, no entendimento de que, sendo o texto claro, não há qualquer espaço para a atividade interpretativa. Bastaria um exercício de conhecimento, consistente em “descobrir” o significado preexistente do texto.

Seria a aplicação da teoria cognoscitiva – formalista – de interpretação, para a qual interpretar é meramente uma operação de averiguação do significado objetivo dos textos normativos, pressupondo, pois, que as palavras têm um significado próprio, que independe do intérprete. Não entrariam em jogo as valorações e escolhas do intérprete na atribuição de significado ao texto. Estaria descurada, da mesma sorte, a idéia de que o intérprete possui sua pré-compreensão acerca do tema, que o acompanha no encontro – no diálogo – que faz com texto a ser interpretado (pois, historicamente, a Brigada Militar dispõe de competências na repressão de infrações ambientais, exercidas pelos Batalhões de Patrulha Ambiental).

Diversamente, empregando-se interpretação em sentido lato, entendeu-se que, na atribuição de significado ao texto normativo, estão pressupostas valorações, escolhas e decisões. A interpretação somente seria uma atividade cognoscitiva, se não pairasse qualquer dúvida acerca da aplicação do texto ao caso concreto. Se estivéssemos diante de um “caso fácil”, que se situasse no “núcleo luminoso” do texto normativo.

Seguindo-se, pois, a teoria intermediária – que se situa entre a cognoscitiva e a cética, conforme abordado no item 2 deste trabalho – entendeu-se que se

estava diante de um caso dúbio, ou “difícil”, em que não bastava a mera operação cognitiva, mas era necessária, sim, a atribuição de significado ao texto, informada por valores e escolhas. E que diretrizes orientariam tais escolhas?

As escolhas foram orientadas por valorações que tomaram em conta as conseqüências, ou os resultados da interpretação a ser conferida ao texto normativo. Com efeito. Acarretaria um resultado benéfico ao interesse público, no sentido de efetiva proteção do meio ambiente, interpretar os textos normativos em questão conferindo competência ampla à Brigada Militar para atuação no policiamento ambiental, não restringindo sua atuação na lavratura de autos de constatação, mas também de autos de infração e respectiva aplicação de penalidades.

Veja-se que a interpretação oposta – poder-se-ia dizer, até, literal – do texto, poderia levar a sérias conseqüências, porquanto em muitas localidades do Estado os infratores ficariam impunes, face à ausência de outros órgãos que desempenhassem a contento essa fiscalização ambiental. Tudo, portanto, em prejuízo da conservação do meio ambiente.

A seu turno, as valorações e escolhas que orientaram a atribuição de significado aos textos normativos estão certamente impregnadas de pré-conceitos ou pré-juízos, conforme apontado por Gadamer. Ao entrar em contato com o texto normativo, as pré-compreensões acerca do tema são checadas com aquilo que o texto tem a dizer, travando-se um diálogo entre intérprete e texto, do qual resultará a compreensão final. Evidentemente, como acentua Gadamer, é mister que o intérprete adote uma postura de abertura em relação ao texto, abrindo-se a sua alteridade, pois, se simplesmente ficasse preso ao seu pré-juízo acerca do tema, haveria um círculo vicioso, e não um círculo hermenêutico, como proposto.

No caso proposto, é certo que a interpretação conferida aos textos normativos foi também orientada por pré-compreensões, no sentido de que já está arraigado o entendimento de que a Brigada Militar, dentro do âmbito de atuação de proteção da ordem pública, tem competência para proceder à fiscalização de infrações ambientais, para tanto lavrando os respectivos autos.

Nessa senda, utilizou-se, para resolução da controvérsia posta no caso concreto em exame, a interpretação não-formalista, empregando-se a teoria intermediária. Assim, entendendo-se que o caso se afigurava como “difícil”, não sendo suficiente para sua solução a mera averiguação do significado objetivo do texto normativo, atribuiu-se a ele um sentido, informado por valores e escolhas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 12ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COSTA, Jean Carlo de Carvalho. *Hans-Georg Gadamer: notas introdutórias à hermenêutica filosófica contemporânea*. *Revista Fragmentos de Cultura, Goiânia*, v. 14, n. 5, p. 897-912, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. _____. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TRABALHOS FORENSES

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Presidente do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Processo: 01767-1990-016-04-00-5 – AGRAVO DE PETIÇÃO

Reclamante: SINDICATO DOS ENGENHEIROS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – SENGE

Reclamada: COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA - CEEE

A **COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA - CEEE**, por seus representantes judiciais, nos autos do processo em epígrafe, vem à presença de Vossa Excelência, nos termos do artigo 896, § 2º, da CLT, apresentar **RECURSO DE REVISTA**, requerendo seja este recebido e processado, com as anexas razões, sendo em seguida remetido ao Egrégio Tribunal Superior do Trabalho para regular apreciação do feito.

Pede deferimento.

Porto Alegre, 17 de maio de 2004.

Miguel Arcanjo Costa da Rocha

Procurador do Estado

OAB/RS nº 30.184

Walter Henrique Finger

OAB/RS nº 48.593

Ricardo Seibel de Freitas Lima

Procurador do Estado

OAB/RS nº 44.425

EGRÉGIO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**RAZÕES DE RECURSO DE REVISTA**

Processo: 01767-1990-016-04-00-5 – AGRAVO DE PETIÇÃO

Reclamante: SINDICATO DOS ENGENHEIROS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – SENGE

Reclamada: COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA – CEEE

COLENDAS TURMAS**I SÍNTESE DA DEMANDA – CABIMENTO DO RECURSO DE REVISTA – REQUISITOS DA IN 23/2003 DO TST**

Trata-se de recurso de revista interposto contra decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região em sede de agravo de petição, com fundamento no art. 896, § 2º, da CLT, por existir violação direta e literal aos artigos 5º, *caput*, II, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

No caso, se discute a existência de violação à constituição na decisão que determina o prosseguimento de execução de sentença, cujo valor aproximado é de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), em ação de cumprimento baseada em dissídio coletivo extinto pelo E. TST, sem julgamento do mérito, antes do trânsito em julgado daquela demanda.

Estão atendidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos para processamento e julgamento do recurso de revista, bem como observados os requisitos da Instrução Normativa nº 23/2003 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho.

O Procurador Miguel Archanjo Costa da Rocha, OAB/RS 30.184, tem poderes outorgados pelo instrumento de fls. 4141-4142, o Advogado Walter Henrique Finger, OAB/RS 48.593, pelo instrumento de fls. 4387, e o Procurador Ricardo Seibel de Freitas Lima, OAB/RS 44.425, pelo substabelecimento juntado em anexo.

Em se tratando de recurso em fase de execução, as custas somente são devidas ao final, a teor do art. 789-A da CLT, com redação da Lei Federal nº 10.537/2002, sendo dispensado novo depósito recursal, eis que garantido o Juízo. Relativamente à fase de conhecimento, há depósito recursal e custas pagas, conforme se verifica das fls. 303, 304, 304v, 346, 347 e 387.

A decisão do acórdão de embargos declaratórios foi publicada no dia 10 de maio de 2004, segunda-feira, iniciando-se o prazo para recurso no dia 11 de maio de 2004, terça-feira, com término em 18 de maio de 2004, terça-feira, sendo tempestivo o recurso, conforme se comprova pela certidão de fl. 4.687.

A transcrição dos trechos em que se permite verificar o prequestionamento da matéria recursal se encontra relacionada a seguir, para facilitar a compreensão acerca da violação literal aos dispositivos constitucionais invocados:

DECISÃO DO AGRAVO DE PETIÇÃO – FLS. 4.641-4.655

“Discute-se, nos autos, a possibilidade da extinção da execução processada nos autos de ação de cumprimento, em razão da extinção, pelo TST, sem julgamento do mérito, do processo de revisão de dissídio coletivo em que prolatada a sentença normativa, cujas cláusulas serviram de fundamento à demanda e à condenação transitada em julgado, sob o enfoque da inexigibilidade do título judicial exequendo (CPC, artigo 741, inciso II e § único).

Trata-se, com efeito, de ação de cumprimento proposta em 29.11.1990, pelo Sindicato dos Engenheiros no Estado do Rio Grande do Sul, na condição de substituto processual dos empregados da CEEE pertencentes à categoria profissional representada, reclamando provimento condenatório de pagamento de diferenças salariais e de adicional de transferência, com fundamento nas cláusulas 2ª e 10ª da sentença normativa prolatada por este Tribunal Regional, nos autos do processo de revisão de dissídio coletivo nº 205/89, vigente a contar de 1º.05.1989, cujo instrumento se encontra às fls. 25/47.

Durante a instrução do processo na sua fase cognitiva, foi argüida a litispendência da ação revisional, em razão da interposição de recurso perante o Tribunal Superior do Trabalho, com efeito meramente devolutivo. Houve, portanto, durante o processo de conhecimento, o debate acerca da influência obstativa da litispendência sobre o direito vindicado. Resultou, contudo, inexistente a tese de defesa, pela rejeição da preliminar argüida em contestação, conforme sentença prolatada em 10.03.1992 (fls. 288/292), mantida, no aspecto, pelo acórdão regional prolatado em 09.03.1994, com trânsito em julgado em 06.10.1997 (fls. 162/167 dos autos de agravo de instrumento apensados).

No mérito, a decisão final do processo de conhecimento declarou a certeza jurídica acerca do direito dos empregados substituídos processualmente pelo sindicato autor, ao pagamento de: “ a) diferenças salariais pelo descumprimento da cláusula 2ª do RVDC - 205/89, com reflexos (...); b) adicional de transferência, conforme cláusula 10ª da decisão RVDC - 205/89, com reflexos (...).”.

Após o trânsito em julgado da sentença cognitiva e ultrapassada a fase de liquidação, a executada trouxe, em 25.05.2001, pela primeira vez, aos autos, notícia de que o processo revisional no qual prolatada a sentença normativa objeto da ação de cumprimento foi definitivamente extinto, sem julgamento do mérito, por acórdão do TST, publicado em 16.04.1993. Em tal manifestação, a executada informou, também, ao Juízo da execução, o ajuizamento, em 27.09.1999, de ação rescisória com vista à desconstituição da coisa julgada do título judicial exequendo, com fundamento no artigo 485, incisos V (violação à literal aos artigos 5º, inciso II, da Constituição Federal e 872 da CLT), IX (erro de fato) e IV (ofensa à coisa julgada), sob o argumento da inexigibilidade do cumprimento das normas coletivas fixadas por sentença normativa em processo coletivo extinto, em

segunda instância, sem julgamento do mérito (fls. 3340/3362, 3365/3380, 4146/4155, 4178/4186). A ação rescisória, julgada improcedente pela 2ª Seção de Dissídios Individuais deste TRT, em 12.11.2001, conforme acórdão das fls. 4225/4237, ainda pende de julgamento final em razão da interposição de recurso perante o TST.

Em sede de embargos do devedor, a executada reiterou a tese de inexistência do título judicial, com fundamento no acórdão do TST, que extinguiu o processo coletivo revisional em que prolatada a sentença normativa objeto da ação de cumprimento (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal); destacando a precariedade da ação de cumprimento fundada em decisão normativa pendente de recurso e da coisa julgada meramente aparente emanada das decisões nesses processos (artigos 462 e 471, inciso I, do CPC).

A sentença impugnada acolheu a tese da executada, considerando, fundamentalmente, que a ação de cumprimento, embora conducente à formação de título executivo definitivo (transitado em julgado) capaz de sujeitar o demandado ao cumprimento também definitivo da prestação inadimplida, antes de consolidado o processo de criação da norma que lhe dá substrato (independentemente do trânsito em julgado da sentença normativa), apresenta situação peculiar quando trata de sentença normativa pendente de recurso, cujo processo vem a ser extinto pelo órgão "ad quem". Segundo o julgador originário, a problemática gerada na ação de cumprimento resolve-se, no caso dos autos, pela perda da eficácia da sentença normativa, dada a sua natureza condicional (CCB, artigo 119), - sujeita a uma condição resolutiva negativa, consubstanciada na não-superveniência de decisão que lhe retire a eficácia, tal como na execução provisória - , e pela conseqüente extinção do direito assegurado por meio dela, a implicar a resolução das faculdades que o compõem (exercício do direito de ação), contaminando todas as situações jurídicas nascidas sob a sua influência, inclusive, a própria força da coisa julgada material de que se encontra revestido o seu conteúdo. Em síntese, a solução adotada pelo juízo de primeiro grau, conducente à extinção do processo de execução, lastreia-se no entendimento de que a sentença proferida em ação de cumprimento de sentença normativa pendente de recurso, ao transitar em julgado, qualifica-se pela eficácia da coisa julgada material "condicionada", exceto quando, por força da Lei nº 4.725/65, o direito já houver sido satisfeito, dado que a norma legal expressamente veda a restituição dos salários pagos.

É, portanto, da precariedade da coisa julgada (eficácia que torna imutável a sentença) emanada da sentença condenatória proferida em ação de cumprimento de sentença normativa pendente de recurso, que se cuida, nos presentes autos.

Dissente-se, contudo, do entendimento adotado pelo julgador originário."

DECISÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS - FLS. 4.684-4.686

"De qualquer sorte, vale destacar, em relação à alegação da embargante, de que a mesma está sendo compelida a cumprir obrigação prevista em norma não existente, e que, portanto, estaria incorrendo em afronta ao princípio da legalidade, inserto no artigo 5º, inciso II, da Carta Federal, que, segundo ela própria ressalta, nos embargos propostos, constou do acórdão impugnado o

entendimento de que "... a sentença normativa constitui norma aplicável às partes, equiparando-se à lei em sentido material." De outro lado, o acórdão também consigna entendimento de que a sentença normativa tem vigência imediata, podendo ser exigida de imediato, razão pela qual, a "tal revogação, contudo, não enseja a conclusão de que os direitos constituídos durante a sua vigência deixam de existir, sobretudo considerando que os empregados não se encontram obrigados à restituição do valor percebido em face da norma revogada. A extinção do processo coletivo de trabalho importa, pois, revogação da norma coletiva sem efeito retroativo. Entendimento diverso contraria o disposto no parágrafo terceiro do artigo 6º da Lei 4.725/65." Em sendo assim, a determinação para o cumprimento de cláusula constante de sentença normativa em nada ofende o princípio constitucional invocado.

De outro lado, o fato de a sentença normativa ter sido extinta por decisão do Colendo TST, não modifica tal posição. Tal resta devidamente esclarecido nos fundamentos do acórdão, que expressamente consigna entendimento no sentido de que "... a revogação da sentença normativa por decisão do TST não desconstitui a coisa julgada que tornou certo o direito constituído sob a égide de sua vigência, nem atua como condição resolutiva, sobre a relação subjacente à sentença prolatada na ação de cumprimento."

Tem-se, portanto, como questionada a matéria.

II DA OFENSA DIRETA E LITERAL A NORMAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Há, no entender da Companhia, violação direta e literal a diversas normas da Constituição Federal, conforme a seguir se explicitado, não sem antes trazer ao conhecimento dos julgadores precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Egrégio Tribunal Superior do Trabalho.

DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A matéria objeto do presente recurso é pacífica perante os Tribunais Superiores. Neste sentido, precedente do Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante:

"AÇÃO DE CUMPRIMENTO PROCEDENTE. SUPERVENIENTE EX-TINÇÃO DA SENTENÇA NORMATIVA EM QUE SE FUNDOU A AÇÃO. TÉRMINO DO PROCEDIMENTO EXECUTÓRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

1. A ação de cumprimento destina-se a assegurar a realização em concreto das regras fixadas na sentença normativa. Esta possui natureza singular e excepcional, projetando no mundo jurídico normas de caráter genérico e abstrato, por meio de ato jurisdicional praticado na solução de conflito coletivo de trabalho submetido à deliberação do Poder Judiciário, sujeito, dessa forma, a recurso e posterior alteração.

2. A superveniente extinção definitiva do processo de dissídio coletivo implica o total esvaziamento da coisa julgada formada na ação de cumprimento, que, assim, perde seu poder impositivo em relação à parte vencida. Afastada a eficácia da sentença normativa que constituía o elemento essencial da res judicata, não tem mais sentido prosseguir na execução.

3. A imutabilidade material da sentença normativa é relativa, ostentando idêntica natureza a decisão proferida na ação destinada a garantir o seu cumprimento. Extinta a primeira por decisão transitada em julgado, igual sorte atinge a segunda, se ainda não ultimada sua execução, sem que haja violação à coisa julgada formada na fase de conhecimento da ação de cumprimento.

Recurso extraordinário não conhecido por ausência de violação ao inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal”. (Recurso Extraordinário 331.099-2 / SP, acórdão proferido pela Segunda Turma, Relator Min. Maurício Corrêa, julgado em 20 de maio de 2003, publicado no D.J.U. de 3 de outubro de 2003)

No mesmo sentido, cumpre trazer recente decisão, prolatada em 22 de outubro de 2001, pela 1ª SDI do E. TST:

*“AÇÃO DE CUMPRIMENTO – EXECUÇÃO – SENTENÇA NORMATIVA PENDENTE DE RECURSO – “COISA JULGADA ATÍPICA “ – Modificada a sentença normativa, em face do reconhecimento, pelo TST, da incompetência funcional do TRT da 2ª Região que a proferiu, com conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, resulta que a execução em andamento, com base no título executando que foi excluído do mundo jurídico, deve ser de imediato extinta, por já não mais existir o suporte jurídico de sua exigibilidade. Realmente, a execução estava assentada em coisa julgada atípica, na medida em que a sentença normativa subordinava-se à condição resolutiva, que, uma vez concretizada, desconstituiu o título executando que até então representava. Logo, o v. acórdão do Regional, ao proclamar que a r. sentença proferida na fase cognitiva da ação de cumprimento não poderia ser alcançada pelo v. acórdão que julgou extinto o dissídio coletivo, com conseqüente desaparecimento da sentença normativa que embasava a execução, revela-se equivocada e, mais do que isso, agressiva ao artigo 5º, II e XXXVI, da Constituição Federal. Recurso de embargos provido, para extinguir a execução.
(...)”*

Com estes fundamentos, CONHEÇO dos embargos, por violação de lei, porque demonstrada afronta ao artigo 5º, II e XXXVI, da Constituição Federal.

II – MÉRITO

II.1 – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT – AÇÃO DE CUMPRIMENTO – COISA JULGADA. CONHECIDOS os embargos por violação de lei, a conseqüência natural e lógica é o seu provimento. DOU, pois, PROVIMENTO aos embargos para extinguir a execução. ISTO POSTO, ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer dos embargos por violação legal e, no mérito, dar-lhes provimento para extinguir a execução, vencidos os Exmos. Ministros José Luciano de Castilho Pereira e João Oreste Dalazen..”

(Brasília, 22 de outubro de 2001. Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR- 405.753/97.0. Relator MILTON DE MOURA FRANÇA).

Sobre a matéria a 1ª SDI do E. TST fixou a Orientação Jurisprudencial nº 277:

“277 – Ação de cumprimento fundada em decisão normativa que sofreu posterior reforma, quando já transitada em julgado a sentença condenatória. Coisa julgada. Não-configuração.

DJ 11.08.2003 – Parágrafo único do artigo 168 do Regimento Interno do TST

A coisa julgada produzida na ação de cumprimento é atípica, pois dependente de condição resolutiva, ou seja, da não-modificação da decisão normativa por eventual recurso. Assim, modificada a sentença normativa pelo TST, com a consequente extinção do processo, sem julgamento do mérito, deve-se extinguir a execução em andamento, uma vez que a norma sobre a qual se apoiava o título exequendo deixou de existir no mundo jurídico.”

Cabe transcrever também o entendimento consolidado pela 2ª SDI/TST, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 49:

“49. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE CUMPRIMENTO FUNDADA EM DECISÃO NORMATIVA QUE SOFREU POSTERIOR REFORMA, QUANDO JÁ TRANSITADA EM JULGADO A SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA NA AÇÃO DE CUMPRIMENTO.

É cabível o Mandado de Segurança para extinguir a execução fundada em sentença proferida em Ação de Cumprimento, quando excluída da sentença normativa a cláusula que lhe serviu de sustentáculo.”

ROMS 184658/1995 , Ac. 1167/1997

Red. Min. Ronaldo Leal

DJ 14.11.1997

Decisão por maioria

ROMS 182198/1995 , Ac. 541/1996

Min. Cnéa Moreira

DJ 11.10.1996

Decisão unânime

ROMS 147402/1994 , Ac. 4849/1995

Juiz Conv. Euclides Rocha

DJ 15.12.1995

Decisão por maioria”.

A configuração da violação direta e literal de normas da Constituição Federal é confirmada, portanto, pela jurisprudência consolidada das Cortes Superiores, sendo que a inviabilização do prosseguimento do presente Recurso de Revista importaria, ainda, ofensa clara aos artigos 5º, LIV, e LV da CF/88 – princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório.

DA OFENSA AO ARTIGO 5º, II, DA CF/88 - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – NINGUÉM SERÁ OBRIGADO A FAZER OU DEIXAR DE FAZER ALGUMA COISA SENÃO EM VIRTUDE DE LEI

Consta do próprio acórdão recorrido que a sentença normativa, proferida pelo Poder Judiciário de acordo com a competência prevista no art. 114, § 2º, da CF/88, constitui norma aplicável às partes, equiparando-se à lei em sentido material. Da mesma forma, fica expresso na decisão ora recorrida que a norma que embasou o direito dos substituídos foi extinta, por decisão definitiva do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho – TST, sendo então excluída do mundo jurídico.

Sendo assim, como a CEEE está sendo compelida a cumprir obrigação prevista em norma não existente, se entende haver violação ao princípio da legalidade – art. 5º, II, da CF/88 – tendo em vista que, como referido, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

No caso, a Companhia está sendo obrigada a desembolsar quantia superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) com base em um dissídio coletivo que, no curso da ação de cumprimento, antes de seu trânsito em julgado, fora extinto, sem julgamento de mérito pelo TST. É evidente, portanto, que há ofensa literal e direta ao princípio da legalidade, pois tal determinação não está fundamentada em nenhuma norma legal.

A respeito do cabimento de Recurso Extraordinário, por violação ao princípio da legalidade, transcreva-se precedente do Supremo Tribunal Federal:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – NORMAS LEGAIS – CABIMENTO. A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese no sentido de que a ofensa à Carta Política da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.” (STF Recurso Extraordinário 247.262-0 Bahia. Relator: Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. J. 18.05.2001).

É clara, portanto, a ofensa literal e direta ao princípio da legalidade – art. 5º, II, da CF/88 – pois a Companhia está sendo obrigado ao pagamento de quantia superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), sem qualquer base normativa.

DA OFENSA AO ARTIGO 5º, XXXVI, DA CF/88 – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA

Conforme consta da própria decisão recorrida, o dissídio coletivo que embasa o pleito do Sindicato – RVDC 205/89, Processo nº TST-RO-DC-26276/91-3 – foi extinto sem julgamento do mérito, documentos anexados aos embargos à execução.

Nos termos da própria sentença na fase de conhecimento, a condenação tem por fundamento a vigência do regramento coletivo. No caso, entretanto, ao dissídio não se pode mais atribuir efeitos, pois extinto em processos de revisão. O dissídio referido, portanto, não vigorou e suas cláusulas - especialmente as que ora são executadas - não podem, agora, produzir quaisquer efeitos .

Assim, a presente execução está a ofender o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, na medida em que viola a coisa julgada.

Registre-se que a ação de cumprimento fundada em decisão não transitada em julgado traz dentro de si o germe da incerteza e da precariedade, porque poderá ser levada adiante e até ser inteiramente cumprida a obrigação, sem direito à restituição, como também poderá, no curso do processo, modificar-se substancialmente o estado de direito que em princípio estava a alicerçar a pretensão. Essa modificação na situação jurídica coloca a ação de cumprimento em situação precária, condicionada a confirmação da norma coletiva com seu trânsito em julgado, num quadro assimilável àquelas relações em que incide a cláusula *rebus sic stantibus*, que se mantém enquanto a situação de fato e de direito não sofrer alteração, hipótese, aliás, expressamente consagrada no art. 471, I, do CPC. Tal dispositivo, a par de consagrar o princípio da imutabilidade das questões já decididas, admite a revisão do que foi estatuído na sentença quando sobrevier modificação no estado de fato ou de direito. Estes foram os fundamentos adotados pela SDI, no AC SDI-4.489/95, 1994, Rel. Juiz Euclides Alcides Rocha, PROC. TST-RO-MS N.º 147.402/94, para extinguir ação de cumprimento por meio de mandado de segurança, haja vista ter sido expirado o prazo para interposição de ação rescisória.

Ressalta, ainda, Manoel Antônio Teixeira Filho, em *Ação Rescisória no Processo do Trabalho*, Editora LTr, 1991, p. 292, que o processo do trabalho possui situações singulares, não imaginadas pelo processo civil, que conduzem a uma relativização do princípio da imutabilidade da coisa julgada. Defende a inserção da coisa julgada relativa às ações de cumprimento no grupo das sob condição ou aparentes, na medida em que a sua efetiva constituição depende da sorte que tiver o acórdão normativo, que se apresenta como o próprio pressuposto da existência dessa espécie de ação.

Esse também é o pensamento de FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA, o qual defende que, na hipótese de a sentença normativa desaparecer do mundo jurídico, a solução não é o prosseguimento da execução e o ajuizamento de Ação Rescisória, e sim a sobrestamento do feito com a extinção da execução.

Assim se expressa o renomado jurista:

“A segunda hipótese se nos afigura a mais acertada uma vez que o sobrestamento e a extinção da execução tem o apoio da lei. Preceitua o art. 462 do CPC: ‘Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença’. Poder-se-ia objetar que a aplicação de preceito civilista somente teria sede até o julgamento da fase de conhecimento. Todavia, a asserção é verdadeira em sede civilista onde a execução e a liquidação tem natureza jurídica também de ação. Não na Justiça do Trabalho onde a liquidação de sentença e a execução se traduzem em simples epílogos da fase de conhecimento. E as regras civilistas buscadas subsidiariamente devem ser adaptadas à realidade trabalhista.” (“in” Revista LT^{tr}, Vol. 59, n° 10, Outubro de 1995.)

Lembra, ainda, o citado doutrinador, que o sobrestamento do feito e a extinção da execução não constituem atos incompatíveis com a autoridade da coisa julgada. Reporta-se ao seguinte comentário de LIEBMAN sobre a eficácia e autoridade da sentença:

“O que há de diverso nestes casos não é a rigidez menor da coisa julgada, mas a natureza da relação jurídica, que continua a viver no tempo com conteúdo ou medida determinados por elementos essencialmente variáveis, de maneira que os fatos que sobrevenham podem influir nela, não só no sentido de extingui-la, fazendo por isso extinguir o valor da sentença, mas também no sentido de exigir mudança na determinação dela, feita anteriormente.” (“in” obra citada, pág.1.344.)

Na obra de FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA é registrada também, em razão do que foi exposto, a desnecessidade de se buscar alento na Ação Rescisória, podendo a extinção da ação inclusive ser decretada de ofício pelo magistrado.

Vê-se, pois, que a espécie não enseja conclusão diversa da defendida pelos citados juristas, qual seja, a de que *“a coisa julgada produzida na ação de cumprimento é relativizada no tempo em função da condição resolutiva e não desafia ação rescisória para a sua desconstituição. A modificação imposta por julgamento em Corte Superior retira o indispensável suporte jurídico.”* (FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA, in obra citada, pág. 1344).

Assim, reformada a sentença normativa pelo Tribunal Superior, constitui ilegalidade o prosseguimento da execução em desacordo com a decisão final da demanda coletiva. Tendo sido julgado extinto o dissídio, sem exame do mérito, impõe-se a extinção da execução no tocante às vantagens por eles asseguradas. Estes são fundamentos adotados nas fundamentações dos Acórdãos SBDI2-1.167/97 e SDI 4.849/95.

Por oportuno, cabe trazer outros julgados da mais Alta Corte de Justiça Trabalhista:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. MODIFICAÇÃO DA DECISÃO NORMATIVA QUE A FUNDAMENTA. Ação de cumprimento calcada em decisão normativa submetida a recurso tem natureza precária e que, modificada a decisão que a fundamenta, comporta providência judicial de integração em razão do fato superveniente, como na espécie, em que a decisão normativa foi substancialmente alterada (extinto o processo sem julgamento de mérito). Assim, ainda em curso a Ação de Cumprimento e desaparecendo a norma (decisão) que lhe dava substrato. Lícito era ao juiz suspender os atos executórios, sem ofensa a direito líquido e certo dos impetrantes.

Recurso provido para denegar-se a segurança. Ac. ROMS n.º 147402, ano 1994, proc. N.º TST-RO-MS 147.402/94.4, AC. SDI - 4.849/95, 2.ª Reg."

"AÇÃO DE CUMPRIMENTO. EXECUÇÃO. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA NORMATIVA EM GRAU RECURSAL. VANTAGENS NÃO PAGAS. REPERCUSSÃO SOBRE O TÍTULO EXEQUENDO. A coisa julgada produzida na Ação de Cumprimento é atípica, dependente de uma condição resolutiva, ou seja, da não-modificação do acórdão normativo por eventual recurso ou em decorrência de cláusula rebus sic stantibus. A modificação da sentença normativa, em grau recursal, repercute diretamente na coisa julgada e, conseqüentemente, na execução promovida na Ação de Cumprimento, extinguindo-a, se indeferidas pela Corte Superior as vantagens objeto do título exequendo. Recurso Ordinário a que se dá provimento. (Ac. TST SDI-2 n.º 1.167/97 184658. Ano 1995, Rel. Ronaldo Leal.)"

É importante ressaltar, ainda que tal fato não altere a solução jurídica da questão, que a extinção do dissídio coletivo perante o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho é bastante anterior ao trânsito em julgado da ação de cumprimento proposta com base neste dissídio. De fato, a decisão do Tribunal Superior do Trabalho transitou em julgado ainda em 16 de abril de 1993, enquanto a ação de cumprimento somente transitou em 6 de outubro de 1997.

Mesmo se fosse posterior, é pacífico, tanto em doutrina como em jurisprudência, que não se sustenta a coisa julgada constituída precariamente em sede de ação de cumprimento.

Assim, fica evidente que existe, na decisão recorrida, afronta ao art. 5º, XXXVI, princípio constitucional de proteção à coisa julgada, na medida em que dá vigência e aplicabilidade à decisão constituída sob a égide de um dissídio coletivo extinto, sem julgamento do mérito pelo Tribunal Superior do Trabalho.

III DO REQUERIMENTO

Ante o exposto, requer o conhecimento e o provimento do Recurso de Revista, com fundamento no artigo 896, § 2º, da CLT, para reformar a decisão regional, vez que presente violação literal e direta a normas da Constituição Federal de 1988.

Pede deferimento.

Porto Alegre, 17 de maio de 2004.

Miguel Arcanjo Costa da Rocha
Procurador do Estado
OAB/RS n° 30.184

Walter Henrique Finger
OAB/RS n° 48.593

Ricardo Seibel de Freitas Lima
Procurador do Estado
OAB/RS n° 44.425

Proc. nº TST-RR-1767/1990-016-04-00.5

A C Ó R D ã O
(4ª Turma)
BL/lra

RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO FUNDADA EM SENTENÇA NORMATIVA REFORMADA. COISA JULGADA. 1 - Conquanto seja legalmente permitida a propositura da ação de cumprimento antes do trânsito em julgado da sentença normativa na qual ela se funda, na conformidade do art. 872 da CLT, a decisão daí proveniente se classifica como sentença condicional, ficando sujeita sua exigibilidade à comprovação de que se realizou a condição. 2 - A modificação da sentença normativa, com a extinção do processo sem julgamento do mérito, traz como consequência a extinção da execução em curso, porquanto baseada em título excluído do mundo jurídico. Equivale a dizer que não se realizou a condição e, em razão disso, não poderia o credor executar o comando oriundo da ação de cumprimento, uma vez que não provada a manutenção da sentença normativa em grau recursal. 3 - Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 277/SBDI-1 do TST. 4 - O Tribunal de origem, ao considerar que a decisão proferida na fase cognitiva da presente ação de cumprimento transitou em julgado, não podendo ser afetada pela decisão proferida no recurso no qual era discutida a sentença normativa que embasou a presente ação, afronta o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, pois, na verdade, estava dependente de uma condição resolutiva. 6 Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista, nº **TST-RR-1767/1990-016-04-00.5**, em que é Recorrente **COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA – CEEE** e Recorrido **SINDICATO DOS ENGENHEIROS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**.

O Tribunal do Trabalho da 4ª Região, pelo acórdão de fls. 4641/4655, deu provimento parcial ao agravo de petição do exeqüente para, afastando o comando sentencial de extinção da execução, determinar o retorno dos autos à origem para julgamento das demais questões suscitadas nos embargos do devedor, dando-se prosseguimento à execução.

Às fls. 4657/4661, a CEEE interpôs embargos de declaração, que foram desprovidos às fls. 4684/4686.

A executada, com fundamento no art. 896, § 2º, da CLT, recorre de revista às fls. 4688/4701.

Admitida pelo despacho de fls. 4707/4708, a revista recebeu razões de contrariedade às fls. 4711/4725.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82 do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO

1 CONHECIMENTO

1.1 Recurso de Revista Execução. Ação de Cumprimento Fundada em Sentença Normativa Posteriormente Reformada. Coisa Julgada

O Tribunal Regional, apreciando o agravo de petição interposto pelo sindicato, deu-lhe parcial provimento para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que a Vara dê prosseguimento à execução, que havia sido extinta.

Antes de explicitar os fundamentos da decisão regional, convém delimitar os contornos da lide, fixados pelo Tribunal a quo.

Trata-se, na espécie, de ação de cumprimento proposta em 29/11/90 pelo Sindicato-autor, com fundamento nas cláusulas 2ª e 10ª da sentença normativa prolatada pelo TRT da 4ª Região nos autos do RVDC-205/89, que garantiam aos processualmente substituídos o direito a diferenças salariais e adicional de transferência.

Após o trânsito em julgado da presente ação de cumprimento e já ultrapassada a fase de liquidação, a executada, em 25/5/2001, trouxe pela primeira vez aos autos a notícia de que o processo revisional no qual fora prolatada a sentença normativa objeto da ação de cumprimento foi definitivamente extinto, sem julgamento do mérito, por acórdão do TST, publicado em 16/4/1993.

Na mesma oportunidade, informou ainda a CEEE que ajuizara, em 27/9/99, ação rescisória com vista à desconstituição da coisa julgada do título judicial exequendo, sob o argumento da inexigibilidade do cumprimento das normas coletivas fixadas por sentença normativa em processo coletivo extinto, em segunda instância, sem julgamento do mérito.

O Colegiado esclarece que a ação rescisória, julgada improcedente pela 2ª Seção de Dissídios Individuais daquele TRT, em 12/11/2001, conforme acórdão das fls. 4225/4237, ainda pendia de julgamento final, pois, até a prolação do acórdão recorrido, não havia sido julgado o recurso interposto perante o TST.

A Vara julgou procedentes os embargos à execução opostos pela CEEE (fls. 4406/4419), extinguindo a execução em curso, acolhendo, assim, a tese da executada da inexigibilidade do título judicial constituído na presente ação de cumprimento, em razão de esta se fundar em processo coletivo revisional extinto sem julgamento do mérito. Afirmou o acórdão regional que **“segundo o julgador originário, a problemática gerada na ação de cumprimento resolve-se, no caso dos autos, pela perda da eficácia da sentença normativa, dada a sua natureza condicional (CCB, artigo 119) sujeita a uma condição resolutive negativa, consubstanciada na não-superveniência de decisão que lhe retire a eficácia, tal como na execução provisória”** (fls. 4649/4650).

O Tribunal a quo, contudo, reformou a sentença de piso, determinando o retorno dos autos à origem, para que prossiga a execução. Fundamentou:

“A vigência imediata da norma fixada por ato do Poder Judiciário no exercício do seu Poder Normativo (sentença normativa), lhe dá a feição de exigibilidade atual (sem condição ou termo). O cumprimento na norma coletiva, uma vez resistido pelo empregador, confere ao empregado o direito de ação própria (ação de cumprimento), mesmo antes de sua confirmação por instâncias superiores, ou seja, mesmo pendente de recurso. Assim, a revogação da sentença normativa por decisão do TST, não desconstitui a coisa julgada que tornou certo o direito constituído sob a égide de sua vigência, nem atua como condição resolutiva, sobre a relação jurídica subjacente à sentença prolatada na ação de cumprimento. Nesse sentido, o título executivo proveniente da ação de cumprimento é atual exigível, portanto –, a par do caráter definitivo da sua eficácia executiva, inconciliável com a noção de precariedade ou de sujeição a implemento de condição resolutiva, com preconizado nos embargos. Na hipótese dos autos, a preclusão máxima se operou com o trânsito em julgado da sentença condenatória prolatada no processo cognitivo, a qual, ao contrário do que pretende a executada, decidiu relação jurídica atual e não condicionada ou a termo. Assim, uma vez liquidada a condenação, presentes, ainda, a certeza e atualidade do título, não se verifica razão para a extinção da execução.” (fls. 4653/4654)

A reclamada investe contra o acórdão regional, apontando ofensa aos incisos II e XXXVI do art. 5º da Constituição da República, transcrevendo jurisprudência para evidenciar a alegada violação constitucional. Sustenta que está sendo obrigada a cumprir obrigação prevista em norma não mais existente, em afronta ao princípio da legalidade, e que houve afronta à coisa julgada, pois “(...) **reformada a sentença normativa pelo Tribunal Superior, constitui ilegalidade o prosseguimento da execução em desacordo com a decisão final da demanda coletiva**”.

Comungo a tese de que, conquanto seja legalmente permitida a propositura da ação de cumprimento antes do trânsito em julgado da sentença normativa na qual ela se funda, na conformidade do art. 872 da CLT, a decisão daí proveniente se classifica como sentença condicional, ficando sujeita sua exigibilidade à comprovação de que se realizou a condição.

Nesse sentido, a modificação da sentença normativa, com a extinção do processo sem julgamento do mérito pelo TST em 16/4/93, traz como conseqüência a extinção da execução em curso, porquanto baseada em título excluído do mundo jurídico. Equivale a dizer que não se realizou a condição e, em razão disso, não poderia o credor executar o comando oriundo da ação de cumprimento, uma vez que não provada a manutenção da sentença normativa em grau recursal.

Nessa esteira de entendimento, a SBDI-1 do TST editou a Orientação Jurisprudencial nº 277, do seguinte teor:

“Ação de cumprimento fundada em decisão normativa que sofreu posterior reforma, quando já transitada em julgado a sentença condenatória. Coisa julgada. Não-configuração.

A coisa julgada produzida na ação de cumprimento é atípica, pois dependente de condição resolutiva, ou seja, da não-modificação da decisão normativa por eventual recurso. Assim, modificada a sentença normativa pelo TST, com a consequente extinção do processo, sem julgamento do mérito, deve-se extinguir a execução em andamento, uma vez que a norma sobre a qual se apoiava o título exequendo deixou de existir no mundo jurídico.” (Precedentes: ERR 350081/1997, Juiz Conv. Levi Ceregado, DJ 3/9/1999; ERR 348758/1997, Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 16/2/2001; ERR 519984/1998, Red. Min. Milton de Moura França, DJ 6/9/2001; ERR 405753/1997, Min. Milton de Moura França, DJ 9/11/2001; ERR 392155/1997, Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 19/4/2002)

Diante do exposto, considero que o Tribunal de origem, ao observar que a decisão proferida na fase cognitiva da presente ação de cumprimento transitou em julgado, não podendo ser afetada pela decisão proferida no recurso no qual era discutida a sentença normativa que embasou a presente ação, afronta o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, pois, na verdade, estava dependente de uma condição resolutiva.

Assim, **conheço** do recurso por violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição da República.

2 MÉRITO

2.1 Recurso de Revista. Execução. Ação de Cumprimento Fundada em Sentença Normativa Reformada. Coisa Julgada

A consequência do conhecimento do apelo por violação constitucional é o seu provimento para, restabelecendo a sentença de fls. 4406/4419, extinguir a execução.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, e, no mérito, dar-lhe provimento para, restabelecendo a sentença de fls. 4406/4419, extinguir a execução.

Brasília, 06 de abril de 2005.

MINISTRO BARROS LEVENHAGEN
Relator

LRA/lra/mv/ap

Proc. nº TST-E-RR-1767/1990-016-04-00.5

A C Ó R D Ã O (SBDI-1)
GMCA/ly/st

PROCESSO EM EXECUÇÃO OFENSA AO ART. 5º, INCISO XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA AÇÃO DE CUMPRIMENTO NORMA COLETIVA REFORMADA PELO TST VIGÊNCIA APLICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 277. A coisa julgada produzida na ação de cumprimento é atípica, pois dependente de condição resolutiva, ou seja, da não-modificação da decisão normativa por eventual recurso. Assim, modificada a sentença normativa pelo TST, com a conseqüente extinção do processo, sem julgamento do mérito, deve-se extinguir a execução em andamento, uma vez que a norma sobre a qual se apoiava o título exequendo deixou de existir no mundo jurídico. Recurso de Embargos não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-1767/1990-016-04-00.5**, em que é Embargante **SINDICATO DOS ENGENHEIROS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** e Embargado **COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA - CEEE**.

A 4ª Turma da Corte, em processo oriundo do 4º Regional, por intermédio do Acórdão de fls. 4.740-4.744, conheceu e deu provimento ao Recurso de Revista da Reclamada no tocante à execução ação de cumprimento norma coletiva reformada pelo TST - vigência, por entender que foi violado o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República.

O Sindicato-Reclamante interpõe Embargos à Seção Especializada em Dissídios Individuais de fls. 4.746-4753, com fundamento no artigo 894, da CLT.

A impugnação foi apresentada às fls. 4.759-4.768. O processo não foi enviado à Procuradoria-Geral, para emissão de parecer, ante a ausência de obrigatoriedade (RI/TST, Art. 82, inciso I).

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO Satisfeitos os Pressupostos Comuns de Admissibilidade, Examino os Específicos dos Embargos.

1.1 Execução Ação de Cumprimento Norma Coletiva Reformada pelo TST - Vigência

A Turma conheceu do Recurso de Revista da Reclamada, por entender que foi violado o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, **verbis**:

RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO FUNDADA EM SENTENÇA NORMATIVA REFORMADA.

COISA JULGADA. 1 Conquanto seja legalmente permitida a propositura da ação de cumprimento antes do trânsito em julgado da sentença normativa na qual ela se funda, na conformidade do art. 872 da CLT, a decisão daí proveniente se classifica como sentença condicional, ficando sujeita sua exigibilidade à comprovação de que se realizou a condição. 2 - A modificação da sentença normativa, com a extinção do processo sem julgamento do mérito, traz como consequência a extinção da execução em curso, porquanto baseada em título excluído do mundo jurídico. Equivale a dizer que não se realizou a condição e, em razão disso, não poderia o credor executar o comando oriundo da ação de cumprimento, uma vez que não provada a manutenção da sentença normativa em grau recursal. 3 Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 277/SBDI-1 do TST. 4 O Tribunal de origem, ao considerar que a decisão proferida na fase cognitiva da presente ação de cumprimento transitou em julgado, não podendo ser afetada pela decisão proferida no recurso no qual era discutida a sentença normativa que embasou a presente ação, afronta o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, pois, na verdade, estava dependente de uma condição resolutiva. 6- Recurso provido. (fl.4.740)

O Sindicato-reclamante sustenta que a Turma, ao dar provimento ao Recurso de Revista, violou os arts. 896 da CLT, 5º, incisos XXXVI e LIV, da Constituição da República, 879, § 2º da CLT, bem como divergiu do aresto trazido a confronto.

Alega que não caberia o conhecimento do recurso por ofensa ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República.

Afirma que houve equívoco ao se considerar a ação de cumprimento já decidida por sentença transitada em julgado, mesmo se entendesse possível desconstituí-la em ação rescisória, o que afrontaria o respeito à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CFB/88).

Por fim, solicita que a Jurisprudência desta Corte seja mantida, sob o entendimento que, transitada em julgado a sentença na ação de cumprimento, a extinção do Dissídio Coletivo, em que se fundou, só pode ser alegada em ação rescisória e não em incidente da fase de execução.

A discussão é saber se sentença normativa, cujo dissídio coletivo foi julgado extinto pelo TST, com decisão transitada em julgado, constitui, ou não, título executivo em ação de cumprimento ainda não executada, mas também com decisão transitada em julgado.

A ação de cumprimento, por disposição legal, é ação autônoma, tanto que independe do trânsito em julgado da sentença normativa para ser ajuizada, e também é certo que o provimento de recurso interposto contra tal decisão “não importará na restituição dos salários ou vantagens pagos, em execução do julgado” (artigo 6º, § 3º, da Lei 4.725/65). Assim, não seria a mera modificação da sentença normativa que traria influência na ação de cumprimento (e consequente execução).

Consoante registrado no processo, a sentença normativa foi modificada, em grau recursal por esta Corte, que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito.

Nesse contexto, uma vez modificada a sentença normativa pelo TST com a extinção do processo sem julgamento de mérito, resulta que a execução em andamento, com base no título exequendo que foi excluído do mundo jurídico, deve ser de imediato extinta, por não mais existir o suporte jurídico de sua exigibilidade.

A execução estava assentada em coisa julgada atípica, à medida que a sentença normativa subordinava-se à condição resolutiva, que, uma vez concretizada, desconstituiu o título exequendo.

De fato ficou vulnerado o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, já que houve o trânsito em julgado da decisão do TST, que decretou a extinção do Dissídio Coletivo, sendo que as decisões proferidas em execução nestes autos impõem ônus estranho ao ordenamento jurídico. Acrescenta que a decisão prolatada em ação de cumprimento de sentença normativa, não transitada em julgado, tem caráter precário, vinculado ao resultado final obtido no dissídio.

Em se tratando de ação de cumprimento relativa à sentença normativa da qual pende recurso, não há formação de coisa julgada formal ou material nos moldes do Processo Civil, mas coisa julgada condicional. Isso porque toda decisão proferida em ação de cumprimento neste caso está pendente de uma condição, que é o julgamento em definitivo do Dissídio Coletivo que lhe serve de embasamento. A decisão que serviu de base para a ação de cumprimento apenas se consolida com o seu trânsito em julgado nos autos de Dissídio Coletivo, isto porque a modificação da sentença normativa repercute diretamente na execução promovida na ação de cumprimento, tornando indevida a observância de cláusulas que acaso tenham sido alteradas.

No caso em exame, com maior razão tornou-se inviável o prosseguimento da execução, pois esta Corte extinguiu o processo de dissídio coletivo sem julgamento do mérito, por considerar incompetente o TRT da Segunda Região para apreciá-lo. Ou seja, o título executivo que legitimou a ação de cumprimento perdeu a sua exigibilidade. Não há mais o que ser executado.

A possibilidade de extinção da execução da ação de cumprimento mostra-se absolutamente razoável, já que está consignado nos autos que a causa da modificação da sentença normativa foi a incompetência funcional absoluta, que implica, necessariamente, em vício de origem, contaminando mortalmente o processo coletivo. Conseqüentemente, a execução fundada em título que se concluiu ser inexistente, por vício de origem, por razões de simples lógica, não pode ter originado coisa julgada típica, não podendo subsistir a execução decorrente, por ausência de suporte jurídico. Portanto, reformada a sentença normativa em grau recursal, no presente caso, constituiria verdadeira ilegalidade o prosseguimento da execução. Ressalte-se que as vantagens ainda não foram pagas, tanto que se busca a satisfação por execução em ação de cumprimento.

A matéria encontra-se pacificada na Orientação Jurisprudencial nº 277, que dispõe:

Ação de cumprimento fundada em decisão normativa que sofreu posterior reforma, quando já transitada em julgado a sentença

condenatória. Coisa julgada. Não-configuração.

A coisa julgada produzida na ação de cumprimento é atípica, pois dependente de condição resolutiva, ou seja, da não-modificação da decisão normativa por eventual recurso. Assim, modificada a sentença normativa pelo TST, com a conseqüente extinção do processo, sem julgamento do mérito, deve-se extinguir a execução em andamento, uma vez que a norma sobre a qual se apoiava o título exequendo deixou de existir no mundo jurídico.

Desta forma, correto o conhecimento e provimento do Recurso de Revista da Reclamada, por ofensa ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, sem haver violação do art. 5º, inciso LIV da Carta Magna. Não conheço dos Embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **não conhecer** dos embargos.

Brasília, 20 de março de 2006.

CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA
Relator

PARECERES

Parecer nº 14.354

LICITAÇÃO. PREGÃO PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTO. OFERTA ANTERIOR DE PREÇO INFERIOR PELA EMPRESA-FABRICANTE. HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DIRETA DA FABRICANTE. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA ECONOMIA.

O Sr. Secretário de Estado da Saúde encaminha, para exame e manifestação desta Procuradoria-Geral, o presente expediente, que trata de aquisição do medicamento Xinafoato de Salmeterol 50 mcg, indicado para o tratamento de asma, a fim de que seja apontada solução jurídica à situação ocorrida no procedimento de compra. Ocorre que, realizado pregão eletrônico para aquisição do medicamento antes referido, verificou a Secretaria da Saúde que o menor preço ofertado, constante, pois, da proposta vencedora, era superior ao preço que havia sido cotado pela empresa fabricante do medicamento, da qual se cogitara comprar diretamente, mediante inexistência de licitação.

Os fatos havidos estão bem expostos na Informação nº 1744/2005, da Assessoria Jurídica da SES (fls. 105/106), a qual se transcreve a seguir:

“Vem a esta Assessoria o presente feito solicitando embasamento legal para a aquisição do medicamento Xinafoato de Salmeterol 50 mcg. O processo foi aberto, por solicitação da CPAE, com a informação de ser medicamento ‘inexigível’, conf. fls. 04, tendo sido consultada a ANVISA (fls. 09) de onde se obtém a informação da existência de mais de um fabricante, e após, consultado o fabricante GlaxoSmithKline Brasil Ltda., o qual informou às fls. 024, como menor preço possível, o de R\$ 46,85. Após, seguiu o Dep. de Compras desta SES, no procedimento licitatório, com a formulação de Edital de Pregão Eletrônico nº 061/2005, de fls. 027 a 045, para a realização de certame a fim de proceder-se ao pregão para o Registro de Preços, do qual não participou a empresa consultada, e saiu vencedora a empresa WERBRAN DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.

O impasse suscitado ocorreu tendo em vista que a empresa fabricante não se habilitou ao procedimento licitatório, e agora foi notado que o valor unitário do produto oferecido diretamente por ela, é menor que o preço oferecido pela empresa vencedora, o que motivou a consulta a essa assessoria.

Bem, analisando o feito, observamos que está presente a documentação que demonstra a existência de mais de um fabricante, e vários distribuidores, de medicamento com nome comercial diferente, mas com esse princípio ativo, o que afasta no presente caso a possibilidade de venda por inexigibilidade, em que pese nos autos também conste Declaração do SINDUSFARMA (sindicato correspondente) às fl. 020, no sentido da exclusividade na fabricação-distribuição do produto, datada de 2004.

Entretanto, tendo em vista que se reconhece diferença significativa de preço unitário, e que, portanto, reflete substancialmente no preço total do contrato a ser firmado, entendemos complicada a solução, já que se percebe prejuízo vindouro à Administração, situação que, justamente pelas contradições permitidas no presente feito, nos demandou tempo em busca de possível solução, sem sucesso, por esta Assessoria, motivo pelo qual opinamos que o feito deve ser enviado à PGE para dirimir as dúvidas aqui presentes”.

Posteriormente, o expediente foi encaminhado à Divisão de Compras da Secretaria consultente, o qual atestou a fabricação exclusiva pela empresa Glaxosmithkline Brasil Ltda., do medicamento pretendido comprar, *verbis*:

“Esclarecemos que o medicamento XINAFOATO DA SALMETEROL 50 MCG é fabricado, até esta data, apenas pela empresa GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA, conforme registro na ANVISA de nº 101070222, os demais itens (fls. 108 a 111) divergem pois trata-se de associação de princípios ativos, e o das páginas nºs 112 não possui em sua apresentação 50 mcg, apenas o item constante na página nº 114.”

É o breve relatório.

2. Como relatado acima, a Secretaria da Saúde realizou licitação na modalidade de pregão eletrônico para compra do medicamento Xinafoato de Salmeterol 50 mcg, sagrando-se vencedora a empresa WERBRAN DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA., que ofereceu o produto ao preço unitário de R\$ 52,50. Entretanto, antes de proceder ao referido pregão, como vislumbrara a possibilidade de efetuar a compra mediante inexistência de licitação, em razão de fornecedor exclusivo, a SES havia orçado o medicamento com a fabricante, GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA., obtendo o preço unitário de R\$ 46,85.

Ocorreu, portanto, situação incomum: o preço obtido no procedimento licitatório é superior àquele oferecido individualmente pela empresa GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA, de modo que restou o Administrador em estado de perplexidade, perguntando-se como proceder no caso concreto.

3. Com efeito. A perplexidade resulta do fato de que a licitação, procedimento previsto na Constituição Federal para contratação de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública (CF, art. 37, XXI), tem como escopo assegurar a proposta mais vantajosa para o Poder Público, a par de garantir o princípio da isonomia, permitindo igualdade de condições aos concorrentes (Lei nº 8666/93, art. 3º); entretanto, no caso concreto, ora em exame, a licitação não se afigurou como meio hábil ao desiderato de escolha da proposta mais vantajosa à Administração, visto que o menor preço oferecido pelo produto que a Secretaria da Saúde pretende comprar foi oferecido por empresa que não participou do certame, a qual é fabricante do medicamento visado.

Sob esta evidência – de que a licitação não atingiu a finalidade de assegurar a maior vantajosidade para Administração Pública, não dando concreção ao princípio da eficiência -, entende-se cabível a revogação do procedimento, permitida pelo art. 49 da Lei nº 8666/93 (aplicável às licitações na modalidade pregão, *ex vi* do disposto na Lei nº 10520/2002, art. 9º).

Sobre o instituto da revogação no processo licitatório, elucida HELY LOPES MEIRELLES:

“A revogação da licitação assenta em motivos de oportunidade e conveniência administrativa, mas nem por isso dispensa a justificativa do ato revocatório. A Administração pode revogar a licitação em qualquer de suas fases, desde que o interesse público imponha essa invalidação. São as conveniências do serviço que comandam a revogação, e passam a ser a justa causa da decisão revocatória, que, por isso mesmo, deve ser motivada, sob pena de se converter em ato arbitrário do administrador público. E o arbítrio é incompatível com o direito”. (Licitação e Contrato Administrativo, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 264.)

4. A revogação do processo licitatório, portanto, como de qualquer ato administrativo, efetua-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, atendendo critérios de conveniência e oportunidade. Impende aqui assinalar que tal poder discricionário encontra restrições no ordenamento jurídico, não se confundindo com poder arbitrário.

Com efeito. O ato discricionário somente será legítimo e válido se praticado para atendimento de uma finalidade legal, devendo guardar observância aos princípios fundamentais do direito, revestindo-se da devida motivação.

Portanto, a liberdade de escolha na prática do ato discricionário dá-se “dentro dos limites legais”. Quer dizer: o ato deve atender à finalidade legal, sob pena de desvio de finalidade. Como afirma CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MEILLO, (*In* Discricionariiedade e Controle Jurisdicional, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 32-33): “A discricção, como se espera a breve trecho comprovar, é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. Procurar-se-á demonstrar que quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal. Em primeiro lugar, isso é postulado por uma idéia simplicíssima. Deveras, não teria sentido que a lei, podendo fixar uma solução por ela reputada ótima para atender o interesse público, e uma solução apenas sofrível ou relativamente ruim, fosse indiferente perante estas alternativas. É de presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da

norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei”.

5. No caso telado, qual a conduta que melhor atende o interesse público: contratar a empresa vencedora da licitação, que oferece o medicamento de que a Secretaria da Saúde necessita pelo valor unitário de R\$ 52,50, ou contratar a empresa-fabricante do medicamento, que o oferta pelo preço de R\$ 46,85? Evidentemente que a compra pelo menor valor é aquela que atende à finalidade legal, observando o princípio da economicidade.

Veja-se que, como dito antes, o processo licitatório não alcançou um de seus objetivos, ou seja, assegurar à Administração Pública a maior vantajosidade na contratação. *In casu*, essa finalidade legal somente será atendida se for revogada a licitação e contratada a empresa-fabricante do medicamento, pelo menor valor.

Com este procedimento, a Administração Pública estará atendendo ao princípio constitucional da eficiência (art. 37 da CF) ou economicidade (art. 70 da CF). O ato discricionário de revogação da licitação estará, pois, vinculado aos princípios referidos. No magistério de JUAREZ FREITAS:

“Esposada esta adequada compreensão do sistema jurídico, admitir-se-á, com naturalidade que só existe discricionariedade vinculada a princípios e, portanto, a antiga distinção forçosamente haverá de ser, no mínimo, abrandada, sem se deixar de classificar os atos administrativos consoante uma maior ou menor liberdade do agente, porém tendo presente que a distinção somente se explica pela maior ou menor vinculação ao princípio da legalidade estrita, compreendida como um dos princípios relevantes e autônomos. Princípio que reclama ser devidamente relativizado ou nuançado pelos demais.

Afirmar-se a discricionariedade vinculada não significa dizer que nunca haverá juízo de conveniência, visto retrospectivamente, o que seria um erro lógico equiparável ao sofisma de Aquiles e da tartaruga. Simplesmente se quer afirmar que há uma porção de vinculação que precisa acompanhar a discricionariedade, a qual não se desfaz, por esta presença, senão que se legitima, por não se auto-referenciar nem correr o risco de fixar residência no espaço fluido de vontades meramente particulares, incompatíveis, nesta condição, com a índole do Direito democrático, mormente sua vertente publicista”. (FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios fundamentais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 224/225)

6. A revogação da licitação tem expressa previsão na Lei nº 8666/93, artigo 49, que dispõe:

“Art. 49 - A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Parágrafo 1º - A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Parágrafo 2º - A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Parágrafo 3º - No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Parágrafo 4º - O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento e de inexigibilidade de licitação”.

Acerca do alcance da norma legal invocada, registra SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA:

“15.3. Ademais, trata-se de revogação da espécie cheia ou dependente, porquanto não é livre, feita *ad libitum*, mas, contrariamente, só se pode dar em função de ‘fato superveniente’: trata-se de revogação por motivo ulterior, devidamente comprovado, que terá de ser pertinente e suficiente para justificar a revogação, havendo de decorrerem dele ‘razões de interesse público’.

15.4. Este regime faz inquestionavelmente necessária a plena motivação do ato revocatório, com a identificação do fato hábil e de repercussão bastante, bem ainda sua irretorquível evidenciação; assim como a caracterização da existência de razão de interesse público decorrente.

15.5. O integral atendimento desses requisitos e pressupostos terá de passar pelo crivo do devido processo legal, conforme imposto pelo parágrafo 3º do art. 49, que assegura, quando se intenta o desfazimento do procedimento licitatório, o contraditório e a ampla defesa, garantias que, indubitavelmente, terão de ser previamente concretizadas (Justen, ob. Cit., p. 491).” (FERREIRA, Sérgio de Andréa. Anotações sobre a Revogação em Sede Licitatória. *In* Boletim de Licitações e Contratos, agosto/2003, pp. 531/538).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a possibilidade de revogação da licitação nos termos do artigo 49 da Lei nº 8666/93, no mandado de segurança nº 8844-DF, cuja ementa é a seguinte:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO PANTANAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE GERENCIAMENTO. REVOGAÇÃO. ARTIGO 49 DA LEI Nº 8.666/1993. SÚMULA Nº 473/STF. OCORRÊNCIA DE FATOS SUPERVENIENTES SUFICIENTES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado (artigo 49, caput, da Lei nº 8666/93).

A revogação, consoante o ensinamento de Marçal Justen Filho, funda-se 'em juízo que apura a conveniência do ato relativamente ao interesse público. No exercício de competência discricionária, a Administração desfaz seu ato anterior para reputá-lo incompatível com o interesse público. (...) Após praticado o ato, a Administração verifica que o interesse público poderia ser melhor satisfeito por outra via. Promoverá, então, o desfazimento do ato anterior' ('Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', 9ª ed., Dialética, São Paulo, 2002, p. 438).

In casu, diante da ocorrência dos fatos supervenientes apontados pela autoridade impetrada, que tenham modificado a necessidade de contratação da empresa gestora, a revogação mostra-se devidamente motivada.

A ausência de recursos orçamentários suficientes e a necessidade de melhor aproveitamento dos escassos recursos disponíveis, porque reduzidos, são fatos supervenientes inviabilizadores da contratação da empresa de gerenciamento. Com efeito, 'a inexistência de reserva orçamentária é mais que um motivo justo para revogar-se a licitação (Lei 8666/93). Nela se traduz um impedimento ao avanço do procedimento' (MS nº 4482/DF, Rel. Min. Humberto Gomes Barros, DJ de 21/10/1996).

Os custos previstos na Fase I do Programa Pantanal para distribuição à empresa de gestão eram de US\$ 5.700.000,00 (cinco milhões e setecentos mil dólares) (fl. 82), razão pela qual não estava o Governo Brasileiro obrigado a contratar a impetrante, em conformidade com o que dispõe a Cláusula 4.13 das Disposições Especiais do Contrato de Empréstimo nº 1.290/OC-BR firmado com o BID.

A revogação da licitação em exame fundamenta-se, também, na demonstração, após o início do Programa Pantanal, de que a própria Administração estava apta a realizar parte do projeto, possibilitando uma melhor gestão dos recursos, em atendimento aos princípios da eficiência e economicidade.

Verificado que o provável financiamento do Japan Bank for International Cooperation – JBIC ao Projeto foi orçado em 47,54% do total dos recursos, procede a alegação da autoridade impetrada de que, estando ainda na fase preliminar de negociações com aquela instituição financeira, 'seria ocioso contratar, imediatamente, serviço de apoio ao gerenciamento de ações que só serão efetivamente desenvolvidas daqui a dois ou três anos' (fl. 124).

Ausência da demonstração pela impetrante da alegada inexperiência dos técnicos do Ministério do Meio Ambiente e dos co-executores na execução de projetos dessa natureza; da exigência de sua contratação condição ao empréstimo pelo BID; e da proibição de que a verba destinada ao gerenciamento seja realocada para outras atividades sem o prévio consentimento daquela instituição financeira.

Constatação, pelo Tribunal de Contas da União, de irregularidades no procedimento licitatório para a contratação da empresa de gerenciamento para o Programa Pantanal e recomendação, pela Secretaria Fede-

ral de Controle Interno na Corregedoria-Geral da União, de seu cancelamento e instauração de um novo 'com alteração substantiva da composição da comissão de licitação, adotando-se critérios mais objetivos de julgamento, com maior transparência ao processo' (fl. 291). Segurança denegada". (STJ, 1ª Seção, MS 8844-DF, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 23/04/2003).

7. O art. 49 da Lei 8666/93 exige, portanto, como requisito para a revogação da licitação, que haja razões de interesse público decorrente de fato superveniente, devidamente comprovado, pertinente e suficiente. Na espécie, temos a evidenciação do fato posteriormente à conclusão da licitação. Depois de ultimado o pregão, oferecido o menor lance, a Administração Pública verificou que o valor que, antes da licitação, fora ofertado pela empresa-fabricante do medicamento, é inferior ao da proposta vencedora.

Entendo que se aplica a norma do art. 49 *in casu*: a verificação do fato de que o medicamento almejado pode ser comprado por preço inferior àquele oferecido pela licitante vencedora é razão de interesse público suficiente a justificar a revogação do certame. Aliás, em atenção ao princípio da eficiência, é mesmo dever do administrador assim proceder.

A calhar o magistério de JUAREZ FREITAS:

"(...). Para permanecer no campo licitatório, imagine-se que, em função de nova tecnologia, a aquisição de determinado bem não mais se justifique. Impõe-se, nesse caso, a revogação. Não se trata de discricção reduzida a zero, mas de ato com manifesta vinculação a princípios. Note-se que, neste caso, o administrador tem um dever de revogar o certame em face do princípio da eficiência ou da economicidade, a despeito de não haver vício originário no certame. Assim, bem entendida, a revogação não é exercício de discricção pura, e há mesmo uma vinculação a princípios fundamentais, que transfiguram a faculdade em dever. (...)." (FREITAS, ob. cit., pp. 272/273)

8. Sendo revogada a licitação, é caso de adquirir o medicamento mediante contrato de compra e venda a ser firmado com a empresa-fabricante. Tal contratação, obviamente, será feita de forma direta e tem esteio no permissivo do art. 25, *caput*, da Lei 8666/93, que considera inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição.

Com efeito. A falta de êxito da licitação, da qual não resultou o menor preço, restou por comprovar, faticamente, que a competição era inviável na espécie, porquanto somente a fabricante do medicamento poderia ofertá-lo pelo preço mais vantajoso. De fato, a licitação era inexigível.

A propósito, o magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba

à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, *caput*". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 476).

9. Em conclusão, entendo que o processo de licitação deve ser revogado, nos termos do art. 49 da Lei nº 8666/93, observando-se o princípio constitucional da eficiência ou economicidade, e feita a contratação direta da empresa-fabricante do medicamento almejado.

É o Parecer.

Porto Alegre, 29 de julho de 2005.

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho
Procuradora do Estado

Processo nº 031764-20.00/05-4

Acolho as conclusões do PARECER nº 14.354, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado Doutora HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Saúde.

Em 19 de setembro de 2005.

Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.

Parecer nº 14.608

APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. PROMOÇÃO PARA CARGOS INTEGRANTES DA MESMA CARREIRA. REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. REQUISITO DE CINCO ANOS NO CARGO EFETIVO EM QUE SE DARÁ A APOSENTADORIA – ART. 40, § 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. REVISÃO PARCIAL DO PARECER PGE Nº 14.286.

Vem para exame do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado o Expediente nº 13453-1900/04-6, com solicitação de revisão do Parecer PGE nº 14.286, formulado pelo Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul.

O expediente, originado na Secretaria Estadual da Educação, trata do pedido de aposentadoria voluntária de servidora integrante da carreira do Magistério Público Estadual, com proventos integrais e mensais, correspondentes ao cargo de professor, classe “B”, nível 5, regime de trabalho de 20 (vinte) horas semanais, com direito à percepção de 20% relativos a 4 (quatro) triênios, de 20% relativos a difícil acesso em 20 (vinte) horas, e de parcela autônoma, calculados com base nos §§ 3º e 17º, do art. 40 da Constituição Federal.

Após tramitação e pedido de diligências do Tribunal de Contas do Estado, o expediente foi encaminhado à Secretaria de Administração e Recursos Humanos e à Secretaria Estadual da Fazenda. Diante das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 41/03, formulou o Secretário de Estado da Fazenda Substituto consulta com uma série de questionamentos sobre o valor dos proventos, sua fixação e posteriores reajustamentos.

Ao analisar a consulta, entendeu a Procuradoria-Geral do Estado, no Parecer nº 14.286, ora em exame, que a aposentadoria teria sido “concedida indevidamente pela Administração, porque a servidora não implementou o requisito previsto no inciso II do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 41/03, pois não havia completado o período de 5 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo de professor, classe “B””.

No caso, prevaleceu o entendimento de que, de acordo com a Lei Estadual nº 6.672/74 – Estatuto do Magistério Estadual – “o cargo integra uma classe, que é a forma como se distribuem os cargos na carreira”. Assim, “o professor que ascende na carreira não permanece sempre no mesmo cargo desde o ingresso até a aposentadoria”, conforme é promovido, de classe a classe, altera-se o cargo que ocupa, deixando de ocupar o cargo numa classe para ocupar outro na classe seguinte. Por isso, a promoção seria, ao mesmo tempo, “uma forma de provimento (art. 12, inciso II, da Lei nº 6.672/74) e de vacância (artigo 41, inciso I), porque ao ser promovido é investido no cargo integrante de uma classe subsequente e vaga o cargo da classe em que estava”.

Em razão disso, foi orientada a administração a tornar insubsistente o ato que concedeu a aposentadoria e cientificar a servidora, para retornar ao serviço, com o fim de completar o tempo faltante ao período de 5 (cinco) anos no cargo de professor da classe “B”.

Posteriormente, no mesmo expediente, questiona o Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos, acerca da extensão do posicionamento contido no Parecer nº 14.286 a todos os Quadros de Pessoal do Estado.

Registro, ainda, que foram encaminhados conjuntamente à análise deste Conselho Superior: a) o expediente nº 40717-1900/04-1, referente ao pedido de aposentadoria voluntária de outro professor, contendo a mesma espécie de questionamento e proposta de Parecer com mesmo entendimento daquele que ora se examina; b) o expediente nº 81388-1900/05-5, referente às promoções dos cargos das classes A, B, C, D e E, do Quadro de Carreira do Magistério Público Estadual, para os cargos das classes B, C, D, E e F, respectivamente, do mesmo quadro, por antigüidade e merecimento, a contar de 15 de outubro de 2001, envolvendo, em princípio, 11.270 professores, em que se consulta sobre a aplicação do Parecer nº 14.286, porque haveria, entre os beneficiários, professores aposentados, falecidos e excluídos da folha por razões diversas; c) o expediente nº 40365-1000/05-0, referente ao pedido de revisão formulado pelo Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul, com razões subscritas pelo seu advogado; d) o expediente nº 83532-1900/05-0, referente ao pedido de revisão do Parecer formulado pelo Secretário Estadual da Educação; e) os expedientes nºs 042457-1000/06-4 e 03004-0801/06-5, referentes a pedidos de andamento da revisão do Parecer PGE nº 14.286, formulados pelo Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul; f) o expediente nº 02464-2400/06-4, referente a pedido de esclarecimentos formulado pelo Secretário de Estado de Administração e Recursos Humanos.

É o relatório.

A questão central da controvérsia é a interpretação sobre o requisito de tempo mínimo de cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, constante do art. 40, § 1º, III, da Constituição Federal de 1988, com as alterações da Emenda Constitucional nº 20/98 e da Emenda Constitucional nº 41/03, especialmente em relação às carreiras do serviço público estadual que, em sua estrutura, possuem cargos distribuídos em classes, com possibilidade de provimento por promoção.

Assim, impõe-se, para melhor examinar a questão, analisar (a) a aposentadoria voluntária dos servidores públicos e as sucessivas reformas da previdência; (b) a questão dos cargos estruturados em carreira; (c) a estruturação legal da carreira do magistério e de outras do serviço público estadual; e, por fim (d) a aplicação concreta da norma constitucional.

1. A aposentadoria voluntária dos servidores públicos e as sucessivas reformas da previdência.

A Constituição Federal de 1988, em sua redação original, assim previa:

Art. 40. O servidor será aposentado:

(...)

III - voluntariamente:

- a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;
- b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;
- c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;
- d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

A Emenda Constitucional nº 20/98 passou a disciplinar a matéria com as seguintes alterações:

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

(...)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

- a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;
- b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 3º - Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

Assim, verifica-se que, a Emenda Constitucional nº 20/98, entre outras alterações, em relação à aposentadoria voluntária do servidor: (a) esclareceu, no *caput* do art. 40, que as disposições seguintes são aplicáveis somente aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações; (b) estabeleceu, no *caput* do art. 40, que o regime de previdência é de caráter contributivo, com observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial; (c) instituiu, para a aposentadoria voluntária, no inciso III do § 1º do art. 40, os requisitos de tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se

dará a aposentadoria; (d) passou a exigir, para aposentadoria voluntária, nas alíneas “a” e “b” do inciso III do § 1º do art. 40, idade mínima e tempo mínimo de contribuição; (e) limitou, no § 2º do art. 40, o valor dos proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, à remuneração do respectivo servidor; (f) previu, no § 3º do art. 40, que a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se desse a aposentadoria seria base para cálculo de seus proventos, correspondendo, na forma da lei à totalidade de sua remuneração.

Além disso, a Emenda Constitucional nº 20/98 trouxe, ainda, uma série de regras transitórias, não incorporadas ao texto base da Constituição, mas que devem ser levadas em consideração:

Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. (...)

§ 2º - Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no “caput”, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios ou nas condições da legislação vigente.

§ 3º - São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

Art. 4º - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

(...)

Art. 8º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - O servidor de que trata este artigo, desde que atendido o disposto em seus incisos I e II, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - os proventos da aposentadoria proporcional serão equivalentes a setenta por cento do valor máximo que o servidor poderia obter de acordo com o "caput", acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

(...)

§ 4º - O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data da publicação desta Emenda, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no "caput", terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício das funções de magistério.

(...)

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 41 introduziu as seguintes alterações:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

(...)

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

(...)

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.

É possível constatar, portanto, que a Emenda Constitucional nº 41/03, entre outras alterações, em relação à aposentadoria voluntária do servidor: (a) estabele-

ceu, no *caput* do art. 40, que o regime de previdência é de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas; (b) previu, no § 3º do art. 40, que os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados considerando as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência, na forma da lei; (c) determinou, no § 17 do art. 40, a atualização, na forma da lei, de todos os valores de remuneração considerados para o cálculo dos proventos de aposentadoria.

Também a Emenda Constitucional nº 41/03 trouxe normas transitórias, não incorporadas ao texto base da Constituição, mas que merecem destaque:

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do *caput* terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, a, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:

I - três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* até 31 de dezembro de 2005;

II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* a partir de 1º de janeiro de 2006.

(...)

§ 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação daquela Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério, observado o disposto no § 1º.

(...)

Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

(...)

§ 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente.

(...)

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições: I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

(...)

Art. 10. Revogam-se o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, bem como os arts. 8º e 10 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

(...)

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 47/03 ainda trouxe outras regras de natureza transitória:

Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;
III idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.
(...).

Assim, salienta-se que, de um sistema previdenciário que garantia a aposentadoria voluntária do servidor público por mero implemento da idade ou do tempo de serviço, e com garantia de proventos paritários aos vencimentos percebidos na atividade, passou-se a um sistema previdenciário de caráter contributivo (Emenda Constitucional nº 20/98) e solidário (Emenda Constitucional nº 41/03), com observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (Emenda Constitucional nº 20/98), entre eles o implemento de um tempo mínimo de contribuição e de um tempo mínimo no serviço público e no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria (Emenda Constitucional nº 20/98), e a garantia de proventos calculados considerando as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência, com a devida atualização, na forma da lei (Emenda Constitucional nº 41/03).

Há que se registrar, ainda, que algumas situações foram resguardadas por regras transitórias, editadas sucessivamente pelas Emendas de reforma previdenciária, sem que, contudo, fosse modificado o contexto de transição de regimes em que se insere a consulta ora formulada.

2. A questão dos cargos estruturados em carreira.

Estabelecido que o vigente sistema previdenciário, de caráter contributivo e solidário, exige, entre outros requisitos para a aposentadoria voluntária do servidor público, o tempo mínimo de dez anos no serviço público e de cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, é necessário propor o correto enquadramento jurídico dessas categorias, medida indispensável ao bom encaminhamento da questão.

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 37, II, que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

O art. 39, § 1º, I, da Constituição, por sua vez, dispõe que “a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira”. E o § 2º do mesmo artigo prevê a participação em cursos de aperfeiçoamento de servidores um dos requisitos para a promoção na carreira.

Ao dispor sobre o Poder Judiciário e o Estatuto da Magistratura, previu a Constituição, nos incisos I e II do art. 93, que o ingresso na carreira será no cargo inicial de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, garantida a promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento. Os artigos 105, parágrafo único, I, e 111-A, § 2º, I, prevêem o funcionamento de Escolas que regulamentarão e promoverão os cursos para ingresso e promoção na carreira.

Em relação ao Ministério Público, a Constituição prevê sua organização em carreira nos artigos art. 127, § 2º, 128, §§ 1º e 3º, 129, §§ 2º e 3º. O art. 131, § 2º, exige o concurso público para ingresso nas classes iniciais das carreiras da Advocacia-Geral da União, o artigo 132 estabelece que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal serão organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público, e o art. 134, § 1º, prevê que a Defensoria Pública nos Estados respeitará a organização em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos.

Em outras tantas passagens, prevê a Constituição a organização de cargos em carreira, como no art. 12, § 3º, V (carreira diplomática), art. 37, XXII (carreiras da administração tributária), 144, §§ 1º, 2º, 3º e 4º (carreiras da área de segurança pública). Estabelece, ainda, a Constituição a possibilidade de um sistema de remuneração específica justamente para os servidores públicos organizados em carreira.

Essa exposição sobre a necessidade ou possibilidade de organização e integração de determinados cargos em carreira serve para demonstrar que, ao contrário do que uma leitura precipitada e isolada do art. 37, II, possa sugerir, o provimento em cargo público pode ocorrer de forma originária (i) pela aprovação em concurso público; ou (ii) pela nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; mas também de forma derivada (iii) por promoção quando os cargos estejam distribuídos e integrados, por lei, em diversas classes ou entrâncias de uma mesma carreira.

Esse entendimento mereceu acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.670/DF, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado pelo Pleno em 29 de novembro de 2001, publicado no Diário da Justiça de 8 de fevereiro de 2002, com a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROGRESSÃO FUNCIONAL DE CARREIRA DE NÍVEL MÉDIO PARA OUTRA DE NÍVEL SUPERIOR. PROVIMENTO DERIVADO BANIDO DO ORDENAMENTO JURÍDICO. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. 1. Jurisprudência pacificada no STF acerca da impossibilidade de provimento de cargo público efetivo mediante ascensão ou progressão. Formas de provimento derivado banidas pela Carta de 1988 do ordenamento jurídico. 2. A investidura de servidor efetivo em outro cargo depende de concurso público (CF artigo 37, II) ressalvadas as hipóteses de promoção na mesma carreira e de cargos em comissão. 3. Eventuais atos praticados em desobediência à Carta da República não podem ser invocados com

base no princípio isonômico, dado que direito algum nasce de ato inconstitucional. Segurança denegada.

Na mesma linha de entender a promoção como hipótese de provimento derivado admitida pela Constituição, pressupondo a integração de cargos em uma mesma carreira, há o precedente do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 1.058/AL, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 7 de maio de 1997, publicado no Diário da Justiça de 27 de junho de 1997, com a seguinte ementa:

Suspensão de segurança: liminar deferida a servidores beneficiários da estabilidade excepcional do art. 19 ADCT contra desconstituição administrativa de atos de ascensão a cargos diversos: suspensão da liminar que levou em conta, além dos riscos de lesão às finanças notoriamente combatidas do Estado requerente, a firme jurisprudência do Supremo Tribunal segundo a qual, ressalvado exclusivamente o provimento derivado por promoção – que pressupõe a integração de ambos os cargos na mesma carreira –, são inadmissíveis quaisquer outras formas de provimento de quem já é servidor público em cargo diverso daquele para o qual se tenha habilitado por concurso ou no qual haja adquirido estabilidade, independentemente de concurso: alegação no agravo de ofensa ao princípio do devido processo legal, porque não antecedido o ato questionado de audiência do beneficiário da ascensão declarada nula: suspensão de liminar que se mantém por seus fundamentos, remetendo-se à decisão definitiva do mandado de segurança saber se, na hipótese da Súmula 473, a falta de audiência do servidor basta ao restabelecimento da situação funcional desfeita, não bastante, no processo judicial, se verifique inequivocamente a sua ilegitimidade.

Assim, como prescreve Maria Sylvia Zanella de Pietro, em *Direito Administrativo*, 17ª edição, Atlas, São Paulo, 2003, p. 516, em se tratando de cargos estruturados em carreira, a promoção é, ao mesmo tempo, ato de provimento no cargo superior e vacância no cargo inferior.

Do exposto, verifica-se que, quando a carreira é dividida em classes, e cada classe possui um número determinado de cargos, definidos em lei, sendo possível a ascensão funcional de classe a classe, por promoção, o servidor promovido deixa um cargo vago na classe inferior e preenche, por provimento derivado, um outro cargo na classe superior da mesma carreira.

Situação diversa é verificada quando são previstos diferentes níveis dentro de uma mesma classe, sendo possível ao servidor sem alteração de cargo, passar a ter diferentes padrões de vencimento, conforme atendidos certos requisitos.

Dessa forma, quando a Constituição Federal, na redação vigente desde a Emenda Constitucional nº 20/98, exige, para a aposentadoria voluntária um tempo mínimo de cinco anos no cargo efetivo, entende-se que esse requisito se refere a cada cargo que compõe uma carreira, e que o servidor promovido para um cargo

imediatamente superior àquele que anteriormente ocupava passa a ter uma nova contagem de tempo no novo cargo.

No Estado do Rio Grande do Sul, a matéria é tratada em termos gerais na Lei Complementar Estadual nº 10.098/94 que prevê, em seu art. 35, que a promoção é a passagem do servidor de um grau para o imediatamente superior, dentro da respectiva categoria funcional, sendo que, na forma do art. 36, as promoções de grau a grau, nos cargos organizados em carreira, obedecerão aos critérios de merecimento e antigüidade, alternadamente, na forma da lei, que deverá assegurar critérios objetivos na avaliação do merecimento.

E não se diga que se trata de uma nova interpretação do órgão responsável pela representação judicial do Estado, porque tais conceitos e categorias são consagrados também pela doutrina nacional.

Segundo Hely Lopes Meirelles, em *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª edição, 2000, Malheiros, pp. 380-381:

Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.

(...)

Os cargos distribuem-se em *classes* e *carreiras*, e excepcionalmente criam-se *isolados*.

Classe – É o agrupamento de cargos da mesma profissão, e com idênticas atribuições, responsabilidades e vencimentos. As *classes* constituem os degraus de acesso na *carreira*.

Carreira – É o agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, escalonadas segundo a hierarquia do serviço, para acesso privativo dos titulares dos cargos que a integram, mediante provimento originário. O conjunto de carreiras e de cargos isolados constitui o *quadro permanente do serviço* dos diversos Poderes e órgãos da Administração Pública. As carreiras iniciam-se e terminam nos respectivos *quadros*.

Quadro – É um conjunto de carreiras, cargos isolados e funções gratificadas de um mesmo serviço, órgão ou Poder. O *quadro* pode ser permanente ou provisório, mas sempre estanque, não admitindo promoção ou acesso de um para outro.

Cargo de carreira – É o que se escala em classes, para acesso privativo de seus titulares, até o da mais alta hierarquia profissional.

Cargo isolado – É o que não se escala em classes, por ser o único em sua categoria. Os *cargos isolados* constituem exceção no funcionalismo, porque a hierarquia administrativa exige escalonamento das funções para aprimoramento do serviço e estímulo aos servidores, através da promoção vertical. Não é o arbítrio do legislador que deve predominar na criação de cargos isolados, mas sim a natureza da função e as exigências do serviço.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, em *Curso de Direito Administrativo*, Parte introdutória, Parte Geral e Parte Especial, 14ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 288-289, assim conceitua:

A idéia de *cargo* se conota ao *lugar* que deverá ser ocupado pelo servidor na Administração Pública. Esses lugares são criados por lei, com denominação, funções e remuneração próprias.

A estruturação dos cargos em carreira, assim compreendida, permite o acesso do servidor a um cargo de classe superior e de remuneração mais elevada, por promoção funcional, o que, sem dúvida, é uma vantagem. Por outro lado, no contexto de um sistema previdenciário de caráter contributivo, passa a ser exigido um tempo mínimo em cada um desses cargos, para a aposentadoria voluntária.

Conclui-se, portanto, que o tempo mínimo de cinco anos no cargo efetivo refere-se a cada cargo que compõe uma carreira, entendimento aplicável a todas as carreiras do serviço público estadual divididas em classes, em que cada classe possui um número determinado de cargos, definidos em lei, sendo possível a ascensão funcional de classe a classe, por promoção.

3 A ESTRUTURAÇÃO LEGAL DA CARREIRA DO MAGISTÉRIO E DE OUTRAS DO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Analisado o enquadramento jurídico das categorias “cargo” e “carreira” e explicitado o entendimento acerca da necessidade de implemento de um tempo mínimo de cinco anos no cargo efetivo, é necessário examinar como se estrutura a carreira do magistério e outras do serviço público estadual.

A Lei Estadual nº 6.672, de 22 de abril de 1974 – Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público do Rio Grande do Sul – assim dispõe:

Art. 4º – A Carreira do Magistério Público Estadual de 1º e 2º graus de ensino, constituída de cargos de provimento efetivo, é estruturada em seis classes dispostas gradualmente, com acesso sucessivo de classe a classe, cada uma compreendendo, no máximo, seis níveis de habilitação, estabelecido de acordo com a formação pessoal do Magistério, constituindo o respectivo Quadro de Carreira.

§ 1º – Cargo é o lugar correspondente a um conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas ao membro do Magistério, mantidas as características de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres do Estado.

§ 2º – Classe é o conjunto de cargos, genericamente semelhantes, distribuídos na Carreira, para provimento segundo critérios estabelecidos em lei, abrangendo níveis de habilitação relativos ao grau de formação do professor ou do especialista de educação.

§ 3º – Cargo final da Carreira do Magistério é o que corresponde à última classe.

Art. 5º – As classes constituem a linha de promoção dos professores e especialistas de educação.

Parágrafo único - As classes são designadas pelas letras A, B, C, D, E e F, sendo esta última a final de Carreira.

Art. 6º – Cada classe conterà um número determinado de cargos, fixados anualmente em Lei.

Parágrafo único – Os cargos de que trata o artigo serão distribuídos pelas classes em proporção decrescente, da inicial à final, conforme as necessidades e o interesse do ensino.

(...)

Art. 11 – A primeira investidura em cargo do Magistério Público Estadual depende de aprovação prévia em concurso público, nos termos da Constituição.

Art. 12 – Os cargos de Carreira do Magistério serão providos mediante:
(...)

II - Promoção;

(...)

Art. 26 – Promoção é o ato pelo qual o membro do Magistério Público Estadual tem acesso a cargo da classe imediatamente superior, observados os princípios estabelecidos na Constituição.

A simples leitura do Estatuto do Magistério permite vislumbrar que se trata de uma carreira em que os cargos são distribuídos, por lei, em diferentes classes, sendo a promoção a forma de provimento derivado pela qual um professor ou especialista em educação deixa de ocupar um cargo em uma classe inferior para ocupar um cargo na classe imediatamente superior.

Assim, não há dúvida de que o tempo mínimo no cargo efetivo a que se refere a atual redação do art. 40, § 1º, III, da Constituição, é o tempo em cada classe que compõe a carreira do magistério público estadual.

Tal entendimento, por certo, é aplicável a todos os quadros de pessoal do Estado em que os cargos sejam estruturados em carreira, com a possibilidade de promoção de classe a classe.

4 A APLICAÇÃO CONCRETA DA NORMA CONSTITUCIONAL EM EXAME

Até este momento em nada se discordou do Parecer PGE nº 14.286. A revisão do parecer é, entretanto, necessária, porque a norma constitucional em exame – art. 40, § 1º, III, da Constituição Federal – deve ter uma aplicação concreta diversa daquela preconizada na anterior consulta.

A melhor aplicação da norma que exige o tempo mínimo de cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, no contexto de uma transição para um regime previdenciário contributivo e solidário, é compreender que este não é só um requisito ou condição geral para a obtenção do direito à aposentadoria, mas também um requisito ou condição específica para que a inativação ocorra em relação a um cargo determinado, inclusive com a utilização de seu padrão vencimental para cálculo dos proventos.

Se o servidor implementa os requisitos gerais para aposentadoria voluntária, isto é, idade mínima, tempo de serviço público e tempo de contribuição, mas ocupa determinado cargo efetivo há menos de cinco anos, em virtude de promoção funcional, poderá se aposentar em um cargo imediatamente inferior, no qual o beneficiário implementou – ou poderia ter implementado caso não tivesse sido promovido – o tempo mínimo de cinco anos.

Essa interpretação não conflita com a literalidade da norma, pois o dispositivo expressa claramente a necessidade do tempo mínimo de cinco anos “no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria”, e não cinco anos no último cargo que titular, sendo que, no caso, o servidor titulava um cargo efetivo há menos de cinco anos, mas sua inativação se dará naquele imediatamente inferior, no qual, repita-se, implementou – ou poderia ter implementado caso não tivesse sido promovido – o tempo mínimo de cinco anos.

Além de não contrariar a literalidade da norma, em termos sistemáticos é o entendimento que melhor se sustenta, já que a norma está inserida em um regime previdenciário que prevê requisitos gerais para obtenção da aposentadoria, alguns ligados à permanência em determinada carreira e cargo, reforçando seu caráter contributivo e solidário, caráter este instituído a partir das reformas constitucionais da previdência.

Parece ser essa, também, uma das finalidades da norma: garantir o caráter contributivo do sistema previdenciário, preservando seu equilíbrio financeiro e atuarial. A exigência de cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria tem o nítido propósito de impedir que o servidor, tendo contribuído à previdência por um longo período sobre determinada base, seja, às vésperas de sua inativação, provido em cargo diverso, com remuneração mais elevada, que serviria de base de cálculo para seus proventos.

Assim, o servidor, ao preencher os requisitos gerais para aposentadoria voluntária, poderá optar entre permanecer o mínimo de cinco anos no último e mais elevado cargo que titulou, e nele obter a inativação, ou, tendo sido promovido e exercido por menos de cinco anos esse último cargo, poderá obter a inativação no cargo imediatamente inferior, no qual implementou – ou poderia ter implementado caso não tivesse ascendido na carreira, o tempo mínimo de cinco anos.

A possibilidade de soma do tempo exercido em um cargo inferior, com o tempo exercido no cargo mais elevado, para a obtenção do requisito do tempo mínimo de cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria, em nada contraria a norma do art. 40, § 1º, III, da Constituição, desde, é claro, que a inativação ocorra no cargo de classe inferior, pois, nesse caso, estará assegurado o caráter contributivo do sistema e preservado seu equilíbrio financeiro e atuarial.

O entendimento contrário conduziria a uma situação esdrúxula: o servidor que tenha, em determinado momento, preenchido todos os requisitos para a aposentadoria e permanecido em atividade, poderia, ao exercer o direito à promoção funcional, seja por antiguidade ou por merecimento, perder o direito à inativação, ao menos por cinco anos, e todos os demais reflexos pecuniários correlacionados, como, por exemplo, a percepção de qualquer abono ou gratificação que tenha por fato gerador a permanência em atividade.

Nesse caso, estaria, ainda, desvirtuada a finalidade da norma, que é preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário e não desestimular o servidor que já preencheu todos os requisitos para aposentadoria a per-

manecer em atividade, nem tolher seu direito à inativação, caso lhe seja concedida a promoção funcional.

O caráter contributivo e solidário do sistema previdenciário, que está a fundamentar a aplicação que se sustenta da norma em exame, já foi, inclusive, consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105/DF, Relatora original, Min. Ellen Gracie, Relator para o acórdão, Min. Cezar Peluso, julgado pelo Pleno em 18 de agosto de 2004, publicado no Diário da Justiça de 18 de fevereiro de 2005.

Sobre a questão específica submetida a exame, assim entendeu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 2003.72.00.017540-3/SC, Relatora Juíza Vânia Hack de Almeida, julgado pela 3ª Turma em 23 de janeiro de 2006, publicado no Diário da Justiça de 10 de maio de 2006, acolhendo o entendimento exposto neste Parecer:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. EX-CELETISTA. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. TRANSPOSIÇÃO PARA O REGIME ESTATUTÁRIO. LEI 8.112/90. POSSIBILIDADE.

1. É entendimento pacífico nesta Corte e no STJ que o servidor público, ex-celetista, que exerceu atividade especial, assim considerada em lei vigente à época de sua prestação, tem direito adquirido à contagem de tempo de serviço com o devido acréscimo legal.

2. A aposentação do servidor público se dará após dez anos de efetivo serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. Inteligência do art.40, §1º, inc. III, da CF.

E transcreve-se do voto da Relatora o seguinte trecho:

Por outro lado, a apelação da impetrante também não merece acolhida. Com efeito, pretende a apelante a concessão de aposentadoria integral no cargo de Professora de Ensino Superior, em regime de dedicação exclusiva. Todavia, verifico que a mesma alterou o seu regime de trabalho em 15-05-2002, a título precário, conforme o documento da fl. 84, de modo que somente implementará os cinco anos no cargo efetivo de Professora Universitária com Dedicação Exclusiva, requisito para a aposentação dos servidores públicos previsto no art. 40, § 1º, inc. III, da CF, em 15-02-2007.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região prolataram decisões administrativas nesse sentido, respectivamente por seu Órgão Especial e seu Plenário, processos 01585-2005-000-03-00-1 RA e PA-MAD 00058-2006-000-12-00-1, confirmando a necessidade de cinco anos como Juiz do Trabalho Titular para aposentadoria neste cargo, permitindo, no entanto, a inclusão do período em que os postulantes, apesar de ocuparem o cargo de Juiz do Trabalho Substituto, exerceram efetivamente a substituição, percebendo vencimentos equivalentes ao de Juiz Titular e contribuindo à Previdência nesse patamar.

Cabe ressaltar, por fim, diante dos termos da Súmula nº 359 do Supremo Tribunal Federal, em homenagem aos princípios do Estado de Direito, da seguran-

ça jurídica e da proteção da confiança, bem como em razão das normas constitucionais transitórias específicas, a situação daqueles que garantiram o direito à aposentadoria pelas regras anteriores à Emenda Constitucional nº 20/98, em função de terem preenchido os requisitos para aposentadoria antes das reformas. A esses servidores, caso tenham permanecido em atividade, não é aplicável o prazo mínimo de cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria.

Nesse sentido, posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.008-/DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado pelo Pleno em 2 de março de 2005, publicado no Diário de Justiça de 18 de março de 2005, que assegurou o direito do impetrante, com base na norma de direito intertemporal, mas ao mesmo tempo ratifica a exigência de cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 20/98. Transcreve-se a ementa:

Magistrado: aposentadoria com proventos de Juiz Togado do TRT/12ª Região: preenchimento dos requisitos necessários previstos no primitivo art. 93, VI, da Constituição antes da promulgação da EC 20/98. 1.Retificada pela Justiça Trabalhista a data da posse do impetrante para a data em que se dera a rejeição ilegal de seu acesso ao TRT/12ª Região, tem-se que, para efeitos de aposentadoria, desde a mesma data deve ele ser considerado como integrante daquela Corte. 2.Preencheu, portanto, todos os requisitos para a sua aposentadoria (trinta anos de serviço e cinco de magistratura) antes da EC 20/98, aplicando-se-lhe o seu art. 3º, que assegura a concessão de aposentadoria aos que - até a data da publicação da Emenda - tenham cumprido os requisitos previstos na legislação antes vigente (antigo art. 93,VI, CF), sem a exigência atual de cinco anos no cargo (art. 40, § 1º, III, CF): donde, o direito do impetrante aos proventos de juiz togado do Tribunal.

A situação de cada servidor, contudo, ante a vigência das normas e as questões de direito intertemporal, deverá ser verificada pela administração estadual, com possibilidade de consulta à Procuradoria-Geral do Estado, sempre que necessário.

Em relação aos pedidos de aposentadoria ainda não deferidos, ou que tenham sido indeferidos com base na Parecer ora revisado, pelo não atendimento do prazo mínimo de cinco anos no cargo, sugere-se seja dada a opção ao servidor entre permanecer em atividade e completar o tempo faltante ou se aposentar no cargo imediatamente inferior em que completou – ou teria completado caso não tivesse sido promovido – o período mínimo no cargo.

É de se ressaltar, diante do que foi exposto, que, nos casos em que o servidor opte por se aposentar no cargo imediatamente inferior (a) não haverá renúncia à promoção, nem qualquer espécie de descenso funcional, apenas a aposentadoria se dará no cargo em que o servidor implementou – ou poderia ter implementado – o requisito constitucional previsto no art. 40, § 1º, III; (b) o limitador do valor dos proventos, a que se refere o § 2º do art. 40 da Constituição, será a remuneração do

cargo em que se der a aposentadoria, e não a remuneração do último cargo titulado; (c) para efeitos de cálculo da média das remunerações que serviram de base para as contribuições do servidor à previdência, quando for o caso de aplicação do § 3º do art. 40, com redação alterada pela Emenda nº 41 de 2003, deverão ser consideradas aquelas referentes ao último cargo titulado, até a aposentadoria, prevalecendo, de qualquer forma, o limitador anteriormente aludido.

As aposentadorias já concedidas não devem ser tornadas insubsistentes, nem mesmo ser revistas, como medida de segurança jurídica e proteção à confiança, já que não havia orientação jurídica clara da administração e a esses servidores não foi dada a opção a permanecer em atividade para completar o tempo mínimo no cargo em que se deu a aposentadoria.

As promoções retroativas já efetivadas, a que se refere especificamente o expediente nº 81388-1900/05-5, devem ter o mesmo tratamento esboçado nesse Parecer, ou seja, atingirão somente os servidores que estavam em atividade na época, e somente terão efeitos, em termos de aposentadoria voluntária, caso haja tempo de atividade e contribuição no cargo em que pretende a inativação por ao menos cinco anos.

Por essas considerações, e nos termos especificados, merece revisão parcial o Parecer nº 14.286, concluindo-se:

a) as sucessivas reformas da previdência - Emenda Constitucional nº 20/98, Emenda Constitucional nº 41/03 e Emenda Constitucional nº 47/05 - instituíram um sistema previdenciário de caráter contributivo e solidário, observando critérios que assegurem seu equilíbrio financeiro e atuarial;

b) a partir da Emenda Constitucional nº 20/98, e ressalvados os servidores que antes dessa reforma já haviam preenchido os requisitos para aposentadoria, é exigido, para a aposentadoria voluntária dos servidores públicos, o tempo mínimo de dez anos no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, conforme redação do art. 40, § 1º, III, da Constituição;

c) quando a carreira é dividida em classes, e cada classe possui um número determinado de cargos, definidos em lei, sendo possível a ascensão funcional de classe a classe, por promoção, o servidor promovido deixa um cargo vago na classe inferior e preenche, por provimento derivado, um outro cargo na classe superior da mesma carreira;

d) o tempo mínimo de cinco anos no cargo efetivo refere-se a cada cargo que compõe uma carreira, entendimento aplicável a todas as carreiras do serviço público estadual divididas em classes, em que cada classe possui um número determinado de cargos, definidos em lei, sendo possível a ascensão funcional de classe a classe, por promoção, inclusive o magistério público estadual;

e) o tempo mínimo de cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria é um requisito ou condição específica para que a inativação ocorra em relação àquele cargo determinado, inclusive com a utilização de seu padrão vencimental para cálculo dos proventos;

f) se o servidor implementa os requisitos de idade mínima, tempo de contribuição e tempo de serviço público para aposentadoria, mas ocupa determinado cargo efetivo há menos de cinco anos, em virtude de promoção funcional, poderá se aposentar, mas a inativação se dará no cargo imediatamente inferior, no qual o beneficiário implementou – ou poderia ter implementado caso não tivesse sido promovido – o tempo mínimo de cinco anos;

g) em relação aos pedidos de aposentadoria ainda não deferidos, ou que tenham sido indeferidos com base na Parecer ora revisado, pelo não atendimento do prazo mínimo de cinco anos no cargo, sugere-se seja dada a opção ao servidor entre permanecer em atividade e completar o tempo faltante ou se aposentar no cargo imediatamente inferior em que completou – ou teria completado caso não tivesse sido promovido – o período mínimo no cargo;

h) as aposentadorias já concedidas não devem ser tornadas insubsistentes, nem mesmo ser revistas, como medida de segurança jurídica e proteção à confiança, já que não havia orientação jurídica clara da administração e a esses servidores não foi dada a opção a permanecer em atividade para completar o tempo mínimo no cargo em que se deu a aposentadoria;

i) as promoções retroativas já efetivadas, a que se refere especificamente o expediente nº 81388-1900/05-5, devem ter o mesmo tratamento esboçado nesse Parecer, ou seja, atingirão somente os servidores que estavam em atividade na época, e somente terão efeitos, em termos de aposentadoria voluntária, caso haja tempo de atividade e contribuição no cargo em que pretende a inativação por ao menos cinco anos.

É o parecer.

Conselho Superior, 10 de agosto de 2006.

Ricardo Seibel de Freitas Lima,
Procurador do Estado,
Conselheiro-Relator.

Processo nº 013453-19.00/04-6

Acolho as conclusões do PARECER nº 14.608, do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado, de autoria do Procurador do Estado Doutor RICARDO SEIBEL DE FREITAS LIMA, aprovado na sessão realizada no dia 10 de agosto de 2006.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos.

Em 13 de novembro de 2006.

Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.

Parecer n.º 14.639

POLÍCIA CIVIL – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – SUSPENSÃO POR TEMPO SUPERIOR A TRINTA DIAS – COMPETÊNCIA DO CHEFE DO EXECUTIVO ESTADUAL AFIRMADA POR ESTA CASA, SEM QUE TENHAM SIDO APRESENTADOS FUNDAMENTOS SUFICIENTES QUE AUTORIZEM A REVISÃO DAQUELE ENTENDIMENTO - Nos termos da orientação firmada nos Pareceres 11.319 – Luís Carlos de Souza Leal e 13.009 – Ricardo Camargo, as infrações que, em tese, estejam sujeitas a penas de competência privativa do Excelentíssimo Senhor Governador, devem ser submetidas a exame da Procuradoria-Geral do Estado. Não se justifica a revisão da orientação administrativamente firmada, nos termos do artigo 132 da Constituição Federal, por simples divergência hermenêutica. A reserva de competência à autoridade máxima do Estado para o efeito de aplicação de sanções constitui concreção de princípio segundo o qual as faltas gravíssimas têm de ser sancionadas por quem não esteja sujeito a nenhuma outra autoridade, salvo a da lei. A Lei Complementar Estadual 10.098, de 1994, em seu artigo 196, II, esposou o princípio de que, quando a infração for apenada com mais de trinta dias de suspensão, há de ser considerada gravíssima, e nada autoriza a conclusão de que, em relação à Polícia Civil, não se adote tal entendimento, com o que é reafirmada a orientação esposada no Parecer 13.176 – José Hermílio Ribeiro Serpa.

Vem a exame desta Casa o expediente 024953-12.04/04.4, do Egrégio Conselho Superior de Polícia, em que se materializa solicitação de revisão do Parecer 13.176 – José Hermílio Ribeiro Serpa.

O presente expediente foi inaugurado pelo Ofício 2023/04/CG/RP, da lavra do Ilustríssimo Senhor Chefe de Gabinete da Secretaria de Justiça e Segurança ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Conselho Superior de Polícia, encaminhando o Ofício – fl. 3 - dirigido pela Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral do Estado (Of. GAB 455/2004) ao Excelentíssimo Senhor Secretário da Justiça e Segurança, diante da aplicação direta, por aquele Egrégio Órgão colegiado, das penas de suspensão por prazo superior a 30 dias, em dissintonia com o Parecer 13.176 – José Hermílio Ribeiro Serpa, aprovado em 5 de dezembro de 2001, reproduzido a fls. 04/08.

Juntadas, a fls. 11/335, Resoluções que aplicaram a pena de suspensão superior a 30 dias diretamente, tanto por conversão de penalidades mais graves como por estar tal pena cominada especificamente para as infrações sob exame.

A fls. 336/337, cópia de Ofício proveniente do Delegado de Polícia Diretor da Divisão de Assessoria Jurídica da Chefia de Polícia, José Luiz Carvalho Savi, à Procuradoria-Geral do Estado, informando acerca de transtornos causados pelo aludido Parecer 13.176 – José Hermílio Ribeiro Serpa no seio da

corporação policial, sobretudo em virtude de supostos dissensos com Pareceres anteriores desta Casa.

A fls. 338/351, estudo da lavra do mesmo Delegado, apresentando argumentos que, em seu entendimento, infirmariam as teses do Parecer 13.176 – José Hermílio Ribeiro Serpa.

A fls. 352/367, Parecer (sic) da Divisão da Assessoria Jurídica da Chefia de Polícia, acolhido pelo Chefe respectivo.

A fl. 368, designa-se relator para o exame do Expediente.

A fls. 369/377, lançados relatório e voto no CSP.

A fls. 378/392, Resolução 39.831/2004 do CSP que sugere a Revisão do Parecer 13.176 – José Hermílio Ribeiro Serpa.

Distribuído no Egrégio Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, coube ao signatário a redação da proposta final de Parecer, sintetizando a corrente vencedora.

Fixo a premissa metodológica posta nos Pareceres 13.168, 13.463, 14.370, 14.437 e 14.507 – Ricardo Camargo, dando por incorporadas a este Parecer as considerações ali deduzidas, *brevitatis causa*.

Antes de mais, consigne-se que, a despeito de estarem presentes nos autos algumas decisões do Conselho Superior de Polícia referentes à aplicação de pena suspensiva por comutação de pena mais grave – em contrariedade com o que está firmado por esta Casa nos Pareceres 11.319 – Luís Carlos de Souza Leal e 13.009 – Ricardo Camargo, no sentido de que “necessariamente tem de ser ouvida a Procuradoria-Geral do Estado quando a infração cometida por servidor policial, em tese, ensejar a pena de demissão ou cassação de aposentadoria”, orientação que se reafirma –, a questão posta diz respeito, tão-somente, à possibilidade de se distinguir entre suspensões até 30 dias e suspensões em prazo superior a este para o efeito de se estabelecer a reserva de competência do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado.

Revisões de orientação jurídica da Administração, conforme dito em várias oportunidades, somente se justificam em face de circunstâncias que se imponham heteronomamente, jamais por simples divergência hermenêutica. Por quê? Porque, em realidade, o que se faz no âmbito da emissão de pareceres por parte da Advocacia Pública nada mais é do que o exercício de atribuição de controle administrativo da legalidade posta no artigo 132 da Constituição Federal – qual reconhecido pelo Excelso Pretório na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 881/ES, relatada pelo Min. Celso de Mello -, recordando que “mesmo a lei que determinados setores considerem a mais inconveniente, por mais restritiva que seja, ainda assegura a liberdade do destinatário respectivo, porque a restrição da ação deste será limitada pelo campo sobre o qual a lei incida. E, quanto mais uniforme o sentido a ela emprestado pela jurisprudência, maior a segurança que se terá em relação à diminuição dos riscos de ser desautorizada uma atuação por eventual ilegalidade” [Camargo, Ricardo Antonio Lucas. **Advocacia Pública – mito e realidade**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 113]. Por isto, aliás,

que os balizamentos para a revisão de orientações administrativas estão postos nos Pareceres 13.463 e 14.437 – Ricardo Camargo e 14.472 – Kathia Menegol. As mesmas razões que ditaram tanto a necessidade de assegurar uniformidade no tratamento jurisprudencial como a de se admitir, com parcimônia, as possibilidades de desconstituição de sentenças passadas em julgado fazem-se presentes aqui: “se, por um lado, há necessidade de um tratamento jurídico uniforme dos casos iguais, por outro, faz-se mister a eliminação, em definitivo, dos conflitos de interesse, evitando o estabelecimento da instabilidade no seio das relações sociais. No fundo, ambas têm o valor segurança a ser realizado” [Camargo, Ricardo Antonio Lucas. *Interpretação jurídica e estereótipos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 25, nota 3; Rosas, Roberto. *Direito sumular*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 146-147; Moreira, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 5, p. 132]. Assim, se sustentável a tese que se pretenda infirmar, não se deve, mesmo em caso de discordância pessoal, promover a alteração da orientação em tela.

Outra questão que se coloca é a de se tratar a reserva de competência para a aplicação das suspensões superiores a 30 dias ao Chefe do Poder Executivo como decorrente de simples regra ou de princípio. Isto é, se o teto estabelecido no inciso II do artigo 196 da Lei Complementar Estadual 10.098, de 1994, efetivamente produziria os seus efeitos sobre o inciso III do artigo 94 da Lei Estadual 7.366, de 1980, em razão de alguma incompatibilidade principiológica ou não, em razão de estarmos diante de simples regra.

O debate na literatura jurídica acerca do que se deva entender como princípio ou como regra é interminável. Quase que chega ao ingente, milenar e sisífico esforço de definir o Direito [Mata-Machado, Edgar de Godoi. *Elementos de teoria geral do Direito*. Rio de Janeiro: Vega, 1972, p. 89; Machado Neto, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 6; Lima, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 29]. Assim, para ilustrar esta proposição, sejam elencados alguns autores nacionais, sem maiores pretensões de erudição.

Para Miguel Reale, “princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a uma dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes de validez de um sistema particular de conhecimentos, com seus pressupostos necessários” [*Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 60].

Pontes de Miranda trata os princípios como “aquisições indutivas, conhecimento assente e verificado da matéria social no que se refere ao Direito” [*Sistema de ciência positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 2, p. 220].

A. L. Machado Neto tem-nos como “cânones mais ou menos aceitos pela *communis opinio doctorum*” [*Compêndio de introdução à ciência do Direi-*

to. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 65], embora os enunciados que individualiza tenham mais propriamente a feição de regras.

No entendimento de Luís Roberto Barroso – referido, embora, a uma categoria particular de princípios, os constitucionais – são um “conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seu fim” [**Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 143].

Luís Afonso Heck informa que “cada Constituição apresenta uma unidade orgânica, que está erigida sobre princípios constitucionais gerais. Também esses princípios jurídicos, resultantes dessa conexão normativa, são preceitos jurídicos da Lei Fundamental” [**O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 130-131].

No ver de Paulo Bonavides, os princípios “não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos ou ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição peculiar, inconfundível, sem qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, senão impossível” [**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 110].

José Afonso da Silva diz que “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais” [**Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92].

Ruy Cirne Lima permite inferir que entende por princípio a proposição que “imprime rumo, dá direção positiva às regras de direito que ao seu redor se formam” [**Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 17].

Juarez Freitas considera princípios “diretrizes superiores do sistema, fazendo as vezes de seus máximos e autênticos paradigmas teleológicos para a aplicação das normas, aqui tomadas em identificação semântica com as regras” [**O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 48].

Passagem clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello: “princípio – já afirmamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. [**Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747-748]

Comentando a contribuição de Dworkin, observa Mário Lúcio Quintão Soares que os princípios “configuram suporte axiológico para a coerência interna e estrutura harmônica de todo o sistema jurídico” [**Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 168].

Em obra multicitada por sua original contribuição sobre o tema, diz Humberto Bergmann Ávila: “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação do estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua efetivação” [***Teoria dos princípios***. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70].

Eros Roberto Grau, na tese com que chegou ao ápice da carreira acadêmica na tradicional Escola das Arcadas, trouxe a seguinte conceituação, lastreada em Dworkin e Crisafulli: “os princípios são as normas – escritas e não escritas – das quais logicamente derivam as normas particulares – estas também escritas e não escritas – e às quais, inversamente, se chega a partir destas últimas” [***A ordem econômica na Constituição de 1988***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 113]. Em obra de hermenêutica, oferta o seguinte conceito: “sentidos admitidos e consentidos pelo todo social como convenientes à convivência social” [***O direito posto e o direito pressuposto***. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 59]. Está o Ministro a falar, evidentemente, dos sentidos que se atribuem aos fatos, que informam um referencial valorativo de conhecimento universal.

Outro Ministro do Supremo Tribunal Federal, o saudoso Hermes Lima, diz que os princípios são “orientações normativas integrantes da lei ou do seu espírito e que ajudam a expansão lógica do direito” [***Introdução à ciência do Direito***. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 157].

Em brilhante dissertação defendida na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, pronunciou-se o Procurador da República Lafayette Josué Petter no sentido de que os princípios “constituem o alicerce básico fundamental para se determinar o sentido e o alcance das expressões jurídicas” [***Princípios constitucionais da ordem econômica***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 187].

Caio Mário da Silva Pereira considera como princípios “linhas de orientação geral, premissas implícitas a que a legislação se sujeita” [***Instituições de Direito Civil***. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 49].

O Desembargador Rogério Gesta Leal conceitua princípio como “núcleo básico de um sistema jurídico, verdadeira norma-guia de finalidades e objetivos a serem alcançados pela sociedade que o adota” [***Estado, administração pública e sociedade***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 106].

Para Romeu Felipe Bacellar Filho, “os princípios entram como critério interpretativo e integrativo do texto constitucional” [***Processo administrativo disciplinar***. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 149].

Ruy Samuel Espindola resolveu lançar-se à espinhosa missão e oferta o seguinte conceito: “estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam” [***Conceito de princípios constitucionais***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53].

Washington Peluso Albino de Souza, por fim, observa que “embora princípio também possa ser confundido com ponto de partida e com fundamento de um processo qualquer, vamos encontrar na enumeração de significados oferecida por Aristóteles o seu quinto significado entre os seis diferentes, por ele considerados. O filósofo grego o considera como o que com a sua decisão determina movimentos ou mudanças. Podemos dizer que corresponde, originariamente, ao valor ético relacionado com o comportamento social e que define o próprio sentido do justo. Assim, integra os juízos específicos, que são definidos pela ideologia” [**Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 117].

O que importa, efetivamente, é reter a idéia comum a todos, de valor fundante como elemento necessário do conceito de princípio, mesmo por parte de autores que não chegam propriamente a enunciá-lo [e. g., Gusmão, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 279; França, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 1, p. 37-38]. Para a solução do problema posto, sem a necessidade de maiores digressões doutrinárias, a identificação do ponto em comum mostra-se mais do que suficiente. E é a partir daí que se procederá ao exame do artigo 280 da Lei Complementar 10.098, de 1994, que é o objeto da controvérsia.

É de se notar que nem todos os juristas distinguem princípio e regra. Entretanto, também a conceituação desta, para os que admitem a distinção, está longe de ser unissêmica.

Pontes de Miranda adota, em termos, a conceituação de Jellinek para as regras, dando-as como proposições “relativas às relações dos homens entre si, promulgadas por autoridade exterior reconhecida e assegurada por forças externas” [**Sistema de ciência positiva do Direito**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 2, p. 44]. A ressalva que faz é quanto à pretensão de universalidade decorrente de um dado que seria pertinente apenas à realidade de um Estado organizado – a autoridade externa –.

Edgar de Godói da Mata-Machado, a partir de Aristóteles e Santo Tomás de Aquino, ensina que “o homem, este é criador de regras ou de normas de ação. Daí por que sua atividade se apresenta limitada, modelada, situada em quadros sociais mais ou menos rígidos” [**Elementos de teoria geral do Direito**. Rio de Janeiro: Vega, 1972, p. 15].

Eros Roberto Grau, adotando a exposição de Boulanger para justificar a adesão à distinção posta por Dworkin, diz que a regra é proposição “geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Não obstante, ela é especial na medida em que não regula senão tais fatos: é editada para ser aplicada a uma situação determinada” [**A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 112].

Humberto Bergmann Ávila enfrentou, também, o tema: “as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência para cuja aplicação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são

axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos” [*Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70].

Washington Peluso Albino de Souza assim se pronuncia: “sem se confundir com o princípio e especialmente com o princípio geral de direito, na elaboração da regra jurídica são trabalhadas as hipóteses indicadoras de soluções, submetendo-as à análise. As possibilidades de soluções, tanto coincidentes quanto contraditórias entre si (uma vez que a própria controvérsia é elemento componente do raciocínio jurídico e alimentadora de processos metodológicos dogmáticos, dialéticos e quaisquer outros), são apreciadas e levam às possíveis opções na busca do justo. A regra define a natureza jurídica da opção” [*Primeiras linhas de Direito Econômico*. São Paulo: LTr, 2006, p. 119-120]. É de se notar que o Professor das Alterosas distingue a regra como proposição de caráter instrumental, de auxílio ao intérprete, da norma como proposição de direito positivo, dotada de caráter vinculante.

De qualquer sorte, onde haja a distinção entre regras e princípios, o ponto comum a reter seria o de que estes têm aquelas como seus instrumentos de concreção, isto é, que toda regra mantém uma relação instrumental com um princípio a que faz referência.

A uma primeira vista, poderia parecer que tudo diria respeito a regras procedimentais, com o que se poderia perfeitamente adotar a tese segundo a qual as suspensões pronunciadas pelo Conselho Superior de Polícia estariam fora do teto estabelecido pela Lei Complementar 10.098, de 1994. Entretanto, vamos verificar que também a matéria concernente a competência se rege por princípios. E um deles é enunciado por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, em monografia específica sobre o tema: “se a função administrativa é uma atividade concreta, mediante a qual se provêm as necessidades públicas, está claro que a função deve exercer-se dentro da ordem jurídica e de acordo com os fins legais” [*Da competência administrativa*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977, p. 77]. E, mais explícito, Celso Antônio Bandeira de Mello: “o que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração” [*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 89]. A competência, pois, está também sujeita ao princípio da finalidade, como enunciado pelo autor por último citado. Caberá, então, verificar, mais adiante, qual a finalidade do inciso II do artigo 196 da Lei Complementar 10.098, de 1994, e verificar se ela, por alguma razão de direito relevante, não abrangeria, também, a Polícia Civil. Isto porque – insista-se – a interpretação defendida pelo Egrégio Conselho Superior de Polícia implica o estabelecimento de uma exceção à regra geral de competência.

Carlos Maximiliano oferta esclarecimento acerca do dilema: “quando a norma atribui competência excepcional, excepcionalíssima, interpreta-se estritamente; opta-se, na dúvida, pela competência ordinária”. [*Hermenêutica e aplicação do*

Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 217]. E o Parecer 13.176 – José Hermílio Ribeiro Serpa, com efeito, seguiu rigorosamente esta regra de hermenêutica: em face da dúvida, optou pela competência ordinária.

Poderia, talvez, impressionar o argumento segundo o qual a lei especial sobrevive à geral. Entretanto, para se lançar mão deste argumento, é necessário que se individualize o porquê de a norma especial dever sobreviver. Caio Mário da Silva Pereira, interpretando o texto do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil diz exatamente o mesmo: “não significa isto, entretanto, que uma lei geral não revogue nunca uma lei especial ou vice versa, porque nela poderá haver dispositivo incompatível com a regra especial, da mesma forma que uma lei especial pode mostrar-se incompatível com dispositivo inserto em lei geral” [**Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 84]. Quanto a isto, Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho alertam: “ainda a respeito de leis especiais, cumpre admitir a ab-rogação implícita e virtual, sempre que exista incompatibilidade absoluta, isto é – quando os princípios, que servem de base à lei especial, forem contrários aos em que se inspira a nova lei, ou quando a ab-rogação resulte manifestamente da *mens legis*, do objeto, do espírito, ou do fim desta última” [**A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro comentada na ordem de seus artigos.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 66-67]. O alerta do saudoso Rubens Limongi França tem toda a pertinência, no sentido de que “é confrontando os dois preceitos (o revogado e o vigente) que bem se nos aclara a intenção do legislador, de reconhecer a coexistência de normas gerais ou especiais que, versando embora a mesma matéria, se não contradigam” [**O Direito, a lei e a jurisprudência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 111]. Isto porque, de acordo com Carlos Maximiliano, “o Direito comum contempla, em suas normas, relações jurídicas, fatos sociais ou econômicos distintos dos regulados por leis ou repositórios especiais. Aplicam-se os preceitos destes *de acordo com os motivos que os determinaram*” [**Hermenêutica e aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 186 – destaquei]. Um exemplo que aflorou durante os debates na sessão do Egrégio Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado acerca do presente expediente pode ilustrar a assertiva. No que diz respeito ao tratamento dos juros de mora nas ações propostas por servidores e pensionistas contra a Fazenda Pública, a razão de ser do tratamento especial foi já examinada – e com a adesão do C. Superior Tribunal de Justiça – em sede doutrinária:

“Sabendo-se que a diversidade de tratamento para a Fazenda Pública reside na necessidade de preservação do patrimônio público, por ser a res publica coisa de toda a população, res commune, e que o Administrador não tem a livre disponibilidade dos interesses que gere, tem-se como perfeitamente razoável o tratamento diverso. Do mesmo modo que não se considera inconstitucional a permissividade em certos contratos bancários da adoção dos juros compostos – Súmula 93/STJ –, enquanto, na maioria dos casos, tal expediente se considera anatocismo – Súmula 121/STF –, do mesmo modo que se considera perfeitamente natural que as

instituições financeiras não estejam sujeitas ao limite da Lei de Usura – Súmula 596/STF -, aplicável, contudo, a todos os demais, é de se admitir, sem qualquer imputação de ofensa ao princípio da isonomia, o tratamento posto na Lei 9.494 a quem não tem a plena disposição dos interesses que gere.

“De outra parte, no Direito positivo brasileiro, as despesas correntes constituem uma preocupação de quantos se recordem que ao Poder Público são sempre assinaladas competências, das quais não pode pretender desvencilhar-se. Competência não se renuncia, como salientou o Excelso Pretório ao conceder a cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.544/RS, relatada pelo Min. Sepúlveda Pertence, concernente a lei estadual que pretendia descarregar sobre os ombros dos Municípios competência constitucionalmente cometida em comum às três esferas federativas. Para o desempenho das competências, há mister a presença de recursos materiais e humanos, justamente porque não adianta querer os fins sem considerar admissíveis os meios necessários e suficientes para se os atingir. A Constituição brasileira de 1988, além da competência comum às entidades federadas de tutela do patrimônio público (artigo 23, I), no seu artigo 169, caput, prescreveu a adoção de um limitador para as despesas com pessoal em lei complementar, provisoriamente fixado em 60% (sessenta por cento) pelo artigo 38 do ADCT. Em 1995, veio a Lei Complementar 82, que detalhou o artigo 169 do Texto Maior e que, em 1999, foi substituída pela Lei Complementar 96. Hoje, dentro deste espírito mesmo de limitação de despesas com pessoal, está em vigor a Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000. Não se há, pois, de considerar presente qualquer razão espúria para a tese segundo a qual os juros não de ser calculados de acordo com a sistemática do artigo 1º-F da Lei 9.494, de 1997. O dispositivo não isenta a Administração Pública do dever de satisfazer seus débitos, nem deixa de agravar a situação dela quando malfeire o direito do servidor: apenas fixa percentual destinado a evitar que seja subtraído um maior volume de recursos financeiros, que devem estar disponíveis para o atendimento das necessidades da coletividade. Nem se diga que tal argumento seria ‘estatizante’, contrário à ‘natureza das coisas’ e ao ‘progresso’, porque no caso bastaria entregar tais tarefas à iniciativa privada, uma vez que nem todas as competências estatais podem ser delegadas, no desenho normativo-constitucional pátrio. É sempre bom ter presente que os terrenos demarcados para a iniciativa privada e para o Poder Público só podem ser identificados mediante o exame do que dispõe o ordenamento jurídico, que define qual o terreno reservado a um e outro e qual o terreno em que é facultado a um e a outro atuar. E, por outro lado, como bem recorda Washington Peluso Albino de Souza, ‘o expediente das concessões, com privilégios monopolistas, foi o caminho liberal encontrado. Assim, nos Países que nem detinham a tecnologia e nem os recursos necessários, estas foram concedidas ao capital estrangeiro, que as explorava por longo período, mediante contratos geralmente com cláusula de ‘reversão’, ao fim de cuja vigência as instalações e todo o complexo passariam à propriedade do Estado. Reconhecia-se, desse modo, o direito originário do Estado quanto à propriedade e à exploração dessas atividades. Seria, de algum modo, a base da ‘estatização’ ou, em caso de empresa estrangeira, também a ‘nacio-

nalização'. Durante o prazo do contrato de 'concessão', definia-se, de certo modo, o regime de 'privatização'. Pelo processo de 'reversão', configurava-se a 'desprivatização' ou a volta à 'estatização', ao término da vigência daquele contrato. A prática, no Brasil, mostrou que os prazos eram estipulados de modo que, ao se findarem, também os equipamentos já não ofereciam mais a necessária eficiência, por falta de fiscalização quanto à manutenção e reposição nos períodos finais de cada contrato. Em consequência, eram tão elevados os gastos para a recuperação que muitas vezes preferia-se a renovação pura e simples do contrato, a modo de 'prorrogação'. Não raramente, por desinteresse do particular pela prorrogação, a recuperação era feita com dinheiro público, voltando à administração do Estado. A seguir, campanhas junto à opinião pública, fundadas na alegada ineficiência administrativa do Estado, provocavam novamente a entrega ao particular, por vezes o mesmo concessionário anterior e assim sucessivamente' (***Primeiras linhas de Direito Econômico***. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 365-366). Não está sendo defendida neste trabalho a possibilidade de o Estado fazer caixa à custa da sotoposição de direitos fundamentais, mas simplesmente a tese de que se está diante de um discrimen juridicamente justificável e não de um privilégio antagônico ao princípio da isonomia e que se contextualiza no seio de uma política econômica cuja inspiração doutrinária seria, basicamente, a redução do déficit público pela relação deste com a inflação.

"Recordando, com o saudoso Ministro JOSÉ DE CASTRO NUNES: 'a jurisdição fazendária é dominada pelo direito administrativo, outrora ramo ou extensão do direito civil, hoje disciplina do direito público com um corpo de doutrina que lhe é próprio, regendo-se por princípios que nem sempre são os mesmos do direito comum. Esse particularismo ou essa autonomia conceitual do direito administrativo, que é, por definição, aquele que disciplina as relações jurídicas no plano de atuação do Estado, imprime à magistratura provocada a decidi-las um traço mais acentuado de jurisdição de direito público do que no julgamento de demanda entre particulares' (***Da Fazenda Pública em juízo***. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950, p. 278-279). Mais não precisa ser dito para fundamentar a inconsistência da objeção segundo a qual, diante da razão de ser de tornar mais oneroso ao derrotado dar causa a demanda, sucumbiria a razão de preservar o patrimônio público embora restaurando o direito do demandante" [Camargo, Ricardo Antônio Lucas. Dos juros de mora nos litígios entre a Fazenda Pública e seus servidores. In: <http://www.fbde.org.br/artigos/juros.html>, acessado em 17 ago 2006].

Ali, pois, plena aplicabilidade tem o *lex generalis non derogat specialis*.

E aqui, com efeito, não se vislumbra razão alguma que ilida a necessidade, vislumbrada pelo fautor do diploma de 1994, de se reservar a aplicação das penas administrativas mais gravosas ao Chefe do Poder Executivo e que justifique a sobrevivência da norma posta na Lei 7.366, de 1980 sem a observância do teto posto no diploma posterior. E, com efeito, foi este o fundamento nuclear do Parecer 13.176 – José Hermílio Ribeiro Serpa.

A Lei Complementar 10.098, de 1994, entendeu por bem distinguir entre a suspensão até 30 dias e em prazo superior a este, considerando-a falta gravíssima,

tomando como ponto de partida a idéia de que uma falta desta natureza causa um dano que atinge muito mais fundamentalmente o Estado do que “as ações ou omissões que afetam o decoro, o prestígio, o bom andamento dos serviços ou embaraçam os fins que a Administração tem em vista” [Cretella Júnior, José. **Prática do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 74]. E, neste caso, a mesma razão enunciada pela doutrina quanto à necessidade de as sanções correspondentes a estas faltas serem aplicadas por quem não esteja sujeito a nenhuma autoridade superior – salvo a da lei, evidentemente –, faz-se presente [Bacellar Filho, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 354; Rocha, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 17, p. 30, 1997]. Logo, aqui se está diante de um valor fundante, ou seja, de um princípio que se incompatibiliza com a sobrevivência, na sua amplitude, do inciso III do artigo 94 da Lei 7.366, de 1980.

Isto não descaracteriza o Egrégio Conselho Superior de Polícia como “órgão colegiado disciplinador da maior envergadura na estrutura da Polícia Civil, de composição mista, com representação do Ministério Público, Procuradoria-Geral do Estado e Ordem dos Advogados do Brasil, bem como cinco (05) Delegados de Polícia de última classe, que tem como responsabilidade maior tratar da disciplina dos integrantes dos Quadros da Polícia Civil” (fls. 346/347 – estudo da lavra do Chefe da Divisão de Assessoria Jurídica da Chefia de Polícia), dado que, pelo contrário, a estrutura do órgão continua intacta, preservada pelo artigo 280 da Lei 10.098, de 1994. Apenas o emissor deste último diploma entendeu por bem pôr o sancionamento das infrações mais graves sob a reserva de competência do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado. A própria idéia de um regime disciplinar mais rígido para a Polícia Civil, mercê da sua posição de responsável pelo exercício autorizado da força para garantir a tranqüilidade dos cidadãos, como consta no denominado Parecer a fls. 364/365, invocando, pertinentemente, a tese do Parecer 11.641 – José Hermílio Ribeiro Serpa – “no processo disciplinar se busca preservar a moralidade pública e a legitimidade sociológica dos agentes estatais, que, por lei, são autorizados, em determinadas circunstâncias, a impor a soberania do Estado sobre os cidadãos e esta vocação potencial de coagir fica mais sensível e atuante, quando se trata de policiais, pois estes são autorizados a constranger fisicamente os administrados; inclusive, utilizando-se de armas. Ora, sobre este servidor público que, por deferência da sociedade, após submeter-se à rigorosa seleção e curso preparatório, sai as ruas, portando armas, para defender a integridade física e os bens da cidadania, não se pode ter dúvidas quanto à sua idoneidade, pois o Estado, que funciona por seus agentes, é a imposição heterônoma de uma moralidade enlaçante no processo social” – conduz muito mais ao reforço da conclusão de que, sendo grave a infração, melhor que seja decidida por último em âmbito exterior à corporação policial. E, por outro lado, para que o Excelentíssimo Senhor Governador possa aplicar as sanções de sua competência, a passagem pelo Egrégio Conselho Superior de Polícia é obrigatória, com o prévio e obrigatório controle

de legalidade exercitado, antes de passar às mãos da autoridade máxima o feito em que virá a ser ou não aplicada a pena desta natureza, pela Procuradoria Geral do Estado. Um regime disciplinar mais rigoroso é muito mais compatível com um reforço dos sistemas de controle do que com o seu afrouxamento. Se a premissa não conduz à conclusão pretendida, mas, ao contrário, reforça a sua contrária, tem-se a interpretação ofertada pelo Conselho Superior de Polícia ao inciso III do artigo 94 da Lei 7.366, de 1980, como incongruente com o fim a que se proporia [Leal, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 117], e, pois, tornar-se-ia tal entendimento incompatível com o aspecto substancial do devido processo legal – inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal – tal como entendido pelo Excelso Pretório na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.294/RS, relatada pelo Min. Marco Aurélio, e na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.472, relatada pelo Min. Maurício Correa.

Também não é de causar espécie, ao contrário do que consta a fl. 368, na Resolução do Egrégio Conselho Superior de Polícia, que a Lei Complementar 11.742, de 17 de janeiro de 2002 – a Lei Orgânica da Advocacia de Estado – tenha estabelecido para o Procurador-Geral do Estado a aplicação das suspensões sem o teto de trinta dias (artigos 128, § 1º e 134, II), quer porque o diploma é posterior à Lei Complementar 10.098, de 1994, podendo perfeitamente dispor em sentido diverso do diploma anterior – e o legislador pode, desde que não incida, evidentemente, em inconstitucionalidade, escolher valor oposto ao por ele anteriormente tomado como referência, vale dizer, esposar princípio diverso daquele que antes estava a voltado a concretizar –, quer porque o regime diferenciado dos Procuradores do Estado decorre precisamente do desenho estabelecido para a Advocacia Pública no artigo 132 da Constituição Federal, sobretudo pela função que têm do exercício do controle interno de legalidade dos atos da administração pública.

Quanto ao argumento concernente à disciplina da prescrição, na declaração de voto do ilustrado Representante do Ministério Público, também não convence, porquanto esta se liga especialmente às infrações inerentes ao regime jurídico de cada uma das carreiras públicas. A competência do Conselho Superior de Polícia – volta-se a dizer – remanesce intacta, ressalvada, evidentemente, incompatibilidade principiológica, que, no ver do Egrégio Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, bem como do Parecer 13.176 – José Hermílio Ribeiro Serpa, estava presente quanto às suspensões superiores a trinta dias. Os Pareceres 11.188, 11.231 e 11.236 – Gabriel Pauli Fadel, ao se reportarem à lição de José Afonso da Silva acerca do conceito de “princípios” não são contraditados por este Parecer, na medida em que não se está, aqui, a versar a forma do exercício do *ius puniendi*, mas sim a valoração que foi ofertada pelo legislador para as infrações mais graves, para o efeito de as reservar à competência do Excelentíssimo Senhor Governador – o que fez dentro de sua possibilidade de livre conformação, assegurada pelo artigo 2º da Constituição Federal –.

No que se refere ao Parecer 10.324 – Luiz Vicente de Vargas Pinto, o Parecer 13.176 – José Hermílio Ribeiro Serpa, com efeito, contraditou-o em parte, já que aquele disse inexistir *qualquer* conflito principiológico, enquanto este disse existente tal conflito no aspecto examinado. A conclusão, pois, do Parecer 13.176 – José Hermílio Ribeiro Serpa, que revisou *somente em parte* o Parecer 10.324 – Luiz Vicente de Vargas Pinto, vai reafirmada no presente Parecer.

Quanto aos arestos trazidos à colação no estudo, nenhum deles disse respeito a problemas da competência para aplicação de penas aos servidores da Polícia Civil, mas apenas em relação à sobrevivência do regime disciplinar especial quanto à disciplina da prescrição e a determinados procedimentos inexistentes no âmbito do processo disciplinar geral.

Em conclusão, consagrado que foi pela Lei Complementar 10.098, de 1994, o princípio de que, quando a suspensão seja superior a trinta dias, a falta deve ser considerada gravíssima, e que faltas desta natureza somente podem ser sancionadas por autoridade que se encontre no ápice da hierarquia administrativa, sem qualquer dado que racionalmente justifique o afastamento de tal princípio em relação à Polícia Civil, o entendimento esposado no Parecer 13.176 – José Hermílio Ribeiro Serpa é reiterado nesta ocasião, reafirmada, ainda, a orientação dos Pareceres 11.319 – Luís Carlos de Souza Leal e 13.009 – Ricardo Camargo.

Porto Alegre, 22 de agosto de 2006

Ricardo Antônio Lucas Camargo
Procurador do Estado

Processo n.º 024953-12.04/04-4

Acolho as conclusões do PARECER n.º 14.639, do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado, de autoria do Procurador do Estado Doutor RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO, aprovado na sessão realizada no dia 03 de agosto de 2006.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Justiça e da Segurança.

Em 26 de dezembro de 2006.

Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.

Normas de Publicação

1 Sobre a Revista

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada sob responsabilidade desta Instituição, tem por finalidades:

- a) Contribuir para a cultura jurídica nacional, em especial no campo do Direito Público e da Advocacia de Estado;
- b) Divulgar os trabalhos dos Procuradores do Estado no exercício de suas funções;
- c) Difundir a produção científica dos Procuradores do Estado;
- d) Propiciar o debate acadêmico e o fomento à produção científica dos Procuradores do Estado e da comunidade jurídica em geral.

A Revista tem periodicidade semestral.

2 Apresentação dos Artigos

Este é um resumo das normas de publicação, o texto na íntegra pode ser acessado no site da Revista.

2.1 Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão seguir as normas da ABNT sempre que possível, observando-se os critérios estabelecidos no Regimento Interno.

2.2 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).

j) na primeira lauda do artigo, devem constar o título, nome completo do(s) autor(es), maior titulação acadêmica, vínculo institucional, endereço, números de telefones, fax e e-mail.

2.3 Os artigos devem possuir obrigatoriamente um resumo, no seu idioma original, com até 160 palavras, seguido de um conjunto de três a cinco palavras-chave, escritas com iniciais maiúsculas e separadas por ponto, também no idioma original do artigo. A tradução do resumo e das palavras-chave obedece ao seguinte critério: se o idioma do artigo for o português, a tradução será para o inglês (Abstract, Keywords); se for espanhol (Resumen), francês (Résumé) ou Inglês (Abstract), a tradução será para o português. 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.

2.4 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.

2.5 Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados à temática central da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

2.6 O título do artigo não deve exceder a 15 (quinze) palavras e deve vir acompanhado de sua tradução, seguindo o idioma selecionado para a tradução do resumo.

Disposições Gerais

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de disquete ou CD-Rom em formato WORD FOR WINDOWS. Em qualquer hipótese, deverão ser também encaminhadas duas vias impressas, acompanhados da autorização para publicação assinada pelo(s) autor(es), aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

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 seqüência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(a).

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 idéias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

Os originais dos artigos não serão devolvidos.

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.

